2/2011

Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università di Catania

Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

VALERIO TALAMO, Università "La Sapienza" e "Roma tre"

VALERIO ANTONIO IANNITTI, Università "La Sapienza" e "Roma tre"

FRANCO SCARPELLI, Università di Milano "Bicocca"

LUCA NOGLER, Università di Trento

GIUSEPPE FERRARO, Università di Napoli "Federico II"

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

ANTONELLO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

ADALBERTO PERULLI, Università "Ca' Foscari" di Venezia

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

EDOARDO ALES, Università di Cassino

BRUNO CARUSO, Università di Catania

ANNA ALAIMO, Università di Catania

PAOLO PASCUCCI, Università di Urbino "Carlo Bo"

MARIA TERESA CARINCI, Università di Milano

GIANCARLO RICCI, Università di Catania

EUSEBI COLÀS NEILA, Pompeu Fabra University

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2011 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569219

Venti Maggio
BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA"

n. 2/2011

SOMMARIO

L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?
Franco Carinci 1

Il sistema di progressioni professionali nel comparto ricerca: problematiche applicative e dubbi sistematici
Valerio Talamo - Valerio Antonio Iannitti 20

Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore
Franco Scarpelli 41

Rilettura giuslavoristica di «Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico»
Luca Nogler 55

Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011
Giuseppe Ferraro 82

Contrattazione collettiva e Unità d'Italia
Lorenzo Zoppoli 105

Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale
Antonello Zoppoli 124

L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro
Adalberto Perulli - Valerio Speziale 143

Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore
Franco Carinci 195

Dal "caso FIAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali
Edoardo Ales 251

Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea
Bruno Caruso - Anna Alaimo 272

La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento: ieri, oggi e... domani (ovvero prima e dopo l'art. 11 del d.l. n. 138/2011)
Paolo Pascucci 332

Agency Work in Italy
Maria Teresa Carinci 361

La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)
Giancarlo Ricci 381

Fundamental Rights of workers in the Digital Age: A methodological approach from a case study
Eusebi Colàs Neila 403

L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*

Franco Carinci

1. Un altro accordo "storico". 2

2. L'esame del suo dna per individuarne il padre: il Protocollo unitario del luglio 1993 o l'Accordo interconfederale separato dell'aprile 2009. 2

3. Premessa. Punto1: la certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria. L'intesa Cgil-Cisl-Uil allegata all'accordo. 7

4. Punto 4: rsu ed efficacia della contrattazione collettiva aziendale. 11

5. Punto 5: rsa ed efficacia della contrattazione collettiva aziendale. 13

6. Punto 6: le clausole di tregua sindacale. 15

7. Punto 7: la contrattazione collettiva aziendale "in deroga". 16

8. Punto 8: l'incentivazione della contrattazione aziendale. 17

9. Contratto o legge. 18

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 125/2011

1. Un altro accordo "storico".

Stando all'ormai rito consolidato di un Paese che vive il quotidiano mediaticamente, come se ogni accadimento dovesse forare il futuro, anche l'accordo interconfederale fra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del 28 giugno 2011 – poi, rivisto in tre punti il 14 luglio 2011 e sottoscritto da Ugl, Cisal e Confsal – s'è guadagnato il titolo di "storico": enfatizzato, lodato, portato ad esempio a destra e manca. Ora non v'è dubbio che ci sia più di un motivo per tirare un respiro di sollievo, per aver stoppato un crescendo conflittuale all'interno del movimento confederale, che stava infettando l'intero sistema di relazioni collettive in un momento già di per sé difficile, a causa dell'elevata esposizione economico-finanziaria alla crisi internazionale e della relativa debolezza della maggioranza governativa. Ci sia più di un motivo anche per uno come il sottoscritto che di mestiere fa il critico, cioè un tizio comodamente seduto a tavolino, con tanto di *lapis* rosso e blu, pronto a far segnacci e a dar voti su quanto gli viene servito per via della posta del mattino dal mondo brulicante al di fuori della sua porta.

Anche se fosse solo un armistizio, fatto all'insegna di un compromesso al ribasso, si tratterrebbe pur sempre di un accordo interconfederale sottoscritto dai quattro grandi padri fondatori, garanti e protagonisti del nostro sistema di relazioni collettive, un testo "costituzionale", verrebbe da dire, di quello che a suo tempo Gino Giugni battezzò con la felice e fortunata espressione di ordinamento intersindacale. Qui il recupero dell'unità di azione fra Cgil, Cisl ed Uil costituisce il tratto di gran lunga più significativo, perché pilone portante dell'intero diritto sindacale *extra ordinem*, costruito e modellato nel vuoto costituzionale, promosso dal legislatore, benedetto dal Giudice delle leggi.

Ça va sans dire, che se un siffatto risultato è stato raggiunto cercando di far emergere un minimo di consenso, quel tanto sufficiente a dar il senso di un superamento di un'*impasse* a rischio di divenire cronica, il testo non può che risentirne in quel poco che dice ed in quel molto che tace, tanto da dover essere preso solo come l'inizio del principio. Ma se è vero che solo un primo passo può essere il padre di quelli che eventualmente seguiranno, questo merita di essere considerato ed apprezzato come tale, con l'auspicio di un percorso ulteriore.

Chapeau, dunque, ma apprezzare l'intento, non vuol dire trascurare il contenuto effettivo, pur con tutto il consapevole e responsabile *self restraint* richiesto: prendere o lasciare vale per il "politico" che fa la storia, non per lo "studioso" che la commenta. D'altronde quando la storia si svolge in contemporanea, leggerla per cercare di capirne la direzione, può ben servire a chi la fa, sempreché abbia voglia di ascoltare altra voce che non sia la sua, cosa oggigiorno assai rara.

2. L'esame del suo dna per individuarne il padre: il Protocollo unitario del luglio 1993 o l'Accordo interconfederale separato dell'aprile 2009.

Nessuna arroganza, ma solo curiosità, espressa sotto forma di qualche domanda rivolta alla nostra comunità scientifica, a cominciare da quella che necessariamente viene per prima, cioè qual è la pregressa "costituzione" cui dovrebbe far capo questo ulteriore pezzo? Non vi è in premessa alcun richiamo, difetto che non sorprende, perché altrimenti ci si sarebbe trovati di fronte ad un trattato di pace in piena regola; ma si sa benissimo che vi sono alle spalle due diversi testi fondanti, quello "unitario" costituito dal Protocollo del luglio 1993 e quello "separato" rappresentato dall'Accordo quadro del gennaio 2009, come, poi, attuato dall'Accordo interconfederale dell'aprile 2009, che qui sarà assunto a referente. A dire il vero stando alla stessa sua premessa,

tale Accordo, sembrava un intento sostitutivo limitato per il carattere "*sperimentale*"; per il tempo, "*per la durata di 4 anni*"; per l'oggetto, "*sostituisce le regole già definite nel paragrafo 2 "Assetti contrattuali" del Protocollo sottoscritto fra Governo e parti sociali il 23 luglio 1993…*". Ma, a ben guardare, minava il Protocollo alla sua stessa base, quale data dal suo paragrafo 1, "*Politica dei redditi e dell'occupazione"*, divenuto obsoleto e controproducente a motivo del suo stesso successo. E non v'è dubbio che la stessa Cgil convenisse sulla senescenza di quel paragrafo, destinato a modellare la forma e a fornire la *ratio* del Protocollo, come intesa triangolare coinvolgente il Governo, parte e garante, con una comune finalità antinflazionistica; finalità da perseguire per via di una politica dei redditi che legava all'inflazione programmata la cadenza e la dinamica contrattuale, conseguentemente e coerentemente disciplinata nel successivo paragrafo 2.

Era inevitabile che fosse un accordo interconfederale autonomo ed autosufficiente a sostituire quello incorporato nel paragrafo 2 del Protocollo, portando fuori dal processo concertativo un *collective bargaining* restituito a se stesso; ed era scontato che lo facesse mantenendo il governo unificato e centralizzato di un processo contrattuale pluricategoriale e plurilivello, col porre a referente non più un'inflazione programmata, fissata dal Governo al ribasso, ma una effettiva rimessa alla valutazione di un'autorità neutra. Solo che, a prescindere dalla definizione della base di calcolo dell'inflazione che l'autorità prescelta avrebbe dovuto tenere presente, la problematica era tutta concentrata su quale dovesse essere la conseguente modifica degli assetti contrattuali, a cominciare dalla cadenza dei rinnovi.

Qui, però, la soluzione sostitutiva offerta dall'Accordo interconfederale dell'aprile 2009 – cioè di una concentrazione delle tornate di rinnovo, sì da aversi, al posto di una normativa quadriennale e di due economiche biennali, una sola triennale, normativa ed economica – doveva apparire più che ragionevole, essendo la precedente cadenza strettamente funzionale al recupero di un'inflazione effettiva rivelatasi superiore alla programmata. Tant'è che non sembra proprio aver costituito un'insormontabile difficoltà in occasione dell'ultima tornata contrattuale: se può aver provocato qualche mal di pancia, non ha certo impedito una conclusione unitaria dei vari rinnovi, eccezion fatta peraltro, per alcuni casi significativi: quello dei metalmeccanici e, da ultimo, quello degli addetti al commercio, dove, però, le ragioni della rottura sono ben più complesse.

A fare la differenza era qualcosa inerente al sistema dei livelli. Non con riguardo alla struttura, che restava pur sempre articolata su un duplice livello: il nazionale a far da regista, col predeterminare il regime della tempistica, procedura, materia negoziabile – con le sue clausole di rinvio e della regola del *ne bis in idem* – cui l'aziendale avrebbe dovuto tener fede. E neppure con rispetto alla ripartizione di competenza in tema di retribuzione: il nazionale a far da apripista, coll'adeguare il valore nominale del minimo tabellare all'incremento del costo della vita, cui l'aziendale avrebbe dovuto aggiungere il riparto dell'incremento di produttività.

Non era il rapporto gerarchico fra l'uno e l'altro livello ad essere in gioco, ché comune era il convincimento di un sistema di legittimazione discendente, ma il *quantum* di contenuto normativo ed economico dovesse essere mantenuto al nazionale, blindandolo come indelegabile ed inderogabile e, rispettivamente, rimesso all'aziendale. Qui ritornava fuori quel vecchio contrasto ideologico-culturale fra Cgil e Cisl che aveva segnato il decennio '50, fino all'avvento della contrattazione articolata sull'inizio del decennio successivo, con la Cgil assestata su una politica classista e generalista, che la portava a privilegiare nettamente il "vecchio" contratto di categoria; e la Cisl proiettata su una politica produttivistica e settoriale, che la conduceva a valorizzare il "nuovo" contratto d'azienda.

Tutto era cambiato, ma tutto sembrava rimasto tremendamente uguale, con un *revival* di argomentazioni rimaste nelle orecchie dei più vecchi: da un lato si affermava che il nazionale garantiva una copertura assai più dell'aziendale, per cui una sua eventuale riduzione qualitativa e quantitativa avrebbe inevitabilmente penalizzato la stragrande maggioranza dei lavoratori interessati; dall'altro, si controbatteva che se questo era vero, bisognava promuovere ed incentivare la diffusione dell'aziendale o del contratto territoriale, perché solo così poteva stimolarsi una crescita della produttività – problema dei problemi per il sistema produttivo italiano – sì da propiziare un incremento del monte salari reale e del tasso di occupazione stabile.

Stando al giudizio della Cisl, condiviso dalla Uil, il riequilibrio fra livello nazionale ed aziendale, avrebbe dovuto avvenire secondo un alleggerimento "guidato" del primo a favore del secondo o con un riconoscimento "governato" di un potere di deroga. Dato che l'alleggerimento avrebbe avuto un impatto generale, riguardando l'intero universo soggetto al contratto nazionale, sì da enfatizzare il problema del difetto di copertura dell'aziendale, calcolato in una percentuale di circa 1/3 del totale, risultava preferibile il secondo corno del dilemma, cioè il riconoscimento di un potere di deroga. Ma proprio su questo si consumerà parte importante della rottura e la conseguente discontinuità fra il Protocollo del luglio 1993 e l'accordo interconfederale dell'Aprile 2009, con quel suo n. 5, rubricato *Intese per il governo delle situazioni di crisi e per lo sviluppo economico ed occupazionale del territorio*, in forza del cui punto 5.1, in presenza di tali condizioni "*i contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria possono consentire che in sede territoriale, fra le Associazioni industriali territoriali e le strutture territoriali delle organizzazioni sindacali stipulanti il contratto medesimo, siano raggiunte intese per modificare in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici e normativi disciplinati dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria*".

Una formula anodina per le condizioni presupposte, dalla crisi allo sviluppo, e per le materie, singoli istituti economici e normativi, tanto da poter essere tranquillamente applicata ad una deroga a prescindere dalla sua difficile qualificazione come *in melius* od *in peius;* ma iper-controllata nella sua gestazione, perché alla previsione di una autorizzazione preventiva da parte del contratto nazionale si aggiunge una approvazione successiva, che ne condiziona l'efficacia, rimessa alle parti stipulanti dello stesso contratto collettivo. Non occorre grande perspicacia per vedervi anticipata quella "vicenda" Fiat, che proprio qui cercherà di trovare la sua legittimazione, peraltro secondo un percorso tortuoso, prima all'insegna di un "separatismo", aperto dall'accordo aziendale di Pomigliano del 15 giugno 2010 e "sanato" *a posteriori* dall'accordo nazionale metalmeccanico del 29 settembre 2010, sì da coprire anche il successivo contratto aziendale di Mirafiori del 23 dicembre 2010; poi, di un "secessionismo" culminato nel contratto collettivo di primo livello per "Fabbrica Italia Pomigliano" del 23 dicembre 2010.

Almeno a stare alla lettera non c'è alcuna differenza con riguardo alla legittimazione a trattare al secondo livello; ma pare esserci con rispetto alla "necessità" di una sottoscrizione unitaria. Il punto 2.5, lett. b) del Protocollo del luglio 1993 riconosceva esplicitamente la capacità negoziale "*alle rappresentanze sindacali unitarie e alle organizzazioni sindacali territoriali dei lavoratori aderenti alle organizzazioni stipulanti il medesimo Ccnl secondo le modalità determinate dal Ccnl*", avendo precedentemente *sub* lett. a) riconosciute come rsu quelle regolate "*dall'intesa quadro tra Cgl-Cisl-Uil sulle Rappresentanze sindacali unitarie, sottoscritta in data 1° marzo 1991*". Così facendo, coerentemente a quel che costituiva il presupposto dell'intero sistema consacratovi, cioè l'unità di azione, il Protocollo sembrava dar per scontato che il contratto sia firmato

unitariamente dalle rsu e dalle oo.ss. territoriali, che, se pur richiamate con un'endiadi, rinviavano implicitamente a ruoli distinti: le rsu quello di agenti negoziali; le oo.ss., che riconoscono le rsu come loro terminali comuni, accaparrandosi senza colpo ferire un terzo dei componenti e gestendo le elezioni degli altri due terzi, quello di garanti dei raccordi fra i livelli. Dando questo per scontato, non sembrava farsi carico di eventuali conflitti intersindacali, fra rsu e oo.ss. e fra oo.ss., che certo possono presentarsi, ma restano risolubili informalmente nello spirito del Protocollo, a sua volta figlio del clima politico-sindacale dominante in quell'inizio del decennio '90. E lo stesso Accordo interconfederale 20 dicembre 1993 – contenente la disciplina generale in materia di rappresentanze sindacali unitarie di cui al protocollo del luglio 1993 – non si preoccupava affatto di fornire un regolamento interno circa il loro funzionamento, considerando del tutto implicito che le rsu come organo collegiale decidano secondo il principio di maggioranza, come d'altronde esplicitamente affermato dal "*Regolamento per il funzionamento delle Rsu*" Fim, Fiom, Uilm del 19 maggio 1995.

Certo, però, il Protocollo aveva presente il problema di un contratto, che se pur firmato da tutti i soggetti da lui abilitati, rimaneva sempre contestabile da chi ne fosse al di fuori; problema che solo la legge poteva risolvere, tanto da auspicare *sub* lett. f) "*un intervento legislativo finalizzato, tra l'altro, a una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori …*". Ma, che il Protocollo ne fosse consapevole o meno, se un simile intervento ci fosse stato, avrebbe puntato a risolvere anche l'altro problema, destinato a divenire assai più caldo e traumatico, di un contratto firmato solo da alcuni dei protagonisti da lui riconosciuti.

Di contro al punto 2.5, lett. b) del Protocollo del luglio 1993, il punto 3.5 dell'Accordo interconfederale dell'aprile 2009, prevede solo che "*Le proposte di rinnovo dell'accordo di secondo livello, sottoscritte congiuntamente dalle rappresentanze sindacali unitarie costituite in azienda e dalle strutture territoriali delle organizzazioni stipulanti il contratto nazionale devono essere presentate all'azienda …*", sì da confermare implicitamente la capacità negoziale delle rsu e delle oo.ss. territoriali, ma da dar l'impressione di limitare la necessità di una sottoscrizione unitaria alle piattaforme.

Una sottigliezza da leguleio, verrebbe da dire, se non fosse che quello dell'aprile 2009 è un accordo "separato", che apre il cammino ad un *continuum* dello stesso tenore. Tant'è che, se a livello nazionale, il tratto peculiare rimane solo questo, come rende evidente l'accordo metalmeccanico sempre "separato" del settembre 2010, che dà semaforo verde alle "intese modificative" del contratto nazionale di cui al punto 5 dell'Accordo interconfederale dell'Aprile 2009; a livello aziendale, il regime prefigurato dal Protocollo riesce completamente azzerato, lasciando campo al reciproco riconoscimento dei soggetti legittimati a firmare. L'accordo aziendale di Pomigliano del 15 giugno 2010, viene sottoscritto dalla Fiat Group Automobiles S.p.A. e da Fim, Uilm e Fismic nazionali e di Napoli; e l'accordo aziendale di Mirafiori del 23 dicembre 2010 dalla stessa Fiat e dai rappresentanti delle segreterie nazionali e della provincia di Torino di Fim, Uilm, Fismic e Ugl, metalmeccanici e dell'Associazione quadri e capi Fiat: in meno le rsu ed in più i nazionali e soggetti "estranei" come l'Ugl e i quadri/capi Fiat. Per non parlare del contratto per "Fabbrica Italia Pomigliano" del 29 dicembre 2010 dove, una volta qualificato e trattato come di primo livello, il fatto d'essere stato concluso tra la Fiat S.p.A. e le oo.ss. nazionali e territoriali di Napoli di Fim-Cisl Uilm-Uil, Fismic, Ugl, metalmeccanici e Associazione quadri e capi Fiat, non appare più

un fuori luogo per l'assenza della rsu e la presenza dei nazionali, bensì solo per la presenza dei territoriali di Napoli.

C'è un'uscita dal Protocollo del luglio 1993 che va ben oltre la portata stessa dell'Accordo interconfederale dell'aprile 2009, costituita com'è dalla dissoluzione della clausola di salvaguardia di cui al punto 8 dell'Accordo interconfederale del dicembre 1993 sulle rappresentanze sindacali unitarie per la quale "*Le organizzazioni sindacali, dotate dei requisiti di cui all'art. 19, l. 20 maggio 1970, n. 300, che siano firmatarie del presente accordo o, comunque, aderiscano alla disciplina in esso contenuta, partecipando alla procedura di elezione della r.s.u., rinunciano formalmente ed espressamente a costituire r.s.a. ai sensi della norma sopramenzionata*". Sia chiaro, non è che la clausola in parola abbia goduto nel quasi ventennio consumatosi alle spalle di un'osservanza stretta, dato che la prevista transizione dalle rsa alle rsu è stata ben lungi dall'essere completa ed univoca; ma, soprattutto, là dove è avvenuta, ha non di rado subito un'involuzione, per cui non è stata l'unitarietà delle rsu a prevalere sulla pluralità delle oo.ss., ma viceversa, con la conseguenza che le rsu si dividevano e scomponevano secondo le identità associative.

Solo che una patologia di sistema diventa evidente quando viene non solo diagnosticata, ma certificata e pubblicizzata da chi ne fa parte, come appunto succede con la implicita chiamata fuori da tale clausola effettuata dalla Fim-Cisl e dalla Uilm-Uil, con l'accordo aziendale di Mirafiori del dicembre 2010. Ne esiste già un'avvisaglia nella mutuazione della clausola di responsabilità dal precedente accordo aziendale di Pomigliano del giugno 2010, che avviene con la sostituzione di "*dalle Organizzazioni sindacali e/o dalla Rsu*" con "*dalle Organizzazioni sindacali e/o dalla Rappresentanza Sindacale dei Lavoratori*". Ma ne esiste, anche e soprattutto, una precisa e dettagliata conferma nell'allegato 1 allo stesso accordo di Mirafiori, a cominciare dal suo art. 1 sulla Costituzione delle Rappresentanze sindacali aziendali e a continuare con la composizione delle varie Commissioni previste. Allegato, quest'ultimo, destinato ad essere incorporato nel contratto di primo livello per "Fabbrica Italia Pomigliano" del dicembre 2010, inteso a far da referente nel passaggio programmato dalla Fiat da un *industry collective agreement* ad un sistema di *company collective agreements*.

Certo si è detto che, una volta ridimensionato l'art. 19, con l'amputazione di quella lett. a) – evidentemente tenuta presente nel richiamo all'art. 19 dello Statuto di cui alla clausola di salvaguardia dell'Accordo interconfederale del dicembre 1993 – la mancata sottoscrizione da parte della Fiom-Cgil sia del contratto nazionale che di quello aziendale, la privava anche della copertura assicurata dalla lett. b), così come sopravvissuta alla consultazione referendaria. Sicché *bon grè, mal grè* – auspice quella giurisprudenza costituzionale che, prima, ritenne l'art. 19 norma definitoria e non permissiva, inderogabile dalla contrattazione collettiva, e, poi, salvò la lett. b), peraltro rendendola più selettiva – con la perdita del diritto di cittadinanza qualificata assicurato dal titolo III dello Statuto, si dissolveva automaticamente la stessa citata clausola di salvaguardia. Un'argomentazione formale niente male, difficile da smontare, superabile nella prassi, ma *in casu* coerente con un sistema che prevedeva una forte chiamata in causa delle oo.ss. firmatarie per l'osservanza dell'accordo sottoscritto, comportante un significativo investimento finanziario cui assicurare un futuro prevedibile e certo. Qui rilevante non era di per sé il mancato consenso della Fiom, pur gravido di un suo effetto escludente ma il conseguente implicito rifiuto di farsi carico di una clausola di responsabilità a garanzia del contratto aziendale, spinta fino al limite di una responsabilità oggettiva per i comportamenti conflittuali dei lavoratori e pesantemente sanzionata: il che le avrebbe permesso di tenersi le mani completamente libere, una volta rimessi i piedi

nell'azienda non a' sensi, ma per gli effetti dello Statuto, avvalendosene al fine di condurre una vera e propria guerriglia *dall'interno.*

Solo che così non si evita la guerriglia *dall'esterno*, imperniata ancor prima ed ancor più sulla chiamata fuori dal contratto collettivo aziendale dei lavoratori non rappresentati o dissenzienti, che sulla lotta sindacale. Va preso atto che nonostante tutte le sofisticate elaborazioni dottrinali, che si sono susseguite nel corso dei decenni, rincorrendosi e sovrapponendosi, non si è riusciti a tutt'oggi a convincere la prevalente giurisprudenza circa la possibilità di superare la barriera di un'efficacia soggettiva dello stesso contratto collettivo aziendale, legata e correlata alla originaria teoria del mandato, data sempre per morta, ma sempre sopravvissuta.

Chi scrive ha già avuto modo di sostenere che l'eccezione d'incostituzionalità di un eventuale legge a favore dell'efficacia *erga omnes* non sarebbe così facilmente superabile, perché andrebbe considerata alla luce non dell'art. 39, co. 2 e ss. qui eventualmente rilevante solo per dare un giudizio circa il processo prescelto a tal fine, se ed in quanto coerente col principio associativo-proporzionalistico recepito dal testo costituzionale; ma dell'art. 39, co. 1 come scorporato e ricostruito quale garante di una libertà sindacale estesa fino alla libertà di negoziazione collettiva e di auto-tutela. Ma a prescindere da un'eventuale legge, non c'è speranza che la giurisprudenza si esponga – a fronte di una paralisi legislativa che né attua né cancella l'art. 39, co. 2 e ss. – a togliere i bastoni frapposti da questa o quella sigla sindacale: se è possibile qualcosa, quando i confederali sono d'accordo, non lo è quando sono in dissenso, perché tutte le presunzioni non solo di maggioranze prevalenti, ma anche di minoranze poco significanti vengono meno.

Senza legge, poi, come aveva riconosciuto lo stesso Protocollo del luglio 1993, niente da fare, neanche se un accordo separato introducesse quel principio di maggioranza lì auspicato, perché la regola delle regole deve essere condivisa, non imposta. Ne costituisce una conferma la scarsa o nessuna rilevanza giuridica attribuita ai *referendum* di approvazione dei testi di Pomigliano e di Mirafiori, utilizzando un istituto considerato e trattato dallo stesso Statuto con grande prudenza, tanto che l'art. 21 ne contempla l'indizione unitaria da parte di "*tutte le rappresentanze sindacali aziendali*" senza peraltro ricollegare al suo esito alcuna conseguenza *ex lege*.

3. Premessa. Punto1: la certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria. L'intesa Cgil-Cisl-Uil allegata all'accordo.

Non è qui il luogo per verificare il perché ed il percome questo Accordo del giugno 2011 sia stato alla fin fine partorito, eccezion fatta per un breve cenno a quel che peraltro costituisce fatto notorio: Confindustria e Cgil avevano tutto l'interesse a disinnescare una spirale che stava per destabilizzarne la loro compattezza interna, esposta l'una alla secessione della Fiat – l'equivalente di un settore strategico come l'auto – e l'altra alla radicalizzazione della Fiom.

La Premessa dell'Accordo è significativa perché prefigura un sistema di relazioni collettive maturo e responsabile, funzionale ad un interesse comune e indivisibile, capace di conciliare competitività dell'impresa e centralità del lavoro, come precondizione di una crescita produttiva, occupazionale, retributiva. Come tale bisognoso di essere governato, sì da essere "*in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai livelli, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sulla affidabilità e il rispetto delle regole stabilite*". Motivo, questo, che ritorna a proposito dei livelli, che vedono sì riconfermato il ruolo del nazionale, ma anche auspicato lo sviluppo e la diffusione dell'aziendale, di cui si dice necessario promuovere "*l'effettività*", ma, al tempo

stesso, garantire "*una maggiore certezza alle scelte operate d'intesa fra aziende e rappresentanze sindacali dei lavoratori*".

Una buona premessa, non c'è che dire, ma non nuova, eccezion fatta per la partenza, che individua la materia dell'intesa, col dichiarare che "*è interesse comune definire pattiziamente le regole sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali dei lavoratori*": qui desta qualche sorpresa che una tale materia sia affidata non alla legge ma all'autonomia collettiva; ed ancor più che l'autonomia collettiva si esprima non con una regolamentazione sindacale ma con un'intesa interconfederale. Ne deve essere passata di acqua sotto i ponti, perché quanto solo ieri l'altro sembrava impraticabile od improponibile, oggi diventi testo condiviso; certo è che a fronte di un sistema condannato a scoprire in modo improvviso e traumatico il fatto d'essere divenuto obsoleto fino a sfiorare il collasso, diviene prevedibile, se pur non scontato, il far fronte comune di tutti i coprotagonisti "di buona volontà", a partire da una reciproca rilegittimazione che non conosce riserve.

A far da apripista al punto 1 è la certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria. Il meccanismo ricalca quello vigente nel settore pubblico privatizzato, con un dato di accesso non più superiore al "*5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il contratto collettivo*", come recitava, in modo del tutto incoerente rispetto allo stesso punto 1, il testo originario del 14 luglio 2011; ma, invece, "*nel settore o comparto … non inferiore al 5%, considerando a tal fine la media tra il dato associativo (iscrizioni certificate) ed il dato elettorale (percentuale voti ottenuti sui voti espressi)*", come recita ora il testo corretto il 14 luglio 2011. È mantenuto quale referente il "settore" o "comparto", in luogo di quello classico costituito da "categoria", mostrando così di risentire dell'influsso esercitato dal modello costituito dal pubblico privatizzato ("comparto") ed, al tempo stesso, facendo sospettare l'intento di permettere una certa libertà di manovra alle Federazioni di categoria nella scelta di *burgaining unit* più ristrette ("settore"), se pur questo pare stridere con l'intenzione corrente di concentrarle ed allargarle.

Come risulta evidente, poco più sopra erano state chiamate nel ruolo di "gestori" del meccanismo in parola, l'Inps ed il Cnel: la prima, per certificare il numero delle deleghe "*tramite una apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali* (Uniemens) *che verrà predisposta a seguito di convenzione fra Inps e le parti stipulanti il presente accordo interconfederale*"; il secondo, per ponderare i dati trasmessigli dall'Inps "*con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rappresentanze sindacali unitarie da rinnovare ogni tre anni, e trasmessi dalle confederazioni sindacali al Cnel*".

Una mutuazione siffatta era da tempo nell'aria, tanto che le L*inee di riforma della struttura di contrattazione,* siglate da Cgil, Cisl e Uil l'8 maggio 2008, già contemplavano "*Per il settore privato la base della certificazione sono i dati associativi, riferiti di norma alle deleghe, come possono essere numericamente rilevati dall'INPS, prevedendo un'apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali del DM10, e trasmessi complessivamente al CNEL, nonché i consensi elettorali risultanti ai verbali elettorali delle RSU, che andranno generalizzate dappertutto, come già regolamentate dall'Accordo interconfederale del 1 dicembre 1993 e dai CCNL, trasmessi dalle Confederazioni allo stesso CNEL*". Ed a sua volta, l'Accordo interconfederale dell'aprile del 2009, come noto "separato", nell'auspicare uno specifico accordo interconfederale "*per rivedere ed aggiornare le regole pattizie che disciplinano la rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro*", al suo punto 7, richiamava "*la certificazione all'Inps dei dati di iscrizione sindacale*"; ma con tutta evidenza questo riguardava non la contrattazione collettiva nazionale, ma quella aziendale, essendo l'efficacia di

quest'ultima a preoccupare e a dar l'impressione di poter essere resa perlomeno gestibile per via di un'intesa. Nell'ulteriore passaggio da quell'Accordo "separato" a quest'ultimo "unitario", la formula viene ricondotta alla sua sede originaria, costituita dalla contrattazione collettiva nazionale.

A prescindere dalla difficoltà di trasferire il meccanismo dal settore pubblico privatizzato al privato, per tutto quanto si è detto e scritto circa il ben diverso tessuto produttivo-occupazionale, concentrato nell'uno e disperso nell'altro, nonché il ben differente apparato predisposto alla bisogna, data la presenza nell'uno e l'assenza nell'altro di una struttura centralizzata dotata di rappresentanza *ex lege*; a prescindere, dunque, da una tale difficoltà, che certo non mancherà di rendere la realizzazione faticosa e lunga, restano da capire ragione e rilevanza di una mutuazione siffatta. È evidente, a prima vista, che non vi si ricollega alcune delle due rilevanti conseguenze di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, se pur letto come modificato di recente. Non è contemplata un'efficacia condizionata del contratto – come prevista dall'art. 43, co. 3 di quel decreto – alla sottoscrizione da parte di organizzazioni sindacali dotate di rappresentatività che "*… rappresentino nel loro complesso almeno il 51 per cento come media tra il dato associativo e dato elettorale nel comparto o nell'area contrattuale, o almeno il 60% del dato elettorale nel medesimo ambito*" o a qualche diversa combinazione; e, una volta che sia seguita la prescritta sottoscrizione, non è prevista un'efficacia generalizzata, sicché non risulta esclusa né l'ipotesi di un contratto minoritario, considerato efficace da chi l'ha sottoscritto, né quella di un contratto maggioritario, ritenuto inefficace da chi non l'ha sottoscritto. E, a chiudere la lista delle differenze *in pejus*, difetta del tutto quella tutela privilegiata *ex* art. 42, co. 2 di quello stesso decreto, quale data dalla presenza in sede decentrata delle organizzazioni sindacali legittimate alla sottoscrizione dei contratti di comparto o di area; sicché resta aperta e pronta a scattare la trappola di cui all'art. 19, lett. b), per cui niente firma né a questo né ad alcun altro livello di un contratto applicato nell'unità produttiva interessata, niente rappresentanza.

Non deve essere sottovalutata la relativa o dubbia redditività giuridica di una eventuale scelta a ricalco di quella fatta nel settore pubblico privatizzato, condannata, come sarebbe, a restare affidata alla sola autonomia privata; e così destinata a fare i conti con la rilevanza solo obbligatoria di una qualsiasi disciplina dell'efficacia; e con la preclusione affermata dalla Corte costituzionale circa l'attribuzione convenzionale della cittadinanza *ex* art. 19, lett. b). Ma la ragione vera di tanta prudenza è squisitamente politico-sindacale, cioè di una reciproca fiducia solo relativa, sufficiente a siglare un armistizio, ma non a stringere una pace, tale da legarsi reciprocamente piedi e mani: c'è troppa consapevolezza di una diversità di cultura e di strategia in una dialettica pluralista oscillante fra la contrapposizione antagonista e la sfida competitiva, sì da creare una sorta di faglia profonda ed instabile, sempre capace di ridestarsi.

Qualcosa di più è scritto nel testo allegato dell'intesa Cgil-Cisl-Uil, circa "*gli accordi sindacali con valenza generale*" e gli "*accordi di categoria*". Per i primi – gli accordi che corrispondono agli accordi interconfederali, destinati a valere per tutte le categorie industriali - si prevede che le piattaforme siano proposte unitariamente dalle segreterie, dibattute nei direttivi, sottoposte "*alla consultazione dei dipendenti e dei pensionati*"; che le trattative siano condotte "*con un costante coinvolgimento degli organismi delle Confederazioni, prevedendo momenti di verifica con gli iscritti e assemblee di tutti i lavoratori e i pensionati*" e, poi, una volta concretizzate le ipotesi di accordo, ripassino per gli stessi organismi direttivi, "*previa consultazione certificata fra tutti i lavoratori, le lavoratrici, le pensionate e i pensionati, come già avvenuto nel 1993 e nel 2007*".

Un'esperienza già vissuta, che risalta per l'assoluta ed esclusiva centralità delle Confederazioni, per la conduzione "aperta", cioè tale da mescolare iscritti e non iscritti, per la chiamata in causa, a prescindere dalla materia trattata, dei pensionati, ormai una buona metà della base sindacalizzata, per l'informalità delle procedure, eccezion fatta per la finale "*consultazione certificata*".

È ben più di un'impressione quella per cui tutto cospira a riaffermare ed assicurare l'egemonia confederale sulle categorie, secondo una esigenza ben precisa: i conti relativi alla tenuta complessiva del sistema devono essere fatti tutti al vertice, cercando di tenere ben strette le redini sul collo delle categorie, a cominciare da quelle discole, come la metalmeccanica; e ad approvarli sarà chiamato il popolo indifferenziato dei lavoratori, accomunati solo dalle loro identità o simpatie confederali, tanto più e tanto meglio se non lavoratori attivi, ma pensionati.

Per i secondi – gli accordi di categoria – viene assunto un impegno in nome e per conto delle Federazioni di categoria, che dovranno darsi specifici regolamenti dove prevedere "*il percorso per la costruzione delle piattaforme*" e "*per l'approvazione delle ipotesi di accordo*", costruito in modo da "*coinvolgere sia gli iscritti che tutti i lavoratori e le lavoratrici*"; ed, eventualmente, "*momenti di verifica per l'approvazione degli accordi mediante il coinvolgimento delle lavoratrici e dei lavoratori in caso di rilevanti divergenze interne alle delegazioni trattanti*". Quel che colpisce non è quanto è detto, ma quanto è taciuto, perché si prende atto di potenziali divergenze fra le Federazioni, ma neppure in sede di intesa intersindacale, non incorporata nell'accordo interconfederale, si ritiene di poter ricorrere al principio di maggioranza, estendendo quella "*previa consultazione certificata*" prevista per gli accordi sindacali con valenza generale.

Più importante, per la sua ricaduta sul nocciolo duro dell'accordo – ovvero i punti 4 e 5, relativi all'efficacia dei contratti collettivi aziendali – è l'ultimo paragrafo dell'intesa, per cui "*Le categorie definiranno, inoltre, regole e criteri per le elezioni delle rsu e per la consultazione dei lavoratori e delle lavoratrici per gli accordi di II livello*". Che vuol dire: le Confederazioni rinunciano alla competenza in materia di elezioni (e funzionamento) delle rsu, con conseguente perduranza dell'Accordo interconfederale del dicembre 1993 fino all'adozione dei regolamenti categoriali? No di certo, perché, a prescinder d'altro, un'intesa intersindacale non può azzerare un Accordo interconfederale, come quello del dicembre 1993, fra l'altro esplicitamente richiamato da questo Accordo interconfederale del giugno 2011. Allora tutto come prima, nel senso che i regolamenti delle Federazioni possono intervenire a precisare l'Accordo interconfederale del dicembre 1993, peraltro rispettando il principio reso esplicito del carattere collegiale delle rsu, come tali assoggettate ai criteri di maggioranza da applicarsi ai *quorum* costitutivi e deliberativi.

Non è finito, perché se è da condividere l'inclusione obbligatoria nei regolamenti categoriali di una disciplina della consultazione dei lavoratori con riguardo agli accordi di II livello, certo questa – che, nonostante qualche ambiguità letterale, pare riguardarli tutti, firmati dalle rsu e dalle rsa – dovrà conciliarsi con quella prevista ai punti 4 e 5 di questo Accordo interconfederale del giugno 2011.

Esaurito questo *excursus* sull'Intesa Cgil-Cisl-Uil allegata all'Accordo interconfederale, cui è giunto il momento di ritornare, c'è da chiedersi quale sia il perché del suo punto 1 appena considerato, apparentemente così poco rilevante nell'economia dell'intero testo. Per rispondere occorre tenere ben presente un dato spesso sottovalutato alla luce di quel consolidato indirizzo giurisprudenziale per cui per il diritto positivo ogni contratto collettivo è un sistema unico, con un valore uguale a prescindere dal livello; tenere ben presente, cioè che, al contrario, per l'ordinamento

collettivo, ogni contratto è un pezzo di un sistema articolato, con un valore diverso a seconda del livello, col nazionale a legittimare e regolare l'aziendale. Il che è reso assai chiaro dai punti 2 e 3 dell'Accordo interconfederale sotto esame, dove viene riconfermato il modello classico per cui "*il contratto collettivo nazionale di lavoro ha la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale*"; mentre "*la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge*", se pur l'espressione "*in tutto o in parte*" possa far dedurre una certa flessibilità, che d'altronde sembra risentire della collaudata distinzione fra clausole di "rinvio", riconducibili al testo nazionale e di "specializzazione", ricollegabili al carattere peculiare dello specifico contesto aziendale.

Se così è, l'accreditamento "democratico" deve cominciare dal contratto nazionale, perché non si capirebbe come, altrimenti, questo possa aver titolo a regolare un contratto aziendale in cui è previsto nei punti 4 e 5 un riscontro "democratico" del consenso, peraltro secondo un processo tutto interno al sistema, perché, per le rsu c'è un rinvio al relativo accordo interconfederale e per le rsa c'è un richiamo all'art. 19 dello Statuto, cioè al previo assenso dato ad un contratto applicabile nell'unità produttiva. Un processo circolare che parte dall'alto e riparte verso l'alto di un sistema interconnesso ed interdipendente.

Bisogna avere dalla propria qualcosa in più rispetto alla percentuale ponderata del 5%, per accedere alle trattative nazionali, cosicché i sindacati confederali potranno far pesare una percentuale ben maggiore di quella, mentre quelli autonomi o di base faranno una fatica del diavolo per solo sfiorarla in una realtà ancora oggi organizzata su amplissime categorie; ma conta una possibilità non priva di una giustificazione, quale qui offerta dalla inopportunità di scendere ad una percentuale troppo bassa. Col che, però, salta una doppia regola, fino a ieri assunta come fondamentale: la prima è quella del reciproco riconoscimento, perché il titolo ad un posto al tavolo nazionale nasce dal possesso stesso del requisito numerico richiesto, tanto da poter essere fatto valere con l'art. 28 dello Statuto; la seconda regola superata è quella del mandato esclusivamente associativo, perché così questo diventa associativo-elettivo, come reso evidente dallo stesso uso nel testo del termine di "rappresentatività" e non di "rappresentanza".

Se è, comunque, da escludere, che ne possa derivare un'efficacia "*per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati*", come pare pretendere il punto 2, c'è, invece, da chiedersi se questa rappresentatività sia assumibile come referente allorché richiamata dalla legge come "maggiore" o "comparativamente maggiore"; di per sé no certo, ma tramite l'interpretazione giurisprudenziale è non solo possibile, ma anche consigliabile.

4. Punto 4: rsu ed efficacia della contrattazione collettiva aziendale.

La problematica della legittimazione a concludere contratti aziendali con efficacia generalizzata viene affrontata dai punti 4 e 5, dove, peraltro, la formula utilizzata al riguardo *sub* 4 ed estesa a *sub* 5, che cioè i contratti in parola, se ed in quanto "processati" secondo i prescritti criteri, "*sono efficaci per tutto il personale*" vale quanto quella vista e citata *sub* 2, per i contratti nazionali, cioè non tanto da estenderne l'efficacia soggettiva oltre le parti stipulati, per se e per i loro iscritti. Questo a stare alla lezione dominante. Ma non è affatto da escludere che, domani, una dottrina, ma soprattutto una giurisprudenza, tentata dal "premiare" una autonomia collettiva rivelatasi matura, possa farla propria, dotandola di quella efficacia di cui è attualmente sprovvista.

A voler essere pedanti non sembrerebbe che l'Accordo in parola sbarri la porta ad un'eventuale contratto collettivo aziendale "separato", ma solo condizioni ad uno "unitario" secondo il previsto percorso, un'efficacia generale. Peraltro, come accennato, da un punto di vista di stretto diritto, il problema dell'ambito soggettivo di efficacia si ripresenta identico, cioè esteso alle parti firmatarie ed ai loro rappresentanti, quindi destinato a variare in relazione a quante esse siano.

La prima novità degna di nota è costituita dalla disciplina differenziata dell'ipotesi in cui ci siano rsu e rsa, dando così atto di una realtà duplice, nota ma non ufficializzata, nella auto-perpetuantesi aspettativa di una compiuta transizione dalle eterodosse rsa, sopravvissute al passato, alle ortodosse rsu, proiettate verso il futuro. Sulle rsu il punto 4 dell'Accordo è lapidario, perché ritiene che i contratti collettivi aziendali non solo, come visto, "*sono efficaci per tutto il personale in forza*", ma anche, effetto questo legittimo, "*vincolano tutte le associazioni firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda*", se ed in quanto "*approvati dalla maggioranza dei componenti … secondo le regole interconfederali vigenti*.".

Sembrerebbe solo un ritorno ad un criterio già implicito nella stessa natura di organo collegiale delle rsu, ma il fatto è che il corso degli eventi ha già riproposto tutt'altro, cioè componenti, anche minoritarie, delle stesse firmatarie insieme alle corrispondenti oo.ss. territoriali di accordi. Quel che servirebbe ora è almeno un regolamento quadro interno perché, dato per scontato doversi trattare della maggioranza dei componenti, bisogna chiarire se di quelli previsti o di quelli attualmente in carica, riflettendo solo i primi l'effettivo consenso dei lavoratori, mentre i secondi dipendono dal caso, cessazione dei rapporti di lavoro, dimissioni; precisare se per loro valga la regola del mandato imperativo, cioè se possano chiamarsi fuori dalle liste con cui sono stati eletti, senza esporsi a revoche da parte delle sigle preposte alla gestione delle presentazioni; rispondere alla domanda se la maggioranza dei componenti dev'essere quella maturata a seguito di discussioni ed espressa a supporto di decisioni formali delle rsu oppure può trovare espressione in una mera e semplice sequenza di sottoscrizioni ai contratti.

Basta scorrere la giurisprudenza per capire quanto tutto questo sia importante. Ma il dato di gran lunga più rilevante è un altro, cioè quello di una concentrazione della legittimazione a concludere un contratto aziendale dotato della vista efficacia a capo delle stesse rsu, senza più la *co-partnership* delle oo.ss. territoriali. Non lo si dice chiaramente, sicché si potrebbe sostenere che niente è cambiato rispetto all'esplicito dettato del Protocollo del luglio 1993, ripreso dallo stesso Accordo interconfederale dell'aprile del 2009; ma il silenzio vale più di ogni parola. Visto lo scopo perseguito, considerare ancora necessario il beneplacito delle tre oo.ss., avrebbe significato continuare a trasmettere il loro dissenso sulle stesse rsu, non risolvendo, ma perpetuando il problema.

Viene da chiedersi perché non si sia adottato il meccanismo introdotto dal punto 1 per la contrattazione collettiva nazionale di categoria. Il che avrebbe potuto avvenire in un duplice modo, cominciando col dedurre dalla rappresentatività nazionale quella aziendale, con una sorta di nuova versione della rappresentatività "derivata" di cui al defunto art. 19, lett. a). Ma, anche a prescindere dalla realizzabilità tempestiva del meccanismo in parola, dal punto di vista logico, far discendere dall'alto una qualificazione acquisita dal basso, per via delle deleghe e delle risultanze elettorali nelle aziende non era una cosa carina da escogitare; e, soprattutto, dal punto di vista politico-sindacale non costituiva una risposta consapevole ed efficace, dato che la c.d. base voleva e vuol pesare in forza non di una conta macro, a livello di una categoria astratta di cui fa fatica ad avere consapevolezza, ma micro, a livello di un'azienda concreta, quella stessa in cui si consuma la sua quotidiana fatica.

L'altro modo era di ricostruire la rappresentatività aziendale in forza dello stesso meccanismo, ma ricondotto e riproporzionato a livello dell'azienda stessa: una percentuale più o meno del 5%, calcolata su deleghe e risultanze elettorali. Solo che questo avrebbe potuto servire a ponderare il peso relativo delle oo.ss., se ed in quanto si ritenesse di mantenere una loro legittimazione negoziale, sì da condizionare l'efficacia prevista del contratto aziendale alla sottoscrizione della maggioranza dei componenti della rsu e delle oo.ss. vantanti, da sole o complessivamente, una maggioranza in forza della prevista media deleghe/voti o dei voti. Una soluzione inutile, illogica, pericolosa: inutile, perché le oo.ss. possono già contare sul terzo garantito; illogica perché le risultanze elettorali rilevano due volte, in combinazione con le deleghe per la rappresentatività delle oo.ss. e in esclusiva per la composizione delle rsu; pericolosa perché dà vita ad una diarchia sovrapposta, con una strutturale interdipendenza ed interferenza, ma, comunque sempre esposta ad una contrapposizione ingestibile.

C'è un costo, però, che potrebbe rivelarsi assai pesante, cioè l'indebolimento del coordinamento soggettivo di un sistema ancor oggi ricostruito come articolato, perché le rsu, nonostante il terzo riservato, che, peraltro, per essere influente dovrebbe essere *semper fidelis* e soprattutto compatto, possono sempre sfuggire di mano alle oo.ss. stipulanti il contratto nazionale di categoria, fra l'altro non più legittimate in base al reciproco riconoscimento, ma in forza della rappresentatività acquisita a' sensi del punto 1. Si aggiunga che l'accordo interconfederale del dicembre 1993, parte seconda, punto 4, prevede la possibilità di presentare proprie liste per oo.ss. che le corredino con un numero di firme di lavoratori dipendenti pari al 5% degli aventi diritto al voto, sia pure richiedendo loro di essere formalmente costituite come associazioni sindacali, con proprio atto costitutivo e statuto e di accettare espressamente l'accordo in parola; e che, a tutt'oggi, non esiste almeno per gli eletti nelle rsu mandato imperativo.

5. Punto 5: rsa ed efficacia della contrattazione collettiva aziendale.

Sulle rsa il Punto 5 dell'Accordo interconfederale è ben più articolato e complesso. Parte con un'espressione che ne dovrebbe condizionare l'applicabilità, cioè "*in caso di presenza delle rappresentanze sindacali costituite* ex *art. 19 legge n. 300/70*", ma non risulta del tutto chiara a prima lettura, perché sembrerebbe suggerire che, se ci sono rsa conviventi con rsu, esse, comunque, prevalgono. Ma il fatto è che, proprio per quanto scritto e consacrato da Cgil, Cisl, Uil, senza mai essere rimesso in discussione, le rsa avrebbero dovuto da tempo cedere il posto alle rsu; peraltro questo non è successo, perché le rsa sono sopravvissute, fino a costituire la regola formalizzata in un'intera categoria come quella del credito. Quindi questo punto 5 tende a farsi carico di quel che di diritto è un ritardo "patologico" nel programmato processo di transizione dalle rsa alle rsu, con un potenziale contro-effetto, cioè di elevarlo a mezzo di presenza alternativo, dotato dello stesso potere negoziale dell'altro; e lo fa non solo attribuendo loro l'identica legittimazione negoziale delle rsu, cioè esclusiva, senza dover coinvolgere formalmente le oo.ss. territoriali, cosa qui meno eclatante, trattandosi di loro emanazioni.

Il titolo rimane sempre quello di cui all'art. 19 dello Statuto, la sua lett. b), per cui occorre aver sottoscritto un contratto, anche solo aziendale, sicché questo percorso, diversamente da quello "aperto" delle rsu, rimane formalmente "chiuso", sì da poter al limite essere preferito proprio a questo scopo.

Come ovvio anche qui c'è da risolvere il problema di un eventuale conflitto intersindacale, che sarebbe più evidente e percepibile, perché non "interno" alle rsu, ma "esterno" fra le rsa. Il

principio chiamato in causa è pur sempre quello della maggioranza, adattato al caso, per cui i "*contratti collettivi aziendali esplicano pari efficacia se approvati dalle rappresentanze aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme a altre, risultino destinatarie delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente dall'azienda*". Solo che così tutto resterebbe "in famiglia", senza concedere alcuna voce in capitolo ai componenti di organizzazioni sindacali senza titolo per costituire le rsa e ai non sindacalizzati, per cui una volta firmati secondo la regola sopra vista, i contratti debbono essere sottoposti ad un *referendum* "*promosso dalle rappresentanze sindacali aziendali*", ma non automaticamente, bensì solo "a seguito di una richiesta avanzata entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa". Il *quorum* costitutivo è quello stesso richiesto per le elezioni delle rsu dall' Accordo interconfederale del dicembre 1993, parte seconda, punto 2, vale a dire il "*50% più uno degli aventi diritto al voto*", con il *quorum* deliberativo dato "*dalla maggioranza semplice dei votanti*".

Dopotutto è sempre la maggioranza dei lavoratori a dire la sua, perché è sempre richiesta per rendere valide sia le elezioni delle rsu, sia le consultazioni referendarie per le rsa. Ma le differenze sono evidenti. Le rsu devono essere elette con la partecipazione di almeno il 50% più uno dei lavoratori aventi diritto al voto; una volta elette sono titolate almeno per la durata di tre anni, a' sensi del loro accordo, parte prima, punto 6; sono organi collegiali che, salvo quanto stabilito sempre dal loro accordo, parte prima, punto 7 ("*Le decisioni relative a materie di competenza delle rsu sono assunte dalle stesse in base ai criteri previsti da intese definite dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori stipulanti il presente accordo*"), decidono con il 50% più uno dei componenti. A conti fatti possono esprimersi al limite con maggioranze pari a circa un quarto dei lavoratori: elette con almeno il 50% più uno dei lavoratori aventi diritto al voto e deliberanti con almeno il 50% più uno dei componenti.

Invece, le rsa possono essere semplicemente designate, essendosi letteralmente liquefatta quell'espressione "*su iniziativa dei lavoratori*", che democratizza l'apertura dell'art. 19 dello Statuto; sono organi dotati dell'identità, struttura e dinamica stabilite dagli statuti delle rispettive oo.ss., sicché le loro decisioni sono assumibili separatamente, secondo le regole proprie a ciascuna di esse, per poi venire assemblate in forza del peso ponderato delle stesse, in termini di deleghe acquisite nell'anno precedente; sono tenute a sottoporre a ratifica referendaria l'accettazione della bozza di contratto aziendale, a richiesta di "almeno" una organizzazione sindacale firmataria dell' Accordo (che sarà di norma quella la cui rsa è rimasta in una condizione di minoranza non determinante, ma anche, in via eccezionale – conclusione non esclusa né dalla lettera, né dalla *ratio* pro-associativa – una organizzazione territoriale "tradita" dalla sua rsa, se pur, poi, sono le stesse rsa a dover prendere l'iniziativa – congiuntamente? – per la consultazione dei lavoratori) con a termine di decadenza 10 giorni dalla conclusione del contratto, comprensibile e giustificabile se applicato alle oo.ss., ma non altrettanto una volta esteso pari pari all'altra possibilità di attivazione del *referendum*, cioè la domanda del 30% dei lavoratori dell'impresa, rispetto ai quali bisognerebbe partire dalla pubblicità data al testo e, comunque, scontare la difficoltà di raccogliere adesioni *contra omnes*, impresa, oo.ss., rsa. Qui, a conti fatti, le rsa potrebbero esprimersi con maggioranze dei lavoratori non calcolabili a priori, dipendendo dal rapporto lavoratori/sindacalizzati il peso relativo del 50% più uno delle deleghe; ma sarebbero esposte a

eventuali consultazioni referendarie, valide se partecipate dal 50% più uno dei lavoratori aventi diritto al voto e positive se concluse col 50% più uno dei sì.

Quel che resta comune è l'intento di avere una benedizione democratica nell'una e nell'altra ipotesi: necessaria e spostata a monte in sede di elezione dell'agente contrattuale, con una delega in bianco per l'intera durata della consigliatura, per le rsu; eventuale e collocata a valle con l'indizione del *referendum*, con una ratifica specifica e puntuale, per le rsa. Il che trova conferma laddove sempre il punto 5 sancisce che "*Ai fini di garantire analoga funzionalità alle forme di rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, come previsto per le rappresentanze sindacali unitarie anche le rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, quando presenti, durano in carica tre anni*".

6. Punto 6: le clausole di tregua sindacale.

Se si dovesse usare un proverbio popolare estremamente suggestivo, a proposito del punto 6 verrebbe da dire che "qui casca l'asino", perché quel che per difetto intrinseco costituisce l'elemento estremamente scivoloso di un sistema sindacale non solo pattizio, ma privo per consolidato orientamento del Giudice delle leggi del monopolio dello sciopero, è proprio l' "*esigibilità degli impegni assunti*". Tenuto conto di tutto il fracasso sollevato dalla famosa clausola di responsabilità lanciata col contratto di Pomigliano e ripresa con quello di Mirafiori, spinta oltre il confine della responsabilità oggettiva e sanzionata fino a far dubitare della sua legittimità, non per la penalizzazione in tema di diritti sindacali convenuti in più rispetto a quelli statutari, ma per la risolubilità degli stessi contratti; tenuto conto di tutto questo, la dice lunga la formulazione del punto in parola: si limita a prevedere che "*eventuali clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva, hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori*". Prevedibile, ma eccessivo, perché, – se nonostante un tambureggiare insistente, proveniente più da sinistra che da destra, secondo una pluridecennale esperienza radicata in una ben individuabile diversità ideologica e politica circa la dialettica fra sindacato e singolo – titolare del diritto di sciopero è e deve rimanere il *quisque de populo*, non è escluso *a priori* che l'esercizio possa trovare limiti compatibili con l'attribuzione della titolarità, posti da un contratto collettivo di cui il singolo usufruisce.

Se da un lato c'è da prendere atto del richiamo da un esilio al limite infamante delle clausole di tregua sindacale, rimane che, essendo previste come eventuali, sottintendono l'opinione evidentemente condivisa, dell'esistenza non di un dovere di pace implicito, cioè incorporato nello stesso sinallagma del contratto collettivo, ma solo di uno esplicito, di cui sia puntualizzato l'*an*, il *quantum* ed il *quomodo.* Dando anche per scontato che tali clausole saranno inserite, certo l'aver contemplato solo un dovere di pace esplicito, facendo oggetto dello scambio di volta in volta in gioco anche quell'elemento necessario per garantire un reciproco affidamento sistemico, appare chiaramente un segno di perdurante immaturità.

Senza dedicare neppure una parola al contenuto del dovere di pace sindacale, un *mix* di astensione da propri comportamenti e di influenza su comportamenti altrui, è opportuno ritornare sui soggetti vincolati dalle clausole di tregua sindacale, così come risultanti dal testo, cioè "*tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori*", cioè le rsu e le rsa, siano state quest'ultime favorevoli o contrarie ai contratti che le contengono, ma comunque approvati *ex* punto 5 dell'accordo; e le

associazioni sindacali non solo "*firmatarie del presente accordo*" – cioè le oo.ss. facenti capo a Cgil-Cisl-Uil – ma anche "*operanti all'interno dell'azienda*". Stando alla lettera se una Federazione di Cgil-Cisl-Uil non è tale, vale a dire non ha diritto ad una rsa, presupposto tecnico-giuridico per cofondare e cogestire la rsu di quella particolare azienda, non è tenuta a rispettare una clausola peraltro non sottoscritta. Cosa affatto scontata, ma anche relativamente superflua, perché, clausola di tregua o meno, la strada da percorrere e percorsa da chi è fuori non è né esclusivamente, né prevalentemente la chiamata alle armi dei propri fedeli, costosa e dubbia, ma la citazione in giudizio dell'impresa, per aver proceduto ad un'applicazione generalizzata del contratto aziendale, forzandone la portata soggettiva.

7. Punto 7: la contrattazione collettiva aziendale "in deroga".

Al punto 7, ritorna quella disciplina sulla contrattazione collettiva aziendale "*in deroga*" prevista dall'accordo interconfederale dell'aprile 2009 ed introdotta "a sanatoria" del contratto di Pomigliano del giugno 2010 – che l'aveva utilizzata a suo favore – nell'accordo Fim, Uilm, Federmeccanica e Assistal del settembre 2010. Nella soluzione compromissoria raggiunta, alla concessione della Cisl in termini di conferma di un sistema articolato, con un equilibrio fra i due livelli rimasto sostanzialmente immodificato, fa da contraltare l'apertura della Cgil in materia, con una formula tanto generica da risultare addirittura indeterminata, ma che, in realtà, implica una totale apertura di credito alla contrattazione nazionale, sì da non suscitare reazioni da parte delle categorie più restie. Così il primo paragrafo del punto 7 recita testualmente: "*i contratti collettivi aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi… possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro*".

Questo per il futuro, ma per il presente il disposto si fa assai più rigido, stabilendo, nel testo corretto il 14 luglio 2011, il quale, erroneamente, chiamava in causa le organizzazioni sindacali territoriali confederali invece che categoriali, "*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*".

A leggere questo testo può nascere il sospetto che tutto il discorrere sul suo carattere non retroattivo, tale da non poter essere fatto valere a copertura di quegli accordi di Pomigliano e di Mirafiori nati come contratti aziendali sia superato dal quel "*Ove non previste*", perché, come ricordato, l'accordo metalmeccanico del settembre 2010 contempla già la contrattazione collettiva aziendale "in deroga". Ma anche a prescindere dal fatto che ad essere in discussione sono ormai i contratti di primo ed unico livello che ne hanno preso il posto, con sul tavolo il problema del rispetto o meno dell'art. 2112 c.c. in tema di trasferimento d'azienda, rimane sempre che quell'accordo era e resta separato, sì da non poter essere considerato oggetto del richiamo, forse buttato lì con riferimento al caso Fiat, ma senza alcun effetto sanante.

D'altronde, per l'oggi il regime previsto appare restrittivo, sia con riguardo ai presupposti ed ai contenuti, anche se espressi in termini facilmente estendibili; sia, soprattutto, con rispetto ai soggetti, perché sono "*le rappresentanze sindacali operanti in azienda*", ma d'intesa "*con le organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del presente accordo interconfederale*", senza che venga prevista alcuna entrata in funzione del principio di maggioranza, sì da richiedersi alla fin fine l'unanimità. Si potrebbe anche pensare ad una sorta di rinvio implicito ai punti 4 e 5, ma ciò è da escludere perché proprio a questo diverso processo decisionale viene ricollegata *apertis verbis* "*l'efficacia generale come disciplinata nel presente accordo*": insomma, *hic et nunc*, esiste e può essere esercitato un potere di veto insuperabile, passaggio rivelatosi probabilmente necessario per dare semaforo verde ad un "istituto" così controverso.

Il prudente approccio alla contrattazione collettiva "in deroga", che a dire il vero non rende giustizia all'effettiva portata tecnico-giuridica dell'innovazione, fa il paio con l'assoluto silenzio riguardo a quanto previsto dall'accordo interconfederale dell'aprile 2009, n. 4, circa "*l'elemento di garanzia retributiva*". Sul presupposto di uno spostamento del punto di equilibrio del sistema, dal nazionale all'aziendale, vi era previsto un meccanismo destinato ad ammortizzare il *gap* esistente in termini di copertura fra l'uno e l'altro livello: i contratti nazionali di categoria avrebbero potuto riconoscere "*un elemento di garanzia retributiva a favore dei dipendenti di aziende prive di contrattazione di secondo livello e che non percepiscono altri trattamenti economici individuali o collettivi oltre a quanto spettante per contratto collettivo nazionale di categoria*".

Può ben essere che un tale meccanismo risultasse difficilmente praticabile e/o addirittura controproducente, disincentivando invece che incentivando la contrattazione aziendale, ma, comunque, pare del tutto sintonico rispetto al venir meno di quel presupposto, perché nell'accordo sotto esame, non c'è affatto un apprezzabile spostamento del punto di equilibrio dall'uno all'altro livello, tale non potendosi considerare a tutt'oggi la prudente apertura di cui al punto 7. Occorre ripetere e sottolineare a tutt'oggi, perché è ben possibile che questa breccia venga allargata dalla contrattazione collettiva nazionale, sì da spostare decisamente e significativamente quel punto di equilibrio del sistema di cui si è parlato, ma se così fosse, sarebbe necessario ritornarvi sopra a livello interconfederale, per impedirne uno sviluppo anarchico.

8. Punto 8: l'incentivazione della contrattazione aziendale.

Non poteva mancare quella sorta di mantra che ormai è diventata la chiamata in causa del Governo, per un'incentivazione fiscale e contributiva della retribuzione variabile, considerata la vera e propria forza motrice della contrattazione collettiva aziendale. Di questo si fa carico il punto 8, il quale, dando atto dell'esperienza positiva fin'ora avuta, usa un linguaggio forte, consapevole del "favore" fatto al Governo stesso con questo accordo, vantato dall'intera compagnia cantante come un grande successo politico: vanno incrementate, rese strutturali, certe e facilmente accessibili "*tutte le misure … volte ad incentivare … la contrattazione di secondo livello che collega aumenti di retribuzione al raggiungimento di obbiettivi di produttività, redditività, qualità, efficienza, efficacia ed altri elementi rilevanti ai fini del miglioramento della competitività nonché ai risultati legati all'andamento economico delle imprese fra le parti in sede aziendale*".

Per chi si ostina a vivere in un passato imbalsamato, sì da considerare attuale quel sistema sindacale forgiato nel calore della stagione della "conflittualità permanente", con una contrattazione sempre rilanciata da un livello all'altro, secondo una spirale inflazionistica che trovava la sua parola d'ordine nel "salario variabile indipendente", dovrebbe suonare da sveglia questa mutazione,

figlia di un'altra, cioè da una visione antagonista alimentata da una netta ed insanabile contrapposizione rispetto all'impresa ad una più o meno diffusa consapevolezza che *vis-à-vis* della propria datrice di lavoro non vale certo *mors tua, vita mea* ma *vita tua, vita mea*. Ma, a prescindere da questa digressione, c'è da sottolineare come la posizione sindacale resta del tutto invariata, perché la sola via aperta deve essere e restare quella contrattuale, ad esclusione di qualsiasi iniziativa unilaterale dell'impresa, proprio perché trattasi di misure finalizzate all'incentivazione della contrattazione collettiva aziendale ancor prima che della produttività/redditività aziendale.

Non si deve certo sottovalutare l'importanza di queste misure, riprese dal Governo nel decreto legge sulla manovra, ma l'impressione è che sia la modulazione dell'organizzazione a misura della peculiarità dello specifico processo/prodotto a contare, con conseguente necessità di adattarvi la disciplina del rapporto di lavoro, senza che di per sé sola risulti decisiva la possibilità di incrementare la produttività/redditività aziendale per via di una retribuzione variabile meno pesante in costo per l'azienda, ma più pesante in reddito per i lavoratori.

9. Contratto o legge.

Arrivati alla fine non resta che tornare all'inizio, per chiedersi quanto e come l'accordo in parola costituisca una risposta ai problemi sollevati dal caso Fiat: sia chiaro non a quelli concreti, attualmente di fronte ai giudici, per i quali, a giudizio di chi scrive, niente viene aggiunto o tolto all'*acquis* ormai maturato; ma quelli astratti, riproducibili e riproponibili per una qualsiasi altra impresa che finisca per ritrovarsi nella stessa situazione.

Una premessa è necessaria, perché pre-condiziona la stessa effettività dell'accordo. Se la Fiom si adeguasse, chinando il capo di fronte al *diktat* della Cgil, così come incorporato nell'accordo interconfederale, si creerebbe uno stato di fatto tale da rendere del tutto marginale il rischio di un conflitto tipo Fiat, confinandolo a sindacati o gruppi minoritari, rimasti fuori dalle rsu; questo, però, a regime, perché nell'attuale fase transitoria, un contratto aziendale "in deroga", deve essere approvato congiuntamente dalle rappresentanze sindacali aziendali e dalle oo.ss. territoriali.

Si può proseguire oltre. Se la Fiom continuasse a chiamarsi fuori dal contratto nazionale collettivo, *rebus sic stantibus*, resterebbe priva del titolo previsto dall'art. 19, lett. b); né, a' sensi dell'insegnamento del Giudice delle leggi, potrebbe acquisirlo per via di un riconoscimento effettuato dallo stesso contratto nazionale non sottoscritto. Peraltro resterebbe senza diritto a far ricorso allo Statuto, ma con il potere fattuale di sollecitare i suoi iscritti a far valere l'inefficacia soggettiva del contratto da lei rifiutato. Certo, la Fiom potrebbe recuperare quel titolo col contratto aziendale collettivo; solo che, intanto, dovrebbe, comunque, osservare il percorso procedimentale e sostanziale posto dal contratto nazionale all'aziendale e, poi, non solo rispettare il principio di maggioranza, così come formulato dai punti 4 e 5 dell'accordo interconfederale, ma anche sottoscrivere il contratto aziendale, lo condivida o meno.

Quanto all'efficacia del contratto aziendale, non è affatto detto che basti concluderlo a' sensi dei punti 4 e 5 dell'accordo interconfederale sotto esame per poter contare su quella forza espansiva che vi è affermata e celebrata. L'accordo vale solo per chi l'ha concluso, a meno che, come già detto, non si affermi un indirizzo giurisprudenziale che reinterpreti il diritto vigente o passi un intervento legislativo, nel senso di riconoscergli un'efficacia *ultra partes.*

Il che, però, finisce sempre per cozzare contro il muro dell'art. 39 Cost. Come ricordato sopra, non solo e non tanto nei confronti dei suoi commi 2 e ss., che pur non possono essere così

facilmente *bypassati*, offrendo sì un argomento vero per cui riguarderebbero esclusivamente il contratto categoriale, ma non risolutivo, essendovi sancito il principio generale di un preciso ed inscindibile rapporto fra rappresentanza associativa-proporzionale ed efficacia *ultra partes.* E verrebbe da aggiungere che se è fuor di dubbio che il 39, commi 2 e ss. è costruito a misura del contratto categoriale, lo è perché i padri costituenti, figli ribelli del sistema corporativo, neanche se lo immaginavano il contratto aziendale; ma se, portando il discorso all'estremo, come è d'uso fare per falsificare un risultato, il contratto categoriale si riducesse a poco o niente, sostituito da una fitta rete di contratti aziendali, tutti dotati di un'efficacia *ultra partes*, acquisita secondo criteri e metodi simili a quelli di cui ai punti 4 e 5, ci troveremmo di fronte ad una autentica operazione *in fraudem constitutionis*.

A subire un *vulnus* sarebbe anche e soprattutto l'art. 39, co.1, com'è stato ricostruito, consacrato, mitizzato da un pluridecennale lavorio dottrinale e giurisprudenziale, facendone il supporto dell'intero sistema di "fatto", *extra* se non *contra constitutionem*, qui declassata a mera Costituzione "formale", superata e sostituita da quella "materiale" tutta all'insegna di una promozione senza regolamentazione. Bisognerebbe avere il coraggio di ripartire dalla nostra carta fondamentale, riscrivere quei co. 2 e ss. che odorano da tempo come cadaveri insepolti e ricomporre la frattura fra il co.1 e quelli successivi novellati. Bisognerebbe, ma chi tocca i "Principi fondamentali" è morto, alibi ottimo per chiunque viva di rendita su un passato che solo ai suoi occhi non passa.

Il sistema di progressioni professionali nel comparto ricerca: problematiche applicative e dubbi sistematici*

Valerio Talamo- Valerio Antonio Iannitti

1. Premessa. 21

2. Il peculiare ordinamento professionale degli Enti di ricerca. 23

3. Il sistema di progressioni economiche e di carriera. 24

3.1 Le progressioni per il personale appartenente ai livelli IV – VIII. 24

3.2 Le progressioni per i ricercatori e i tecnologi. 28

3.3 Il passaggio "orizzontale" fra profili professionali a parità di livello. 31

4. Problematiche interpretative. 31

4.1 Inconfigurabilità di una progressione economica per i passaggi di livello di ricercatori e tecnologi. La giurisprudenza della Corte di cassazione. 34

4.2. Segue: alla ricerca dell'"ircocervo". La circolare 22 febbraio 2011 del Dipartimento della Funzione pubblica. 37

5. Conclusioni. 38

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 126/2011

1. Premessa.

Il sistema di classificazione professionale del comparto degli enti di ricerca risale, nei suoi tratti fondativi, ai regolamenti scaturenti dagli accordi della legge quadro sul pubblico impiego ([1]) ed è stato in buona parte conservato e reiterato con i contratti collettivi post-privatizzazione. Sul tronco della primitiva classificazione professionale, a seguito dei decreti delegati costitutivi della cd. "seconda privatizzazione" ([2]) sono stati innestati, a partire dai contratti collettivi relativi alla tornata 1998-2001, i sistemi di progressione professionale che hanno permesso, anche in questo settore, un complesso di passaggi interni, retributivi e professionali, gestiti dalla contrattazione collettiva nazionale ed integrativa ([3]).

Tale innesto, tuttavia, in questo più che in altri comparti, non è apparso "indolore".

Le definizione di regole concorsuali e di selezioni interne per via contrattuale, il mantenimento di avanzamenti retributivi per mero decorso del tempo (che riecheggiano gli aboliti scatti di anzianità), la deroga ai titoli di studio per l'accesso alle categorie superiori e, non da ultimo, l'abnorme peso attribuito all'anzianità di servizio, quale requisito e titolo per i passaggi interni, destano – sia pure con qualche distinguo - ben più di una perplessità, anche nella prospettiva di un sistema "costituzionalmente" orientato sulle ragioni del concorso pubblico.

Le difficoltà ricostruttive appaiono anche di carattere interpretativo.

Per "ricomporre" la normativa contrattuale vigente occorre operare scorrendo e coordinando, volta per volta, le disposizioni disperse in testi normativi o contrattuali spesso risalenti nel tempo, con tutte le difficoltà ermeneutiche che quest'operazione comporta. Ciò anche per la scarsa fattura delle norme, spesso mal coordinate fra loro, a cui non si è voluto ovviare procedendo alla redazione - pur fortemente sollecitata dal Dipartimento della funzione pubblica - di un testo unico contrattuale ([4]). Peraltro, il complesso normativo in commento, già di per sé precario ed instabile, subisce da ultimo l'impatto del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, la recente riforma del lavoro pubblico che incide profondamente sulla dinamica della progressione professionale di carriera ed economica.

---

[1] Cfr. essenzialmente il D.p.r. 12 febbraio 1991, n. 171, stipulato ai sensi della legge 29 marzo 1983, n.93 "*Legge quadro sul pubblico impiego*", che recepisce, per il personale delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione, la disciplina prevista dall'accordo collettivo relativa al triennio 1988-1990.

[2] Per quanto qui interessa, principalmente il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

[3] Cfr. TALAMO, *Le carriere collettive contrattate dei dipendenti pubblici: criticità e prospettive*, in *questa Rivista,* 2004, 1043; SGARBI, *Mansioni ed inquadramento dei dipendenti pubblici,* CEDAM, Padova, 2004; RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: imparzialità o buon andamento*?, in *questa Rivista,* 1999, 2, 215; P. SORDI, *Il giudice ordinario e le procedure selettive e concorsuali nel lavoro pubblico*, in *questa Rivista,* 2005, 289; S. BATTINI, *Concorsi interni e cittadini esterni, la difficile coabitazione fra reclutamento e carriera*, in *GDA,* 2004, 6, 611

[4] Cfr. TALAMO, *Commento all'articolo 71 del d.lgs. n. 165 del 2001,* in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico, in Diritto del lavoro,* Giuffré, Milano, 2007, 1395. L'organismo di coordinamento dei comitati di settore, già l'11 giugno 2002, poco dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, licenziò l'*"Atto di indirizzo per la ridefinizione dei comparti e delle aree di contrattazione. Istruzioni all'ARAN per la contrattazione collettiva relativa al quadriennio 2002-2005*", invitando la propria Agenzia contrattuale, contestualmente alla stipulazione dei contratti collettivi, a redigere per ciascuna area o comparto un *"testo unico"* che avrebbe dovuto costituire *"la fonte unica contrattuale per ciascun comparto o area di contrattazione"*. Quest'intento, disatteso, è stato riproposto anche con il successivo "*Documento sulle linee generali e sulle priorità dei rinnovi contrattuali"* e con i singoli atti di indirizzo di comparto, ma non ha analogamente trovato concreto riscontro.

Come da insegnamento del Giudice costituzionale (e successivamente della Corte di cassazione), la categoria della progressione *verticale* viene ricondotta a pubblico concorso, quella *economica* viene espressamente assoggettata a criteri meritocratici e selettivi, con esclusione della valutazione di elementi automatici come l'anzianità di servizio. Più in generale, viene ristrutturato il sistema delle competenze in materia di contrattazione collettiva, risintonizzando lo stesso sulle ragioni dell'interesse pubblico, la cui sintesi viene individuata nella legge o nell'atto unilaterale datoriale a tutto discapito del metodo negoziale e concertativo ([5]).

In quest'ottica vanno rilette anche le disposizioni del d.lgs. n. 150 del 2009 che hanno previsto l'applicazione degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, cod. civ. in tutti i casi in cui disposizioni contrattuali violino norme imperative, fra le quali sono espressamente annoverate tutte le norme dello stesso d.lgs. n.165 del 2001 ([6]). Il riferimento alle disposizioni che impongono l'etero-integrazione dei contratti collettivi appare particolarmente necessario per i contratti collettivi del comparto delle Istituzioni e degli Enti di ricerca e Sperimentazione (d'ora in poi CCNL), tutti sottoscritti antecedentemente l'entrata in vigore del predetto decreto legislativo ([7]). Proprio l'incidenza dei predetti meccanismi legali impone una verifica di conformità delle disposizioni contrattuali vigenti in materia di progressioni professionali e retributive rispetto all'innovato quadro normativo per saggiarne la "resistenza" e la persistente applicabilità ([8]).

---

[5] Vedi nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, soprattutto l'art. 2, comma 2, l'art. 5, comma 2, nonché l'art. 40, commi 1 e 3-*ter* e l'art. 47-*bis*, comma 1, tutti modificati, sostituiti o aggiunti dal d.lgs. n. 150 del 2009.

[6] Cfr. l'art. 2, comma 3-*bis* ed art. 2, comma 2, primo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001. Le citate norme civilistiche dispongono l'inserimento materiale delle clausole legali derogate, la corrispondente nullità delle clausole collettive illegittime e la conservazione del contratto in caso di nullità parziale.

[7] Si tratta principalmente dei CCNL a carattere normativo: per il quadriennio 1998-2001 ed il primo biennio economico 1998-1999, sottoscritto il 13 maggio 2009; per il quadriennio 2002-2005 ed il primo biennio economico 2002-2003, sottoscritto il 7 aprile 2006; per il quadriennio 2006-2009 ed il primo biennio economico 2006-2007, sottoscritto il 21 febbraio 2002. In alcuni casi, tuttavia, vengono in rilievo anche le previsioni dei CCNL relativi ai secondi bienni economici (sottoscritti contestualmente ai CCNL relativi ai quadrienni normativi) e le stesse previsioni del D.p.r. n. 171 del 1991. Di seguito, per comodità espositiva, si farà riferimento ai predetti CCNL con riferimento al solo periodo di vigenza.[8] Si è posto un problema interpetativo di una certa rilevanza in ordine all'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n.150 del 2009 nelle *more* della stipulazione dei rinnovi contrattuali (cfr. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il d.lgs. 150 del 2009*, in *questa Rivista*, 792-795, *ivi* anche per i riferimenti dottrinari). La giurisprudenza (perlopiù) monitoria del giudice del lavoro, tuttavia, dopo una prima fase di transizione, è a sua volta più o meno equamente distribuita fra le due tesi (*favorevoli* all'immediata operatività sono Trib. Pesaro, 2 dicembre 2010; Trib. Cosenza 20 settembre 2010; Trib. Venezia 11 marzo 2011; Trib. Frosinone 14 marzo 2011; Trib. Catanzaro 18 marzo 2011; Trib. Verona 21 marzo 2011; Trib. Messina 10 maggio 2011; Trib. Genova 6 giugno 2011; Trib. Cagliari 15 giugno 2011; Trib. Roma 1 luglio 2011; Trib. Tivoli, 11 agosto 2011; *contrari* Trib. Torino 2 aprile 2010 e 28 giugno 2010; Trib. Salerno 18 luglio 2010; Trib. Pesaro 19 luglio 2010; Trib. Lamezia Terme 7 settembre 2010; Trib. Trieste 5 ottobre 2010; Trib. Bologna 21 marzo 2011; Trib. Oristano 10 maggio 2011; Trib. Nuoro 1 giugno 2011). La *querelle* dovrebbe ritenersi definitivamente chiusa a seguito dell'emanazione delle apposite disposizioni interpretative contenute nell'art.5 del d.lgs. 1 agosto 2011, n. 141, che hanno chiarito autenticamente la questione nel senso dell'immediata applicabilità delle norme del d.lgs. n. 150 del 2009.

[8] Si è posto un problema interpetativo di una certa rilevanza in ordine all'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n.150 del 2009 nelle *more* della stipulazione dei rinnovi contrattuali (cfr. TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il d.lgs. 150 del 2009*, in *questa Rivista*, 792-795, *ivi* anche per i riferimenti dottrinari). La giurisprudenza (perlopiù) monitoria del giudice del lavoro, tuttavia, dopo una prima fase di transizione, è a sua volta più o meno equamente distribuita fra le due tesi (*favorevoli* all'immediata operatività sono Trib. Pesaro, 2 dicembre 2010; Trib. Cosenza 20 settembre 2010; Trib. Venezia 11 marzo 2011; Trib. Frosinone 14 marzo 2011; Trib. Catanzaro 18 marzo 2011; Trib. Verona 21 marzo 2011; Trib. Messina 10 maggio 2011; Trib. Genova 6 giugno 2011; Trib. Cagliari 15 giugno 2011; Trib. Roma 1 luglio 2011; Trib. Tivoli, 11 agosto 2011; *contrari* Trib. Torino 2 aprile 2010 e 28 giugno 2010; Trib. Salerno 18 luglio 2010; Trib. Pesaro 19 luglio 2010; Trib. Lamezia Terme 7 settembre 2010; Trib. Trieste 5 ottobre 2010; Trib. Bologna 21 marzo 2011; Trib. Oristano 10 maggio 2011; Trib. Nuoro 1 giugno 2011). La *querelle* dovrebbe ritenersi definitivamente chiusa a

2. Il peculiare ordinamento professionale degli Enti di ricerca.

Dalla ricostruzione del quadro normo-contrattuale in materia di classificazione professionale, risalta immediatamente una delle peculiarità principali del comparto, determinata dalla compresenza dei ricercatori e dei tecnologi nello stesso sistema classificatorio in cui operano i diversi profili amministrativi e tecnico-operativi, secondo una sequenza gerarchica che risale al D.p.r. 12 febbraio 1991, n. 171, ove si elencano dieci livelli professionali con la connessa relativa percentuale di organico ([9]):

Liv	PROFILI			
I	Dirig. Ricerca (20%)	Dirig. Tecn. (20%)	Dirig. Generale	
II	1° Ricercatore (40%)	1° Tecnologo (40%)	Dirigente I fascia (40%)	
III	Ricercatore (40%)	Tecnologo (40%)	Dirigente (60%)	
IV	Collab. TER ([10]) (25%)		Funz.amm.ne (50%)	
V	Collab. TER (35%)		Funz.amm.ne (50%)	Collab.amm.ne (20%)
VI	Collab. TER (40%)	Operatore tecnico (20%)		Collab.amm.ne (30%)
VII		Operatore tecnico (30%)	Op.amm.ne (20%)	Collab.amm.ne (50%)
VIII	Ausil. tecnico (20%)	Operatore tecnico (50%)	Op.amm.ne (30%)	
IX	Ausil. tecnico (30%)		Op.amm.ne (50%)	Ausil.amm.ne (50%)
X	Ausil. tecnico (50%)			Ausil.amm.ne (50%)

Questo prospetto richiede peraltro di essere aggiornato.

---

seguito dell'emanazione delle apposite disposizioni interpretative contenute nell'art.5 del d.lgs. 1 agosto 2011, n. 141, che hanno chiarito autenticamente la questione nel senso dell'immediata applicabilità delle norme del d.lgs. n. 150 del 2009.

[9] Cfr. la Tabella 1 dell'Allegato 1 al D.p.r. n. 171 del 1991.

[10] Collaboratore tecnico degli enti di ricerca.

I successivi CCNL hanno, infatti, disposto la soppressione: *del X livello*, con conseguente confluenza dei dipendenti interessati all'interno del corrispondente profilo del IX livello ([11]); dei *profili di ausiliario tecnico e di amministrazione*, che permangono ad esaurimento ([12]); dello stesso *IX livello*, con inquadramento dei dipendenti interessati nel livello VIII di entrambi i profili di operatore (tecnico ed amministrativo) ([13]).

Come si è evidenziato, il D.p.r. n. 171 del 1991 prevedeva anche le percentuali di distribuzione delle dotazioni organiche per ciascun livello di ogni profilo ([14]). Le relative disposizioni, con riferimento ai livelli inferiori al III, sono state però esplicitamente disapplicate dall'art. 54 del Ccnl 1998-2001, che ha assoggettato l'ingresso a ciascun profilo e le progressioni di livello nell'ambito del profilo al rispetto della "*programmazione triennale di fabbisogno del personale di cui all'articolo 39 della legge n. 449 del 1997*" (c.d. "principio della dotazione organica") ([15]). Il compito di definizione della distribuzione dell'organico per ciascun livello è stato, quindi, rinviato ai regolamenti di ciascun ente mentre il processo assunzionale viene gestito secondo l'ordinaria dinamica autorizzatoria ([16]).

3. Il sistema di progressioni economiche e di carriera.

Le principali disposizioni relative alle progressioni del comparto sono contenute, con riferimento ai livelli IV-VIII, negli artt. 53 e 54 del Ccnl 1998-2001, nell'art. 8 del Ccnl 2002-2005 e nell'art. 3 del Ccnl 2006-2009. Le progressioni nei livelli I-III sono invece principalmente disciplinate nell'art. 64 del Ccnl 1998-2001, dall'art. 15 del Ccnl 2002-2005, dall'art. 8 del Ccnl relativo al secondo biennio economico 2004-2005 nonché dagli artt. 16 e 23 del Ccnl 2006-2009.

Si ricostruiscono di seguito le discipline positive derivanti da tale complesso normativo, operazione propedeutica alla verifica della compatibilità con la novella normativa recata dal d.lgs. n. 150 del 2009.

3.1 Le progressioni per il personale appartenente ai livelli IV – VIII.

Nell'ambito dei livelli IV-VIII possono essere distinte due tipologie di passaggi, a carattere economico (art. 53 Ccnl 1998-2001) e di livello nell'ambito di ogni profilo professionale (art. 54 Ccnl 1998-2001).

Le progressioni dell'art. 53 interessano i livelli *VIII ausiliario tecnico; VII operatore di amministrazione; VI operatore tecnico; V collaboratore di amministrazione; IV C.T.E.R.; IV funzionario di amministrazione*, vale a dire il personale collocato nel livello di vertice di ogni profilo ([17]).

---

[11] Cfr. art. 57 Ccnl 1998-2001.

[12] Cfr. art. 9 Ccnl 2002-2005.

[13] Cfr. art. 7 Ccnl 2006-2009.

[14] Cfr. art. 13, comma 2, D.p.r. n. 171 del 1991.

[15] Artt. 6, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001 e 39 della legge 27 dicembre 1997, n. 449.

[16] Art. 35, comma, 4, d.lgs. n. 165 del 2001.

[17] Ad esempio, poiché il profilo di collaboratore di amministrazione si disloca sia nel livello VI che nel V (cfr. la Tabella 1 dell'Allegato 1 del D.p.r. n. 171 del 1991 riprodotta nel testo), tale tipo di progressioni interesserà solo il personale collocato nel livello V del profilo "*collaboratore di amministrazione*".

Tali progressioni sono previste con periodicità biennale e "*si realizzano mediante l'attribuzione delle due successive posizioni economiche ciascuna delle quali conseguente a distinta procedura selettiva"*. Esse inizialmente richiedevano la permanenza almeno quinquennale nel livello di appartenenza o nella posizione economica inferiore. I successivi CCNL hanno ridotto a quattro anni l'obbligo di permanenza ([18]) e previsto una terza posizione economica oltre le due già contemplate ([19]).

I criteri di selezione per il riconoscimento della progressione economica sono stabiliti in sede di contrattazione integrativa entro i sessanta giorni successivi alla stipulazione del contratto nazionale, prorogabili di altri trenta, trascorsi i quali si applicano direttamente i criteri previsti dallo stesso art. 53, che assumono quindi valenza suppletiva e residuale rispetto all'inerzia del contratto integrativo. Ai criteri definiti dal contratto nazionale si è, infatti, molto spesso fatto riferimento, anche per l'esiguità del termine previsto per la conclusione dei contratti integrativi, la cui stipulazione si presenta tradizionalmente laboriosa e defatigante. Questi consistono in: a) anzianità di servizio; b) formazione; c) titoli; d) verifica dell'attività professionale svolta.

La ponderazione dei vari parametri muta in relazione al profilo di riferimento, ma rimane comunque molto squilibrata a favore dei parametri automatici a partire dall'anzianità di servizio ([20]).

La disciplina contrattuale, proprio per il rilievo conferito all'anzianità di servizio, non sembra del tutto sufficiente a soddisfare il dettato ricavabile dal d.lgs. n. 150 del 2009, molto più sintonizzato sulla valutazione delle capacità e delle attitudini e sulla premiazione del merito e molto più attento alla salvaguardia del vincolo sinallagmatico. Dalla novella recata dal d.lgs. n. 150 del 2009 chiaramente risalta il carattere premiale della progressione (sia economica che di carriera), che l'art. 20 del citato decreto si premura di includere *apertis verbis* tra gli strumenti "*per premiare il merito e la professionalità*" e quasi assimila ad un *superminimo* aziendale*,* tuttavia atipico perché qui l'acquisizione è stabile e continuativa ([21]).

Più nello specifico, l'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 150 del 2009, impone *ex lege* la selettività delle progressioni retributive, riservandole ad *"una quota limitata di dipendenti"* e comunque richiedendone l'attribuzione sulla base dello *"sviluppo delle competenze professionali"* e dei *"risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione"*. A sua volta, il comma 1-*bis*, dell'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001 (introdotto dall'art. 62 del d.lgs. n. 150 del 2009), richiede che le

---

[18] Art. 8, comma 3, Ccnl 2002-2005.

[19] Art. 4 Ccnl 2006-2009. Con la stessa disposizione collettiva è stato riconosciuto -ai fini dei periodi di anzianità richiesti per i passaggi interni, economici o di livello nel profilo- il servizio prestato a tempo determinato nello stesso Ente e nel medesimo profilo.

[20] L'anzianità di servizio, nel caso degli *ausiliari,* assorbe da sola il 60% del totale, lasciando un modesto 20% alla verifica dell'attività svolta (sono assegnati, poi, un 10% ciascuno ad entrambi parametri residuali). L'anzianità e la verifica dell'attività svolta, rispettivamente, perdono e guadagnano un 10%, per quanto concerne il profilo di *operatore tecnico* o *amministrativo*, ed un ulteriore 10% per quello di *collaboratore di amministrazione*, *CTER*, o *funzionario di amministrazione*. In quest'ultimo caso, pertanto, i pesi conferiti all'anzianità ed alla verifica del concreto svolgimento di attività saranno entrambi uguali al 40% (rimanendo pari al 10% il peso di ambedue gli altri parametri).

[21] Vedi la relazione illustrativa del d.lgs. n. 150 del 2009. Per rendere effettivo il collegamento fra merito individuale e promozione retributiva e far risaltare il principio di reciprocità, viene imposto un collegamento con la graduatoria prevista per la retribuzione delle performance dall'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2009, e, quindi, con gli stessi meccanismi di valutazione individuale. A tale fine viene stabilito che la collocazione nella fascia di merito più alta nella predetta graduatoria "*per tre anni consecutivi o comunque per cinque annualità anche non consecutive*" costituisce ''*titolo prioritario*'' per l'avanzamento. (art. 23, comma 3, del d.lgs. n. 150 del 2009).

progressioni all'interno della stessa area avvengano "*secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito*". Considerato che le progressioni economiche sono ascritte fra le materie nelle quali *"la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*" ([22]) e che nella fattispecie opera il già commentato meccanismo di nullità delle clausole collettive illegittime ed etero-integrazione delle norme legali derogate ([23]), non pare più possibile applicare quale criterio selettivo, ai fini delle progressioni retributive, un automatismo quale l'anzianità di servizio, al quale la norma primaria - che costituisce non solo il limite esterno inderogabile dalla contrattazione collettiva ma anche la traccia di diritto positivo cui la stessa si deve adeguare - non fa riferimento ([24]).

Il finanziamento delle progressioni in argomento è a carico delle risorse per il trattamento accessorio, essendo la contrattazione integrativa anche *ex lege* competente per la gestione di tali risorse ([25]).

Il secondo sistema di passaggi interni, come ricordato, è quello disciplinato dall'art. 54 del Ccnl 1998-2001, rubricato "*Progressioni di livello nei profili*".

Dopo aver salvaguardato l'ingresso dall'esterno nei profili di base relativi ai livelli IV-VIII ([26]), viene stabilito che le progressioni di livello nel profilo avvengono a cadenza biennale, tramite procedure selettive, con le "*anzianità richieste dall'articolo 13, comma 3, lett. b), del D.p.r. n. 171 del 1991*", secondo cui "*la progressione di livello avverrà mediante procedure concorsuali e/o criteri sull'accertamento del merito e della professionalità nei confronti del personale rivestente il profilo interessato, che abbia maturato, rispettivamente, 6 anni di servizio per ogni livello dei profili di collaboratore tecnico enti di ricerca, operatore tecnico e ausiliario tecnico e 5 anni di servizio per ogni livello dei profili di funzionario di amministrazione, collaboratore di amministrazione, operatore di amministrazione e ausiliario di amministrazione"*. I periodi di sei e cinque anni sono stati dapprima accorciati entrambi di un anno, con contestuale facoltà di riduzione di un ulteriore anno ([27]) e

---

[22] Art. 40, comma 1, terzo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001.

[23] Art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, ribadito, per la contrattazione di secondo livello, dall'art. 3-*quinquies*, dell'art. 40.

[24] SORDI, *Il sistema delle fonti della disciplina del lavoro pubblico (dopo il d.lgs. n. 150 del 2009)*, in *questa Rivista*, 810-814. In particolare, il vincolo della legge nei confronti delle materie di cui all'art. 40, comma 1, terzo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001, importerebbe per la contrattazione collettiva non già una generale autorizzazione per disciplinare tutti gli aspetti non altrimenti regolati da norme di legge, ma solamente la possibilità di regolare gli aspetti che legge demanda espressamente alla fonte negoziale. Ne discende che "*in tali materie, non è il silenzio della legge su determinati aspetti che abilita la contrattazione collettiva ad occuparsi di quegli aspetti, ma è invece la (eventuale) presenza di un esplicito rinvio alla fonte negoziale che consente a quest'ultima di intervenire*". L'inosservanza dei limiti alla contrattazione è sanzionata dall'art. 2, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 165, per cui, data l'imperatività delle norme che stabiliscono i limiti in oggetto "*la loro violazione determina la nullità parziale del contratto collettivo (vale a dire che sono caducate solamente le clausole di quel contratto che regolano ambiti preclusi alla fonte negoziale). Se, poi, la clausola contrattuale invalida abbia introdotto una disciplina dell'istituto di volta in volta interessato difforme da quella prevista dalla legge, le previsioni di quest'ultima si sostituiscono di diritto a quelle contenute nella predetta clausola*".

[25] Cfr., da ultimo, l'art. 4, comma 2, Ccnl 2006-2009, che alloca la spesa per tali passaggi interni sulle risorse per il trattamento accessorio secondo quanto stabilito dagli artt. 10 e 11 dello stesso Ccnl (che, a loro volta, incrementano le predette risorse e ne disciplinano l'utilizzo).

[26] Il comma 1 del predetto art. 54 fa riferimento alla *"programmazione triennale di fabbisogno del personale*", mentre il comma 2 dispone, appunto, *"l'accesso dall'esterno per i profili di base"*.

[27] Cfr. art. 8 Ccnl 2002-2005. In particolare la facoltà di disporre l'ulteriore riduzione di un anno dell'anzianità di servizio era stata condizionata al "*previo giudizio di merito formulato da apposita commissione dell'Ente*".

successivamente definitivamente portati a quattro e tre anni, con riconoscimento del lavoro svolto a tempo determinato ai fini del concorso ai periodi di anzianità ([28]).

Anche in questo caso i criteri generali per le selezioni per le progressioni nei profili sono oggetto di contrattazione integrativa, con assegnazione di una funzione suppletiva ai criteri definiti dal contratto nazionale nei casi in cui la stessa non venga conclusa entro i successivi sessanta giorni ([29]). I parametri del contratto nazionale sono peraltro ricavati dal precedente art. 53 del Ccnl, distinguendo nuovamente la ponderazione degli stessi a seconda del profilo e modificando appena la distribuzione del peso assegnato a ciascuno di essi. Ne risulta, analogamente, l'eccessivo peso attribuito ai requisiti automatici e, in particolare, all'anzianità di servizio: le osservazioni formulate in precedenza in merito alla "sopravvenuta" illegittimità di tali previsioni valgono dunque anche in questo caso.

Con riferimento alle modalità di finanziamento degli sviluppi professionali in esame, l'assimilazione alla disciplina delle "progressioni economiche" dovrebbe determinarne l'allocazione – vincolata per legge - sui fondi per i trattamenti accessori ([30]). La pressione delle organizzazioni sindacali in sede di contrattazione integrativa ha, tuttavia, finito con il far gravare il finanziamento di tali progressioni sul bilancio degli enti, con ciò smentendo implicitamente la natura "economica" di tali progressioni. Infatti sui bilanci degli enti (*rectius* sulle risorse assunzionali) può incidere esclusivamente la spesa per assunzioni, alle quali per giurisprudenza costante va assimilata quella relativa alle progressioni verticali o di carriera (*infra* 4.1). Vi sono, peraltro, alcuni elementi testuali che sembrano avvalorare la tesi favorevole a finanziare tali progressioni con risorse di bilancio, in quanto le non chiare norme collettive fanno in alcuni casi riferimento a risorse predeterminate percentualmente sulla base del monte salari complessivamente spettante nell'anno di riferimento, il che complica ulteriormente il quadro interpretativo (*infra* 4) ([31]).

Alle due modalità di progressioni appena illustrate, se ne aggiungono altre due che comportano il passaggio fra profili professionali diversi.

L'art. 3 del Ccnl 2006-2009 prevede una particolare progressione *una tantum* per l'accesso al livello di base di ciascun profilo dal IV all'VIII, consentendo agli enti *"nel limite del 50% della disponibilità complessiva"* di espletare procedure selettive interne "*riservate al personale dipendente del profilo immediatamente inferiore, in possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso dall'esterno o in possesso del titolo di studio immediatamente inferiore*". La natura concorsuale di

---

[28] Cfr. art. 4 Ccnl 2006-2009.

[29] Art.8, comma 2, Ccnl 2002-2005.

[30] Vedi l'art. 1, comma 193, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, nonché, nello stesso senso, gli artt. 19, comma 1, legge 23 dicembre 1998, n. 488 e 16, comma 1, legge 28 dicembre 2001, n. 448, che impongono l'allocazione della spesa per i passaggi all'interno delle aree o categorie, come definite dai sistemi di classificazione, a carico dei fondi per la contrattazione integrativa.

[31] Vedi principalmente l'art. 8, comma 5, Ccnl 2002-2005, che stabilisce che: "*Gli Enti che non abbiano proceduto ad applicare a regime gli articoli 53 e 54 del Ccnl 21/02/02 possono, previa contrattazione integrativa, attivare dette procedure con risorse pari allo 0,25% del monte salari del personale*" e l'art. 5, commi 2 e 3, Ccnl 2004-2005 (secondo biennio economico), ai sensi del quale: "*2. A decorrere dal 31/12/2005, ed a valere sulle risorse dell'anno 2006, il fondo per la produttività collettiva ed individuale (…) è ulteriormente incrementato di un importo pari allo 0,5% della massa salariale 2003 del personale* - 3. *A decorrere dall'31.12.2005, ed a valere sulle risorse dell'anno 2006, le progressioni di cui all'artt. 53 e 54 sono ulteriormente finanziate con una quota ulteriore pari allo 0,2% della massa salariale 2003 del personale* ".

tali procedure è confermata dall'espresso riferimento alla programmazione triennale dei fabbisogni ed alla salvaguardia dell'adeguato accesso dall'esterno.

Rimarrebbe peraltro in vigore, *a regime*, l'art. 56 del Ccnl 1998-2001, che regola l'accesso del personale interno ai livelli di base di ciascun profilo, configurando altrettanti concorsi interni con posti riservati per il 40% della disponibilità (come risultante dalla programmazione triennale del fabbisogno del personale) ([32]). Anche in queste ipotesi, peraltro, è prevista l'espressa deroga – di dubbia legittimità - per il personale interno in possesso del titolo di studio pari o immediatamente inferiore a quello richiesto dal bando per l'accesso.

Le due tipologie di progressioni disciplinano, in definitiva, una selezione interna (*una tantum*) per la metà dei posti disponibili in dotazione organica ed un concorso con posti riservati (a regime), nel limite del 40%: si anticipa che le stesse non possono che ritenersi superate per contrasto con l'art. 24 del d.lgs. n. 150 del 2009 (*infra,* par. 4).

3.2 Le progressioni per i ricercatori e i tecnologi.

Le norme contrattuali riferiscono a ricercatori e tecnologi due tipi di progressioni: quelle che comportano meri passaggi di fascia stipendiale e quelli che determinano passaggi di livello nello stesso profilo. Un'ulteriore, particolare, previsione, contenuta nel Ccnl 2006-2009, disciplina una progressione verticale per l'accesso al livello III.

Con riferimento ai passaggi di fascia stipendiale, l'attuale disciplina contrattuale prevede per i livelli I, II e III di ricercatore e tecnologo l'acquisizione automatica di incrementi stipendiali progressivi.

Si tratta di previsioni risalenti ai primi accordi sindacali, recepiti in D.p.r. secondo le regole della legge-quadro sul pubblico impiego, che sembrano tenere il luogo degli aboliti scatti di anzianità ([33]): anche per questo motivo tali incrementi stipendiali mal si conciliano con i nuovi assetti normo-retributivi, in quanto il passaggio da una fascia a quella successiva avviene per mero decorso del tempo ([34]).

---

[32] Tale percentuale decresce al 25% negli enti con un numero di dipendenti in servizio, nei livelli da IV al IX, superiore a 200 unità (comma 2 dell'art. 56, Ccnl Enti di ricerca 1998-2001).

[33] Questi sono stati eliminati (per tutti o quasi i comparti) secondo quanto previsto, *in generale*, dal "*Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo*", siglato il 23 luglio 1993 da Governo, Oo.Ss. e imprenditori, e, *in particolare per il lavoro pubblico*, dall'art. 72, comma 3, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (sulla base del principio di delega contenuto nell'art.1, comma 1, *lett*. o) della legge 23 ottobre 1992, n. 421). In applicazione delle predette previsioni, normative e pattizie, gli aumenti contrattuali dei pubblici dipendenti sono stati ancorati all'inflazione programmata, con eliminazione di ogni automatismo retributivo *individuale* (scatti biennali o classi pluriennali di stipendio) o *collettivo* (scala mobile o indennità integrativa speciale), mentre ai sensi dell'art. 72, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993 (ora art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001), con i successivi CCNL si è provveduto alla disapplicazione delle disposizioni collettive incompatibili recepite in D.p.r.. ai sensi della legge-quadro del pubblico impiego. V., sul punto, anche ZUCARO, *Relazioni sindacali e carriere del personale nelle amministrazioni pubbliche,* in *questa Rivista*, 2004, 1, 314.

[34] Cfr., da ultimo, le tabelle E ed F, Ccnl 2006-2009 e le tabelle C e D, Ccnl 2008-2009. Per una ricognizione diacronica di tale disciplina si vedano l'art. 21 del D.p.r. 28 settembre 1987, n. 568 (primo accordo del comparto nella pendenza della legge-quadro sul pubblico impiego); gli artt. 17 e 18 del D.p.r. 12 febbraio 1991, n. 171 (secondo accordo del comparto nella pendenza della legge-quadro sul pubblico impiego); l'art.56 Ccnl 1994-1997 area dirigenziale (sezione terza per i ricercatori e tecnologi); l'art. 2, comma 1 e la tabella B, Ccnl 1996-1997 (secondo livello economico) area dirigenziale (sezione seconda per i ricercatori e tecnologi); le tabelle L1 e L2, Ccnl 1999-2001; la tabella D, Ccnl 2002-2005; l'art. 8 Ccnl 2004-2005 (secondo livello economico).

In questi casi, tuttavia, non si è in presenza di progressioni di carriera e nemmeno di progressioni economiche in senso classico, si tratta invece della conservazione di classi stipendiali che incidono sulla parte fondamentale della retribuzione. Le valutazioni sulla congruenza di tali disposizioni collettive attengono, quindi, alla mera opportunità e non anche alla compatibilità normativa, atteso che le norme primarie vincolano direttamente ai principi meritocratici e selettivi solo la retribuzione accessoria ([35]).

Una potenziale valorizzazione di elementi meritocratici in tale modello è prevista dall'art. 8 del Ccnl 2004-2005, il quale prevede la possibilità di "*disporre che una quota di personale non superiore al 10%, in base a criteri di merito, fruisca di una riduzione dei tempi di permanenza in misura non superiore al 50% al fine del passaggio alla fascia successiva*" ([36]). La norma rinvia alla contrattazione integrativa la definizione dei criteri per l'attuazione della disposizione.

Fermi restando tutti i dubbi sistematici relativi alla conservazione di questo beneficio automatico, l'auspicio, pertanto, è che in sede contrattazione integrativa, almeno per le ipotesi di riduzione dei tempi di permanenza nella fascia di anzianità, trovino realizzazione le istanze meritocratiche e selettive fortemente affermate dal d.lgs. n. 150 del 2009, anche perché per la predetta finalità vengono destinate risorse altrimenti dedicate alla remunerazione di componenti accessorie della retribuzione ([37]).

L'altra fattispecie di progressioni per i livelli III-I di ricercatori e tecnologi è disciplinata dagli artt. 64 del Ccnl 1998-2001 e 15 del Ccnl 2002-2005.

Mentre "*il rapporto di lavoro a tempo indeterminato per attività di ricerca scientifica o tecnologica attinente al III livello si instaura previo l'espletamento di concorso pubblico*" (III livello) ([38]), l'accesso al II e al I livello avviene, per ciascun profilo e livello, con due modalità, entrambe coinvolgenti la metà dei posti. Sono infatti previste "*procedure concorsuali distinte in quanto aperte: a) l'una a tutta la comunità scientifica* (nel limite della metà della disponibilità complessiva individuata); *b) l'altra a ricercatori o tecnologi dell'Ente in possesso dei requisiti prescritti per il livello di accesso*" ([39]).

Si richiede, quale requisito per le partecipazioni alle progressioni *sub b)*, la "*permanenza diffusa superiore a 12 anni nei livelli III e II*" ([40]). Ad attenuare questo sistema, che sfrutta elementi di

---

[35] Cfr., per esempio, l'art. 7, comma 5, l'art. 40, comma 3-*bis* e l'art. 45, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001.

[36] Ciò può avvenire "*per una sola volta durante la permanenza in ciascun livello*".

[37] Benché anche tali componenti accessorie siano a loro volta corrisposte in modo fisso e continuativo e comunque non in modo selettivo (*infra* 5). Ai passaggi di fascia stipendiale viene destinata quota parte delle risorse aggiuntive per la valorizzazione professionale, le quali, qualora non totalmente utilizzate, vengono destinate ad incrementare l'indennità professionale mensile di cui all'art. 8 del Ccnl 2000-2001 (cfr. art. 9, comma 3, lett. *a),* Ccnl 2004-2005). L'art. 16 del Ccnl 2006-2009 ha successivamente disposto che gli Enti che non hanno attuato i passaggi di fascia all'interno dei tre livelli di ricercatore e tecnologo, sono tenuti ad attivarli "*fino a concorrenza delle risorse appositamente destinate*", a meno che esse non siano già state utilizzate per incrementare l'indennità professionale citata.

[38] Cfr. art. 15, comma 4, del Ccnl 2002-2005.

[39] Cfr. art. 64, commi 1 e 2, Ccnl 1998-2001.

[40] Art. 64, comma 1, Ccnl 1998-2001.

valutazione semi-automatici ([41]), contribuisce il richiamato art. 15 del Ccnl 2002-2005, che richiede che l'accesso ai livelli I e II del profilo di ricercatore e tecnologo avvenga *"anche attraverso procedure selettive*", ciò perlomeno secondo una interpretazione che avalli la possibilità di derogare, tramite le dette procedure, al requisito dell'anzianità di 12 anni ([42]).

Le risorse utilizzate ai fini delle progressioni in questione vengono stabilite "*in sede di approvazione del bilancio di previsione, previa contrattazione con le Oo.Ss*" ([43]). Tale modalità di finanziamento rende ancora una volta confusa l'assimilazione di questa tipologia di passaggi alle categorie di progressione professionale vigenti negli altri comparti di contrattazione, costituendosi una sorta di ibridazione fra il *genus* delle progressioni verticali o di carriera (giuridiche), a carico dei bilanci ed assimilate a concorso pubblico, e quelle delle progressioni orizzontali (economiche), costituenti una mera modificazione del rapporto di lavoro in corso, a carico dei fondi per i trattamenti accessori ed oggetto di contrattazione sindacale (su cui diffusamente *infra* 4.1).

In questo contesto, infine, si inserisce l'art. 23, comma 1, del Ccnl 2006-2009, disposizione che dà nuovamente luogo a notevoli perplessità, in quanto introduce con norma di rango contrattuale la possibilità di espletare procedure concorsuali riservate agli interni per l'accesso al III livello, sia pure *una tantum* e *"nei limiti del 50% della disponibilità complessiva".*

In questa ipotesi il passaggio ai profili di ricercatore e tecnologo avviene a favore dei dipendenti ascritti al IV livello.

Si conferma per tal guisa il carattere spurio del sistema di classificazione professionale di questo comparto, in cui, come si affermava ad inizio di questa riflessione, si verifica la compresenza di funzionari amministrativi e personale operativo nello stesso contesto in cui sono ricompresi ricercatori e tecnologi. Questa contaminazione, che permette l'osmosi fra profili *ontologicamente* differenziati, è conseguenza di apposite scelte legislative ([44]) ed evidentemente non valorizza le specificità professionali di ricercatori e tecnologi, che la stessa giurisprudenza della Corte di cassazione identifica nella "*partecipazione da protagonisti allo sviluppo del dibattito scientifico nell'ambito dei rispettivi campi di interesse*" ([45]). Tornando all'esame della citata disposizione contrattuale, solo in parte tranquillizza la precisazione che ai fini dell'accesso alla selezione interna è richiesto il possesso dei requisiti necessari per l'accesso dall'esterno, in quanto per via

---

[41] È peraltro previsto che "i bandi di concorso … prevederanno che ai fini della formazione della graduatoria, su base 100, verrà attribuito ai ricercatori e tecnologi che hanno superato le prove di esame un punteggio di valorizzazione della esperienza professionale acquisita rapportato alle fasce retributive di appartenenza, nella misura appresso indicata: I fascia stipendiale: punti 5; II fascia stipendiale: punti 15; III fascia stipendiale o superiore: punti 25". Cfr. art. 64, comma 4, Ccnl 1998-2001,

[42] Cfr. art. 15, commi 5 e 6, del Ccnl 7 aprile 2006.

[43] Cfr. art. 15, comma 7, Ccnl 7 aprile 2006.

[44] Cfr. l'art. 1 del d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396. Gli ultimi CCNL in cui i ricercatori e tecnologi hanno costituito un'autonoma e separata sezione dell'area dirigenziale del comparto ricerca sono quelli relativi al quadriennio 1994-1997 ed ai relativi bienni economici 1994-1995 e 1996-1997, sottoscritti, rispettivamente, il 16 ottobre 1997 ed il 5 marzo 1998. Successivamente, l'art.7, comma 4, della legge 15 luglio 2002, n.145, ha ripristinato l'originale collocazione contrattuale di ricercatori e tecnologi in separata sezione nell'ambito delle aree dirigenziali (già giudicata legittima dal TAR Lazio, con la sentenza 17 febbraio 1996, n. 244, massimata tra l'altro in *questa Rivista*, 1998, I, 238), ma, poco dopo, l'art. 1, comma 125, della legge 20 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) ha ricollocato queste categorie nell'ambito del comparto. È, inoltre, da ricordare che con norma mai modificata dal varo del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (poi "rieditato" nelle forme del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), viene stabilito che *"nelle istituzioni e negli enti di ricerca e sperimentazione, nonché negli altri istituti pubblici di cui al sesto comma dell'articolo 33 della Costituzione, le attribuzioni della dirigenza amministrativa non si estendono alla gestione della ricerca e dell'insegnamento*" (art.15, comma 2), con ciò presupponendo, evidentemente, la diversità dell'attività amministrativo-burocratica rispetto a quella scientifico-tecnologica e di ricerca.

[45] Cass., *sez. un.*, 7 maggio 2010, n. 11804.

contrattuale viene divelta la linea di faglia che separa l'attività amministrativo-burocratica ed operativa da quella scientifica e di ricerca (ciò fermo restando tutti i dubbi circa la legittimità stessa di una disciplina contrattuale di fattispecie concorsuali).

Naturalmente, anche per queste ipotesi di sviluppo professionale, che concretano un passaggio verticale fra diversi profili, valgono le considerazioni già svolte in ordine alla sopravvenuta illegittimità per contrasto con l'art. 24 del d.lgs. n. 150 del 2009.

3.3 Il passaggio "orizzontale" fra profili professionali a parità di livello.

A completamento della descrizione del quadro contrattuale, può essere utile ricostruire le regole che disciplinano il passaggio fra profili diversi a parità di livello professionale. Tale passaggio è ammesso a domanda dell'interessato e postula il possesso dei titoli di studio e professionali necessari per l'accesso dall'esterno.

Per il passaggio fra profili ascritti ai *livelli dal IV all'VIII* si richiede un'attestazione dalla quale risulti che l'interessato abbia esercitato per non meno di un quinquennio attività che coincidano del tutto o in prevalenza con i contenuti professionali propri del profilo di destinazione. All'esperienza conseguita "di fatto" viene, peraltro, equiparata la frequenza di "*appositi corsi di formazione certificati circa i percorsi formativi seguiti*" che permettano l'acquisizione della professionalità corrispondente al profilo cui si vuole accedere ([46]).

Più serrate sono le regole imposte dalla contrattazione collettiva nei casi di passaggi previsti fra i profili di ricercatore e tecnologo. Innanzitutto, il passaggio non è previsto per il primo livello di dirigente di ricerca e dirigente tecnologo ma solo per i livelli II e III (tecnologo/ricercatore e primo tecnologo/primo ricercatore) ed è in ogni caso richiesta un'anzianità effettiva nel livello e profilo di appartenenza nonché il possesso dei requisiti anche professionali propri del profilo e livello di destinazione. A sua volta, la presenza dei predetti requisiti non discende da non meglio specificati "*percorsi di formazione certificati*" ma deve essere accertato "*da apposite commissioni costituite dall'Ente e composte da esperti del settore in relazione alle specificità professionali sulla base di criteri generali oggetto di informazione alle Os.Ss. rappresentative*" ([47]).

Per il passaggio fra profili diversi si opera in deroga a quanto stabilito dall'art. 13, comma 3, lett. *b),* del D.p.r. n. 171 del 1991, nella parte in cui si prevede l'accesso dall'esterno per il livello di base. Ciò comporta un'evidente compressione delle ragioni del concorso pubblico che rischia anche di essere totalmente escluso, poiché le vacanze di organico potrebbero teoricamente essere colmate esclusivamente tramite passaggio orizzontale ([48]).

4. Problematiche interpretative.

Si può adesso cercare di tirare le fila del discorso critico, riassumendo le considerazioni sparse nella trattazione che precede.

---

[46] Art. 52 Ccnl 1998-2001, che stabilisce anche la possibilità di richiedere il passaggio solo una volta ogni cinque anni.

[47] Art. 65 Ccnl 1998-2001.

[48] Il Ccnl 2006-2009 ha introdotto in tema alcune precisazioni in merito alle scansioni temporali. L'art. 22, in particolare, ha previsto che le procedure di mobilità di cui agli artt. 52 e 65 del Ccnl 21 febbraio 2002 "*sono attivate dagli Enti con cadenza annuale e con effetti decorrenti al 31 dicembre dell'anno di svolgimento delle procedure stesse*".

Il sistema di progressioni che si è appena cercato di sintetizzare appare distinto ed eterogeneo rispetto a quello regolato negli altri comparti di contrattazione, in cui, pur con le varie differenze di inquadramento e profili, è agevole rinvenire quali progressioni siano da considerare "economiche" e quali "verticali". La differenza di natura giuridica è di primaria rilevanza alla luce dei differenti regimi giuridici che regolamentano le due tipologie di progressioni.

In via di dovuta sintesi, mentre il passaggio fra aree o categorie viene assimilato ad una progressione verticale, a carattere concorsuale, con assunzione di un distinto *status* professionale, cui corrispondono diverse funzioni e responsabilità, il passaggio all'interno della stessa area/categoria, invece, permane nell'area privatistica, non riveste natura concorsuale né ha natura autoritativa, determinando esclusivamente effetti *economici*. In quest'ultima ipotesi non muta lo *status* giuridico e nemmeno il contenuto del *facere*, essendo tutte le funzioni del profilo essenzialmente equivalenti e fungibili in quanto a mansioni, trattandosi di passaggi fra "*profili professionali omogenei nei tratti fondamentali, diversificati sotto il profilo quantitativo piuttosto che qualitativo*"([49]).

La progressione definita dall'art. 53 del Ccnl 2002-2005 (per i livelli inferiori al III) non desta particolari perplessità interpretative. Essa configura pacificamente una progressione a carattere economico, perché interna ad un medesimo profilo e ad un medesimo livello: uno slittamento alla posizione economica successiva qui concreta davvero uno scatto meramente retributivo che matura alle condizioni dettate dai contratti collettivi. Semmai, vale la pena nuovamente rammentare come, in ogni caso, le norme legali, a carattere imperativo, impongano vari vincoli nei confronti delle progressioni economiche, assoggettandole a criteri meritocratici e selettivi. Risulterebbero, di conseguenza, illegittime le previsioni collettive che ponderano fra i vari criteri requisiti automatici come l'anzianità di servizio che la norma legale non indica quale criterio di valutazione ([50]). Le disposizioni collettive in discorso, per quanto richiesto dall'art. 23 del d.lgs. n. 150 del 2009 e dall'art. 52, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, sembrano qui, da una parte meritevoli di etero-integrazione legale (per ciò che attiene all'effettiva selettività, all'attribuzione solo a "*una quota limitata di dipendenti*", alla valutazione delle qualità e competenze culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati individuali e collettivi conseguiti); dall'altra parzialmente nulle nella parte in cui prevedono quale criterio di valutazione l'anzianità di servizio.

Non desta analogamente particolari preoccupazioni interpretative la definizione della natura dei passaggi previsti dall'art. 3 del Ccnl 2006-2009 e dall'art. 56 del Ccnl 1998-2001, in cui a mutare non è il livello di appartenenza ma il profilo.

In queste ipotesi è fatto palese il mutamento di mansioni e l'accesso all'esterno è imposto per la salvaguardia delle esigenze del concorso pubblico (obbligatorio per i livelli iniziali di ogni profilo). Si sono già espresse le perplessità relative a tali tipologie di progressioni che, già nel sistema normativo previgente alla novella del d.lgs. n. 150 del 2009, prevedevano fattispecie concorsuali (*ex se* incontrattabili) ([51]), imponendo percentuali obbligatorie di riserva agli interni ovvero selezioni

---

[49] Cass, *sez.un*., 9 febbraio 2009, 3059.

[50] In giurisprudenza, circa l'illegittimità di una valutazione ancorata sulla mera anzianità di servizio, v., *ex multis,*, sent. Corte conti, Basilicata, 13 maggio 2010 n. 123.

[51] Anche anteriormente al d.lgs. n. 150 del 2009, infatti, i "*procedimenti di selezione ed accesso al lavoro*" dovevano ritenersi incontrattabili in quanto ricompresi fra le famose "sette materie" enumerate dall'art.2, comma 1, *lett. c)*, della legge 23 ottobre 1992, n.

interamente riservate e, soprattutto, derogavano ai titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, con ciò ponendosi espressamente contro il *dictum* del Giudice costituzionale ([52]). Adesso, dopo la riconduzione espressa a concorso pubblico di tutte le progressioni verticali previste da contratti collettivi, tali fattispecie contrattuali devono considerarsi implicitamente abrogate "*a decorrere dal 1° gennaio 2010*" ([53]). Va da sé che nell'ambito dei concorsi pubblici che "sostituiscono" le progressioni verticali gestite dalla contrattazione collettiva, occorrerà applicare il principio declinato dall'art. 52, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 165 del 2001, che nel prevedere la possibilità "*di destinare al personale interno (…) una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso"* non permette alcuna eccezione al "*possesso dei titoli di studi richiesti per l'accesso dall'esterno*".

La questione circa la verticalità o meno della progressione appare più sfumata e meno passibile di soluzione definitiva nei casi relativi agli sviluppi professionali disciplinati dall'art. 54 del Ccnl 1998-2001. In queste ipotesi non muta il profilo ma il livello, eppure anche la progressione fra livelli secondo le relative declaratorie in alcuni casi attribuisce al dipendente reinquadrato un diverso grado di autonomia e responsabilità nell'esercizio delle mansioni da svolgere, ciò che la Corte di cassazione considera indice rivelatore di una progressione verticale ([54]). Tale situazione sembra segnatamente verificarsi per il livello apicale del profilo di funzionario amministrativo, nel cui caso le mansioni crescono in modo significativo, contemplando il presidio di strutture organizzative anche a rilevanza esterna non attribuibili al dirigente, l'adozione di documenti ed atti di natura vincolata aventi anche rilevanza esterna e la sostituzione del dirigente assente o impedito. Più trascurabili sono invece, negli altri profili, le funzioni incrementali acquisibili nei casi di conseguimento del livello apicale e che si riassumono nella possibilità di esercitare funzioni di coordinamento delle professionalità attinenti al medesimo profilo ([55]).

Se si accedesse alla tesi per cui le progressioni in parola sono assimilabili a progressioni di carriera, si renderebbe necessaria l'applicazione delle regole del concorso pubblico con la conseguente necessità di riservare all'esterno almeno la metà dei posti messi a concorso. Ne deriverebbe, inoltre, la radicale incontrattabilità delle stesse ([56]). Gli argomenti testuali, tuttavia, possono deporre per la tesi conservativa, più tranquillizzante. L'incongruenza accennata appare, infatti, riassorbibile sulla considerazione che nelle ipotesi descritte è la maggiore capacità professionale (che dovrebbe essere acclarata proprio dal passaggio di livello) a determinare non un cambio di mansioni, ma l'assunzione di ulteriori e determinate responsabilità, a partire dai compiti di coordinamento e supervisione. Con un minimo di forzatura interpretativa, quindi, i passaggi dell'art. 54 possono

---

421, contenente la delega per la *prima* privatizzazione. Tali materie, afferenti a profili organizzativi e comunque ad istituti esterni al rapporto di lavoro, erano state escluse dalla contrattualizzazione e tale esclusione è stata implicitamente ribadita dall'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, che ha delegato il Governo ad emanare i decreti della *seconda* privatizzazione sulla base degli stessi principi e criteri direttivi della prima, sia pure in parte corretti ed integrati. Attualmente, invece, il nuovo testo dell'art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, esclude *esplicitamente* dall'ambito contrattuale le materie di cui all'art. 2, comma 1, *lett. c)*, della legge 23 ottobre 1992, n. 421.

[52] Per tutte Corte cost. 4 gennaio 1999, n.1 e 16 maggio 2002, n. 194. Anche la Corte dei Conti, in sede di scrutinio dell'art. 3 del Ccnl 2006-2009, nell'ambito della certificazione di compatibilità economico-finanziaria prevista dall'art.47 del d.lgs. n. 165 del 2001, ha ipotizzato l'illegittimità della previsione dell'equipollenza del "*titolo di studio immediatamente inferiore"* a quello *"richiesto per l'accesso dall'esterno"*. Corte conti, sez. controllo, delibera 12 maggio 2009, n. 19.

[53] Art. 24, comma 1, d.lgs. n. 150 del 2009.

[54] Vedi, *ex multis*, Cass. *sez.un.*, 31 gennaio 2008, n. 2288 o Cass., *sez. un.*, 9 febbraio 2009, n. 3051.

[55] Cfr. la tabella I, allegata al D.p.r. n. 171 del 1991.

[56] Vedi nota 51.

essere assimilati a quelli che, in altri comparti di contrattazione, si svolgono all'interno della stessa area funzionale.

Non appare tuttavia in questo caso risolta, alla luce delle previsioni collettive, la questione relativa al finanziamento delle predette progressioni giacché, non vertendosi in questo caso di assunzioni ma di passaggi economici, al contrario di quanto sembrano stabilire le confuse norme contrattuali, lo stesso, come chiarito, dovrebbe gravare sui fondi per i trattamenti accessori.

Spostando l'analisi sulle progressioni relative ai livelli I-III dei ricercatori e dei tecnologi, un primo ordine di considerazioni va effettuato nei confronti della progressione *una tantum* prevista per l'accesso al III livello di ricercatore o tecnologo (art. 23 del Ccnl 2006-2009). Si tratta della disposizione "gemella" dell'art. 3 dello stesso Ccnl: anche in questo caso si è in presenza di un passaggio di profilo, assimilabile ad una progressione verticale che non esiste più. Le considerazioni già svolte per le progressioni ex art. 3 Ccnl 1998-2001 possono essere, quindi, *tout court* estese a questa fattispecie, che deve ritenersi analogamente abrogata. Rimangono in ogni caso confermati tutti i dubbi già palesati circa la legittimità *ab initio* di una simile clausola, che imponeva per via contrattuale una riserva obbligatoria di passaggi interni disciplinando fattispecie concorsuali.

4.1 Inconfigurabilità di una progressione economica per i passaggi di livello di ricercatori e tecnologi. La giurisprudenza della Corte di cassazione.

Sulla base delle argomentazioni che precedono pare possa desumersi che ciò che negli altri comparti di contrattazione costituisce l'area o categoria, nel comparto degli enti di ricerca in via di massima sembra poter ragionevolmente coincidere con il profilo, seppur lo stesso risulti differenziato in livelli di inquadramento. Tale affermazione, tuttavia, deve essere circostanziata, perché può essere avvalorata solo a condizione che il profilo rechi un insieme di funzioni e mansioni qualitativamente omogeneo nonché caratterizzato da una sostanziale fungibilità. Questa condizione sembra verificarsi (sia pure con gli accennati dubbi per i livelli apicali) per i livelli da VIII al IV, ma non anche per i ricercatori ed i tecnologi ascritti i primi tre livelli.

Per le progressioni di questi ultimi, che avvengono ai sensi degli artt. 64 Ccnl 1998-2001 e 15 Ccnl 2002-2005, è ineludibile operare un riferimento alla giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, espressione di un indirizzo ormai consolidato.

Il giudice di legittimità, investito perlopiù per regolamento preventivo di giurisdizione, desume senza remore il carattere concorsuale del passaggio fra livelli con riferimento ai profili di ricercatore o tecnologo e riconosce, di conseguenza, la cognizione a conoscerne del Giudice amministrativo ([57]).

L'*iter* argomentativo seguìto prende le mosse dal dato normativo costituito dall'art. 64, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, che assegna al giudice amministrativo la cognizione delle "*controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*". L'orientamento, ormai pacifico, della Suprema Corte in materia è che la nozione di *"procedure concorsuali di assunzione"* non copre esclusivamente quelle finalizzate alla

---

[57] Cass., *sez. un.*, 12 ottobre 2009, n. 21558; Cass., *sez. un.*, 12 ottobre 2009, n. 21563; Cass., *sez. un.*, 19 febbraio 2010, n. 3957; Cass., *sez. un.*, 7 maggio 2010, n.11084, cui, *adde*, Cass., *sez. un.*, 19 aprile 2011, n. 8924.

costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro, ma anche le prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia, area o categoria funzionale superiore. Quest'ultime costituiscono una progressione *verticale* che determina il passaggio ad una posizione funzionale qualitativamente diversa, tale da comportare una *novazione* oggettiva del rapporto di lavoro ([58]). La progressione verticale configura secondo questa accezione un pubblico concorso, poiché sulla scorta dell'insegnamento del Giudice costituzionale ogni passaggio ad una fascia funzionale superiore costituisce un "*nuovo posto di lavoro*" ([59]). Ne discende che la giurisdizione del giudice ordinario nella materia *de qua* si atteggia come residuale, poiché restano devolute alla sua competenza, ai sensi dell'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, esclusivamente le controversie relative a soli candidati interni, riguardanti le progressioni nell'ambito di ciascuna area professionale o categoria ([60]).

Dal punto di vista della competenza giurisdizionale, il "*discrimen*" tra giurisdizione ordinaria e amministrativa per le controversie inerenti a concorsi interni è quindi dato dalla permanenza dei vincitori nella stessa area professionale oppure dal loro passaggio ad aree diverse e superiori ([61]).

Il d.lgs. n.150, come più volte rammentato, ha legificato la distinzione tra progressioni "economiche", senza mutamento mansionale ed all'interno di una medesima area o categoria e quelle ''*di carriera*'' (*ex* verticali), tra differenti aree di inquadramento. La progressione di carriera costituisce *apertis verbis* un concorso pubblico con eventuale riserva agli interni, da cui discende l'incontrattabilità ai sensi dell'art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001. Le progressioni economiche non hanno invece carattere concorsuale e sono assegnate con le stesse logiche della retribuzione di risultato: esse sono quindi negoziabili ma nei limiti delle prescrizioni di legge, che impongono una serie di vincoli e limiti insuperabili dalla contrattazione collettiva.

Ora l'assimilazione, nel comparto della Ricerca, dell'area/categoria con il profilo (per cui mentre il passaggio fra profili ha natura concorsuale, il passaggio di livello all'interno dello stesso profilo costituisce una progressione economica) non può essere avallata nei casi della progressione fra i livelli di ricercatore e tecnologo. In queste ipotesi, come nel cambio di profilo, il corredo mansionale relativo alle prestazioni richieste muta qualitativamente: si verifica, quindi, una progressione a carattere verticale a prescindere dalle qualificazioni operate dalla contrattazione collettiva.

---

[58] La stessa S.C., riconosce come il termine "*novazione*" appare "*certamente non rispondente alla nozione tecnica dell'istituto*", ma che con lo stesso si vuole significare il "*notevole e definitivo salto di qualità sul piano del diverso grado di autonomia e di responsabilità*" (Cass., *sez. un.*, 9 febbraio 2009, n. 3051; Cass., *sez. un*., 31 gennaio 2008, n. 2288).

[59] Cfr. Corte cost. 16 maggio 2002, n. 194 e 23 luglio 2002, n. 373. Vedi anche, *ex multis*, Corte cost. 4 gennaio 1999, n.1; 29 maggio 2002, n. 218; 24 luglio 2003, n. 274; 26 gennaio 2004, n. 34; 26 maggio 2006 n. 205.

[60] V. al riguardo, *ex plurimis*, Cass., *sez.un*., 5 ottobre 2003, n. 15403; 10 dicembre 2003, n. 18886; 26 febbraio 2004, n. 3948; 24 maggio 2006, n. 12221; 20 aprile 2006, n. 9164; 8 maggio 2006, n. 10419; 10 gennaio 2007, n. 220; 9 febbraio 2007, n. 3717; 12 novembre 2007, n. 23439; 25 novembre 2008 n. 28058; 9 febbraio 2009, n. 3051; 19 febbraio, 2010, n. 3957; 7 maggio 2010, n. 11084.

[61] In particolare "la giurisdizione è determinata dall'esito della verifica in ordine alla natura della progressione verticale, restando riservato all'ambito dell'attività autoritativa soltanto il mutamento dello *status* professionale, non le progressioni meramente economiche, né quelle che comportano sì il conferimento di qualifiche più elevate, ma comprese tuttavia nella stessa area, categoria, o fascia di inquadramento, e caratterizzate, di conseguenza, da profili professionali omogenei nei tratti fondamentali, diversificati sotto il profilo quantitativo piuttosto che qualitativo" (Cass., n.3051/2009, *cit.*).

È questo, giustappunto, l'*iter* argomentativo avallato unanimemente, prima il d.lgs. n. 150 del 2009, dalle sezioni unite della Corte di cassazione.

Nel settore di cui si discetta, la normativa di rango primario, dopo aver disposto che "*Per i profili professionali di ricercatore e di tecnologo … l'accesso è previsto esclusivamente attraverso concorso pubblico nazionale*", connette a ciascun livello del profilo capacità, competenze ed attribuzioni differenziate ([62]).

I requisiti per l'inquadramento in ciascun livello del profilo escludono, quindi, che ogni passaggio possa venire considerato "*quale mero sviluppo retributivo di posizioni inferiori*", per cui il transito fra i primi tre livelli professionali "*non costituisce una migliore posizione sul piano meramente retributivo o una qualifica superiore nell'ambito di un'area omogenea, ma configura una posizione funzionale qualitativamente diversa, l'accesso alla quale integra una modalità di progressione verticale*" ([63]). Ne discende che ognuno dei tre livelli in cui si articola il profilo di ricercatore e tecnologo "*deve ritenersi configurare una distinta area, accessibile attraverso un concorso pubblico*" ([64]).

Non pare, poi, possa revocarsi in dubbio che la qualificazione fornita dai CCNL, per cui il profilo di ricercatore e tecnologo è "*caratterizzato da un'omogenea professionalità articolato su tre livelli*" ([65]), sia "cedevole" di fronte alla realtà sostanziale del differente grado di responsabilità, competenze, autonomia e bagaglio professionale richiesto, poiché quando "*non sono previste aree di inquadramento separate e gerarchicamente collocate, occorre valorizzare gli elementi che, all'interno di una classificazione unica consentono di individuare ambiti distinti, per requisiti e ruolo professionale, l'ingresso nei quali equivalga al passaggio da un'area inferiore ad una superiore*" ([66]) ed al giudice "*va sempre riconosciuto il potere di verificare se, al di là delle parole adoperate dagli stipulanti del contratto, risulti realmente definito un sistema di classificazione strutturato in aree omogenee*" ([67]).

Per "area", infatti, occorre identificare una "*entità autonoma avente caratteristiche strutturali identiche*" ed un insieme di posizioni professionali "*connotate di elementi di omogeneità*" tali da determinarne i limiti ed i confini, completamente distinti da ogni altro contesto similare. Nella fattispecie in esame, invece, si è in presenza di un "*passaggio di funzioni a livello qualitativo - che richiede una diversa e più completa professionalità, un bagaglio di maggiore esperienze nonché più accentuate responsabilità, come è dimostrato dall'inserimento in diverse fasce dei ricercatori e della definizione dell'organico a seconda di ciascuna fascia*" ([68]).

---

[62] Art. 13, comma 3, ed allegato 1 al D.p.r. n. 171 del 1991. Mentre l'accesso al II e al I livello avviene attraverso la procedura mista dell'art. 64, commi 1 e 2, Ccnl 1998-2001.

[63] Così, testualmente, Cass., *sez. un*., n.11084/2010, *cit*.

[64] Cass., n. 21558/2009, *cit.*

[65] Art, 15, commi 1 e 2, Ccnl 2002-2005.

[66] Cass., *sez. un.*, n. 3957/2010, *cit*.

[67] Cass., *sez. un*., n. 21558/2009, *cit*.

[68] Cass., *sez. un*., n. 21558/2009, *cit.* D'altra parte, i CCNL sembrano avere coscienza della differente qualità delle funzioni e dei compiti previsti distintamente per ogni livello nei profili di ricercatore e tecnologo, allorquando nel disciplinare le ipotesi di mobilità fra profili a parità di livello condizionano le stesse al "*possesso dei requisiti anche professionali propri del profilo e livello di destinazione*" (art. 65 Ccnl 1998-2001).

Conclusivamente i Giudici della S.C., avvalorata la natura concorsuale delle procedure in questione, non possono che rilevare l'incompetenza dell'AGO e dichiarare la giurisdizione del Giudice amministrativo.

4.2. Segue: alla ricerca dell'"ircocervo". La circolare 22 febbraio 2011 del Dipartimento della Funzione pubblica.

La normativa relativa alle progressioni professionali nel comparto in esame è stata di recente oggetto (indiretto) della nota-circolare del Dipartimento della funzione pubblica del 22 febbraio 2011 ([69]). Questa, sul punto specifico afferente le progressioni nei primi tre livelli, appare tuttavia contraddittoria e non pare risolvere il complesso delle problematiche evocate attraverso la presente riflessione.

Per quanto concerne le progressioni previste dall'art. 54 del Ccnl 1998-2001 per i livelli da IV a VIII, la nota-circolare non dubita circa l'assimilazione delle stesse a "*procedure interne all'area, da finanziare quindi con le risorse previste per la contrattazione integrativa*". Il documento, quindi, per questa parte ha il pregio di chiarire che, dato il carattere di progressione economica dei predetti passaggi, gli stessi non possono che gravare sui fondi per il trattamento accessorio, con ciò sciogliendo i non pochi dubbi applicativi favoriti dalle poco coerenti (e ancor meno chiare) disposizioni collettive.

In merito a quanto sancito dall'art. 15, commi 5 e 6, del Ccnl 2002-2005 (concernente i passaggi di livello per ricercatori e tecnologi), la nota-circolare, analogamente, considera le opportunità di sviluppo professionale ivi disciplinate quali "*passaggi interni di livello*" e tuttavia incappa in una palese contraddizione allorché ne prevede il finanziamento "*a valere sulle risorse assunzionali (…) previa adozione di provvedimento autorizzatorio prima dell'inquadramento*". Per quanto venga specificato che tale modalità di finanziamento riveste carattere di temporaneità ("*nelle more del rinnovo dei contratti collettivi che dovranno prevedere l'appostamento di apposite risorse per la predetta finalità*"), l'assimilazione pare giuridicamente incongruente e per nulla sintonizzata con il citato *dictum* delle giurisdizioni superiori, di cui ignora in senso lato la funzione nomofilattica. Essa, inoltre, stride con criteri di opportunità e va incontro ad evidenti paradossi.

L'utilizzo delle risorse assunzionali, *de iure* riservate all'accesso (sia pure nella nozione ampia avvalorata dalla citata giurisprudenza della Suprema Corte), così come la necessità di un procedimento autorizzatorio per l'inquadramento, smentiscono apertamente il carattere di "passaggio interno" delle predette progressioni, anche poiché le autorizzazioni a bandire o ad assumere non sono previste per le progressioni economiche ([70]). Al contrario la legge, come più volte ricordato, impone espressamente che gli oneri per i passaggi che si svolgono all'interno di ciascuna area professionale ricadano sui fondi per la contrattazione integrativa ([71]).

---

[69] Nota-circolare del Dipartimento della funzione pubblica 22 febbraio 2011, n.11786, recante: "*Aggiornamenti alla nota circolare del 18 ottobre 2010, n. 46078. Programmazione del fabbisogno di personale triennio 2011-2013. Autorizzazioni a bandire per il triennio 2011-2013 e ad assumere per l'anno 2011*", reperibile sul sito web istituzionale.

[70] Art 35, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001.

[71] Vedi la nota n. 30.

Inoltre, la soluzione presentata non sembra convincente anche per motivi di opportunità, perché consentirebbe agli enti di ricerca di utilizzare le risorse assunzionali per le progressioni dei già dipendenti, sacrificando l'accesso dall'esterno vincolato solo indirettamente a quote di riserva (secondo quanto stabilito in materia dalla giurisprudenza costituzionale). Siffatta lettura, inoltre, renderebbe ipoteticamente possibile, per un candidato già dipendente, partecipare alla selezione per il profilo/livello superiore sia in qualità di *interno* (sulla base della progressione disciplinata dal Ccnl), sia come *esterno* fruendo della quota di riserva prevista dall'art. 52, comma 1-*bis*, terzo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001 ([72]). L'ulteriore conseguenza è che l'accesso ai livelli II e I sarebbe contestualmente assimilabile a concorso pubblico, atteso quanto chiarito dalla stessa circolare per la quale: "*la vigenza delle disposizioni normative che regolano le modalità di accesso tramite concorso pubblico nazionale ai livelli I e II, obbliga gli enti di ricerca, in sede di programmazione del fabbisogno e dei posti da coprire, a garantire l'adeguato accesso dall'esterno secondo i principi della giurisprudenza costituzionale in materia di reclutamento da parte delle amministrazioni pubbliche*" ed, insieme, a progressione economica, considerato che la stessa circolare qualifica tali progressioni "*passaggi interni di livello*" ad uso dei soli interni.

In verità la contraddizione in cui si incorre è quella di considerare *implicitamente* sopravvissuto, per i soli enti di ricerca, il sistema di progressioni verticali, che ipotizzava un modello misto, per metà concorso pubblico per gli esterni e per l'altra metà procedura selettiva riservata ai dipendenti. Non potendosi più far riferimento espresso ad un tale regime, abrogato dall'art. 24 del d.lgs. n. 150 del 2009, se ne ipotizza per via amministrativa una sostanziale reviviscenza. Innanzitutto, viene conservato il segmento "interno" dell'*ex* progressione verticale, assimilandolo ad una progressione economica. Tale configurazione incontra ovviamente il limite costituito dalle esigenze del concorso pubblico, attesa la necessità di non escludere un sempre più ipotetico accesso esterno (che potrebbe essere ridotto tuttavia a ben poca cosa per l'incidenza della predetta progressione economica sulle risorse assunzionali) ([73]). Ciò determina effetti paradossali, poiché alla fine viene mantenuto anche il segmento "esterno" della *ex*-progressione verticale, ma in modo del tutto distinto da quello "interno".

Quest'operazione interpretativa rende, infine, nei fatti possibile la materializzazione di una figura mitologica che a volte riecheggia anche nella letteratura giuridica: l'ircocervo, di cui Aristotele, negli *Analitici Secondi,* utilizzava l'immagine, per sostenere che non è possibile risalirne l'essenza ovvero sapere cosa realmente sia e di cui Benedetto Croce riprese la figurazione, per chiarire l'impossibilità di unire due concetti inconciliabili ([74]).

5. Conclusioni.

Ogni contratto collettivo è frutto di mediazioni e compromessi. Le norme contrattuali spesso, per le necessità di composizione dei diversi interessi che trovano rappresentazione in sede collettiva,

---

[72] Vedi anche Corte dei conti, deliberazione n. 19 del 2009, *cit*.

[73] La regola della riserva dell'accesso agli esterni almeno del 50%, desumibile dalla giurisprudenza costituzionale e fatta propria dalla contrattazione collettiva, risulta, sulla base dell'analisi dei dati del conto annuale redatto dalla Ragioneria generale dello Stato, sistematicamente disattesa.

[74] CROCE, *Scopritori di contraddizioni*, sulla rivista *La Critica* del 20 gennaio 1942. Quale necessaria postilla va, infine, ricordato che la Corte di Cassazione si è rivelata del tutto indifferente all'ultima posizione interpretativa assunta e, con l'ennesima pronuncia in tema, ha confermato la propria giurisprudenza in nessun caso favorevole a riconoscere natura di progressione economica ai passaggi di livello dei ricercatori e dei tecnologi (Cass., *sez. un*., sentenza 19 aprile 2011, n. 8924).

rischiano di impattare con norme di legge non adeguatamente considerate ovvero di essere sistematicamente mal coordinate con altre disposizioni dello stesso rango contrattuale, con connesse e spesso insuperabili difficoltà ermeneutiche. Tali conflitti non di rado trovano conciliazione solo in sede giudiziale (un giudice chiamato sempre più a svolgere funzioni di supplenza normativa). Ovviamente si tratta di fenomeni comuni a tutta la contrattazione collettiva pubblica. Ma nel comparto Enti di ricerca i problemi risultano, se possibile, ancora più intensi, la stratificazione contrattuale più pervicace ed i modelli agiti più complessi e distonici rispetto alle soluzioni esperite in altri comparti del pubblico impiego.

Il sistema definito per le progressioni professionali, già in sofferenza rispetto agli assetti normativi vigenti al momento della sottoscrizione degli stessi CCNL, subisce attualmente il peso delle norme che hanno nuovamente riformato il lavoro pubblico.

La verifica della "resistenza" delle regolamentazioni contrattuali alle norme, qualificate inderogabili, del d.lgs. n. 165 del 2001, come novellato dal d.lgs. n. 150 del 2009, ha mostrato l'impossibilità di ritenere del tutto vigente il complesso delle disposizioni in materia di progressioni professionali. Si può ragionevolmente ritenere, quindi, che lo stesso risulti in parte abrogato per l'effetto della superiore fonte legislativa.

La nullità opera senz'altro per tutte le disposizioni contrattuali che ancora regolano sistemi di progressioni verticali o derogano al concorso pubblico. Non sembra, analogamente, possa ammettersi la conservazione di passaggi interni per il passaggio di livello nel profilo per ricercatore e tecnologo. In questi casi si era in presenza – nel previgente regime – di una progressione verticale, che le nuove norme hanno ricondotto a concorso pubblico. Una diversa soluzione non pare possibile anche considerati i costanti pronunciamenti in materia delle sezioni unite della Corte di cassazione.

Il ricompattamento nell'unica categoria del concorso pubblico delle progressioni verticali non serve solo ad adeguare gli assetti della materia alla giurisprudenza della Suprema corte e dello stesso Giudice costituzionale, ma vuole estromettere in modo definitivo la contrattazione collettiva dalla regolazione di una materia dalla quale *ab initio* doveva ritenersi esclusa e non solo per motivi di legittimità. Se si rimette alla contrattazione collettiva la definizione del delicato bilanciamento fra le esigenze di carriera degli interni e le aspirazioni degli esterni ad essere ammessi nei ranghi pubblici, appare giocoforza che le esigenze di questi ultimi saranno sistematicamente destinate a cedere in quanto sottorappresentate nella stessa sede collettiva ([75]).

Infine, tutto il sistema deve essere risintonizzato sui criteri di valutazione, premialità, selettività delle promozioni. Lo impongono, attualmente, anche le norme del d.lgs. n. 150 del 2009, oramai interamente applicabile anche ai ricercatori e tecnologi. Per questi ultimi l'art. 74 del d.lgs. n. 150 del 2009 aveva subordinato l'applicazione dei titoli II e III dello stesso decreto legislativo (che

---

[75] CIMMINO, *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, in *GDA*, 2010, 1, 30. Non a caso l'accesso è stato previsto dai CCNL solo per le posizioni vacanti nei livelli iniziali di ogni profilo, nel cui ridotto ambito viene calcolata la percentuale del cinquanta per cento da riservare agli *ousiders* e nemmeno questa salvaguardia risulta rispettata. I dati di conto annuale dimostrano come il rapporto tra progressioni riservate agli interni e ingressi dall'esterno sia costantemente attestato sul rapporto di sei a uno e, considerando le sole progressioni verticali, di due a uno. Vedi, sul punto, anche TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009, 317.

contengono le principali disposizioni su valutazione, merito e premi) ad un Dpcm da emanare di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e con il Ministro dell'economia e delle finanze. Il decreto è stato infine emanato in data 26 gennaio 2011. Esso ribadisce il divieto di "*distribuzione in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi di incentivi e premi collegati alla performance in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati ai sensi del decreto legislativo n. 150 del 2009"* ed impone agli enti pubblici nazionali di ricerca l'adozione di misure volte a garantire l'*"utilizzo di sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito e delle eccellenze"* ([76]). Risulta quindi nuovamente evidente la necessità di attualizzare - eterointegrandoli nelle *more* dei rinnovi contrattuali – i vigenti sistemi di progressione, ancora sintonizzati su criteri per larga parte automatici e la stessa operazione si rende indispensabile, sia detto per inciso, anche per le disposizioni collettive che distribuiscono in modo pressoché generalizzato la retribuzione accessoria, consolidata in voci di spesa fissa e continuativa secondo le poste definite dai CCNL ([77]).

---

[76] Artt. 3, comma 2, e 14, comma 1, d.p.c.m. 26 gennaio 2001.

[77] Attualmente, proprio l'operato della categoria dei ricercatori e dei tecnologi sfugge ad ogni valutazione e le componenti premiali della retribuzione, per esplicita scelta della contrattazione collettiva, sono escluse da attribuzioni selettive e meritocratiche. Tali disposizioni devono tuttavia ritenersi *contra legem* alla luce delle notevoli disposizioni che impongono la corrispettività tra compensi e prestazioni rese. Si vedano, principalmente, gli artt. 40, comma 3-*bis* e 45, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001; nondimeno appaiono rilevanti anche l'art 2, comma 32, della legge 23 dicembre 2008, n.203 nonché l'art. 18, comma 2 del d.lgs. n. 150 del 2009. Anteriormente al varo del d.lgs. n. 150 del 2009, si veda la formula generale dell'art. 7, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, rimasto immutato anche dopo l'ultima riforma. Per altri versi la sottovalutazione della retribuzione premiale, per i livelli dal IV al VIII, risulta dalle disposizioni dei CCNL che allocano sullo stesso fondo che finanzia le progressioni di livello, la spesa per la remunerazione della produttività (art. 5, comma 1, Ccnl 2004-2005). È giocoforza che, anche in questi casi, il predetto fondo sia utilizzato quasi esclusivamente per le progressioni economiche, le quali garantiscono ai dipendenti interessati un guadagno stabile ed interamente pensionabile. Non possono quindi stupire i dati che attestano la spesa per le finalità della produttività mediamente solo sul 4,5% della retribuzione accessoria e sullo 0,78% della retribuzione lorda complessiva (cfr. i dati Conto annuale per gli anni 2003-2009). Per l'ampia giurisprudenza contabile in tema di danno erariale (che sanziona le prassi contrattuali integrative difformi dai principi premiali e meritocratici) vedi, *ex plurimis*, Corte conti, Campania 25 gennaio 2001, n. 79; Corte conti Sardegna, 14 marzo 2007, n. 274; Corte conti, Lombardia, 4 marzo 2010, n. 287; Corte conti, Lombardia, 8 luglio 2008, n. 457.

Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*

Franco Scarpelli

1. Le regole poste dalle parti sociali e la forzatura della manovra d'agosto. 42

2. Le soluzioni dell'accordo di giugno: la contrattazione nazionale. 44

3. Il contratto aziendale con efficacia generale, nell'accordo di giugno e nella "norma Sacconi". 49

4. La contrattazione aziendale "in deroga": dalle regole dell'accordo alla scure della legge. 52

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 127/2011

1. Le regole poste dalle parti sociali e la forzatura della manovra d'agosto.

Mentre queste note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 venivano completate, il Parlamento convertiva in legge il decreto n. 138/2011[78] il cui art. 8 interviene pesantemente sui temi oggetto dell'intesa raggiunta nel settore industriale. La discussa disposizione approvata con la manovra d'agosto si pone in dichiarato rapporto con lo stesso accordo di giugno, il quale viene addirittura richiamato nel primo e nel terzo comma della norma[79].

Mi sembra dunque impossibile discutere dell'intesa d'inizio estate senza tenere conto di questo successivo evento e del complesso rapporto – sia politico sia giuridico – tra le due fonti: non senza avvertire, come è ovvio, che le considerazioni qui svolte devono considerarsi, anche per il grande impegno dei temi investiti da entrambi gli atti, frutto di una prima e del tutto provvisoria riflessione.

Ciò premesso, la prima questione che mi pare rilevante investe proprio il rapporto tra i due atti di disciplina dei temi della contrattazione collettiva e della rappresentanza (o rappresentatività).

Come è noto l'intesa tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil – maturata un po' a sorpresa dopo un periodo di acceso conflitto intersindacale, caratterizzato da episodi di accelerazione della separazione[80] bilanciati altrove da sforzi di governo unitario dei processi negoziali[81] – imposta soluzioni condivise (pur da completare e sviluppare, anche su aspetti attuativi non semplici) di temi di grande rilevanza per le relazioni industriali: la misura della rappresentatività ai fini della legittimazione alla contrattazione a livello nazionale[82]; il rapporto tra contratto nazionale e contrattazione aziendale (anche nella forma della c.d. contrattazione in deroga); la legittimazione a stipulare contratti aziendali e le condizioni alle quali tali accordi hanno vincolatività generale; la questione della c.d. "esigibilità" dei contratti aziendali e delle clausole di tregua[83].

Come si è sottolineato, la firma dell'accordo avvenuta in piena autonomia e senza mediazione ministeriale (presente invece nei precedenti su analoga materia) rappresenta "un segnale importante, per riaffermare orgogliosamente l'autonomia rispetto alla politica, sospettata talvolta di voler dividere anziché unire"[84]. Riprendendo una classica prospettiva d'analisi, può ritenersi che l'accordo rappresenti una piena espressione del potere normativo dei soggetti dell'ordinamento

---

[78] Legge 14 settembre 2011, n. 148, pubblicata sulla G.U. n. 216 del 16.9.2011 (e in vigore dal giorno successivo).

[79] Evento che mi pare inedito, nella pur sempre più incontrollata tecnica legislativa.

[80] Il riferimento è in primo luogo ai casi di disaccordo e contrattazione separata a livello nazionale confederale, a partire dall'accordo sulla modifica delle regole della stessa contrattazione nel gennaio 2009, e i successivi accordi interconfederali nei vari settori (industriali e non); alle vicende della contrattazione separata a livello nazionale nei settori metalmeccanico (rinnovi del 2003 e del 2009) – che di recente hanno prodotto un contenzioso giudiziario piuttosto vivace, e ancora in fase di sviluppo – e del commercio (i rinnovi del 2008 – che poi ha visto il rientro della spaccatura – e quello recentissimo del febbraio 2011); ai tanti casi di dissenso tra le diverse organizzazioni sindacali nell'ambito della contrattazione aziendale, che nel corso del 2010 hanno attratto un interesse crescente con la vicenda degli accordi di stabilimento nell'ambito del Gruppo Fiat.

[81] Il riferimento è ai tanti settori nei quali, pur dopo l'accordo separato sulla contrattazione del gennaio 2009, sono stati stipulati accordi unitari di rinnovo dei ccnl, spesso con soluzioni originali e di mediazione tra i diversi modelli di contrattazione: per un'analisi approfondita di tali sviluppi, se pure già da aggiornare con la più recente cronaca, v. I. Regalia, M. Galetto, C. Tajani, "Osservazioni sulle relazioni industriali nei casi di contrattazione separata", in Riv. Giur. Lav., 2010, n. 1, p. 19.

[82] Ma senza affrontare espressamente il tema della stipulazione del contratto nazionale e della soluzione di eventuali dissensi, solo in parte affrontato nell'intesa tra Cgil, Cisl e Uil raggiunta lo stesso giorno parallelamente all'accordo con Confindustria (v. infra).

[83] Quest'ultimo tema, che solleva autonomi e complessi problemi teorici, non viene affrontato per ragioni di spazio nel presente commento, limitato ai profili riguardanti la rappresentanza/tività e la contrattazione collettiva.

[84] M. Miscione, "Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011", in Lav. Giur., 2011, n. 7, p. 653.

intersindacale, la cui logica prescinde dalla valutazione giuridica (nel senso del diritto positivo) di atti ed effetti della contrattazione.

È interessante ricordare, sotto questo profilo, come invece nel Protocollo sugli assetti contrattuali del luglio 1993 (caratterizzato come è noto dal fondamentale impulso del Governo dell'epoca) la posizione di regole condivise sulla contrattazione e sulle RSU era accompagnata dall'auspicio per "*un intervento legislativo finalizzato, tra l'altro, ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori*"; mentre il Governo, da parte sua, si era impegnato "*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 aziende*" (previsioni entrambe rimaste senza esito).

Nell'accordo di giugno l'affermazione della "efficacia generale" del contratto aziendale, stipulato ai sensi dei punti 4, 5 e 7, si muove dunque nella logica autonoma delle relazioni intersindacali, e ciò anche per l'ovvia considerazione che un accordo sindacale, per quanto importante, non può disporre degli effetti giuridici secondo l'ordinamento statuale: piano, quest'ultimo, che rimane indifferente all'operazione posta in essere la quale, per quanto poggiata su un equilibrio ancora molto precario, pare trarre la propria forza dal convincimento che la condivisione delle regole di misurazione della rappresentanza in azienda tra tutti i principali attori basti per garantire il risultato della vincolatività generale degli accordi.

Al Governo si chiede semmai (punto 8) di confermare e irrobustire le misure di sostegno esterno alla contrattazione aziendale, ovvero gli strumenti di incentivo mediante riduzione della tassazione e degli oneri sociali su quote di retribuzione negoziate a livello di impresa in rapporto ad obiettivi di produttività, redditività, ecc.

Come si dirà innanzi, lo studioso di diritto sindacale potrebbe interrogarsi sul fatto se le regole poste con l'accordo, una volta che fossero pienamente sviluppate e operanti, possano favorire il maturare in sede giudiziale di soluzioni coerenti anche sul piano dell'ordinamento statuale, favorendo lo sviluppo di nuovi orientamenti a sostegno dell'efficacia generale del contratto aziendale[85]: in sostanza, per riprendere ancora la prospettiva giugniana dell'ordinamento intersindacale, se le regole poste in sede sindacale possano penetrare nell'ordinamento grazie al canale di collegamento dell'interpretazione giudiziale[86].

Se quanto si è detto è vero, il sistema di regole poste con l'accordo di giugno avrebbe dovuto svolgere il suo percorso nella logica autonoma delle relazioni industriali: in primo luogo con la conferma dell'intesa stessa (e magari l'estensione ai settori produttivi non coperti), poi con la sua attuazione da parte dei contratti nazionali delle singole categorie. Nel corso di tale processo

---

[85] Sui complessi sviluppi della giurisprudenza in materia di efficacia del contratto aziendale v., di recente, L. Giasanti, "Rappresentanza e contrattazione collettiva nei luoghi di lavoro", in Riv. Giur. Lav., 2010, n. 1, p. 77; F. Lunardon, "Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia", Relazione alla Giornate di Studio della Associazione di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, 24-25 giugno 2011, in http://www.aidlass.org/attivita/convegni.htm. Per quanto per nulla uniformi, gli orientamenti in materia sembrano orientati a riconoscere un'efficacia tendenzialmente generale del contratto aziendale, col limite dell'inapplicabilità ai lavoratori iscritti al sindacato esplicitamente dissenziente: l'ipotesi che si può oggi formulare è quella di un possibile riconoscimento in sede giudiziale dell'efficacia anche nei confronti dei dissenzienti, ove il dissenso si sia espresso e sia rimasto minoritario nella logica del sistema di regole posto dall'accordo di giugno.

[86] Per un recentissimo esempio di tal genere, per quanto con argomentazione non sempre lineare e condivisibile, si veda la sentenza del Tribunale di Torino sul caso Pomigliano, est. Ciocchetti, n. 2583 del 14.9.2011 (in Bollettino Adapt, 19 settembre 2011, n. 30).

poteva considerarsi l'opportunità di un misurato intervento di supporto legislativo, diretto a ridurre le incertezze di una materia tutta affidata alla giurisprudenza. In vista di un simile intervento – e pur scontata l'ovvia autonomia di valutazione del legislatore – mi sarebbe parso del tutto ragionevole costruire un percorso di ampia condivisione con le stesse parti sociali, per salvaguardare e rafforzare il precario equilibrio unitario insperabilmente ritrovato (da ritenersi fondamentale anche ai fini del sostegno allo sviluppo economico, in una contingenza tanto difficile).

Il "blitz" legislativo rappresentato dall'art. 8 del decreto legge 138 si pone, con tutta evidenza, in una logica diversa e molto discutibile: non solo perché non richiesto (almeno ufficialmente) dalle parti sociali; non solo per l'evidente scorrettezza dell'inserimento in un decreto-legge di una disciplina tanto importante e pesante, così sottratta ad un minimo dibattito preventivo tra operatori e studiosi; ma soprattutto – e nonostante il formale omaggio della disposizione all'accordo di giugno – per l'adozione di soluzioni che su punti fondamentali contraddicono le indicazioni dell'intesa sindacale (v. infra) e caricano il contratto aziendale di funzioni talmente dirompenti (segnatamente con la libera derogabilità alla legge, per intere materie) da alterare del tutto il contesto nel quale si collocavano le soluzioni, tutto sommato prudenti, studiate in sede sindacale per sviluppare una contrattazione decentrata meno soggetta a tensioni.

Per non parlare, poi, di quel terzo comma dell'art. 8 che, per l'intento di procurare un risultato d'occasione nelle vicende giudiziarie relative agli accordi Fiat, pone regole (non solo inaccettabili per la loro retroattività, ma) del tutto distoniche rispetto ai più articolati equilibri della soluzione concordata in sede sindacale, oltre che improvvisate e gravide di problemi.

Il giudizio sull'operazione legislativa non può dunque che essere nettamente negativo, per ragioni tecniche e politiche. L'art. 8 del d.l. 138 rappresenta un vero e proprio intervento a gamba tesa nel sistema di relazioni sindacali, il cui effetto immediato (e probabilmente voluto) potrebbe essere quello di vanificare lo sforzo di sintesi unitaria compiuto dai più importanti protagonisti della scena sociale. Su un piano più teorico, può ritenersi tanto un intervento tecnicamente errato e improvvido (anche per i vasti spazi di incertezza giuridica che apre), quanto una inopportuna ingerenza della legge nel sistema di regole autonomamente poste dai soggetti sindacali (inopportunità che, a mio parere, in qualche caso trasmuta in vera e propria illegittimità costituzionale) [87].

2. Le soluzioni dell'accordo di giugno: la contrattazione nazionale.

Il tema della misurazione della rappresentatività sindacale, insieme a quello collegato della verifica della rappresentanza e del consenso tra i lavoratori, è oggetto da decenni di incessante dibattito e molteplici proposte di riforma. All'orientamento sino ad oggi prevalente tra le parti sociali e in ambito politico, contrario all'intervento del legislatore nel settore privato (mentre nel settore pubblico, va ricordato, la questione è oggetto della regolazione legislativa fin dalle riforme degli anni '90), faceva da contraddittoria sponda la perdurante incapacità di produrre in sede sindacale una soluzione autonoma del problema, solida e condivisa: l'effetto, inevitabile, era

[87] Di segno diverso l'opinione dei sostenitori della norma, tra cui soprattutto M. Tiraboschi, "Difesa accorata e ragionata della riforma liberista del lavoro", in Bollettino Adapt, 12 settembre 2011, n. 29, secondo il quale "il decreto introduce una riforma equilibrata perché coerente con la nostra tradizione di relazioni industriali e con l'intesa del 28 giugno": si tratta tuttavia di affermazione tutta politica (espressa infatti in un intervento di carattere giornalistico) che tuttavia non tiene all'analisi del merito.

quello di un acutizzarsi dei problemi di gestione e certezza delle regole sindacali, di efficacia giuridica degli accordi collettivi (a livello nazionale e soprattutto a livello aziendale), di gestione del conflitto e di stabilità dei prodotti della contrattazione collettiva, soprattutto a seguito del moltiplicarsi dei casi di dissenso e "separazione" in sede contrattuale[88].

Il punto di maggior vicinanza ad una soluzione era stato forse raggiunto con l'accordo intersindacale tra le tre maggiori confederazioni sindacali del 2008: un'intesa sulle linee di riforma della contrattazione nell'ambito della quale era espresso l'indirizzo della fissazione per via pattizia delle regole della rappresentanza, esprimendo l'ipotesi di affidare al Cnel un ruolo indipendente di certificazione della rappresentatività, basata (come nel settore pubblico) sul mix tra rappresentatività associativa (numero di lavoratori iscritti, da rilevare tramite le deleghe conferite alle imprese) ed elettorale (consensi ottenuti nelle elezioni delle r.s.u.): una soluzione, cioè, di ragionevole compromesso tra la concezione dell'azione sindacale più attenta al dato della rappresentanza associativa (tipica soprattutto della cultura cislina) e quella più vicina alla rappresentanza generale dei lavoratori, che vede le procedure elettorali affiancarsi alla delega associativa quali strumenti di rilievo del consenso (espressa soprattutto dalla Cgil). Veniva poi prefigurato il percorso negoziale per la stipulazione degli accordi interconfederali e della contrattazione nazionale, fondato sul coinvolgimento degli organismi direttivi delle oo.ss. e sulla consultazione di tutti i lavoratori.

Quell'intesa, peraltro ancora da sviluppare in molti aspetti, non ebbe poi seguito concreto.

Nell'accordo (separato) sulle regole della contrattazione collettiva del gennaio 2009 il tema della rappresentanza è stato oggetto di un solo cenno, prevedendosi un rinvio a successivi accordi per definire "*nuove regole in materia di rappresentanza delle parti nella contrattazione collettiva valutando le diverse ipotesi che possono essere adottate con accordo, ivi compresa la certificazione all'INPS dei dati di iscrizione sindacale*". Il cenno è rimasto poi lettera morta, ma non poteva sfuggire, rispetto all'intesa del 2008, la citazione del solo dato della certificazione dei dati associativi a scapito di quelli elettorali.

Nel contesto descritto regnava la crescente incertezza sul quadro regolativo, acuito come si accennava dal prodursi di prime vicende giudiziarie come quelle sul caso del CCNL 2009 dei metalmeccanici (nelle quali diversi Giudici del lavoro hanno ritenuto antisindacale la pretesa delle imprese di applicare l'accordo separato di rinnovo anche ai lavoratori iscritti alla Fiom)[89].

Per quel che attiene al piano extra-aziendale, l'accordo interconfederale per l'industria del 28 giugno ripropone la soluzione già condivisa dalla citata intesa del 2008, e sperimentata nel settore pubblico, della certificazione della rappresentatività delle oo.ss. sulla base del mix tra dati associativi (che dovrebbero essere rilevati dall'Inps) e dati del consenso elettorale nelle elezioni delle r.s.u., da rinnovare ogni tre anni (e raccolti dal CNEL).

La novità è che tale certificazione viene oggi espressamente finalizzata al funzionamento della contrattazione collettiva nazionale di categoria, poiché si afferma (anche qui riprendendo il modello pubblico, disciplinato dal d.lgs. 165/2001) che "*Per la legittimazione a negoziare è necessario*

---

[88] Per un'impostazione dei vari problemi sia permesso rinviare a F. Scarpelli, "Una riflessione a più voci sul diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata", in Riv. Giur. Lav., 2010, n. 1, p. 19.

[89] In proposito v. le considerazioni di scenario proposte da S. Liebman, "Sistema sindacale "di fatto", crisi dell'unità sindacale e rinnovi contrattuali *separati*: prime verifiche giudiziali", in Arg. Dir. Lav., 2011, n. 3, p. 484.

che il dato di rappresentatività così realizzato per ciascuna organizzazione sindacale superi il 5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro". Null'altro si aggiunge, se non che "*il contratto collettivo nazionale di lavoro ha la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale*".

Il dato dell'accordo resta dunque lacunoso e forse ambiguo, e di incerta attuazione: il coinvolgimento dell'Inps e del Cnel presuppone ovviamente l'adesione di tali istituzioni (se non proprio delle modifiche legislative o regolamentari); la rilevazione dei dati associativi ed elettorali pone delicati problemi di verifica della sua correttezza, anche sotto il profilo dell'esatta individuazione dei confini della "categoria" di riferimento; la scarsa diffusione delle r.s.u., in alcuni settori, potrebbe poi rendere meno affidabile il meccanismo di rilievo del consenso[90].

Ciononostante, la previsione può essere letta come una novità assai rilevante.

Nel settore privato, infatti, la legittimazione quali soggetti contrattuali è sempre stata affidata al reciproco riconoscimento tra le stesse parti sociali, e dunque a un dato di effettività, ritenuto esso stesso indice della rappresentatività delle associazioni sindacali coinvolte (da entrambi i lati). Ora, importando l'esperienza del settore pubblico, si assiste almeno sul piano teorico ad un rovesciamento di prospettiva, poiché la legittimazione negoziale, almeno al fine della partecipazione alla contrattazione, dipende dal possesso di un dato oggettivo e misurato di rappresentatività[91], esterno alla valutazione dei contraenti.

Una volta formalizzato il sistema di rilevazione dei dati di rappresentatività, ne discendono a mio parere due effetti di una certa rilevanza, pur se non espressi apertamente dal testo dell'accordo.

Il primo è una sorta di sanzione indiretta del diritto a partecipare alla contrattazione anche per i sindacati diversi da quelli aderenti alla tre confederazioni firmatarie, ove gli stessi partecipino alle elezioni delle rsu e così raggiungano la soglia minima prevista: l'apertura a soggetti terzi operata nel 1993 (pur con prudenza) con l'istituzione delle r.s.u. nei luoghi di lavoro, si estende ora alla legittimazione negoziale in ambito extra-aziendale[92]: un effetto che può essere apprezzato, anche per il suo valore inclusivo, e che costituisce indubbia innovazione rispetto alla tradizionale esclusiva del ruolo contrattuale auto-riservatasi dalle principali associazioni confederali nella gran parte delle categorie. D'ora innanzi sarà molto più difficile tenere fuori dalla stanza della

---

[90] Qualche problema potrebbe sorgere, inoltre, nei settori ove si verifichi un caso di contrattazione nazionale separata, se e nella misura in cui il sindacato non firmatario del ccnl veda negarsi il diritto a raccogliere le adesioni tramite delega del lavoratore al datore di lavoro: problema tuttavia risolvibile riconoscendo la persistenza anche in tal caso di tale diritto (v. in tal senso A. Piccinini, "Il lavoratore iscritto al sindacato non firmatario del contratto collettivo nazionale può ancora dare la delega al datore di lavoro per il versamento del contributo sindacale?", in Note Informative, www.noteinformative.it, aprile 2011, n. 51): diritto che ora può considerarsi implicitamente confermato proprio dall'accordo del 28 giugno, poiché non avrebbe senso rilevare i dati relativi alle deleghe dei soli sindacati firmatari del contratto collettivo.

[91] Così anche F. Carinci, "L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?", in Arg. Dir. Lav., 2011, n. 3, p. 470.

[92] A meno di sostenere che Cgil, Cisl e Uil abbiano inteso limitare la rilevazione dei dati al loro interno: pur essendo abbastanza evidente che le regole poste nell'accordo del 28 giugno abbiano quale principale fine la misurazione reciproca di rappresentatività delle stesse firmatarie e delle loro associazioni di categoria, per risolvere eventuali dissensi interni, non sembra quello il senso tecnico della clausola, e d'altronde parrebbe soluzione politicamente insostenibile non estendere la misurazione della rappresentatività ad altri soggetti che si candidino ad ottenerla.

contrattazione un sindacato alternativo, ove questo raggiunga la soglia minima di rappresentatività definita dall'accordo (o almeno sarà più difficile farlo politicamente, poiché sul piano giuridico difficilmente un soggetto terzo potrebbe invocare l'esigibilità delle regole poste dalle associazioni confederali).

La disciplina posta appare dunque dotata di capacità inclusiva di associazioni terze, purché queste decidano di aderire a un sistema di regole che è pur sempre varato da alcuni soltanto dei soggetti in campo (sia pure i più importanti). Sotto questo profilo, il successo delle nuove regole è certamente affidato alla capacità (o al recupero di capacità) di diffusione delle r.s.u. nei luoghi di lavoro, e alla partecipazione alle relative elezioni di tutte le oo.ss. presenti (con una minima consistenza rappresentativa) nella singola categoria[93].

Il secondo effetto riguarda proprio la stipulazione del contratto nazionale, nell'ipotesi di dissensi tra le associazioni legittimate a negoziare; se è vero che nulla si dice sul punto, evitando di porre una regola espressa (che esiste, invece, nella disciplina della contrattazione in ambito pubblico) la formalizzazione e certificazione dei dati di rappresentatività rende davvero difficile a mio parere evitare la conseguente adozione del principio maggioritario[94].

Si consideri peraltro che nell'intesa in appendice all'accordo, stipulata tra le sole confederazioni dei lavoratori, si invitano le federazioni di categoria a definire procedure di negoziazione le quali "*potranno prevedere momenti di verifica per l'approvazione degli accordi mediante il coinvolgimento delle lavoratrici e dei lavoratori in caso di rilevanti divergenze interne alle delegazioni trattanti*": sarà compito degli accordi endosindacali a livello di categoria stabilire che tipo di procedure, anche se il riferimento espresso alle lavoratrici e ai lavoratori fa ritenere che, almeno come direttrice di carattere politico, debba trattarsi di forme di consultazione della generalità degli interessati, e non solo degli iscritti alle oo.ss.

Se questo riferimento aggiunge un ulteriore e diverso terreno di valutazione – introducendo l'ipotesi, sia pure subordinata alle scelte delle singole categorie, della validazione delle ipotesi di accordo mediante procedure di democrazia diretta – ne esce comunque rafforzata l'impronta maggioritaria delle nuove regole.

Ciò che si vuol dire è che, nel nuovo sistema, l'eventuale accordo "separato" che fosse sottoscritto da associazioni che, sulla base dei dati certificati, non risultino nel complesso maggioritarie (e salvo che sia approvato dalla maggioranza dei lavoratori nelle procedure di verifica disciplinate a livello di settore), sarebbe forse in sé un accordo giuridicamente valido, ma difficilmente potrebbe qualificarsi quale contratto con funzione regolativa generale nella categoria (e dunque impegnativo per i lavoratori, se non per quelli iscritti alle associazioni minoritarie che lo avessero sottoscritto).

---

[93] Tale ultima considerazione, a sua volta, sottolinea però il problema di un aggiornamento delle regole di costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie, essendo evidente che la regola del "terzo riservato", dotata di una sua razionalità nell'accordo del 1993, rischia oggi di porsi in senso contrario allo spirito inclusivo connesso ad un sistema di verifica della effettiva rappresentatività degli attori sindacali (problema che, come diremo tra un attimo, si pone con ancora maggior evidenza in tema di regole della contrattazione aziendale).

[94] In questo senso anche M. Miscione, op. cit., p. 654; più dubitativo F. Carinci, op. cit., p. 467 e 468, il quale sembra attribuire valore in senso opposto proprio al fatto che non si sia ritenuto di sancire espressamente la regola della stipulazione a maggioranza.

Inoltre, l'implementazione delle nuove regole consentirà di individuare con maggiore certezza, ai fini legali, quali contratti nazionali possano rivestire la qualifica di accordi stipulati dalle associazioni comparativamente più rappresentative, in grado di avvalersi delle numerose deleghe normative formulate dalla legislazione sulla flessibilità degli ultimi decenni: e mi pare che il sistema confermi, ora che sarà anche possibile misurare e comparare con maggiore certezza, che possa avvalersi di tale qualifica solo un accordo sottoscritto da associazioni cumulativamente più rappresentative di quelle rimaste dissenzienti.

In definitiva, e nonostante l'assenza nell'accordo di un'espressa indicazione in tal senso, le nuove regole sembrano comportare di fatto la rinuncia delle parti stipulanti (in primo luogo di Confindustria) a sottoscrivere il contratto nazionale anche in assenza di consenso generale, se non nel caso in cui le associazioni consenzienti abbiano una rappresentatività certificata maggioritaria.

D'altro canto, ove un accordo "separato" sia stipulato da oo.ss. che complessivamente possano dirsi più rappresentative, sulla base dei dati certificati, di quelle rimaste dissenzienti (ed a maggior ragione ove l'accordo nazionale risultasse approvato dai lavoratori, all'esito delle procedure di verifica introdotte a livello di categoria), vi sarebbero forse spunti per definire in termini diversi, rispetto all'assetto tradizionale fondato sui principi privatistici, la questione dell'efficacia soggettiva del contratto stesso.

Infatti, nell'attuale quadro di regole e principi legali (almeno quello adottato dalla giurisprudenza maggioritaria e ispirato alle regole dell'autonomia negoziale privata), il contratto collettivo di categoria rinnovato da alcuni soltanto dei soggetti in precedenza firmatari difficilmente può considerarsi vincolante per i lavoratori iscritti all'associazione rimasta dissenziente[95], situazione che con tutta evidenza apre un quadro di grande incertezza nella regolazione dei rapporti di lavoro e delle organizzazioni aziendali.

Tuttavia, una volta che fosse varato e condiviso nei singoli settori il sistema di regole posto dall'accordo del 28 giugno si potrebbe assistere ad un sostanziale mutamento di prospettiva (pur rimanendo invariato il quadro delle regole giuridiche, che ovviamente non possono essere modificate da un accordo sindacale): si potrebbe infatti ritenere che la condivisione di regole di misurazione della rappresentatività e di verifica del consenso implichi l'accettazione degli effetti del principio maggioritario, e quindi anche degli effetti di singoli atti negoziali eventualmente non condivisi.

Certo si tratta solo di spunti per future riflessioni, i quali tuttavia mostrano come si sia innanzi con tutta evidenza, rispetto allo scenario determinatosi negli ultimi anni, ad una novità di grandissimo rilievo.

L'art. 8 del d.l. 138 non si occupa di contrattazione collettiva nazionale, concentrandosi su quella di secondo livello aziendale o territoriale. Esso tuttavia contiene una disposizione che, a mio parere, diverge significativamente dalle scelte appena compiute dalle parti sociali: si tratta della parte in cui (in modo inedito rispetto alla precedente esperienza legislativa) si individua l'ambito "territoriale" come uno dei livelli ai quali misurare la maggiore rappresentatività dei soggetti legittimati alla contrattazione in deroga.

---

[95] In questo senso vanno per lo più le pronunce dei Tribunali investiti dalla Fiom-Cgil della questione di efficacia del contratto nazionale separato del novembre 2009 (v. per riferimenti S. Liebman, op. cit.).

Mentre l'accordo di giugno propone la misurazione del consenso sul piano nazionale, ovvero nella specifica sede aziendale (in un contesto che comunque ribadisce il coordinamento tra politiche contrattuali nazionali e decentrate), l'accento sull'ambito locale (appositamente e specificamente aggiunto alla norma in sede di conversione) mi pare possa preludere a sviluppi in grado di scardinare la coerenza complessiva del sistema contrattuale dei vari settori produttivi, con fughe e differenziazioni (in materie assai significative) territorio per territorio, finanche da parte di soggetti estranei al sistema confederale[96].

Si può sostenere che si tratta di una legittima scelta del legislatore, come è ovvio, ma si riconosca almeno la distonia rispetto alla tradizione e alle scelte prevalenti del sistema di relazioni industriali e se ne considerino i potenziali effetti di frammentazione del sistema.

3. Il contratto aziendale con efficacia generale, nell'accordo di giugno e nella "norma Sacconi".

L'intesa di giugno si pronuncia per la prima volta sul tema della vincolatività degli accordi aziendali, stabilendo regole diverse a seconda se nell'impresa siano costituite rappresentanze sindacali unitarie o no. In caso positivo, l'accordo stabilisce che i contratti aziendali approvati dalla maggioranza dei componenti delle r.s.u. "*sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda*" (e dunque, si deve intendere, le associazioni di categoria alle stesse aderenti).

Ove non siano presenti le r.s.u., ma solo le (o alcune) rappresentanze sindacali aziendali, l'accordo prevede che i contratti aziendali abbiano efficacia generale se sono approvati dalle r.s.a. delle associazioni sindacali che, singolarmente o cumulativamente, abbiano raccolto nell'anno precedente la maggioranza delle deleghe tra i lavoratori dell'impresa[97].

In tale ipotesi, però, i contratti aziendali devono essere sottoposti al voto dei lavoratori se ciò sia chiesto da almeno una delle organizzazioni aderenti a Cgil, Cisl e Uil, o da almeno il 30% dei lavoratori dell'impresa. La consultazione è valida se partecipa almeno il 50% + 1 dei lavoratori aventi diritto al voto e l'accordo è approvato o respinto a maggioranza semplice dei votanti.

Le regole ora richiamate hanno un'indubbia rilevanza, in primo luogo sul piano delle relazioni industriali. Esse da un lato sembrano rivitalizzare l'istituto delle r.s.u., che pareva fortemente in discussione per effetto della crisi delle relazioni interconfederali e del diffondersi della contrattazione separata. In proposito, deve anzi segnalarsi quella che parrebbe una novità assai rilevante rispetto alle previsioni del 1993: lì la legittimazione negoziale a livello aziendale era riconosciuta alle r.s.u. e alle associazioni sindacali territoriali di categoria; qui (pur senza escludere espressamente la capacità negoziale delle associazioni esterne, che viene normalmente confermata dai

---

[96] La legittimazione negoziale in forza della rappresentatività a livello territoriale apre, ovviamente, a fenomeni di localismo sindacale autonomo sinora rimasti senza successo; essa tuttavia è in grado a mio parere di provocare una frammentazione delle politiche contrattuali anche all'interno del mondo confederale, ad esempio in specifiche realtà locali nelle quali una singola componente goda di dati di rappresentatività fortemente diversi da quelli medi nazionali e si renda disponibile a scambi negoziali che sul piano nazionale non sarebbero proponibili.

[97] Secondo i dati "*rilevati e comunicati direttamente dall'azienda*": anche in questo caso potrebbero sorgere problemi seri di controllo della correttezza dei dati, essendo a mio parere indubbio che una loro gestione scorretta da parte aziendale comporti condotta antisindacale, ai sensi dell'art. 28 stat. lav.

contratti di categoria) si assume la sola volontà (maggioritaria) delle r.s.u. quale presupposto della affermata efficacia generale degli accordi[98].

Inoltre esse portano novità significative anche sul sistema di rappresentanza delle r.s.a., ove manchino le r.s.u.: l'accordo introduce l'innovativa previsione per cui anche le r.s.a. debbano essere rinnovate ogni tre anni e sembra aprire anche tale sistema (come già quello delle r.s.u.) all'inclusione di r.s.a. di sindacati terzi rispetto a quelli confederali: infatti, come già si è detto per la contrattazione nazionale, la misurazione dei dati di rappresentanza in azienda difficilmente può rimanere limitata alle r.s.a. della triplice confederale, e pone di riflesso il problema della partecipazione alla contrattazione aziendale delle r.s.a. (e relative associazioni) di organizzazioni terze[99].

Il discorso è più complesso dal punto di vista giuridico, dovendo fare i conti col fatto che l'effetto giuridico dell'efficacia (nel caso, l'affermata efficacia generale e certe condizioni di stipulazione o verifica del consenso) non è nella disponibilità delle parti ma dipende da regole e principi giuridici di carattere generale.

Tale scontata affermazione va peraltro combinata con l'osservazione che il tema dell'efficacia soggettiva del contratto aziendale è oggetto, anche in giurisprudenza, dei più vari orientamenti: ciò fa ritenere, a chi scrive, che l'applicazione delle regole ora formalizzate tra le maggiori confederazioni possa in effetti trovare adeguata valorizzazione in sede giudiziale[100]. Se a tutt'oggi la giurisprudenza tende ad affermare l'efficacia limitata di un accordo aziendale sottoscritto da alcuni soltanto dei soggetti rappresentativi presenti in azienda (magari da alcuni soltanto dei soggetti titolari della legittimazione negoziale secondo le regole fissate dal relativo contratto di categoria[101]), a diversa conclusione si potrebbe arrivare nel momento in cui tutte le organizzazioni sindacali condividano il principio maggioritario in vario modo affermato dall'accordo di giugno. Un accordo aziendale approvato secondo le regole esaminate, o convalidato nell'eventuale consultazione referendaria, potrebbe essere considerato vincolante per tutti i lavoratori in forza sia dell'eventuale adesione alle associazioni che hanno condiviso tale procedura (comprese quelle rimaste in dissenso) sia dell'applicazione complessiva e inscindibile dei trattamenti collettivi (comprensivi delle procedure sulla produzione delle regole dell'organizzazione del lavoro e delle obbligazioni delle parti).

Viceversa mi pare certo che, in presenza di una simile regolazione, un accordo aziendale che non fosse sottoscritto dalla maggioranza della r.s.u., ovvero fosse sottoscritto da r.s.a. non maggioritarie, o ancora fosse respinto dalla maggioranza dei votanti in un valido referendum, non potrebbe esplicare efficacia generale.

---

[98] Segnala una serie di non irrilevanti problemi applicativi di tale disposizione, in relazione alla vita interna delle r.s.u., F. Carinci, op. cit., p. 471.

[99] L'effetto non può ritenersi automatico, poiché la contrattazione aziendale potrebbe ad esempio essere gestita autonomamente dalle r.s.a. delle tre associazioni confederali (pur in presenza di una r.s.a. di un sindacato terzo, legittimata in ipotesi ex art. 19 l. 300/70), alla sola condizione che le tre r.s.a. raggiungano cumulativamente un dato maggioritario di deleghe (calcolato tenendo conto anche delle deleghe attribuite al sindacato terzo); il quadro però muterebbe in caso di dissenso tra le oo.ss. confederali, con la possibilità di comporre maggioranze alternative coinvolgendo la r.s.a. del sindacato terzo.

[100] In tal senso anche F. Carinci, op. cit., p. 470.

[101] Ad es. di recente Corte App. Brescia, 11.4.2009, in Riv. Giur. Lav., 2010, n. 1, p. 188 (con nota di F. Aiello, "Accordi separati: casi di prevalenza della precedente disciplina unitaria"), la quale ha affermato l'inapplicabilità ai lavoratori iscritti alla Flai-Cgil di un accordo aziendale stipulato con la sola Fai-Cisl in materia di retribuzione ed orari di lavoro (in un caso in cui, peraltro, la Fai-Cisl risultava avere due componenti su tre della r.s.u.).

La decisa attuazione del principio maggioritario potrebbe, come già si è accennato, incontrare un elemento di contraddizione nella regolamentazione delle modalità di costituzione delle r.s.u., e in particolare nella regola del "terzo riservato" posta negli accordi del 1993. Può infatti verificarsi il caso in cui la maggioranza della r.s.u., in forza del terzo riservato, non possa considerarsi fedele specchio di un consenso maggioritario misurato sulle deleghe e sui voti ottenuti nell'elezione dei due terzi dei seggi. Tale osservazione solleva il già segnalato problema della eventuale revisione delle regole costitutive delle rappresentanze unitarie: sul piano giuridico, tuttavia, in casi di questo genere potrebbe risultare più dubbia l'accennata valorizzazione del principio maggioritario ai fini degli effetti di efficacia giuridica dell'accordo.

Le disposizioni ora analizzate erano destinata a sollevare il dibattito, tra gli studiosi e gli operatori, sulla necessità od opportunità di un intervento legislativo di sostegno dell'efficacia generale del contratto aziendale affermata dall'accordo (e sui possibili problemi di compatibilità di una simile ipotesi con l'art. 39 della Costituzione). Non si è fatto in tempo ad avviare tale discussione, tuttavia, che la norma della manovra d'agosto voluta dal Ministro del lavoro è intervenuta proprio su tale materia, con due diverse disposizioni che prevedono l'efficacia generale del contratto aziendale: una (primo comma) confinata nell'ambito delle "specifiche intese" finalizzate a realizzare gli obiettivi individuati dall'ultimo periodo del medesimo comma[102]; l'altra (terzo comma) finalizzata a sancire appunto l'efficacia generale dei contratti aziendali sottoscritti prima dell'accordo del 28 giugno, se sottoposti a procedura di approvazione da parte dei lavoratori.

In questa sede non si vuole affrontare l'analisi di disposizioni tanto impegnative, tanto per i temi che toccano quanto per i problemi che sollevano, ma limitarsi al profilo sin qui seguito del rapporto tra la legge e l'accordo di giugno.

Sul punto la norma da ultimo richiamata, del terzo comma[103], sembrerebbe voler stabilire una linea di continuità tra i due atti, ma le distonie sono invece significative: il primo comma contiene infatti, ai fini dell'efficacia generale delle intese "in deroga", il generico riferimento ad un "criterio maggioritario" relativo alla rappresentanze sindacali (che ovviamente è suscettibile di essere declinato anche in modi diversi da quelli prefigurati dall'accordo di giugno) e, soprattutto, la possibilità che gli accordi con efficacia generale siano sottoscritti (solo) da soggetti esterni (oo.ss. più comparative a livello nazionale o territoriale): viene così vanificata la scelta dell'accordo di giugno (punti 4 e 5) di garantire comunque, per il contratto aziendale, meccanismi di valutazione del consenso maggioritario tra i dipendenti della stessa impresa[104].

Il terzo comma dell'art. 8 poi (condizionato dalla volontà di riferirsi direttamente al caso Fiat), stride nettamente sia con la volontà espressa dalle parti dell'accordo di giugno (che non per caso, si ritiene, si erano astenute dal regolare il caso specifico e controverso degli accordi Fiat) sia con il contenuto del medesimo accordo, assumendo come unico elemento rilevante, ai fini

---

[102] Intese che, alle condizioni previste dalla norma, possono avvalersi del doppio effetto giuridico dell'efficacia generale e (soprattutto) della libera derogabilità a norme di legge e del contratto collettivo nazionale.

[103] La quale, essendo una norma diretta a disciplinare il passato presenta (oltre alle consuete problematiche delle disposizioni retroattive) la caratteristica veramente insolita di scegliere come sparti-acque temporale non l'entrata in vigore della stessa legge, ma un atto privato e specifico come l'accordo confederale del settore industriale del 28 giugno!

[104] Ovviamente nulla impedisce che le disposizioni dell'accordo vengano comunque attuate e rispettate per scelta delle parti sindacali: è tuttavia evidente che la possibilità di avvalersi dei maggiori spazi concessi dalla legge, nelle ampie materie previste dal comma secondo, può fortemente minare i delicati equilibri dell'impianto costruito a livello interconfederale.

dell'efficacia generale dei contratti aziendali già stipulati, la sottoposizione degli stessi a procedure referendarie tra i lavoratori: presupposto, questo, che nel sistema di regole dell'accordo di giugno, si aggiungeva invece in via eventuale, e direi eccezionale, alle regole di investitura della legittimità negoziale delle r.s.u. o delle r.s.a.

Infine, va segnalato un effetto probabilmente non calcolato dal maldestro legislatore, che rischia di minare la tenuta degli accordi aziendali in tante realtà diverse dal Gruppo Fiat: prendendo alla lettera il comma terzo infatti (ed ammesso che la norma resista ai profili di illegittimità costituzionale che solleva), dovrebbe ritenersi che i contratti aziendali raggiunti in realtà nelle quali, magari perché non vi era alcun dissenso tra i soggetti sindacali presenti in azienda, non siano stati sottoposti a referendum, abbiano (per implicita conseguenza della norma, letta *a contrario*) efficacia limitata ai lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti: così legittimando *ex post* eventuali fughe individuali dalle decisioni sindacali di gestione dell'impresa che, sino ad oggi, la giurisprudenza prevalente non sembrava voler premiare.

4. La contrattazione aziendale "in deroga": dalle regole dell'accordo alla scure della legge.

Come è noto, uno dei terreni più sensibili di dibattito (e dissenso) intersindacale degli scorsi anni riguardava il rapporto tra contrattazione nazionale e aziendale, sul quale pesava la ferma posizione della Cgil di difesa del ruolo del contratto nazionale e di dissenso rispetto alla soluzione adottata nel gennaio 2009.

Se, in linea generale, l'accordo del 28 giugno ripropone un rapporto coordinato e controllato tra contratto nazionale e aziendale (v. punti 2 e 3), esso contiene al punto 7 un'indubbia apertura alla differenziazione della contrattazione aziendale quale strumento di regolazione capace "*di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi*": in tale prospettiva, si prevede che i contratti aziendali possano definire "*specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro*", ma che ciò possa avvenire solo "*nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro*". Sembra dunque che vi sia un'apertura ad un rapporto più elastico e libero tra contrattazione nazionale e aziendale – ciò che costituisce una relativa novità, in quanto scelta condivisa anche dalla Cgil[105] - anche se i termini di tale rapporto sono comunque rinviati alla disciplina da parte dei contratti collettivi nazionali.

La logica dell'accordo rende evidente come la disciplina dei contratti nazionali, in merito alla contrattazione aziendale, debba essere condivisa tra tutte le parti firmatarie dell'odierno accordo. Al più, e rinviando a quanto detto sopra, si potrà ammettere che tale materia sia regolata da un contratto nazionale stipulato da una compagine maggioritaria nel sistema di rappresentatività certificato secondo quanto previsto dal punto 1, e seguendo le regole dell'appendice endosindacale dell'intesa.

Ciò significa che, a mio parere, in nessun modo l'odierno accordo può rendere valide e vincolanti per tutti le regole sulla contrattazione in deroga previste nell'art. 4-bis del ccnl "separato"

[105] Anche se va ricordato che una delle prime aperture in tal senso si era verificata nel rinnovo del contratto collettivo nazionale dell'industria chimica del 2006, sottoscritto unitariamente da tutte le oo.ss. del settore: in tema rinvio a F. Scarpelli, "Le regole dei chimici sul rapporto tra contratto nazionale e aziendale. Una sperimentazione interessante", in Note Informative, 2006, n. 36, p. 59.

dell'industria meccanica (stipulato nel settembre 2010 per legittimare in qualche modo gli accordi Fiat, e avversato dalla Fiom-Cgil): tale vicenda, foriera di molteplici profili di incertezza giuridica, non pare in alcun modo interessata dalle nuove regole le quali, appunto, sembrano logicamente collegate al varo dell'intero nuovo sistema di procedure di verifica di rappresentatività e consenso[106].

Lo stesso punto 7, tuttavia, prevede che la contrattazione aziendale "in deroga" possa svilupparsi anche nella fase transitoria, in assenza o in attesa che i rinnovi dei contratti di categoria definiscano la materia, ma con alcuni limiti: le intese modificative potranno riguardare gli istituti del contratto nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro[107], dovranno essere finalizzate a "*gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa*", e infine dovranno essere concluse "*con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del presente accordo interconfederale*". Infine, si precisa che le intese modificative così definite "*esplicano l'efficacia generale come disciplinata dal presente accordo*".

Non mancano punti di incertezza nella lettura della disposizione. In primo luogo non è chiaro se il rinvio alle regole formulate dallo stesso accordo per la contrattazione aziendale (nei punti 4 e 5 dell'accordo) valga solo per l'effetto dell'efficacia generale od anche per le questioni di legittimazione alla stipulazione (o per la sottoposizione ad eventuale consultazione referendaria): ragioni di coerenza interna all'accordo devono far ritenere che il rinvio sia completo, e dunque che l'accordo in deroga richieda un'adesione maggioritaria delle r.s.u. oppure delle r.s.a. (ed eventualmente dei lavoratori), con la differenza che qui si aggiunge la necessaria presenza in sede negoziale delle organizzazioni sindacali esterne, a garanzia di un utilizzo controllato e coerente delle possibilità di deroga del ccnl.

In merito resta un punto non risolto, relativo a cosa accada quando sull'intesa derogatoria vi sia dissenso tra le organizzazioni territoriali che affiancano le rappresentanze aziendali in sede negoziale (e ciò, si deve supporre, in una fase in cui non sarà stato ancora varato il sistema di certificazione della rappresentatività delle oo.ss. a livello nazionale). Qui si può ipotizzare che il dissenso possa risolversi con le regole previste ai punti 4 e 5 dell'accordo, dando dunque prevalenza alla posizione maggioritaria tra le rappresentanze aziendali o tra i lavoratori.

La materia ora trattata è certamente quella nella quale l'art. 8 del decreto d'agosto interviene con la maggiore violenza. Infatti – e sia pure limitatamente agli accordi aziendali finalizzati agli scopi individuati dal primo comma, e regolanti le materie (genericamente) elencate dal secondo comma – il contratto aziendale potrà secondo la legge (comma 2.bis) derogare liberamente e senza alcun vincolo alle "regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali", così come alle discipline di legge che disciplinano le materie sopra richiamate.

---

[106] Lo stesso potrebbe dirsi per l'altro caso assai rilevante di contrattazione nazionale separata, ovvero quello del rinnovo 2011 del ccnl terziario (il quale, comunque, rimane estraneo alle regole ora dettate nell'accordo interconfederale del 28 giugno, limitato all'industria): qui troviamo infatti uno dei casi più estesi e radicali di autorizzazione della contrattazione in deroga, nel quale le parti firmatarie sono andate persino oltre i vincoli e le previsioni dell'accordo quadro del gennaio 2009. Anzi, su un piano generale, può dirsi che proprio nel confronto con tale episodio lo spirito dell'accordo del 28 giugno appare assai più controllato.

[107] Elenco che si presta ad una lettura restrittiva, ad esempio escludendo un istituto come il trattamento della malattia, che è stato tra i principali punti di scontro nelle vicende Fiat.

Il radicale scardinamento del tradizionale rapporto di inderogabilità tra legge e contratto apre questioni di grande rilevanza, che in questa sede non possono tuttavia essere affrontate. La previsione di libera derogabilità del contratto nazionale è invece, da un certo punto di vista, meno dirompente, poiché sul piano tecnico giuridico non risultava possibile affermare l'esistenza, nel nostro ordinamento, di una regola chiara di prevalenza del contratto nazionale su quello decentrato: nel corso del tempo, tuttavia, si erano affermati orientamenti tesi a valorizzare (anche per le conseguenze in termini di effetti giuridici per i lavoratori) le regole di competenza dei livelli stabilite dalla stessa contrattazione, che ora la norma in esame mostra di voler ignorare.

Tra il decreto-legge e l'accordo interconfederale di giugno, il contrasto di soluzioni è radicale: mentre la soluzione sindacale persegue l'obiettivo dell'apertura di spazi alla contrattazione aziendale, anche nella modalità "in deroga", nell'ambito di un sistema proceduralizzato e controllato (così da poter guadagnare anche il consenso della Cgil, notoriamente meno incline ad avallare tale orientamento)[108], la legge sancisce direttamente tale derogabilità senza limiti né procedure rafforzate. Inoltre, la norma di legge allarga di molto, rispetto alla determinazione sindacale, il catalogo delle finalità per le quali è ammessa la contrattazione in deroga, facendo diventare quasi generale una tecnica che le pareti sociali nella loro autonomia hanno scelto di limitare alle situazioni di crisi aziendale o alla "*presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa*".

Unico limite che può essere tratto dalla norma di legge è il rispetto del principio maggioritario, in ambito aziendale, indicato dal primo comma. Questo tuttavia, se pure assicura in ipotesi la verifica diretta o indiretta della rappresentatività dei soggetti negoziali, rispetto ai lavoratori destinatari dell'accordo, non soddisfa in alcun modo l'esigenza fondamentale avvertita da chi ha voluto assoggettare i processi di contrattazione in deroga a limiti e procedure stringenti, ovvero quella del controllo complessivo del sistema e del contenimento delle "fughe" dal contratto nazionale dovute a valutazioni locali o micro-corporative, avvertite come pericolose per la tenuta degli equilibri complessivi del sistema (ed anche, vorremmo dire, delle condizioni di concorrenza tra le imprese nei singoli settori economici).

Si potrà forse ragionare sulla possibilità di far comunque salve le regole sui rapporti tra i livelli contrattuali poste dall'accordo di giugno, così come dai contratti nazionali vigenti e da quelli futuri (e ciò in quanto la secca previsione legislativa non può certo impedire alle parti sociali di darsi regole più articolate e stringenti): solo tale condizione, si ritiene, può forse salvaguardare l'equilibrio politico-sindacale faticosamente maturato a fine giugno 2011[109]. Ciò nonostante mi pare che sulla disposizione – nella parte in cui fissa autoritativamente il rapporto di derogabilità tra intese aziendali ex art. 8 e contratti nazionali – gravi come un macigno un profilo di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 39, 1° comma, Cost., in quanto principio di garanzia (anche) della libertà della contrattazione collettiva rispetto alle eventuali ingerenze del legislatore[110].

---

[108] Si rammenti però che la stessa tecnica era stata adottata anche in testi non condivisi dalla Cgil, come nell'accordo sulle regole della contrattazione del gennaio 2009.

[109] Nella coscienza che, con tutta evidenza, la previsione legislativa è evidentemente condizionata proprio dalla volontà contingente di rimettere in discussione quella soluzione unitaria, non gradita a chi (il Ministro del Lavoro) ha perseguito con costanza negli anni obiettivi politici di divisione del fronte sindacale.

[110] Per riferimenti in tema sia consentito rinviare a F. Scarpelli, *La libertà sindacale*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. I, *Le fonti. Il diritto sindacale*, a cura di C. Zoli, UTET, Torino, II Edizione, 2007, p. 63, spec. par. 2.1 e ss.

Rilettura giuslavoristica di «Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico»*

«Soltanto i pensieri *nati camminando* hanno valore»

(F. W. Nietzsche, *Götzen-Dämmerung oder Wie man mit dem Hammer philosophirt*, Leipzig, 1889 trad. it. in Id., *Opere filosofiche*, v. 2°, Torino, 2003, p. 418)

Luca Nogler

1. Premessa: un «classico» del pensiero giuridico. 56

2. Luigi Mengoni ed il metodo «prima» del saggio del 1976 (nella scia di Goldschmidt): il punto di vista del giudizio. 56

3. Luigi Mengoni e i problemi del lavoro «prima» del saggio del 1976: prima il problema poi il sistema. 63

3.1 L'organizzazione scientifica del lavoro. 64

3.2 La clausola implicita di pace sindacale. 65

4. L'acquisizione della coscienza del metodo ovvero il tentativo di rifondare il discorso giuridico (nella scia di Esser e Canaris). 68

5. Il saggio del 1976 ed i problemi del rapporto di lavoro. 71

6. Segue. I fraintendimenti giuslavoristici del saggio del 1976: l'orientamento neo-dogmatico. 73

6.1 Mattia Persiani e la giurisprudenza in materia di licenziamenti economici. 74

6.2 La diatriba sul metodo di qualificazione dei rapporti di lavoro. 76

7. Conclusione: il punto d'incontro tra Luigi Mengoni, James Goldschmidt e Hugo Sinzheimer. 79

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 128/2011

1. Premessa: un «classico» del pensiero giuridico.

In una affollata conferenza sul pensiero politico di Hobbes, Norberto Bobbio esordì affermando che può essere considerato «classico» quell'autore che «è sempre attuale, che ogni tempo prende in considerazione ed interpreta anche se le interpretazioni variano con il tempo» [111]. Luigi Mengoni appartiene alla ristrettissima cerchia dei giuristi italiani del Novecento che effettivamente si prestano ad essere costantemente riletti per la profondità d'analisi che caratterizza i suoi scritti. M. è interessante sotto ogni aspetto; i suoi giudizi suscitano interrogativi, lo stile essenziale, che non concede nulla all'eloquenza ideologica, affascina. Anche una fugace lettura è sempre appagante.

Rileggerò il saggio di M. dal felicissimo titolo *Problema e sistema nella controversia del metodo giuridico* da un punto di vista giuslavoristico [112], privilegiando due prospettive d'indagine.

Da un lato, mi riprometto di chiarire in che modo, ed in che misura, i problemi regolativi dei rapporti di lavoro ed il sistema giuslavoristico influirono sul saggio mengoniano del 1976 (v. *infra* §§ 3.1 e 3.2).

Dall'altro lato, illustrerò criticamente quale sia stato l'uso che hanno fatto, e stanno facendo, del saggio mengoniano coloro i quali si occupano dei problemi giuridici che scaturiscono dai rapporti di lavoro (v. *infra* §§ 6.1. e 6.2). Darò qui largo spazio a come, per riprendere le parole di Bobbio, è «variata» nel corso del tempo l'interpretazione della proposta metodologica mengoniana privilegiata da due delle tendenze giuslavoristiche più diffuse: il neo-dogmatismo e l'approccio antidogmatico di stampo ideologico. A tal fine sarà necessario confrontarsi con alcuni problemi collegati al sistema contemporaneo dei contratti di lavoro.

Ma prima di dare seguito a questo impegnativo programma, è opportuno premettere una considerazione, di carattere più generale, relativa al grado di consapevolezza metodologica che M. aveva maturato nel periodo precedente al fortunato saggio del 1976 quando acquisì, per dirla con Castronovo, la piena «coscienza del metodo».

2. Luigi Mengoni ed il metodo «prima» del saggio del 1976 (nella scia di Goldschmidt): il punto di vista del giudizio.

Nella solenne occasione della consegna degli studi in onore di M., Michele Giorgianni sostenne che la parabola metodologica del festeggiato fu sollecitata, in modo preponderante, proprio dal suo incontro con il diritto del lavoro [113], e cioè con l'ambito giuridico che è maggiormente a contatto con valori (o principi) ed esigenze pratiche che sono estranei all'orizzonte proprio del diritto privato ottocentesco costruito a misura della difesa del diritto di proprietà. Se teniamo presente la biografia intellettuale di M. non possiamo non aderire a questa supposizione che trova, d'altronde, conferma nei numerosi problemi di diritto del lavoro che M. cita nel saggio che rileggiamo. Esemplificazioni che sono di gran lunga superiori all'altro settore toccato dall'avvento della produzione di massa, il diritto dei consumatori, che pure era al centro delle riflessioni dell'autore. Si spazia dal contratto collettivo, al dovere di pace sindacale, al trasferimento d'azienda, allo

---

[111] La conferenza si svolse nel marzo del 1987 a Brescia dinnanzi ad oltre cinquecento studenti delle superiori.

[112] Fermo restando che «noi siamo soltanto giuslavoristi. Egli è stato anche cultore del diritto del lavoro» (M. Napoli, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e d'umanità, cultore di diritto del lavoro*, in «DLRI». 2002, 163).

[113] M. Giorgianni, in *Le ragioni del diritto. Teoria giuridica ed esperienze applicative*, Milano, 1997, p. 39.

sciopero a scacchiera, all'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro per giungere, infine, alla decorrenza della prescrizione del diritto alla retribuzione nel rapporto di lavoro subordinato. Molti esempi sono ripresi e sviluppati dalle opere precedenti.

Ritengo, tuttavia, che sia opportuno apportare due chiose, o precisazioni, preliminari alla supposizione avanzata da Giorgianni.

a) M., proprio perché spaziò fin da subito in numerose direzioni della complessa esperienza giuridica [114], tenne sempre presente il fondamento unitario dell'attività giuridica.

All'interno di una prospettiva fortemente unitaria egli si ripromise, da un lato, di chiarire la differenza che sussisteva tra l'attività giuridica e le scienze naturali. Teniamo presente a quest'ultimo proposito che all'epoca del saggio del 1976 le scienze naturali aspiravano ad una chiara egemonia culturale. Esse pretendevano di dettare i caratteri che doveva rivestire la metodologia propria di qualsiasi attività che aspirasse ad essere qualificata come scientifica. Si consideri che Hans Georg Gadamer era giunto al punto di respingere l'espressione *Methode* perché d'ispirazione troppo scientista.

Dall'altro lato, M. voleva chiarire anche ed, anzi, forse, soprattutto ciò che differenziava e differenzia l'attività giuridica dalle altre discipline - alludo ovviamente all'etica, all'economica ed alla politica – che attengono all'azione umana, alla *praxis* oppure, come si esprime M. nel saggio commentato, al «comportamento umano» [115].

M. visse la crisi che investì l'idealismo ed il liberalismo economico sul quale egli si sofferma nelle pagine iniziali del saggio che non a caso sono dedicate a Savigny. Fu proprio questa crisi ad esporre le discipline che si occupano dell'azione umana alla egemonia metodologica, testé evocata, delle scienze naturali.

Ma M. non si accontentò di sottolineare, ancora una volta, ciò che nel 1976 era già chiarissimo a molti autori se non a tutti: e cioè che nell'attività giuridica giocano un ruolo molto rilevante le valutazioni svolte dal giurista e che il significato del testo normativo non è attingibile senza compiere scelte di valore; che non esiste, in altre parole, un significato univoco proprio delle parole [116].

M. si confrontò anche con una questione ulteriore che nel 1976 non era chiara a molti: cosa differenzia l'attività giuridica da quella politica. Ad un certo punto del saggio che è oggetto di questa rilettura, M. enuncia chiaramente che il problema consiste nel «controllo della tendenza a impegnare i giuristi nella politica del diritto» e, citando (come tornerò a ripetere più avanti) *coraggiosamente* Luhmann, egli chiosa che «il puro radicalismo (cioè l'iconoclastia antidogmatica) non può spacciarsi già per riflessione» [117].

---

[114] Nel saggio (L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, orginariamente pubblicato in «*JUS*», 1976, p. 3 ss. e quindi ripubblicato in Id., *Diritto e valori*, Bologna 1985, da cui cito nel corso di questo saggio e quindi p. 11 ss.), che è oggetto di questa rilettura, si sollevano anche questioni di diritto civile quali la responsabilità contrattuale o il testamento; a p. 50 anche una problematica, mi verrebbe da dire "trentina", di diritto tavolare.

[115] Mengoni, *Problema e sistema*, p. 48.

[116] Si pensi al saggio di N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in «*RTDPC*», 1963, p. 985 ss.

[117] Mengoni, *Problema e sistema,* p. 24.

Invero, l'accelerazione sociale sopraggiunta nel secondo dopoguerra aveva reso più complesso il ruolo del giurista. All'epoca del metodo pandettistico [118], il giuristica si immedesimava istintivamente con l'ordine giuridico nel quale operava. La staticità sociale, come afferma Weber nella sua *Rechtssoziologie* (in realtà, una magnifica *Rechtsgeschichte*), favoriva «la disposizione» dei giuristi «a obbedire di fatto al potere – ormai valutato soltanto con il criterio utilitaristico – delle forze che di volta in volta si pretendevano legittime»; ciò avveniva, anzitutto, «nella cerchia stessa dei pratici del diritto» ascrivibili pertanto alla «categoria delle forze conservatrici» [119].

Un grande maestro della comparazione giuridica funzionale rappresentò con grande lucidità la trasformazione d'atteggiamento dei giuristi dettato dall'ascesa del metodo giuridico post-positivista. Il giurista, maturata la consapevolezza del suo coinvolgimento valutativo nella decisione giuridica, da difensore dell'ordine precostituito, ovvero di categorie giuridiche universali perché garanti dell'ordine socio-politico esistente, tendeva, all'opposto, a trasformarsi in un anticipatore di nuovi ordini sociali, dimostrando una crescente propensione a porre sistematicamente in discussione l'adeguatezza degli istituti giuridici esistenti [120].

Ora, anche M. prese atto che pure questa dimensione deve entrare a far parte del dna del giurista sicché «una facoltà di giurisprudenza deve dar spazio anche alla critica della legge». Ma egli accompagnò sempre all'apertura al discorso *de iure condendo* [121]la precisazione che «deve essere ben chiaro agli studenti che questa fuoriesce dal discorso giuridico per diventare discorso di politica del diritto o di tecnica legislativa» [122]. Il suo timore era che la dimensione politica potesse travolgere *in toto* quella giuridica.

Preoccupato di non assecondare l'accentuazione topica del primato del problema, M. afferma, nel passaggio più importante di tutto il saggio del 1976, che «la scienza giuridica non è una scienza pratica nello stesso senso in cui lo sono la politica, l'economia o l'etica (quando non sia fondata su base teologiche). Essa fa riferimento a comportamenti umani, ma il suo compito non è di spiegare o elaborare criteri di agire corretto" (come ritengono, possiamo aggiungere oggi giorno, i numerosi fautori dell'analisi economica del diritto) «bensì di comprendere il significato di testi normativi autoritativamente predisposti per dettare regola ai rapporti sociali. La scienza giuridica è essenzialmente una scienza ermeneutica come tale dominata dal primato del testo» [123].

In conclusione, la rimeditazione mengoniana dell'attività giuridica nacque proprio dall'esigenza di rispondere all'interrogativo su «quanta politica, consapevole o no, possa esservi nel discorso giuridico». Ma, evidentemente, (per riprendere un'efficace formulazione di Castronovo) non la politica «guerreggiata ma piuttosto le linee guida della politica: i valori» [124]. Questa dimensione era,

---

[118] Che ispirò fino a poco or sono gli esami corsi di laurea in giurisprudenza come osservò un altro famoso giurista d'origine trentina, in M. Cappelletti, *Il villaggio, il mondo: riflessioni di un comparatista trentino*, in «*Folgaria notizie*, 1986. p. 1 ss.

[119] M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft,* Tübingen, 1922, p. 502 (trad. it. *Economia e società*, Milano, 1961).

[120] M. Rheinstein, *Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen*, in «*RabelsZ*», 1970 (34), p. 10.

[121] «Genere da lui poco coltivato» come osserva M. Napoli, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e d'umanità, cultore di diritto del lavoro*, p. 156 il quale soggiunge in nota: «salvo l'impegno istituzionale al CNEL».

[122] L. Mengoni, *L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica*, in «*JUS*», 1997, 1, p. 4 ma v. anche Id., *Problema e sistema*, p. 48.

[123] Mengoni, *Problema e sistema*, pp. 46-47.

[124] C. Castronovo, *Luigi Mengoni, campione di aperture e umiltà*, in *Luigi Mengoni. La vita e le opere,* Fondo, 2004, p. 23.

all'epoca del saggio che rileggiamo, impropriamente esclusa «dai procedimenti di interpretazione e applicazione della legge» i quali, secondo la criticata tradizione pandettistica, dovevano essere «guidati esclusivamente dalle regole formali della deduzione logico-sistematica con esclusione rigorosa di argomenti extra-sistemici, religiosi, morali, politici o economici» [125]. Proprio per questa esigenza di «costruire» le regole di giudizio, M. si pose nella scia del movimento che si suole ormai comunemente denominare come «riabilitazione della filosofia pratica» [126].

b) La seconda precisazione è sollecitata da un'opinione espressa da Paolo Grossi nel suo profilo storico su *La cultura del civilista italiano*: le «prove giovanili» di M., e cioè le sue fondamentali opere civilistiche degli anni cinquanta, rappresenterebbero «severe e rigorosissime pagine dogmatiche» le quali sarebbero, tuttavia, «lontane» dall'«approdo» finale a cui giungerà il civilista trentino a partire dalla metà degli anni Settanta [127].

Un'attenta lettura di quelle «severe e rigorosissime pagine dogmatiche», consente, però, di evidenziare la precisa scelta di valore che ispirò la loro scrittura: opzione che agevolò M. nel teorizzare quella che non è esagerato presentare come una vera e propria «rivoluzione concettuale» della materia.

D'altronde, fin dal saggio, oggi purtroppo dimenticato dalla stessa dottrina civilistica, su *L'oggetto dell'obbligazione* [128], M. reimpostò su basi più solide l'intuizione di Giorgianni di inquadrare le regole generali sulle obbligazioni, non più, come avveniva, sia nei codici di tipo francese che in quelli ispirati dai criteri sistematici della pandettistica, dall'«angolo visuale del contratto traslativo o costitutivo di diritti reali» [129], bensì da quello delle obbligazioni di fare. Questa intrapresa proseguì, come sappiamo a breve distanza di tempo, nel successivo, saggio sulle *Obbligazioni «di mezzi» e obbligazioni «di risultato»* che è direttamente sottotitolato, tra parentesi, come *Studio critico*.

Nei suoi saggi civilistici degli anni Cinquanta, M. voleva essere, non già semplice ed esatto espositore, ma profondo rinnovatore. Ciò *consapevolmente* sul piano extradogmatico dei valori sottesi ai rapporti di durata che più direttamente toccano le relazioni sociali. Se leggiamo con attenzione i saggi sull'obbligazione, dobbiamo concludere che M. conferì certamente rilevanza, in un contesto economico che anche in Italia stava finalmente evolvendo in senso industriale, al valore della persona [130].

---

[125] L. Mengoni, *Diritto e tecnica,* in «*RTDPC*», 2001, p. 90.

[126] Sia consentito rinviare a L. Nogler, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, in «*RDC*», 2008, p. 39 ss. in cui ho tentato di collocare M. proprio nel contesto di questo movimento che nel saggio del 1976 emerge direttamente a p. 31 nt. 56 quando M. cita il fondamentale testo di W. Hennis, *Politik und praktische Philosophie*, Neuwied, 1963 e poi, soprattutto, a p. 35 dove egli richiama il «contesto culturale più ampio, segnato degli sviluppi recenti della teoria generale dell'ermeneutica intesi a una ridefinizione di quest'ultima sulla base del principio che l'applicazione, come la comprensione e l'interpretazione, è una parte integrante del processo ermeneutico».

[127] Così, riferito più in generale a tutti gli studi civilistici mengoniani della prima metà degli anni cinquanta, in P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002, p. 148.

[128] In «*JUS*» 1952, pp. 156 ss.

[129] Così, in relazione al c.c. del 1865, M. Giorgianni, *L'obbligazione,* Milano, 1968, p. 4; cfr. in senso critico già L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948[2], p. 3 ss.; nello stesso codice vigente, come noto, il termine «pagamento» è fungibile a quello di adempimento.

[130] Anticipo nel testo alcuen considerazioni svolte in un altro mio scritto, dal titolo *Rilettura giuslavoristica di «obbligazioni di "mezzi" e obbligazioni di "risultato"»*, che sarà presto pubblicato e che riproduce la relazione svolta alla Facoltà di giurisprudenza

Ma c'è poi un profilo metodologico ulteriore che emerge da quelle «severe e rigorosissime pagine dogmatiche» che merita oggi di essere riscoperto perché costituisce un'operazione concettuale nella quale s'annida il punto di differenziazione più profondo dalla teoria giorgianniana dell'obbligazione. Rispetto a quest'ultima, *M. mutò*, infatti, *il punto prospettico d'inquadramento del rapporto obbligatorio*.

Infatti, nelle pagine mengoniane quest'ultimo non consisteva più nella volontà del soggetto giusnaturalisticamente secolarizzato [131], che ciclicamente riemerge dalla storia dei concetti (da ultimo nei discorsi sulla bioetica). *M. adottò*, al contrario, *il punto di vista del giudizio* [132]. Questo è il profilo che vorrei sottolineare con particolare enfasi in questa mia rilettura anche perché conferisce unitarietà al pensiero di M. Si rammenti a tal proposito la bella citazione di Gadamer che M. colloca in epigrafe al saggio qui riletto.

Invero, M. riuscì contemporaneamente ad affiancarsi ed a differenziarsi da chi, già prima di lui, aveva colto la necessità di riequilibrare la struttura dell'obbligazione dando rilevanza alla persona del debitore (Giorgianni), proprio perché si collocò dal punto di vista del giudizio. Egli non cadde così nella trappola di dar corpo a visioni unilaterali, di «semplice» attenzione alle «sole» esigenze del debitore. Visioni le quali finiscono con il mettere tra parentesi il carattere relazionale dei rapporti inter-privati [133].

Se, invece, ci si colloca, sulla scorta di M., dal punto di vista del giudizio, il diritto si prospetta, al contrario, «in quanto è in relazione ad altro». Questa impostazione rimanda, come noto, direttamente alla nozione aristotelica di giustizia [134] che è significatamente al centro degli studi metodologici dello stesso autore tedesco il cui pensiero più si avvicina – a parer mio – al modo di ragionare di M. e cioè Claus-Wilhelm Canaris. È plausibile, quindi, ipotizzare che M. giunse a prospettare una teoria dell'obbligazione più complessa o, per meglio dire, completa di altre della sua epoca *proprio grazie a questo mutamento di prospettiva teoretica* ricca di implicazioni «metodologiche».

Una teoria che è, in sintesi, incentrata su tre capisaldi.

Il primo attiene al fatto che sulla scorta, oltre che di Giorgianni, Nicolò e Falzea [135], di James

---

dell'Università Cattolica di Milano il 4 febbraio 2008 nel contesto del ciclo di seminari su *Diritto del lavoro e diritto civile*, organizzati dal prof. Mario Napoli, e dedicati alla memoria del prof. Luigi Mengoni.

[131] «L'autonomia della volontà del soggetto, intesa, secondo la filosofia kantiana, quale principio supremo della moralità» (Mengoni, *Problema e sistema*, p. 15) quando in realtà «noi non abbiamo alcun diritto di essere isolati» (F. Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, Leipzig, 1887, trad. it., *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, in Id., *Opere filosofiche*, v. 2°, Torino, 2003 dalla quale cito e, quindi, p. 250).

[132] M. compì tale operazione in larghissimo anticipo sui tempi, cfr., infatti, N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 2002[2], p. 91 in cui viene collocata nella seconda metà degli anni ottanta dello scorso secolo, l'affermazione di impostazioni manualistiche le quali «educano, non tanto a definire ed a classificare, quanto a decidere: non tanto a elaborare categorie logiche, quanto a risolvere casi».

[133] Sicuramente M. innovò il discorso giuridico italiano per la rilevanza che assegnò alla persona, ma il suo merito fu quello di coglierla come struttura di valore (S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Bologna, 2006, p. 26), come un essere assiologico che influisce sull'individuazione delle regole di giudizio senza imporre la tirannia del valore stesso.

[134] Aristotele, *Etica Nicomachea*, Bari, 2010, V, 10-15.

[135] *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.

Goldschmidt [136], M. considerava il debitore, non l'oggetto bensì, al contrario, il soggetto del rapporto obbligatorio, sicché il creditore è titolare di un diritto *alla* (*auf*) e non *sulla* (*an*) prestazione come avviene per le cose [137]: «la verità è che la questione "su che cosa cade il diritto", eminente per i diritti reali, non si pone per l'obbligazione» [138].

Il secondo caposaldo attiene al fatto che l'*obbligo* del debitore, ovvero il contenuto del diritto di credito o dell'obbligazione, assume rilevanza nel giudizio di responsabilità del debitore solo in quanto venga identificato con un comportamento di quest'ultimo [139] e non può, invece, estendersi, come riteneva Windscheid, alla produzione del risultato.

Il terzo caposaldo – quello più conosciuto e fatto proprio negli anni recenti dalla Corte di Cassazione – attiene, infine, al fatto che il risultato atteso dal creditore è impresso nell'oggetto del *rapporto* in cui l'obbligo si innesta [140]. «Qualsiasi obbligazione, in quanto si costituisce per la soddisfazione di un interesse del creditore (art. 1174 c.c.) tende alla produzione di un risultato, cioè al procacciamento di un'utilità in cui consiste il bene dovuto al creditore» [141] che nelle obbligazioni contrattuali viene determinato dal contratto anticipandolo in forma di scopo o causa dell'accordo tra le parti.

Come si vede, M. tenta di non cadere nell'unilateralismo propria di quella Bobbio ha (criticamente) battezzato come «l'età dei diritti». Atteggiamento che in *Problema e sistema* è ben rappresentato dai giuristi della Galizia e della lontana Bukowina i quali elaborarono la teoria dello *ius ad rem* (*Recht zur Sache*) per difendersi dalle successive alienazioni dei beni immobili. M. prova ad assecondare, al contrario, anche il bisogno di sicurezza del credito: «non è concepibile un rapporto obbligatorio da cui sia escluso il momento del risultato dovuto» [142], la prestazione è qualificata dal fatto che il comportamento è proiettato verso il risultato stesso [143]. A differenza di chi pretende di giungere a questa configurazione trascrivendola semplicemente dal «dato empirico» [144], il ragionamento di M. è, però, sempre rispettoso del vincolo della legge. Egli ricavò, infatti, il fondamentale dato che il risultato forma *insieme* al comportamento del debitore, l'oggetto del rapporto obbligatorio dall'art. 1174 c.c.

---

[136] J. Goldschmidt, *Problemi generali del diritto* (trad. it. T. Ravà), Padova, 1950, p. 92 cit. in Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, p. 158.

[137] K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1998, p. 17; *contra* «l'obbligazione come diritto sopra una cosa» v. Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, p. 161.

[138] Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, p. 162; l'assunto è ripreso nella successiva critica ad un noto giuslavorista francese in L. Mengoni, *Commento alla "Critique du droit du travail" di Supiot*, in «*RIDL*», 1995, p. 474 ss. che qui cito da Id., *Il contratto di lavoro* a cura di M. Napoli, Milano, 2004, p. 77.

[139] Come d'altronde prevedono al giorno d'oggi tutti i maggiori sistemi diritto civile a livello continentale compreso quello tedesco alla luce de 1° comma del nuovo § 280 BGB, introdotto dalla *Gesetz zur Modernisierung des Schuldsrechts* («legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni») del 26 novembre 2001.

[140] Come afferma Cass. s.u. 11 gennaio 2008 n. 577 «in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo».

[141] L. Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, p. 33.

[142] L. Mengoni, *Obbligazioni «di mezzi» e obbligazioni «di risultato» (Studio critico)*, in «*RDComm*.», I, p. 188.

[143] Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, p. 171.

[144] Così, ad esempio, M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 124.

Ora, a Grossi, il quale ritiene che la reimpostazione testé sintetizzata della teoria delle obbligazioni, fu esposta con uno stile troppo severo, è, pertanto, doveroso ribattere che il giovane M. era già pienamente immerso nelle incertezze valutative tipicamente collegate al punto di vista del giudizio.

Ad un'attenta rilettura dei saggi civilisti citati da Grossi, spiccano, in particolare, le citazioni che M. dedica a James (Paul) Goldschmidt (1874-1940) [145]. Si trattò di un autore dal pensiero molto complesso. Un giurista che giunse alla teoria generale dall'ambito del diritto penale e – questo è molto importante – del diritto processuale, sia penale che civile. Fu probabilmente proprio quest'ultima caratterizzazione disciplinare a consentirgli di elaborare un'opera sui *Problemi generali del diritto* [146]. Goldschmidt attirò l'attenzione di M. per l'affermazione cruciale, che quest'ultimo riprende nello *Studio critico* del 1954, secondo cui, se una norma rappresenta un imperativo per chi deve osservarla, essa costituisce «un *criterio* per chi deve giudicare secondo la stessa» [147]. Collegare il diritto al giudizio - quante volte M. citerà in proseguo la glossa (*auctor iuris est homo*) - significa essere già immersi nel problema che è sotteso all'intero itinerario metodologico di M.: come sia possibile aprire il discorso giuridico al profilo valoriale ovvero al fatto di soppesare le conseguenze pratiche delle decisioni giuridiche stesse giacché «*le questioni sui valori (…) si possono ridurre a questioni sulle conseguenze delle scelte corrispondenti, trasferendo la discussione in un ordine di valutazioni di cui è più agevole controllare la razionalità*» [148].

Osservo, a suggello di questa ormai lunga premessa, che già solo per ciò che or ora ho detto, dovrebbe risultare chiaro l'errore nel quale incorse Piero Schlesinger quando obiettò a M., con una certa ingiustificata fortuna, di assecondare una concezione imperativistica del diritto [149]. Torno a ripetere: M. non intendeva le regole giuridiche olisticamente come dei precetti, ma come l'esito di giudizi (umani). Altrimenti egli non si sarebbe posto il problema dell'interferenza che la soggettività del giudicante esercita sulla decisione giuridica.

In conclusione, negli scritti giovanili M. non esplicitava negli stessi termini, molto espliciti ed eleganti, in cui ci ha abituati a farlo dopo la sua intensa parabola metodologica, l'apertura del giudizio ai valori ed alle conseguenze pratiche delle regole giuridiche. Sono scritti nei quali affiorano indubbiamente qua e là toni tipicamente positivistici laddove, ad esempio, l'autore invoca la «volontà del legislatore» [150]. Ma ha ragione Castronovo quando raffigura M. come un «interprete che in fondo rimase sempre uguale a se stesso» anche se la sopraggiunta coscienza del metodo rese comunque «più sicuri» i risultati della sua indagine scientifica. [151]. Pur nella diversità degli approdi,

---

[145] Su questo autore cfr. W. Sellert, *James Paul Goldschmidt (1874-1940). Ein bedeutender Straf- und Zivilprozeßrechtler*, in H. Heinrichs, H. Franzki, K. Schmalz, M. Stolleis, *Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft*, München, 1993, p. 595 ss.

[146] Pubblicata in spagnolo pochi anni dopo la sua morte e tradotta in italiano nel 1950 da Tito Ravà, v. *retro* nt. 22.

[147] *Problemi generali del diritto*, p. 15 cit. da Mengoni, *Obbligazioni*, p. 193 nt. 32. Il corsivo è mio.

[148] Mengoni, *Problema e sistema*, p. 46 nt. 100 (il corsivo è mio).

[149] P. Schlesinger, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in «*RTDPC*», 1959, p. 1292 che parlò di una concezione «secondo la quale l'ordinamento è costruito da un complesso di "comandi", di modo che la norma giuridica non può operare altrimenti che imponendo doveri di comportamento».

[150] L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, vol. IV, Bologna, 1953, p. 264.

[151] C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in L. Nogler, A. Nicolussi (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padova, 2007, p. 155.

la parabola di M. appare, da questo punto di vista, molto simile a quella del principale interlocutore civilistico tedesco degli scritti sulle obbligazioni che, significatamente, non fu il compromesso Karl Larenz [152] ma Josef Esser [153].

3. Luigi Mengoni e i problemi del lavoro «prima» del saggio del 1976: prima il problema poi il sistema.

Passo ora a svolgere una seconda premessa che ci immette nel *fil rouge* giuslavoristico di questa rilettura e, quindi, all'interrogativo su come venne e viene tutt'ora vissuta dal punto di vista prospettico del diritto del lavoro l'operazione teoretica avviata da M. con il saggio del 1976.

Per imbastire un'ipotesi di risposta a questo impegnativo interrogativo, può essere utile prendere le mosse dall'intervento che Maria Vittoria Ballestrero svolse alle annuali giornate di studio organizzate dall'Associazione italiana di diritto del lavoro che si svolsero nel maggio del 2007 nella bellissima sala dello Scrutinio di Palazzo Ducale a Venezia sulla tema della disciplina dei licenziamenti. Sollecitata dalla relazione introduttiva che si era soffermata sul rapporto che intercorre tra i valori (principi) e le regole giuridiche, richiamando sia M. che Gadamer, la Ballestrero ritenne doveroso puntualizzare che «l'acquisizione da parte della nostra cultura giuridica del fatto che le scelte di valore giochino un ruolo essenziale nell'applicazione del diritto mi pare vada ascritta al realismo giuridico (soprattutto americano), piuttosto che alla teoria del circolo ermeneutico di Gadamer» [154]. Questa rilettura offre l'occasione per riprendere il tema.

Chiarisco immediatamente che, se il discorso fosse puramente storico, si dovrebbe convenire che la notazione della Ballestrero coglie nel segno. Precisando un poco la tesi di Giorgianni, che ho riportato in apertura del § 2, mi spingo ad affermare che lo stesso M. si era reso conto dell'importanza del giusrealismo americano proprio grazie al diritto del lavoro ed, in particolare, a Gino Giugni. È sufficiente a tal fine richiamare il particolare momento in cui il pensiero giuslavoristico italiano si confrontò, quindici anni prima della pubblicazione del saggio metodologico di M., con l'imponente fenomeno del taylorismo (§ 3.1). Tuttavia nel successivo § 3.2 evidenzierò, invece, come nel decennio successivo, e quindi nei turbolenti anni che precedettero il 1976, la dottrina giuslavoristica s'illuse di poter essere autosufficiente, ovvero che «la coerenza dell'ordinamento è un idolo davanti al quale è tempo che il giurista avvertito», e cioè in primis il giuslavorista, «cessi di genuflettersi» [155]. Essa entrò così inevitabilmente in rotta in collusione con la proposta metodologica di M.

---

[152] Cfr. B. Rüthers, *Personenbilder und Geschichtsbilder – Wege zur Umdeutung der Geschichte?*, in «JZ», 2011, 12, p. 593 ss.

[153] Della cui ricca produzione scientifica debbo qui richiamare almeno, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts,* Tübingen, 1956[1], 1990[4], e *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* Frankfurt am Main, 1970. Su Esser, cfr. poi J. Köndgen, *Josef Esser (1910-1999)*, in S. Grundmann, K. Riesenhuber (Hrg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Bereichten ihrer Schüler*, I, Berlin, 2007, pp. 103 ss.; nel vol. 2° della stessa opera uscita nel 2010, cfr. poi a pp. 365 ss. R. Singer, *Claus-Wilhelm Canaris (1937)*.

[154] L'intervento di M.V. Ballestrero, così come la mia relazione, dal titolo *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, si possono leggere in AIDLASS (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Milano, 2008, rispettivamente pp. 301 ss. e pp. 5 ss.; il brano riportato nel testo è tratto da p. 302.

[155] F. Mancini, *Replica*, in Centro studi di diritto del lavoro (a cura di), *Il diritto al lavoro (a 25 anni dalla costituzione)*, Milano, 1976, p. 118.

3.1 L'organizzazione scientifica del lavoro.

Come preannunciato, il primo dei due passaggi che mi propongo di esporre si legò direttamente all'avvento in Europa del taylorismo e, quindi, dell'organizzazione scientifica del lavoro che in Germania si erano già compiutamente affermati durante la Repubblica di Weimar. Tale trasformazione si riverberò a fondo sull'inquadramento giuridico del rapporto di lavoro. Al fine di razionalizzarla la dottrina tedesca affiancò al rapporto obbligatorio, un ulteriore *status* di natura organica e, quindi, un effetto che attiene al diritto delle persone [156]. Tale scissione tra, rispettivamente, rapporto obbligatorio e relazione personale fu poi, come noto, accentuata e, soprattutto, mistificata dal comunitarismo, compreso quello democratico di stampo cattolico, che prese il sopravvento a partire dall'approvazione della prima legge weimariana sulla *Mitbestimmung*. Tutto ciò si manifesterà da noi, così come in Francia, solo nel primo secondo dopoguerra. Si pensi, ad esempio, ad autori come Giorgio La Pira, Giuseppe Dossetti o Paul Durand [157].

Il discorso sulla ricomposizione di questa frattura, che fece deragliare, almeno parzialmente, il diritto individuale del lavoro dai binari del diritto dei contratti e delle obbligazioni, sarebbe lungo. Ma qui importa il modo in cui lo affrontò la dottrina italiana. Arrivati per ultimi in Europa a considerare il problema, i nostri giuslavoristi degli anni sessanta d'orientamento contrattualista (*in primis*, proprio Gino Giugni e lo stesso Luigi Mengoni), centrarono per primi l'arduo obiettivo teorico di realizzare la piena tutela della persona del lavoratore, che pure veniva messa più intensamente in pericolo dai nuovi ed invasivi metodi di organizzazione del lavoro, all'interno del diritto contrattuale e delle obbligazioni senza che residuasse la necessità di rivolgersi a quello delle persone.

Al fine di avviare a soluzione il primo corno del problema, Giugni intarsiò, infatti, nella sua innovativa monografia del 1963, nel diritto di credito del datore di lavoro un ulteriore risultato intermedio: il risultato tecnico predeterminato, con strumenti che sono diventati con il tempo tecnologicamente sempre più raffinati, dall'imprenditore per realizzare il risultato finale perseguito dalla sua organizzazione di stampo, per lo più, imprenditoriale. Al contempo, Giugni chiarì però definitivamente che quest'ultimo risultato finale rimane estraneo al regolamento tipico del contratto di lavoro subordinato, ovvero alla sua causa economico-sociale [158].

A differenza di Federico Mancini, Giugni era insofferente nei confronti del metodo dogmatico tradizionale ed era, invece, attratto dal realismo giuridico [159]. Proprio questo atteggiamento gli consentì, per così dire, di «anticipare i tempi» perché lo indusse a prendere le mosse dall'individuazione del *problema* «quale si svolge sotto i nostri occhi». Nel libro del 1963, che M. giudicò niente meno che un «capolavoro», Giugni scoprì il problema legato al fatto che l'attività tecnica di impresa si svolge «in un costante contrasto di valutazioni di interessi tra le direzioni che intendono realizzare il massimo risultato nel minor tempo possibile, e il personale dipendente».

---

156 H. Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena, 1927, pp. 12-13.

157 In tempi più recenti v. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Bari, 2009, cap. ult.

158 G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963. Se proviamo ad innestare queste intuizioni nel reticolo concettuale proposto dallo *Studio critico* del 1954 dobbiamo, in primo luogo, sostenere che la riformulazione dell'interesse primario del datore di lavoro, arricchì a cascata sia il contenuto della prestazione (e, quindi, lo stesso comportamento dovuto dal lavoratore) sia il risultato atteso dal datore di lavoro.

159 *Intervista a Gino Giugni* a cura di P. Ichino, in «*RIDL*», 1992, I, p. 435.

Pertanto egli concluse che, se l'ordine normativo deve avere «un senso ancorato alla realtà» (al problema), non è possibile ravvisare nell'interesse dell'impresa un interesse collettivo [160]. Egli fece così mancare il terreno sotto i piedi al modo di ragionare a là Durand.

In secondo luogo, Giugni riutilizzò, ancora una volta, l'approccio che partiva dal *problema* allorché sollevò il quesito su quale fosse la funzione pratica affrontato dalle norme del codice civile che si richiamano all'interesse dell'impresa. Egli si interrogò se quest'ultimo coincidesse con il risultato economico dell'attività imprenditoriale (proiettata allo scambio dei beni sul mercato) oppure, invece, con il risultato tecnico predeterminato dall'imprenditore (organizzazione complessiva del lavoro) per realizzare tale risultato finale [161]. Siccome la realtà che si svolgeva sotto i suoi occhi era quella taylor-fordista, Giugni sciolse il dilemma nel secondo senso.

Dopo lo studio di Giugni dobbiamo, infine, «rettificare» che il lavoro è fatto bene quando il lavoratore, non solo si è applicato con perizia alle mansioni assegnate, ma allorché il suo comportamento risulta, al contempo, conforme alle disposizioni organizzative e disciplinari del datore di lavoro le quali garantiscono la organizzabilità dell'attività del lavoratore all'interno – come specificherà successivamente Franco Liso – di quella frazione dell'organizzazione complessiva nella quella il lavoratore stesso è concretamente inserito [162]. Con il contratto di lavoro subordinato il lavoratore si impegna, non solo a svolgere le mansioni, ma a tenere un comportamento integrabile (organizzabile) nei termini testé specificati. Proprio per questo il datore di lavoro fruisce di un potere di determinare «l'esecuzione» e «la disciplina» del lavoro (art. 2104, 2° comma, c.c.). Nello *Studio critico* del 1954, M. aveva riduttivamente affermato che il lavoratore «distratto» violava un obbligo di protezione [163]. Dopo la descritta riformulazione del contenuto delle posizioni delle parti del rapporto di lavoro, M. avrebbe dovuto modificare la spiegazione nel senso che il lavoratore non adempie al suo obbligo di prestazione [164].

Non mi soffermo in questa sede sulle ulteriori conseguenze sistematiche che derivano dall'innovativa impostazione di Giugni che spalancò prospettive (dogmatiche) sorprendenti per il tempo in cui fu elaborata. Interessa porre in luce come il contributo di quest'ultimo autore potrebbe aver contribuito a far maturare in M. l'idea di anteporre il problema al sistema.

3.2 La clausola implicita di pace sindacale.

Qualche anno più tardi, quando si affermò anche in Italia quella che, nel saggio riletto, viene prospettata come la «società pluralistica qualificata dal conflitto come forma tipica di coesistenza dei

---

[160] Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, pp., rispettivamente, 315 e 317; v. anche G. Minervini, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in «*RDC*», 1958, I, pp. 618 ss

[161] *Mansioni e qualifica*, p. 298.

[162] F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.

[163] Mengoni, *Obbligazioni*, p. 195 nt. 39.

[164] Cfr. infatti L. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in «*DLRI*», 1990, p. 14 laddove afferma che la «funzione organizzativa del contratto» di lavoro «attrae nell'orbita della tutela contrattuale anche l'interesse del datore di lavoro alla conservazione e all'ordinato svolgimento dell'organizzazione produttiva».

gruppi» [165] ovvero come ingrediente fisiologico dello sviluppo della società [166], M. si contrappose poi duramente, proprio negli anni immediatamente precedenti al saggio su *Problema e sistema*, alla scuola bolognese (Mancini e Ghezzi) ed, almeno in parte, allo stesso Giugni ai quali M. additò di cedere «alla suggestione della forza normativa dei fatti» [167], non diversamente da quanto accadeva con «i *free riders* del diritto alternativo». Nacque da qui la fuorviante rappresentazione di M. come figura, un po' paternalistica, caratterizzata dallo stile del «precettore» [168].

In effetti, il diritto sindacale si occupa di istituti, quali gli accordi collettivi o gli scioperi, i quali possono assumere una tale rilevanza sociale generale da esercitare di fatto un'indubbia «forza normativa». Ciò a maggior ragione in un sistema socio-politico come il nostro che è connotato da un enorme *deficit* di meccanismi partecipativi rispetto ad altri sistemi confinanti.

Il punto di dissidio tra M. e la dottrina giuslavoristica riguardò, questa volta, la teoria del contratto collettivo ed, in particolare, la questione dell'obbligo di pace sindacale implicito. Che la contrapposizione creò notevoli sofferenze teoriche a M. è testimoniato dal fatto che nel saggio qui riletto, quando quest'ultimo esemplifica una serie di nuove problematiche che il giudice si trova ad affrontare nella «società industriale di produzione di massa», richiama proprio «i limiti di esercizio del diritto di sciopero» ed il «problema dell'applicazione al contratto collettivo di lavoro della nozione civilistica di contratto e alla conseguente questione del dovere di pace». [169]

Sul punto M. fu influenzato dalla teoria tedesca (Sinzheimer) del contratto collettivo come scambio tacito (implicito) tra la regolamentazione dei rapporti di lavoro e la tregua sindacale [170]. Teoria che prospetta l'obbligo di pace sindacale come «effetto naturale» della conclusione del contratto collettivo. Fin dal 1949 anche M. argomentò, infatti, secondo un'impostazione che non abbandonerà più, la configurabilità del dovere (implicito e relativo) di pace sindacale dal momento che, altrimenti, verrebbe leso «il principio della obbligatorietà giuridica dei contratti collettivi» (l'«esigibilità» degli stessi si direbbe oggi dopo la vertenza Fiat) e, quindi, si frustrerebbe «la funzione di pacificazione sociale di questi» [171].

---

[165] Mengoni, *Problema e sistema*, p. 22.

[166] Cfr. R. Dahrendorf, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, München, 1965 (trad. it. Id., *Sociologia della Germania contemporanea*, Milano, 1968). Non si tratta, quindi, di eliminare I conflitti, I quali fanno parte della convivenza umana, ma di garantire regole per dirimerli.

[167] L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in «*JUS*», 1975, p. 247 ss. poi in Id., *Diritto e valori*, p. 267.

[168] Sostenuta da U. Romagnoli, *Luigi Mengoni, precettore dialogante*, in «*RTDPC*», 2006, p. 397 ss. quando, il 6 febbraio del 2006, parlò nella cripta dell'aula magna in occasione del 5° anniversario della morte di Luigi Mengoni insieme al compianto Mario Grandi. Il termine «precettore» è stato coniato, se non erro, da L. Mariucci, *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, I, Milano, 1998, p. 350 in uno scritto che meriterebbe maggiori attenzioni.

[169] Mengoni, *Problema e sistema*, pp., rispettivamente, 23 e 16.

[170] In Germania, questo presunto scambio non è codificato da nessuna fonte statale. Non lo era al tempo della Repubblica di Weimar, non lo era al tempo della *Bonnerrepublik* e non lo è neppure al tempo odierno della *Berlinerrepublik*. Il fondamento di questa regola è di tipo, anzitutto, dottrinale ed affonda le radici negli studi di Hugo Sinzheimer che per argomentarla fece leva sulla volontà delle parti filtrata, secondo un suggerimento che riprese da Giuseppe Messina, dall'interpretazione del contratto collettivo; volontà di scambiare la regolamentazione del contratto collettivo con la pace sindacale. Successivamente questa conclusione fu dogmatizzata da Kaskel il quale teorizzò, in un famoso scritto del 1922 che il contratto collettivo contiene *begriffsnotwendig* l'obbligo di pace sindacale. Su queste vicende sia comunque consentito rinviare alla più dettagliata esposizione svolta in L. Nogler, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997, cap. I°.

[171] L. Mengoni, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, in «*RDL*», I, 1949, p. 255.

Giorgio Ghezzi provò a scardinare questa costruzione teorica facendo leva sul fatto che nel nostro ordinamento l'art. 40 Cost. eleva espressamente, a differenza della *Grundgesetz*, lo sciopero a diritto costituzionalmente protetto, sicché quest'ultimo sarebbe esercitabile anche «prima della normale scadenza del contratto collettivo» [172].

In realtà, la correttezza del richiamo dell'art. 40 Cost. può essere messa in discussione se si parte dal presupposto – come ancora oggi si ritiene - che il diritto di sciopero è, proprio sulla scorta di M., a titolarità individuale [173]. Pertanto, l'art. 40 Cost. stesso non conferisce alle organizzazioni sindacali la immunità dalla responsabilità per inadempimento degli obblighi che nascono dal fatto che esse concludono il contratto collettivo in nome e per conto proprio e non in semplice rappresentanza dei soci [174].

A questo punto, per mutare le premesse teoriche, la dottrina giuslavoristica fece entrare in gioco la forza normativa dei fatti. Come sostennero in una famosa relazione tenuta nel 1972 ad un convegno organizzato dalla Federazione dei lavoratori metalmeccanici a Bologna, per Giugni e Mancini occorreva, infatti, andare oltre il richiamo all'art. 40 Cost. perché in realtà «dal contratto collettivo non nasce alcun obbligo di pace» perché ciò sarebbe in stridente contrasto con la realtà e – secondo lo stile dell'epoca - «ripugnante al buonsenso» [175]. L'argomento (politico) era, dunque, quello della contrarietà della clausola di pace implicita alla realtà dell'ordinamento intersindacale. Se ci sforzassimo di esprimerlo in termini sistematici dovremmo, invece, ipotizzare una contrarietà all'interpretazione o, per meglio dire, come chiosò Ghera, alla «ricognizione» del contenuto del contratto collettivo [176].

M. apostrofò subito l'*escamotage* argomentativo di Giugni e Mancini come contraddittorio poiché «o si approda alla concezione del diritto inglese, secondo la quale il contratto collettivo è caratterizzato dalla volontà negativa di *entrambe* le parti di non impegnarsi giuridicamente, così che l'obbligo giuridico di pace non interviene in alcun modo a qualificare la sua funzione; oppure si finisce con l'accreditare una (a dir poco) singolare nozione di contratto collettivo, nel quale una parte, mentre si attende e pretende che l'altra si impegni, rifiuta di impegnarsi a sua volta: insomma un contratto regolato per una parte (gli imprenditori) dal "diritto borghese" (cioè dal

---

[172] G. Ghezzi, *Responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria*, Milano 1963, pp. 106, 120; v. anche U. Natoli, *La c.d. "Friedenspflicht" e il diritto italiano del lavoro*, in «*RGL*», 1961, I, p. 319. Anche F. Santoro Passarelli, *Pax, pactum, pacta servanda sunt (a proposito delle cosidette causole di tregua sindacale),* in «*MGL*», 1971, p. 374 ss. ora in Id., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 311 ss. accettò, in sostanza, questo modo di ragionare perché mirò a «salvare» almeno le clausole di pace «esplicite» sottolineando che l'art. 40 Cost. non prevede una riserva assoluta di legge.

[173] Per non appesantire la nota di richiami rimando alla sintesi di A. Zoppoli, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Napoli, 2006, cap. I°.

[174] Cfr. su questo assunto L. Nogler, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, pp. 188 ss. Il problema si pose concretamente a Bologna perché la Confindustria aveva intentato un'azione per danni nei confronti della controparte sindacale [v. FLM (a cura di), *Potere sindacale e ordinamento giuridico*, Bari, 1972]. Sorprende la difesa della teoria della rappresentanza sostenuta nell'ultimo saggio dedicato alla teoria del contratto collettivo del compianto M.G. Garofalo in corso di pubblicazione su in «*DLRI*», n. 4, 2011.

[175] G. Giugni, F. Mancini, *Movimento sindacale e contrattazione collettiva*, in FLM (a cura di), *Potere sindacale e ordinamento giuridico*, p. 104.

[176] E. Ghera, *Efficacia ed effetti del contratto collettivo*, in Aa. Vv., *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Milano, 1976, p. 168 che parla di necessità di «stabilire in concreto».

diritto dello Stato) ispirato al principio *pacta sunt servanda*, per l'altra (il sindacato) dal "diritto rivoluzionario di classe", che considera quel principio una mistificazione» [177].

In un'altra occasione lo stesso autore ribatté alla «sorprendente» qualificazione dell'accordo collettivo come contratto vincolante per la sola parte datoriale che, se «davvero il sindacato intende disconoscere al contratto collettivo qualsiasi carattere impegnativo nei propri confronti», si dovrebbe concludere «che il contratto è nullo per mancanza di accordo sulla causa» [178].

Volendo aprire una brevissima parentesi sull'attualità, possiamo constatare come la recente vicenda degli accordi Fiat abbia messo a nudo che l'intera problematica dello sciopero necessita di essere revisionata *ab imis* proprio a partire dal recupero di una più stretta correlazione tra contratto collettivo e sciopero.

È ora di riconoscere, sulla scorta di Pera e di Rusciano [179], la titolarità (sindacale) del diritto di sciopero [180] nonché la configurabilità della clausola implicita e relativa di pace sindacale. Queste due revisioni dovrebbero poi essere accompagnate, in aderenza alle sollecitazioni che provengono dal diritto comparato [181] e per venir incontro alle esigenze che da sempre militano a favore della titolarità individuale del diritto di sciopero, dalla revisione del (diverso) diritto individuale di autotutela che troppo spesso viene paralizzato dall'applicazione dell'art. 1464 c.c. e ciò anche quando l'inadempimento della controparte riguarda doveri fondamentali.

Ma non è questa sede per procedere ad una revisione della teoria del diritto di sciopero che richiederebbe ben altro spazio argomentativo. Basti qui appuntare che forse è proprio in questa diatriba sulle clausole di pace sindacale che divampò a ridosso del saggio del 1976, che dobbiamo cercare una delle molle che indussero M., in una delle fasi probabilmente intimamente più travagliate della sua vita, a riflettere sul metodo giuridico. Ciò al fine *in primis* – torno a ripetere – di differenziare il diritto dalla politica e, quindi, dalle scienze che operano sulla base di considerazioni d'opportunità. Sarebbero, infine, auspicabili una ricostruzione ed una valutazione storiche più approfondite di questi importanti passaggi giuslavoristici nel cui quadro anche il contributo mengoniano troverebbe la dovuta considerazione.

4. L'acquisizione della coscienza del metodo ovvero il tentativo di rifondare il discorso giuridico (nella scia di Esser e Canaris).

M. non era «accomodante verso se stesso», come confessò schermendosi in un'intervista a Pietro Ichino, nella quale mise a nudo la propria limitatezza e la sua lotta interiore condotta per tutta la vita contro le precomprensioni: «la propria maturazione interiore (…) non può dirsi mai compiuta» [182]. Egli espresse in tal modo un intransigente precetto etico che corrisponde, a ben

---

[177] Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, p. 238 nt. 24.

[178] Il rilievo di M. è citato da G. Giugni, F. Mancini, *Movimento sindacale e contrattazione collettiva*, p. 104 i quali peraltro non indicano la fonte.

[179] Per non appensantire la nota rinvio alla esaustiva sintesi di A. Zoppoli, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero* dove il lettore può trovare tutti i riferimenti in materia.

[180] Sicché non è sufficiente la formazione si qualsivoglia soggetto collettivo contingente, come ritiene G. Orlandini, *Qualche controargomento alla tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero*, in A. Loffredo (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Bari, 2010, p. 121.

[181] Delle quali dà conto V. Ferrante, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004, pp. 256 ss.

[182] *Intervista a Luigi Mengoni* a cura di P. Ichino, in «*RIDL*,» 1992, I, p. 113.

vedere, al comando kantiano di essere liberi e cioè di esprimere la propria volontà prescindendo da tutto ciò che può influire su di noi. Il giurista deve perseguire l'ideale di una ricerca scevra di pregiudizi dinnanzi al testo. L'esatto contrario della diffusa tendenza ad operare con la verità in tasca e di cercare prove per darsi ragione.

È da questo scavo interiore che nacque la coscienza del metodo di M. testimoniata dal saggio che sto rileggendo, così come da altri successivi.

Perché – mi avvio finalmente a rispondere a M.V. Ballestrero - M. non si adagiò sulla letteratura giusrealista, ma guardò nella direzione di Gadamer? La ragione è semplice ed, in fondo, implicita in quanto ho già affermato in precedenza. M. si riproponeva di ricostruire una razionalità intersoggettiva al fine di non consegnare il «discorso» [183] giuridico alla deriva soggettivistica della topica giuridica [184]. Basti considerare i due profili del pensiero filosofico di Gadamer che M. riprese nei suoi saggi metodologici.

In primo luogo, la premessa, ricavata dal notissimo § 32 di *Sein und Zeit*, secondo cui il soggetto che svolge il giudizio interpretativo, la cui esistenza stessa si esprime nel comprendere, non si trova ad indagare neutralmente, cioè al di fuori di ogni coinvolgimento inter-soggettivo, il testo che gli sta di fronte. Lungi dal riprodurre naturalmente, e scientemente, il testo stesso e, pertanto, dal procedere secondo i canoni metodologici delle scienze naturali, il giurista agisce sempre e necessariamente sulla base di una comprensione originaria, denominata «precomprensione», che ha per oggetto ciò in vista di cui è stato scritto il testo interpretato. Questa *Vorverständnis*, la quale potrebbe in sé anche essere corretta, *precede* e, quindi, se non ne acquisiamo consapevolezza, *contribuisce* a determinare l'attività riflessiva della comprensione del testo interpretato.

Letto Heidegger e Gadamer, gli autori contemporanei di M. provvisti di competenze filosofiche imboccarono, in genere, i vicoli ciechi, rispettivamente, dell'esistenzialismo, soprattutto, di marca sartriana oppure, in tempi più recenti, della deriva nichilista incline al relativismo radicale. Esistenzialismo che si respira in tante pagine contemporanee di antropologia giuridica, una disciplina che, non a caso, si è diffusa, soprattutto, nel contesto della cultura giuridica francese.

M. trasse, invece, da Gadamer pure la chiave di volta del ritorno epistemologico dalla condizione esistenziale del circolo ermeneutico. Preso atto della perdita della neutralità, M. si proietta oltre alla semplice constatazione analitica della pluralità d'interpretazioni possibili. La sua ricerca metodologica mira ad individuare un criterio, un modo corretto di procedere che, malgrado il suddetto coinvolgimento del soggetto decidente, consenta a quest'ultimo di selezionare la regola che presiede alla decisione della controversia.

Orbene, il filosofo di Marburgo fonda l'«oggettività scientifica» dell'interpretazione sulla *Wirkungsgeschichte* che agisce sull'interprete il quale, dinnanzi ad un testo non si trova mai in una

---

[183] «Discorso» è un termine che copre il significato di «argomentare», cfr. P. Ricoeur, *Zu einer Hermeneutik des Rechts: Argumentation und Interpretation*, in «*Deutsche Zeitschrift für Philosophie*», 1994, 42, p. 380.
[184] Cfr. ovviamente T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953[1].

situazione di «vergine» immediatezza [185]. In realtà, agiamo sotto l'influsso della tradizione. Siamo coartati da interpretazioni, giudizi e concetti già dati ed accumulatesi nel corso del tempo, che per il giurista, chiosa M., consistono nella «tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene» e nel «deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti» [186]. Insomma, l'individuo non può imporre la propria illusione trascendentale dal momento che, come esprime benissimo il noto paradosso del marinaio di Otto Neurath [187], non esistono moti primitivi, ci muoviamo sempre su qualcosa di già avviato e che ci viene dall'altro. La nuova scienza della mente confermerà questa direttiva ammantandola di toni deterministici, ma senza mai avvallare le prospettive estreme del soggetto che diventa un semplice spettatore della propria comprensione del testo [188].

Tale spiegazione del comprendere vale poi a maggior ragione per il giurista il quale agisce all'interno di *vincoli precostituiti* (art. 101, comma 1° Cost. [189]). Il *vincolo*, anzitutto, *della legge* che circoscrive attraverso l'enunciato l'ambito delle possibilità regolative e che fonda l'onere argomentativo che scatta nell'ipotesi in cui non si intende rispettare il diritto vivente; il *vincolo procedurale* che distingue il diritto dalla morale; infine, il *principio kantiano di universalizzazione* [190], il quale impone che l'adozione della soluzione valutativa ipotizzata passi al vaglio della *dimostrazione* della capacità, pur in presenza della regola considerata, di tenere insieme tutto il complesso sistematico di «principi, e di concetti corrispondenti, ricavati in via di astrazione generalizzatrice dall'analisi del contenuto teoretico delle norme positive», che conseguono alla soluzione ipotizzata stessa [191]. Si possono, ed anzi si devono innovare i concetti giuridici che regolano la realtà sociale, ma lo si deve fare in termini tali che, anche tenendo conto dei riflessi che le innovazioni stesse comportano sugli altri ambiti regolativi collegati, sia possibile ricostruire un sistema rispettoso del principio di eguaglianza. Un sistema certamente aperto ma pur sempre un *sistema* e, quindi, un inquadramento logico-razionale d'insieme delle regole di governo della realtà [192]. Questo è il significato dello slogan hartmanniano con cui M. chiude la «lucida tensione speculativa» [193] del saggio qui riletto: «mantenersi sistematicamente in contatto con i problemi».

---

[185] L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 14; sul punto cfr. anche G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza,* p. 50 ss.

[186] L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, p. 19.

[187] «Siamo come marinai che devono ristrutturare la loro nave in mare aperto e che non sono in grado perciò di ricominciare da capo (...). Essi non possono riportare la loro nave in bacino per ricostruirla integralmente. Durante il loro lavoro debbono sostenersi sulla vecchia struttura e lottare contro violente burrasche e onde tempestose» (queste le parole finali di *Foundations of The Social Sciences*, Chicago, 1944, p. 47).

[188] La prospettazione criticata è di J. Schröder, *Einführung in die Philosophie des Geistes*, Berlin, 2004, p. 339.

[189] Non tiene conto di tale dato positivo così come di molte altri profili del pensiero mengoniano, il supponente M. Jori, *Del diritto inesistente*, Pisa, 2010, p. 127 secondo il quale M. non avrebbe presente il terreno comune sul quale misurare la sua visione del diritto.

[190] «L'esigenza di giustizia, che vuole trattamento uguale dei casi oggettivamente uguali»; v. Mengoni, *Problema e sistema*, p. 53 in cui l'autore cita, tra gli altri, il libro *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1983[2] (ora anche in trad. it. di G. Varanese, con il titolo *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, Napoli, 2009) che Canaris trasse dal suo *Habilitationsvortrag* dinnanzi alla Facoltà di giurisprudenza di Monaco. In questo lavoro egli ricava il principio di uguaglianza dall'idea stessa di giustizia, rifacendosi direttamente all'Etica Nicomachea di Aristotele.

[191] L. Mengoni, *L'insegnamento del diritto nell'università cattolica*, p. 4.

[192] Al principio di universalizzazione si collega l'accertamento della coerenza della giustificazione della decisione giuridica sulla quale cfr. G. Zaccaria, *Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica,* in «*RIFD*,» 1995, p. 380 ss.

[193] N. irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 2002[2], p. 139.

5. Il saggio del 1976 ed i problemi del rapporto di lavoro.

Quando il nostro paese entrò nell'era industriale, il diritto del lavoro rappresentò – per esprimerci con il lessico mengoniano recentemente riproposto da Castronovo - il settore del «diritto privato secondo» che sollecitò più intensamente, soprattutto sul fronte della tutela della persona, il rinnovamento del «diritto primo» e, quindi, lo sviluppo, direbbe sempre Castronovo, del «nuovo» diritto privato.

Il diritto del lavoro rappresenta, quindi, un eccellente banco di prova della capacità o meno da parte della scienza giuridica di italiana di «mantenersi sistematicamente in contatto con i problemi». Proviamo a fare l'elenco di quelle che potrebbero al tempo d'oggi anche essere chiamate «arretratezze», ma che, negli anni settanta dello scorso secolo, rappresentavano delle vere e proprie barriere concettuali del diritto primo che ostacolavano lo sviluppo del diritto del lavoro. Furono sollevati allora dalla dottrina giuslavoristica i problemi, senza pretesa di completezza, del riconoscimento della priorità della tutela in forma specifica anche per gli obblighi di protezione; dell'utilizzo delle tecniche tipiche del diritto pubblico anche nell'ambito del diritto privato (la *Drittwirkung* dei diritti fondamentali; il problema ancora della previsione dei divieti di non discriminazione, le forme di sindacato giudiziale dei poteri privati etc.); il tema chiave, infine, dell'ampliamento dei pregiudizi personali risarcibili.

Dal punto sistematico i due profili del diritto obbligatorio, pandettisticamente concepito a misura dei soli interessi patrimoniali, che si opponevano alle elencate esigenze giuslavoristiche consistevano, rispettivamente, nella regola per la quale, se la prestazione non viene eseguita, a seconda che essa sia fungibile o no, si imboccava la rigida alternativa della surrogazione oppure del risarcimento del danno. Un secondo fattore di resistenza era rappresentato dalla disciplina del risarcimento del danno la quale era strutturalmente concepita in funzione della patrimonialità della perdita. In terzo luogo, si opponeva alle innovazioni giuslavoristiche la regola giurisprudenziale della non eseguibilità in forma specifica [194] delle condanne per la violazione delle disposizioni contrattuali di tutela degli interessi non patrimoniali del lavoratore, per via dell'infungibilità delle prestazioni datoriali, di tipo addirittura, giuridico e non naturalistico [195].

Infine, dovrebbe essere ancora evocata, per lo meno, la questione, a lungo sottovalutata dalla civilistica, della presunta inapplicabilità ai rapporti privati delle categorie giuridiche originariamente elaborate in relazione ai poteri pubblici quali, ad esempio e nuovamente senza pretesa di completezza, l'irradiazione dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti di lavoro, i divieti di discriminazioni, di eccesso di potere, di disparità di trattamento, il condizionamento dell'esercizio dei poteri formativi extragiudiziali alla sussistenza di presupposti di fatto.

---

[194] M. Napoli, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Luzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, 2004, pp. 63-64.

[195] L. Mengoni, *Intervento*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, p. 151 ss. In relazione allo stesso obbligo contemplato dall'art. 2087 c.c. si ritiene coercibile «la sola installazione di accorgimenti ossia una sottoprestazione fungibile del più ampio obbligo di conformare l'attività produttiva a criteri di salvaguardia della salute dei lavoratori» [S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in P. Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato, v. 20°, Torino, 1998, p. 336 nt. 144].

A questo punto si potrebbe sollevare l'interrogativo: come avrebbe dovuto agire la dottrina giuslavoristica? Quella «post-giugniana» provò a imboccare una via argomentativa totalmente alternativa, nel senso di esterna alla logica stessa del contratto. Ad esempio, D'Antona sottolineò, sulla scorta dell'impostazione di Renato Scognamiglio, che gli interessi extrapatrimoniali del lavoratore trascendono «l'orizzonte patrimoniale del contratto» ovvero sono «già nel patrimonio di ciascun lavoratore: e il datore di lavoro deve solo astenersi da atti che, configurando esercizio illecito dei suoi poteri, ne producano la lesione» individuando un illecito non contrattuale [196]. Ciò gli consentì di richiamare i principi e le soluzioni originariamente elaborate in relazione ai poteri pubblici (si pensi alla prima parte dello statuto dei lavoratori), di attivare una responsabilità, se non extra-, a-contrattuale, di accentuare la specialità giuslavoristica rispetto al diritto privato generale testimoniata dalla presenza di norme speciali come l'art. 18 st. lav. Nella dottrina testé considerata, tra i diritti (assoluti) del lavoratore occupava un ruolo del tutto particolare il «diritto al posto», uno dei bersagli polemici ricorrenti di M. Esso venne concepito come un presunto diritto soggettivo, paraproprietario che apriva in quanto tale la strada al rilascio indisturbato (art. 608 c.p.c.) del posto stesso[197].

D'Antona e, più in generale, la dottrina «post-giugniana» consideravano, infine, come esterni al contratto, non solo gli oggetti (diritti della persona del lavoratore) della lesione [198], ma anche i poteri che causavano le lesioni stesse. Poteri che venivano qualificati come di natura imprenditoriale al fine, tra l'altro, di sottoporli, in quanto «costituzionalmente pericolosi» [199], in via immediata alla disciplina dell'art. 41, 2° comma, Cost. Basti qui richiamare il pensiero, tutto ideologico, di Ferrajoli secondo il quale la libertà d'iniziativa economica rappresenterebbe «uno degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» [200].

Ma la storia ha dimostrato che questo modo di ragionare, incentrato sostanzialmente sull'autosufficienza metodologica del diritto del lavoro, ha finito con il rimuovere la verifica dell'integrabilità nel sistema, certamente aperto, delle soluzioni, di volta in volta escogitate. Invero, anche questa generazione di giuslavoristi avrebbe dovuto agire, come quella precedente: porsi dal punto di vista del giudizio ed «aggredire» da lì i postulati del diritto primo contribuendo a renderli «mobili» pur senza rinunciare alla loro *stabilità* sistematica [201].

---

[196] M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova, 1979, 91 laddove l'inquadramento dell'art. 18 st. lav. come illecito non contrattuale. La prima citazione è tratta da M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in «*ADL*», 1995, 1, p. 72.

[197] Così la scuola giuslavoristica bolognese, U. Romagnoli, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in «*RTDPC*», 1977, 1053; ma v. anche M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in «*RTDPC,*» 1973, pp. 1291 ss.

[198] Così M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 92.

[199] L'espressione risale alla dottrina pubblicistica e fu recepita per primo da F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, II, Milano, 1965, p. 95 e ripresa, tra gli altri, da M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova, 1979, p. 77 nel contesto di una visione astorica perché totalmente orientata all'efficacia immediata dei precetti costituzionali.

[200] L. Ferrajoli, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia,* 2. *Teoria della democrazia*, Bari, 2007, p. 297 nt. 133.

[201] Senza cedere così al soggettivismo topico, cfr. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 76 rifacendosi ovviamente a F. Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz, 1950; anche J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, in «*AcP*», 1972, pp. 131 ss. insiste sulla stabilità insita nell'impostazione sistematica.

Invero, il punto di vista del giudizio, nella misura in cui costringe l'interprete ad affrontare le ripercussioni intersoggettive della sua decisione, chiarisce che il richiamo ai principi ed alle soluzioni originariamente elaborate in relazione ai poteri pubblici è possibile solo nella misura in cui essa è compatibile con la logica privatistica del contratto e dell'obbligazione, così come con la natura imprenditoriale che riveste, per lo più, il datore di lavoro. Nell'ambito del rapporto di lavoro, non possiamo parlare di *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, ma, visto che i titolari di diritti fondamentali sono sempre almeno due, di bilanciamento (interpretativo) tra *principi* costituzionali (la nota teoria di Canaris). I principi esprimono decisioni obiettive di valore indirizzati nei confronti del legislatore, ma che condizionano anche l'interpretazione del diritto positivo perché gli organi giurisdizionali hanno l'obbligo di proteggere i diritti fondamentali [202].

Pertanto, restando nell'ambito di alcune delle precedenti esemplificazioni, i nodi sistematici sono i seguenti: non è possibile ricavare dall'art. 4 Cost. un diritto assoluto al posto di lavoro; la norma sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento (anzi sul licenziamento economico) non può essere interpretata come se predeterminasse uno specifico assetto di «buona organizzazione», perché ciò annullerebbe la libertà d'iniziativa economica; l'introduzione di limiti esterni ai poteri del datore di lavoro non può dar adito a tentativi di imbrigliare il potere organizzativo imprenditoriale con il richiamo a modalità di sindacato giudiziale tipici dei poteri pubblici; in altre parole il controllo di sussistenza dei presupposti sostanziali del licenziamento economico non può essere declinato negli invasivi termini di un controllo di ragionevolezza, ma solo nel senso, più circoscritto, di un giudizio di sussistenza dei presupposti legali, fermo restando il differente giudizio di illiceità (frode alla legge) dell'operazione economica posta in essere dal datore di lavoro [203].

Il fatto che M. colse *ab origine* queste barriere sistematiche non autorizza ad inquadrarlo come conservatore o, comunque, a non considerarlo un progressista. Il punto è che egli si riprometteva di essere metodologicamente coerente con il principio d'uguaglianza e, quindi, nella misura in cui non esistesse una norma speciale, con il diritto primo e cioè la disciplina generale del contratto e delle obbligazioni. D'altronde, la visione retrospettiva odierna ci consente di avvalorare la fecondità della direttiva metodologica contrattualista di M. [204] la quale ha rappresentato «un filtro di razionalità alle incontrollate strumentalizzazioni a cui è esposto l'oggetto del diritto del lavoro» [205].

6. Segue. I fraintendimenti giuslavoristici del saggio del 1976: l'orientamento neo-dogmatico.

Il discorso sulle interazioni tra il saggio di M. del 1976 ed il pensiero giuslavoristico si arricchì poi, a partire dalla metà degli anni Novanta dello scorso secolo, di una nuova dimensione: il tentativo di piegare la teoria metodologica mengoniana in senso neo-pandettistico o, come ripeto da

---

[202] Da ultimo, in tema di licenziamenti, v. BVerfG 21.6.2006, in «*NZA*» 2006, 913 in cui si respinge esplicitamente la teoria dell'efficacia immediata dell'art. 12, 1° c., della *Grundgesetz.* La teoria dell'obbligo di protezione risale a W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in «*AcP*», 184, p. 201 ss.

[203] Cfr. ora G. Bolego, *Autonomia negoziale* e f*rode alla legge nel diritto del lavoro*, Trento, 2011.

[204] Sulla quale cfr. M. Napoli, T. Treu, *Dalle ragioni del lavoro ad un diritto del lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di Luigi M.*, in «LD», 1995, pp. 593 ss.

[205] Così lo stesso M. Pedrazzoli, *Luigi Mengoni e il diritto del lavoro*, in L. Nogler, A. Nicolussi (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, p. 97.

tempo, «neo-dogmatico» [206]. Si è giunti al paradosso di far dire a M. ciò che, in realtà, egli aveva criticato e cioè gli assunti tipici dell'ermeneutica giuridica di Betti, anche se non si è trattato di un dibattito intenso e approfondito, come esigevano le questioni in discussione.

Alludo, da un lato, ad una serie di saggi di Mattia Persiani [207] in cui M. viene riduttivamente frainteso come un neo-dogmatico (v. *infra* § 6.1) e, dall'altro, al metodo (sussuntorio) di qualificazione dei rapporti di lavoro teorizzato, tra gli altri, da Ichino e Pessi (v. *infra* § 6.2).

6.1 Mattia Persiani e la giurisprudenza in materia di licenziamenti economici.

In un noto saggio del 1995, Mattia Persiani denunciò una presunta tendenza giuslavoristica a privilegiare la razionalità topica, riconoscendo che il ragionamento del giudice deve prendere le mosse da un ragionamento problematico ma precisando, al contempo, che i risultati ipotizzati «devono essere assoggettati al vaglio del punto di vista giuridico confrontando la fattispecie concreta con quella astratta prevista dalla norma e, soprattutto, verificandoli con la disciplina che per essa è stata dettata» [208].

In sostanza, volendo descrivere l'operazione con il lessico mengoniano, Persiani abbina il metodo topico e quello sistematico in un *ordo successivus* [209]. La fase del controllo sistematico è pertanto svolta sulla base di un sistema chiuso, concettualmente irrigidito, utilizzato nell'illusione della possibilità della «fedeltà alla legge» [210].

Proprio nel saggio del 1976, M. teorizzò, al contrario di quest'ultima impostazione, che la dogmatica giuridica deve far ricorso sia ad argomenti giuridici che a quelli pratici; egli fu, quindi, fautore di teoria dell'integrazione (*Integrationsthese*) [211], che ritroverà poi anche negli studi di Alexy. Si rileggano le chiarissime pagine del saggio del 1976 dove M. esordisce proprio affermando che «i due tipi di pensiero» non sono «antitetici» [212]. Vero è che, siccome la vita scorre, l'interprete non deve risolvere necessariamente sempre lo stesso problema sicché la normativa per incidere sulla realtà necessita anche della creatività [213] del giudicante. La teoria della secondarietà (*Sekundaritätsthese*) universalizza, invece, la nozione pandettistica della dogmatica giuridica, condannando, tra l'altro, il diritto del lavoro al ruolo secondario di settore speciale rispetto al diritto comune delle obbligazioni.

In conclusione M. respinse la difensiva «teoria della secondarietà», che Persiani gli ascrive fraintendendo i suoi saggi metodologici, ad iniziare da quello che è oggetto di questa rilettura, che

---

[206] Riprendo l'espressione da L. Nogler, *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in «*DLRI*», 1991, p. 117 ss.

[207] Da *Diritto del lavoro e razionalità*, in «*ADL*», 1995 p. 1 ss. a *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in «*ADL*», 2000, p. 1 ss. ID., *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro, ivi*, 2004, p. 917 ss.

[208] Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, p. 7.

[209] Mengoni, *Problema e sistema*, p. 55.

[210] Così di nuovo Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, p. 7 citando proprio M.

[211] Mengoni, *Problema e sistema*, pp. 55-56: «i due metodi non si abbinano in un *ordo successivus*, ma si integrano in un rapporto di interdipendenza o interazione».

[212] Mengoni, *Problema e sistema*, pp. 34-35.

[213] Per l'accostamento tra diritto ed arte, cfr. J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens*, p. 105.

superano piuttosto «la separazione tra teoria e prassi postulata dalla dottrina pandettistica sotto l'influsso della filosofia kantiana» [214].

È probabile che l'opzione per la teoria della secondarietà sia collegata alla formazione bettiana di Persiani come dimostra il ricorso alla vecchia ermeneutica giuridica pre-gadameriana, incentrata sulla distinzione tra la fase iniziale degli argomenti pratici (*inventio*), aperta a tutte le soluzioni e quella, successiva, degli argomenti giuridici o dogmatici (*demonstratio*) [215] che «seleziona» [216] le ipotesi decisionali scartando quelle che non rispettano l'ordinamento giuridico. Questa impostazione ritiene, sulla scorta appunto di Betti, che il giurista debba, semplicemente, (sono parole espresse da M. proprio in relazione all'ermeneutica bettiana) «ripensare un già pensato». Infatti, distinguendo le due fasi, dei pensieri problematico e sistematico, l'una governata (anche) da argomenti pratici e l'altra (solo) da argomenti sistematici, essa universalizza la nozione pandettistica della dogmatica giuridica chiusa [217].

Non essendo il discorso giuridico mai neutro anche dietro a questa impostazione si nasconde poi una precisa scelta di valore che consiste nel considerare pienamente parificati tra loro la libertà d'impresa e *tutti* i valori inerenti alla persona del lavoratore[218].

Ma focalizziamo ora il punto di dissidio con Persiani partendo, «mengonianamente», da un problema.

In analogia con (tra gli altri) i sistemi francese e tedesco, il nostro diritto vivente prevede che le evenienze oggettive richiamate dall'art. 3, l. n. 604 del 1966 possono essere considerate valide ragioni di licenziamento solo se sono tali da precludere effettivamente all'imprenditore d'adempiere – all'interno del nuovo assetto organizzativo da lui concretamente predisposto – all'obbligo di utilizzare altrimenti la professionalità del prestatore di lavoro convenuta nel contratto (regola definita con terminologia infelice, ma fortunata, del *repêchage*).

Tale limite è esterno[219] alla causa del potere di licenziamento (il porre fine al rapporto) e, pur essendo imposto dallo stesso art. 3 della l. n. 604 del 1966 che definisce il giustificato motivo oggettivo, è distinto dalla sussistenza della modifica organizzativa che può portare alla soppressione del posto di lavoro.

In un sistema ispirato, e vivificato, dai «principi» costituzionali il problema posto da tale regola giurisprudenziale del ripescaggio non è (più) quello di stabilire se la *ratio* iniziale dell'art. 3, l. n. 604 del 1966 includesse o no la regola del licenziamento come rimedio estremo[220]. Il vero quesito è se la regola di diritto vivente sia o meno riconducibile ad un'interpretazione conforme al quadro

---

[214] Mengoni, *Problema e sistema*, p. 35.

[215] L. Mengoni, *Presentazione,* in R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, p. X.

[216] Sulla funzione selettiva del sistema cfr. J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens*, pp. 103-104 che pure aderisce all'impostazione luhmanniana (cfr. il classico testo di N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978).

[217] Mengoni, *Problema e sistema*, p. 19.

[218] Così, invero negando l'autorità del punto di vista costituzionale, M. Persiani *Diritto del lavoro e razionalità*, in «*ADL*», 2005, p. 28 ss.

[219] F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano,1982, p. 72 ss.

[220] Per la risposta negativa cfr. M. T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005, pp. 105 ss. nonché P. Ichino, *Recensione*, in «*RIDL*», 2005, III, p. 143 che prospetta, addirittura, un'incompatibilità logica.

costituzionale e integrabile nel sistema. A tal fine è, peraltro, sufficiente sostenere che l'obbligo di ripescaggio è ancorato allo stesso art. 3 della l. n. 604 del 1966 il quale allarga l'obbligo (e, non semplicemente, l'onere) creditorio di adibire il lavoratore a tutte le mansioni impresse nel programma contrattuale dall'art. 2103 c.c [221].

Un sistema, come si vede, che «respira», mobile ed aperto ad innovarsi in linea con ciò che avviene in altri sistemi progressisti. Il nostro ordinamento, avallando la soluzione positiva [222], non fa, infatti, altro che allinearsi ad altri sistemi giuridici, in alcuni dei quali la materia è *ab antiquo* disciplinata dalla legge (v. ad esempio il § 1, 2° comma della *Kündigungsschutzgesetz*). Qui interessa registrare che chi, come Persiani, ma anche altri neo-dogmatici (Pietro Ichino) sostengono, da un lustro in qua, che la regola giurisprudenziale del ripescaggio è *praeter legem* [223], non può farlo richiamandosi agli studi metodologici di M. il quale non fu portatore di una visione puramente neo-dogmatica ispirata all'ideologia del liberalismo economico.

6.2 La diatriba sul metodo di qualificazione dei rapporti di lavoro.

Veniamo al tema della qualificazione dei rapporti di lavoro come subordinati o autonomi che, a cavallo degli anni ottanta e novanta dello scorso secolo, fu monopolizzato dai fautori del metodo tipologico classico. Un metodo che era stato teorizzato da Larenz, e dalla sua scuola, e che fu importato in Italia da Giorgio De Nova e Luciano Spagnuolo Vigorita per essere, quindi, professato, tra gli altri, da Paolo Tosi e Marcello Pedrazzoli [224].

Ora, nel 1986, M. rimproverò a questi ultimi di costruire lo schema qualificatorio di riferimento in virtù di una serie aperta di indici della subordinazione ricavati direttamente dall'osservazione della realtà socio-economica e produttiva e, quindi, in via induttiva [225].

Sennonché la critica mengoniana al metodo tipologico classico del 1986 è stata successivamente strumentalizzata dall'orientamento neo-dogmatico. Si è, infatti, sostenuto che M. si fosse pronunciato, non solo contro il metodo induttivo, ma anche a favore di un giudizio puramente sussuntorio. Come anticipato, tale circostanza ha indotto non pochi sostenitori del metodo puramente sussuntorio, a liquidare erroneamente come superfluo, non solo il metodo tipologico classico, ma anche la necessità di razionalizzare, in termini di oneri argomentativi, il giudizio qualificatorio del quale i sostenitori del metodo tipologico classico stesso hanno avuto l'indubbio merito di segnalare la natura valutativa [226].

Il metodo puramente sussuntorio afferma che la definizione deve rigorosamente predeterminare le singole caratteristiche che si ritengono necessarie (cosiddetto «concetto generale-astratto»)

---

[221] M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto*, *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Milano, 1995, pp. 1124-1125.

[222] M. Napoli, voce *Licenziamenti, Digesto comm*., Torino, 1993, IX.

[223] M. Persiani, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in «*ADL*», 2000, p. 34 con un'evidente palinodia rispetto a quanto lo stesso scrisse in *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, (diretto da) *Nuovo Trattato di Diritto del lavoro*, 1971, Padova, 1971, p. 688.

[224] Riprendo nel testo osservazioni già formulate in L. Nogler, *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in «*ADL*», 2002, 1, pp.109 ss. a cui rinvio per ulteriori indicazioni e rilievi.

[225] L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in «*RIDL*», 1986, I, pp. 16-17.

[226] T. Treu, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in «*ADL*», 2000, 3, p. 473.

per identificare la fattispecie, ad esempio, del lavoro subordinato (nell'impresa), e che la qualificazione consiste nel riscontro analitico tra tutti questi elementi contenuti nella definizione e quelli presenti nel caso concreto (cosiddetto criterio d'identità [227]). Pertanto tale impostazione nega che il caso concreto possa interferire sul modo di intendere (interpretare) la fattispecie legale di riferimento. Da ciò conseguono due corollari.

Anzitutto, che l'interpretazione del dato legislativo ha luogo deterministicamente in modo indipendente dalle «sollecitazioni» del caso concreto. Le scelte interpretative relative all'individuazione della premessa maggiore posono cioè essere operate solo nel ristretto contesto di un sistema dogmatico chiuso che non è dinamicamente aperto alle sollecitazioni della realtà [228]. L'impostazione è, ancora una volta, come quella di Persiani, di stampo «neo-dogmatico» e, quindi, d'impronta decisamente neoliberista.

In secondo luogo, in relazione all'individuazione della premessa minore (che non si identifica con il «semplice» accertamento dei fatti), come già visto, si presuppone, invece, secondo un assunto tipicamente empirista, che le situazioni siano già presenti *in rerum natura* con la loro configurazione caratteristica (le cosiddette «fattispecie concrete»); non resterebbe, dunque, che sussumerle deterministicamente nello schema preso, di volta in volta, a riferimento (cosiddetta «fattispecie astratta»).

Ora, il vero pensiero di M. è chiaramente illustrato fin dal saggio sul metodo del 1976.

Il vincolo della legge «non può essere garantito dallo schema positivistico della sussunzione, improntato alla tecnica del sillogismo dimostrativo e quindi all'ideale di un controllo delle decisioni applicative del diritto con mezzi puramente logici. Una deduzione logica è vincolante solo se le premesse sono vere, e la logica non è in grado di controllare la verità delle premesse. La determinazione della premessa minore, ossia degli elementi di fatto giuridicamente rilevanti del caso da decidere, e della premessa maggiore, ossia della norma o del principio normativo cui la fattispecie concreta deve essere collegata, dipende (…) da una scelta del giudice, e dunque non è materia di attività logica, bensì di attività valutativa».

M. soggiunge, poi, sempre, nel saggio che è oggetto di questa rilettura, che:

«l'interprete non può accedere al significato della legge se non elabora il suo orizzonte ermeneutico assumendo i punti di vista valutativi di politica del diritto che il modello positivistico della sussunzione vorrebbero escludere siccome pertinenti alla competenza esclusiva del legislatore e non suscettibili di analisi scientifica» [229].

In senso costruttivo, come ha sottolineato recentemente Nicolussi [230], M. accolse «senza esitazione» la versione funzionale del metodo tipologico come emerge molto chiaramente dalla

---

[227] Quest'ultimo può andare bene per rappresentare la decisione ma non per argomentare la valutazione retrostante, di ciò non tiene conto R. Pessi, *Valori e "regole" costituzionali*, Roma, 2009, p. 133 che si occupa solo della forma della decisione.

[228] R. Pessi, *Valori e "regole" costituzionali*, pp. 114 ss. secondo il quale l'intreccio tra diritto e scelte politiche «non può in nessun caso investire il giudice, chiamato esclusivamente ad applicare la disciplina esistente».

[229] Mengoni, *Problema e sistema*, pp. 26 ss. e p. 39. Il saggio mengoniano metodologicamente più raffinato, successivamente a quello riletto nel testo, fu quello dedicato a *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in «*RTDPC*», 1999, pp. 353 ss.

[230] *Luigi Mengon*i, in *Enciclopedia Treccani*, in corso di stampa. L'adesione al metodo tipologico funzionale è ormai diffusa cfr., tra gli

relazione su *Il contratto di lavoro nel XX secolo* che tenne al convegno annuale dell'AIDLASS dell'anno 2000.

Tale teoria parte dal presupposto che la funzione del singolo tipo contrattuale è espressa dall'ordinamento e che sia attingibile, per così dire, *a priori* da un confronto tra i vari tipi contemplati dall'ordinamento. Ma il metodo tipologico funzionale ribalta, al contempo, *in toto* la presunta incomunicabilità tra caso e schema giuridico postulata, invece, dai fautori del riscontro puramente sussuntorio. Infatti, nell'individuazione di quella che viene presentata come la cosiddetta «premessa maggiore» del sillogismo decisionale, il caso rileva per individuare, come già anticipato in precedenza, le cosiddette, sono parole di M., «varianti di senso» della funzione del tipo [231], che sono governate dalla logica dell'equivalenza. Ciò risponde all'esigenza che il significato delle parole utilizzate dal legislatore sia costantemente filtrato dal contesto [232].

Inoltre, la qualificazione del caso, e cioè l'individuazione della cosiddetta «premessa minore», è teorizzata proprio dal punto di vista della possibilità di rendere razionalmente comunicabile la fase qualificatoria che «traduce» il caso in categorie giuridiche. Ma quello tipologico funzionale non intende essere un metodo sulla «sola» fase valutativa della decisione [233], la quale risponde a «logiche» che risultano, in una certa misura, comunque, inafferrabili perché costitutivamente soggettive [234]. Esso si ripromette, piuttosto, di rappresentare la base teoretica per impostare il problema dell'*argomentazione* della decisione qualificatoria. La valutazione deve, infatti, essere tradotta in una convincente trama argomentativa ed - ecco il punto decisivo - controllabile razionalmente e cioè espressa in virtù di categorie inter-soggettive. Non essendo lo schema, interpretato in senso tipologico-funzionale, contrassegnato dalla semplice presenza dei singoli elementi, ma dallo specifico ruolo che essi svolgono rispetto al contesto (giudizio di sintesi), al metodo propugnato consegue che anche elementi diversi possono svolgere la medesima funzione o, viceversa, che elementi identici possono svolgere funzioni diverse, a seconda del modo in cui sono correlati tra loro (cosiddetto principio d'equivalenza da tener distinto da quello d'identità). Come si vede, si parte dal presupposto che sussista «un nucleo comune a tutte le situazioni applicative», ma si lascia aperta la possibilità di individuare delle «varianti di senso adeguate ai vari contesti» [235].

Non ignoro, infine, che la decisione giudiziale deve essere rappresentata in una determinata forma. Windscheid accostò perspicacemente questo profilo del discorso giuridico al

---

altri, M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in «ADL», 1995, 1, p. 79 ff.; E. Ghera, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in Aa. Vv., *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Bari, 2003, p. 64; R. Romei, *Tra politica e diritto: rileggendo „Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro"*, in «DLRI», 2009, p. 81 ss.; A. Perulli, *Subordinazione e autonomia*, in *Il lavoro subordinato* a cura di F. Carinci, II, Torino, 2007, pp. 20-21; V. Speziale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in «DLRI», 2010, p. 51.

[231] Giustamente M. D'Antona, *Limiti alla disponibilità del tipo*, p. 79 parla del metodo tipologico come un metodo «aperto».

[232] Così Mengoni, *Le aporie decostruttive*, p. 32 citando P. Ricoeur, *Du texte à l'action*, Paris, 1986 trad. it., Id., *Dal testo all'azione*, Milano, 1989, p. 45.

[233] Sulla distinzione esseriana tra *Motivation* e *Argumentation* cfr. J. Esser, *Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen*, in C. Perelman, P. Foriers (a cura di), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, pp. 137 ss.

[234] Punto di vista che fu privilegiato, invece, nel noto testo di G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937.

[235] L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, in «*DLRI*», 2000, p. 193.

ragionamento matematico raffigurando la decisione «come il risultato di un'operazione nella quale i concetti giuridici rappresentano i fattori» [236].

Prescindendo qui da qualsiasi discorso sul "diritto giudiziale materiale", si deve riconoscere proprio a James Goldschmidt il merito di aver chiarito che il moderno processo civile è tutto, dalla fase iniziale a quella decisionale, prefigurato da norme di diritto pubblico: «tutte le attività del giudice» vengono, insomma, concepite «come applicazioni di regole giuridiche» [237]. Ne consegue che il *decisum* della sentenza deve riprodurre, dal punto di vista almeno formale, ed in via assertiva rispetto ai protagonisti concreti del processo, una disposizione preesistente. È questa la ragione del fatto che la decisione del giudice deve essere presentata in forma sillogistica, attribuendo alla fattispecie legale il ruolo di premessa maggiore ed al comportamento qualificato delle parti la funzione di premessa minore (fattispecie concreta). Il tutto risponde all'esigenza dello Stato moderno di attribuirsi formalmente il monopolio, se non della produzione, almeno del riconoscimento delle norme.

Ma si tratta di comprendere fino in fondo (da noi pochi altri, oltre a M., ci aiutano a farlo) che, dietro alla rappresentazione formale della decisione della controversia [238], c'è la sostanza della qualificazione valutativa dei fatti e dei comportamenti umani [239] di cui il giudice deve dare convincentemente conto nella argomentazione della decisione qualificatoria (un profilo che è troppo spesso disinvoltamente dimenticato dai neo-dogmatici). Il divieto di farsi giustizia da sé, che costituisce una delle molteplici conseguenze dell'inclusione nella complessa configurazione della sovranità statale anche della capacità, da parte dello stato, di dar risposte alle controversie che insorgono tra i cittadini, è non solo formalmente ma anche, «efficacemente realizzabile unicamente allorchè le parti ricevono determinate garanzie di ottenere una decisione corretta» [240].

7. Conclusione: il punto d'incontro tra Luigi Mengoni, James Goldschmidt e Hugo Sinzheimer.

Oltre all'orientamento neo-dogmatico, nella dottrina giuslavoristica contemporanea emergono ciclicamente atteggiamenti che, in linea con il lessico precedete, potremmo definire «neo-anti-dogmatici». Ad esempio, Romagnoli, nel contrastare, dalle pagine della Trimestrale, Persiani [241] ha richiamato (impropriamente) Sinzheimer del quale ha ripreso un passo metodologico che

---

[236] B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, F.a.M., I, 1900[8], pp. 93-94.

[237] Cfr. J. Goldschmidt, *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin, 1925[2], p. 496. sul "diritto giudiziale materiale" cfr. Id., *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)*, in *Festgabe für Hübler*, Berlin, 1905, p. 85 ss; Id., *Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Brenner*, München-Leipzig, 1914, p. 109 ss.

[238] Sulla distinzione tra rappresentazione e decisione cfr. R. Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, in «*ARSP*», 2006, 92, p. 166.

[239] È paradossale che sia il filosofo a dover ricordare al giurista di operare con la ragione pratica cfr. M. Nicoletti, *Diritto e morale in Luigi Mengoni*, in L. Nogler, A. Nicolussi, *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, p. 251.

[240] Così J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1993[3], p. 290.

[241] Sulla contrapposizione cfr. R. Del Punta, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, a pp. 267 ss. nel volume curato da P. Ichino, *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana*, Milano, 2008 che, peraltro, si segnala, complessivamente, più come rappresentazione della contemporanea «angoscia della quantità» (su questa formula cfr. G. Ferroni, *Dopo la fine*, Roma, 1996) che per la necessaria selezione qualitativa, come dimostra proprio l'esiguo spazio che gli autori hanno riservato alle opere di Luigi Mengoni.

quest'ultimo scrisse nel contesto di un intrigante *Methodenstreit* che si sprigionò nella dottrina giuslavoristica weimariana.

In quell'occasione Sinzheimer ribatté a Kaskel, il quale gli aveva addebitato di adottare un metodo sociologico-giuridico, «di propugnare il dominio assoluto della trattazione dogmatico-giuridica» [242]:

la «dogmatica giuridica possiede un alto valore scientifico. Essa rappresenta il presupposto di qualsiasi conoscenza giuridica (...) offre un'ineguagliata formazione per il giurista ed è anzi una parte della nostra cultura dello spirito. (…) La dogmatica diventa però pericolosa allorché, come nelle affermazioni prima citate, pretende di aspirare al monopolio» del profilo decisionale. «Il diritto del lavoro non è stato elevato a disciplina autonoma dalla trattazione giuridico-dogmatica, come ritiene modestamente Kaskel, bensì prima, in virtù della rottura, più o meno, esplicita del suo dominio. (...) La rilevanza dell'opera di Lotmar consiste nel fatto che egli prese le mosse non solo dal contenuto delle leggi ma anche sistematicamente delle fattispecie della vita»[243].

Ora, anche M. richiamò il passaggio iniziale di questa riflessione metodologica di Sinzheimer. Erra però Romagnoli quando legge in tale citazione un cedimento da parte di M., alla logica dei fatti normativi e, quindi, il suo riconoscimento, tardivo ma graditissimo, che il diritto del lavoro può operare con una metodologia, non solo arricchita da altre discipline di studio del comportamento umano ma, sostanzialmente, a-sistematica nel senso che può prescindere dal fare i conti con l'unità del sistema giuridico [244].

In verità, nel citato convegno del 2000, M. non fece altro che riproporre, ancora una volta, la sua *Methodenlehre* così come essa era stata impostata proprio nel saggio su *Problema e sistema* del 1976.

Egli riconobbe, infatti, da un lato, che la problematicità insita nei rapporti sociali regolati da questo settore del diritto richiede una «dottrina dogmaticamente più elastica» anche perché «la pretesa di neutralità assiologica del metodo giuridico è più presto messa alla prova da urgenze ignote alle categorie tradizionali del diritto civile» [245]. Già un quarto di secolo prima M. aveva riconosciuto che una dottrina così impostata contribuisce «ad arricchire culturalmente la scienza del diritto del lavoro, fornendole materiali interpretativi più vasti ed aggiornati» [246].

Ma, dall'altro lato, nella relazione del 2000, dopo aver svolto questa precisazione, M. buttò là, con ironica *nonchalance*, la citazione di Sinzheimer secondo cui risulta comunque sempre necessario eseguire «il controllo di integrabilità nel sistema dogmatico della regola (concreta) di decisione ipotizzata» [247]. Insomma una sorta di «punzecchiatura» per richiamare l'attenzione, come aveva spiegato nel saggio del 1976, con un'analisi ampia e sottile, capace di mostrare i dettagli e,

---

[242] Questa citazione, così come quelle successive, sempre ovviamente riportate tra virgolette, sono tratte da H. Sinzheimer, *Ueber soziologische und dogmatische Methode in der Arbeitsrechtswissenschaft*, in «*Arbeitsrecht*,» 1922, pp. 187-190.

[243] H. Sinzheimer, *Zur Kritik des bürgerlichen Rechtes*, in «*Zeitschrift für soziales Recht*», 1931, p. 94 nt. 1.

[244] Così U. Romagnoli, *La costituzione delegittimata*, in «*RTDPC*, 2003, p. 837 nt. 18.

[245] L. Mengoni, *Ricordo di Francesco Santoro Passarelli*, in «*RTDPC»*, 1996, p. 804.

[246] Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, p. 267.

[247] L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, in «*DLRI*», 2000, p. 189.

insieme, attenta ai grandi problemi teoretici, che occorreva rispettare l'«esigenza, tipicamente civilistica, di una corretta concettualizzazione sistematica dei propri risultati» [248] e, con essa, la consapevolezza dell'unità del pensiero giuridico.

Registriamo, infine, che nella relazione del 2000, M. si pose, ancora una volta, nella scia dei grandi protagonisti del moderno pensiero giuslavoristico europeo esponenti della strordinaria koinè giudaico-tedesca dei primi decenni del novecento.

M. dissentiva senz'altro dalla lettura marxista dei rapporti (fatti) sociali che Sinzheimer fece propria nel periodo imperiale così come in quello della Repubblica di Weimar. Un'impostazione che M. respingeva attraverso lo scomodo richiamo di Luhmann, al quale va riconosciuto il merito storico di aver contributo in modo decisivo al tramonto dell'egemonia della dialettica marxista che tanto a lungo aveva dominato il panorama accademico italiano.

Ma Sinzheimer e Mengoni, studiosi di estrazione culturale e religiosa diversa tra loro, possono essere senz'altro accomunati, ed in ciò vanno significatamente accostati a James Goldschmidt, per il fatto che nella fase più matura della loro formazione furono entrambi attratti dal pensiero di Max Scheler. Tutti e tre gli autori citati partivano, evidentemente, dal presupposto che gli esseri umani, sospinti dalla loro loro insopprimibile aspirazione ad essere, possiedono un'innata esigenza di scopo che neppure la scienza moderna della mente autorizza a declinare in senso puramente deterministico [249].

---

[248] *Intervista a Luigi Mengoni,* p. 117.

[249] Cfr. a tal proposito il bel saggio di un giurista aggiornato sui progressi delle scienze naturali, ed in particolare sui noti esperimenti di Benjamin Libet, A. Koch, *Kein Abschied von der Willensfreiheit*, in «*ARSF*», 2006, 2, pp. 123 ss.

Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*

Giuseppe Ferraro

1. L'evoluzione del sistema di relazioni sindacali post Statuto 83
2. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza 85
3. La stagione degli accordi separati e il disorientamento della dottrina 88
4. L'anomala vicenda Fiat 90
5. L'accordo interconfederale del giugno 2011 e l'efficacia degli accordi aziendali 91
6. L'efficacia generale della contrattazione collettiva nazionale di categoria 95
7. L'art. 8 del decreto n. 138/2011 sulla contrattazione collettiva di prossimità 96
8. I principali interrogativi suscitati dalla recente riforma 98
9. Le implicazioni sulla legislazione del lavoro 100
10. La derogabilità dei contratti nazionali ad opera degli accordi di prossimità 101
11. Cenni conclusivi sui profili di costituzionalità 103

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 129/2011

1. L'evoluzione del sistema di relazioni sindacali post Statuto

Non è possibile discutere del contratto collettivo oggi senza dedicare qualche riferimento al contratto collettivo di ieri perché i processi sociali e così la contrattazione collettiva hanno uno sviluppo continuo e per così dire progressivo. Dichiarata una impostazione storico-normativa, ritengo pure opportuno sintetizzare le mie convinzioni di fondo che costituiscono il filo conduttore dell'intera riflessione.

Non penso di dire nulla di originale nel rimarcare che l'articolo 39 della Costituzione, nella parte in cui regola il contratto collettivo ad efficacia generale, riflettendo un modello inadeguato per la formazione del relativo contratto, in quanto fortemente influenzato dall'esperienza corporativa, ha svolto un ruolo benefico nella sua funzione ostruzionistica giacché, in mancanza di una legislazione ad hoc, ha favorito: la formazione di un forte sindacalismo autogestito, che in alcuni periodi ha assunto un peso decisivo a livello istituzionale, anche ai fini della stabilità politica; alti tassi di sindacalizzazione, tra i più elevati in Europa; ed una diffusione auto propulsiva della contrattazione collettiva che si è irradiata negli ambiti più disparati. Ha consentito cioè al contratto collettivo di operare secondo la sua naturale inclinazione come fonte regolativa dei rapporti di lavoro tendenzialmente unitaria e a efficacia generale, al di là delle qualificazioni e direi dei formalismi della cultura giuridica. Tutto ciò sino a quando l'integrazione dei processi economici a livello internazionale, la forte competizione tra le imprese, accentuata dall'allargamento dell'Unione Europea, e la drammatica crisi economica tuttora incombente, non hanno corroso il sistema che si era realizzato determinando una situazione di forte instabilità di cui è difficile prefigurare gli sviluppi futuri[250].

Nel processo evocato un ruolo fondamentale va riconosciuto allo Statuto dei Lavoratori ed alla scelta di politica del diritto in essa contenuta di valorizzare le principali confederazioni sindacali, le quali, operando in posizione unitaria, erano oggettivamente in grado di rappresentare l'assoluta maggioranza del mondo del lavoro nei più diversi contesti economici e produttivi. Di qui il conferimento di una delega di valenza istituzionale, conforme alle teorie del pluralismo ordinamentale, ai sindacati confederali ad autoregolare la propria organizzazione ed attività con una qualificazione riflessa, in termini di maggiore rappresentatività, delle strutture sindacali ad essi correlate[251].

In questa chiave di lettura si collocano due documenti fondamentali che hanno costituito l'architrave del nostro sistema sindacale: e cioè il Protocollo del 23 luglio 1993 tra Cgil, Cisl, Uil, Confindustria e Governo e l'accordo interconfederale del 20.12.1993 sulla costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie. Si tratta di due documenti in qualche modo interdipendenti, o che comunque hanno una forte coerenza interna, in quanto il *primo* definisce un sistema articolato ed organico di relazioni industriali sviluppato su diversi livelli di negoziazione, e il *secondo* introduce una rappresentanza aziendale di carattere unitario o assembleare, favorendo così l'integrazione dei lavoratori non sindacalizzati nei processi operativi e regolativi dei principali sindacati. La validità di quella formula, che punta sul modello organizzativo adottato a livello aziendale per favorire

---

[250] Per i riflessi sindacali dei fenomeni indicati v. per tutti B. CARUSO, *Verso un insolito (evitabile?) destino: la post democrazia sindacale*, in *WCSDLE "Massimo D'Antona".It*, 2005, pag. 28.

[251] Ripercorre efficacemente l'evoluzione delle relazioni industriali in Italia nel periodo post statuto, sebbene con valutazioni non del tutto condivise, F. CARINCI, *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo Stato dei lavoratori all'accordo di Pomigliano*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 3, pag. 581.

naturali processi espansivi dell'attività negoziale, è confermata dalla sua attualità essendo stata riproposta nell'accordo del giugno del 2011 (v. *infra*) quale dato di riferimento di una ritrovata unità di intenti delle principali confederazioni.

Sull'assetto descritto ha indubbiamente svolto un ruolo destabilizzante il referendum del 1995, che, abrogando una parte fondamentale dell'art. 19, ci ha consegnato una norma asfittica e inadeguata, che la Corte Costituzionale, con la famosa sentenza n. 244 del 12.7.1996, ha troppo frettolosamente avallato[252]. Ciò nondimeno si può dire che il sistema "reale" di relazioni sindacali non abbia risentito contraccolpi significativi per effetto di quella mutilazione, essendosi ormai radicato e consolidato, specie attraverso la funzione regolamentare costantemente espletata dai principali contratti collettivi di categoria[253]. Del resto su quelle premesse si è sviluppato un processo di interazione tra fonte legale e fonte contrattuale di proporzioni poderose, raramente valutato nella sua effettiva entità e portata[254]: processo del tutto originale, se rapportato alle principali esperienze europee, che ha sovraccaricato la contrattazione di molteplici funzioni anche di rilevanza pubblica e generale. Senza pretendere di percorrere le centinaia di leggi che rinviano alla contrattazione collettiva con variegate finalità (in funzione integrativa, derogatoria, gestionale, etc.), si vuole solo ricordare il valore fondamentale riconosciuto alla contrattazione collettiva nell'ambito di alcuni istituti per così dire strategici: accordi di solidarietà, accordi di cassa integrazione, di mobilità e gestione della crisi, accordi per la regolamentazione dello sciopero nei servizi minimi essenziali, disciplina delle tipologie flessibili e degli orari di lavoro, accordi di emersione e patti territoriali, sino ai recenti accordi di produttività[255].

Sulle stesse premesse organizzative e concettuali si sviluppa la privatizzazione del rapporto di impiego pubblico nel quale viene riconosciuto un ruolo privilegiato alla fonte contrattuale di comparto addirittura preminente rispetto a quella legale, e ciò al di là delle contorte elaborazioni dottrinali che per i timori di incostituzionalità hanno individuato dei percorsi collaterali per giustificare l'efficacia *erga omnes* degli accordi stipulati dall'Aran.

---

[252] Per una lettura critica della sentenza v. G. FERRARO e M.M. MUTARELLI, *Rappresentanze sindacali in azienda*, in P. LAMBERTUCCI (a cura di), *Diritto del lavoro*, Milano, 2010, pag. 616.

[253] Come più volte argomentato, la scelta originaria del legislatore si inquadrava in una logica promozionale definita *in apicibus* in quanto ispirata dalle ideologie del pluralismo ordinamentale, che, tradotte sul piano sindacale, riflettevano la volontà dell'ordinamento generale di recepire e valorizzare i processi reali registrati nel mondo sindacale senza interferenze manipolatrici. Da allora molta acqua è passata sotto i ponti e, ciò che più rileva, si è profondamente trasfigurato il rapporto tra lo Stato e i sindacati. La parabola iniziata con lo Statuto dei Lavoratori ha raggiunto il suo apice con il protocollo del 23 luglio 1993 e con l'accordo-quadro sulle rappresentanze sindacali unitarie dello stesso anno, che facevano parte di un disegno organico di complessa compenetrazione tra le fonti legali e quelle contrattuali, per poi iniziare una graduale discesa già alla fine degli anni '90 con il cd. patto di Natale del 1998 (Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione del 22.12.1998), molto pretenzioso ma rimasto sostanzialmente ai margini della dinamica sindacale. Dopodiché quel disegno si è sempre più offuscato ed è entrato in crisi con i vari Governi di centro-destra.

[254] Sorprende leggere nell'articolo di un Autore che da tempo si occupa di diritto sindacale (G. SANTORO PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune,* in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, pag. 970), dopo il consueto tributo alla poliedricità di funzioni esercitate dalla contrattazione collettiva, che "*le osservazioni che precedono mettono in evidenza come il contratto collettivo nell'esperienza sindacale italiana stia seguendo un percorso a tappe verso la sua istituzionalizzazione per la sua mai sopita vocazione ad avere un'efficacia generale*": peccato che il trend venga colto quando sta declinando.

[255] In questo ambito di importanza qualificante è la disciplina che interviene in materia previdenziale nella determinazione della retribuzione imponibile ai fini della imposizione contributiva (v. comma 25, art. 2, L. 28.12.1995, n. 549). Essa individua un parametro invalicabile *in peius* nei trattamenti standard prescritti dalla contrattazione collettiva nazionale (il cd. minimo contributivo virtuale) a conferma di un intenso processo di integrazione tra la dinamica contrattuale e un'essenziale funzione pubblica connessa alle assicurazioni sociali. Altrettanto importante è la legislazione promozionale in materia di sgravi e di incentivi in genere che correla i benefici all'applicazione dei contratti collettivi di lavoro.

Il processo descritto idealmente si completa con il D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 80, con il quale sono stati introdotti nel codice di procedura civile l'art. 420-*bis* e l'art. 146-*bis* disp. att., per prefigurare una procedura di accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione del CCNL, in linea con quanto già era stato prescritto dall'art. 30, D.lgs. 30.3.1998, n. 80, che aveva aggiunto l'art. 68-*bis* al D.lgs. 3.2.1993, n. 29 (norma poi confluita nell'art. 64, D.lgs. n. 165), nonché con la nuova versione dell'art. 360, n. 3, c.p.c., che ha incluso tra i motivi di ricorso in Cassazione la violazione o falsa applicazione "*dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro*" convalidando, anche sotto tale profilo, l'assimilazione alle "*norme di diritto*".

2. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza

Su questa complessa evoluzione normativa la dottrina si è divisa in due grossi filoni ricostruttivi, che pure al loro interno presentano notevoli articolazioni. Il primo indirizzo, fortemente radicato nella dogmatica civilistica, ha continuato a ricostruire l'azione sindacale in relazione alla teoria del mandato irrevocabile conferito dai lavoratori al momento dell'iscrizione e quindi ha considerato il contratto collettivo come un atto negoziale riflesso di valenza soggettiva circoscritta, in quanto suscettibile di regolare le sole posizioni giuridiche dei soggetti rappresentati. È un indirizzo che si è poi progressivamente evoluto, non senza alcune contraddizioni, con il rimarcare la differenza che intercorre tra l'interesse individuale e quello collettivo incorporato nell'azione sindacale sino a convenire che il sindacato esercita un potere originario e non derivato che tuttavia si riverbera sulla posizione giuridica dei propri iscritti.

Il secondo indirizzo, per così dire endo-sindacale o ordinamentale (per richiamare la ricostruzione di Giugni), valorizza invece il ruolo autonomo assunto dal soggetto sindacale nell'ordinamento giuridico quale corpo intermedio o formazione sociale (art. 2 Cost.) riconosciuta nella sua valenza sociale e istituzionale, che esercita come funzione tipica quella di partecipare alla definizione di enunciati prescrittivi o regole di condotta, le quali vanno considerate come vere e proprie fonti eteronome come tali riconosciute e recepite dall'ordinamento giuridico. Ed invero il contratto collettivo possiede molte caratteristiche delle fonti di diritto obiettivo: realizza una regolamentazione generale e astratta in quanto suscettibile di essere applicata a una pluralità indefinita di casi concreti, è dotato di efficacia normativa inderogabile, dà luogo alla produzione di diritti indisponibili a livello individuale, inoltre, da ultimo, l'interpretazione del contratto è soggetta a controllo diretto della Cassazione ed è assoggettato altresì ad un accertamento pregiudiziale. Alla luce di tali elementi sintomatici, soltanto una concezione statalistica e rigidamente positivistica del sistema delle fonti può espungere il contratto collettivo dalla naturale collocazione che assume nella realtà sociale. Su un piano distinto si pongono poi i problemi di efficacia soggettiva, condizionati prevalentemente dalla necessità di contemperare l'efficacia generale del contratto con il principio pluralistico riconosciuto dalla costituzione in guisa tale da poter costituire un limite alla operatività delle prescrizioni contrattuali[256].

---

[256] Peraltro la qualificazione del contratto collettivo come fonte di diritto prescinde dalla sua efficacia generale, di cui si occupa l'art. 39, comma 4, che regolamenta un sottotipo della fattispecie contratto collettivo. L'interrogativo su cui le posizioni restano divergenti è se, impregiudicati alcuni principi fondamentali, il procedimento costituzionale sia esclusivo o semplicemente tipico. Su tale aspetto cfr. M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, pag. 665 ss., che perviene a conclusioni non del tutto condivise. La qualificazione come fonte non implica neppure una connotazione pubblicistica della norma

Il *primo orientamento* ha riscosso un indubbio favore nella giurisprudenza per una serie di ragioni che si possono così sintetizzare: la formazione civilistica dei giudici, l'estraneità dei sindacati dall'agone giudiziario (non degli avvocati dei sindacati anch'essi impregnati di una cultura civilistica), e una questione di motivazione delle sentenze essendo oggettivamente difficile argomentare in relazione a processi economici e sociali così complessi e dinamici. Eppure in tutti i più significativi filoni interpretativi del contratto collettivo emerge nitidamente l'inadeguatezza del paradigma civilistico a dare conto dei meccanismi effettivi di funzionamento e di operatività del contratto collettivo: per quanto concerne *l'efficacia soggettiva*, in ordine alla quale qualsiasi espediente è buono per avallare un'efficacia diffusiva del contratto collettivo; sotto il *profilo oggettivo*, non essendo mai stata messa in discussione l'inderogabilità del contratto collettivo ad opera di quello individuale; per quanto concerne i *rapporti tra i livelli contrattuali* e la *contrattazione aziendale*, ove è radicata la convinzione di un'efficacia generalizzata del contratto aziendale; e per quanto riguarda le *tecniche interpretative*, più calibrate sull'art. 12 disp. att. che sugli artt. 1362 ss. c.c.

Ma nonostante queste manifestazioni di insofferenza per una certa ricostruzione tradizionale del fenomeno contrattuale, rimane al fondo una qualche idiosincrasia dei giudici a leggere l'ordinamento sindacale come "sistema", vale a dire come ordinamento autonomo di produzione normativa articolato in una complessa rete di rapporti tra gli agenti contrattuali ai diversi livelli in cui si svolge la negoziazione, e di inquadrare il contratto collettivo, specie nazionale, come fonte sociale tipica, in quanto riconosciuta espressamente dal testo costituzionale, con un'efficacia presuntivamente o tendenzialmente di carattere generale, seppure nei limiti di compatibilità con la libertà e il pluralismo sindacale. Insomma v'è difficoltà ad interpretare la contrattazione collettiva quale effettivamente si manifesta nella realtà sociale e cioè a dire come espressione di un processo dinamico di elaborazione giuridica in cui ogni atto è inscindibilmente collegato a quello precedente ed a quello successivo. I limiti di una tale impostazione sono particolarmente vistosi in alcune pronunzie che si sono occupate dell'efficacia soggettiva dei contratti aziendali, ove, a parte la poliedricità delle soluzioni, spesso stravaganti e tra loro contraddittorie, emerge una valutazione atomistica e anche un po' anarchica dell'accordo aziendale che chiunque potrebbe sottoscrivere nella propria piena autonomia e con i più disparati contenuti[257].

Soltanto in tempi recenti affiorano alcune posizioni revisioniste da parte di esponenti autorevoli

---

contrattuale, ma piuttosto il riconoscimento che viene conferito dall'ordinamento giuridico alle formazioni sociali, e segnatamente alle associazioni sindacali, di esercitare attività e funzioni che assumono autonoma rilevanza nell'ambito di un ordinamento pluralistico e pluriclasse. D'altro canto una certa fluidità della distinzione "diritto privato" e "diritto pubblico" è stata da tempo rilevata dalla migliore dottrina e trova importanti conferme esemplificative nei periodici accordi tripartiti di concertazione che si collocano in una dimensione intermedia. Sul tema v. per tutti M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1961, pag. 391 ss.; F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb*., 1966, pag. 279.*;* S. COTTA, *La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1980, pag. 121; M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse,* in *Riv. Trim. Dir. Pubb.,* 1979, pag. 389. Più di recente efficacemente su questa tematica E. GHERA, *L'autonomia collettiva e le trasformazioni del diritto sindacale: da Francesco Santoro-Passarelli al pluralismo ordinamentale*, in *Lav. Dir.*, 2009, 3, pag. 351 ss., con un'impostazione che ampiamente si condivide.

[257] Ma v. pure, per una limpida impostazione, Cass. 12 luglio 1986, n. 4517. Sul tema vedi l'ottima ricostruzione di F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, relazione Aidlass, 2010.

del mondo giudiziario[258], sicché l'inquadramento del contratto collettivo tra le fonti regolamentari non viene più considerato un tabù, benché l'assimilazione venga enunciata ricorrendo ad espressioni in qualche modo prudenti e in parte devianti, come quando si parla di fonte *extra ordinem*, o "fonte fatto" o "fonte paradigma", che non inquadrano l'esatta dimensione del fenomeno giuridico analizzato (risultando sin troppo evidente l'indebita commistione con la fonte consuetudinaria)[259]. È singolare rilevare che in queste ricostruzioni viene pedissequamente ripercorso il tracciato riflessivo sviluppato da alcuni autori negli anni '70 e '80, ora come allora ispirato dalla dottrina pubblicistica e costituzionalistica, che in assoluta maggioranza ha sempre inquadrato il contratto collettivo in una dimensione regolamentare parapubblicistica anticipando le definizioni ora correnti del contratto collettivo come fonte del diritto o "fonte sociale"[260].

In questo complesso dibattito una posizione peculiare ha assunto la Corte Costituzionale, la quale, di fronte alle difficoltà di inquadrare il sistema contrattuale di diritto materiale che si era venuto sviluppando, ha preferito assumere un atteggiamento di distaccata contemplazione (secondo alcuni pilatesco), che si è tradotto, in alcuni casi, nel collocare gli accordi di concertazione e le successive leggi contrattate in un ambito estraneo all'assetto costituzionale (v. sent. n. 141/80, 34/85, 697/88, 124/91) e, in altri casi, nel qualificare alcuni accordi aziendali come accordi gestionali per sottrarli a una imbarazzante verifica di costituzionalità (v. sent. n. 268/94).

Soltanto per completezza conviene ricordare che nell'ordinamento dell'Unione Europea è da tempo accreditata la progressiva equiparazione della fonte legale a quella contrattuale (v. artt. 138-139 TCE, ora artt. 154 e 155 TFUE) e ciò sin dall'accordo sulla politica sociale incorporata nel Trattato di Amsterdam. In virtù di tale disciplina si è previsto che gli accordi collettivi delle parti sociali in ambito europeo trovano attuazione secondo diverse procedure: quelle proprie e tipiche delle parti sociali oppure, nell'ambito dei settori indicati dall'art. 153 TFUE, a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base a una direttiva dell'Unione Europea. Ciò ha indotto a osservare che "*l'efficacia erga omnes del contratto collettivo in Italia è, dunque, una realtà giuridica affermata dal legislatore con dispositivi diversi da quelli regolamentati in Europa (estensione tramite regolamento governativo, dichiarazione di efficacia a certe condizioni disposte dalla legge) eppure in linea con la tendenza dell'ordinamento europeo. Il che testimonia la trasformazione progressiva e ineludibile del contratto collettivo di fonte contrattuale a fonte di diritto obiettivo, non più extra ordinem perché si allinea al sistema policentrico delle fonti dell'ordinamento europeo*"[261].

---

[258] V. G. IANNIRUBERTO, *L'accertamento pregiudiziale sulla interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi*, in G. IANNIRUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, Milano, 2010, pag. 111 ss.; F. ROSELLI, *La violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, *ivi*, pag. 243 ss. In un contesto di grande attualità v. pure la sentenza del Tribunale di Torino n. 2583 dei 16.7/15.9.2011, in causa Fiom-Cgil Nazionale contro Fiat S.p.A., Fiat Group Automobiles S.p.A. e Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A., che si diffonde in un'ampia trattazione teorica sul contratto collettivo non sempre pertinente e lineare.

[259] Criticamente su tale indirizzo M. PERSIANI, *Osservazioni sulla revisione della dottrina del diritto sindacale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, I, pag. 1 ss.; ed ancor prima dello stesso Autore, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Studi in Onore di M. Grandi*, Milano, 2008, pag. 567.

[260] Vengono solitamente richiamati gli Autori che da tempo si occupano delle fonti del diritto: C. MORTATI, *Istituzione di diritto pubblico*, VIII ed. Padova, 1969; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Disposizioni sulla legge in generale*, artt. 1-9, Bologna, 1977; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., Padova, 1984; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, rist. aggiornata, Torino, 1991; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993. Per una bibliografia più ampia, anche con riferimenti di diritto comparato, v. G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981 (ma già provvisoria del 1979), specie pag. 278-285.

[261] B. CARUSO, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, pag. 614.

3. La stagione degli accordi separati e il disorientamento della dottrina

Il sistema sommariamente descritto ha consentito di regolare efficacemente le relazioni industriali in Italia senza eccessivi scompensi e con un contenzioso giudiziario tutto sommato tollerabile. E ciò sino a quando non si è aperta una frattura tra le principali confederazioni sindacali - alimentata, se non determinata, dalla politica governativa e dalla volontà malcelata di stabilire un rapporto privilegiato con alcune associazioni sindacali (Cisl, Uil e autonomi) isolando la Cgil - che ha dato luogo al fenomeno dei cd. "accordi separati".

Il punto di massima rottura si è consumato, com'è noto, con l'accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali del gennaio del 2009 e con il successivo accordo interconfederale del 15 aprile dello stesso anno, che hanno la singolare pretesa di rifondare il sistema di relazioni sindacali senza la partecipazione del principale protagonista. Riesaminati retrospettivamente gli accordi in questione (ed altri dal contenuto analogo), presentano una portata tutto sommato modesta rispetto alle ambizioni dichiarate di voler sostituire lo storico accordo Ciampi del luglio del 1993[262]. E tuttavia entrambi gli accordi contengono significative aperture nei confronti della contrattazione decentrata ampliando le materie di competenza e consentendo persino "accordi di fuoriuscita", ovvero accordi in deroga, ancorché abbastanza delimitati sul piano soggettivo e contenutistico[263]. Ed è proprio su questo terreno che si consumerà un aspro confronto tra le tre principali confederazioni sindacali, in gran parte strumentale e ideologico, come confermato dalla circostanza che la maggior parte dei rinnovi contrattuali di categoria sottoscritti in quel periodo presenta firme unitarie.

La stagione degli accordi separati susciterà un grande dibattito in dottrina rinfocolando polemiche che sembravano sopite.

Va anzitutto premesso che quando si parla di accordi separati si fa riferimento in realtà ad accordi siglati soltanto da alcune OO.SS. maggiormente rappresentative, essendo estemporanea l'ipotesi della duplicità di contratti collettivi contemporaneamente incidenti su un medesimo ambito soggettivo di riferimento. Ipotesi che si è riscontrata soltanto nel settore metalmeccanico per ragioni del tutto particolari e in qualche modo irripetibili. Né può essere considerata significativa l'esperienza dei cd. "accordi pirata" sottoscritti negli anni '80 da parte di sindacati compiacenti per prefigurare dei minimi tariffari, inferiori di quelli nazionali, su cui parametrare la contribuzione previdenziale. Quella esperienza, com'è noto, venne rapidamente travolta dalla sostituzione del criterio selettivo dei "sindacati maggiormente rappresentativi", che aveva assunto una forte carica inclusiva specie per responsabilità dei giudici del lavoro, con quello più restrittivo dei "sindacati comparativamente più rappresentativi" (cfr. art. 2, comma 25, legge 28.12.1995, n. 549)[264].

---

[262] Non sembra di questa opinione F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, pag. 22, che ricostruisce efficacemente l'evoluzione del sistema di relazioni industriali in Italia.

[263] Per analoghe tendenze in Europa, A. SUPPIOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, pag. 155; R. SANTAGATA, *La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali, ivi*, 2006, pag. 637; AA.VV., *Collective bargaining in Europe*, Ministero de Trabajo y Asuntos Sociales, Spain, 2004.

[264] Negli autori intervenuti nel dibattito è chiara la consapevolezza che si andava a riflettere su una situazione temporanea e in qualche modo innaturale, anche se tra le righe serpeggia frequentemente il dubbio che il fenomeno degli "accordi separati", oltre ad essere il segnale di una crisi di un equilibrio assestato, rappresentasse in realtà un epifenomeno di un profondo mutamento del ruolo del sindacato nelle economie occidentali, travolte da trasformazioni economiche e produttive di carattere epocale e condizionate da una serrata concorrenza a livello internazionale giocata prevalentemente sulla riduzione dei costi del lavoro.

Sotto il profilo strettamente giuridico, gli accordi separati, pienamente legittimi in sé, pongono innanzitutto un problema di efficacia soggettiva tanto più rilevante quando incorporano contenuti ablativi o riduttivi ed incontrano il dissenso di gruppi più o meno organizzati. Inoltre essi pongono un autonomo problema connesso ai frequenti rinvii legislativi alla contrattazione collettiva, che storicamente sono stati giustificati sulla presunzione, riscontrabile nella realtà, che i tre principali sindacati, operanti in condizioni di unità, fossero in grado di rappresentare concretamente nei più diversi contesti la maggioranza dei lavoratori interessati.

Su tale questione si è misurata l'inadeguatezza dell'impostazione civilistica a dare conto dei meccanismi di funzionamento e di vincolatività del contratto collettivo e si sono registrati veri e propri funambolismi interpretativi per superare le disfunzioni che ne sarebbero derivate. A voler ragionare in termini rigorosamente associativi, si delineava uno scenario desolante in cui ogni gruppo organizzato avrebbe operato nell'ambito ristretto dei suoi associati lasciando in una zona limbica i lavoratori non iscritti ad alcun sindacato. Ed altrettanti problemi era destinato a sollevare l'accordo unico firmato soltanto da alcune associazioni, pur rappresentative (semmai nel complesso minoritarie). Di qui l'impegno della dottrina a rintracciare percorsi che consentissero di dilatare l'efficacia del contratto oltre i limiti considerati naturali.

Una parte della dottrina più tradizionalista, preso atto dell'impossibilità di insistere sul paradigma civilistico connesso all'iscrizione associativa, si è andata concentrando, a mio avviso oltre misura, sulla portata recettiva del contratto individuale di lavoro che solitamente contiene dei rinvii dinamici alla contrattazione collettiva del settore[265]. Sicché improvvisamente abbiamo appreso che tutte le problematiche sull'efficacia soggettiva dei contratti collettivi potevano essere *d'emblée* superate concentrando l'attenzione sull'accordo di assunzione solitamente sottoscritto dalle parti negoziali e sulle relative clausole di rinvio. Tesi alquanto elusiva, che si espone alla facile critica che se l'impegno ad applicare il contratto collettivo dovesse fondarsi sull'accordo individuale, il rinvio dinamico in esso contenuto, niente affatto necessario e neppure generalizzato, ben potrebbe essere in qualsiasi momento revocato da una qualsiasi delle parti stipulanti persino con un comportamento concludente.

Da altri si è insistito sulla circostanza che il sindacato esercita un potere originario di contrattazione riconosciuto dallo stesso ordinamento giuridico, che prescinde dalla delega conferitagli dai singoli lavoratori associati, di guisa che non può essere messa in discussione la facoltà del sindacato, ove è in grado di imporsi sul terreno del confronto sociale, di stipulare accordi separati suscettibili di costituire parametri economici e normativi di riferimento per l'intera categoria o settore considerato[266]. Seguendo questi percorsi, gli autori richiamati, pur partendo da una matrice civilistica, si sono in realtà avvicinati ad una visione endo-sindacale o realistica del sistema di relazioni sindacali nella misura in cui hanno riconosciuto che il contratto collettivo, comportando per necessità una regolamentazione generale e astratta dei rapporti di lavoro, non può che essere

---

[265] A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. It. Dir. Lav*., 2010, I, pag. 29 ss., sp. pag. 55; per qualche rilievo critico, benché con un'impostazione pedissequamente tradizionalista, G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. It. Dir. Lav*., 2010, 3, pag. 487 ss.

[266] E ciò perché "*il sindacato quando stipula un contratto collettivo, lo fa in forza di un riconoscimento costituzionale di cui è diretto destinatario e non già sulla base di un potere specifico conferito dai singoli lavoratori*", G. PROIA, *Il contratto collettivo comune di lavoro dopo Mirafiori*, in *Mass. Giur. Lav*., 2011, 4, pag. 208. L'Autore segue la nota ricostruzione di M. PERSIANI, *Saggi sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1967-1972, e di R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, (ora) in *Scritti Giuridici, Diritto del Lavoro*, Padova, 1996, II, pag. 1517, che pure presentano differenze non trascurabili.

unico e unitario, anche se nella sua elaborazione deve scontare periodi di concorrenza e conflittualità tra gli stessi sindacati rappresentativi, ma senza che ciò possa impedire o sospendere il processo regolativo continuo affidato dal nostro ordinamento giuridico in via prioritaria alla contrattazione collettiva, e segnatamente a quella di livello nazionale.

Sta di fatto che, partendo da premesse concettuali nettamente differenziate, si è per lo più riconosciuto che il contratto collettivo separato, ancorché minoritario, è di per sé idoneo a incorporare la stessa naturale inclinazione a regolare in maniera uniforme i rapporti di lavoro riconosciuta ai contratti siglati unitariamente: e quindi, valutati nella loro specifica identità, essi sono suscettibili di svolgere una funzione regolamentare più o meno equivalente a quella tradizionalmente svolta dagli accordi unitari anche se incidono su posizioni giuridiche minoritarie o dissenzienti. Del resto l'inscindibilità delle clausole contrattuali, connaturata alla stessa struttura dei contratti nazionali, costituisce un antidoto rispetto ad operazioni di frammentazione/selezione dei contenuti negoziali secondo le esigenze di singoli lavoratori o gruppi di essi.

Conclusione, questa, ancor più condivisa con riferimento ai contratti "delegati" richiamati dalla legislazione lavoristica, i quali a vario titolo si integrano con disposizioni normative in una struttura composita. La frattura sindacale, se può far sorgere seri interrogativi sulla razionalità della tecnica adottata dal legislatore e persino sui profili di legittimità della stessa - tanto più consistenti quando si registra una divaricazione della formula adottata con la realtà effettuale – non è di per sé suscettibile di disattivare il meccanismo di integrazione tra legge e contratto collettivo con efficacia pressoché generalizzata. E ciò anche in ragione dell'ambigua formulazione delle norme di rinvio, che non a caso negli ultimi tempi, *per un verso* tendono a sostituire il riferimento a tutti i sindacati comparativamente più rappresentativi ("*dai*") con quello che acconsente la sottoscrizione anche soltanto da parte di alcuni di tali sindacati rappresentativi ("*da*"), *per altro verso* sono orientate ad aggiungere o sostituire il riferimento al contratto nazionale con quello ai contratti decentrati e, a volte, a quello aziendale.

4. L'anomala vicenda Fiat

Il dibattito evocato è stato improvvisamente travolto, e in qualche modo surclassato, dalla vicenda Fiat che si è sviluppata in una dimensione estemporanea, in quanto dissonante *sia* dal sistema di relazioni industriali come si era venuto a realizzare nel nostro ordinamento giuridico, *sia* dagli stessi contenuti dei recenti accordi del 2009[267]. Essa riflette una visione egocentrica e per così dire autarchica di una grande impresa multinazionale, che si considera come "impresa sovrana", la quale si ispira ad alcuni modelli e concezioni sindacali invalsi in altri sistemi ordinamentali e che si manifestano attraverso confuse linee di tendenza: forte ridimensionamento del sindacato nazionale e della contrattazione collettiva centrale, predilezione delle rappresentanze esclusivamente aziendali, decentramento negoziale sregolato, ampia flessibilità organizzativa e salariale, aree di completa desindacalizzazione, etc.

Come in altra sede si è ampiamente argomentato, l'azienda si è mossa in una dimensione per così dire "asindacale" e "agiuridica" ritenendo di poter costruire un sistema a sua esclusiva misura. A

---

[267] L'elaborazione dottrinale sugli accordi Fiat è consistente: v. per tutti F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, 2011, con i contributi dei principali Autori intervenuti sulla vicenda; v. pure da ultimo P. COPPOLA, *Accordi di Pomigliano e Mirafiori. Un'occasione per ripensare la rappresentatività alla luce della Carta di Nizza*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, nonché, G. FERRARO, *Le relazioni industriali dopo "Mirafiori"*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2011, 1, pag. 119 ss.

questo fine si è esasperata la logica privatistica, in una visione per così dire giurisprudenziale delle vicende sindacali, portandola alle estreme conseguenze. Per dirla in breve si è ritenuto che bastasse revocare l'adesione al sistema di relazioni industriali per essere completamente liberi di operare come meglio si riteneva. Di qui lo sganciamento progressivo da Confindustria e da Federmeccanica, il rifiuto in blocco del contratto nazionale, o almeno di quello unitario, la costituzione alquanto farraginosa di *new companies*, la sottoscrizione di accordi aziendali di primo livello con funzioni drasticamente sostitutive del CCNL. Accordi che peraltro incorporano sinanche deroghe su alcuni istituti cruciali (malattia, assenteismo, orari, turni, inquadramenti): non deroghe trascendentali, ma che costituiscono la spia di un percorso appena abbozzato destinato a ben altri svolgimenti successivi.

È evidente che quella impostazione, verificata sul terreno giudiziario, non avrebbe potuto in alcun modo reggere e che soltanto le diffuse preoccupazioni della crisi incombente ed i timori di un processo espansivo di deindustrializzazione e, se si può dire, anche l'abilità e l'autorevolezza dei difensori, hanno consentito sinora di limitare gli effetti invalidanti delle operazioni che erano state realizzate.

Del resto dell'anomalia del caso Fiat sono stati sempre consapevoli tutti gli interlocutori intervenuti nella vicenda, non potendosi altrimenti giustificare l'affannoso e un po' patetico tentativo di rincorsa (e di corteggiamento) da parte della Confindustria, del Governo e di alcune Confederazioni sindacali, i quali tutti insieme hanno cercato in ogni modo di conferire una qualche legittimazione formale ad operazioni che si collocavano al di fuori del tracciato tradizionale. Di qui la disdetta anticipata del contratto unitario dei metalmeccanici del 2008, la frettolosa sottoscrizione di un accordo estemporaneo nel 29 settembre 2009 che recepiva alcune clausole derogatorie contenute nell'accordo del gennaio/aprile 2009 (nel rispetto tuttavia dei "*diritti individuali derivanti da norme inderogabili di legge*"), la sottoscrizione di un accordo metalmeccanico anticipato rispetto ai tempi previsti inevitabilmente destinato a sovrapporsi su quello ancora operante, sino all'ultima disdetta da parte della Uil dell'accordo interconfederale del 1993.

Senonché questa politica convulsa e disordinata, anziché contribuire a dipanare la matassa, l'ha resa ancora più aggrovigliata, com'è divenuto evidente nel momento in cui le questioni sollevate sono state portate all'attenzione dei giudici del lavoro, in particolare attraverso le denunce di antisindacalità di alcune aziende del settore metalmeccanico che avevano applicato in via esclusiva il nuovo contratto sottoscritto soltanto da alcune componenti sindacali. Senza entrare nel merito di questo contenzioso dagli esiti peraltro divergenti, merita di essere rilevato che i giudici hanno per lo più adoperato le stesse categorie tradizionali per mettere in discussione alcuni punti qualificanti delle intese che si erano venute a realizzare anche a costo di prefigurare un sistema "feudale" di relazioni industriali in cui ognuno poteva costruirsi un modello di contrattazione collettiva secondo le proprie personali esigenze e la propria visione del mondo.

5. L'accordo interconfederale del giugno 2011 e l'efficacia degli accordi aziendali

All'apice della confusione si è registrato un "lampo" di razionalità collettiva allorché è intervenuto l'accordo "salvifico" del giugno 2011, maturato quando tutti si sono resi conto che il progressivo sgretolamento del sistema di relazioni industriali non portava alla costruzione di un sistema alternativo, ma soltanto all'anarchia più completa che avrebbe progressivamente corroso il ruolo

regolatore delle principali confederazioni favorendo una permanente conflittualità sociale[268]. Come qualcuno ha efficacemente detto[269], ci si è fermati sull'orlo del baratro, quando ormai il livello di confusione e di anomia era diventato intollerabile.

L'accordo, che registra un recupero, al momento temporaneo, dell'unità di azione sindacale, si pone in sostanziale continuità con gli storici accordi fondativi del sistema di relazioni industriali, anche se accentua alcune linee di tendenza nitidamente emerse negli ultimi tempi.

In particolare l'accordo del 2011 ribadisce la centralità e preminenza della contrattazione collettiva nazionale "*con la funzione di garantire la certezza di trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori* (…) *ovunque impiegati nel territorio*" (punto 2), e tuttavia valorizza la contrattazione decentrata, anche di livello aziendale, la quale "*si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale*" (punto 3), prefigurando espressamente ambiti di derogabilità *in peius* ad opera dei contratti aziendali, i quali possono "*definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro*" (punto 7): si noti la formula particolarmente prudente ("*specifiche intese modificative*").

Ma l'aspetto più innovativo, e in qualche modo rivoluzionario, è costituito dall'introduzione di un meccanismo di misurazione certificata della rappresentanza quale premessa per stipulare accordi validi e vincolanti *sia* a livello nazionale *sia* per l'intera comunità aziendale.

Iniziando l'esame dai contratti aziendali, che rappresentano l'epicentro della nuova regolamentazione, l'accordo perentoriamente stabilisce che questi "*per le parti economiche e normative sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali, espressioni delle confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale, operanti all'interno dell'azienda se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti*" (punto 4). Mentre nel caso di accordi sottoscritti dalle rappresentanze aziendali di cui all'art. 19, esplicano pari efficacia generale soltanto se approvati "*dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altri, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente all'azienda*" (punto 5). In questi casi i contratti collettivi aziendali approvati dalle R.S.A., con le modalità indicate, devono essere sottoposti al voto dei lavoratori se vi sia stata una specifica richiesta, avanzata entro dieci giorni dalla conclusione del contratto, "*da almeno un'organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa*", con la conseguenza che "*per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza dei voti*".

Com'è subito evidente, l'intesa stabilisce una netta differenza tra gli accordi aziendali sottoscritti dalle R.S.U., i quali sono efficaci "*a maggioranza dei componenti delle R.S.U. elette*", rispetto agli accordi sottoscritti dalle R.S.A., per i quali è richiesta la "*maggioranza delle deleghe*". Inoltre i

---

[268] Favorevole all'accordo con qualche riserva P. ALLEVA, *Merito e prospettive dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011* (dattiloscritto del 4.7.2011).

[269] A. ACCORNERO, in un seminario Cgil del luglio del 2011.

primi hanno una intrinseca stabilità, mentre i secondi possono essere assoggettati ad un'operazione di verifica referendaria che potrebbe portare alla mancata conferma.

Alla luce di tale regolamentazione, risulta assolutamente qualificante la scelta di rilanciare le *rappresentanze unitarie*, in quanto si tratta di una soluzione organizzativa, già in precedenza apprezzata, che preconizza e facilita la formazione di accordi validi *erga omnes*, in quanto viene pregiudizialmente assicurata la partecipazione di tutti gli appartenenti alla specifica comunità di lavoro e quindi la formazione di una volontà negoziale adottata con un metodo necessariamente maggioritario: se tutti possono partecipare all'elezione dell'organo collegiale, quest'ultimo ha una rappresentatività naturale dell'intera collettività aziendale e pertanto vincola anche coloro che volontariamente scelgono di mantenersi estranei.

Come si è subito rilevato, il sistema di verifica della rappresentanza sindacale quale premessa per sottoscrivere accordi di portata generale rappresenta una tecnica abbastanza affine a quella adoperata nella contrattazione collettiva del settore pubblico e tuttavia cambia valenza una volta applicata ai contratti aziendali. In questo ambito, ove l'uniformità dei trattamenti è favorita dalla unicità del soggetto datoriale stipulante, la costituzione di una rappresentanza unitaria esercita una preziosa funzione di allargamento della base dei consensi e rende pertanto altamente democratica l'operazione regolamentare che si va a realizzare. È per questo motivo che in presenza di una rappresentanza unitaria si fa riferimento alla maggioranza dei componenti della R.S.U., mentre nel caso della R.S.A. si predilige il criterio della "*maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali*"[270].

Nei termini descritti l'accordo bypassa d'un balzo tutte le problematiche relative all'efficacia e vincolatività degli accordi aziendali nell'ottica tipica di un grande accordo interconfederale che ha una visione necessariamente globale ed esclusivista dei processi sindacali.

In presenza di affermazioni così categoriche sull'efficacia degli accordi aziendali, ci si è affrettati a precisare che la disciplina introdotta è vincolante soltanto per i soggetti rappresentati dalle confederazioni stipulanti riproponendo il solito e logoro paradigma civilistico che storicamente corrode la naturale azione sindacale. Ovviamente non sono d'accordo, specie con riferimento all'ipotesi in cui l'accordo sia sottoscritto dalla maggioranza dei componenti delle R.S.U. e sia quindi riconducibile all'intera comunità aziendale. Anche a collocarsi in una prospettiva civilistica, sarebbe tutta da spiegare la ragione per la quale l'iscrizione al sindacato debba implicare una delega a contrarre (ovvero una devoluzione di potere) con i conseguenti riflessi sulla sfera individuale e la partecipazione alla nomina di una rappresentanza unitaria non debba esercitare un'efficacia più o meno equivalente.

Come in altri contesti ampiamente argomentato, ciò che può precludere l'efficacia di un accordo siglato da una rappresentanza unitaria a livello aziendale, non è il mero dissenso, ancorché espresso da sindacati minoritari, ma l'ipotetica sottoscrizione di un accordo difforme che delimita dall'esterno la vincolatività dell'accordo generale con riferimento ai lavoratori aderenti alle OO.SS. dissenzienti. Ma questa è un'ipotesi teorica e comunque estemporanea, che può

---

[270] Si veda pure la formula adoperata nel pubblico impiego ove l'art. 43, comma 3, legge n. 165, stabilisce che "*l'Aran sottoscrive i contratti collettivi verificando previamente* (…) *che le OO.SS. che aderiscono all'ipotesi di accordo rappresentino nel loro complesso almeno il 51% come media tra dato associativo e dato elettorale nel comparto o nell'area contrattuale, o almeno il 60% del dato elettorale nel medesimo ambito*".

concretizzarsi soltanto in situazioni di alta conflittualità sindacale. Nell'assoluta ordinarietà l'imprenditore contratta con i sindacati più autorevoli presenti in azienda e sigla le intese con quelli disposti ad aderire. Per questo motivo sul piano ricostruttivo si fa solitamente ricorso all'artificio dialettico, in voga nel settore pubblico con riferimento agli accordi sottoscritti dall'Aran, di ritenere che l'accordo vincola direttamente il datore di lavoro ad applicare un trattamento uniforme ai propri dipendenti: la presenza unitaria del datore di lavoro di per sé costituisce un limite ad operazioni dissociative che solitamente rimbalzano sul terreno giudiziario. Mi pare superfluo poi aggiungere che saranno i giudici del lavoro a stabilire se vorranno assecondare le regole adottate dalle principali confederazioni nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, conferendo loro un'ulteriore legittimazione, ovvero trincerarsi dietro categorie civilistiche che sottendono una visione individualistica e frazionistica dell'azione sindacale.

Incidentalmente va precisato che l'accordo quadro risolve anche il problema della fruibilità dei diritti sindacali regolamentati dallo Statuto dei lavoratori a favore delle associazioni sindacali aderenti alla Cgil, mettendo così fine ad un dibattito kafkiano alimentato dalla singolare pretesa di taluni di estromettere il principale sindacato dall'esercizio dei diritti sindacali sul rilievo formale che non avrebbe sottoscritto i contratti collettivi nazionali applicati nell'unità produttiva. Come in altra sede ampiamente illustrato, la norma di cui all'art. 19, benché grossolanamente mutilata dal referendum parzialmente abrogativo, e sommariamente legittimata dalla Corte Costituzionale del 1996, rimane una norma inclusiva, che cioè consente di far accedere all'esercizio dei diritti sindacali associazioni che sono in grado di imporsi sul terreno del confronto sindacale, ma non consente (e non potrebbe in alcun modo consentire) di escludere i sindacati la cui rappresentatività è storicamente consolidata imponendogli di aderire ad accordi non condivisi (diversamente sarebbe inevitabile un ulteriore controllo di costituzionalità)[271].

Altri aspetti interessanti restano sullo sfondo: è chiaro che se non si raggiunge la percentuale richiesta, l'accordo aziendale non ha efficacia generale. Il che può avere riflessi non trascurabili sulla contrattazione aziendale mettendo in discussione alcuni orientamenti giurisprudenziali favorevoli a riconoscere comunque un'efficacia generale ai contratti aziendali, seppure sottoscritti da rappresentanze minoritarie. Questione che diventa particolarmente delicata con riferimento a quelle ipotesi in cui il legislatore direttamente rinvia agli accordi aziendali per regolare problematiche connesse a situazioni di crisi aziendale o di flessibilità che si traducono in operazioni incidenti sulla condizione di una parte dei lavoratori (sospensioni, licenziamenti, mutamento delle mansioni, etc.). A questo riguardo, un'applicazione del meccanismo introdotto rischierebbe di compromettere un delicato equilibrio su cui si è ormai assestata la prevalente giurisprudenza. Per mettersi al riparo, sarei orientato a ritenere che nella fattispecie in esame l'efficacia generale dell'accordo aziendale di carattere gestionale sia tuttora assicurata direttamente dalla stessa norma di rinvio, tenuto conto altresì della qualificazione "comparativamente più rappresentativa" dei soggetti stipulanti e dell'idoneità del contratto aziendale ad incidere sull'esercizio di un potere datoriale originario che altrimenti sarebbe discrezionale.

---

[271] Va pure precisato che la disciplina richiamata non offre alcuna copertura agli accordi Fiat, non solo perché non ha carattere retroattivo, come espressamente dichiarato, ma perché quegli accordi si pongono al di fuori del circuito regolativo definito dall'accordo interconfederale del 2011, *sia* perché disconoscono il ruolo del principale sindacato, *sia* perché travalicano i limiti della derogabilità consentita agli accordi aziendali.

La soluzione non è affatto rassicurante, quanto meno per i futuri accordi, ma non può essere adeguatamente affrontata senza mettere in discussione la distinzione tipologica tra i contratti normativi e quelli gestionali, accreditata con una certa inventiva dalla Corte costituzionale[272]: distinzione che di prima impressione non avrebbe più ragione di sussistere nel momento in cui gli accordi aziendali si arricchiscono di contenuti normativi così ampi e per così dire concorrenziali a quelli del contratto nazionale.

6. L'efficacia generale della contrattazione collettiva nazionale di categoria

Come si è innanzi precisato, l'accordo non regolamenta il meccanismo di sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali destinati ad assumere un'efficacia generale nella consapevolezza che si entra in un'area sismica resa incandescente dalle recenti esperienze di accordi separati. Tuttavia l'accordo introduce un importante meccanismo di certificazione della rappresentatività delle OO.SS. per la contrattazione nazionale di categoria fondato sui dati associativi, "*riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali conferiti dai lavoratori*", da ponderare "*con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle R.S.U. da rinnovare ogni tre anni*". Inoltre la norma contempla una soglia di ingresso per la partecipazione alla contrattazione collettiva richiedendo una rappresentatività nel settore non inferiore al 5% come media tra dato associativo (iscrizioni certificate) e dato elettorale (percentuale voti ottenuti sui voti espressi)[273].

Attraverso la certificazione dei consensi ottenuti vengono così definite le premesse per una contrattazione nazionale di portata generale secondo una direttrice alquanto affine a quella vigente nella regolazione della contrattazione collettiva del settore pubblico, anche se in questo caso l'accordo improvvisamente si arresta lasciando trasparire incertezze e difformità di vedute sul punto cruciale della determinazione dei criteri di ponderazione della maggioranza necessaria per la sottoscrizione di accordi generali, preferendo rinviare ad una successiva fase negoziale dopo un necessario periodo di riflessione e di decongestionamento.

A volere andare oltre il disposto normativo, si potrebbe pensare a un meccanismo analogo a quello previsto per gli accordi aziendali di portata generale sottoscritti dalle rappresentanze unitarie, che sarebbe anche conforme a una logica partecipativa e proporzionalistica incorporata nell'art. 39 della Costituzione, essendo fondata la determinazione della rappresentatività su un meccanismo misto, adeguatamente inclusivo, che tiene conto *sia* del dato associativo *sia* di quello elettivo. Tanto più che al processo negoziale possono partecipare anche i sindacati non aderenti alle confederazioni che hanno sottoscritto l'accordo se solo ne condividono il contenuto e sono in grado di superare la soglia del 5%. Ma una volta fatto questo ulteriore passo in avanti, rimane il problema cruciale di stabilire come debba essere determinata la maggioranza necessaria per

---

[272] Criticamente sulla specifica categoria degli accordi gestionali, M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, pag. 1 ss.

[273] Conviene riportare integralmente il punto 1 dell'accordo per evitare imprecisioni: "*ai fini della certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria, si assumono come base i dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali conferiti dai lavoratori. Il numero delle deleghe viene certificato dall'Inps tramite un'apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali (Uniemens) che verrà predisposta a seguito di convenzione tra Inps e le parti stipulanti il presente accordo interconfederale. I dati così raccolti e certificati, trasmessi complessivamente al Cnel, saranno da ponderare con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rappresentanze sindacali unitarie da rinnovare ogni tre anni, e trasmessi dalle Confederazioni sindacali al Cnel. Sono ammesse alla contrattazione collettiva nazionale le organizzazioni sindacali che abbiano nel settore una rappresentatività non inferiore al 5% considerando a tal fine la media tra il dato associativo (iscrizioni certificate) e il dato elettorale (percentuale voti ottenuti su voti espressi)*".

sottoscrivere un accordo di portata generale essendo possibili opzioni alternative alquanto difformi nella sostanza (maggioranza qualificata, maggioranza dei rappresentanti, maggioranza degli elettori, maggioranza nel settore, etc.). È un nodo questo che solo le parti sindacali potranno sciogliere semmai all'interno degli stessi contratti di categoria. Al momento ci si può soltanto limitare ad osservare che le premesse definite, ove opportunamente implementate, sembrano in grado di consentire di superare i complessi nodi che hanno dato luogo ad accordi separati e di pervenire ad un accordo unitario in cui il dissenso minoritario viene per così dire assorbito nel processo formativo della volontà comune.

7. L'art. 8 del decreto n. 138/2011 sulla contrattazione collettiva di prossimità

Sul processo descritto, faticosamente proiettato ad una risistemazione del sistema di relazioni sindacali, è intervenuto "con furore iconoclastico" l'art. 8 del D.L. n. 138/2011 (conv. in L. n. 148/2011) che, non si sa se consapevolmente o inconsapevolmente, ha di nuovo scompaginato le carte ed ha travolto brutalmente gli equilibri da poco definiti nell'accordo del giugno 2011.

Nella sua prima versione la norma aveva una portata meno incisiva essendo diretta a favorire quella che con un neologismo viene definita "*contrattazione collettiva di prossimità*", in quanto indirizzata a perseguire alcuni obiettivi qualificanti in sede decentrata con un'efficacia di portata generale. Nella versione definitiva la norma originaria, oltre a subire modifiche secondarie, si arricchisce di una disposizione "esplosiva" secondo la quale "*le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro*".

Una lettura sistematica della legge ne mette in risalto le forti potenzialità destrutturanti dell'assetto vigente e gli obiettivi di politica del diritto surrettiziamente perseguiti.

A volersi soffermare sui dati più significativi, occorre rilevare che l'art. 8 richiama "*i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale*" individuando i soggetti legittimati nelle "*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*".

Il che consente subito di evidenziare che la speciale facoltà negoziale viene riconosciuta *sia* ad associazioni nazionali o territoriali *sia* autonomamente alle rappresentanze operanti in azienda, genericamente evocate con un richiamo al recente accordo del 28.6.2011, che contempla, appunto, così la figura delle rappresentanze unitarie come quella delle rappresentanze aziendali di cui all'art. 19 Statuto (ancorché con diversa valenza ai fini della redazione di un contratto generale).

La condizione perché possa essere perseguita l'efficacia di carattere generale è quella "*di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali*". Ciò implica, pur nel generico riferimento ad un "*criterio maggioritario*", una scelta precisa di riferire il criterio maggioritario alle rappresentanze sindacali anziché ai soggetti rappresentati. Segue un elenco assai ampio delle finalità perseguite suscettibile di consentire l'utilizzo dello specifico strumento sindacale ad ampio raggio essendo le finalità elencate quelle solitamente e storicamente perseguite dalle OO.SS. ("*finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, all'emersione del lavoro irregolare,*

agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività"). Del resto in una situazione di crisi economica planetaria non sarà mai difficile indicare una motivazione giustificatrice.

Altrettanto ampia, e direi onnicomprensiva, è l'elencazione delle materie che possono essere regolate (*rectius* deregolate), "*inerenti le organizzazioni del lavoro e della produzione con riferimento: a) agli impianti audiovisivi e all'introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite iva, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*", con alcune limitazioni relative al licenziamento discriminatorio e ad alcune fattispecie normative specificamente protette. Verrebbe da osservare che il legislatore ha messo un impegno particolare a non tralasciare alcun istituto significativo impiegando persino formule di chiusura ("disciplina del rapporto di lavoro") e mostrandosi sin troppo pignolo quando ha voluto evocare le "*partite iva*" che non consentono di individuare alcuna categoria giuridica normativamente conosciuta.

Ma come si è innanzi osservato, la norma più incisiva è quella contenuta nel comma 2-*bis*, art. cit., ove, fermo restando il rispetto della Costituzione nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, secondo una formula-premessa ormai di rito, si prevede che "*le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 e alle relative regolamentazioni contenute nei CCNL*".

Si potrebbe pensare che l'espressione "*anche in deroga*" sia alquanto vaga e sufficientemente delimitata dalla necessità di rispettare i vincoli costituzionali, comunitari e internazionali, per accreditare così una lettura riduttiva della norma, come riferibile essenzialmente alle norme dispositive già esistenti o a quelle di pari vincolatività che potrebbero essere introdotte nella legislazione e nella contrattazione collettiva. Tuttavia una lettura coordinata di questa norma con quella immediatamente successiva, definita di diritto transitorio, rende poco attendibile l'ipotesi prospettata. Infatti nel comma 3 si stabilisce che "*le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 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*". Qui è sin troppo evidente il peso condizionante, anche ai fini ricostruttivi, di una vicenda specifica che aveva già metabolizzato contenuti sensibilmente derogatori della legislazione del lavoro e aveva dilatato oltremodo le potenzialità del contratto aziendale sino a sostituirlo a quello nazionale. Se ciò è vero, è inevitabile che quella esperienza diventi il modello esemplificativo di ciò che i contratti di prossimità possono concretamente realizzare[274].

---

[274] Anche se non può non rilevarsi che nel caso di specie la condizione per l'efficacia generale del contratto collettivo aziendale è rappresentata dalla approvazione "*con votazione a maggioranza dei lavoratori*", cioè a dire che si adotta un criterio maggioritario diverso da quello impiegato nel comma 1 dell'art. 8, ove il criterio maggioritario era riferito "*alle predette rappresentanze aziendali*",

8. I principali interrogativi suscitati dalla recente riforma

Nel rinviare ad altri approfondimenti per una migliore esegesi del testo normativo, conviene subito porsi alcuni interrogativi per così dire strategici.

Il *primo interrogativo* si traduce nell'esigenza di delimitare i margini esterni entro cui è possibile realizzare la derogabilità *in peius*, *sia* sul piano soggettivo, *sia* sul piano contenutistico. Sotto il *primo profilo* viene confermato il riferimento alle associazioni dei lavoratori più rappresentative preceduto da un equivoco "*da*", che secondo l'interpretazione corrente consente la sottoscrizione di accordi generali anche non unitari. Sotto il *secondo profilo* – che in questa sede può essere solo accennato – un apporto per così dire problematico viene fornito dalla premessa introduttiva "*fermo restando il rispetto della costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro*".

Anche a non volere ritenere che l'intero sistema protettivo del lavoro dipendente (e di quello ad esso assimilabile) trovi un referente diretto ed immediato nel testo costituzionale, è ben nota la complessa struttura concettuale che è all'origine della legislazione del lavoro, la quale non protegge soltanto il valore di scambio della prestazione di lavoro in un contratto strutturalmente sperequato per la macroscopica disparità di potere economico e contrattuale, ma protegge altresì alcuni diritti fondamentali che hanno una valenza di carattere pubblico e generale al punto da qualificare il nostro ordinamento giuridico come "*fondato sul lavoro*". I vari aspetti protettivi della legislazione del lavoro sono spesso frammisti in un intreccio inestricabile reso ancora più impegnativo da disposizioni specifiche che sanciscono l'inderogabilità *in peius* (v. ad es. art. 12, L. n. 604/66 e art. 40 St.) e dalla prefigurazione di meccanismi sanzionatori persino di rilevanza penale.

Altrettanto complicata è l'individuazione dei vincoli derivanti dalle normative dell'Unione Europea che ormai coprono un arco tematico talmente vasto da rendere problematica una contrattazione derogatoria di ampia portata, almeno su alcuni istituti, anche per l'acquisita efficacia delle specifiche disposizioni che impegnano direttamente o indirettamente i giudici nazionali (specie dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati elevandola quindi a rango di diritto primario).

Tutto ciò rende palese la problematicità della norma introdotta inesorabilmente destinata ad alimentare un contenzioso giudiziario dagli esiti francamente imprevedibili.

Il *secondo interrogativo* consiste nello stabilire se la facoltà riconosciuta alle rappresentanze aziendali e/o territoriali di derogare disposizioni di legge e di contratto collettivo nazionale, debba implicare per logica conseguenza che anche i contratti collettivi nazionali possano ormai derogare le disposizioni imperative di legge. A prima vista si potrebbe ritenere che la scelta legislativa debba essere interpretata in termini testuali e "funzionali", in quanto volta a favorire una maggiore flessibilità della contrattazione decentrata per peculiari esigenze della specifica realtà considerata. Senonché una simile lettura si rivela palesemente illogica e irrazionale, essendo assai poco credibile che un contratto "localistico" stipulato da rappresentanze aziendali o territoriali possa

---

il che precluderebbe la possibilità di una sovrapposizione *tout court* della disposizione generale rispetto a quella "transitoria". In realtà la diversa formulazione si comprende storicamente ove si consideri che gli accordi evocati erano stati condivisi dalla maggioranza dei lavoratori sicché il legislatore ha voluto evitare il rischio che un controllo a posteriori sulle rappresentanze sindacali sottoscrittrici dell'accordo potesse precludere l'effetto di sanatoria che si andava a perseguire.

modificare alcuni istituti lavoristici, mentre ciò non sarebbe consentito attraverso contratti nazionali di categoria stipulati dalle principali associazioni sindacali, i quali tradizionalmente hanno assolto una funzione regolamentare in qualche modo parallela (e fungibile) a quella legislativa.

Accolta una tale necessaria assimilazione logica, ne scaturiscono delicati problemi di carattere tecnico volti prioritariamente a stabilire quali soggetti contrattuali "nazionali" possono derogare le disposizioni legislative e sulla base di quale criterio maggioritario (che a questo punto andrebbe ricostruito autonomamente in mancanza di indicazioni sul punto dell'accordo del giugno del 2011). Il quesito è quanto mai impegnativo perché implica un delicato collaudo di costituzionalità delle varie ipotesi prospettabili. Al momento si può soltanto dire che la norma, benché costruita sugli accordi aziendali e su una specifica finalizzazione, ha una portata per così dire implicitamente diffusiva non potendosi escludere una sua applicabilità riflessa alla contrattazione nazionale in guisa tale da modificare il tradizionale equilibro sussistente nel rapporto legge/contratto collettivo con riferimento ai principali istituti di regolazione dei rapporti di lavoro. Il che avrebbe come effetto immediato la necessità di rivedere alcuni anche recenti indirizzi giurisprudenziali che tuttora ritengono di potere censurare alcune norme contrattuali sulla base di veri o presunti principi desumibili dalla legislazione del lavoro (si pensi alle recenti sentenze sul riconoscimento degli scatti di anzianità a favore dei lavoratori impiegati in contratti formativi)[275].

Il *terzo interrogativo* consiste nello stabilire se il generico riferimento a un "*criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali*" (comma 1) implichi un rinvio implicito a quanto di recente regolato nell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Il che indurrebbe a leggere la norma in questione come norma di sostegno del recente accordo sia pure in una dimensione per così dire *ultra vires*.

Nonostante il richiamo esplicito contenuto nel comma 1 all'accordo del giugno 2011, sarei orientato ad escludere senz'altro una tale ipotesi ricostruttiva, e ciò non solo per ragioni di interpretazione letterale, ma ancor più per ragioni logico-sistematiche. Anzitutto l'accordo interconfederale riguarda specificamente i contratti collettivi aziendali e non quelli territoriali. In secondo luogo la norma interconfederale privilegia esplicitamente le R.S.U. collocando in un ambito sussidiario eventuali accordi aziendali stipulati da rappresentanze costituite ai sensi dell'art. 19, L. n. 300/70; in terzo luogo perché la norma confederale prevede un controllo centralistico delle deroghe da effettuare sia in fase preventiva sia in fase autorizzativa. Ma ciò che è ancora più importante rilevare è l'ambito restrittivo entro cui si collocano le deroghe consentite dall'accordo interconfederale in alcun modo comparabile con l'elenco di materie richiamate dalla norma commentata[276]. Ciò vuol dire, in altri termini, che una cosa è prevedere una derogabilità soggettivamente e oggettivamente circoscritta nell'ambito di un sistema organico di relazioni industriali che consente un rigoroso controllo preventivo e autorizzativo delle eventuali deroghe introdotte al

---

[275] Su cui v. da ultimo G. IANNIRUBERTO, *Riserva di competenza per l'autonomia collettiva e scatti di anzianità*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, pag. 2 ss., che esprime riserve pienamente condivise sull'indirizzo giurisprudenziale richiamato.

[276] Al punto 7 dell'accordo di giugno si prevede che la contrattazione aziendale "in deroga" possa svilupparsi anche nella fase transitoria, in assenza e in attesa che i rinnovi dei contratti di categoria definiscano la materia, e tuttavia vengono stabiliti alcuni precisi limiti che meritano di essere sottolineati: le intese modificative potranno riguardare gli istituti del contratto nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e le organizzazioni del lavoro, e dovranno essere finalizzate a "*gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa*", e infine dovranno essere concluse "*con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del presente accordo interconfederale*". Anche le intese così definite esplicano l'efficacia generale "*come disciplinata dal presente accordo*".

contratto nazionale, altro è prevedere una derogabilità ad ampio raggio ad opera di soggetti eterogenei con riferimento ad una varietà di materie e di istituti e con la possibilità di incidere profondamente sul sistema legale di tutela.

Di tutto ciò si sono mostrati perfettamente consapevoli le associazioni che hanno sottoscritto l'accordo del 28 giugno 2011 allorquando in sede di sottoscrizione in data 21 settembre 2011 hanno aggiunto la postilla secondo cui "*Confindustria, Cgil, Cisl e Uil concordano che le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti. Conseguentemente, Confindustria, Cgil, 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*".

In quelle parole vi è la chiara percezione che l'art. 8 non è suscettibile di essere utilmente integrato con l'accordo interconfederale, ma anzi ne svaluta i contenuti mettendo in discussione l'intero impianto di articolazione contrattuale su vari livelli e il presupposto fondamentale enunciato nello stesso accordo secondo cui "*il contratto collettivo nazionale di lavoro ha la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale*" (punto 2), di guisa che "*la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal CCNL di categoria o dalla legge*".

9. Le implicazioni sulla legislazione del lavoro

Altrettanto importante è poi cercare di comprendere le implicazioni che scaturiscono da una norma così perentoriamente formulata. Già si è detto dei riflessi negativi che essa può esercitare sui tentativi delle principali confederazioni di ricostituire un organico sistema di relazioni sindacali dopo la tempesta Fiat e sulle rovine del precedente sistema. Ma altrettanto problematiche sono le ripercussioni della norma sull'apparato protettivo di tutela nella misura in cui mette in discussione i principi fondanti della materia.

Senza volersi diffondere su una problematica particolarmente impegnativa, è ben noto che la struttura imperativa della norma lavoristica si connette intimamente alla posizione giuridica del lavoratore subordinato nell'attuale assetto istituzionale, il quale è assunto a prototipo dei soggetti economicamente e contrattualmente deboli e sottoprotetti che hanno bisogno di una specifica tutela di carattere compensativo. Di guisa che così come è indisponibile la qualificazione del relativo rapporto, che non potrebbe essere modificata neppure dalla legge ordinaria con riguardo a particolari fattispecie, parimenti imperativa e inderogabile è la relativa normativa di protezione al di fuori delle ipotesi in cui la derogabilità sia esplicitamente consentita, per lo più con la finalità specifica di dare maggiore spazio alla contrattazione collettiva, specie nazionale. L'inderogabilità dell'apparato protettivo è un tratto qualificante del diritto del lavoro e non a caso trova eloquenti corrispondenze nelle principali costituzioni europee e nei trattati internazionali. Il che non vuol dire che la normativa in questione non possa essere derogata da una disciplina contrattuale collettiva, ma perché ciò si realizzi occorre innanzitutto una riforma organica del sistema di relazioni industriali conforme ai principi costituzionali - in mancanza della quale ogni previsione derogatoria di carattere episodico è esposta a censure di incostituzionalità - ma occorre altresì una delimitazione dei margini di flessibilità normativa al fine di tutelare il "nucleo duro" dei diritti fondamentali come ricostruito da una qualificata dottrina. Per contro la norma, per come risulta formulata, ha un potenziale modificativo eccessivamente elevato e indeterminato non

adeguatamente filtrato da regole e principi direttivi di carattere restrittivo, e, ciò che è più inquietante, affida il potere derogatorio a soggetti almeno in parte inadeguati, quali sono le rappresentanze aziendali, frequentemente in posizione di forte soggezione rispetto alla controparte imprenditoriale.

Né ha valore richiamare quelle norme che già consentono alla contrattazione aziendale di integrare o modificare disposizioni di legge giacché quelle norme sono strutturate sulla base dei canoni sommariamente indicati: preventiva selezione dell'area tematica su cui intervenire, rigorosa selezione/qualificazione dei soggetti sindacali delegati in posizione maggioritaria - e su ciò già si è registrato un pericoloso scivolamento quando si è trattato di sostenere accordi non unitari - linee direttive e temporali previamente definite.

È pur vero che anche in passato alcuni di noi hanno postulato un principio di equipollenza strutturale e funzionale della norma legislativa rispetto a quella contrattuale ritenendo che fosse del tutto compatibile con l'assetto costituzionale un'interazione funzionale e dinamica tra i due processi protettivi[277]. Senonché tale equivalenza è stata ricostruita in un contesto politico e istituzionale che esaltava il ruolo delle principali centrali sindacali e la loro capacità di autonoma regolazione dei rapporti sindacali e di lavoro. Inoltre essa è stata prospettata con riferimento a determinate aree tematiche secondo una gerarchia di interessi e valori direttamente desumibile dall'assetto costituzionale. Infine - ciò che più conta – quella ricostruzione faceva riferimento esclusivo al contratto collettivo nazionale di lavoro: ciò sul presupposto che, nell'assetto costituzionale e nella prassi legislativa del nostro paese, il contratto nazionale di categoria è deputato a svolgere un ruolo regolamentare con efficacia generale e quindi ad operare in una dimensione che travalica la natura negoziale del relativo atto per proiettarsi nella dimensione di una forma tipica e in qualche modo privilegiata di disciplina dei rapporti di lavoro.

Oggi il discorso viene prospettato in tutt'altro contesto politico-istituzionale e con la finalità opposta di esaltare la discrezionalità contrattuale di alcuni grandi gruppi industriali la cui visione egemonizzante delle proprie esigenze può soltanto portare allo sgretolamento del sistema vigente. È pur vero che la norma delimita i soggetti deputati alla sottoscrizione dei contratti aziendali con particolare riferimento alle associazioni dei lavoratori "comparativamente più rappresentative" sul piano nazionale e territoriale, e che richiede "specifiche intese" che rinviano alla necessità di operazioni derogative volontarie, consapevoli e delimitate. Ciò nondimeno il riferimento a una rappresentatività comparata a livello territoriale, il recupero della tradizionale rappresentanza aziendale, e l'intrinseca ambiguità del termine "specifiche intese", non sono per nulla rassicuranti, tanto più se si adotta un criterio maggioritario riferito alle rappresentanze sindacali e non ai soggetti che sono da essi rappresentati.

10. La derogabilità dei contratti nazionali ad opera degli accordi di prossimità

Autonome riserve desta la facoltà attribuita alla contrattazione aziendale di prossimità di derogare norme del contratto nazionale e ciò in particolare in quegli ambiti che esulano dalle direttive

---

[277] Per tutti v. L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Milano, 1976, pag. 277, e dello stesso Autore, *legge e autonomia collettiva*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1980, pag. 692, nonché G. FERRARO, *Ordinamento,* cit., sulla base di un'analitica ricostruzione dei caratteri strutturali della norma legislativa e di quella contrattuale; M. NAPOLI, *Configurazione del contratto collettivo e regole di interpretazione,* in *Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi*, Roma, 2000.

formulate dallo stesso contratto nazionale attraverso clausole di rinvio e di delegazione. Su questo aspetto si investe direttamente l'autonomia organizzativa delle associazioni sindacali e la funzione che essi hanno tradizionalmente assegnato al contratto nazionale. Anche a non volere replicare la retorica sul valore etico del contratto nazionale, per la uniformità che realizza delle condizioni di lavoro sull'intero territorio nazionale (peraltro su condizioni minimali di tutela costruite sul paradigma dell'impresa marginale), l'inderogabilità del contratto nazionale riflette un dato economico-sociologico in quale misura pre-giuridico[278], giacché riflette la naturale esigenza dei principali sindacati di esercitare un controllo monopolistico delle condizioni di impiego della forza lavoro per evitare rincorse al ribasso in un mercato strutturalmente sperequato (connessa a tale funzione è la naturale proiezione del sindacato a coinvolgere tutti i lavoratori potenzialmente interessati e a rendere il contratto collettivo automaticamente vincolante nei rapporti di lavoro). Certamente si tratta di un dato storico non immutabile – anche se trova ampio riscontro nella nostra legislazione del lavoro da tempo immemorabile (basterebbe pensare alla legge n. 741 del 1959, ovvero alla nuova versione dell'art. 360, n. 3, c.p.c., per non parlare della regolamentazione sul pubblico impiego), e per taluni riflesso nello stesso contenuto dell'art. 39, comma 4 – che tuttavia, alla luce dei principi di libertà ed autonomia sindacale, soltanto il sindacato sembra legittimato a rimuovere o modificare, che è appunto quanto solitamente avviene attraverso le clausole di organizzazione e di articolazione del sistema sindacale (v. per tutte Corte Cost. n. 34/85 e n. 189/2007)[279].

Un intervento legislativo che si intromette d'autorità in una materia tradizionalmente tipica, se non esclusiva, dell'autonomia collettiva, peraltro da poco disciplinata, realizza non solo una fuga in avanti ma un'indebita invasione di competenze. Altro sarebbe stato se il legislatore si fosse limitato a sancire l'efficacia generale degli accordi stipulati secondo i criteri e le procedure previste dall'accordo del giugno 2011 e nelle materie delimitate dalla stessa contrattazione. Anche in questi casi sarebbero insorte questioni di compatibilità con i vincoli costituzionali, ma il percorso sarebbe stato meno accidentato, non solo perché la Corte Costituzionale ha sempre manifestato una particolare benevolenza a tollerare leggi che recepiscono accordi sindacali, ovvero leggi negoziate, ma anche perché l'accordo del giugno del 2011 disciplina procedure di formazione della volontà collettiva compatibili con i principi fondamentali desumibili dalla norma costituzionale (democraticità, proporzionalità, maggioranza)[280]. In questo modo sarebbero stati egualmente assicurati quegli obiettivi di flessibilità che, secondo le roboanti dichiarazioni governative, ci vengono perentoriamente richiesti dalla comunità internazionale, e ciò senza effettuare alcuna indebita invasione di campo. E invece il legislatore è andato ben oltre e ha voluto strafare per assecondare le richieste di "sanatoria" di un'azienda che si era mossa "sopra le righe" e che rischiava di trovarsi invischiata in un contenzioso giudiziario senza vie di uscita.

---

[278] G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporti individuali di lavoro*, 1985, sp. pag. 35 ss.

[279] Come si è efficacemente sintetizzato all'esito di una attenta rassegna "*In contesti storici particolari non è da escludere che il legislatore intervenga per la tutela dei lavoratori, ma ipotizzare che in materie tradizionalmente riservate all'autonomia sindacale egli possa senza alcun limite fissare delle regole o imprimere una direzione che le parti stipulanti hanno chiaramente esclusa, significa svuotare di contenuto quell'art. 39, comma 1, la cui precettività è fuori discussione. Del resto, in un'epoca in cui lo stesso legislatore affida alla contrattazione collettiva la piena regolamentazione del rapporto (significativo è il caso della "privatizzazione" del pubblico impiego), ovvero tende a conferire frequentemente ed espressamente ambiti di tutela dei lavoratori alla predetta contrattazione, una opinione, che non ponga limiti all'intervento della legge, si pone in controtendenza rispetto ad una politica di valorizzazione dell'azione sindacale e turba quell'equilibrio che faticosamente le parti sociali, con reciproche concessioni, hanno raggiunto in materie – è bene ribadirlo – non regolate dai principi fondamentali del diritto del lavoro*", G. IANNIRUBERTO, *Riserva di competenza*, cit., pag. 11.

[280] Su cui M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione*, cit., pag. 665.

11. Cenni conclusivi sui profili di costituzionalità

Senza volere indugiare in una polemica più volte sviluppata sugli attuali indirizzi di politica del diritto e sulle tecniche adoperate, non si può fare a meno di censurare il fatto che una norma di tale portata sia stata forgiata su esperienze aziendali in qualche modo estreme, che postulano una amplificazione del potere manageriale, un ridimensionamento dello spazio di agibilità del sindacato e una forte contrazione dei margini di sindacabilità giudiziaria sui processi economici e sociali. Sotto questo profilo la norma fa da logico *pendant* con quanto stabilito in alcune norme del recente "Collegato lavoro" (in particolare con l'art. 30, comma 1, L. n. 183/2010). Come in quel caso il legislatore non interviene sui singoli istituti modificandone gli equilibri interni, ma introduce formule tecniche e deleghe in bianco che hanno una forte portata destabilizzante rispetto alle regole consolidate e ai vigenti livelli di tutela. Con la differenza che, mentre il Collegato lavoro nelle norme richiamate si concentra prevalentemente sulla disponibilità dei diritti dei lavoratori prefigurando variegate procedure conciliative e arbitrali che ne favoriscono l'ampia transigibilità, la norma in esame conduce un attacco diretto e frontale alla norma inderogabile nel diritto del lavoro con esiti a ben vedere ben più radicali. Per fare un esempio a caso, basterebbe pensare a come improvvisamente sia divenuto evanescente il recente e tormentato dibattito sull'arbitrato di equità, e sulla sua compatibilità con la legislazione imperativa, una volta che la disciplina protettiva ha assunto connotati di così ampia derogabilità persino ad opera della contrattazione decentrata.

Di fronte ad operazioni così *tranchant*, superata una prima fase di sbigottimento, come se ci si trovasse di fronte a corpi estranei improvvisamente calati nell'ordinamento giuridico, si pone un delicato impegno – che può essere qui solo tratteggiato - di verificarne la compatibilità istituzionale.

Di prima impressione non mi sembra affatto peregrina la tesi di una incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 39 nella parte in cui prefigura un procedimento tipico per stipulare contratti ad efficacia generale. È pur vero che la norma costituzionale sembra costruita sul modello del contratto di categoria tralasciando del tutto il contratto territoriale e quello aziendale, e che almeno in parte guarda indietro all'esperienza corporativa, e tuttavia il principio di libertà sindacale rende flessibile quel concetto di delimitazione soggettiva fondato sulla "categoria" in considerazione delle autonome e mutevoli valutazioni delle parti sociali. Ciò è proprio quanto hanno realizzato le parti negoziali negli accordi Fiat nel momento in cui hanno delimitato un contratto di primo livello con un'autonoma potenzialità regolatrice. E allora quel modello di contratto normativo non può essere sottratto a una verifica di costituzionalità nel momento in cui viene generalizzato nella sua portata applicativa. A questo riguardo va appena ribadito che se la norma si fosse limitata a recepire l'accordo di giugno, molti problemi sarebbero stati automaticamente attenuati, se non risolti, perché quell'accordo sembra agevolmente inquadrabile nella cornice di principi che è consentito estrapolare dall'art. 39 Cost.

Conclusione in qualche modo analoga può essere delineata con riferimento all'indebita interferenza sull'autonomia organizzativa delle associazioni sindacali - autonomamente garantita dal comma 1 dell'art. 39 - le quali si sono trovate improvvisamente spiazzate rispetto a un equilibrio negoziale faticosamente costruito, che poteva costituire il primo passo di un percorso *in progress* suscettibile di risolvere almeno alcuni dei molti problemi che si sono venuti accumulando negli ultimi anni. Pur a non sopravvalutare la portata precettiva del procedimento ivi indicato, non è in alcun modo in discussione che la norma costituzionale stabilisca alcuni principi indisponibili da

parte del legislatore ordinario: assicura cioè in primo luogo il più ampio pluralismo sindacale e la connessa necessità di adottare un criterio proporzionalistico quale presupposto per realizzare accordi di portata generale. Ebbene la norma in esame non garantisce il rispetto dei principi richiamati, limitandosi ad enunciare un criterio maggioritario il quale è tollerabile soltanto quando sia stata garantita "a monte" la partecipazione proporzionalistica di tutte le associazioni sindacali che vogliono contribuire a un processo normativo unitario (come avviene nel caso delle R.S.U. regolate dall'accordo 2011). Certamente si può dire che un vizio analogo affligge, almeno in parte, anche i recenti accordi sindacali e tuttavia è facile replicare che ciò che è consentito ai soggetti sindacali nell'esercizio della propria autonomia regolamentare non può essere automaticamente traslato sul piano legislativo senza una preventiva verifica di compatibilità con i principi costituzionali.

Quanto poi alla norma transitoria ad efficacia retroattiva, a tralasciare la generica evocazione di diritti quesiti sui quali la Corte Costituzionale mostra una notevole indifferenza, essa fa affiorare quei sospetti di incostituzionalità solitamente rilevabili con riferimento a disposizioni normative "ad personam" che hanno la finalità specifica di intervenire su controversie pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria obbligando i giudici a pervenire ad una soluzione della lite diversa da quella che avrebbero adottato in mancanza della norma specifica. Ed è superfluo aggiungere che nel caso di specie il riferimento alle vicende Fiat e al relativo contenzioso non poteva essere più esplicito.

Sotto quest'ultimo profilo la norma potrebbe entrare in rotta di collisione sinanche con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, molto più severa della giurisprudenza italiana nel censurare norme retroattive, specie se *ad personam,* per contrasto con l'art. 6 della convenzione CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 (ma v. pure art. 111 Cost.). Il che vorrebbe dire che la norma transitoria sarebbe in conflitto con gli stessi limiti postulati dal comma 2-*bis*, allorquando richiama i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali[281].

Questioni altrettanto delicate si pongono con riferimento alle singole aree tematiche su cui può esercitarsi il potere derogatorio dei contratti di prossimità, ed alcune di esse sono state già accennate nel corso della trattazione, ma oltre non è consentito andare se ci si vuole mantenere nei limiti di una riflessione di primo impatto sulle recenti novità.

---

[281] La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha costantemente affermato (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, quinta Sezioni *UNEDIC c. Francia*, ricorso n. 20153/04, Sentenza 18 dicembre 2008) che "*se, in principio, al potere legislativo non è impedito regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni a portata retroattiva, i diritti derivanti da leggi in vigore, il principio della prevalenza del diritto e la nozione del processo equo sanciti dall'art. 6 (…) si oppongono, salvo che nel caso di motivi interpretativi di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione nella giustizia allo scopo di influire sulla conclusione giudiziaria della causa (sentenze Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia 9 dicembre 1994, § 49, serie A n. 301-B, National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito, 23 ottobre 1997, § 112, Raccolta delle sentenze e decisioni 1997-VII e Zielinski e Pradal e Gonzalez et al. C. Francia [GC], nn. 24846/94 e da 34165/96 a 34173/96, § 57, CEDH 1999-VII)*". In particolare sulle norme retroattive v. da ultimo, per tutte, sentenza del 7 giugno 2011, causa Agrati e a. contro Italia, & 84.

Contrattazione collettiva e Unità d'Italia*

Lorenzo Zoppoli

1. Politica e società nel processo di unificazione nazionale: la contrattazione inesistente. 106

2. Lo "Stato sindacale" edificato dal fascismo. 107

3. Contrattazione collettiva, ricostruzione economica e Costituzione repubblicana: la continuità responsabile del sindacato-istituzione. 109

4. I limiti ordinamentali del sindacato soggetto politico: la subordinazione della contrattazione alla legge nella giurisprudenza costituzionale degli anni '80. 112

5. Contrattazione collettiva e unificazione socio-economica: la dialettica centro/periferia tra aziendalismo e differenziazioni territoriali. 113

6. L'esperienza della programmazione negoziata degli anni '90. 114

7. Le riforme "costituzionali" dell'ultimo decennio: a) la contrattazione collettiva nella Costituzione federalista. 116

8. Segue: b) l'incidenza dell'Unione europea su tipologia e livelli della contrattazione collettiva. 117

9. Segue: c) la ristrutturazione del sistema di contrattazione collettiva italiano e i problemi attuali dell'unificazione del Paese. 118

10. Al posto delle conclusioni: una periodizzazione provocatoria. 119

Riferimenti bibliografici. 120

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 130/2011

1. Politica e società nel processo di unificazione nazionale: la contrattazione inesistente.

È bene chiarirlo subito: la contrattazione collettiva – cioè l'attività di negoziazione delle condizioni di lavoro svolta da organizzazioni sindacali che rappresentano gli interessi delle parti che stipulano i contratti di lavoro subordinato – nemmeno esisteva quando l'Italia è stata unificata. Si è soliti farla infatti risalire all'ottobre 1906, data in cui fu stipulato il primo contratto collettivo tra la Federazione nazionale degli operai metallurgici (in futuro metalmeccanici) e la Fabbrica di automobili Itala. Nel 1906 (anno in cui nasce anche la Confederazione generale del lavoro, cioè la madre di tutti i sindacati attuali) l'Italia era unita – almeno sulla carta – da quasi 50 anni[282].

Tuttavia non è con questo approccio carico di acribia storica che il tema da me proposto oggi può essere trattato. Sarebbe infatti del tutto astratto porsi il problema del contributo all'Unità fornito da soggetti – i sindacati dei lavoratori – che in Italia nacquero come tali solo verso la fine dell'800 (al 1848 si fanno risalire le prime tracce, torinesi, di associazioni di mutuo soccorso) e nacquero con una doppia connotazione – internazionalistica e localistica – nella quale mancava proprio la componente nazionale. Questa era, per un verso, estranea alle ideologie che alimentarono le principali correnti del sindacalismo italiano[283]; e, per altro verso, troppo lontana dalle forze reali dei sindacati delle origini, che erano radicati soprattutto nei pochi territori dove esisteva un'industria o una tecnica di coltivazione non basata sulla piccola proprietà o sul latifondo (v. Passaniti, 2008). Si può dunque dire che per un primo, lungo, periodo l'azione contrattuale dei sindacati, per ragioni teoriche e pratiche, si sviluppa quasi senza incrociare le problematiche dell'Unità d'Italia: a conferma di una tesi storiografica accorsata secondo la quale l'unità politica fu tutt'altro dall'unità economica e sociale.

Tuttavia il contratto collettivo – o un suo antenato denominato concordato di tariffa – costituisce un pezzo fondamentale dell'esperienza dei probiviri (v., da ultimi, Marchetti 2006; Passaniti 2006), che fu una delle più avanzate sperimentazioni nella regolazione dei rapporti di lavoro dell'Italia unificata (esperienza partita con una legge del 1893 e affossata dal fascismo, dopo una tardiva riforma con d.lgt. del 1918 rientrante tra i provvedimenti emergenziali connessi alla prima guerra mondiale)[284]. Da essa poteva venir fuori una traccia istituzionale idonea a edificare un sistema negoziale in cui far coesistere il radicamento consuetudinario delle regole riguardanti i rapporti di lavoro nelle imprese o nei territori e una normativa capace di elevarsi al rango di principi, valori e fattispecie codificate. Purtroppo l'esperienza fu gracile e realizzata in modo diseguale sul territorio nazionale (nel 1900 si contavano 18 giurie al Nord, 6 nell'Italia centrale e 1 in Sicilia: Passaniti 2008, p. 244). I probiviri operavano al Nord, dove c'erano le imprese; mentre il Sud

---

[282] E quel primo contratto non ebbe poi un gran seguito: v. Pedrazzoli, 1983, p. 812 ss.; ma vedine l'importanza nel primo dibattito sulla legislazione in materia di contratto di lavoro nel Consiglio superiore del lavoro di inizi '900, nel quale emerge il pensiero di Giuseppe Messina, un giusprivatista che darà il primo rilevante contributo italiano alla costruzione dottrinale del contratto collettivo (v., da ultimo, l'interessante ricostruzione di Passaniti 2008, p. 164 ss.).

[283] Socialiste, anarchiche e cattoliche, dunque tutte poco coinvolte nell'edificazione dello Stato unitario, anche se per ragioni diversissime; la componente mazziniana, con la sua forte spinta unitaria, nel 1860 era ormai minoritaria tanto in Parlamento quanto nel nascente movimento operaio: v. De Bernardi 1993; Barbadoro1979.

[284] I probiviri erano una magistratura speciale non togata, che poteva essere istituita, in alternativa a quella ordinaria, "nei luoghi dove esist(evano) fabbriche o imprese industriali" (art. 2 l. 295/1893) "là dove il bisogno di pacificazione fosse più sentito, a giudizio del potere esecutivo" (Redenti 1906, p. 80, nell'edizione anastatica curata da S. Caprioli 1992). Si trattava di collegi a composizione mista, eletti dai rappresentanti delle imprese e dei lavoratori (con elettorato riconosciuto anche alle donne, fatto all'epoca del tutto straordinario), ed avevano competenza a risolvere le controversie di lavoro secondo equità (non esistendo una legislazione specifica sul contratto di lavoro) entro certi limiti di materia e di valore.

rimaneva estraneo alla costruzione di una cultura industriale come di una cultura istituzionale moderna. E la riforma della legge sui probiviri nell'Italia liberale diventa "la metafora tecnica di una riforma costituzionale che non riesce a trovare una forma" (id., p. 262). Circa cento anni fa la riforma dei probiviri si arena tra la visione di Filippo Turati e Giovanni Montemartini che "sviluppa un'Italia milanese" (id., p. 247: a Milano operava la metà dei collegi esistenti) e quella di Gino Murialdi, sindacalista-cooperatore-probiviro-socialista, che puntava sull'estensione di un'esperienza arbitrale maturata nella Genova dell'imbarco e sbarco dei carboni. Al riguardo si è parlato di un diritto del lavoro "di tradizione regionale da estendere al resto d'Italia" (Passaniti, p. 248). E l'estensione non riesce in età giolittiana, registrandosi invece un impantanarsi del dibattito riformista sulla legislazione generale sul contratto di lavoro. Anche questa sterilità delle grandi riforme del lavoro ad inizio secolo farà sì che "il pragmatismo decisionale della giurisprudenza probivirale finisce per favorire il precoce passaggio della leadership del moderno diritto del lavoro dalla massa indistinta degli oscuri eroi che subirono l'industrializzazione senza capirla – artigiani non più del tutto artigiani e contadini non più del tutto contadini – alla classe media, la quale se ne approprierà per rappresentare con efficacia crescente le domande di protezione proprie della figura sociale del disoccupato intellettuale che arricchisce gli stereotipi del Sud arcaico e semifeudale. Infatti il costo più impalpabile e sottilmente perverso del microriformismo probivirale è che il diritto del lavoro italiano – la cui matrice ricca di venature piccolo-borghesi lo espone all'attrazione esercitata dal paradigma normativo dell'impiego pubblico – tende a "meridionalizzarsi…" diventando, da un lato, "un diritto dispensatore di provvidenze, garantismi e magari di favori" e, dall'altro, "un diritto che non ridistribuirà potere" (Romagnoli, 1995, p. 94-95). Il giudizio di Romagnoli è assai severo, forse troppo. Tuttavia esso è particolarmente significativo, se si considera che il periodo di sviluppo liberale del diritto del lavoro si chiude in sostanza con l'approvazione della l. del 1919 sul contratto di lavoro impiegatizio (già pronto nel 1913), poi ripresa dal primo legislatore fascista nel 1924 (con il R.D.L. 13.11.1924 conv. con l. 18.3.1926 n. 562) che sostanzialmente vale ad assicurare agli impiegati privati alcune delle garanzie riconosciute ai dipendenti pubblici già dal 1908. Quella legge non era applicabile agli operai e non menzionava neanche la contrattazione collettiva.

2. Lo "Stato sindacale" edificato dal fascismo.

La contrattazione collettiva dovette attendere il pieno dispiegarsi dell'ideologia fascista per entrare tra le tecniche "istituzionali" di regolazione del lavoro. Ma non ci volle molto (v. sempre Passaniti 2008, p. 313) e fu un ingresso in grande stile: come tale accompagnato da onori ed oneri che segneranno in modo pressoché indelebile il rapporto tra lo Stato italiano e la contrattazione collettiva. Innanzitutto c'è da dire che il modello corporativo fu prestissimo tradotto in un'organica legge sui rapporti sindacali, la "fascistissima" l. 3 aprile 1926 n. 563, grazie alla quale venivano istituiti i sindacati unici di categoria e ai contratti collettivi di lavoro veniva attribuita la medesima efficacia giuridica delle leggi dello Stato. Tutto questo in una cornice filosofico-antropologica ispirata al pensiero di Giovanni Gentile e diretta alla costruzione dello Stato etico in cui l'*homo corporativus* – sostituto "ideale" dell'*homo oeconomicus* di matrice liberale (Romagnoli, 1995, p. 101) – avrebbe consentito di realizzare "i fini unitari e comuni della vita della nazione" attraverso la collaborazione dei fattori della produzione (al riguardo emblematico è l'art. 2104 del codice civile del 1942). Di particolare interesse è poi il dibattito che si svolge tra giuristi di grido – W.

Cesarini Sforza, O. Ranelletti[285], A. Rocco, G. Capograssi, S. Panunzio, V.E. Orlando, G.M. De Francesco - nel "triennio costituzionale della dittatura" (Marchetti, 2006, p. 207) con riguardo allo "Stato sindacale".

Si trattava con tutta evidenza di un progetto ambizioso e astratto, che non faceva i conti con la realtà dei poteri economici: o meglio li faceva all'insegna del più puro ideologismo, dal momento che, pur valorizzandoli in modo del tutto inedito sotto il profilo istituzionale, privava i sindacati dei lavoratori della libertà di organizzarsi e di scioperare, sradicandoli dalle fabbriche, centralizzando la contrattazione e burocratizzando le rappresentanze sindacali, divenute mere propaggini del Partito nazionale fascista. Tuttavia sul piano delle ideologie giuridiche, la storia della codificazione del sistema corporativo ha consegnato alle istituzioni un contratto collettivo completamente trasfigurato rispetto al periodo liberale. Sotto questo punto di vista è emblematica la vicenda della Carta del lavoro, approvata dal Gran Consiglio del fascismo nel 1927 come Carta di principi fondamentali in materia di lavoro (erano 30 articoli davvero densi), ma tradotta in una regolazione giuridicamente efficace soltanto nel 1941 (cioè già in piena guerra e alla vigilia della promulgazione del codice civile corporativo). Troppo lungo e complesso, oltre che qui di ridotto interesse, sarebbe ripercorrere le ragioni politiche e tecniche di questo ritardo. Di grande rilievo è però che per tutto il periodo corporativo "la giuridificazione della Carta del lavoro" camminò "sulle gambe della contrattazione collettiva" (Romagnoli 1995, p. 115). Come "l'allineamento operai-impiegati con il metodo gradualistico ed empirico della contrattazione collettiva (fu) la sola risposta storicamente possibile ad una domanda di giustizia distributiva ostacolata da una vistosa mancanza di affinità socio-culturale" (id., p. 119). E nemmeno da trascurare è che, nonostante la l. del 1926 e le convinzioni di Alfredo Rocco sull'equiparazione tra legge e contratto collettivo, anche nell'esperienza rigidamente pubblicistica di quel periodo il contratto collettivo deve basarsi su un principio consensualistico perché anche nel sistema delle fonti di diritto corporativo il primato dei contratti "si giustifica in ragione della loro naturale inclinazione a rispecchiare fedelmente gli equilibri delle forze organizzate del lavoro e del capitale" (id., p. 116).

Nel bene e nel male lo Stato italiano forgiato dall'ideologia giuridica del corporativismo fascista istituzionalizza un nuovo potere normativo che promana da soggetti ai quali l'esperienza liberale non avrebbe mai permesso tanto[286]. Si apre una nuova epoca, che viene anche vissuta, come sarà vissuta gran parte di quella esperienza: cioè come un'esperienza caratterizzata da un accentuato afflato interventista e decisionista, diretta a supplire anche alle debolezze dell'esperienza liberale che non era riuscita a dar vita ad una classe dirigente nazionale. In questa prospettiva il fascismo tende "ad incorporare gli organismi di resistenza economica (i sindacati e le cooperative) negli ingranaggi dello Stato borghese" (Accardo-Fresu 2009). Un'operazione indubbiamente ascrivibile ad una strategia vincente nella lotta di classe di quegli anni. Ma anche un'operazione che contribuisce ad inserire tra le classi dirigenti nazionali i sindacalisti e tra la strumentazione istituzionale

[285] Oreste Ranelletti, nel febbraio 1920, proprio nell'Università di Napoli tiene un'appassionata prolusione al corso di Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione sul rapporto tra "Stato e sindacati".

[286] Emblematica è la riflessione di Oreste Ranelletti, già citata, sulla quale v. Marchetti 2006, p. 174 ss.; ma di grande interesse è anche l'originale pensiero di Francesco Carnelutti, così come ricostruito di recente da Romagnoli 2009, spec. p. 176 ss.

il contratto collettivo (facendone per certi versi "una ricettina antisciopero": v. Passaniti 2008, p. 156).

Tutto questo però, ancora ad un livello di realizzazione dell'unità politico-istituzionale del paese piuttosto che verso un'unificazione socio-economica (salvo l'uniforme livellamento verso il basso dei salari). Un'unificazione che era stata vista in tutt'altra direzione da Filippo Turati nel giugno 1920, in un emblematico discorso parlamentare su "Rifare l'Italia"[287]. In quel discorso Turati – evocando l'economia nuova di Walter Rathenau – auspicava che si andasse verso un'unificazione economica ed istituzionale del Paese risolvendo il doppio problema dell'elefentiasi burocratica e del Mezzogiorno e facendo sì che "il lavoratore sia legato all'opera, sia interessato all'opera" e che "nel consorzio che deve formarsi di tutti gli interessi, fra proprietari, Stato, capitale, lavoro, il lavoro debba dominare…non solo (con) garanzie pel presente e per l'avvenire, ma diventa(ndo) compartecipe dell'impresa, col sistema delle azioni di lavoro, o con altri sistemi di cointeressenza". Ma era un auspicio ben lungi dal realizzarsi, soprattutto all'epoca di Filippo Turati (un po' meno quando, nel 1982, quel discorso viene richiamato da Sandro Pertini nella presentazione a un libro su Turati). Infatti l'esortazione a "Rifare l'Italia" era densa di significati e di prospettive molto innovative per le politiche sindacali e legislative, ma, al di là dei meriti o demeriti di Turati, era un discorso ormai tardivo. La prima guerra mondiale aveva infatti già segnato una svolta culturale profonda, sfidando il movimento operaio, nelle sue espressioni politiche e sindacali, a misurarsi con una proposta politico-economica all'altezza di una vera e propria emergenza nazionale. Come accadrà in futuro tante altre volte nella storia dell'Italia unita, ci si attestò su una polarizzazione favorevole alla destra politica: la tutela prioritaria dell'interesse nazionale fu il tema privilegiato da uno schieramento filo-imprenditoriale, piuttosto lontano dalla democrazia (infatti avrebbe partorito cultura e struttura istituzionale della dittatura fascista), che batteva molto sulla collaborazione tra le forze produttive, mentre il movimento operaio, sulla spinta delle vicende russe, flirtava con una rivoluzione social-comunista tanto suggestiva quanto invisa alla maggioranza del popolo italiano. Come si sa dopo i corposi studi di Renzo De Felice, gli italiani, pur con diversi livelli di consapevolezza, aderirono in massa alla rivoluzione mussoliniana, senza alcun presentimento degli esiti drammatici che essa avrebbe ben presto avuto.

3. Contrattazione collettiva, ricostruzione economica e Costituzione repubblicana: la continuità responsabile del sindacato-istituzione.

Dopo il disastro politico ed economico della II guerra mondiale, il sindacalismo italiano si ritrovò giocoforza attraversato da una tensione solidaristica che divenne il cemento con cui ricostruire il sistema contrattuale nel secondo dopoguerra. Se si considera quanto era accaduto dopo la grande guerra, nessuno può stupirsi di questo. In un breve lasso di tempo prese perciò il sopravvento un centralismo organizzativo e negoziale che segnò sia il superamento dei fermenti rivoluzionario-partecipativi che avevano di nuovo interessato le fabbriche del Nord dal 1943-44 sia il graduale recupero delle priorità produttivistiche delle imprese[288]. Davvero emblematica in quel periodo è la convergenza di analisi politica tra Di Vittorio e Togliatti che - il primo nel 1945, nella

[287] Che in seguito servirà a Sandro Pertini, Presidente della Repubblica, per dire che movimento operaio e patriottismo si identificano: v. Passaniti 2008, p. 307 e 310.

[288] Persino con il superamento del blocco dei licenziamenti, introdotto da un d.lgt. del 1945 ed eliminato con un accordo interconfederale del 19 gennaio 1946: v., da ultimo, Merli Brandini 2011.

qualità di segretario generale della Cgil, e il secondo nel 1947, in quanto membro dell'Assemblea Costituente - considerano una priorità la ricostruzione nazionale, ritenendo che da essa possa derivare alla classe operaia un'autorità morale molto più importante di quella materiale (v. Romagnoli-Treu, p. 14). Anche più significativa e duratura è poi l'opzione organizzativa che matura intorno al primo congresso della Cgil unitaria (che si svolge a Napoli nel 1945), dove prevale l'impostazione social-comunista favorevole a dare preminenza all'organizzazione orizzontale – camere del lavoro e confederazione – su quella verticale – sindacati provinciali e federazioni di categoria (per la seconda propendeva nettamente la componente cattolica). Come si è notato sin dalle prime ricostruzioni storiche delle strategie sindacali, quella opzione era "aderente alla realtà di un paese spaccato in due …Nel Sud sono particolarmente accentuati gli elementi economico-strutturali che condizioneranno l'intero sviluppo del nostro sindacalismo, favorendone la ricostruzione su base orizzontale e su obiettivi universalistici…la grande prevalenza di manodopera occupata nel settore agricolo in forme preindustriali o in attività industriali molto arretrate, la conseguente debolezza del mercato del lavoro e la precarietà dell'occupazione, per cui il sindacalismo del Sud avrà per anni il suo nerbo pressoché esclusivo negli edili, nei braccianti e nei lavoratori semioccupati" (Romagnoli-Treu, p. 123; v. anche Ricci 1986, p. 202 ss.).

Questo non deve far pensare che non si ricostituiscano da subito forti organizzazioni categoriali (in specie meccanici, tessili e braccianti), in linea con le esperienze liberale e fascista, ma, per circa un decennio, "alla contrattazione di categoria, benché riconfermata come struttura contrattuale fondamentale, si pongono limiti severi quanto al potere decisionale degli agenti negoziali. E ai livelli più bassi gli spazi si restringono ulteriormente. In base alla stessa logica … si stabilisce che le proposte (eccezionali) di contrattazione locale devono essere sottoposte all'approvazione della rispettiva federazione nazionale e della camera del lavoro provinciale e che la libertà di iniziativa deve essere conciliata con l'esigenza della disciplina sindacale". Una risoluzione congressuale Cgil del 1952 bolla addirittura "tutte le tendenze dei sindacati provinciali a sottrarsi alla direzione delle federazioni nazionali e delle camere del lavoro" come "nocive agli interessi delle masse lavoratrici". Perciò "devono essere rigorosamente combattute" (le citazioni sono tutte da Romagnoli-Treu, p. 129-130).

Anche quando il solidarismo post-bellico fu incrinato dalle spaccature politico-ideologiche che portarono alla nascita di Cisl e Uil (1948 e 1949), accordi interconfederali e contratti collettivi nazionali di categoria restarono per molto tempo – e nel pieno rispetto della tradizione corporativa come della lettera della Costituzione – forma e sostanza del sistema di relazioni industriali italiano (v. Santucci 2004). E la teoria giuridica di quegli anni – rappresentata da uno studioso del calibro di Francesco Santoro-Passarelli (sul cui pensiero in materia v., per tutti, Rusciano 1997) – fornì il carburante concettuale necessario, riconducendo al diritto civile il contratto collettivo ed elaborando la categoria dell'interesse collettivo inteso come riferibile unicamente alla dimensione extraziendale e nazionale (v. Tarello). Una ricostruzione che tendeva a proiettare nell'empireo delle categorie giuridiche un assetto contrattuale storicamente giustificato, come si è visto, ma proprio per questo da sottoporre a verifiche continue quanto ad aderenza alla realtà economico-organizzativa e sociale.

Oggi, da giuristi, ci si potrebbe porre il problema di quanto questo assetto, così centralizzato e per certi versi statico, sia stato alimentato proprio dall'art. 39 Cost., che indubbiamente prende in considerazione la struttura della contrattazione che si era vista all'opera fino ad allora (v. Giugni 1956, Mancini 1976, Rusciano 1984/2003). E le speranze, costantemente deluse fino ai nostri

giorni, di attuazione legislativa del disegno costituzionale mantennero viva la tensione a non far indebolire quel modello contrattuale accentrato e fortemente orientato a potenziare la valenza eteronoma del contratto nazionale. Comunque laddove il legislatore fallì, riuscirono dottrina e giurisprudenza: e sostennero le scelte contrattuali che si muovevano verso un'individuazione compatta dell'interesse della categoria professionale come categoria unitaria a livello nazionale.

Si può dunque dire che approccio politico-sindacale e modello giuridico-costituzionale filtrato dalla dogmatica del tempo valgono a dare all'Italia repubblicana un attore che fino ad allora era stato sconosciuto o marginale: un forte sindacalismo nazionale, capace cioè di influire sulle politiche che incrociano i temi dell'Unità del paese più o meno realizzata nelle varie dimensioni politica, economica e sociale.

La sintonia tra direzione politica ed azione contrattuale dei sindacati fu marcata e pressochè indolore per circa vent'anni, alimentata dal boom economico dei primi anni '60. Ma l'attrazione dei soggetti sindacali e dell'attività contrattuale nel sistema politico è una costante del modello italiano e si riscontra, seppure con varianti rilevantissime, con sempre maggiore potenza e incisività fino ai giorni nostri, invariabilmente rinnovata dagli approcci programmatori del primo centro-sinistra; dalla strategia delle riforme strutturali degli anni '70; dal primo regionalismo declamatorio; dalle politiche di solidarietà nazionali e dalla riedizione della politica dei redditi di fine anni '70 (stagione del diritto del lavoro dell'emergenza e poi della crisi); dalla concertazione degli anni '80 sfociata, nel gennaio 1983, nel primo grande "accordo separato" che divide di nuovo Cgil, da un lato, e Cisl e Uil dall'altro (c.d. accordo di San Valentino, poi realizzato attraverso un decreto legge); dai grandi protocolli, di nuovo unitari, degli anni '90, che hanno consentito l'ingresso dell'Italia nella zona dell'Euro nel 2001 (in particolare il Protocollo del 23 luglio 1993, considerato da un grande studioso come Gino Giugni la nuova "carta costituzionale" delle relazioni industriali italiane: Giugni 2006, p. 162); e, infine, dalla riforma della struttura della contrattazione realizzata con gran fatica tra il 2009 e il giugno di quest'anno.

Tutta questa fenomenologia ha al centro un attore sindacale che si nutre di strategie politiche e che funzionalizza la contrattazione collettiva al progetto politico che il sindacalismo – unito o drammaticamente diviso – ritiene di appoggiare nell'interesse nazionale dei lavoratori. Ne scaturisce un'azione sindacale imponente ed importante, sia per la complementarità tra diritti costituzionali e omogeneità a livello nazionale tra tutele legislative e contrattuali sia per i concreti riflessi sui contenuti dei singoli contratti di lavoro. Essa però finisce per arricchire più le soggettività ed il pluralismo del sistema politico che l'autonomo contributo che la contrattazione collettiva in sè e per sè avrebbe potuto e potrebbe ancora dare all'effettiva unità d'Italia, un'Italia che continua ad essere per molti (troppi) anni un paese con profonde differenze territoriali senza strategie di sviluppo socio-economico opportunamente diversificate. In questo scenario socio-economico una contrattazione collettiva che si configura come una regolazione generale ed astratta (assai simile alla "legge": v. Ferraro 1981; Vardaro;) corre un doppio rischio: di non "coprire" larghe zone del Paese, caratterizzate da iniziative economiche di corto respiro e da un largo utilizzo di lavoro nero, e di non garantire ai lavoratori delle imprese più produttive e moderne retribuzioni proporzionate alla "qualità" del lavoro prestato (o di lasciare questa funzione ai superminimi concessi *ad personam*, talvolta con la prassi deprecabile dei "fuori busta" sottratti alla contribuzione previdenziale e alla tassazione generale). Per di più molti dei grandi accordi interconfederali stipulati all'insegna dell'emergenza o della crisi vengono spesso "pagati" con drammatiche divisioni sindacali, che rallentano e rendono tortuosi i percorsi evolutivi della contrattazione collettiva, privandola di quella

qualità dinamica che la rende una fonte particolarmente adatta a bilanciare tutela del lavoro ed efficienza organizzativa, anche differenziando con equilibrio diritti e doveri delle parti dei contratti individuali.

4. I limiti ordinamentali del sindacato soggetto politico: la subordinazione della contrattazione alla legge nella giurisprudenza costituzionale degli anni '80.

Non si può trascurare in una ricostruzione come questa una vicenda giuridico-istituzionale che si verifica a metà degli anni '80, quando si è ormai pienamente manifestato il potenziale costruttivo di un modello di relazioni contrattuali denominato, non solo in Italia, neo-corporativo e basato sulla concertazione trilaterale delle politiche economiche e sociali. Si tratta di un modello che sembra riportare in auge il disegno di un governo dell'economia centralizzato ed incentrato su uno stretto raccordo politico-sindacale, tale da valorizzare l'anima politica del sindacato, ma a patto che quell'anima metta il più rapidamente in sordina la propensione conflittuale sviluppatasi, prima nell'industria e poi anche nel terziario, quasi ininterrottamente dalla fine degli anni '60. In questo disegno la contrattazione collettiva ha un ruolo fondamentale, purchè abbia una struttura centralizzata e sia rigidamente rispettosa dei vincoli economico-finanziari pattuiti in sede di macro-concertazione. Accordi e contratti collettivi maturati all'interno di questo modello varranno a modificare molto le regole legali e negoziali intorno alle quali si era andato formando il diritto del lavoro degli anni '70. Ma quel che ora più rileva sotto il profilo giuridico è che, pur confermando la necessità di una legittimazione sociale aggiuntiva ai circuiti della rappresentanza politica, il modello neo-corporativo ha mostrato un limite invalicabile nell'intreccio tra governo politico e concertazione sociale. Tale limite è ovviamente emerso nei momenti di maggior tensione tra le parti, cioè quando sul piano concertativo non tutto ha funzionato ed è stato necessario "blindare" in norme di legge alcuni contenuti negoziali contestati da alcune parti sociali (segnatamente la Cgil). È apparso così alla metà degli anni '80 un contrasto forte e inedito tra la legge e la contrattazione collettiva, contrasto non del tutto limpido quanto al processo di formazione delle due fonti, perché nella specie la legge (d.l. 70/1984 conv. con l. 219/84) era negoziata e la contrattazione collettiva depauperata del consenso originario. Ma denso di significati istituzionali, perché portava per la prima volta all'attenzione della Corte costituzionale (oltre che degli specialisti della materia) la questione del conflitto tra il circuito della legittimazione politica, che si esprimeva attraverso una legge, e quello della legittimazione sociale, che non era tale da modificare autonomamente un accordo interconfederale vigente. La Corte costituzionale (già intervenuta su vicende analoghe con alcune sentenze del 1980, n. 141 e 142) si pronunciò con grande cautela, ben sapendo di andare a toccare un vero e proprio tabù del diritto sindacale italiano, cioè l'esistenza di una riserva costituzionale di competenza a favore della contrattazione collettiva nella disciplina dei rapporti di lavoro e, in particolare, dei trattamenti retributivi. Tabù che si era autoalimentato grazie alla lettura sempre più dilatata della garanzia della libertà dell'organizzazione sindacale prevista dall'art. 39 c. 1 Cost. Con la sentenza n. 34 del 1985, nonostante il garbo e le cautele argomentative della Corte, quel tabù andò in frantumi. Infatti la Corte disse, molto sinteticamente, che "sino a quando l'art. 39 non sarà attuato, non si può né si deve ipotizzare conflitto tra attività normativa dei sindacati e attività legislativa del Parlamento". Ovvero che la qualificazione formale del contratto collettivo come atto di autonomia negoziale lo pone strutturalmente in una posizione gerarchicamente sottordinata rispetto al legislatore, indipendentemente dal procedimento seguito per l'approvazione della legge. Dunque la concertazione è un meccanismo meramente politico che poco o nulla incide sulla costituzionalità di leggi limitative della

contrattazione collettiva (sul punto v. Giugni 1984; De Luca Tamajo 1979; Zoppoli L. 1985; Roccella 1986; Ghera 1990). È vero che la Corte dice anche che "l'autonomia collettiva non può essere …annullata o compressa nei suoi esiti concreti"; ma aggiunge che "compressione e annullamento possono verificarsi …quando detta autonomia introduca un trattamento deteriore rispetto a quanto previsto dalla legge, ovvero, nell'ipotesi opposta, a salvaguardia di interessi generali" (oltre a Corte Cost. 34/85, v. 697/88, 124/1991, 143/1998 e 393/2000). Con il che tramonta ogni ipotesi di pan-sindacalismo, essendo l'apprezzamento dell'interesse nazionale rimesso pur sempre al legislatore.

5. Contrattazione collettiva e unificazione socio-economica: la dialettica centro/periferia tra aziendalismo e differenziazioni territoriali.

Se il ruolo politico della contrattazione collettiva non può che esprimersi all'interno di una cornice costituzionalmente garantita ma fortemente condizionata dal legislatore statale, c'è però un altro versante, meno marcatamente politico e più squisitamente sociale, dal quale è possibile ed utile valutare l'autonomo contributo che la contrattazione collettiva può dare e ha dato all'unità d'Italia. Si tratta di un contributo forse meno visibile e diretto, perché può esprimersi attraverso negoziazioni dal raggio applicativo più limitato che sovente introducono differenze tra lavoratori occupati in imprese o territori diversi tra loro. Ma, almeno in un'ottica giuridica, dovrebbe essere abbastanza evidente che unificare una nazione non significa garantire a tutti i lavoratori i medesimi diritti/doveri e, tanto meno, identici trattamenti economico-normativi. Una volta salvaguardati i diritti fondamentali su tutto il territorio nazionale, si tratta piuttosto di saper differenziare opportunamente i trattamenti in modo da riconoscere il maggiore impegno quantitativo o qualitativo o, in ogni caso, la sostenibilità economica di garanzie che debbono avere il loro fondamento in sistemi organizzativi solidi.

Per capire se e quanto la contrattazione collettiva ha fornito questo tipo di contributo all'unificazione nazionale, si deve tornare un po' indietro nella storia, guardando a come il deciso avvio della contrattazione centralizzata alla fine della seconda guerra mondiale ha sacrificato l'azione sindacale in azienda che in quel periodo si andava incardinando sui consigli di gestione e sui germi di una partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese. Allora il padronato non capì che quella partecipazione – opportunamente rivisitata anche alla luce delle suggestive idee balenate intorno all'art. 46 Cost. (v., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Zoppoli L. 2011) – avrebbe potuto essere la base per un'azione sindacale meno politicizzata e, forse, più adatta ad un paese che aveva bisogno di sviluppare non solo un'industria moderna ma anche una cultura del lavoro nuova e condivisa. Ci fu invece una convergenza tra la chiusura datoriale e il neo-centralismo classista della Cgil, che valse a rimettere al centro la contrattazione nazionale ed ancor più interconfederale, sotto il profilo politico-economico meno preoccupante sul momento, anche se in fondo caratterizzata da una marcata continuità con l'esperienza corporativa.

Toccò alla Cisl andare a rimuovere le acque già dalla metà degli anni '50, per rilanciare su nuove basi soggettive ed oggettive la questione dell'aziendalizzazione della contrattazione, vista anche come uno strumento per premiare chi più contribuiva allo sviluppo nazionale, senza ancorare i trattamenti dei lavoratori alle imprese marginali. Era una prospettiva pericolosa: ma era nuova e interessante proprio perché rispondeva ad una diversa cultura economica basata su un minore tasso di dirigismo rigido, in virtù del quale lo sviluppo socio-economico o era comune a tutte le imprese e a tutti i lavoratori oppure non faceva parte della ricchezza nazionale. Tuttavia quella

scelta Cisl – pur mettendo alle corde l'impostazione primigenia della Cgil, costretta a rivedere gli eccessi di centralismo organizzativo e contrattuale - non fu un successo. L'aziendalizzazione della contrattazione si affermò contro le imprese, solo negli anni della conflittualità permanente (1968-1975) e sulla base di soggettività e culture che poco avevano in comune con il produttivismo cislino di derivazione statunitense (Treu). Tanto che gli approdi successivi della stessa Cisl oscillarono tra un pan-sindacalismo onnipotente, ma astratto (accantonato, come s'è visto, solo vent'anni dopo, almeno sul piano delle ricostruzioni giuridico-istituzionali), e un movimentismo generoso, ma confinato in una categoria (la FIM).

Fu così che sul piano squisitamente sindacale il maggior contributo autonomo fornito dalla contrattazione collettiva all'unità di Italia lo si può vedere negli accordi interconfederali del 1969 che, rivedendo scelte fatte dagli stessi sindacati nel dopoguerra (v. Merli Brandini, cit.), abolirono le sette zone salariali in cui era divisa l'Italia, zone denominate "gabbie salariali" (in virtù delle quali nelle provincie più povere i salari erano più bassi, fino ad un differenziale del 30%). Così la contrattazione dava il suo robusto e, all'epoca, sacrosanto contributo all'egualitarismo. Ma quel contributo avrebbe di lì a poco risentito del fatto che sull'altro versante – quello delle relazioni con la produttività aziendale - la contrattazione non era riuscita a superare la vecchia impostazione centralistica. Si aprirà così un decennio di forti tensioni, dove si alternano negoziazioni di ogni livello volte ad acquisire tutto l'acquisibile senza troppi riguardi ai conti economici (il salario variabile indipendente) a fasi di forte accentramento impostate ad austerità quasi sempre egualitaria. Agli inizi degli anni '80 si fa poi strada a livello di impresa un altro tipo di contrattazione collettiva, c.d. concessiva o difensiva, attraverso la quale i sindacati vengono coinvolti nella gestione delle crisi aziendali al fine di negoziare quantità e scelta del personale eccedente e/o ridurre i livelli delle tutele contrattuali in cambio del mantenimento, totale o parziale, dell'occupazione.

6. L'esperienza della programmazione negoziata degli anni '90.

Se si esclude un timido spiraglio innovativo che si profila verso la fine degli anni '70 (quando si tenta di spostare sul territorio il baricentro organizzativo delle organizzazioni sindacali), bisogna arrivare agli anni '90 per ritrovare un barlume di strategia di diversificazione contrattuale che non sia un mero specchio dei rapporti di forza politici contingenti. E che riproponga così un approccio anche sindacale che affronti il problema di garantire l'Unità di un'Italia che appare sempre più incapace di superare o almeno attenuare le diversificazioni socio-territoriali. Oltre tutto quelle diversificazioni vanno accentuandosi a causa, innanzitutto, dei processi di riorganizzazione e riallocazione delle imprese, caratterizzati da diffuse scelte di *downsizing*, esternalizzazioni, delocalizzazioni e finanziarizzazione che penalizzano proprio il Sud meno industrializzato; e, in secondo luogo, per l'emergere a livello politico-culturale di visioni localistiche e veri e propri egoismi territoriali, destinati inevitabilmente a ripercuotersi sulle scelte sindacali e contrattuali.

La riforma della contrattazione collettiva maturata nel '92-'93 può essere considerata una prima risposta, specie laddove amplia gli spazi di contrattazione salariale connessa alla produttività aziendale e fissa regole dirette a dare certezza agli operatori. L'essenza del protocollo del 1993 è però politica, in quanto finalizzata soprattutto a consentire di porre sotto stretto controllo la spesa pubblica e rientrare nei parametri di Maastricht (1992) (per una tempestiva segnalazione dei limiti di quell'accordo v. D'Antona 1993).

Più interessante ed innovativa è la stagione della c.d. programmazione negoziata, cioè di una nuova strategia di promozione dello sviluppo economico basata, almeno teoricamente, su

percorsi negoziati di livello locale diretti a individuare condizioni di favore per promuovere sviluppo e occupazione. In questo scenario, che emerge compiutamente con il Patto per il lavoro del 24 settembre 1996 (Romagnoli 1997), l'azione sindacale si arricchisce di nuovi strumenti, denominati patti territoriali e contratti d'area (v. Zoppoli 1999; Viscomi 1999; Salomone 2005), con i quali, d'intesa con le imprese interessate e con le amministrazioni pubbliche competenti, è possibile porre alcune peculiari regole all'utilizzo del lavoro in iniziative dirette a favorire investimenti con significative prospettive occupazionali. Tale contrattazione territoriale non appare tipologicamente riconducibile alla precedente esperienza della contrattazione decentrata integrativa (introdotta, pur con alterne vicende, sin dai primi anni '60, soprattutto nelle partecipazioni statali), in quanto la funzione propulsiva dello sviluppo economico-occupazionale tende a prendere il sopravvento su quella più "classica" di tipo regolativo/distributiva. Con essa le parti – che, come s'è detto, sono molte ed eterogenee - mirano a individuare un punto di equilibrio dinamico tra esigenza di tutela dei lavoratori e condizioni che favoriscano investimenti *labour intensive*, senza i quali o non vi sarà ricchezza aggiuntiva o tale ricchezza non riguarderà i lavoratori che vivono in un determinato territorio, ma non riescono a trovare lavoro presso le imprese o le amministrazioni in esso localizzate. Per non tarpare le ali a questa nuova funzione della contrattazione collettiva sarebbe stato necessario non inserirla in modo troppo rigido e strutturato nel sistema contrattuale esistente, provando piuttosto a potenziarla e a darle credito (così, con qualche proposta *de iure condendo* valida in quel momento, L. Zoppoli 1999, p. 1374). Purtroppo non andò affatto così.

Di quell'esperienza restano alcune idee rilevanti e alcuni nodi ancora irrisolti. Le prime sono così sintetizzabili: a) la contrattazione collettiva può servire a riattivare una società civile priva di una valida guida politica; b) essa può utilmente intrecciarsi con procedure programmatorie più duttili e specifiche rispetto a quelle di uno Stato nazionale sempre meno in grado di regolare i mercati divenuti o troppo ampi (globalizzazione) o più reattivi alle politiche virtuosamente tarate sulle realtà locali; c) è coerente con un riassestamento degli apparati pubblici che va potenziando i livelli di governo decentrato dei territori e valorizzando moduli consensuali nel cuore dell'azione amministrativa; d) e può consentire una flessibilizzazione consensuale delle regole del lavoro quando queste siano imprescindibili per lo sviluppo economico delle aree arretrate o in declino industriale (v. già Zoppoli 1999, 1362). I nodi irrisolti che hanno appannato o azzerato l'utilità della programmazione negoziata sono più difficili da sintetizzare. Riprendendo analisi già proposte (id., 1365) per quanto qui può servire, basti dire che la programmazione negoziata a livello locale avrebbe richiesto: amministrazioni pubbliche efficienti e capaci di programmare, soprattutto in ambito regionale; imprese dinamiche e disposte a rischiare in proprio; organizzazioni sindacali competenti e disposte a mettere la sordina a pregiudizi e diffidenze ideologiche; una contrattazione collettiva sostenuta da una legislazione più chiara e più adeguata alla morfologia e alle funzioni via via assunte nella concreta esperienza . Proprio al Sud – ancora una volta terreno privilegiato di prova - queste condizioni non c'erano o c'erano in misura assai limitata. Per cui non meraviglia che anche la contrattazione territoriale si sia progressivamente spenta, stretta nella tenaglia di un rigore economico-finanziario delle amministrazioni centrali, da un lato, e dell'incapacità delle reti locali di esprimere un dinamismo dai risultati concretamente misurabili, dall'altro. Né è da escludere che a raffreddare la spinta iniziale abbia contribuito l'attesa di riforme istituzionali che potenziassero a tutti i livelli l'efficacia delle politiche territoriali capaci di avvicinare quantità e qualità di sviluppo di un'Italia ancora "troppo lunga" (Ruffolo 2009) per essere socialmente più coesa.

7. Le riforme "costituzionali" dell'ultimo decennio: a) la contrattazione collettiva nella Costituzione federalista.

Le riforme, seppure in ritardo e attraverso percorsi assai tortuosi, arriveranno agli inizi del nuovo millennio e arriveranno a tutti i livelli: in Italia, con la nuova Costituzione federalista del 2001; in Europa, con il nuovo Trattato di Lisbona del 2007 (entrato in vigore nel 2009), che contenendo una Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei fa le veci di una vera e propria Costituzione europea; nel sistema negoziale nazionale, con le nuove regole sulla struttura della contrattazione collettiva del 2009/2011. Ovviamente per ognuna di queste riforme – di cui qualcuna ancora fresca di stampa - si dovrebbe svolgere un'analisi approfondita, qui impossibile e, per certi versi, prematura. Azzardando alcune considerazioni d'insieme, penso che tutte e tre queste importanti riforme pongano in risalto una doppia contraddittoria caratteristica della contrattazione collettiva osservata sotto il profilo che oggi ci interessa. La prima è che le grandi innovazioni riguardanti in vario modo l'Unità nazionale non camminano più sulle gambe della contrattazione collettiva, che sembra arrivare sempre in ritardo e al rimorchio di eventi o non percepiti o troppo lontani dalla sua capacità di incidere nella realtà. La seconda è che ogni riforma finisce per confermare, o addirittura potenziare, ruolo e spazio che la contrattazione collettiva può avere nel costruire un'Italia all'altezza delle sfide della modernità. In conclusione, avendo già accennato qua e là alla prima deludente caratteristica, mi soffermerò sulla seconda.

Cominciando dalla revisione della Costituzione italiana del 2001, è evidente, specie nell'art. 117 - che ristruttura profondamente l'esercizio della potestà legislativa, redistribuendo tra Stato e Regioni le competenze per materie - che la contrattazione collettiva non è più in cima ai pensieri del nostro costituente, non essendo affatto menzionata nella novella del Titolo V della nostra Carta fondamentale. Per colmare questa grave lacuna gli interpreti sono stati costretti all'avvilente esercizio di ricondurre la contrattazione collettiva o all' "ordinamento civile" (art. 117 c. 2 lett. l Cost.), così assoggettandola per intero alla legislazione statale come un qualsiasi prodotto dell'autonomia negoziale, ferme ovviamente restando le garanzie di cui all'art. 39 Cost.; oppure alla "tutela e sicurezza del lavoro" (art. 117 c. 3 Cost.), dovendo immaginare una competenza concorrente tra Stato e Regioni. A parte il declassamento concettuale di una "fonte" fino a pochi anni prima, come s'è detto, configurata in concreto alla stregua di una vera e propria legge, nessuna delle due soluzioni esegetiche convince per intero. Ed è certo possibile prospettarne di più equilibrate, in virtù della quale una cooperazione tra legislatori plurilivello potrebbe fornire al Paese un sistema contrattuale più solido ed efficace, magari articolato tra principi fondamentali e definizione dei livelli essenziali dei diritti sindacali – contenuti in leggi dello Stato - e regole specifiche per il miglior funzionamento dei sistemi di relazioni sindacali regionali – ammissibili anche ad opera dei legislatori regionali (v. Zoppoli L. 2004, p. 14-15; v. anche Salomone 2005).

Ma sarebbe inutile continuare su questo registro di analisi: si ripercorrerebbero solo dibattiti teorici. Nella realtà delle politiche del diritto, più o meno concretamente perseguite in materia dal 2001 ad oggi, non si va oltre una gran confusione sul piano dei modelli e dei progetti (con un centro-destra che oscilla tra proclami federalisti o, nella specifica materia delle relazioni sindacali, astensionistici e interventi drasticamente limitativi; e un centro-sinistra che ripropone approcci centralistico/egualitari, salvo ad inseguire radicalismi aziendalistici dell'ultim'ora) e la frammentarietà di interventi del legislatore statale o regionale che incidono su questo o quell'aspetto dell'esperienza contrattuale.

Insomma l'incedere faticoso e zoppicante dell'Italia federalista non ha sinora partorito alcun organico e significativo progetto di sistema contrattuale da poter confrontare con quanto viene fuori sugli altri piani istituzionali. Intanto non vanno però sottovalutati i segni di uno sgretolamento della cultura solidaristica e unitaria, che era il cemento originario delle nostre organizzazioni sindacali. Non al punto da insidiare la forza sindacale delle tradizionali confederazioni, dal momento che il sindacalismo leghista appare un fenomeno ancora assolutamente marginale (anche se non inesistente: v. prima il SAL e poi il Sin.Pa.). Non è però da trascurare che è in sensibile crescita un orientamento politico-elettorale di tipo leghista proprio tra la tradizionale base confederale, persino laddove sembrerebbe insospettabile (mi riferisco alla Cgil: v. Carrieri-Damiano 2010, p. 21 ss. e 215 ss.). E questo non può che riflettersi sia sui problemi di declinante capacità rappresentativa dei territori ai vari livelli sia sui possibili sviluppi di una contrattazione collettiva indebolita e destrutturata da una riforma federalista certamente incompiuta, ma altrettanto certamente poco sensibile alla rivitalizzazione dei circuiti nazionali della legittimazione sociale.

8. Segue: b) l'incidenza dell'Unione europea su tipologia e livelli della contrattazione collettiva.

Così come la contrattazione collettiva, pur potendolo, stenta ad incrociare i percorsi di crescita istituzionale a livello regionale, anche a livello europeo si può registrare qualcosa di analogo. Con una sensibile differenza: che solo di recente la contrattazione collettiva è entrata a far parte di quegli indefettibili strumenti di solidarietà riconosciuti a tutti i cittadini europei dalla Carta dei diritti fondamentali entrata in vigore con il Trattato di Lisbona (art. 28). Non che prima la prassi negoziale fosse estranea alle dinamiche dell'Unione; ma essa era stata intrufolata tra le procedure per produrre regole di diritto europeo (c.d. dialogo sociale), senza che l'Unione stessa si facesse garante dell'esistenza giuridica di una contrattazione a livello di singolo Stato (v. Delfino 2004; Alaimo-Caruso 2011). Ora non è più così e tutti gli Stati membri devono riconoscere "ai lavoratori e ai datori di lavoro, o alle rispettive organizzazioni, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero" (art. 28). Anche se la norma riconosce tale diritto "conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali", con essa si può senz'altro dire che la contrattazione collettiva fa parte del modello sociale europeo, nel senso che gli Stati dell'Unione devono in qualche modo consentirla, sebbene in un difficile contemperamento con il riconoscimento delle libertà economiche che derivano dai Trattati dell'Unione (v. i noti casi Laval, Viking ecc., su cui, per tutti, Carabelli; Caruso; Veneziani-Andreoni; A. Zoppoli).

Ciò detto sul piano del ruolo e delle potenzialità, la dimensione europea ai fini del discorso di oggi rileva però soprattutto per un altro aspetto. Per il sistema contrattuale italiano l'Europa, anche e soprattutto giuridicamente, costituisce infatti più una sfida che un sostegno. La maggiore circolazione di capitali ed imprese alimenta infatti il fenomeno della delocalizzazione negli Stati che offrono condizioni di lavoro più vantaggiose per le imprese (fenomeno mondiale, ma che a livello dell'Unione è addirittura normativamente sostenuto). A questo fenomeno non è facile reagire senza un fortissimo impegno della politica. Ma la contrattazione che voglia in qualche modo salvaguardare i livelli di tutela raggiunti in ciascun paese, dovrebbe essere capace di estendere il suo raggio di azione anche nelle imprese che operano fuori dal singolo Stato, almeno con la finalità di ridurre i divari eccessivi. Ciò dovrebbe portare verso una contrattazione di livello sovranazionale o transnazionale a difesa dei modelli sociali nazionali più sviluppati, come potrebbe essere ancora l'Italia, rispetto, ad esempio, alla Polonia o alla Romania. Questi temi sono all'ordine del giorno

delle politiche sindacali (assai più delle articolazioni federaliste in Italia) e va ricordato che, da qualche anno, cominciano a delinearsi in Europa significative esperienze di contrattazioni regionali interstatuali (che cioè riguardano territori appartenenti a diversi Stati-nazione, ad esempio tra Germania, Belgio, Olanda e Lussembrugo: v. L. Zoppoli, 2006, p. 28) o di accordi transnazionali di impresa (v., per tutti, Ales 2007; Scarponi 2011). Se andranno avanti aggregazioni contrattuali nuove, l'emergere di un livello contrattuale sovranazionale – variamente modulabile – si ripercuoterà sensibilmente sulle caratteristiche e sui contenuti dei sistemi contrattuali dei singoli Paesi e, indubbiamente, su quello italiano.

9. Segue: c) la ristrutturazione del sistema di contrattazione collettiva italiano e i problemi attuali dell'unificazione del Paese.

In ultimo qualche considerazione proprio sulle recenti riforme del sistema di relazioni sindacali italiano. Va riconosciuto che anche la "carta costituzionale" del nostro sistema sindacale, cioè il Protocollo del 23 luglio 1993, ha assai stentato ad adeguarsi ai mutamenti in atto. Infatti quella "storica" riforma dopo un decennio è diventata essa stessa una sorta di "camicia di Nesso", contro la quale sempre più si sono scagliati politici e parti sociali, indebolendo quella autorità morale che alle confederazioni era venuta proprio dall'aver saputo compiere nel 1993 l'importante scelta di moderazione salariale e cauta modernizzazione della struttura contrattuale che consentì all'Italia di entrare in area Euro. Dopo molte occasioni perdute, in un tribolatissimo 2009, la riforma è arrivata, ma nelle condizioni peggiori, cioè con un'intesa siglata solo con alcune delle principali Confederazioni sindacali (assente, ancora una volta, la Cgil) che non contiene soluzioni organiche e durature e ripropone una dinamica emergenziale destinata ad accentuare la politicizzazione e le divisioni degli schieramenti sindacali (v., per tutti, Bellardi 2009). In questo quadro il dato più visibile nella riforma del sistema contrattuale del 2009 è stata la spinta verso una nuova aziendalizzazione, assai rischiosa per una equilibrata tutela del lavoro, soprattutto perché sganciata da un riequilibrio di poteri interni all'azienda. Tutto ciò è stato aggravato dalle ben note vertenze Fiat di Pomigliano d'Arco e di Mirafiori, esplose nel corso del 2010 con un tale fragore da rimettere in discussione anche gli assetti raggiunti con la recentissima riforma generale della struttura della contrattazione (su cui v. per tutti Carinci F. 2011a; Zoppoli L. 2011).

Solo in *extremis* si è evitato un pericoloso avvitamento delle dinamiche sindacali nazionali, raggiungendo una nuova intesa sindacale il 28 giugno 2011, che ridefinisce in modo generalmente condiviso la struttura della contrattazione collettiva, individuando anche criteri oggettivi per la misurazione della rappresentatività sindacale nel settore privato (già introdotti dal 1998 per la contrattazione collettiva nelle amministrazioni pubbliche) e prevedendo, in un quadro più equilibrato, un ruolo maggiore, rispetto al Protocollo del 1993, per la contrattazione aziendale legata alla promozione dello sviluppo o alla gestione delle crisi. Si riprendono così discorsi di qualche anno fa, seppure con molta cautela, più divisione ideologica e senza superare tutti i nodi irrisolti segnalati a suo tempo. Soprattutto si è ancora ben lontani da un adeguamento della legislazione alle nuove funzioni che la contrattazione collettiva dovrebbe svolgere nell'interesse nazionale (per le diverse opinioni v. Romagnoli 2011; Bellardi 2011; Speziale 2011; Ichino 2011; Scarpelli 2011; Carinci 2011b).

Comunque l'accordo del 28 giugno 2011, tenendo ai margini un legislatore che non sembrava troppo desideroso di intervenire, sembrava essere riuscito a tamponare una grave emergenza emersa nel sistema di relazioni sindacali, che rischiava di produrre un eccesso di frammentazione

negoziale a livello aziendale e un eccesso di conflitto sociale e di contenzioso giudiziario. La nuova crisi borsistico-finanziaria dell'agosto 2011 ha all'improvviso scosso il legislatore italiano dal suo letargo, fornendo l'occasione per introdurre una fantasiosa "contrattazione di prossimità", che dovrebbe servire a favorire la ripresa della produttività del sistema paese (art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138). Forse è solo un nuovo grimaldello per smantellare tutele, come subito e autorevolmente si è scritto (Romagnoli 2011); tra l'altro congegnato in modo tale da alimentare molti dubbi interpretativi (v. Maresca 2011) e di costituzionalità (Rusciano 2011; Mariucci 2011), solo in parte rimossi dagli emendamenti apportati in sede di conversione del d.l. 138. Di certo il legislatore ha introdotto una norma dal tenore ambiguo e foriera di un contenzioso potenzialmente infinito (v. anche Ichino 2011)[289]. Con tutte le riserve del caso, anche nell'art. 8 del d.l. 138/2011 c'è però uno spiraglio riguardante la contrattazione territoriale, che può essere utilizzato per politiche di sviluppo differenziate e non meramente aziendalistiche. E non è detto che le contrattazioni territoriali siano necessariamente peggiorative delle tutele del lavoro. Proprio queste potrebbero delineare nuovi percorsi per rilanciare rappresentanze sociali coese che mettano al primo posto un rilancio dell'unificazione del paese all'insegna di una nuova equilibrata crescita, che miri a valorizzare il lavoro e l'impegno senza però dare sempre di più a chi già ha di più. Del resto se la contrattazione collettiva fosse unicamente orientata a ridimensionare i diritti dei lavoratori diverrebbe davvero un rito inutile e per certi versi controproducente: una prassi ontologicamente riformista non può infatti essere utilizzata per mimare una realtà piena di ingiustizie e irrazionalità. Meglio allora lasciar fare a chi concepisce le riforme come un epico regolamento di conti all'interno di un'*èlite* ormai culturalmente invecchiata e biologicamente imbolsita che, da decenni, si spartisce le briciole di un potere nazionale sempre più indebolito.

10. Al posto delle conclusioni: una periodizzazione provocatoria.

Tracciando qualche breve considerazione conclusiva, sembra che il rapporto tra la contrattazione collettiva e il processo di unificazione del paese abbia conosciuto tre diversi stadi. Un primo stadio va, anno più anno meno, dal 1860 al 1920: si tratta di sessant'anni in cui la regolazione sociale dei rapporti di lavoro non poteva fornire alcun contributo ai processi di unificazione perché,

---

[289] La norma, dopo gli emendamenti in sede di conversione, è la seguente: "1. 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 maggiore 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. 2. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: *a)* agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; *b)* alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; *c)* ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; *d)* alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative e a progetto e le partite Iva, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro, nonché fino a un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento. 2-bis. Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazioni sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro".

banalmente, mancavano adeguati strumenti istituzionali. Il secondo periodo, a mio parere, va visto in modo abbastanza unitario nei successivi sessant'anni – nonostante la profonda frattura valoriale e ordinamentale (mi riferisco, ovviamente, all'ordinamento giuridico dello Stato italiano) realizzata con la Costituzione del 1948. Fatto sta che fino a buona parte degli anni '80 del '900 l'azione contrattuale delle organizzazioni sindacali appare una forma di regolazione fortemente condizionata, nel bene e nel male e con le dovute differenze, dal sistema politico, nel senso che, pur garantendo ai lavoratori crescenti diritti formalmente omogenei sul territorio nazionale e fornendo un proprio specifico contributo tecnico-regolativo grazie ad una strumentazione istituzionale via via più ricca ed articolata, essa risponde in ultima analisi ad indirizzi di tipo marcatamente politico, risultando così fortemente condizionata nello sviluppare interventi regolativi articolati e differenziati secondo logiche più genuinamente socio-economiche. Solo negli ultimi trent'anni si è posta, con crescente intensità, la questione di un assetto istituzionale della contrattazione collettiva che riconosca a questa importante ed irrinunciabile tecnica di regolazione una maggiore autonomia a vari livelli (territoriali o organizzativi). Si tratta di una sfida molto complessa, che, tra l'altro, sembra abbastanza chiaramente riconducibile al declino generale della sfera politica rispetto a quella dell'economia. Ma è una sfida che non può essere affrontata riavvolgendo semplicemente la pellicola della storia d'Italia, da collocare per di più in un contesto generale di ridimensionamento delle autonomie dei singoli Stati. Si tratta allora di mettere meglio a fuoco le caratteristiche concettuali ed istituzionali di questa nuova autonomia da riconoscere alla contrattazione collettiva perché non venga meno il contributo specifico ai processi di intelligente unificazione del Paese. Per dirne una, è chiaro che tale autonomia può non contrastare con contenuti regolativi dei rapporti di lavoro utili a realizzare l'obiettivo di una maggiore unificazione socio-economica del Paese; ma essa può anche preludere ad una disgregazione maggiore e più scriteriata di quella attuale. Perché ciò non accada sembra necessaria una pre-condizione: l'affermarsi di una visione condivisa, innanzitutto a livello nazionale, su quel che è possibile diversificare in via negoziale e quello che invece va mantenuto omogeneo in quanto attinente alle condizioni minime per garantire la cittadinanza sociale a tutti i lavoratori italiani (*id est* a tutti coloro che lavorano regolarmente sul territorio nazionale, compresi gli extracomunitari). Questa visione condivisa non riesce ad emergere né tra le forze politiche né tra le organizzazioni sindacali (e ne è una riprova la rudimentalità dell'art. 8 del d.l. 138/2011, poco attenuata – e anzi resa più visibile – dalle modifiche dell'ultimo minuto). Finchè sarà così il nostro sistema sindacale pare inevitabilmente destinato a gravitare intorno al suo vecchio baricentro, cioè il rapporto di contiguità/antagonismo con gli equilibri politico-governativi. Un baricentro che, oltre ad essere vecchio, sembra privare il sistema istituzionale di soggetti collettivi veramente in grado di percepire, progettare e regolare con autonomia e tempestività i bisogni sociali che emergono, in Italia come altrove, con tempi sempre più pressanti e tratti sempre più innovativi.

Riferimenti bibliografici.

Accardo A.- Fresu G. (2009), *Oltre la parentesi: fascismo e storia d'Italia nell'interpretazione gramsciana*, Carocci.

Ales A. (2007), *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato, presente e futuro*, in DLRI, n. 115.

Barbadoro I. (1979), *Il sindacato in Italia*, Teti.

Carabelli U. (2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci.

Carinci F. (2011a) (a cura di), *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, Ipsoa.

Carinci F. (2011b), *L'accordo interconfederale del 2011: armistizio o pace?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 125/2011.

Carrieri M.-Damiano C. (2010) (a cura di), *Come cambia il lavoro,* Ediesse

Alaimo A. -Caruso B. (2011), *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 87/2011.

Caruso B. (2008), *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 61/2008.

Castelvetri L. (1994), *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè.

De Bernardi (1993), *Operai e nazione. Sindacati, operai e Stato nell'Italia fascista*, Angeli.

Bellardi L. (2009), *Regole del conflitto e conflitto sulle regole. L'accordo separato sulla revisione del modello contrattuale*, in Carrieri M.-Nastasi V. (a cura di), *Spazioe e ruolo delle Autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, il Mulino.

Bellardi L. (2011), *L'accordo del 28 giugno 2011: cambia ancora la struttura della contrattazione?*, in *nelMerito.com* del 22 luglio.

D'Antona M. (1993), *Il protocollo sul costo del lavoro e l'"autunno freddo" dell'occupazione*, in RIDL, I, 411 ss.

Delfino M. (2004), *Il contratto collettivo e le fonti del diritto comunitario*, in Santucci-Zoppoli L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, p. 37 ss.

De Luca Tamajo R. (1979), *Leggi sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva*, in De Luca Tamajo R.- Ventura L. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, Jovene.

Ferraro G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamiche contrattuali di tutela*, Cedam.

Ferraro G. (2008), *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in Ichino P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, p. 163 ss.

Gaeta L. (1994), *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti*, in LD, 207 ss.

Ghera E. (1990), *La Corte costituzionale e il diritto sindacale*, in Bortone R. (a cura di), *Giustizia costituzionale e sistema di relazioni industriali*, Cacucci.

Giugni G. (1956), *Esperienze corporative e post-corporative nei rapporti collettivi di lavoro in Italia*, Il Mulino, 13 ss.

Giugni G. (1984), *Considerazioni sulla costituzionalità del decreto sulla scala mobile*, LI, n. 3-4.

Giugni G. (2006), *Diritto sindacale*, Cacucci.

Ichino P. (2011), Intervista a *la Stampa* del 5 settembre.

Mancini F. (1976), *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino.

Marchetti P. (2006), *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra il contratto collettivo e lo Stato sindacale*, Giuffrè.

Maresca A. (2011), *Prime interpretazioni,* in www.ildiariodellavoro.it del 29 agosto

Mariucci L. (2011), *Un accordo necessario, da attuare e non stravolgere*, paper.

Merli Brandini P. (2011), *Per una storia delle relazioni industriali e di lavoro in Italia: dal totalitarismo alla democrazia*, in DRI, 2, p. 320 ss.

Napoli M. (2009), *Il sindacato*, Vita & pensiero.

Passaniti P. (2006), *Storia del diritto del lavoro I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè.

Passaniti P. (2008), *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo alle origini del diritto del lavoro*, Piero Lacaita Editore.

Pedrazzoli M. (1983), *Alle origini del dibattito giuridico-istituzionale sulla democrazia industriale: il caso italiano*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milano, I.

Redenti E. (1906/1992), *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, a cura e con un'introduzione di Caprioli S., Giappichelli (1992 ediz. anastatica)

Roccella M. (1986), *I salari*, il Mulino.

Ricci M. (1986), *La struttura organizzativa del movimento sindacale dalle origini al 1949*, Angeli.

Ricci M. (1999), *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci.

Romagnoli U. (1995), *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino.

Romagnoli U. (1997), *Il patto per il lavoro: quale lavoro?*, in LD, p. 455 ss.

Romagnoli U. (2009), *Giuristi del lavoro*. *Percorsi italiani di politica del diritto*, Donzelli editore.

Romagnoli U. (2011a), *L'ambiguo compromesso del 28 giugno*, in Eguaglianza & libertà on line del 25 luglio.

Romagnoli U. (2011b), *L'inquinamento del diritto del lavoro*, in Insight rivista online.

Romagnoli U. –Treu T. (1997), *I sindacati in Italia: storia di una strategia*, il Mulino.

Ruffolo G. (2009), *Un paese troppo lungo. L'unità nazionale in pericolo*, Einaudi.

Rusciano M. (1984/2003 II ed.), *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, EGES-Utet

Rusciano M. (1997), *Francesco Santoro-Passarelli giuslavorista*, in RTDPC, 1997, 299 ss.

Rusciano M. (2011), *L'art. 8 è contro la Costituzione*, in Eguaglianza & libertà on line del l'8 settembre

Santucci R. (2004), *Sistema di relazioni industriali e contratto collettivo*, in Santucci-Zoppoli L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, p. 16 ss.

Scarponi S. (2011), *Gli accordi transnazionali a livello di impresa: uno strumento per contrastare il social dumping*, in LD, n.1.

Scarpelli F. (2011), *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 127/2011.

Speziale V. (2011), *La contrattazione collettiva dopo l'accordo del 28 giugno 2011*, in *nelMerito.com* del 29 luglio.

Andreoni A.- Veneziani B. (2009) (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Ediesse.

Tarello G. (1972), *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Ed. Comunità.

Treu T. (1973), *La CISL degli anni cinquanta e le ideologie giuridiche dominanti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, il Mulino, III, 2.

Vardaro G. (1985), *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Angeli.

Viesti G. (2011), *La questione meridionale oggi e domani*, in *Italianieuropei*, n. 7.

Zoppoli A. (2008), *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di Giustizia (ovvero l'autonomia collettiva negata)*, in DLM, n. 1.

Zoppoli L. (1985), *Commento agli artt. 2 e 3 del d.l. 17.4.1984 n. 70 conv. con l. 12.6.1984 n. 219 (misure urgenti in materia di tariffe, prezzi amministrati e indennità di contingenza)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, p. 11 ss.

Zoppoli L. (1999), *Lavoro flessibile, rappresentanza e contrattazione collettiva nella programmazione negoziata (con particolare riguardo al Mezzogiorno d'Italia)*, in *Studi in onore di Gino Giugni*, Cacucci, II.

Zoppoli L. (2004), *Neoregionalismo e sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in Rusciano M. (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Jovene.

Zoppoli L. (2006), *Lavoro, impresa e Unione europea*, Angeli.

Zoppoli L. (2011a), *Partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda*, in *Enc.dir.*, *Annali* IV

Zoppoli L. (2011b), *Il caso Fiat e il sistema di relazioni industriali italiano: trasformazioni socio-culturali e politica del diritto*, in *Economia & lavoro*, n. 2.

Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*

Antonello Zoppoli

1. Premesse, metodologica e di merito. 125

2. Il senso del "lavoro". 126

3. Cittadinanza, lavoro, diritti sociali. 128

4. Cittadinanza e organizzazione sindacale. 130

5. Individuale e collettivo: uno sguardo al presente. 133

6. L'attualità: la vicenda Fiat e l'organizzazione sindacale dinanzi alla nuova realtà; esigibilità degli accordi e titolarità del diritto di sciopero. 135

7. (Segue) Cornice nazionale e contratto collettivo decentrato. 139

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 131/2011

1. Premesse, metodologica e di merito.

Comincerei da due necessarie premesse, una metodologica l'altra di merito, concernenti aspetti di indubbio spessore e di ampio respiro, che toccherò giocoforza in modo sintetico.

Il tema da esaminare presenta un'intrinseca problematicità, derivante da questioni di rilievo generale che interessano molti risvolti delle realtà su cui gli scienziati sociali si trovano, oggi, a riflettere, a prescindere dai punti di vista adottati. A parte quindi la necessità di procedere seguendo una ben determinata linea di riflessione, tutti e tre i profili del tema potrebbero essere oggetto di dubbi, magari in misura diversa a seconda degli angoli di visuale, ma comunque tali da rendere arduo un discorso d'insieme. Le ragioni sono note; giusto per ricordare alcuni emblematici punti di approdo, si pensi: a) alle istanze di revisione della nostra Carta costituzionale; b) alla perdita dell'identità degli Stati-Nazione e alla riduzione della loro sovranità; c) al progressivo indebolimento del soggetto sindacale, alle prese con una marginalizzazione del lavoro e un diffuso sgretolamento della dimensione collettiva. Non è il caso di addentrarsi in questo piano dell'analisi, che pure in seguito riprenderò: non solo e non tanto perché coinvolgerebbe direttamente tanti altri "saperi", finendo per collocare probabilmente ai margini il giurista; quanto perché (condizionato forse dalla mia formazione giuridica) sono portato a guardare con diffidenza alle brusche cesure, per non dire ai salti storici (salvo ovviamente eventi così configurabili per definizione, come i capovolgimenti politico-istituzionali realizzati con la forza). Se non sono più di moda le ideologie che interpretavano la Storia secondo un preciso senso di direzione, non cederei tuttavia con facilità a letture ampiamente destrutturanti. Del contesto (di questo o quel tipo) in cui ci collochiamo, ci sono, tendenzialmente, tratti - più o meno estesi, di volta in volta definibili - che presentano una certa solidità e oggettività. Mi sovviene, al riguardo, il dibattito tra "post-moderni" e "realisti (o meglio "neo-realisti"), di recente tornato di attualità. La diffidenza di cui dicevo mi porta, da un lato, a guardare con interesse alla cd. "inemendabilità" del reale, al suo "carattere saliente"[290]: mutevole nella effettiva ampiezza, ma, a mio avviso, concettualmente e concretamente insopprimibile (sì da diffidare dell'equazione nietzschiana "fatti-interpretazione"); dall'altro lato, in una logica valutativa, a manifestare interesse per una concezione *dialogica* della "conoscenza", per i *processi* conoscitivi improntati alla "discorsività"[291].

Su queste basi, proverei ad affrontare il tema affidatomi con due consapevolezze: 1) esso riguarda direttamente valori e principi *fondanti* il nostro ordinamento, come tali giuridicamente "vincolanti"[292] e di incontestabile attualità; 2) essere dinanzi a *profondi ma, evidentemente, non radicali cambiamenti,* di cui tenere adeguatamente conto e con i quali misurarsi avendo meno "presunte"

---

[290] Ferraris, *Il ritorno al pensiero forte*, in *la Repubblica*, 8 agosto, 2011, p. 37; v. anche gli interventi di Flores d'Arcais, De Monticelli, Rorty, Vattimo, Ferraris, in *Micromega*, 5, 2011, pp. 3 e ss.

[291] Abignente, *Legittimazione, discorso, diritto. Il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, p. 148; sul tema, cfr., tra i tanti, con prospettive diverse, Bauman *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti*, Universale Bollati Boringhieri, Torino, 2007, p. 215; Habermas, *Etica del discorso*, Laterza, Roma-Bari, 2004; Id., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996; Id., *Morale, Diritti, Politica*, Einaudi, Torino, 1992; Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1990, p. 210; Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 179 e ss.; D'Antona *Diritto sindacale in trasformazione*, in D'Antona (a cura di), *Letture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, Jovene, Napoli, 1990, p. XX.

[292] Mengoni, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Giuffrè, Milano, 1996, p. 124, che aggiunge: "sia pur non con la forza stringente del sillogismo sussuntivo".

certezze che in passato e, per converso, con una marcata propensione al dialogo, quale metodo problematico, ma irrinunciabile, di definizione e regolazione degli interessi in gioco. In effetti, sono, queste, due direttive metodologiche essenziali per il giurista "post-positivista", che, nei decenni, ha visto mutare, prima, la dogmatica, e, poi, lo scenario delle dottrine politiche di riferimento: sono direttive essenziali vuoi perché siamo al cuore del "momento costituzionale", per il suo eccezionale grado di coesione sociale emblematicamente considerato, da alcuni, un "nuovo" diritto naturale, che non si può "creare e ricreare a piacere, come tanti aspiranti rinnovatori della Costituzione pretendono di fare"[293]; vuoi perché, nelle Costituzioni del Novecento, i valori/principi, per la intrinseca duttilità - resa evidente dalla loro "maggiore apertura semantica" come dalla "tecnica del bilanciamento" che ne caratterizza l'applicazione[294]- costituiscono una pietra miliare dell'equilibrio *mobile* tra *diritto* e *realtà*, svolgendo una "funzione essenzialmente dinamica"[295]. D'altronde - è stato eloquentemente osservato in relazione ai "principi di eguaglianza e libertà" (ai quali ampiamente ci rifaremo) - si tratta di principi "che una coscienza sociale largamente diffusa riscriverebbe oggi"[296].

È il caso di sottolineare, in questo passaggio introduttivo, come quanto detto - e quindi le pagine che seguono - sia nitida prova della estrema ricchezza e della intensa vitalità del *diritto*.

2. Il senso del "lavoro".

La seconda premessa, di merito, riguarda una questione che fa da sfondo a tutto il tema che ci occupa, in relazione alla quale - giovandomi peraltro dell'impostazione appena delineata – vorrei provare a fissare alcuni snodi essenziali per lo sviluppo dell'analisi.

La nostra Costituzione si apre con un principio molto importante: "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro". Molti ricorderanno che per pochi voti (12), dopo lunghe discussioni, l'Assemblea Costituente preferì l'attuale formula a quella di "Repubblica dei lavoratori", ritenuta troppo connotata in senso classista. E, nel perentorio rifiuto di precedenti esperienze (che valorizzavano la nascita, il censo, il ceto), l'art. 1 costituisce la prima espressione dell'incontro di varie correnti di pensiero sotteso alla Carta costituzionale (socialista/comunista, liberale/riformista, cattolico/sociale)[297]. Un punto di arrivo, comune alle Costituzioni dei paesi più avanzati, di un percorso cominciato nel secolo XIX, con l'avvio dell'era industriale: nel quale il "lavoro" ha costituito, da subito, il necessario interlocutore dei possessori di capitale e delle strutture produttive, e, via via, un soggetto sempre più al centro dell'attenzione in quanto protagonista della "questione sociale"[298]; per divenire, dopo le drammatiche esperienze belliche del Novecento, vero motore propulsore della ricostruzione economico-sociale e, più in generale, culturale del Paese.

---

[293] Zagrebelsky, *op. cit.*, p.155.

[294] Mangoni, *L'argomentazione*, cit., pp. 120 e 122.

[295] Zagrebelsky, *op. cit*., p. 202.

[296] Romagnoli, *La costituzione venuta dal futuro*, in *DLM*, 2011, p. 10.

[297] La formulazione della norma, nei termini in la leggiamo, fu voluta, in particolare, dal cattolico Giorgio La Pira.

[298] Scognamiglio, *Lavoro, Disciplina costituzionale*, in *EGT, Aggiornamento*, XVII, 2008, p. 1.

Il riferimento – va sottolineato – è al lavoro *tout court*. La tutela del "lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni" è non a caso ribadita nel successivo art. 35. L'accento in breve, oggi più che mai, è da intendersi posto sul *lavoro in generale*.

E il Costituente – altro punto da rimarcare – lo eleva a fondamento della Repubblica in funzione di "un nuovo tipo di collegamento fra comunità e Stato"[299]. A venire in primo piano sembra essere, dunque, anzitutto la *socialità* del lavoro: *socialità* intesa come "apporto di ciascuno alla società"[300], che chiama in gioco direttamente il profilo "relazionale" della persona[301].

Se quanto detto esclude la mera equazione tra "lavoro" e "persona"[302], non preclude affatto al primo di essere assunto quale mezzo di espressione della seconda. Ogni possibile dubbio al riguardo è immediatamente fugato dall'art. 2 della Carta costituzionale, che "concorre ad illuminare il senso e il contenuto" dell'art. 1, "ponendo al centro dell'ordinamento giuridico la persona e i suoi valori"[303]. Sicché il "lavoro", accanto alla fondante evidenziata valenza *sociale*, assume un altrettanto importante rilievo *individuale*, quale essenziale momento di espressione della "persona". Le due dimensioni (individuale e sociale) – da considerare quindi in modo strettamente interrelato - trovano ulteriore riscontro nella duplice componente dell'art. 4 della Costituzione, che "riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro" e contempla "il dovere di svolgere (...) un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società".

Mi rendo conto che gli scenari dinanzi a noi da anni, contraddistinti da alti tassi di disoccupazione, ormai strutturale (come suol dirsi), corrono il rischio di rendere astratto quanto sin qui osservato. Vien da pensare a chi, in riferimento a più di una generale tendenza, ha emblematicamente ritratto la progressiva riduzione di valore del lavoro come "la malattia dell'occidente"[304]. Tuttavia, sulla scorta dell'impostazione metodologica preannunciata, a me pare che simili punti di vista debbano, sì, indurre a interrogarsi criticamente sui mutamenti in atto, dismettendo soprattutto posizioni pregiudiziali, ma non arrivino a mettere in discussione il significato essenziale delle considerazioni svolte.

Prendiamo, ad esempio, proprio il "diritto al lavoro", riconosciuto nell'art. 4 della Costituzione, che evidentemente attira l'opinione generale e sulla cui portata, invero, si è sempre molto discusso[305]: "una pia illusione", secondo le parole di un pensatore non certo di oggi[306]. In un'economia di mercato, per quanto sociale, i suoi limiti intrinseci in realtà non sono mai stati celati: senza dimenticare letture di recente proposte volte a rafforzarne la portata[307], il diritto al lavoro non può essere inteso, e non è mai stato inteso, come "diritto a conseguire un posto di lavoro e a

---

[299] Mortati, *Principi fondamentali. Art. 1*, in Branca Gius. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1975, p. 10.

[300] Napoli, *La filosofia del Diritto del lavoro*, in Napoli, *Lavoro Diritto Valori*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 33.

[301] Napoli, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del Diritto del lavoro*, in Napoli, *Lavoro*, cit., p. 9.

[302] Così invece Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, p. 45.

[303] Scognamiglio, *op. cit.*, p. 2.

[304] Panara, *La malattia dell'occidente*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

[305] Cfr., per tutti, Mancini, *Principi fondamentali. Art. 4*, in Branca Gius. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1975, p. 199.

[306] Marx, in B. Hepple, *A right to work?*, in *Industrial law journal*, 1981, p. 72.

[307] Da ultimo, Lambertucci, *Il diritto al lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutela*, in *RIDL*, I, 2010, p. 91.

conservarlo"[308]. Ciò nondimeno, i suoi limiti, proprio perché intriseci, non intaccavano la generale valenza sociale e individuale del lavoro all'epoca della promulgazione della Carta costituzionale come non l'intaccano oggi; valenza espressa già dallo stesso art. 4, precipuamente dalla sua concreta "scomposizione in una miriade di profili specifici"[309] (come, ad esempio, nella libertà di scelta dell'attività lavorativa e nella conseguente tutela della professionalità, o nel diritto a non essere arbitrariamente licenziati).

Del resto, volendo essere molto sintetici, i "drammatici" costi economico-sociali della disoccupazione, come del precariato, e l'enorme attenzione a essi dedicata dall'opinione pubblica sono - *a contrario*, purtroppo - una dimostrazione, *attuale*, della persistente estrema rilevanza del "lavoro".

Insomma, a venir meno rispetto a qualche decennio fa - quando centrali erano l'industria e l'operaio - sono state "una ideologia e un'etica del Lavoro"[310] (con la "L" maiuscola), che hanno perso l'"egemonia politica e culturale"[311] nei processi sociali, ma non il *senso* del lavoro in chiave tanto individuale (essenziale momento di espressione della persona) quanto sociale (cardine del funzionamento della società). È per questo che è difficile dar torto a chi include l'art. 1 in quella parte della Costituzione che, ancora oggi, esprime "tutta la sua vitalità"[312].

3. Cittadinanza, lavoro, diritti sociali.

Dopo le due brevi ma importanti premesse, possiamo passare più agevolmente ad occuparci della *cittadinanza*, entrando nel vivo dell'analisi.

Evidentemente, la doppia valenza (individuale e sociale) del lavoro è componente essenziale del concetto di "cittadinanza", inteso - come da tempo si usa affermare - in senso *moderno* quale "sintesi delle principali prerogative che denotano l'appartenenza dell'individuo alla comunità statuale"[313].

Il concetto, per essere inteso appieno, richiede però attenzione a un altro fondamentale principio costituzionale, quello di eguaglianza cd. sostanziale, sancito nell'art. 3, c. 2, Cost.

Questo articolo costituisce l'indicazione che probabilmente meglio di ogni altra mostra il carattere "sociale" della nostra Carta costituzionale, esemplare per le costituzioni del secondo dopoguerra. Qui il carattere "sociale" assume un altro significato rispetto a quello prima considerato, rimandando all'intervento, diretto e indiretto, attraverso cui lo Stato "attua la sua funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali"[314]. Siamo dinanzi, cioè, ai "diritti sociali", che hanno

---

[308] Baldassarre, *Diritti sociali*, in *EGT*, XI, 1987, p. 14.
[309] Romagnoli, *La Costituzione*, cit., p. 16.
[310] Accornero, *Era il secolo del lavoro*, il Mulino, Bologna, 1997, p. 74.
[311] Romagnoli, *Ed è subito ieri*, in Voza (a cura di), *Lavoro, diritto e letteratura italiana*, Cacucci, Bari, 2008, p. 189, con espresso riferimento al lavoro industriale.
[312] Scognamiglio, *op. cit*., p. 1.
[313] Del Punta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 114.
[314] Mazziotti M., *Diritti sociali*, in *ED*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 804.

appunto "la loro fonte nel principio di eguaglianza"[315], in un rapporto non di tensione – secondo la classica ispirazione liberale – ma "di integrazione strumentale" con i diritti di libertà: rapporto che lega gli uni agli altri "inseparabilmente in una concezione egualitaria della giustizia"[316]. Come dire, la garanzia dei diritti sociali "è condizione per il buon funzionamento della democrazia, quindi per un effettivo godimento delle libertà civili e politiche"[317].

In sostanza, l'art. 3, c. 2, Cost. – in piena coerenza logica con le due precedenti norme costituzionali – *qualifica* la suindicata duplice componente del lavoro (individuale-relazionale). Ciò significa che il nostro ordinamento si è posto l'obiettivo, fondamentale, di riconoscere e promuovere non un qualsiasi lavoro, bensì *una precisa concezione del lavoro*: che assicuri, in uno, "il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", come testualmente recitano le ultime parole dello stesso art. 3, c. 2.

Sicché, con una certa tranquillità, possiamo affermare che la cittadinanza, *in senso moderno*, incorpora *questa* concezione del lavoro.

Non possiamo invece - sia qui detto per inciso - affermare l'inverso, sostenendo una relazione biunivoca tra cittadinanza e lavoro; ma è questo un altro problema, che ci condurrebbe alla diversa e annosa questione dei diritti (non soltanto sociali) dello "straniero", rispetto alla quale i modelli costituzionali presenti a livello comunitario rivelano i segni di una stagione ormai trascorsa[318].

Intrattenendoci ancora sull'art. 3, c. 2, Cost., richiamerei l'attenzione invece su un altro profilo.

Mi pare emblematico che, ancora di recente, in questa norma si sia chiaramente individuato "il fondamento costituzionale del moderno diritto del lavoro"[319]. Infatti il *diritto del lavoro*, in quanto branca a sé stante della scienza giuridica, si è preso cura di dare concreta realizzazione alla concezione del lavoro che ho tratteggiato: come dire, esso ha "ampliato il 'pacchetto di diritti' che identificano la cittadinanza contemporanea"[320].

Noi sappiamo che il diritto del lavoro si è, da sempre, occupato del lavoro subordinato; se preferite, del lavoro prestato in condizioni di dipendenza socio-economica. Molte sono le norme costituzionali – anche di immediata precettività - che, in coerenza con il valore/principio di cui all'art. 3 c. 2, si preoccupano di preservare la doppia valenza, individuale e relazionale, del lavoro nell'ipotesi in cui chi lo presta sia in una condizione di dipendenza economica e sociale: si pensi all'art. 4 – nei termini prima indicati, il prototipo dei diritti sociali[321] – o agli assai eloquenti artt. 36, 37, 38, 39 e 40 (in particolare su questi ultimi due, concernenti direttamente il ruolo dell'organizzazione sindacale per l'acquisizione di una moderna cittadinanza, ci intratterremo più a lungo tra breve).

---

[315] Mazziotti M., *op. cit.*, p. 805.

[316] Le citazioni sono di Mengoni, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, p. 8.

[317] Mazziotti M., *op. cit.*, p. 805.

[318] Sul tema, v., tra gli altri, Amirante, *Cittadinanza (teoria generale)*, in *EGT*, 2003, p. 8; Veneziani, *Il "popolo" degli immigrati e il diritto al lavoro: una partitura incompiuta*, in *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea*, Cacucci, Bari, 2007, p. 383.

[319] Rusciano, *Sistema politico e ruolo del sindacato*, in *Democrazia e diritto*, 2006, p. 119.

[320] Jeammaud, *Lavoro: le parole del diritto, i valori e le rappresentazioni*, in Tullini (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, Bologna, p. 51.

[321] Mengoni, *I diritti sociali*, cit., p. 6; Romagnoli, *La costituzione*, cit., p. 14.

Proprio nell'attuazione dell'anima "sociale" della Costituzione, al fine dunque di dare "effettività" alla cittadinanza nella sua completezza, il diritto del lavoro si è sviluppato per tutti i primi decenni dell'esperienza post-costituzionale, segnatamente con la legislazione degli anni '60-'70, di cui la l. 20 maggio 1970, n. 300 (cd. Statuto dei lavoratori) costituisce il punto più alto.

Superfluo rilevare come, anche rispetto a queste considerazioni, possano immaginarsi osservazioni analoghe a quelle prima ipotizzate in relazione alla centralità del "lavoro": la crisi, in generale, dello Stato sociale, del cd. modello europeo, è davanti agli occhi di tutti; accentuata, negli ultimi tempi, dai dettami della finanza prima che dell'economia. Al riguardo, secondo l'impostazione qui seguita, mi limito anzitutto a riprendere una lucida affermazione di un autorevole studioso: "il lavoro ha strappato ai governanti riconoscimenti di tale spessore da farne la primaria fonte di legittimazione dei diritti sociali di cittadinanza e da lì non sarà possibile schiodarlo se non sgretolando i principi fondanti della Stato democratico-costituzionale (…)"[322]. In tale prospettiva, aggiungo poi che mi sembra assai significativa la *recente* adozione della formula "economia sociale di mercato" da parte dell'Unione Europea (art. 3 TUE): che indubbiamente "è ora necessario riempire di contenuti sostanziali"[323], ma che trova nei diritti sociali relativi al "lavoro" affermati dalla cd. carta di Nizza - avente adesso, come noto, "lo stesso valore giuridico dei Trattati" (art. 6, c.1, TUE) - indicazioni normative già in vigore, con le quali, in ogni possibile sede, occorrerà fare i conti; giungendo, probabilmente, finanche a reinterrogarsi sul rapporto tra diritti fondamentali e libertà economiche nel contesto comunitario[324].

Insomma, credo che con il diritto del lavoro anche oggi, comunque, vi sia da misurarsi. Certo, anche "il diritto del lavoro deve riprogettarsi sia come strumento protettivo dei soggetti più deboli sia come strumento di convergenza e integrazione delle due dimensioni – l'economico e il sociale"[325]; ma ciò non vuol dire diventare altro da sé. Piuttosto significa che la sua "anima" sociale deve, più che in passato, sapersi relazionare a molteplici valori, secondo il principio del bilanciamento proprio delle costituzioni contemporanee. La recentissima vicenda Fiat - raffigurata in termini addirittura "scioccanti" per la nostra esperienza giuslavoristica[326] - ci fornirà l'occasione per ragionare, in concreto, sugli attuali scenari del diritto del lavoro e sulla necessità di rapportarsi alla realtà, profondamente mutata, senza, da un lato, rimanere indissolubilmente e timorosamente legati al passato, dall'altro, perdere la propria identità.

4. Cittadinanza e organizzazione sindacale.

Ebbene, di questa identità è tratto costitutivo il fondamentale principio sancito nell'art. 39, c. 1,

---

322 Romagnoli, *Ed è subito ieri,* cit., p. 189.

323 Izzi, *Il diritto del lavoro e le responsabilità della dottrina giuslavorista: qualche spunto di riflessione*, in *Il diritto sociale del lavoro. La funzione dei giuristi*, Cacucci, Bari, 2011, p. 95.

324 Sul tema cfr., per tutti, Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *DLRI*, 2010, p. 557; gli scritti di Abignente, Bronzini, Caruso, Militello, Ricci G., Sciarra, Zoppoli L., in Caruso-Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes* - 1/2011.

325 Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 196.

326 Cfr. *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo e il rapporto individuale*, "Seminari di Bertinoro", IV edizione, Bologna, 15-16 ottobre 2010, i cui atti sono raccolti in Carinci F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, IPSOA, Milano, 2011.

della Costituzione, che, scolpendo una siderale distanza dall'esperienza corporativa, recita: "L'organizzazione sindacale è libera". Il principio esprime, "nella sua stretta tipicità, un diritto sociale fondamentale"[327] e costituisce, segnatamente, l'architrave del nostro diritto sindacale.

Io vorrei esaminarne qui anzitutto uno degli aspetti meno indagati, eppure - a parer mio - di estremo interesse, che ci conduce ai risvolti più intimi dell'espressione "organizzazione sindacale"; se si preferisce, all'"orizzonte del quotidiano" del fenomeno sindacale[328]: assai utile ai fini della correlazione cittadinanza-lavoro-diritti sociali, anche in riferimento all'attualità più recente.

Procediamo ancora, necessariamente, per schematizzazioni.

L'espressione "organizzazione sindacale", esplicitata, può tranquillamente essere letta così: organizzazione per lo svolgimento di un'attività di autotutela di interessi di soggetti che prestano lavoro in condizioni di dipendenza socio-economica. A ben vedere, l'espressione costituisce "un'endiadi, i cui termini, cioè, sono inscindibilmente legati tra di loro"[329]: si integrano reciprocamente, facendo perno proprio sul dato dello squilibrio socio-economico esistente tra le parti della relazione di lavoro. Più precisamente: a) il termine "organizzazione" indica un elemento che trova chiara origine nella realtà storica prima che normativa: la necessaria ed immediata aggregazione tra i lavoratori, funzionale a compensare la situazione di inferiorità sociale ed economica del singolo; b) l'aggettivazione "sindacale", nella sua accezione tecnica più pregnante, racchiude un *privilegiato* regime giuridico dell'attività svolta dall'organizzazione, ossia l'*autotutela*, del tutto sconosciuto al comune diritto dei privati (si pensi anzitutto al *diritto* di sciopero – consacrato nel già citato articolo 40 Cost. - che, in relazione agli interessi del lavoro dipendente, consente legittimamente di non adempiere l'obbligazione di lavoro a prescindere da qualsiasi comportamento della controparte): regime, questo - si badi -, strettamente connesso alla dimensione "collettiva" del fenomeno - appunto l'organizzazione -, della quale (come dirò meglio in seguito) è diretto a rafforzarne l'incisività, ovvero (vale la pena ripeterlo) la capacità di riequilibrare le condizioni di debolezza del singolo lavoratore[330].

Non è superfluo rimarcare come l'utilizzazione del termine "organizzazione" non sia affatto casuale. Anche in questo caso si va al di là del diritto comune dei privati. La "libertà", scolpita dall'art. 39 c. 1 Cost., non può non implicare la rinuncia a indicare forme precise per lo svolgimento dell'attività sindacale, meno che mai le forme codificate, ad altri fini, dal legislatore. "Organizzazione", infatti, è termine palesemente diverso da quelli adoperati negli art. 36 e ss. cod. civ. (associazione, comitato): implica una dimensione più ampia del fenomeno di aggregazione sindacale, che prescinde da qualsiasi requisito di stabilità e legittima anche coalizioni chiuse e del tutto occasionali e spontanee[331]. La *ratio* del principio è piuttosto evidente: poiché il fenomeno sindacale si radica nella "quotidianità" dei luoghi di lavoro e si raccorda alle relative più diverse esigenze di

---

[327] Baldassarre, *op. cit.*, p. 18.

[328] Cella, *Il sindacato*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 9.

[329] Carabelli, *Libertà e immunità del sindacato*, Jovene, Napoli, 1986, p. 121.

[330] Al riguardo, v., *amplius*, Zoppoli A., *La titolarità del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006, sp. cap II.

[331] Cfr., tra gli altri, Giugni, *Rapporti economici. Art. 19*, in Branca Gius. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1979, p. 265; Garofalo M. G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli, 1979, p. 161.

aggregazione per il riequilibrio delle posizioni dei singoli, la libertà di *organizzazione* garantisce, ad un tempo, espressione e genuinità delle istanze individuali e facilità di costituzione del soggetto collettivo.

Allora, se si è d'accordo con tutto questo, mi pare che il punto sia particolarmente eloquente nella logica della correlazione "cittadinanza-lavoro", come dapprima delineata. Esso, per un verso, mostra bene, in tutta la sua ricchezza, l'effettività del disegno costituzionale, secondo una linea di intervento marcatamente *dinamico*, che colloca al centro la *persona* e ne garantisce appieno le sue molteplici modalità di espressione. Al contempo, delinea il carattere "istituzionale" dell'attività dell'organizzazione sindacale[332]. D'altronde - si è giustamente osservato[333] - il Costituente, nel riferirsi alla Repubblica, rimette alla "comunità" nel suo complesso, e quindi anche alle "forze sociali", la tutela del lavoro.

A conti fatti, il fenomeno sindacale finisce per essere collocato su un piano "proprio", *del collettivo*[334], benché essenziale per l'individuo. Il punto, però, è assai delicato: merita un supplemento di attenzione.

Come abitualmente si insegna, la libertà sindacale si esplica anzitutto sul piano individuale: il singolo lavoratore è indubbiamente titolare di questa fondamentale libertà; nel senso che egli può "creare un'organizzazione sindacale dove la stessa non esista o dove quella esistente non soddisfi e partecipare al suo processo decisionale"[335] (il che, ancor prima, implica la possibilità di scegliere se partecipare o no a una qualsiasi aggregazione già esistente). Libertà evidentemente posta a garanzia della "genuinità" dell'attività sindacale: della sua origine *dal basso*, a tutela della "persona". Libertà di organizzazione sindacale, tuttavia, non può significare anche libertà di scegliere se svolgere attività sindacale da solo o insieme ad altri lavoratori. Come si è prima ripetuto, l'art. 39 c. 1 Cost., senza trovare ombra di smentita in nessun altro dato costituzionale, contempla l'organizzazione "per" l'attività sindacale: raccorda questa a quella. Ciò vuol dire - in sintonia con la dottrina assolutamente maggioritaria [336]- che (l'organizzazione, ossia) l'aggregazione, e quindi il momento collettivo, è requisito necessario della qualificazione sindacale. La spiegazione ultima di questa conclusione risiede, in effetti, nella stessa ragion d'essere del fenomeno collettivo-sindacale: come abbiamo prima ricordato, esso nasce per ridare al singolo la forza che lo squilibrio socio-economico della relazione di lavoro gli ha tolto. In altre parole, il "collettivo" è il mezzo attraverso cui il singolo ritrova, anzitutto nel "luogo di lavoro", la sua *integrità di persona*: componente essenziale di una *piena cittadinanza*. Tant'è che possiamo arrivare ad affermare – toccando, vale la pena sottolinearlo, il risvolto probabilmente più problematico ma anche meno studiato della questione – che l'autotutela passa attraverso l'organizzazione: la prima conferisce effettività alla seconda (nel senso di forza d'urto ed incisività), a dispetto della contraria

---

[332] Mazziotti F., *Autotutela sindacale e contratto collettivo*, in *DL*, 2000, I, p. 481, p. 482.

[333] Mortati, *op. cit.*, p. 3.

[334] Così, per tutti, Mazziotti F., *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Morano, Napoli, 1964, p. 92.

[335] Garofalo M. G., *op. cit.*, p. 173.

[336] V., tra i tanti, Ballestrero, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 89; Napoli, *Sindacato*, in Napoli, *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 234.

affermazione che pure ha condizionato molto l'elaborazione della dottrina giussindacale[337]. Come del resto dimostra la storia, l'aggregazione costituisce il primo "naturale" rimedio dei lavoratori subordinati alla loro condizione di inferiorità, giacché essa, nei decenni, si presenta quale costante che prescinde dalla posizione assunta dall'ordinamento rispetto all'autotutela[338]. Ed è del tutto logico che sia così: non solo per il semplice motivo che l'"unione" è un rimedio "proprio" dei singoli, che viene prima di ogni intervento "terzo", ma anche perché, qualsiasi regola esista, un conto è sostenere la situazione conflittuale individualmente, altro sostenerla in gruppo. Come dire: l'autotutela individuale è esperienza sconosciuta al fenomeno sindacale.

5. Individuale e collettivo: uno sguardo al presente.

L'assetto delineato nulla toglie al fatto che l'incrocio fra la dimensione individuale e la dimensione collettiva sia inevitabile "elemento di complessità della disciplina del lavoro"[339]. Un incrocio variamente *configurato* nel tempo e nello spazio, ma che, comunque, "genera occasioni di tensione – o di vera e propria collisione – anche negli ordinamenti e nei periodi più stabili, ma accentuate nelle aree e nei tempi di rapida mutazione"[340]. Come si diceva all'inizio, i nostri sono tempi di rapida mutazione: due almeno le linee di riflessioni da evidenziare.

La prima, di carattere generale, va al di là del piano strettamente giuridico. Da qualche anno la dimensione individuale ha conquistato spazio, a scapito delle tensioni e attenzioni collettive: sarà una delle più significative espressioni della società "liquida", per riprendere il noto pensiero di un illustre sociologo[341]; sarà in parte la legge del contrappasso, che ci porta a pagare il prezzo di una stagione in cui indubbiamente forte è stata la propensione al collettivo, su grande scala e non di rado con eccessi di appiattimento egualitario, dagli echi tuttora percepibili. Anche a questo riguardo procederei tuttavia con cautela, specie nella nostra materia. Non voglio qui dire che senza "sogni collettivi … il nuovo non avanza", come pure leggevo in una recente intervista ad Alain Caillé[342] e indurrebbe invero a pensare per molti versi il nostro disegno costituzionale; più semplicemente mi limito a rilevare che, sin quando si considerano rapporti connotati da uno squilibrio economico-sociale - e faccio fatica ad immaginare ora uno scenario diverso (in breve, vorrebbe dire uscire da un contesto di "mercato") - il collettivo, secondo quanto osservato in precedenza, risulta componente *strutturale* dell'individuale: quest'ultimo, prima di entrare in antitesi o essere "oppresso" dal collettivo, del collettivo ha bisogno per esistere *appieno*, per ricostituire una *propria compiuta identità e cittadinanza*, a cominciare dai luoghi di lavoro. Beninteso, non intendo - lo ribadisco - distogliere lo sguardo dal nuovo; osservo solo che dalla rilevanza del collettivo allontanarsi è lecito, alle volte opportuno se non necessario, ma pur sempre - a parer mio - senza

---

337 Cfr. Flammia, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 76.

338 Scrive lucidamente Smuraglia (*La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, p. 71): "l'organizzazione sindacale (…) rappresenta *il primo mezzo per resistere*, anche sul piano contrattuale, alla maggior forza dei datori di lavoro. L'esperienza ha, tuttavia, dimostrato che la sola libertà di associazione sindacale non basta a creare una vera situazione di equilibrio. Si è, perciò, *aggiunto* a favore dei soli lavoratori il riconoscimento della possibilità di ricorrere alla cosiddetta azione diretta sindacale, la cui più vistosa manifestazione è rappresentata dallo sciopero" (miei i corsivi).

339 Treu, *Diritto del lavoro, (voce per il Digesto 2000)*, in *DLRI* ,1987, p. 697.

340 Treu, *op. loc. cit.*

341 Bauman, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

342 In *la Repubblica*, 9 giugno 2011, p. 43.

trascurare la presenza di reali e adeguati presupposti che garantiscano sufficiente ed effettiva robustezza alle soggettività individuali. In proposito, per fare un esempio assai attuale, personalmente avrei più di un dubbio sulla cd. derogabilità "assistita" della legge e del contratto collettivo, tecnica invece vista con particolare favore dal legislatore negli ultimi tempi[343].

La seconda linea di riflessione da mettere in luce attiene invece più strettamente alla nostra esperienza giuridica, segnatamente ed essenzialmente del lavoro "privato", che fornisce un ambito di indagine qui già sufficientemente esteso; infatti, questa linea di riflessione impone, di per sé, un ampliamento della visuale di analisi, con uno "sguardo" al contratto collettivo e, in particolare, al contenuto della seconda parte dell'art. 39 della Costituzione.

Il contratto collettivo, come si sa, è lo strumento principale dell'azione sindacale. L'art. 39, II parte, Cost., attraverso l'attribuzione della personalità giuridica ai sindacati, dotati di uno statuto interno a base democratica, e la conseguente formazione di rappresentanze unitarie, formate in proporzione agli iscritti, prevede la stipulazione di contratti collettivi di categoria con efficacia *erga omnes*: in grado cioè di produrre vincoli per i lavoratori alla stregua delle fonti del diritto oggettivo (per intendersi, non soltanto nei confronti degli iscritti ai sindacati stipulanti il contratto). In effetti questa norma regola, *in nuce*, tutti e tre i principali versanti del fenomeno contrattuale-sindacale, ossia il rapporto: 1) tra sindacati e lavoratori (ovvero, l'incrocio tra dimensione individuale e collettiva); 2) tra sindacati; 3) tra sindacati e Stato. Essa, peraltro, ci fa osservare il fenomeno sindacale da un'angolazione più ampia rispetto a quella prima utilizzata, potremmo dire di carattere macroeconomico.

L'art. 39, II parte, Cost. non è stato attuato per molteplici ragioni, per tanti aspetti note, sulle quali non è comunque il caso ora di intrattenersi. Ciò nonostante, sappiamo bene come tanto nella storia quanto nelle cronache quotidiane si colga facilmente questo piano "generale" dell'azione sindacale, che vede la sua massima estensione nel rapporto con il sistema politico, secondo un'esperienza da tempo comune alle società industriali dell'occidente. Nella logica della linea d'intervento *dinamico*, tale piano ha svolto un ruolo fondamentale per lo sviluppo della tutela del lavoro e, di conseguenza, della concreta affermazione del moderno concetto di cittadinanza.

Ma, ritornando all'incrocio tra "individuale" e "collettivo", dinanzi all'inattuazione della II parte dell'art. 39 Cost. - e quindi all'inesistenza di regole *ad hoc* del fenomeno sindacale – questo incrocio ha trovato sinora soluzioni incerte e ibride, incentrate su almeno tre disomogenee impostazioni: 1) il diritto comune dei privati, anch'esso espressione di una logica di libertà, ma del tutto inadeguato vista la profonda differenza tra l'interesse individuale – sotteso al diritto privato - e l'essenziale presenza dell'interesse collettivo nel fenomeno sindacale; 2) l'effettività, ispirata sempre ad un marcato pluralismo e sostenuta dalla fondamentale tesi giugniana dell'ordinamento intersindacale, del quale protagonisti sono i soggettivi collettivi (le grandi confederazioni peraltro); 3) la giurisprudenza, cui si devono altrettanto fondamentali e concreti benché compromissori supporti, specie in relazione all'efficacia, soggettiva e oggettiva, del contratto collettivo[344].

---

[343] V., da ultimo, gli artt. 30 e 31 della l. 4 novembre 2010, n. 183 (cd. "collegato lavoro" alla manovra di finanza pubblica 2009): sull'argomento cfr. Zoppoli A., *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, in *DLM*, 2010, p. 427.
[344] Sull'argomento cfr., per tutti, Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003.

Siffatto scenario, al cospetto dei cambiamenti degli ultimi decenni, si è rivelato, secondo un'opinione ormai sempre più diffusa, decisamente insoddisfacente, per molteplici motivi[345]; soprattutto, in estrema sintesi, là dove si sono richiesti, in questa o quella misura, "sacrifici" per i lavoratori, che hanno complicato seriamente la gestione di realtà sempre più articolate e complesse. Dinanzi a un quadro giuridico che non stabilisce presupposti e limiti del prevalere della dimensione collettiva su quella individuale, va da sé che il singolo faccia non poca fatica ad accettare "sacrifici" concernenti - non lo si dimentichi - la propria "persona". Come sappiamo, nell'ultimo decennio lo scenario si è ulteriormente complicato a causa del venir meno dell'unità di azione sindacale, che ha minato alle fondamenta il cd. sistema sindacale di fatto.

In breve, è ormai davvero pressante la necessità di *specifiche regole sul fenomeno sindacale*, che anzitutto diano certezze e fondamento democratico proprio all'incrocio tra "individuale" e "collettivo" nella *complessità*, altrimenti la concreta interazione tra i due profili corre seriamente il rischio di tradursi in una compressione della componente tanto individuale quanto sociale della cittadinanza. È, d'altro canto, quanto volevano evitare i Costituenti con la II parte dell'art. 39: dunque (non stupisca, ma) l'attuazione del suo "nocciolo duro"[346] costituisce un esempio, per così dire "di scuola", di profonda innovazione che non stravolge l'anima del diritto del lavoro.

6. L'attualità: la vicenda Fiat e l'organizzazione sindacale dinanzi alla nuova realtà; esigibilità degli accordi e titolarità del diritto di sciopero.

Giungiamo così alla "scioccante" vicenda Fiat, che costituisce concreto sviluppo del quadro appena delineato.

La Fiat, forte soprattutto dei particolari tratti del mercato in un contesto decisamente globalizzato, ha sottoposto le relazioni sindacali a tensioni sinora sconosciute, acutizzando sensibilmente la distanza tra le grandi confederazioni sindacali e prospettando soluzione estreme: come la fuoriuscita da Confindustria, in parte già realizzata a Pomigliano e a Mirafiori con la costituzione di nuove società, o la dislocazione dei siti produttivi in altri paesi. Abbiamo assistito a un'*escalation* di "strappi", allo stato culminata, per un verso, nella controversia risolta dalla recente sentenza del Tribunale di Torino del 16 luglio, che ha giudicato legittima la costituzione della suddetta nuova società a Pomigliano, ravvisando al contempo una condotta antisindacale da parte della Fiat; per altro verso, nell'art. 8 del d. l. n. 138 del 13 agosto scorso, convertito, con modificazione, in l. 14 settembre 2011, n. 148, sul quale ci soffermeremo in seguito. Indubbiamente siamo in presenza di una fase nuova e molto delicata. Tuttavia, io tenderei ad escludere, ancora una volta, atteggiamenti o letture *tranchant*.

La vicenda Fiat è un esempio lampante delle carenze strutturali del nostro diritto sindacale. Ciò nonostante, non mi sembra il caso di prospettare scenari che, probabilmente, condurrebbero a uno scontro sociale di cui davvero nessuno avverte il bisogno o, sicuramente, ci farebbero fare passi indietro da gigante nel livello di democrazia e civiltà. Abbiamo necessità, invece, di governare la nuova realtà senza atteggiamenti ideologici o pregiudiziali - perché la nostra non è più l'epoca delle certezze fornite da questa o quella visione del mondo -, cercando di "dialogare" per trovare i punti di incontro *migliori possibili*, nella complessità: il *dialogo* mi pare il criterio-guida,

---

[345] Da ultimo, v. De Luca Tamajo, *Riforme (im)possibili nel diritto sindacale*, in *DLM*, 2011, p. 2.

[346] D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *GDLRI*, 1998, p. 690.

quale modalità non meramente relazionale o esterna, bensì *costitutiva* degli equilibri di interessi di volta in volta da perseguire. Inutile ribadire che, a tal fine, di un soggetto collettivo, pienamente legittimato e affidabile, si ha gran bisogno.

Della vicenda Fiat esaminerò due profili, emblematici sul piano tanto teorico quanto pratico. Il primo riguarda la cd. esigibilità degli accordi aziendali stipulati dalla Fiat a Pomigliano e a Mirafiori[347]; il secondo, la struttura della contrattazione collettiva, segnatamente il rapporto tra il livello nazionale e quello aziendale: di entrambi ampia notizia è stata data anche dai principali quotidiani.

In termini tecnici la cd. esigibilità degli accordi aziendali rimanda alla clausola di tregua sindacale: nella sostanza, una clausola con la quale ci si impegna a non scioperare. La questione di fondo è la seguente: il sindacato ha il potere giuridico di precludere al singolo lavoratore il diritto di scioperare? La domanda è di quelle che pesano, anche perché paradigmatica dell'assetto "individuale-collettivo" nell'intero diritto sindacale. Ci costringe, sicché, ad aprire una (più o meno) breve parentesi [348].

Come si sa, l'art. 40 della Costituzione afferma perentoriamente il "diritto di sciopero" e si limita, per il resto, a prevederne l'esercizio "nell'ambito delle leggi che lo regolano". La futura legislazione cui pensava il Costituente – che ha fatto seguito alla "genericità della formula" della norma[349] - ha trovato la massima espressione con la 12 giugno 1990, n. 146, concernente lo sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali: anch'essa parca di indicazioni sul punto che ci interessa.

La tesi tradizionale, in effetti, risponde in modo negativo alla domanda. Essa ritiene che il diritto di sciopero debba, sì, esercitarsi "insieme", ma appartenga a ciascun lavoratore, unico soggetto legittimato a disporne. Questa tesi - cd. della titolarità individuale ad esercizio collettivo - da qualche tempo quanto meno indebolitasi[350], a me sembra tuttora priva di una compiuta e soddisfacente ricostruzione giuridica, adeguata alle peculiarità del fenomeno "sciopero" e, in particolare, alla centralità del suo profilo collettivo dal punto di vista empirico e giuridico (la finalizzazione dello sciopero alla tutela di un interesse collettivo è uno dei pochi punti, se non il solo, su cui si registra unanimità di opinioni). Ciò nondimeno, anche in questa vicenda la tesi si è fatta sentire; con ogni probabilità – oltre che per il "peso" della tradizione – per il timore di non alzare ulteriormente il livello, già molto alto, dello scontro, peraltro non privo di condizionamenti ideologici.

---

[347] Rispettivamente, il 15 giugno e il 23 dicembre 2010.

[348] Per i necessari approfondimenti, anche bibliografici, v., oltre ai riferimenti indicati nelle note che seguono, A. Loffredo (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, Bari, 2008.

[349] Villone, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 1969, p. 7.

[350] Cfr., tra gli altri, Del Punta, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, in Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 392; Ichino, *Appunti di un giurista su Pomigliano*, in www.lavoce.info, 18.6.2010, p. 2; Pascucci, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero nell'ottica della l. n. 146/1990 e delle clausole di tregua. A proposito di un recente libro*, in Loffredo (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, Bari, 2008, p. 26; Rusciano, *L'iter formativo della legge n. 83 del 2000*, in D'Onghia-Ricci M., *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 34.

Portando appena un po' più avanti l'analisi, mi pare indicativo che, nelle riflessioni più recenti a favore della titolarità individuale[351], è frequente l'utilizzazione di argomenti come il significato originario dei termini, la tradizione storica, il radicamento di un'elaborazione o, ancora, il diritto vivente. Senza addentrarsi nel merito di ciascuno di tali argomenti - pure non convincenti per questa o quella ragione – è sufficiente osservare come essi appaiano intrinsecamente deboli in un ambito giuridico, il diritto sindacale, ancora alla ricerca di sé stesso e di cui "le discontinuità (anche) qualitative sono state la costante evolutiva"[352]: un ambito transitato dalla originaria "ostilità" del periodo liberale alla "compressione" di quello corporativo, e, successivamente, dall'"attesa" di una legislazione di attuazione del dettato costituzionale degli anni '50 – a cui non era affatto estranea la concezione dello sciopero quale prerogativa *del sindacato* – al (già ricordato) "ibrido" quadro normativo.

In realtà, la tesi della titolarità individuale ad esercizio collettivo è maturata, eloquentemente, sulla scia degli eventi politico-sindacali degli anni '50-'60, in una stagione contraddistinta, da un lato, da un'accentuata conflittualità, e, dall'altro, dal dominio delle confederazioni più rappresentative. L'impressione è che sia poi giunta sino ai giorni nostri "alimentata da un lascito libertario trasmesso da una generazione all'altra"[353], come efficacemente e con indubbia onestà intellettuale è stato di recente scritto da chi pure continua a sostenerla. Cosicché, essa - ancora sfornita di una solida sistemazione della dimensione collettiva – finisce per rinvenire la vera forza in un argomento che, in realtà, non è tale: la sovrapposizione della titolarità *del sindacato* alla titolarità collettiva *di qualsiasi organizzazione sindacale*, che *falsa completamente il confronto*[354]. La contrapposizione con il "sindacato", anzi con le grandi confederazioni, in un sistema senza regole e garanzie democratiche, rende semplicemente naturale prendere le difese dell'"individuale" quale baluardo della "libertà", alla stregua di una valvola di sicurezza democratica o, se si vuole, del diritto di voto: valvola di sicurezza di relazioni sindacali storicamente incentrate, *di fatto* ed inevitabilmente, su dette grandi confederazioni, vere "regista" della stagione della "conflittualità permanente"[355]. Se la forzata sovrapposizione del "sindacato" all' "organizzazione sindacale" si mette invece da canto, è facile rendersi conto che la ricostruzione in termini *collettivi* della titolarità del diritto di sciopero non intacca affatto la libertà del singolo.

Abbiamo visto che la libertà del singolo è garantita dall'inequivocabile principio costituzionale della "libertà di organizzazione sindacale" (art. 39, c. 1, Cost.), intesa (secondo un'accezione tecnica) nella sua ricchezza anche come libertà di coalizione spontanea, dalla vita pure brevissima, giacché l'interesse collettivo, nella concezione cd. empirica (senz'altro la più coerente con il

---

[351] Carinci F., *Il diritto di sciopero: la* nouvelle vague *all'assalto della titolarità individuale*, in *DLRI*, 2009, p. 424; Luciani M., *Diritto di sciopero, forma di stato e forma di governo*, in *ADL*, 2007, p. 3.

[352] Romagnoli, *Il dopo-statuto: un testimone, un interlocutore*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1345.

[353] Carinci F., *op. cit.*, p. 440.

[354] Sul punto cfr. Carinci F, *op. cit.*; Montuschi, *L'autotutela individuale e collettiva nel pensiero di Matteo Dell'Olio*, in *Diritto e liberta. Studi in Memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 1022; Orlandini, *Qualche contro-argomento alla tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero*, in Loffredo (a cura di), cit., p. 117; Luciani M., *op. cit.*, p. 3; Santoni, *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 2001, p. 23.

[355] Le citazioni sono di Accornero, *La parabola del sindacato*, il Mulino, 1992, p. 102.

principio costituzionale[356]), è prerogativa di *qualsiasi* gruppo. In questo senso - opportuno ribadirlo - nella libertà individuale si radica la prima fondamentale istanza democratica riconosciuta dal Costituente: è il singolo lavoratore che, esercitando una sua esclusiva prerogativa, liberamente decide se agire o no per il "coordinamento", in una *qualsiasi forma*, di una pluralità di interessi al fine dello svolgimento dell'attività sindacale.

Muovendo da tale incontestata premessa, senza fraintendimenti e con una certa tranquillità, dovrebbe riconoscersi che il *singolo* lavoratore subordinato, per porre riparo alla intrinseca condizione di debolezza socio-economica che lo contraddistingue, attraverso la *libera* formazione dell'interesse collettivo *confluisce* nell'organizzazione sindacale: in virtù della *interrelazionalità*, gli interessi individuali divengono *altro*, appunto l'interesse collettivo. E proprio in ragione di questa *alterità*, ai fini della relativa tutela, l'ordinamento appresta poteri originari e peculiari in capo al soggetto collettivo-sindacale, *intraducibili* in una dimensione individuale.

Lo sciopero, in quanto "esenzione dal diritto comune" dei contratti[357], mostra nitidamente tutto ciò, a cominciare dalla centralità dell'interesse collettivo. La sua titolarità è dunque da attribuirsi all'*organizzazione sindacale*, ovvero, per quanto prima sottolineato, a una *qualsiasi organizzazione*, in una logica decisamente distante - giova ripeterlo - dalla limitazione all'*associazione sindacale*, preclusa dalla lettera e, ancor prima, dalla *ratio* del dettato costituzionale (art. 39, c. 1, Cost.). Di qualsiasi "organizzazione sindacale" il diritto di sciopero costituisce il *primo* strumento di effettività: come tale, per la proprietà transitiva, fondamentale per la *cittadinanza* del singolo lavoratore (attraverso il suo "aggregarsi").

Ritornando alla questione della esigibilità degli accordi, quanto appena osservato ci porta immediatamente alla più ampia e generale prospettiva del ruolo o, per meglio dire, della responsabilità dell'"organizzazione sindacale" alle prese con realtà nuove e delicate come quelle di Pomigliano e di Mirafiori (non a caso negli accordi Fiat la clausola di tregua è denominata "di responsabilità"[358]). In circostanze siffatte, che esigono, con ogni evidenza, relazioni sindacali "mature", il diritto di sciopero, proprio per la sua valenza teorico-empirica, costituisce un'imprescindibile risorsa di dialogo e di scambio a disposizione dell'organizzazione sindacale, presente d'altronde - come sovente si sottolinea - in molti ordinamenti democratici e in quasi tutti quelli europei[359].

Allora, e per converso, non ci resta che chiederci: *cui prodest* il diritto individuale di sciopero? La titolarità individuale - insoddisfacente dal punto di vista tanto strutturale quanto funzionale della fattispecie sciopero – può considerarsi un retaggio di un peculiare contesto, ben connotato sotto ogni punto di vista e ormai storicamente superato. All'interno di relazioni sindacali *al passo con i tempi*, con un minimo di regole che diano finalmente chiarezza anzitutto al rapporto tra "individuale" e "collettivo" - a cominciare dal fondamento del potere che presiede all'una e all'altra dimensione -, la debolezza della tesi tradizionale assumerebbe ancor più evidenza.

---

[356] Sulla distinzione tra questa concezione e quella cd. neo-dogmatica, che fa invece riferimento alla "*coalizione organizzata in forma sindacale* che assume, storicamente, caratteristiche e requisiti particolari", non certo priva di importanza nell'evoluzione del nostro diritto sindacale, cfr. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, F. Angeli, Milano, 1992, p. 113 e ss. (da cui è tratta la citazione).

[357] Ghezzi, *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *RTDPC*, 1968, p. 27.

[358] V. l'art. 14 dell'accordo di Pomigliano (nonché l'art. 11 del successivo "contratto di primo livello" di "Fabbrica Italia Pomigliano" del 20 dicembre 2010) e l'art. 1 dell'accordo di Mirafiori.

[359] Treu, *Un'eccezione con implicazioni generali*, in *Newsletter Nuovi lavori*, n. 50, 20 luglio 2010; Ichino, *Appunti*, cit. p. 2.

7. (Segue) Cornice nazionale e contratto collettivo decentrato.

Passiamo così al secondo aspetto della vicenda Fiat che vorrei brevemente prendere in esame: il rapporto tra contratto collettivo nazionale e contratto collettivo aziendale, per l'appunto al centro del discorso delle nuove regole sul fenomeno sindacale.

Come sappiamo, da tempo – anche sulla scia di esperienze straniere (un caso lampante è la Germania) - si insiste sulla necessità di maggiore apertura al livello decentrato di contrattazione (aziendale o territoriale), in ragione della marcata diversificazione dei contesti organizzativo-produttivi e territoriali. Sin dal 2009, con l'accordo quadro del 22 gennaio - non firmato però dalla Cgil -, anche il nostro sistema contrattuale ha recepito il cambiamento, sia pur non smentendo la centralità del livello nazionale.

La Fiat ha via via manifestato maggiore insofferenza verso i vincoli dell'assetto contrattuale tradizionale – in particolare in ragione dei ben noti difficili rapporti con un'organizzazione sindacale (Fiom) - sì da finire per proiettarsi sostanzialmente al suo esterno. Donde, la già ricordata fuoriuscita, minacciata o realizzata, da Confindustria, che ha fatto seguito alla (inevitabile) insoddisfacente esperienza referendaria di Pomigliano e Mirafiori.

Concentrandosi sul punto che più ci interessa, in discussione, a parer mio, non è l'opportunità di rivedere, anche in modo del tutto innovativo, il rapporto tra i livelli della struttura della contrattazione; bensì, è la possibilità di prescindere *del tutto* da una cornice nazionale. In altri termini, la questione ha ragione di porsi nel momento in cui l'apertura al contratto decentrato – sinora mai esclusa, in linea di principio e di fatto - diviene *asse portante* del sistema.

Stavolta io propenderei per una risposta negativa al problema: proprio la correlazione cittadinanza-lavoro-organizzazione sindacale, filtrata in questo caso attraverso l'attività contrattuale, costituisce un serio argomento in tal senso.

Una lettura "aggiornata" del rammentato art. 39, II parte, Cost., conferma il particolare rilievo "istituzionale" dell'azione sindacale e il suo ruolo di primo piano nella regolazione delle relazioni di lavoro, ancorché non esclusivo e suscettibile di limitazioni, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale[360]. Ad assumere importanza è il riferimento al contratto collettivo di categoria - cioè *nazionale* -, depurato ovviamente da ogni fardello della storia e, viceversa, combinato con il "nuovo" art. 117 Cost. (come si sa, riscritto dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), norma problematica, ma cruciale nella lettura delle attuali tendenze verso il decentramento.

L'art. 117, c. 2, lett. m), attribuisce alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale". È appena il caso di osservare che, in relazione ad esso, non sussistono ostacoli al coinvolgimento, per la disciplina dei rapporti di lavoro, di soggetti privati (ossia i datori di lavoro): come già accennato, i diritti sociali riconosciuti dal Costituente hanno un

---

[360] V., tra le altre, Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *MGL*, 2000, p. 955; 20 aprile 1998, n. 143, in *LG*, 1998, p. 783; 7 febbraio 1983, n. 34, in *FI*, 1985, I, c. 1923; 30 luglio 1980, n. 141 e 142, in *GC*, I, 1980, rispettivamente pp. 1164 e 1196.

carattere anche "orizzontale"[361], possono cioè afferire ai rapporti interprivati[362]. Piuttosto, va sottolineato che, se non si vuole ridurre sensibilmente il ruolo dell'autonomia sindacale, gli artt. 39 e 117, c. 2, lett. m), Cost., sebbene collocati su piani diversi, sono da porre in stretto raccordo: dimodoché la duttile e proficua interazione legge-contratto collettivo possa costituire la tecnica più idonea per declinare concretamente quel *plafond* essenziale di tutele che il Costituente vuole garantito sull'intero territorio nazionale, *a fondamento della cittadinanza* evidentemente. In quest'ottica, non solo si rafforza l'esigenza di dare attuazione all'art. 39, II parte, Cost. – passaggio ineludibile per assicurare l'estesa diffusione degli effetti del contratto -, ma, allo stesso tempo, risalta la rilevanza della dimensione nazionale della contrattazione collettiva, contemplata appunto dal medesimo art. 39 e senz'altro coerente con l'art. 117, c. 2, lett. m). La totale indipendenza tra il livello nazionale e il livello decentrato della contrattazione presenta, al contrario, il forte rischio di marcata frammentazione delle regole del lavoro, esposte ai rapporti di forza di questo o quel contesto territoriale o imprenditoriale, sì da intaccare il *plafond* di tutele caro al Costituente. Al contempo, detta indipendenza mina, alla radice, anche la prospettiva di *ragionevole* modulazione delle regole in relazione alle caratteristiche delle differenti realtà da disciplinare (professionali, merceologiche, organizzative, ambientali). Sotto questo secondo profilo la cornice nazionale rappresenta un vettore del principio di eguaglianza[363].

Nella logica descritta non desta problemi il recente e decisamente importante accordo interconfederale del 28 giugno 2011, tra Confindustria, da un lato, e Cgil, Cisl e Uil dall'altro, sulla regolazione dell'attività sindacale, in particolare contrattuale, che ha peraltro segnato un riavvicinamento tra le tre grandi sigle sindacali. Sebbene di rilievo circoscritto e non ancora soddisfacente, anzitutto perché anch'esso di natura pur sempre ed esclusivamente contrattuale (dalla efficacia inevitabilmente limitata), si tratta di un accordo sicuramente innovativo, pure per quanto concerne la marcata apertura al contratto aziendale, riconosciuta, però, non in contrapposizione al contratto nazionale: il quale – si dice in modo emblematico, in apertura – ha la funzione di garantire "la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale" (punto 2)[364].

Di segno diverso è, invece, la valutazione del ricordato successivo art. 8, del d. l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, in l. n. 148/2011. Questo articolo, facendo perno sull'attuale difficilissima congiuntura economico-finanziaria, segna un momento di discontinuità delle nostre tradizionali relazioni sindacali decisamente più forte dell'accordo del 28 giugno, giacché costituisce

---

[361] Del Punta, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 114.

[362] In ragione - afferma Mengoni, (*I diritti sociali*, cit., p. 6) - del "criterio funzionale". L'autore prosegue sottolineando che lo "stacco più marcato dallo schema tipico, rivolto (esclusivamente) verso i poteri pubblici, è segnato dai diritti previsti dagli artt. 36 e 37 Cost: diritto del lavoratore a una retribuzione equa e sufficiente, al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite; diritto di parità salariale della donna lavoratrice e dei minori. Sono diritti soggettivi privati [scrive ancora Mengoni], immediatamente efficaci nei confronti del datore di lavoro come norme di fonte costituzionale incorporate nella disciplina legale inderogabile del contratto di lavoro". Gli stessi diritti (il diritto delle donne riferito, per la precisione, alla parità "delle condizioni di lavoro") sono classificati tra quelli "a prestazioni positive" da Baldassarre, *op. cit.*, p. 30.

[363] Sottolinea il punto, peraltro in relazione anche alle imprese di uno stesso settore, Rusciano, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, in *EL on line*, 8 settembre 2011, p. 2.

[364] L'accordo prevede poi (al punto 7) la contrattazione aziendale in deroga ai contratti nazionali, ma "nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti".

il primo intervento legale di carattere generale sulla contrattazione collettiva, precipuamente sulla forza e sull'efficacia del contratto decentrato. La norma contiene, inoltre, un'espressa e specifica regolazione - dichiaratamente rivolta alla Fiat - dell'efficacia soggettiva pure dei "contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2001…", estesa anch'essa *erga omnes*.

Inutile ribadire che non vedo affatto con sfavore l'intervento legale. Il problema sono i suoi contenuti.

L'art. 8 è molto pretenzioso e, inevitabilmente, altrettanto problematico: in modo francamente stringato e confuso, intende metter mano all'*essenza* del diritto sindacale, ossia al fondamento e agli effetti del potere del soggetto collettivo. Prospettare, allo stato, incertezze e difficoltà applicative appare pressoché obbligato, al punto da dubitare anche dell'effettiva utilità dell'intervento[365]; per questo aspetto l'attuale governo è, tra l'altro, recidivo[366].

La rilevanza storico-sistematica dell'art. 8 induce comunque a concentrarsi sulla sua legittimità costituzionale nella prospettiva sin qui seguita.

Ebbene, il contrasto con gli artt. 3, 39, II parte, e 117, c. 2, lett. m), Cost., può assumere consistenza se nell'art. 8 si rinviene un'apertura amplissima al neobattezzato ambiguo "contratto di prossimità" (appunto decentrato), stipulato dalle associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano non necessariamente nazionale ma anche solo - si badi – territoriale (senza alcuna specificazione), "ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda"[367]; contratto del quale la l. n. 148/2011 ha espressamente sancito sia il potere derogatorio rispetto "alle disposizioni di legge" e alla "regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro", sia l'"efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati (…)"[368].

La norma, in effetti, prevede, per il contratto di prossimità, finalità assai generiche[369] e un spettro d'intervento dai confini che si perdono all'orizzonte[370]. Nulla è invece scritto sulla cornice nazionale.

Si potrebbe obiettare che questa cornice è data proprio dalla natura dell'intervento, legislativo-statale: obiezione tanto facile quanto debole, giacché, come emerge già da queste brevissime considerazioni, l'apertura alla contrattazione decentrata è tale da non prevedere sostanzialmente

---

[365] Va rimarcato, al riguardo, che le parti sociali, il 21 settembre, hanno definitivamente sottoscritto l'accordo del 28 giugno espressamente affermando che "le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti".

[366] Cfr., in proposito, Zoppoli A., *Riforma*, cit., p. 411, per il tentativo di riscrivere il diritto del lavoro attraverso la nuova disciplina dell'arbitrato, introdotta dal già citato art. 31 della l. n. 183 del 2010.

[367] La norma aggiunge, non certo brillando per linearità, "ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011".

[368] La norma così prosegue: "a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali". Essa inoltre prevede, in modo evidentemente pleonastico, che resta fermo "il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali".

[369] Le intese possono essere "finalizzate alla maggiore 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".

[370] L'art. 8 indica "la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento (…)" a una serie estremamente ampia e vaga di materie: si va dalle "(…) mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale (…) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile (…) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro (…) alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso", ecc.

alcun elemento che possa soddisfare l'indicazione costituzionale dei "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti (…) sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale": garanzia sottesa, appunto, alla competenza legislativa statale esclusiva.

Argomentazione meno fragile sarebbe quella che richiamasse l'attenzione sulla possibilità di desumere dall'attuale quadro legislativo-statale, in via interpretativa, le tutele essenziali garantite dal Costituente *ex* art. 117, c. 2, lett. m). Benché sostenibile, sul piano dell'assetto delle fonti, per quanto attiene all'individuazione del limite non derogabile dal "contratto di prossimità", questa argomentazione, tuttavia, non solo dovrebbe fare i conti con lo scenario estremamente complicato e incerto cui darebbe luogo, ma, al contempo, ridurrebbe non poco il "valore" della contrattazione collettiva, completamente esclusa dalla definizione del suddetto insieme di tutele, a dispetto dell'art. 39 Cost.

Piuttosto, la centralità del contratto aziendale, del quale l'art. 8 prevede l'efficacia soggettiva *ultra partes* secondo una tecnica con ogni evidenza difforme da quella indicata dalla Costituzione, mette a nudo anche tutta la debolezza della tesi, pure storicamente apprezzabile e attualmente diffusa, secondo la quale l'art. 39, II parte, Cost. riguarderebbe solo il contratto collettivo nazionale e non, in generale, l'attività contrattuale con efficacia *erga omnes*, nelle sue caratteristiche strutturali e funzionali: la centralità del livello aziendale, così come configurata dall'art. 8, elimina ogni garanzia di democraticità dell'azione sindacale, elevata al rango della legge al di fuori dei binari istituzionali apprestati dal Costituente, che risultano semplicemente aggirati. Un prezzo troppo alto da pagare anche per l'ormai improcrastinabile esigenza di regolazione.

Insomma, l'art. 8 del d.l. n. 138/2011 appare estraneo a qualsiasi forma di dialogo tra i soggetti istituzionali coinvolti e disattento a fondamentali profili tecnico-giuridici. Ottime premesse perché esso, in un contesto terribilmente delicato, anziché creare un indispensabile "minimo comune sentire" delle parti sociali per governare la realtà, accresca il caos, alimentando l'antica diffidenza verso la (necessaria) regolazione legale del fenomeno sindacale.

L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*

Adalberto Perulli - Valerio Speziale

1. La crisi finanziaria e la manovra di Agosto 2011. 144

2. La riforma del Diritto del lavoro: "imposta dall'Europa"? 148

3. Il "pensiero unico" sulla flessibilità del lavoro e l'art. 8 della manovra. 151

4. L'art. 8 della legge 148/2011 e la fungibilità tra legge e contratto collettivo: crisi della universalità del Diritto del lavoro e del principio di uguaglianza. 159

5. I soggetti sindacali abilitati alla stipula dei contratti collettivi "di prossimità". 167

6. L'efficacia erga omnes dei contratti collettivi "di prossimità". 169

7. I "vincoli di scopo" alla contrattazione collettiva aziendale e territoriale. 172

8. La deroga anche peggiorativa alla legge e al C.C.N.L. 174

9. Segue: il rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro. 177

10. Il "comma Fiat": l'efficacia retroattiva dei contratti collettivi aziendali approvati e sottoscritti prima del 28 giugno 2011. 181

11. L'art. 8 e l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. 184

12. La possibile evoluzione della contrattazione collettiva in deroga. 186

Riferimenti bibliografici. 189

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 132/2011

1. La crisi finanziaria e la manovra di Agosto 2011.

L'estate del 2011 sarà ricordata come una stagione particolarmente calda per il Diritto del lavoro. E questo certamente non per ragioni climatiche. Il 28 giugno é stato stipulato un importante Accordo interconfederale tra Cgil, Cisl Uil e Confindustria, che ha ridisegnato il sistema della contrattazione collettiva nel nostro paese, con l'ambizione di ritrovare un'unità d'azione tra le Confederazioni sindacali (per evitare altri accordi separati) e di ridefinire regole fondamentali per i contratti collettivi (criteri condivisi di misurazione della rappresentatività sindacale; efficacia erga omnes dei contratti aziendali; possibilità di prevedere, per la contrattazione di secondo livello "clausole di uscita", con deroghe peggiorative al ccnl ecc.). L'Accordo segna un passaggio storico delle relazioni industriali italiane, la cui portata va ben oltre il valore simbolico rappresentato dalla ritrovata unità d'intenti fra le tre Confederazioni dopo un lungo periodo di divisioni sindacali e di accordi separati. L'intesa riguarda, infatti, i pilastri su cui si regge il sistema di relazioni collettive: non a caso su queste materie così delicate, in un quadro di endemica incertezza regolativa che caratterizza il sistema italiano di relazioni industriali, si era consumata la più recente ed eclatante rottura sindacale con gli accordi (separati) Fiat di Pomigliano e Mirafiori, divenuti emblematici dell'incapacità del sistema di produrre regole condivise ed efficaci. In questa difficile congiuntura non era affatto scontato rilanciare la capacità delle relazioni industriali di produrre regole in grado di governare i fenomeni economici e sociali, in una insopprimibile ricerca di equilibrio tra garanzia dei diritti dei lavoratori e competitività dell'impresa. Tuttavia, mentre ancora si stavano valutando gli effetti e l'impatto che questo Accordo avrebbe avuto sul sistema di relazioni industriali, è "esplosa" la crisi connessa al debito sovrano dell'Italia. A questo punto il Governo, su sollecitazione della Banca Centrale Europea, è stato costretto a predisporre una manovra economica aggiuntiva, che si è tradotta nel D.L 13 agosto 2011, n. 138 (subito ribattezza come "manovra di Ferragosto"). Nel corso dello stesso mese (e ai primi di settembre), il Parlamento è stato chiamato a ratificare il decreto, che è stato convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148. L'intervento legislativo, con l'art. 8, introduce modifiche molto importanti nel Diritto del lavoro e, a prescindere dalla concreta attuazione che la normativa potrà avere (v. *infra* § 12), certamente si è in presenza di una vera e propria "rivoluzione" della materia[371].

Il contesto economico che ha imposto la manovra sollecita alcune riflessioni. Agli inizi di luglio lo *spread* tra i BTP a 10 anni ed i Bund tedeschi era intorno all'1,83%. Improvvisamente il 29 luglio è schizzato al 3,32%, per poi continuare ad oscillare (fino a toccare il limite del 4% e poi collocarsi poco al di sotto, con variazioni tra il 3,5 ed il 4%, a volte superato). Il differenziale tra la rendita percepita per i titoli italiani e quelli tedeschi assume una rilevanza decisiva per l'ammontare del nostro debito pubblico. L'incremento dello spread, infatti, significa che lo Stato italiano, per collocare sul mercato i titoli, è costretto, nelle aste che si verificano periodicamente, ad alzare il rendimento garantito ai compratori a titolo di interessi, che non può essere inferiore allo spread. Se il differenziale con i titoli tedeschi è basso, vuol dire che il tasso di fiducia nei confronti del

[371] Quando questo saggio era ormai completo, si è ricevuto un commento assai approfondito della nuova disposizione (F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, pp. 1 - 37). Purtroppo è stato impossibile dare conto nel presente lavoro di questo contributo dottrinario.

debitore sovrano (in questo caso l'Italia) è buono. Il Tesoro, dunque, può collocare i titoli con rendimenti più ridotti, che sono influenzati soprattutto dalla domanda che di essi viene fatta sul mercato. Se, invece, lo spread con i Bund tedeschi aumenta in modo considerevole, lo Stato è costretto a vendere i titoli garantendo al compratore interessi crescenti. L'incremento dei tassi ovviamente influenza l'ammontare del debito sovrano. "Per l'*Economist* ogni punto percentuale di interesse sul debito pubblico aumenta il nostro disavanzo di circa 12 miliardi di Euro annui"[372].

La domanda che sorge spontanea è per quale ragione gli spreads abbiano subito questa improvvisa impennata alla fine di luglio 2011. Le risposte fornite dagli esperti sono tutte dirette a spiegare il fenomeno con il timore che l'Italia non possa fare fronte ai propri impegni finanziari, con necessità, quindi, per il Tesoro di incrementare i tassi per attirare gli investitori e, in tal modo, meglio remunerare il "rischio Italia". Si è detto in particolare che la bassa crescita (che riduce le entrate fiscali e quindi obbliga, per sostenere le spese, ad un maggior indebitamento dello Stato) e l'instabilità politica, insieme all'assenza di riforme strutturali tali da rendere credibile una ripresa dell'economia, sono le ragioni principali di tale dinamica negativa[373].

In realtà queste osservazioni sono solo parzialmente vere. Il timore dell'insolvenza di un debitore, anche se è uno Stato sovrano, dovrebbe essere legato a variazioni nel quadro macroeconomico che rendano probabile che il paese non sia in grado di fare fronte ai propri debiti. In realtà nulla di tutto questo è accaduto nel nostro paese. Si è giustamente sottolineato che "il debito e la stagnazione economica sono ormai problemi tristemente endemici per l'Italia da almeno 10 anni"[374]. E nonostante queste condizioni – con un debito pubblico che da oltre un decennio è a due cifre rispetto al PIL – l'Italia è stata sempre in grado di fare fronte ai suoi impegni finanziari, pagando regolarmente gli investitori (soprattutto grazie ad una oculata gestione delle scadenze dei titoli e della quantità di bonds immessi nel mercato). D'altra parte, l'evoluzione degli spreads dimostra quanto si sta dicendo. All'inizio del 2010, quando le condizioni di scarsa crescita e di ammontare del debito italiano erano pressoché identiche ad oggi, lo spread tra titoli italiani e

---

[372] Newman 2011, 1. Il meccanismo di oscillazione degli spreads è alquanto complesso. Ogni giorno, sul mercato secondario – il mercato di compravendita dei titoli già posseduti dagli investitori ed al di fuori delle aste del paese emittente – vi possono essere vendite massicce di titoli italiani. Queste cessioni determinano una riduzione del prezzo del bond, che viene acquisito ad un valore inferiore a quello nominale con cui è stato comperato originariamente dal venditore. Il compratore, in questo modo, può ottenere lo stesso tasso di interesse fisso del titolo che aveva il venditore, ma lucra anche sul minor prezzo. Infatti, alla scadenza del titolo egli riceverà gli interessi e la restituzione del prezzo nominale di acquisto, che è superiore a quello reale con cui lo ha comperato. La media tra la rendita fissa del titolo ed il maggior guadagno legato al prezzo effettivo di acquisizione determina un tasso di lucro per il titolo italiano, che viene calcolato giornalmente. In modo analogo viene calcolato il tasso di lucro dei Bund tedeschi (sempre in relazione alle vendite o agli acquisti sul mercato secondario). Il differenziale tra tasso italiano e quello tedesco è lo spread. Il Tesoro, quando effettua le aste per collocare i propri titoli, deve garantire un tasso di interesse quantomeno pari allo spread. Se non operasse in questo modo, infatti, l'asta rischierebbe di andare deserta, perché gli investitori preferirebbero acquisire i titoli sul mercato secondario con margini di guadagno superiori a quelli garantiti dall'acquisto diretto dallo Stato.

[373] Una interessante sintesi di tutte le cause descritte nel testo è rinvenibile nel rapporto redatto da Standard & Poor's, che ha recentemente previsto la riduzione del rating da "A+/A-1+" ad "A/A-1". L'outlook dell'Agenzia, reperibile in http://www.repubblica.it del 20 settembre 2011, specifica che "the downgrade reflects our view of Italy's weakening economic growth prospects and our view that Italy's fragile governing coalition and policy differences within parliament will likely continue to limit the government's ability to respond decisively to the challenging domestic and external macroeconomic environment".

[374] Newman 2011, 2.

tedeschi era intorno 0,71. Dal maggio 2010 al giugno 2011 "cresce gradualmente per arrivare a 1,6% ed a luglio l'improvvisa (impennata) per toccare un picco di 3,5%"[375].

Queste modifiche così rilevanti possono essere spiegate in primo luogo per effetto di attività speculative, quando grandi investitori istituzionali (che detengono centinaia di milioni di Euro di titoli italiani nei propri portafogli) decidono di procedere a massicce vendite che producono la riduzione dei prezzi di acquisto dei bonds, che possono successivamente essere acquisiti dai medesimi soggetti in aste dirette, con prezzi inferiori e tassi di interesse molto più elevati (in quanto lo Stato ha dovuto incrementare il loro rendimento finanziario). Tuttavia, i fattori determinanti sono altri: la crisi del debito di alcuni paesi europei (Grecia innanzitutto, ma anche Portogallo e Irlanda), l'indecisione dell'Unione Europea nell'apprestare strumenti di salvataggio efficaci e di adeguata consistenza economica (l'EFSF – il "Fondo salva Stati" - è intervenuto tardivamente in aiuto della Grecia ed ha una dotazione finanziaria complessiva ritenuta inadeguata a far fronte alla crisi dei debiti sovrani), il timore che le banche italiane (che possiedono molti titoli di stato dei tre paesi sopra indicati) potessero diventare insolventi obbligando l'Italia ad intervenire in loro aiuto, l'instabilità politica del nostro paese e la convinzione che il Governo non riuscirà a stimolare la crescita del PIL, la recessione globale hanno prodotto una "spirale di sfiducia", che si è trasformata a volte vero e proprio "panico"[376]. Di qui la vendita massiccia di titoli di stato italiani, gli incrementi degli spreads, la necessità per il Tesoro di innalzare il tasso di interesse nelle aste di vendita.

A ben vedere, dunque, i fattori che hanno portato alla crisi del nostro debito sono del tutto indipendenti da "aspettative razionali" connesse ai fondamentali della nostra economia o alla solvenza dello Stato debitore e sono conseguenti, invece, a situazioni di crisi completamente estranee al nostro paese o ad una "sfiducia politica", che, peraltro, anche se giustificata, non è in grado di produrre immediati effetti negativi. Infatti, nonostante il nostro elevatissimo debito pubblico, non vi è necessità di "un finanziamento continuo" e le nostre aste "sono meno frequenti rispetto ad altri paesi", mentre i "nostri bond maturano in media tra 7 anni"[377]. Con la conseguenza che anche incrementi consistenti dei tassi di interesse, se limitati nel tempo, non hanno effetti dirompenti sull'ammontare del debito pubblico.

Tuttavia, il panico dei mercati ha prodotto una situazione che, anche se non immediatamente foriera di conseguenze negative, poteva, sul lungo periodo, minacciare la stabilità finanziaria del nostro paese (obbligato ad aumentare i tassi di interesse che, in un arco temporale di anni, potevano diventare insostenibili e creare un possibile default). Di qui l'intervento della Banca Centrale Europea che, temendo che la nostra situazione nazionale potesse minacciare la stabilità dell'Euro, ha cominciato ad acquisire quantitativi rilevanti dei nostri titoli di Stato sul mercato secondario, determinando in questo modo un "raffreddamento" degli spreads. Questo intervento, peraltro, secondo gli organi di stampa è stato condizionato all'emanazione di una manovra economica che, in aggiunta a quella già varata nel luglio 2011 (ed approvata dall'Unione Europea come idonea per seguire obiettivi di stabilità finanziaria), anticipasse l'obiettivo del pareggio di bilancio al 2013 (riducendo quindi il nostro deficit con interventi di incremento delle entrate e di riduzione delle spese) ed introducesse elementi finalizzati ad aumentare la crescita del PIL.

---

[375] Newman 2011, 2.

[376] Cfr. le interessanti osservazioni di Tito Boeri sull'incidenza della scarsa credibilità politica del Governo sull'aumento o diminuzione degli spreads (in La Voce del 23.09.2011, www.lavoce.info).

[377] Newman 2011, 2.

La "manovra di Ferragosto" è il prodotto di queste condizioni contenute nella ormai famosa "lettera" che la Banca Centrale Europea ha inviato al nostro Governo, dettando i presupposti economici e finanziari a cui era subordinato l'intervento a sostegno dei nostri titoli di Stato. Sul contenuto di questa lettera si tornerà in seguito. Non vi è dubbio peraltro che la BCE abbia profondamente condizionato l'intero sistema politico italiano, imponendo pesanti sacrifici che altrimenti non vi sarebbero stati. Una situazione questa che sollecita alcune riflessioni ulteriori.

Un mercato monopolizzato da grandi investitori istituzionali ed in cui agiscono milioni di operatori anonimi (fortemente influenzati dai comportamenti dei primi) è in grado, in assenza di regole certe e di meccanismi che disincentivano operazioni speculative, di "dettare l'agenda politica" a Stati sovrani. La recente vicenda degli Stati Uniti, dove la sola "minaccia" di un downgrading del debito sovrano di questo paese da parte di una Agenzia di rating ha obbligato l'esecutivo ad una pesante manovra finanziaria (che oltretutto non ha evitato il "declassamento") esprime in modo efficace la totale subordinazione della politica e degli stati democratici – fondati sul principio di rappresentanza – alla finanza (in questo caso, addirittura, ad una Agenzia privata che deve valutare il "merito creditorio e debitorio" di soggetti pubblici e privati in base a legislazioni nazionali ormai presenti nella maggior parte dei paesi del mondo). Inoltre, per tornare alle nostre vicende nazionali, la Banca Centrale europea, che è organismo tecnico e non politico, è in grado di limitare la sovranità economica dello Stato italiano, imponendogli in tempi rapidissimi una manovra vincolata al raggiungimento di determinati obiettivi. Una situazione, quest'ultima, che riflette l'assenza di un governo europeo dell'Unione e nella quale la BCE svolge una funzione di supplenza di una politica continentale del tutto assente. Tuttavia, questa spiegazione non fa che accrescere il senso di sgomento di fronte a vicende che mettono a rischio alcuni capisaldi del sistema rappresentativo e dove gli Stati nazionali, che fino a qualche tempo fa erano condizionati dalle esigenze economiche ma conservavano margini di intervento autonomo, sono oggi ridotti a meri esecutori di decisioni assunte da un mercato finanziario privo di regole e da organi tecnocratici sottratti a forme di legittimazione democratica.

È opportuno ricordare, infatti, che la crisi globale esplosa nel 2008 ha la sua origine in un processo di finanziarizzazione dell'economia-mondo, intesa come uso incontrollato della liquidità liberata dai processi produttivi al fine di aumentare il valore borsistico del capitale, con la creazione di un mercato finanziario globale disconnesso dall'economia concreta e dunque sottratto al principio di realtà. Un trend catastrofico, non solo per gli effetti sociali che ha innescato, ma anche per i risultati di medio termine delle imprese, imprigionate nella logica di monetizzazione dei risultati a breve e per la diffusione di una gestione manageriale irresponsabile.

L'uso degli investimenti speculativi è solo un aspetto di un processo che ha sommato una serie di caratteristiche negative, tra le quali la moltiplicazione eccessiva di denaro disponibile a breve e lungo termine, l'utilizzo di procedure finanziarie di distribuzione del denaro assai vulnerabili e gestite da soggetti privati irresponsabili, impiego della liquidità per creare altro denaro e non per investimenti produttivi.

Di fronte al fallimento di questa finanziarizzazione senza regole sarebbe certo necessario rafforzare la trasparenza dei mercati e la responsabilità delle imprese, promuovendo la regolazione e la sorveglianza, sostenendo la protezione dell'investitore e del consumatore, evitando conflitti di interesse, rafforzando la cooperazione internazionale e riformando le istituzioni finanziarie internazionali. È tuttavia necessario andare oltre questi indicazioni programmatiche, individuando una serie di parametri di comportamento per gli investitori istituzionali, i quali dovrebbero

promuovere la trasparenza dei mercati finanziari, individuando le attività produttive da prediligere allo scopo di compiere investimenti responsabili; indirizzare i capitali di risparmio alla produzione di beni pubblici, come infrastrutture urbane, scuole, trasporti; migliorare le condizioni di lavoro nel mondo mediante investimenti produttivi sostenibili a lungo termine[378]. Tuttavia, lungi dal seguire un simile percorso di regolazione da parte degli Stati nazionali e degli organismi economici internazionali, assistiamo ad una situazione di "esproprio" della sovranità statale da parte di un mercato finanziario "irrazionale" e privo di regole efficaci. Questa situazione richiederebbe un'iniziativa di radicale riforma che gli Stati contemporanei non sembrano in condizione, almeno per il momento, di realizzare. Gli esiti di questo processo sono dunque ignoti e non consentono di prevedere se la finanza internazionale cesserà di essere il vero *dominus* delle relazioni politiche.

2. La riforma del Diritto del lavoro: "imposta dall'Europa"?

La manovra di Ferragosto introduce importanti innovazioni nel Diritto del lavoro. Il Governo ha giustificato l'intervento sostenendo che un'ulteriore flessibilizzazione del mercato del lavoro era stata espressamente richiesta all'Italia dalla BCE ed era quindi inevitabile se si voleva ottenere l'aiuto economico della Banca Centrale[379]. L'imposizione dell'Istituto di Francoforte sarebbe stata espressa in una lettera inviata al Governo, contenente la descrizione dei vari interventi in campo economico, tra cui quelli relativi ai rapporti di lavoro. Questa missiva, peraltro, ritenuta a contenuto "riservato", non è mai stata resa pubblica durante la fase temporale di emanazione del decreto legge e della sua conversione[380]. E si è giustamente osservato che questa segretezza "ha i suoi vantaggi: consente di scaricare ogni responsabilità sull'imperatore lontano (ndr: la BCE), senza compromettersi"[381]. Essa, tuttavia, è stata divulgata alla fine di Settembre 2011.

Nonostante la mancanza di pubblicità, vi sono state numerose indiscrezioni di stampa, secondo le quali nella lettera si raccomandava di intervenire sulle pensioni di anzianità, di ridurre gli stipendi dei pubblici dipendenti e di abbassare il livello di tutela garantito dalla disciplina dei licenziamenti individuali. Tuttavia, la mancata pubblicazione del testo faceva sorgere il legittimo sospetto che in verità il Governo avesse approfittato della situazione per introdurre una riforma che corrisponde al disegno già perseguito con il progetto dello Statuto dei lavori", presentato ufficialmente il 31 luglio 2010 e che è sparito dall'agenda governativa per il sopraggiungere di problemi politici molto più pressanti[382]. In sostanza "l'Europa" poteva essere un'ottima scusa per realizzare ciò che sarebbe stato assai più arduo compiere in un normale iter politico parlamentare.

---

[378] Cfr. sul punto le indicazioni di Perulli, Marrella 2009, 341 ss.

[379] Si vedano sul punto le dichiarazioni del Ministro Sacconi, secondo il quale la BCE ci chiedeva di "aumentare la flessibilità in uscita per favorire ingressi nel mercato del lavoro, sbloccare la nuova occupazione con contratti stabili attraverso la riforma dei licenziamenti" (in Il Sole 24 Ore del 16 settembre 2011, 11).

[380] Il Ministro Sacconi ha affermato che "spero che venga pubblicata, non ne posso più. Giuro su mio figlio di aver letto cose che mi hanno indotto a presentare certe norme" (in Il Sole 24 Ore del 16 settembre 2011, 11).

[381] Barbara Spinelli, *Mostrateci la lettera di Trichet*, in La Repubblica, 17 agosto 2011.

[382] Lo "Statuto dei lavori", infatti, prevede solo "tre fondamentali diritti che devono essere garantiti a ogni persona che lavora" (sicurezza del lavoro e dell'ambiente, compenso equo e proporzionato ai risultati di impresa, diritto all'incremento delle conoscenze e competenze). Aggiunge poi che questi diritti possono "essere solo in parte generalizzati e sanzionabili" e devono essere modulati tramite enti bilaterali e contrattazione collettiva" (20). Infatti i "diritti inderogabili di legge" dovranno "trovare una modulazione più moderna", "flessibilmente derogabile o integrabile dalla contrattazione nei vari contesti e nelle dimensioni in cui si realizza" (21) (Piano triennale per il lavoro 2010).

Il testo della lettera reso pubblico in effetti rivela che la BCE ha chiesto un rafforzamento della contrattazione aziendale nella definizione dei livelli salariali e delle condizioni di lavoro incrementandone l'importanza rispetto agli altri livelli di negoziazione. Inoltre la Banca Centrale ha sollecitato una "profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti dei lavoratori, prevedendo un sistema di assicurazione contro la disoccupazione ed un insieme di politiche attive del lavoro tali da facilitare la ricollocazione dei lavoratori nelle imprese e nei settori più competitivi"[383]. Il pensiero economico espresso dalla BCE sarà esaminato nel paragrafo successivo. Ora è importante rilevare che l'Istituto europeo sembra avere scarsa conoscenza della situazione italiana. Perché se - in base ai parametri della teoria neoclassica - può essere comprensibile affermare che nel nostro paese esiste una normativa "rigida" in tema di licenziamenti (tale da richiedere una sua riforma per renderla più flessibile), non si comprende per quale ragione bisognerebbe riformare le regole in tema di assunzioni. Da questo punto di vista l'Italia ha una disciplina priva di qualsiasi vincolo, per l'assenza di sistemi di collocamento pubblico, per la presenza di agenzie private autorizzate ad operare nel settore e per la previsione di una pluralità di tipologie contrattuali tali da soddisfare qualsiasi esigenza di flessibilità delle imprese[384]. In realtà, la richiesta della Banca Centrale, oltre a dimostrare insufficienti informazioni sul mercato del lavoro italiano, esprime la tendenza di questo Istituto – di cui si tornerà a parlare - a formulare ricette economiche di stampo neo-liberista indifferenziate, applicabili a tutte le realtà economiche a prescindere dalle caratteristiche di ogni singolo paese.

A parte queste considerazioni, la richiesta della BCE non giustificava comunque un'operazione come quella effettuata dal Governo italiano.

In primo luogo non è vero che l'Italia non aveva alcuna autonomia decisionale in questa materia. Gli spazi di intervento erano più ridotti per quanto riguarda la parte strettamente economica della manovra finalizzata a garantire il risultato dell'anticipazione del pareggio di bilancio al 2013. In quest'ultimo caso, infatti, i saldi complessivi dell'aggiustamento finanziario e l'obiettivo da raggiungere erano tali da limitare in modo consistente le scelte da adottare (anche se le opzioni possibili erano molte e diverse, come dimostra la predisposizione di ben cinque differenti versioni della manovra!). Questi problemi, al contrario, non si ponevano per la riforma dei rapporti di lavoro, che non era diretta a produrre alcun risparmio ed andava ricompresa tra le innovazioni dirette a stimolare la crescita. D'altra parte il Ministro dell'Economia ha affermato che "non tutto quello che ci viene richiesto dalla BCE verrà fatto"[385]. Inoltre il Presidente della BCE ha negato che vi sia stata una negoziazione, con lo scambio tra le misure di risanamento imposte all'Italia e gli acquisti delle obbligazioni italiane, sottolineando come il "messaggio" inviato al nostro Governo esprimeva soltanto l'opinione della Banca Centrale sulle riforme che il nostro paese avrebbe

---

[383] La lettera della BCE, in inglese ed italiano, è reperibile in www.corriere.it/economia del 30 settembre 2011. Tra l'altro la lettura del testo dimostra che, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministro Sacconi (v. *supra* nt. 9) non vi era alcuna richiesta di sbloccare nuova occupazione con contratti stabili.

[384] A meno che la BCE non pensasse alla quota obbligatoria di assunzione degli invalidi!

[385] La dichiarazione è stata riportata da tutti i quotidiani (si veda, tra gli altri, La Repubblica dell'11 agosto 2011).

dovuto assumere[386]. Dunque la Banca Centrale auspicava determinate riforme, ma non condizionava il suo intervento alla loro realizzazione[387].

Infine, l'autonomia dell'Italia era rafforzata dal fatto che l'intervento della BCE era assolutamente indispensabile a prescindere dalle riforme che il Governo italiano avrebbe introdotto. Infatti, "la BCE (era) consapevole che abbandonare… l'Italia al suo destino (sarebbe equivalso) alla fine dell'euro", perché "(avrebbe portato) quasi inevitabilmente ad un default del Paese", che si sarebbe propagato agli altri paesi con la conseguenza che "difficilmente l'euro (poteva sopravvivere)"[388]. Ovviamente, il solo sostegno della Banca centrale, con l'acquisto di titoli italiani, non è sufficiente a superare la crisi (un economista come Giavazzi ha parlato, al riguardo, sulle colonne del Corriere, di "morfina europea"): tant'è vero che, nonostante l'intervento della BCE, la tensione sui tassi di interesse è rimasta inalterata[389]. Tuttavia tale sostegno era assolutamente indispensabile per le ragioni già indicate.

Il Governo italiano, invece, ha cercato di scaricare ogni responsabilità sulla Banca Centrale, introducendo una riforma radicale del Diritto del lavoro che non era obbligato a realizzare e che comunque avrebbe potuto avere un contenuto diverso. La riprova di quanto si sta dicendo può essere trovata anche nel fatto che non tutte le proposte della BCE sono state accolte: ad esempio non si è proceduto alla riduzione degli stipendi dei lavoratori pubblici (che era stata espressamente richiesta). D'altra parte, l'analisi della lettera di Trichet e Draghi e la comparazione con l'intervento realizzato con l'art. 8 della l. 148/2011 rivelano l'uso strumentale delle raccomandazioni della Banca Centrale effettuato dal Governo italiano.

In primo luogo l'Istituto europeo proponeva una valorizzazione della contrattazione aziendale "in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende e rendendo questi accordi più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione. L'accordo del 28 Giugno tra le principali sigle sindacali e le associazioni industriali si muove in questa direzione"[390]. Dunque, l'operazione di "adattamento" avrebbe dovuto essere del tutto endogena al sistema intersindacale e riguardare il rapporto fra contratti collettivi di diverso livello e non certo quelli tra contratto aziendale e la legge, per cui, sotto questo profilo ed in piena coerenza con le richieste della BCE, sarebbe stato sufficiente recepire in legge i contenuti dell'intesa interconfederale di quest'estate. Invece il Governo ne ha approfittato per consentire potenzialmente all'autonomia collettiva di derogare all'intero statuto giuridico del lavoro subordinato. L'Europa certamente non ci suggeriva né tantomeno imponeva di introdurre riforme che abilitassero le organizzazioni sindacali a

---

386 Cfr. l'intervista a Trichet, su Il Sole 24 Ore del 2 settembre 2011, 5.

387 Infatti, la Banca Centrale si esprime affermando che "consideriamo cruciale che tutte le azioni elencate nelle suddette sezioni 1 e 2 siano prese il prima possibile per decreto-legge, seguito da ratifica parlamentare entro la fine di Settembre del 2011. Sarebbe appropriata anche una riforma costituzionale che renda più stringenti le regole di bilancio "(v. *supra* nt. 13). Si tratta, come si vede, di una sollecitazione molto "stringente" ma senza che venga in alcun modo espresso il concetto secondo il quale, in mancanza di tali interventi, la BCE non avrebbe operato con acquisti sul mercato secondario dei titoli di Stato. D'altra parte, i tempi seppur rapidi di approvazione della manovra erano incompatibili con la necessità di intervenire immediatamente a sostegno dei nostri *bonds* per ridurre gli *spreads*.

388 Zingales 2011, 16.

389 Zingales, op. ult. cit. Lo dimostrano anche le vicende di questi giorni, quando, nonostante la BCE continui ad effettuare acquisti di titoli italiani, lo spread con i Bund tedeschi è tornato a lievitare intorno al 4% per ragioni diverse (pericolo di recessione globale, di insolvenza delle banche ecc.).

390 Cfr. *retro* nt. 13.

peggiorare la disciplina legale della privacy e quella in materia di inquadramento, mansioni, orari di lavoro, contratti flessibili, modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro e così via.

Inoltre, la riforma dei licenziamenti, che certamente la Banca Centrale non riteneva dovesse essere affidata all'autonomia collettiva ma ad una riforma legislativa, avrebbe dovuto essere attuata in una prospettiva di flexicurity di matrice europea, vale a dire accompagnata dall' introduzione di sostegni alla disoccupazione e da politiche attive del lavoro, di cui, ovviamente, nella riforma di Agosto non vi è traccia.

In verità, dunque, la crisi finanziaria e la lettera della BCE sono state un ottimo pretesto per cercare di realizzare obiettivi di politica del diritto che il Governo aveva già anticipato nel luglio 2010, quando della crisi finanziaria che ha investito l'Italia non vi era traccia alcuna.

3. Il "pensiero unico" sulla flessibilità del lavoro e l'art. 8 della manovra.

Si è già detto che l'art. 8 della l. 148/2011 è stato motivato in base alla richiesta espressa della BCE di una maggiore flessibilità in uscita. La riduzione delle tutele in materia di licenziamenti dovrebbe infatti favorire nuova occupazione con contratti a tempo indeterminato[391]. Nella sua lettera la Banca Centrale ha espresso un'opinione che è coerente con quanto essa sta sostenendo da anni[392]. Questa tesi, tra l'altro, è quella adottata da grandi istituzioni economiche internazionali (Ocse, Fondo Monetario Internazionale) ed è stata recentemente confermata dalla Banca d'Italia[393]. Senza dimenticare che essa trova conforto in autorevoli opinioni di giuristi italiani che, basandosi su studi economici, ritengono che l'eccessiva rigidità nella disciplina di licenziamenti sia un ostacolo alle assunzioni e determini una sorta di regime di *apartheid* tra gli occupati (superprotetti) ed i disoccupati, condannati ad essere segregati nella inattività[394].

In sostanza si chiede di "liberare il lavoro" da "lacci e lacciuoli" che impedirebbero il corretto funzionamento del mercato del lavoro[395]. Queste richieste si ripetono ormai da anni e sono contenute nei Reports di queste istituzioni economiche internazionali[396]. Essi costituiscono una sorta di "pensiero unico" che invita alla progressiva deregolamentazione dei rapporti di lavoro quale strumento indispensabile per garantire la crescita dell'occupazione in mercati più inclusivi, con invito agli stati nazionali ad adottare riforme che perseguono questi obiettivi. Chiunque si occupi di questa materia ne osserva la pervasività ed il carattere "ossessivo" con una continua reiterazione dei

---

391 Si rinvia alle dichiarazioni del Ministro Sacconi (*retro* nt. 9),

392 La Banca Centrale Europea ha riaffermato che, nonostante i miglioramenti degli ultimi anni nelle *performance* del mercato del lavoro, vi è necessità "di maggiore flessibilità per aumentare la capacità di aggiustamenti dei mercati del lavoro dell'area nonché la relativa capacità di tenuta agli shock" (BCE 2007, 75). L'eccessiva rigidità nella legislazione a tutela del posto di lavoro è ancora una volta ribadita (77), in coerenza con una tesi già espressa in precedenza (BCE 2002). Per una ricostruzione delle opinioni espresse da OECD e Banca Centrale Europea si rinvia alla dettagliata ricostruzione di Ashiagbor 2005, 36 ss., 72 ss.

393 Draghi 2011, 13.

394 Ichino 1996, 105 ss. Questo autore, nel commentare l'art. 8 della l. 148/2011, ha ribadito il concetto (Id. 2011a, 1).

395 Il Piano triennale del lavoro, presentato dal Ministero del Lavoro il 30 luglio 2010, si intitola *Liberare il lavoro per liberare i lavori*. E tale liberazione dovrebbe avvenire attraverso la deroga della norma inderogabile attuata con la contrattazione collettiva.

396 Si veda, da ultimo, OCSE 2011a, 3; Id. 2011b, 1, BCE 2011, 7.

medesimi concetti, utilizzati tra l'altro in relazione a qualsiasi contesto economico[397]. La ricetta è sempre la stessa, senza alcuna distinzione tra i Paesi occidentali o quelli meno sviluppati ed a prescindere dalle profonde differenze che caratterizzano le strutture economiche e gli stessi sistemi di relazioni industriali degli Stati presi in considerazione.

In tempi più recenti, inoltre, la tesi analizzata si è arricchita di una variante ulteriore. L'eccessiva rigidità del mercato del lavoro italiano (di cui la tutela in materia di licenziamenti sarebbe la massima espressione) scoraggerebbe gli investimenti esteri nel nostro paese, che é agli ultimi posti nelle graduatorie internazionali per la capacità di attrarre investitori stranieri[398]. Essa, inoltre, inciderebbe in modo sostanziale sulla capacità competitiva del "sistema Italia".

Un'analisi approfondita di queste opinioni non può essere effettuata in questa sede. Essa, inoltre, sarebbe probabilmente del tutto inutile. L'autorevolezza delle istituzioni che la sostengono e la forza persuasiva che ne consegue impediscono qualsiasi seria confutazione del "pensiero unico", diventato una sorta di verità incontestabile che non ammette prova contraria. Tuttavia, qualche spunto di riflessione va fatto, anche per non abdicare completamente ad una funzione di "ragione critica" che dovrebbe orientare l'attività di qualsiasi studioso.

Com'è noto, la tesi secondo cui la rigidità della disciplina in materia di lavoro è all'origine della disoccupazione trova fondamento nel rapporto Ocse del 1994, secondo il quale il miglioramento delle performance del mercato del lavoro europeo presuppone la riforma dei sistemi centralizzati di contrattazione collettiva (con devoluzione alla contrattazione aziendale della determinazione delle retribuzioni), l'eliminazione di elevati livelli di salari minimi e la riduzione degli standard di tutela previsti dalle legislazioni nazionali (con particolare riferimento alle protezioni connesse ai licenziamenti)[399]. Queste opinioni, ribadite dall'Ocse, dalla BCE e dal Fondo Monetario, sono state fatte proprie anche dalla Commissione Europea (nel Libro Verde sulla "modernizzazione" del Diritto del lavoro)[400]. La Commissione attribuisce alla eccessiva rigidità della disciplina in tema di lavoro a tempo indeterminato la causa del "dualismo" del mercato del lavoro europeo, caratterizzato dalla proliferazione di contratti atipici e dall'esistenza di lavoro rigido nella componente standard e segmentato in quella tipica[401].

---

[397] La reiterazione ossessiva è in particolare messa in evidenza dai Bollettini mensili della Banca Centrale Europea, che ripetono ogni mese la necessità di mercati del lavoro meno rigidi ed utilizzando le stesse parole.

[398] La tesi è sostenuta con particolare vigore da Ichino. Anche Standard & Poor's, nel *report* in cui spiegano le ragioni del *downgrading* dell'Italia recentemente effettuato (v. *retro* nt. 3), citano le percentuali ridotte degli investimenti esteri in Italia rispetto a quelle di Francia e Germania.

[399] Ashiagbor, 2005, 40 che sintetizza il "mantra" dell'Ocse in relazione a licenziamenti, contrattazione collettiva ecc.

[400] "La recente relazione sull'occupazione in Europa nel 2006 fa riferimento a dati secondo i quali l'esistenza di una legislazione troppo rigidamente protettiva dell'occupazione tende a ridurre il dinamismo del mercato del lavoro, aggravando le prospettive di lavoro delle donne, dei giovani e dei lavoratori anziani. Tale relazione sottolinea che una deregolamentazione marginale che mantiene praticamente intatte le rigide regole applicabili ai contratti standard tende a favorire la segmentazione dei mercati di lavoro e influisce negativamente sulla produttività" (Commissione Europea 2006, 9). L'impostazione fornita dal *Libro Verde* della Commissione non è certo andata esente da critiche: v. Perulli 2007, 21 ss.; M. G. Garofalo 2007, 135 ss.; Leonardi 2007, 145 ss.

[401] "Le riforme della legislazione relativa alla tutela dell'occupazione avviate dall'inizio degli anni '90 vertono soprattutto sull'ammorbidimento delle norme vigenti per favorire la diversità contrattuale. La finalità di queste riforme era di sviluppare una flessibilità 'marginale', vale a dire di instaurare forme di occupazioni più flessibili con una minore tutela contro il licenziamento, al fine di facilitare l'accesso di nuovi venuti e di soggetti alla ricerca di un lavoro in posizione di svantaggio nel mercato del lavoro, consentendo a coloro che lo desideravano di avere una maggiore scelte in materia di opportunità di lavoro" (Commissione Europea 2006, 6).

Come è noto, tuttavia, proprio l'indice di rigidità dell'impiego elaborato dall'Ocse nel 1999 – ed utilizzato in Italia, fra gli altri, da Pietro Ichino[402] - contiene una serie di gravi errori e imprecisioni che la dicono lunga circa l'affidabilità stessa di queste metodiche, la cui correzione ha condotto ad una sostanziale revisione verso il basso dell'indice di rigidità. In particolare, il tasso (particolarmente elevato) di rigidità attribuito all'Italia derivava da una grave inesattezza consistente nell'aver incluso il trattamento di fine rapporto fra i costi monetari del licenziamento, laddove, come sarebbe stato evidente a qualunque conoscitore del diritto del lavoro italiano, il TFR non rappresenta un costo del licenziamento ma un mero accantonamento di una frazione di retribuzione dovuta al dipendente, esigibile (di norma) al momento della cessazione del rapporto. A fronte della correzione degli errori evidenziati le differenze con altri paesi europei quali Francia e Germania si riducono drasticamente[403].

Errori e valutazioni non corrette sono presenti in molte delle c.d. valutazioni dei sistemi lavoristici effettuate da organismi internazionali, come la Banca mondiale, falsando il dibattito scientifico sotto le mentite spoglie della "evidenza" empirica[404].

Più in generale va detto, peraltro, che la tesi descritta è priva di riscontri concreti ed è contestata a livello teorico, perché vi sono numerosi studi che negano che vi sia una correlazione tra la "protezione" garantita dalla disciplina in materia di lavoro ed i livelli di disoccupazione[405]. Inoltre questa teoria è in qualche misura smentita da alcuni studi compiuti dalla stessa Ocse in relazione al rapporto tra flessibilità salariale ed occupazione, quando, ad esempio, nell'*Employment Outlook* del 1998 si è affermato che né la teoria economica né le analisi econometriche sono state in grado di determinare l'influenza sui livelli occupazionali di discipline legali o contrattuali sui minimi salariali[406]. E lo stesso può dirsi per il rapporto tra crescita degli occupati e legislazione restrittiva in materia di licenziamenti, per la quale si è sostenuto che le ricerche empiriche non sono state in grado di dimostrare che l'eccessiva rigidità della normativa produce effetti negativi[407] e che anzi

---

[402] Cfr. Ichino 2005, 25, nota 18, nella quale viene richiamata la tabella 2.10 alla p. 85 e il grafico 2.2. alla p. 78 in OCDE, *Protection de l'emploi et performance du marchè du travail*, 1999.

[403] Cfr. Del Conte, Devillanova, Morelli 2004, p. 335. Sulla neutralità apparente delle cifre come misura della norma giuslavoristica cfr. Martelloni 2008, 9 ss.

[404] Per un approccio critico all'uso degli indicatori cfr. Lassandari 2010, 93 ss.

[405] Si vedano, ad esempio, i lavori di Nickell 1997 e Nickell, Layard 1998, che escludono che la legislazione in materia di licenziamenti ed i minimi salariali producono rigidità che hanno un impatto negativo sull'occupazione (che è legato, al contrario, ad altri istituti di regolazione del mercato del lavoro, come l'esistenza di indennità di disoccupazione eccessivamente generose). In tempi più recenti, considerazioni analoghe sono espressa da Lyard, Nickell e Jackman 2005 e Del Punta 2010, 12. Si considerino anche le analisi di Esping Andersen 1999 e 2000, che sottolinea come non esistano evidenze empiriche che confermino un qualsiasi effetto della deregolamentazione del mercato del lavoro sui livelli della disoccupazione. Per una ricostruzione dettagliata delle opinioni favorevoli e contrarie alla tesi della flessibilità del lavoro quale soluzione ai problemi dell'occupazione si vedano le approfondite analisi di Deakin, Wilkinson 1999, 587 ss. e Ashiagbor 2005, 33 ss. (a cui si rinvia per le numerose indicazioni sulla letteratura che nega il rapporto positivo tra flessibilità ed occupazione).

[406] OECD 1998, 31, 42 ss., secondo la quale la riduzione dei minimi salariali potrebbe agevolare l'occupazione dei giovani e dei lavoratori in formazione professionale, ma senza che sia dimostrabile un effetto positivo *generale* per tutti i lavoratori.

[407] OECD 1999, 47 e 68 ss., che cita una serie di studi che dimostrano come la disciplina dei licenziamenti non ha effetti sul livello complessivo della disoccupazione ma sulla dinamica e sulla composizione della stessa (ad es. sul *turn over*) con una tesi confermata anche da altri autori (Sestito 1997, 48 ss.; Del Punta 2001, 19; Id. 2010, 10 ss.; Nickell 1997, 72; Esping Andersen 1999, 67; Perulli 2002, 357). Questa affermazione è stata ribadita in OECD 2004, 63. Si vedano anche le osservazioni di Ashiagbor 2005, 43 (nota 59), che cita studi teorici più recenti che hanno confermato l'opinione secondo la quale "EPL strictness has little or no effect on overall unemployment", e Boeri, Garibaldi 2005, 2 (con ulteriori citazioni bibliografiche).

una "*ragionevole*" tutela contro i licenziamenti può avere conseguenze positive[408].

Lo stesso Parlamento Europeo, commentando il Libro Verde della Commissione, ha sottolineato che "recenti studi dell'Ocse e di altre organizzazioni hanno dimostrato che non vi sono prove del fatto che riducendo la protezione contro il licenziamento e indebolendo i contratti di lavoro standard si possa agevolare la crescita dell'occupazione", mentre, al contrario, vi sono paesi europei che dimostrano "chiaramente che un elevato livello di protezione dal licenziamento... è pienamente compatibile con un'elevata crescita dell'occupazione"[409]. E si è ribadito che "non c'è alcuna provata correlazione tra allentamento dei vincoli sulla flessibilità in uscita e aumento della propensione dell'impresa ad occupare. Casi nazionali dimostrano il contrario: la persistenza di alti tassi occupazionali nella permanenza di forti rigidità regolative in uscita"[410].

La scarsa fondatezza del "pensiero unico", che ha creato un vero e proprio "mito" della flessibilità[411], trova, tra l'altro, piena conferma nella situazione italiana. Da tempo, infatti, vi sono studi che hanno confermato che in Italia "nel settore privato non agricolo dell'economia sin dalla fine degli anni Ottanta sia il turn-over dei lavoratori (pari alla somma dei lavoratori che nel corso di un anno sono assunti e si separano da un'impresa rispetto al totale dei lavoratori occupati), sia quello dei posti di lavoro (pari alla somma dei posti di lavoro creati e distrutti in un anno rispetto al totale dei posti di lavoro esistenti) sono tra i più elevati in Europa"[412]. Evidenze, queste, che escludono l'esistenza di un'eccessiva rigidità delle tutele degli *insiders* a scapito degli *outsiders*, particolarmente per quanto attiene alla disciplina dei licenziamenti individuali, che, evidentemente, non ostacola l'accesso al lavoro[413]. D'altra parte una simile conclusione trova conferma in altri elementi, quali l'enorme differenza nelle *performance* occupazionali nelle diverse aree del paese (ed a parità, ovviamente, della disciplina dei licenziamenti), che rende difficile attribuire alla *employment job protection* effetti così radicalmente diversi[414]. È francamente poco plausibile ritenere che il "famigerato" art. 18 dello statuto dei lavoratori possa produrre differenziali così significativi nei tassi di occupazione o disoccupazione, per cui vi sono aree del paese nelle quali la mancanza di lavoro è un dato di gran lunga inferiore alla media europea ed altre dove la disoccupazione è "a due cifre "(con analoghi risultati per quanto riguarda altri indicatori di partecipazione della forza lavoro alle attività produttive).

---

[408] OECD 2004, 63, secondo la quale la legislazione protettiva sui licenziamenti "may foster long-term employment relationships, thus promoting workers' effort, co-operation and willingness to be trained, which is positive for aggregate employment and economic efficiency". Si rinvia, sul punto, alle osservazioni di Ashiagbor 2005, 43.

[409] Parlamento Europeo 2007, 5.

[410] AA.VV. 2007, 94.

[411] Perulli 2006, 193; Treu 2005, 418, che parla di un "approccio parziale e distorto" che "ha enfatizzato e moltiplicato le flessibilità, in particolare quelle con un'enfasi ideologica che sopravvaluta gli stessi bisogni di flessibilità manifestati dalle imprese".

[412] Reyneri 2006, 2. Questa opinione è sostenuta anche dal Cnel (2005, 113 ss.) che rileva la presenza di studi che confermano la tesi (Contini, Trivellato 2005).

[413] Il riferimento è alla nota teoria di Lindbeck, Snower 1988, secondo la quale l'eccesso di tutele a favore degli occupati renderebbe difficile l'accesso al mercato del lavoro dei disoccupati. Tesi che in Italia è stata fortemente sostenuta da Ichino 1996, 33 ss. e 105 ss.

[414] Nella ultima Rilevazione sulle forze di lavoro dell'Istat (pubblicata il 1° luglio 2011 e riferita al 1° trimestre 2011, in www.istat.it) si afferma che, a fronte di un tasso di disoccupazione nazionale del 8,6%, il Nord è al 6 %, il Centro al 7,5% ed il Sud al 14,1% e che il tasso di attività e di occupazione (che meglio sintetizzano le *performance* occupazionali) presentano differenziali molto forti nelle tre aree del paese. Situazione, questa, che caratterizza la realtà italiana da decenni e certamente da quando vi è la tutela "forte" in materia di licenziamenti.

Senza dimenticare che in Italia esiste una vasta area di imprese alle quali non si applica la stabilità reale, che ha una dimensione numerica superiore a quella soggetta all'art. 18[415]. Eppure, in questo contesto non si assiste ad un turn over occupazionale più dinamico, inteso come crescita degli occupati che, sino alla soglia dei 16 dipendenti, è più ampia di quella riscontrata nelle imprese sottoposte allo statuto lavoratori. Anzi, al contrario, quest'area è caratterizzata da un'utilizzazione di contratti flessibili assai elevata, nonostante la possibilità di licenziare a costi molto contenuti[416]. Elementi, questi, a conferma che la "rigidità" dell'art. 18 ha ben poca influenza sulla propensione delle imprese ad assumere.

La riforma in materia di licenziamenti è stata giustificata inoltre come necessaria per sviluppare la crescita del Pil (indispensabile per ridurre l'impatto e l'incremento del debito pubblico). È noto che, per ragioni storiche ed economiche ben precise, nel nord d'Italia vi è il maggior numero di imprese e la concentrazione più elevata di quelle con requisiti dimensionali tali da imporre l'obbligo della stabilità reale. Ebbene non solo tale massiccia presenza di aziende soggette all'art. 18 dello statuto non produce effetti negativi sui tassi di disoccupazione, ma la presunta "rigidità" della flessibilità in uscita non incide negativamente neanche sui livelli di crescita. In relazione al 2010, ad esempio (ma dati analoghi sono riscontrabili negli anni precedenti), il Pil italiano è cresciuto dell'1,3%. "Secondo le stime territoriali provvisorie dell'Istat, la crescita sarebbe stata superiore alla media nazionale nelle regioni del Nord (Nord-Ovest 1,7 per cento da – 6, Nord Est 2,1 da – 5,6) e al Centro (1,2 da – 3,9), solo di poco positiva nel Mezzogiorno (0,2 da - 4,3)"[417]. Dunque la produzione di beni e servizi è stata superiore proprio nell'area territoriale in cui più diffuso è il livello di protezione contro i licenziamenti.

Un discorso analogo può essere fatto per quanto attiene alla capacità di attrarre investimenti esteri o, in senso più ampio, in relazione alla competitività complessiva dell'Italia. Da questo punto di vista molto interessanti sono i risultati pubblicati nel *The Global Competitiveness Report 2010 – 2011*, realizzato dal *World Economic Forum* di Ginevra. Il testo, che analizza le economie di ben 139 paesi in tutto il mondo (includendo Europa, Africa, Asia, Sud America, Oceania) "contribuisce alla comprensione dei fattori chiave che determinano la crescita economica ed aiuta a spiegare perché alcuni paesi hanno più successo rispetto ad altri nella crescita dei livelli di reddito e nelle opportunità per le loro rispettive popolazioni"[418]. Il Rapporto, oltre ad esaminare nel dettaglio le caratteristiche economiche di ogni Stato preso in considerazione, individua 15 "fattori critici" che ostacolano la realizzazione di attività economiche in ciascun paese e che ne riducono la competitività (con riferimento ad esempio ai livelli di tassazione, al grado di rigidità della disciplina in

---

[415] Cfr. Ichino 2011b, 2, il quale, utilizzando dati Istat, sottolinea che le imprese a cui non si applica l'art. 18 sono "4.356.236..., mentre quelle di dimensioni superiori sono 114.512", anche se alle prime sono addetti 4.108.086 lavoratori e nelle seconde (sopra la soglia dei 15 dipendenti) sono occupati 7.790.429 persone.

[416] Dell'Aringa 2011, 1, secondo il quale non è vero che le imprese sotto i quindici dipendenti, che non hanno l'articolo 18, utilizzano meno contratti flessibili. *Contra* Ichino 2011b, 1 ss., il quale peraltro interpreta i dati Istat con osservazioni discutibili (sarebbe troppo lungo confutarle in questa sede). In ogni caso, anche ammettendo che i dati raccolti non hanno il significato univoco affermato da chi esprime la tesi contraria a quella sostenuta da questo autore, essi comunque certamente non consentono di arrivare alle conclusioni da lui formulate (e cioè che la "fuga dal lavoro subordinato… riguarda…soprattutto l'impresa di maggiori dimensioni, quella soggetta all'articolo 18 dello Statuto del 1970") (3).

[417] Banca d'Italia 2011, 7.

[418] WEF Report 2010 – 2011, XI.

materia di lavoro, a quello di regolamentazione fiscale o di accesso al credito finanziario, all'inefficienza della burocrazia governativa, all'inadeguatezza della formazione della forza lavoro, all'instabilità politica, alla corruzione, all'inflazione, al tasso di criminalità e così via). Per l'Italia, che occupa la quarantottesima posizione (su 139), la rigidità della disciplina in materia di lavoro si colloca soltanto al sesto posto (con una percentuale pari al 9,1%) ed è preceduta da "fattori critici "di gran lunga più importanti in termini di quantità e di qualità[419]. Tra l'altro paesi molto più "virtuosi" del nostro si collocano al vertice della graduatoria redatta dal *The Global Competitiveness Report*. Ed è sorprendente vedere come per la Germania (quinta), la Finlandia (settima) e la Francia (quindicesima), le *restrictive labour regulations* sono nelle primissime posizioni dei fattori critici, senza peraltro aver minimamente scalfito l'elevatissimo livello di competitività di questi paesi[420]. Vi sono dunque elementi, sia in positivo che in negativo, che dimostrano lo scarso peso della *job employment protection* se è vero che paesi molto competitivi hanno questa posizione nonostante l'elevato grado di rigidità della disciplina lavoristica e che, al contrario, l'Italia è ben lontana da queste realtà economiche per ragioni assai diverse dalle regole in materia di lavoro.

Le riflessioni teoriche e le evidenze empiriche descritte consentono di contestare radicalmente il "pensiero unico" delle grandi istituzioni economiche internazionali ed in particolare della BCE che ha ispirato la riforma introdotta nell'estate 2011. Anzi, è possibile affermare che la riduzione delle tutele in materia di licenziamenti (ma anche in relazione ad altri contratti atipici, perché la riforma consente di deregolare anche il rapporto a termine e le altre tipologie contrattuali flessibili) creerebbe condizioni di maggiori instabilità nell'occupazione, accrescendo il senso di precarietà e di insicurezza del lavoro. In tempi recenti si è affermato che "le riforme attuate (in Italia), diffondendo l'uso di contratti a termine, hanno incoraggiato l'impiego del lavoro, portando ad aumentare l'occupazione negli anni precedenti la crisi, più che nei maggiori paesi dell'area dell'euro; ma senza la prospettiva di una pur graduale stabilizzazione dei rapporti di lavoro precari, si indebolisce l'accumulazione di capitale umano specifico, con effetti alla lunga negativi su produttività e profittabilità"[421]. E si è aggiunto che "la moderna teoria economica ha messo in luce, al contrario, che lo spostamento dai lavoratori alle imprese di parte dei costi associati alla riallocazione del lavoro può condurre, a certe condizioni, a un guadagno di efficienza produttiva"[422]. Queste riflessioni dovrebbero sollecitare conclusioni molto diverse da parte degli economisti anche nell'ambito di una valutazione esclusivamente pensata in termini di efficienza dei sistemi produttivi, secondo un punto di vista che, comunque, non può certamente esaurire le diverse funzioni affidate al Diritto del lavoro.

Le considerazioni svolte non consentono soltanto di confutare analisi economiche assai discutibili ma inducono a osservazioni ulteriori che riguardano in generale il rapporto tra il Diritto del lavoro e le ragioni dell'economia. Questo rapporto si esprime, nella legislazione in commento, con la massima condivisione per le tesi dell'economia neoclassica standard, per cui il diritto è null'altro che un fattore di rallentamento della crescita. Il diritto del lavoro è ormai entrato a pieno titolo

---

[419] La graduatoria dei *most problematic factors in doing business* vede, per il nostro paese, al primo posto il livello di inefficienza burocratica (19,3%), seguita dall'accesso al credito (15,2%), dal peso della tassazione (14,9%), dalla regolamentazione fiscale (13%) e dalla inadeguatezza del livello delle infrastrutture (11,9%) (WEF Report 2010 – 2011, 192).

[420] In particolare, la rigidità della disciplina lavoristica si colloca in seconda posizione per la Finlandia (con il 21,9%), in prima per la Francia (con il 23,1%) ed in seconda posizione per la Germania (con le 17,4%) (WEF Report 2010 – 2011, 156, 158, 164).

[421] Draghi 2010, 7 (a cui si rinvia per indicazioni bibliografiche sul tema).

[422] AA.VV. 2007, 94.

fra i parametri con cui viene valutata l'attrattività economica di un paese, come avviene ad esempio – oltre che nel *The Global Competitiveness Report* – in quello denominato *Doing Business* elaborato dalla Banca Mondiale: un rapporto valutativo sui diritti nazionali alla luce di criteri di efficacia economica, onde poter consigliare la miglior de-*localizzazione* capitalistica. In una sorta di "mappamondo" che rappresenta la terra come uno spazio di competizione tra legislazioni si sta consumando un mutamento epistemologico di fondo, che interessa tanto il diritto (non solo del lavoro), la *rule of law* e la democrazia. Il *diritto*, perché si scardina il principio fondativo di ogni ordinamento giuridico (la localizzazione), ossia il nesso costitutivo di *Ordnung* e *Ortung*, che sta alla base del moderno Stato-nazione e dell'iscrizione territoriale della legge[423]; la *rule of law* perché la libertà conferita a ciascuno di scegliersi la legge più favorevole è principio antinomico con quello della sottomissione di tutti i soggetti alla legge; la *democrazia*, perché il *law shopping* contrasta con il principio democratico, il cui campo di estensione si trova meccanicamente ridotto nei paesi le cui legislazioni sociali, fiscali e ambientali sono messe in competizione su scala planetaria[424].

L'art. 8 appare del tutto coerente con la rappresentazione giuridica del mondo messa in pratica da queste valutazioni: quella di un mercato di norme aperto alla scelta della regola più attrattiva e conveniente, mentre l'istituzione regolativa di questo mercato (nel nostro caso l'autonomia collettiva aziendale) deve condurre all'eliminazione progressiva dei sistemi normativi meno adatti a soddisfare le attese delle imprese. I cattivi piazzamenti dei Paesi in queste classifiche sono generalmente invocati dagli economisti come una delle principali "evidenze empiriche" delle rigidità giuslavoristiche proprie di quei sistemi giuridici (anche se, come si è visto, vi sono altri Rapporti internazionali che mettono in discussione l'esattezza di tali risultati). Senza preoccuparsi dei gravissimi problemi concettuali e metodologici che questo tipo di comparazioni sollevano[425], gli economisti che le invocano ritengono che la classifica dei paesi in base a questi indici rifletta *grosso modo* la realtà, con cio' giustificando la deregulation, la concorrenza regolatoria ed il *dumping* sociale.

La dimensione economica del Diritto del lavoro è indiscutibile, solo se si pensa che esso regola la gestione di un fattore della produzione dotato di un proprio specifico costo e di cui è misurabile il livello di produttività. E tale dimensione impone un confronto epistemologico con scienze diverse, inclusa quella economica[426]. Tuttavia il diritto persegue la tutela di "*valori non economici*, come l'equità, l'eguaglianza, la solidarietà, la salute e la sicurezza, la dignità, o - perché no - la libertà nelle sue varie manifestazioni…"[427]. Valori che – come ora vedremo - non possono essere smarriti, se non si vuole negare la sua stessa funzione.

La disciplina in tema di licenziamenti non può essere letta soltanto nel prisma dell'efficienza economica ma come espressione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione europea (art. 30 della Carta di Nizza)[428]. Tra l'altro, una solida protezione contro il licenziamento è una sorta di "norma di chiusura" dell'intero Diritto del lavoro. La mancanza di una efficace

---

[423] Schmitt (1991).

[424] Supiot 2008.

[425] Lee, McCann, Torm (2008), 455 ss.

[426] Del Punta 2001, 6 ss.; Id. 2010, 4 ss.

[427] Del Punta, 2001, 39.

[428] Oggi parte integrante delle fonti costituzionali europee ai sensi dell'articolo 6 TUE.

regolamentazione contro il recesso ingiustificato e la minaccia di una possibile interruzione del rapporto a costi contenuti e senza obblighi ripristinatori del contratto rendono di fatto "inagibili" molti diritti essenziali del lavoratore durante il rapporto (retribuzione, professionalità, privacy, sicurezza, ecc.). Il dipendente, infatti, per timore di perdere il posto di lavoro, non eserciterà le sue prerogative. L'esperienza delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria, dove solo dopo l'estinzione del contratto vi sono contenziosi che attengono a diritti fondamentali del lavoratore, è, da questo punto di vista, estremamente significativa.

Le riflessioni svolte sono ovviamente estensibili a molti altri diritti riconosciuti nella Costituzione europea ed in quella italiana e che riguardano "valori non economici" attinenti a profili essenziali della personalità umana. Questa imponente "giuridificazione" del lavoro implica necessariamente alcune conclusioni. In primo luogo occorre sottrarre alla valutazione economica alcuni diritti che devono essere confermati a prescindere dalla loro "efficienza". Si pensi, in questo ambito, alla normativa antidiscriminatoria, la cui eventuale "non economicità" non può mettere in discussione la sua vigenza, che é connessa alla tutela della dignità umana[429]. Inoltre, anche nelle materie in cui la dimensione economica dei diritti è più evidente (come nel caso della retribuzione o dell'orario di lavoro), le ragioni economiche dovrebbero sempre essere ponderate con i profili attinenti alla personalità del lavoratore, per trovare un punto di equilibrio che garantisca il contenuto essenziale dei diritti a lui riconosciuti.

Invece, adottare il punto di vista del pensiero unico (e dell'analisi economica del diritto che di quel pensiero rappresenta il "braccio operativo" sul piano normativo) significa scartare in radice l'inclusione, tipica del diritto positivo, dei valori etici e personalistici che orientano il legislatore e l'interprete verso scelte non sempre, e non necessariamente, coincidenti con quelle dettate da modelli di efficacia puramente economici, mercantili od organizzativi[430]. Per il Diritto del lavoro, in particolare, ciò significa accettare una lettura efficientistica delle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, od ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici e produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (coincidente con la protezione dei diritti fondamentali della persona).

Questo modo di concepire il Diritto del lavoro non può essere accolto ove si coltivi una prospettiva realmente assiologica del sistema giuridico. Come ha scritto in dense pagine Luigi Mengoni, l'esigenza di una rinnovata "legittimazione metalegislativa dell'ordinamento"[431] sospinge il positivismo giuridico verso una dogmatica flessibile e meno universalistica, ma più permeabile al pensiero assiologico, con un ritorno a moduli discorsivi orientati ai valori[432].

I valori non dipendono da un atto di pensiero, non sono proiezioni dello spirito umano, realtà puramente psicologica, ma rappresentano un obiettivo ideale (ove "ideale" è opposto a reale, empirico) il cui modo di essere non è dato dall'esistenza ma dalla possibilità. L'efficacia come valore condizionato sul quale il sistema giuridico è costruito rappresenta quindi una garanzia per

---

[429] Del Punta 2010, 9.

[430] Si pensi, ad esempio alle nozioni di giustizia e di morale, così come quella di solidarietà, intesa, quest'ultima, come principio giuridico oggettivo complementare del principio costituzionale di parità di trattamento: cfr. Mengoni 1998, 45 ss.

[431] Mengoni 1996, 40.

[432] Mengoni 1996, 81.

proseguire a concepire il diritto come sistema di valori che completano quelli economici e mercantili; e per salvaguardare la sua funzione – tipica delle società complesse e pluralistiche - di "arbitraggio" tra valori, onde organizzare la coesistenza e la coordinazione tra diverse razionalità (il fiume di "razionalità particolari" che richiedono al sistema giuridico di vedersi riconosciuto un proprio statuto normativo di cui parla un giurista come G. Teubner[433]).

Se non si accetta questo postulato, e si cede alle sirene della riduzione del diritto alle presunte esigenze della realtà economica, si perde la base comune di dialogo tra diritto ed economia, cadendo nel soggettivismo e nel relativismo empirico dei valori; tutto viene così ridotto a un problema di calcolo e di valutazione di dati statistici.

Il vero oggetto di discussione sull'efficacia del Diritto del lavoro deve dunque preservare la necessità razionale ed assiologica dei valori, l'esigenza del "dover essere" di cui il sistema giuridico è emblema ed espressione. Questa razionalità valoriale trova la sua manifestazione nel concetto di efficacia giuridica, la quale, lungi dal dissolversi nella diversa nozione di efficacia/efficienza economica, deve essere mantenuta sul terreno dell'autonomia assiologica dell'ordinamento come "valore condizionato"[434] che esplica il bilanciamento degli interessi in conflitto e l'organizzazione istituzionale delle scelte economiche governate dal diritto[435].

Il "pensiero unico" prima descritto non si muove certo in questa prospettiva. Anzi, con uno straordinario rovesciamento di prospettiva, subordina integralmente la razionalità giuridica a quella economica, valutando i diritti solo nella prospettiva dell'efficienza e dei costi[436]. In questo contesto, l'art. 8 della legge 148/2011 sposa integralmente tale approccio consentendo una deroga generalizzata di diritti fondamentali quale presupposto (indimostrato) di crescita occupazionale e senza considerare gli effetti che esso può produrre sulla "dimensione umana" del lavoro.

4. L'art. 8 della legge 148/2011 e la fungibilità tra legge e contratto collettivo: crisi della universalità del Diritto del lavoro e del principio di uguaglianza.

La riforma di Agosto 2011 ha sollecitato numerosi primi commenti di segno diverso. Ad opinioni positive o molto negative si affiancano quelle di chi ritiene che l'art. 8 avrà un impatto assai ridotto, perché ha un contenuto incerto, destinato a sollevare dubbi e possibili contenziosi giudiziari, per cui il Governo avrebbe creato un meccanismo che "nessuno si arrischierà ad utilizzare"[437].

In verità, occorre distinguere tra i profili teorici che la nuova disposizione solleva e la concreta attuazione della contrattazione collettiva "in deroga". È possibile, infatti, che i contratti "di prossimità" non saranno particolarmente diffusi o non avranno l'effetto fortemente derogatorio della

---

[433] Cfr. Teubner 1999.

[434] Cfr. Falzea 1965, 432 ss.

[435] Su questi temi vedi, se vuoi, Perulli 2008, 9 ss.

[436] Tra l'altro, il "pensiero unico" sopra descritto è fortemente confutato da altre teorie economiche, che, al contrario, seguono approcci completamente diversi, fondati su valori quali equità, libertà, felicità, eguaglianza, sviluppo compatibile assai lontani dalla "religione neoclassica". Su tali aspetti cfr. Del Punta 2001, 25 ss.; Id. 2010, 13; Deakin 2008, 45 ss.

[437] Romei 2011, 1; in senso analogo Ichino (2011c, 1) secondo il quale "nessuna impresa potrà fondare un piano industriale serio" su questa disposizione, anche se poi lo stesso autore (Id. 2011d, 1) ne afferma la potenziale pericolosità. Tra i primi commenti negativi si vedano Romagnoli 2011, 1 ss.; Bonardi 2011, 1 ss.; Scarpelli 2011a, p. 1 ss. A difesa della nuova disposizione si è schierato Tiraboschi 2011, 1 ss.

legge che l'art. 8 consente (v. *infra* § 12). Tuttavia queste considerazioni in fatto (che riguardano il piano dell'essere) non implicano che sia possibile sottovalutare l'impatto della riforma in diritto (cioè sul diverso piano del dover essere). Essa, in verità, viene a toccare aspetti fondamentali del Diritto del lavoro e può avere conseguenze molto rilevanti sull'intero sistema delle relazioni industriali italiane.

La nuova regolamentazione, infatti, introduce una vera e propria rivoluzione nel sistema delle fonti del diritto del lavoro. Il principio generale era quello per cui il contratto collettivo, ai vari livelli, poteva derogare la legge in generale solo in senso migliorativo, mentre la deroga peggiorativa era consentita soltanto nelle ipotesi eccezionali tassativamente specificate dalla fonte primaria. La nuova disposizione sovverte questa regola e stabilisce che i contratti collettivi aziendali o territoriali, sottoscritti soltanto da alcuni soggetti sindacali, possono, in relazione a determinate materie, avere efficacia derogativa generale della legge e del ccnl. Anche se la deroga è possibile entro limiti soggettivi ed oggettivi (peraltro assai estesi, come si vedrà), si tratta di un cambiamento epocale che amplia enormemente i poteri dell'autonomia collettiva a livello locale (in un contesto, cioè, dove tradizionalmente, almeno nel nostro sistema di relazioni industriali, il sindacato é, per una pluralità di ragioni, più debole).

La riforma ha implicazioni teoriche di carattere generale molto importanti. In primo luogo viene formalizzata legislativamente la tesi di Ferraro, espressa nella sua monografia del 1981[438], della piena fungibilità tra legge e contratto collettivo (aziendale o territoriale). Essi infatti hanno una capacità regolativa pienamente equiparata. Tuttavia, mentre quella prospettazione teorica si poneva in un contesto storico in cui la contrattazione collettiva manteneva un ruolo tendenzialmente acquisitivo di diritti, onde le deroghe in peius rappresentavano pur sempre un fatto eccezionale e comunque circoscritto, la riforma in esame abilita la contrattazione collettiva ad una gamma pressoché illimitata di mutamenti peggiorativi di norme inderogabili.

Si tratta di un cambiamento molto importante. L'inderogabilità peggiorativa della legge da parte del contratto collettivo esprimeva in primo luogo il principio secondo cui l'autonomia privata dei sindacati, per ragioni di "debolezza contrattuale", in situazioni specifiche non era in condizione di poter garantire la tutela dei diritti dei lavoratori. Per tale ragione l'inderogabilità della legge sottraeva alle parti sociali (ed in particolare al sindacato dei lavoratori) la possibilità di "cedere" ai mutevoli rapporti di forza ed essere costretta a peggiorare le condizioni dei singoli lavoratori. Tuttavia l'inderogabilità *in pejus* era finalizzata a realizzare anche un obiettivo diverso. L'ordinamento statuale assumeva che la regolamentazione di determinate materie costituisse uno specifico interesse pubblico di rilevanza generale che doveva in ogni caso avere prevalenza sugli interessi settoriali di cui sono portatori le organizzazioni sindacali. Come dire che la dialettica tra garantismo individuale (norma inderogabile) e garantismo collettivo (contratto collettivo) rimaneva saldamente a vantaggio del primo termine, fatte salve ipotesi determinate e circoscritte in cui l'ordinamento, pragmaticamente, rende possibile o addirittura raccomanda la contrattazione al ribasso in funzione del mantenimento dei livelli occupazionali[439]. Oggi invece gli interessi "di

---

[438] Ferraro 1981.

[439] Ghezzi, Romagnoli 1987, 111 ss.

parte" espressi dall'autonomia collettiva sono assunti dall'ordinamento statale come equivalenti a quelli di carattere più generale fatti propri dalla legge. In sostanza, l'autonomia collettiva regolamenta determinate materie con la stessa "forza" della legge e gli interessi che essa esprime sono considerati equivalenti a quelli pubblici che sono a fondamento delle norme inderogabili di legge[440].

Si potrebbe obiettare che in realtà tale situazione era già esistente, perché la legge affidava ai sindacati una potestà "para legislativa", delegandola a regolare specifiche materie con un valore pari alla legge (si pensi al ruolo svolto dall'autonomia collettiva in materia di contratto a termine e oggi nella determinazione delle causali in cui è possibile sottoscrivere la somministrazione a tempo indeterminato). Si trattava tuttavia a ben vedere, in quei casi, di una funzione "autorizzatoria" e non propriamente derogatoria, della contrattazione collettiva, la quale si distingue dalla contrattazione di "allentamento dei vincoli legali sia perché ha una funzione di organizzazione del mercato del lavoro anziché di regolazione del rapporto di lavoro, sia perché gli effetti sono di autorizzazione … anche equivalenti a quelli dei provvedimenti di organi pubblici" [441]. Inoltre, è vero che in specifiche ipotesi la contrattazione collettiva poteva derogare in senso peggiorativo alla legge. Tuttavia si trattava di fattispecie particolari. Oggi invece la regola viene generalizzata con un "salto qualitativo" di notevole rilievo.

Ovviamente, l'innovazione introdotta assume un carattere ancora più "rivoluzionario" se si considera che questo potere derogativo così ampio viene attribuito al livello più "debole" in cui si esprime l'autonomia collettiva (e cioè quello territoriale e aziendale). Si immagini cosa sarebbe accaduto se questa normativa fosse stata operativa durante le trattative Fiat per Mirafiori e Pomigliano. Le organizzazioni sindacali, di fronte alla minaccia delle delocalizzazioni o della mancanza di investimenti (con chiusura o ridimensionamento delle unità produttive) sarebbero state certamente obbligate ad accettare deroghe in materia di licenziamenti, contratti a termine, orario di lavoro e così via[442]. Le medesime considerazioni possono essere fatte in tutte le ipotesi in cui l'apertura di nuove imprese o il subentro in aziende in crisi viene subordinato alla stipula di accordi aziendali che introducono deroghe significative agli standards previsti dalla legge. O quando, in condizioni di effettiva difficoltà economica del datore di lavoro, si porrà come alternativa alla mobilità o alla cassa integrazione la stipula di accordi aziendali in deroga alla fonte primaria. Gli esempi potrebbero continuare e dimostrano quale potenziale effetto "disgregante" la riforma potrebbe determinare sul diritto del lavoro. Viene di fatto istituzionalizzato un sistema di scambio fondato sulla "minaccia"[443], i cui effetti in una situazione storica di globalizzazione (dumping sociale, delocalizzazioni competitive ecc.) sono di continua erosione dei diritti dei lavoratori nonché, più in generale, di vera e propria "decostruzione" del sistema di diritto del lavoro.

---

[440] Romagnoli 2011, 1: "questi governanti condividono l'idea che il lavoro rientra nella sfera degli interessi privati e nella disponibilità delle rappresentanze dei portatori delle medesime".

[441] D'Antona 2000, 1192.

[442] Sulla debolezza sindacale a livello locale e sul possibile uso dell'art. 8 cfr. Gallino 2011; Ichino 2011d, 2. Tra l'altro, le vicende relative alla lettera del 3 ottobre 2011, con la quale la Fiat annuncia di uscire da Confindustria, confermano quanto si sta affermando nel testo, perché la casa automobilistica lamenta il "depotenziamento" dell'art. 8, che considera norma essenziale al fine di avere la necessaria "flessibilità gestionale" (v. *infra* § 12). Ovviamente, se questa norma fosse stata operativa all'epoca della trattativa con le oo.ss, la Fiat avrebbe imposto pesanti deroghe a norme di legge.

[443] Rusconi 1984.

Il disegno del legislatore, inoltre, si attua in controtendenza storica con tutte le esperienze in cui la contrattazione collettiva e la legge sono state equiordinate in un sistema di regolazione dei rapporti sociali caratterizzato dall'identificazione tra interesse generale (pubblico) e interessi collettivi (espressi dalle organizzazioni sindacali). In quelle esperienze tale equiordinazione si è realizzata attraverso la costruzione di sistemi "neo-corporativi", in cui la mediazione degli interessi avveniva a livello centrale (accordi trilaterali/interconfederali). Nella riforma di Agosto 2011, invece, l'equiordinazione avviene a livello di contrattazione aziendale, dove i rapporti di forza, come si è già detto, possono essere notevolmente a svantaggio delle organizzazioni sindacali, che possono essere quindi in molti casi obbligate ad accettare deroghe non volute. Si tratta di un'innovazione antistorica anche con riferimento al nostro sistema sindacale, tradizionalmente incentrato sulla rappresentanza centralizzata e non atomizzata a livello aziendale. Una forzata "americanizzazione" delle relazioni collettive, che non ha paragone con nessun sistema europeo, ove pure la tendenza è nel senso di aumentare – con moderazione e con le dovute precauzioni - il potere regolativo del livello aziendale di contrattazione (es. Francia).

Un altro profilo da sottolineare è quello relativo alla fine del carattere "universale" di buona parte del diritto del lavoro[444]. La norma inderogabile, applicabile a prescindere dal suo ambito territoriale, regolava indistintamente tutti, con differenziazioni che potevano riguardare determinate categorie generali ed astratte di lavoratori (giovani, donne, disoccupati di lunga durata, disabili, dirigenti ed impiegati direttivi). La modulazione delle tutele, che sicuramente esisteva, era comunque legata a tipologie di lavoratori astrattamente considerati e senza differenziazioni al loro interno (l'esclusione della disciplina dei licenziamenti si applica a tutti i dirigenti ed a tutti lavoratori domestici; le eccezioni all'orario di lavoro riguardano tutti i dirigenti e gli impiegati con funzioni direttive e così via).

Oggi invece le deroghe sono legate all'ambito territoriale ed aziendale, con la conseguenza che, in una medesima area geografica ed in relazione ai mutevoli rapporti di forza esistenti, vi potranno essere consistenti differenziazioni di tutele. In un'azienda si applicherà la conversione dei contratti a termine illegittimi ed in quella diversa, collocata di fronte alla prima, questa disposizione sarà sostituita da un risarcimento del danno. Vi è quindi il rischio della creazione di un diritto del lavoro "a pelle di leopardo" con notevoli distinzioni nei livelli di garanzie esistenti nelle aziende e nei territori[445].

È importante rilevare che questo effetto di "prossimità" si realizza al di fuori di ogni canone razionale di decentramento e/o federalismo e/o sussidiarietà contrattuale. Infatti non stiamo parlando di una riforma che introduce effetti – in ipotesi anche auspicabili – di differenziazione regolativa su base territoriale (come accade, ad esempio, nei sistemi federali, in cui le relazioni collettive seguono la diversità regionale: esempio per tutti la Spagna). Gli effetti della norma in esame sono invece del tutto sprovvisti di ogni intento razionale che non sia il micro-interesse che si realizza a livello di singola azienda! Una vera e propria "balcanizzazione" dei sistemi di regole, ancor più clamorosa considerando che la frammentazione non riguarda fattori regolativi marginali, ma addirittura le norme di fondo del Diritto del lavoro.

---

[444] Romagnoli 2011, 2.

[445] Scarpelli 2011a, 11 e nt. 19; Romei 2011, 2.

Tra l'altro, queste potenziali distinzioni, sia che riguardino aziende in concorrenza tra loro, sia che attengano ad aziende non concorrenti, potranno stimolare fenomeni di *dumping sociale*. Infatti, un imprenditore, a fronte di un'impresa limitrofa che applica consistenti deroghe al Diritto del lavoro vigente, potrebbe chiedere - per puro effetto emulativo e per avvantaggiarsi della situazione - di introdurre deroghe equivalenti nella sua azienda[446]. La norma, quindi, cancellando ogni *level playing field* infra-statale, consente una sorta di concorrenza sleale fra imprese, giocata sulla circostanza che una impresa riesca ad imporre alle proprie rappresentanze collettive un accordo derogatorio, mentre quella limitrofa no. La prima azienda godrà di un enorme vantaggio competitivo, del tutto immotivato: non si può fondare la concorrenza sull'erosione dei diritti, pena l'affossare definitivamente il ruolo regolativo della concorrenza che è storicamente proprio del diritto del lavoro[447]. Si determinerà, quindi, l'effetto "Delaware", cioè un effetto *race to the bottom* tipico della concorrenza regolatoria e della sua degenerazione in una corsa al ribasso delle regole. In sostanza, per usare una metafora, questa norma "porta la Cina in casa": non sarà più necessario delocalizzare per ottenere risparmi di costo e maggiore flessibilità, basterà siglare nel proprio territorio o nella propria impresa un accordo aziendale derogatorio. E non a caso si è sottolineato che questa disposizione può determinare l'aumento di dualismi sul mercato del lavoro[448]. Ma non basta. La norma in esame non solo è suscettibile di alterare la concorrenza sotto il profilo dei rapporti *fra imprese*, ma esaspera la stessa concorrenza *fra lavoratori* sul mercato del lavoro, proprio nel momento in cui la migliore dottrina europea afferma che il futuro del Diritto del lavoro non può che consistere nella neutralizzazione degli eccessi della concorrenza sociale *tra lavoratori*, prima ancora che della concorrenza tra imprese e sistemi normativi, e nel divenire diritto della regolazione (e contrasto) di questa inedita ed asprissima concorrenza sociale[449].

A parte questi aspetti di carattere sostanziale, si pone un delicato problema giuridico. Con la contrattazione collettiva di prossimità, vi potrà essere il rischio di una lesione generale del principio di uguaglianza[450]. Infatti, i criteri che giustificano la stipula di intese con efficacia generalizzata ed in deroga alla legge ed al C.C.N.L. sono così generici (stimolo alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori e così via) da impedire una effettiva selezione in base alla diversità delle singole situazioni interessate. La legge, in sostanza, consente alla contrattazione collettiva di introdurre trattamenti differenti per i lavoratori senza che vi siano criteri oggettivi che consentano di specificare le diversità di situazioni che rendono "ragionevole" introdurre regolamentazioni non omogenee. Ad esempio: allo scopo di incrementare l'occupazione, i contratti collettivi di prossimità potrebbero prevedere, per il

---

[446] Santini 2011a, 2.

[447] Lyon-Caen 1992, 313. Più in generale vale ricordare che il diritto del lavoro, con la sua componente di legittimazione dell'autorità aziendale, è sempre stato anche strumento di *Rationalisierung* capitalistica, in un continuo processo di razionalizzazione/adattamento della forma giuridica alle esigenze dell'economia e dell'organizzazione. Non a caso tale funzione è stata sottolineata da un'analisi economica del diritto *ante litteram*, condotta da Coase nell'ambito delle sue ricerca sulla natura dell'impresa, laddove il premio Nobel per l'economia coglieva nel contratto di lavoro – e nel suo elemento fondamentale: il principio di autorità - uno strumento capace di ridurre i costi di transazione consistenti nella rinegoziazione nel tempo dei termini dello scambio tra lavoro e retribuzione, quindi in grado di ridurre i costi di coordinamento connessi all'uso del mercato: cfr. Coase 1937, 386 ss. Sui costi di transazione v. di recente Clerico, Novarese, Rizzello 2007.

[448] Ichino 2011d, 2.

[449] Rigaux 2009.

[450] Scarpelli 2011b, 2; Romagnoli 2011, 3.

raggiungimento del medesimo obiettivo, strumenti di regolamentazione molto diversi (in una azienda si mantiene l'art. 18 e si deroga alla conversione dei contratti a termine; in un'altra si consente la dequalificazione e non si modifica il regime giuridico dei contratti flessibili). Lo stesso può dirsi per gli altri criteri. In verità, alle organizzazioni sindacali viene conferita una vera e propria "delega in bianco"[451], che consente di introdurre notevoli distinzioni nelle tutele senza che esse siano giustificate dall'effettiva diversità delle fattispecie regolate.

Si potrebbe obiettare che la legge non fa alcuna distinzione, perché affida alla contrattazione collettiva un potere derogatorio generale, senza distinguere tra i rapporti di lavoro che saranno oggetto della disciplina della contrattazione collettiva (e, quindi, non introduce regole diverse per situazioni identiche o disposizioni uguali per fattispecie differenti). Tuttavia si tratterebbe di un'obiezione solo formale. Infatti, se l'art. 3 della Costituzione implica che sia assicurata "*eguaglianza di trattamento quando eguali siano le condizioni soggettive e oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione*"[452], per cui "*una legge che pareggiasse situazioni che sono oggettivamente diverse, violerebbe…. il principio dell'eguaglianza e contrasterebbe con le ripetute affermazioni della Corte, secondo le quali è da ritenere costituzionalmente legittimo il diverso regolamento legislativo di situazioni diverse*"[453], ci sembra che queste condizioni non sussistano nel nostro caso. Qui infatti, senza che sia possibile identificare alcun criterio selettivo che giustifichi la ragionevolezza del trattamento differenziale, si affida alla contrattazione collettiva un potere incontrollato di deroga, che potrà consentire differenze sostanziali di trattamento non giustificate da "ragionevoli diversità"[454].

D'altra parte, qualora si pensasse di poter superare queste obiezioni, ritenendo che "i parametri" dell'art. 8 siano sufficientemente specifici e che anche la discrezionalità concessa ai sindacati non sia troppo ampia, si dovrà fronteggiare, nella concreta applicazione della norma, un ulteriore profilo invocabile ai sensi dell'art. 3 Cost., relativo alla razionalità/ragionevolezza delle scelte operate dall'autonomia collettiva "di prossimità".

Come è noto, il criterio di razionalità/ragionevolezza è fondato sull'idea di misura e di proporzione ed è sempre inscritto entro le coordinate di valore del sistema giuridico, vale a dire nella dimensione assiologica della razionalità in funzione della quale è orientata l'azione normativa. Non si tratta di un semplice problema di coerenza e di funzionalità, il cui controllo si arresta a un giudizio di mera compatibilità tra mezzi e fini, bensì di una questione più avanzata di efficienza strumentale, che impone di verificare se la norma è davvero idonea allo scopo, se concretamente realizza l'obiettivo prefissato. Questo controllo di adeguatezza e proporzionalità è tipico dei casi in cui la norma preveda delle limitazioni, o imponga uno specifico fine che si propone di raggiungere: si pensi, ad esempio, agli artt. 36 e 38 della Costituzione, ovvero ai casi in cui si tratti di diritti

---

[451] Scarpelli 2011b, 2; Ichino 2011d, 2.

[452] C. Cost. n. 3/1957, www.cortecostituzionale.it, 2.

[453] C. Cost. n. 53/1958, www.cortecostituzionale.it, 3.

[454] In definitiva, "il giudizio di eguaglianza… è in sé un giudizio di ragionevolezza, vale a dire un apprezzamento di conformità tra le regole introdotte e la 'causa' normativa che le deve assistere" (C. Cost. 89/1996, www.cortecostituzionale.it, 4). Ebbene, questa "causa normativa" è assolutamente indeterminata per la genericità dei parametri che giustificano la deroga alla legge e per il potere del tutto privo di limiti affidato alla contrattazione di prossimità nel determinare il contenuto delle discipline derogatorie anche nell'eventuale rispetto dei limiti stessi.

fondamentali rispetto ai quali garantire livelli minimi di fruizione, onde il controllo contempla l'effettiva efficienza strumentale della disposizione[455].

Questo profilo della razionalità/ragionevolezza in relazione agli aspetti applicativi dell'art. 8 si impone trattandosi di norma che espressamente *funzionalizza* la contrattazione collettiva di prossimità, ossia la obbliga al rispetto di determinati "vincoli di scopo" (su cui v. anche *infra*, § 7); il che, necessariamente, chiama in causa il controllo giudiziario di adeguatezza causale e di proporzionalità della misura adottata in funzione del raggiungimento dell'obiettivo prefissato, secondo una logica giuridica applicabile (e applicata) anche ai prodotti dell'autonomia collettiva. Infatti, anche il nostro ordinamento ha accolto l'opinione già da tempo accettata dalla migliore dottrina d'oltralpe, secondo cui il principio di razionalità (*sub specie* di "necessità e proporzionalità") degli atti che incidono negativamente sui diritti dei lavoratori è applicabile non solo alle restrizioni apportate dal potere legislativo, ma anche da quelle che risultano "de conventions individuelles *ou collectives*"[456].

Ci si riferisce, anzitutto, alla sentenza n. 103 del 1989 resa nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 2086, 2087, 2095, 2099, 2103 del codice civile. In quell'occasione la Corte costituzionale nel riconoscere la natura libera e contingente del potere collettivo e dei suoi prodotti, ossia i contratti collettivi nazionali ed aziendali quali estrinsecazioni del potere delle associazioni sindacali[457], affermò nondimeno che "per tutte le parti, *anche quelle sociali*, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali", i quali assicurano che "il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana". Di conseguenza, viene demandato al giudice l'accertamento e il controllo dell'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte, con osservanza della regolamentazione apprestata sia dalla legge, sia dalla contrattazione collettiva ed aziendale, e con il rispetto dei richiamati precetti costituzionali e dei principi posti in via generale dall'ordinamento giuridico vigente, ispirato – prosegue la Corte -, "anche ai principi contenuti nelle convenzioni e negli atti internazionali regolarmente ratificati". Il giudice, conclude la Consulta, "deve provvedere alle necessarie verifiche ed ha il potere di correggere eventuali errori, più o meno volontari, perchè il lavoratore riceva l'inquadramento che gli spetta nella categoria o nel livello cui ha diritto"[458].

Ancor più congruente rispetto all'esigenza di un controllo di razionalità in senso stretto, l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 268/1994 in relazione ai criteri di scelta dei lavoratori da licenziare stabiliti alle lettere a), b), c) dell'art. 5 l. n. 223/1991, laddove si afferma che l'accordo collettivo non è valido — con conseguente annullabilità del recesso intimato dal datore di lavoro — quando è contrario a principî costituzionali o a norme imperative di legge. Poiché adempie una funzione regolamentare delegata dalla legge – prosegue la Corte -, "la

---

[455] Per ulteriori approfondimenti in materia lavoristica v. Perulli 2005, 6 ss.; Andreoni 2006, 107 ss.

[456] Verdier 1992, 430.

[457] I quali prodotti – puntualizza la Corte – "sono frutto e risultato di trattative e patteggiamenti e costituiscono una regolamentazione che, in una determinata situazione di mercato, é il punto di incontro, di contemperamento e di coordinamento dei confliggenti interessi dei lavoratori e degli imprenditori" (www.cortecostituzionale.it, 3)

[458] C. Cost. n. 103/1989, www.cortecostituzionale.it, 3 - 4.

determinazione pattizia dei criteri di scelta deve rispettare non solo il principio di non discriminazione sanzionato dall'art. 15, l. n. 300 del 1970, ma anche il principio di razionalità, alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i caratteri dell'obiettività e della generalità e devono essere coerenti col fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori". In tal prospettiva, peraltro, come parametro del giudizio di razionalità o di ragionevolezza possono venire in considerazione anche i criteri legali, non come tali, ma in quanto riproducono criteri tradizionalmente praticati nei rapporti collettivi connessi ai licenziamenti per riduzione del personale nel settore dell'industria, sicché – conclude la Corte – "lo scostamento da essi deve essere giustificato"[459].

Orbene, poiché con l'art. 8 in esame la legge delega alla contrattazione il perseguimento di certi fini (maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, ecc.) attribuendole, nel perseguimento di detti fini, determinati mezzi (la facoltà di deroga alla norma di legge), la disposizione pone un complesso problema di controllo circa la razionalità/ragionevolezza strumentale dei mezzi (id est, il contenuto degli accordi sindacali di prossimità) in concreto usati dall'autonomia collettiva di prossimità. In tal prospettiva la deroga alla disciplina dell'orario di lavoro, o delle mansioni, ecc. non può certo dirsi di per sé libera e legittima, in quanto potrà essere giudicata non razionale (e quindi contraria all'art. 3 Cost.) sotto diversi profili. Un primo aspetto riguarda i mezzi usati in funzione dell'obiettivo da raggiungere (valutazione di razionalità in astratto); tale giudizio chiama in causa un esame di pertinenza del mezzo impiegato (ad esempio, la riduzione dell'orario) rispetto al raggiungimento del fine che la legge, con l'art. 8, ha delegato alla contrattazione collettiva. Questo controllo dovrà essere condotto "in ragione dell'inderogabile soddisfacimento"[460] dell'interesse sotteso (ad esempio l'incremento dell'occupazione). Un secondo aspetto riguarda i concreti risultati raggiunti (valutazione di razionalità in concreto). Con questo test l'autonomia collettiva funzionalizzata dal legislatore potrà essere "testata" per verificare se davvero ha realizzato l'obiettivo programmato. Sotto questo profilo viene in gioco la manifesta insufficienza del mezzo rispetto al fine perseguito, o l'aberratio ictus e l'eterogenesi di fini, laddove la contrattazione di prossimità raggiunga risultati diversi e contraddittori rispetto a quelli predeterminati dalla legge. Un terzo profilo, che corrisponde al successivo gradino del controllo di razionalità, attiene alla "necessità" del mezzo utilizzato, nonchè al "bilanciamento" – condotto secondo i canoni del contemperamento, del minimo mezzo ovvero del mezzo "più mite" – alla cui stregua la modalità e/o la misura con cui il diritto viene derogato o ristretto (ad esempio il diritto alla tutela contro gli effetti di un licenziamento illegittimo ex art. 18 st. lav.) devono essere le più lievi rispetto ad altre soluzioni ricavabili dal complesso delle norme vigenti.

In caso di disciplina derogatoria delle norme sul licenziamento questo controllo di razionalità potrà (e dovrà) essere particolarmente approfondito, in quanto la perdita del diritto alla stabilità del posto di lavoro potrà essere giudicata non proporzionata rispetto all'effetto utile atteso, secondo un bilanciamento di interessi volto a garantire l'impiego del mezzo comparativamente più mite, cioè meno lesivo del diritto che viene colpito. In ipotesi, quindi, un accordo di prossimità derogatorio dell'art. 18 st. lav. e finalizzato all'aumento dell'occupazione potrebbe essere sindacato

---

[459] C. Cost. n. 268/1994, www.cortecostituzionale.it, 4. Per esempio, la svalutazione del privilegio tradizionale dell'anzianità di servizio, nei confronti dei lavoratori prossimi al raggiungimento dei requisiti di età e di contribuzione per fruire di un trattamento di quiescenza, può essere giustificata in una situazione del mercato del lavoro tale da escludere per i lavoratori più giovani la possibilità di trovare a breve termine un altro posto di lavoro, oppure, secondo un criterio accolto dalla l. n. 223 (art. 28), nei casi di ristrutturazioni industriali caratterizzate da elevati livelli di innovazione tecnologica.

[460] Corte Cost. n. 366/1991, www.cortecostituzionale.it, 3.

sotto il profilo della razionalità in quanto il medesimo fine avrebbe potuto, in teoria, essere raggiunto attraverso un contratto di solidarietà espansivo.

Come si vede, questo aspetto della funzionalizzazione dell'autonomia collettiva apre un fronte molto complesso, di difficile valutazione, che, laddove condotto fino in fondo, potrà avere esiti "aperti" che incrementeranno le incertezze del sistema.

5. I soggetti sindacali abilitati alla stipula dei contratti collettivi "di prossimità".

I contratti collettivi presi in considerazione sono soltanto quelli aziendali o territoriali. I soggetti abilitati alla stipula sono le associazioni (e non quindi le organizzazioni spontanee) dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale.

Si fa dunque riferimento ad un concetto più volte utilizzato dalla legislazione vigente, che peraltro non ha mai definito che cosa si intenda per "*comparativamente più rappresentativo*". Comunque, anche se si volessero utilizzare i criteri introdotti dall'interpretazione dottrinaria e giurisprudenziale, va detto che l'ambito di valutazione della maggiore rappresentatività comparativa può essere effettuato anche a livello territoriale. La disgiuntiva "o" lascia chiaramente intendere come il livello territoriale di rappresentanza potrebbe essere diverso e alternativo rispetto a quello nazionale.

La legge non definisce in che modo debba essere considerato l'ambito territoriale[461]. Il che potrebbe portare, dal punto di vista teorico, conseguenze notevoli, perché la rappresentatività comparativa potrebbe cambiare a seconda che si utilizzi come riferimento il comune, la provincia o la regione e legittimare soggetti sindacali scarsamente rappresentativi[462]. Tuttavia, la realtà concreta delle nostre relazioni industriali a livello locale, caratterizzate essenzialmente dalla presenza di un numero limitato di sindacati (Cgil Cisl e Uil ed a volte UGL) rende molto meno rilevante la questione della identificazione dei soggetti sindacali legittimati nel territorio. Questi ultimi, inoltre, potrebbero provvedere a definire essi stessi l'ambito spaziale di riferimento dell'accordo secondo una prassi diffusa (che fa coincidere l'accordo con la provincia o la regione). La disposizione, comunque, anche se attualmente non sembra essere tale da modificare l'assetto dei sindacati abilitati alla stipula dei contratti territoriali, potrebbe comunque favorire fenomeni di "localismo sindacale"[463], consentendo la diffusione di soggetti di dubbia rappresentatività.

Va ricordato inoltre che l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (che viene espressamente richiamato dal comma primo dell'art. 8 anche se per individuare soltanto le rappresentanze sindacali operanti in azienda) introduce dei criteri per verificare la rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria. Poiché questo accordo, nonostante l'art. 8 della l. 148/2011, continua ad essere pienamente operativo (v. *infra* § 11), vi sono oggi elementi certi per verificare il concetto di sindacato comparativamente più rappresentativo quanto meno per la contrattazione nazionale (ponderazione tra dato elettorale e dato associativo con superamento della soglia del 5%). Questi criteri potrebbero teoricamente essere

---

461 Romei (2011, 2) critica il generico riferimento al territorio.

462 Si è parlato di "brusca rottura con una consolidata tradizione (che ha sempre misurato la rappresentatività su base nazionale)" (Romei 2011, 2). La disposizione, definita sul punto ambigua (Scarpelli 2011b, 2), potrebbe aprire "la strada a sindacati di comodo non nazionalmente rappresentativi" (Ordine del giorno PD 2011, 2) o ad "organizzazioni sindacali che potrebbero contrattare al ribasso" (Bonardi 2011, 21).

463 Scarpelli 2011a, 11, nota 19.

utilizzati anche a livello territoriale (nell'ambito di riferimento spaziale definito dalle parti), soprattutto dopo che Cgil, Cisl e Uil hanno ribadito l'efficacia vincolante dell'accordo interconfederale del giugno 2011. Ovviamente, dal punto di vista teorico, è sostenibile che il criterio individuato da quest'ultimo accordo non è automaticamente estensibile al contesto del territorio.

Gli accordi di prossimità, in alternativa ai sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale o territoriale, potranno anche essere stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

La nuova formulazione, che ha eliminato il generico riferimento alle rappresentanze sindacali esistenti in azienda, ha escluso la possibilità (espressamente prevista dalla formulazione originaria della disposizione contenuta nel decreto-legge) che sindacati di scarsa rappresentatività possono essere legittimati nel costituire rsa e stipulare accordi in deroga[464]. In sostanza sono autorizzate a sottoscrivere intese in deroga soltanto quelle rappresentanze sindacali previste dall'art. 19 dello statuto *e* dagli accordi interconfederali vigenti. Quindi, poiché la materia è regolata, per quanto attiene rsa e rsu, soltanto dai contratti stipulati tra Cgil, Cisl e Uil, solo questi sindacati che hanno costituito rappresentanze sindacali in azienda potranno sottoscrivere le intese previste dall'art. 8 (tesi questa confermata dal riferimento all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, che riguarda esclusivamente queste organizzazioni sindacali).

Tuttavia:

a) la legittimazione negoziale é garantita anche a quei sindacati che hanno aderito o che intendono aderire agli accordi interconfederali in materia di rappresentanze sindacali aziendali;

b) nell'ambito di Cgil, Cisl e Uil, a parte le ipotesi delle rappresentanze sindacali unitarie costituite ai sensi degli accordi interconfederali che regolano questa materia, saranno legittimate soltanto le rsa che, ai sensi dell'art. 19 dello statuto, fanno riferimento a questi sindacati ed hanno stipulato contratti collettivi applicati nell'unità produttiva. Questo significa, ad esempio, che la Fiom, che non ha sottoscritto i recenti contratti collettivi di primo livello che si applicano a Mirafiori e Pomigliano, è esclusa (fermo restando che questo sindacato non sarebbe mai disponibile a sottoscrivere accordi in deroga).

Rimane comunque il fatto che, almeno per quanto riguarda la situazione esistente (e cioè per gli accordi aziendali siglati prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011), uno o più di uno dei tre sindacati confederali potrebbe non essere necessariamente legittimato alla stipula perché non vi sono i requisiti per la costituzione delle rsa.

Non va dimenticato, da tale punto di vista, che l'accordo del 28 giugno non incide sui criteri di formazione delle rsa (sui quali non avrebbe comunque potuto introdurre alcuna regola perché si tratta di materia disciplinata da fonte legale), né su quelli delle rsu, rinviando - nell'intesa allegata all'accordo - alle singole categorie la definizione delle "*regole e criteri per le elezioni delle RSU*". Questo significa che per le rsa la questione rimarrà immutata anche in futuro. Mentre per le rsu qualche modifica potrebbe essere inserita in sede di contratti collettivi nazionali di categoria.

---

[464] In tal senso anche Ichino 2011e, 3 (ma in relazione al decreto legge e non al testo convertito nella l. 148/2011); Santini 2011a, 1; Treves 2011, 1.

Comunque, in considerazione della situazione realmente esistente nel settore industriale ed in quello terziario e dei servizi, si può affermare che:

a) in relazione ai sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale o territoriale, la legittimazione a stipulare gli accordi in deroga sarà limitata soltanto a Cgil, Cisl e Uil o, in alcuni casi anche alla UGL, salvo situazioni specifiche. Si pensi alla Fismic che é il sindacato aziendale presente a Mirafiori il quale, in sede territoriale - ad esempio in relazione alla provincia o alla regione – potrebbe risultare comparativamente più rappresentativo. Ed analogo discorso potrebbe essere compiuto per un sindacato autonomo, ad esempio riferibile alla Lega Nord[465]. Nulla esclude, comunque, che in futuro l'art. 8 possa stimolare la nascita di sindacati locali non rappresentativi;

b) invece, per quanto riguarda l'ambito aziendale, tutto è rimesso alla situazione di fatto esistente e quindi alle rsu elette o alle rsa costituite secondo l'art. 19. In questo caso vi potrebbero essere molte differenziazioni, perché vi sono aziende dove ad esempio non sono presenti rsa di sindacati importanti (ad esempio la Cgil o la Cisl) oppure perché sono presenti rappresentanze sindacali unitarie nelle quali non sono eletti esponenti di alcuni o di tutti i sindacati più importanti;

c) questa limitata presenza dei sindacati "storici" non è dovuta alla mancanza di requisiti astratti per la costituzione della rsa. In queste aziende, infatti, in genere si applica il ccnl, sottoscritto in genere da tutti e tre i sindacati. Tuttavia, in molti casi non vi sono iscritti a tutte e tre le organizzazioni, con la conseguenza che mancano i dipendenti alla cui iniziativa è demandata la costituzione della rappresentanza;

d) in alcuni settori (come nel caso dei metalmeccanici o del terziario), la presenza di ccnl "separati" potrebbe determinare l'esclusione della Cgil (non firmataria dei contratti nazionali) dalla costituzione di rsa (a meno che questa organizzazione non riesca, a livello aziendale, ad "imporre" un contratto collettivo all'impresa, che legittimerebbe la costituzione della rappresentanza aziendale).

6. L'efficacia erga omnes dei contratti collettivi "di prossimità".

I soggetti sindacali prima descritti sono abilitati a predisporre 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".

La disposizione consente dunque, in alcuni casi, l'efficacia erga omnes dell'accordo aziendale[466]. I lavoratori "interessati" sono quelli dell'ambito aziendale a cui fa riferimento l'accordo o quelli presi in considerazione nel contratto territoriale (sempre che le parti contrapposte definiscano con esattezza il territorio di riferimento).

Questa parte della norma è lacunosa. La sua interpretazione letterale, infatti, fa pensare che l'efficacia erga omnes riguardi *soltanto* i contratti stabiliti dalle rappresentanze sindacali che, in base a quanto sostenuto nella prima parte della disposizione, sono quelle "*operanti in azienda*".

---

[465] Romei 2011, 2; Cela 2011, 3 ritiene che vi sarà spazio per sindacati a rappresentanza territoriale ristretta.

[466] La soluzione viene considerata fortemente positiva da Santini 2011a, 1, che sottolinea come l'erga omnes, a fronte della Fiom – Cgil che presenta "ricorsi alla magistratura per invalidare accordi regolarmente sottoscritti ed approvati", "rappresenta una importante innovazione ed un punto fermo per il presente ed il futuro delle relazioni sindacali nel nostro paese".

Dunque, l'efficacia generalizzata sarebbe esclusa per quei contratti stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale. Questa conclusione sarebbe palesemente contraddittoria, perché la legge prevede una legittimazione a contrarre concorrente tra sindacati nazionali, territoriali e rappresentanze sindacali aziendali e quindi non avrebbe senso distinguere poi nel regime degli effetti a seconda del soggetto stipulante. Pertanto, superando l'ambiguità del dato letterale, bisogna proporre una interpretazione più ampia. Le "rappresentanze sindacali" includono quindi anche le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale.

L'efficacia generalizzata presuppone l'adozione di un "criterio maggioritario" tra i sindacati. Una scelta quest'ultima sicuramente condivisibile perché consente, a condizione che il meccanismo prescelto sia effettivamente democratico, di risolvere i problemi del contrasto tra organizzazioni sindacali o in caso di dissenso espresso dai lavoratori (iscritti o non iscritti), realizzando la necessaria stabilità in un sistema caratterizzato dal pluralismo della rappresentanza di interessi. Tali considerazioni, ovviamente, non escludono le potenzialità negative insite in una disposizione che, seppur in base al principio di maggioranza, consente a chi raccoglie più consensi di peggiorare in modo sostanziale le condizioni di lavoro con la deroga alla legge. E questo in situazioni nelle quali spesso l'approvazione dell'accordo da parte della maggior parte dei dipendenti sarà condizionata dall'oggettiva debolezza in cui si trovano le organizzazioni sindacali e gli stessi lavoratori interessati (in conseguenza di ristrutturazioni, delocalizzazioni, mancanza di investimenti ecc.). Vi è il rischio, quindi, che in queste ipotesi il consenso dei lavoratori, seppur maggioritario, non sia espresso in piena libertà (perché sono in gioco livelli occupazionali o la stessa sopravvivenza dell'impresa).

La legge non stabilisce i contenuti e le caratteristiche della "regola maggioritaria", che sono quindi rimesse alla competenza esclusiva delle organizzazioni sindacali abilitate alla stipula delle intese (questa conclusione è suffragata dal fatto che la disposizione parla di "criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali", con una formulazione che lascia intendere che sono queste ultime a doverlo definire, anche in assenza di un parametro alternativo stabilito per legge)[467]. In questo caso la legge ha voluto quantomeno rispettare l'autonomia delle parti sociali nella definizione di regole democratiche, evitando di imporre soluzioni predefinite dall'ordinamento statuale.

Per quanto riguarda rsu e rsa, l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 prevede espressamente come si verifica il consenso maggioritario (si vedano i punti 4, 5 e 7) ed anzi il richiamo in precedenza fatto dalla legge a questa intesa sembra avere espressamente tale finalità. Tra l'altro, i paragrafi 4 e 5 dell'accordo del 28 giugno prevedono un meccanismo di approvazione a maggioranza immediatamente applicabile (tanto da operare anche in via transitoria, in attesa della futura regolamentazione prevista dai contratti collettivi di categoria: si veda il punto 7). Il richiamo a questa intesa consente anche l'applicazione del paragrafo 5, che prevede un sistema di verifica del consenso in caso di dissenso da parte di una rsa o del 30% dei lavoratori di un'impresa. Il

---

[467] Bonardi 2011 critica la genericità della previsione relativa al criterio maggioritario "che pretenderebbe di fare, in un paio di righe, piazza pulita non solo di tutto il delicatissimo dibattito relativo alle modalità di accertamento e della misurazione della rappresentatività sindacale e del consenso, ma anche di tutti i principi e regole che hanno regolato sinora il problema della non applicabilità del contratto collettivo al lavoratore e al sindacato dissenziente" (21). In verità il riferimento all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 consente di valorizzare quantomeno la scelta effettuata dalle parti sociali (scelta peraltro non immune da critiche. Mi permetto qui di rinviare a Speziale 2011, 1 ss.).

punto 7 di quest'ultimo accordo lascia aperta la possibilità che le categorie definiscano anche le "procedure" in base alle quali le intese aziendali possono derogare i contratti nazionali, con possibilità, a livello di categoria, di regole uguali o diverse rispetto a quelle contenute nel testo contrattuale del 28 giugno in tema di formazione delle maggioranze necessarie a dare efficacia a tali intese.

Va detto, peraltro, che la legge non esclude la possibilità di diversi "criteri maggioritari". Infatti il riferimento agli accordi interconfederali, in particolare a quello del 28 giugno 2011 (che è l'unico che si occupa di questa materia), ha la finalità di selezionare le rappresentanze aziendali e non è richiamato espressamente al fine di individuare come determinare il consenso maggioritario. Certamente l'intenzione era quella di riferirsi alle regole definite nel testo del 28 giugno 2011. Tuttavia la formulazione letterale della legge non impedisce l'utilizzazione di un criterio maggioritario diverso, lasciato ovviamente alla scelta delle organizzazioni sindacali[468]. La mancanza di tale filtro selettivo impedisce l'estensione erga omnes del contratto.

Si è sostenuto che la libertà lasciata alle parti sociali di definire criteri maggioritari diversi da quelli dell'intesa del 28 giugno apre "la possibilità che gli accordi con efficacia generale siano sottoscritti (solo) da soggetti esterni (oo.ss. più comparative a livello nazionale o territoriale): viene così vanificata la scelta dell'accordo di giugno (punti 4 e 5) di garantire comunque, per il contratto aziendale, meccanismi di valutazione del consenso maggioritario tra i dipendenti della stessa impresa"[469]. L'osservazione è certamente corretta. Tuttavia è difficile ritenere che i sindacati confederali, dopo aver ribadito il proprio sostegno all'accordo del 28 giugno (vedi *infra* § 12), non lo applichino in caso di contrattazione aziendale (con il conseguente coinvolgimento di rsu ed rsa). Per cui, la sottoscrizione da parte solo di "soggetti esterni" avverrà soltanto per i contratti territoriali, non contemplati nell'intesa di giugno.

Il consenso maggioritario deve essere espresso anche nel caso in cui l'intesa aziendale o territoriale venga sottoscritta da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o in un determinato territorio. In questo ambito, in mancanza di regole già definite dalle OO.SS., queste ultime potranno utilizzare tutti i criteri che consentono la verifica sul carattere maggioritario dei soggetti stipulanti (e quindi con riferimento al numero dei sindacati che sottoscrivono od anche ad eventuali meccanismi diversi che prevedano sistemi di consultazione dei lavoratori per l'approvazione dell'accordo a maggioranza).

L'efficacia erga omnes dei contratti aziendali o territoriali pone il problema della compatibilità di questa disposizione di legge con l'art. 39 della Costituzione. La norma costituzionale, sia per ragioni storiche (quando è stata scritta gli accordi aziendali, pur esistenti, non avevano la diffusione e l'importanza di quelli nazionali e non svolgevano il ruolo proprio di questi ultimi), sia per la sua formulazione letterale ("efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce") non riguarda la contrattazione collettiva in generale, ma soltanto il C.C.N.L.[470]. D'altra parte, gli accordi aziendali o territoriali potranno acquisire in molti casi una

---

[468] In tal senso anche Scarpelli 2011a, 15.

[469] Scarpelli 2011a, 15.

[470] Nei primi commenti relativi all'art. 8 l'opinione indicata nel testo è stata espressa da Ichino 2011f, 2 e da Maresca 2011, 1.

natura "gestionale", con conseguente superamento del problema dell'art. 39 alla luce della sentenza della Corte costituzionale del 1994[471].

Non vi è dubbio, peraltro, che vi sono opinioni contrarie che ritengono vincolante l'art. 39 in relazione a tutti i livelli di contrattazione collettiva e che quindi, in base a queste interpretazioni, si porrebbe interamente il problema della costituzionalità della normativa[472]. Un elemento, quest'ultimo, che potrebbe aumentare le incertezze connesse all'applicazione dell'art. 8, ostacolando la diffusione degli accordi collettivi in deroga.

Non mi sembra, al contrario, che problemi di costituzionalità si possono porre per il fatto che l'efficacia generalizzata e derogatoria di legge e C.C.N.L. venga di fatto attribuita soltanto a Cgil, Cisl e Uil. La selezione di questi soggetti può essere giustificata dai particolari effetti che questa contrattazione in deroga può produrre e della necessità quindi di individuare sindacati dotati di particolari livelli di rappresentatività, in coerenza con una giurisprudenza costituzionale che ha più volte giustificato questo criterio selettivo[473]. Questa stessa giurisprudenza, peraltro, potrebbe far sorgere qualche dubbio sulla legittimazione dei sindacati territoriali. La ampiezza dei poteri di deroga concessi a queste organizzazioni potrebbe essere considerata non ragionevole se affidata a soggetti la cui rappresentatività può essere dubbia in quanto determinata soltanto in un ambito territoriale ristretto ed in assenza di altri parametri "storici" che esprimono la capacità rappresentativa (numero degli iscritti, presenza in più categorie, attività contrattuale costante ed a tutti i livelli ecc.). Inoltre, non sarebbe possibile superare questa obiezione in base al principio della legittimazione a costituire rsa attribuita anche a sindacati privi di rappresentatività "nazionale" e che hanno stipulato anche solo un contratto aziendale (secondo le line guida espresse dalla Corte Costituzionale con la sentenza 12 luglio 1996 n. 244). Infatti, la deroga alla legge è funzione ben più importante della semplice costituzione di una rappresentanza aziendale, in quanto è in grado di incidere in modo molto più penetrante sulle discipline giuridiche e quindi sulle concrete condizioni dei lavoratori. Pertanto si potrebbe censurare la discrezionalità del legislatore, ritenendo "irrazionale" una scelta in cui non vi sia proporzione tra poteri derogatori attribuiti e sistema di selezione del sindacato abilitato ad esercitarli (che, con il riferimento al territorio, non garantirebbe la presenza di organizzazioni dotate di effettiva capacità rappresentativa e di un adeguato livello di "responsabilità").

7. I "vincoli di scopo" alla contrattazione collettiva aziendale e territoriale.

I contratti collettivi di prossimità, riguardanti le materie previste nel comma 2 dell'art. 8 e con gli effetti derogatori previsti dal comma 2 bis della medesima disposizione, hanno "vincoli di scopo". Le intese, infatti, devono essere finalizzate "*alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro*

---

[471] C. Cost. n. 268/1994, www.cortecostituzionale.it, 1 ss.

[472] Per l'ampio esame delle varie teorie sulla efficacia soggettiva e sul problema dell'erga omnes del contratto collettivo aziendale si rinvia alla recente analisi di Lunardon 2011, 25 ss.

[473] La Corte ha ritenuto costituzionalmente legittimo selezionare i sindacati abilitati a costituire le rsa previste dall'art. 19 della l. n. 300/1970 per evitare che soggetti scarsamente rappresentativi potessero ostacolare l'attività dell'impresa e la realizzazione degli interessi collettivi dei lavoratori (per l'analisi di questa giurisprudenza si rinvia a Monaco 2007, 128 ss. e Bolego 2007, 149 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche). A maggior ragione un simile principio è applicabile in relazione ad una norma che autorizza il sindacato a derogare la legge e che presuppone, quindi, la individuazione di soggetti ancora più responsabili. Una conclusione, questa, che, come si cerca di spiegare nel testo, non è contraddetta dalla sentenza della Corte n. 244 del 1996.

irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività".

Il particolare effetto derogatorio, rispetto alla legge ed al C.C.N.L., che questi contratti possono avere e la formulazione letterale utilizzata (dove si precisa che solo "*le specifiche intese di cui al comma 1*" possono introdurre deroghe sulle materie di cui al comma 2 dell'art. 8) rendono vincolanti le finalità sopra descritte degli accordi territoriali o aziendali. Nel senso che, qualora i contratti di prossimità non siano tali da poter giustificare gli scopi previsti dalla legge, si potrebbe sostenere la loro nullità per contrasto con norma imperativa, ovvero la loro contrarietà ai canoni di razionalità/ragionevolezza di cui si è discusso (*retro*, § 4). In effetti, come si è già detto, si deve in questo caso ammettere un controllo dei prodotti dell'autonomia collettiva, valutando la congruenza dei mezzi (la deroga alla legge) rispetto agli obiettivi (ad es. l'incremento dell'occupazione) anche alla luce del rispetto del principio di cui all'art. 3 Cost.[474] E si è già sottolineata l'estrema complessità di una simile valutazione, sottoposta ad un vaglio giudiziario molto soggettivo e con esiti assai incerti[475].

Tuttavia, la genericità e l'indeterminatezza dei concetti utilizzati dalla legge potrebbe determinare anche un effetto diverso[476]. L'estrema difficoltà nell'effettuare il controllo sulla congruenza tra obiettivi da raggiungere e strumenti utilizzati potrebbe indurre il giudice a non esercitare alcun sindacato. Tra l'altro, un simile risultato potrebbe essere agevolato laddove le parti sociali, nell'intesa, espressamente dichiarino che le deroghe sono dirette a raggiungere gli scopi indicati nel comma 1 dell'art. 8. In questa ipotesi il giudice potrebbe "deresponsabilizzarsi" evitando di prendere qualsiasi decisione e rimettendosi semplicemente alle scelte dei soggetti contraenti. Una situazione, questa, che già oggi si verifica per gli accordi sindacali diretti a gestire situazioni di crisi aziendali e pur in presenza di parametri previsti dalla legge. Nelle riduzioni di personale, ad esempio, il giudice non contesta mai le dichiarazioni con le quali le parti affermano che non vi sono alternative al licenziamento e che non è possibile fare ricorso alla cassa integrazione o a contratti flessibili, perché ritiene che la valutazione operata dalle parti sociali non debba essere messa in discussione. E, sempre nel medesimo ambito, è noto l'indirizzo giurisprudenziale che, sebbene la legge subordini i licenziamenti a precisi presupposti economici ed organizzativi (art. 24 l. n. 223/1991), esclude qualsiasi controllo sulle causali economiche del recesso, ritenendo che tale valutazione sia stata devoluta dalla legge alle organizzazioni sindacali in sede di procedura di consultazione[477]. Non è difficile immaginare che ad analogo risultato si possa giungere in sede di applicazione dell'art. 8.

La situazione, comunque, potrebbe essere diversa quando, in cambio di deroghe significative in materie importanti (licenziamento, conversione dei contratti a termine, orario di lavoro ecc.), l'imprenditore si impegni formalmente ad assumere un certo numero di lavoratori a tempo indeterminato o ad incrementare i salari. In queste ipotesi, i "vincoli di scopo" sarebbero certamente soddisfatti - in quanto concretamente verificabili - anche se a prezzo di un considerevole peggioramento delle condizioni dei lavoratori già occupati e di quelli che verranno assunti. Tuttavia, una

---

[474] Ichino (2011f), pur non ponendosi il problema nei termini indicati nel testo, ritiene che, poiché il contratto di prossimità è finalizzato al raggiungimento di certi obiettivi, il giudice potrebbe "ritenere che tale finalizzazione faccia difetto nel caso specifico" (2).

[475] Romei 2011, 1.

[476] Ichino (2011g) afferma che l'art. 8 contiene concetti "nebulosi" che potrebbero alimentare il contenzioso (1).

[477] Tra le tante v. Cass. 3 marzo 2009, n. 5089; Cass. 21 febbraio 2011, n. 4150.

simile situazione non escluderebbe quel controllo di razionalità/ragionevolezza che si è in precedenza descritto, perché la deroga alla legge (ad esempio sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori) potrebbe essere ritenuta "sproporzionata" rispetto al beneficio dell'incremento occupazionale anche in quella logica di "necessità" e "bilanciamento" già esaminata (v. *retro* § 4).

I limiti previsti dalla legge potrebbero avere un diverso effetto sul piano delle relazioni industriali. I sindacati dei lavoratori, infatti, potrebbero interpretare restrittivamente gli obiettivi al cui raggiungimento è condizionata la stipulazione delle intese. Ma è vero anche il contrario. Anche in questo caso, la genericità degli scopi da perseguire può lasciare alle organizzazioni sindacali e alle parti stipulanti una discrezionalità pressoché assoluta.

8. La deroga anche peggiorativa alla legge e al C.C.N.L.

Le materie nelle quali può essere esercitata la contrattazione collettiva in deroga sono molto ampie ed attengono in generale all'organizzazione del lavoro e della produzione. Si realizza peraltro, su questo punto, una indebita invasione di campo rispetto a quanto previsto nell'accordo del 28 giugno, nel quale le materie sulle quali può esercitarsi la deroga sono fissate dai CCNL, mentre ora sono stabilite dalla legge. L'autonomia collettiva risulta espropriata nella sua funzione essenziale di definire il campo di applicazione della deroga, smentendo quanti sostengono la continuità e la compatibilità dell'art. 8 con quanto previsto in quell'accordo (su tale aspetto v. *infra* § 11).

In sede di conversione vi è stato un restringimento delle competenze, perché nella versione originaria l'elencazione delle materie non era tassativa (come si ricavava dall'utilizzazione del termine "*incluse*"). Invece nel testo definitivo si è utilizzata l'espressione "*con riferimento*": quindi le ipotesi indicate nelle varie lettere specificano le "*materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione*" e diventano quindi tassative[478].

Questo significa che, qualora il contratto aziendale o territoriale disciplini la materia della sicurezza (che certamente riguarda l'organizzazione del lavoro e della produzione ma non è ricompresa tra quelle indicate nelle lettere a, b, c, ecc.), queste intese non potranno mai avere efficacia derogatoria né possono produrre effetti erga omnes e sarebbero nulle per contrasto con norma imperativa.

Va detto, peraltro, che le discipline rispetto alle quali è possibile la deroga con efficacia generalizzata sono talmente ampie da riguardare tutti gli aspetti più importanti relativi all'organizzazione del lavoro e della produzione e tali da incidere anche su normative essenziali dei rapporti individuali di lavoro. In questo ambito l'effetto "deregolativo" della nuova contrattazione di prossimità può essere effettivamente di grandissimo impatto, con un vero e proprio "smantellamento" del diritto del lavoro esistente.

Le deroghe possono essere particolarmente consistenti per quelle materie che non hanno una "copertura" costituzionale o comunitaria. Il riferimento è ovviamente agli effetti della disciplina dei licenziamenti ed alla conversione dei contratti a tempo determinato, ma anche per quanto

[478] In senso contrario Romei 2011, 1; conf. Cela 2011, 6. In verità il carattere tassativo è ricavabile dai diversi termini utilizzati. La parola "incluse" (contenuta nel decreto legge) esprimeva il concetto che quelle indicate erano soltanto alcune delle regolamentazioni possibili in materia di organizzazione del lavoro e della produzione e non tutte quelle oggetto di possibile disciplina. Valore opposto hanno invece le parole "con riferimento", che hanno un chiaro significato esplicativo delle "materie" e, quindi, ne individuano esattamente i contenuti.

riguarda ad esempio le mansioni, la classificazione del lavoratore e l'inquadramento del personale. Le deroghe a ben vedere, potranno realizzarsi "entro certi limiti": poiché anche sotto il profilo degli effetti della disciplina sanzionatoria è possibile valutare la congruenza della norma con garanzie sovranazionali (ad esempio si potrebbe sostenere che la riforma dell'art. 18 con indennità molto esigue non sia rispettosa dei principi di garanzia espressi dalla Carta di Nizza; e lo stesso potrebbe dirsi per le sanzioni in caso di abuso nella reiterazione di contratti a termine: su tale aspetto si veda comunque *infra* § 9).

Ovviamente, come è stato più volte manifestato pubblicamente dal Ministro Sacconi, il vero obiettivo era l'art. 18 dello statuto lavoratori. Poiché come è noto la reintegrazione nel posto di lavoro non è costituzionalizzata (né è imposta da un vincolo comunitario), vi sarà la piena possibilità di sostituire la reintegra con un risarcimento del danno (ed era questo lo scopo principale di tutta la riforma).

In realtà si è sostenuto che la contrattazione in deroga non potrebbe operare sulla disciplina della "reintegrazione che, a rigore, non è una conseguenza del recesso, come si esprime l'art. 8, ma una conseguenza del licenziamento illegittimo. Dunque, a voler essere pignoli, l'art. 18 dello Statuto sarebbe salvo, e chi si è stracciato le vesti per questo motivo meglio avrebbe fatto a leggere con più attenzione la norma"[479]. Questa tesi, funzionale a "sminuire" la portata dell'innovazione legislativa introdotta, non può essere accolta. In verità le parole "conseguenze del recesso", interpretate in modo isolato rispetto al contenuto dell'intera disposizione prevista nella lettera e) del comma 2 dell'art. 8 e senza considerare la sua finalità, si espone all'obiezione formale sopra descritta. Tuttavia una simile interpretazione è in primo luogo in contrasto con la volontà più volte manifestata dal legislatore di rendere riformabile la disciplina dell'art. 18, in piena coerenza con quanto richiesto dalla BCE, che voleva una "profonda revisione" delle regole in materia di licenziamento[480]. E certamente non può essere considerata tale la possibilità di incidere sul preavviso o sul trattamento di fine rapporto che sono "le conseguenze naturali del recesso"[481].

A ben vedere, inoltre, la tesi qui criticata è smentita anche dalla formulazione letterale della disposizione. Quest'ultima, dopo aver affermato che la contrattazione in deroga può operare sulle "conseguenze del recesso", elenca una serie di eccezioni a tale previsione, escludendo "il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza di matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino..." ed altre forme di recesso. Queste ipotesi sono tutte accomunate dal fatto di costituire fattispecie di licenziamento illegittimo per contrasto con norme imperative. Pertanto, poiché regola (deroga alle conseguenze del recesso) ed eccezioni (sottratte all'effetto derogatorio) devono essere lette "insieme", la conclusione possibile é una sola: le "conseguenze del recesso" si riferiscono a quello *contra legem* e non alla disciplina della legittima interruzione del contratto di lavoro[482]. L'imprecisione linguistica del testo, sicuramente esistente, viene ad essere sanata dal significato ricavabile dall'intera disposizione. Non avrebbe senso, infatti, sottrarre all'effetto derogatorio ipotesi di licenziamento contrarie alla legge e consentire all'autonomia collettiva di incidere solo sul preavviso e TFR, senza

---

[479] Romei 2011, 1. In senso analogo Maresca 2011, 2 – 3, seppure in senso più dubitativo.

[480] Cfr. *retro* testo e nt. 13.

[481] Maresca 2011, 3.

[482] In sostanza la disposizione è come se fosse scritta con il seguente contenuto: "conseguenze del recesso illegittimo".

dargli la possibilità di operare sul regime degli effetti del recesso illegittimo. Vi sarebbe infatti una contraddizione insanabile tra due parti della medesima disposizione che vanno invece considerate congiuntamente.

Rispetto alla versione originaria del decreto-legge, sono state aggiunte numerose ipotesi di licenziamento sottratte all'effetto derogatorio. Rientrano invece nella piena disponibilità delle parti le conseguenze del licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo ed oggettivo, del licenziamento effettuato nel periodo di malattia, del licenziamento per impossibilità sopravvenuta della prestazione, del licenziamento del disabile, del recesso per giusta causa nei contratti a tempo determinato e così via.

Ma non basta.

A parte i limiti costituzionali e comunitari che saranno successivamente esaminati, le parti possono veramente introdurre deroghe molto significative su materie di grande rilievo. Ad esempio potrebbero consentire forme di controllo "occulto" oggi vietate dalla normativa in tema di impianti audiovisivi. Potrebbero escludere che lo svolgimento di mansioni superiori comporti l'acquisizione della relativa qualifica o introdurre una disciplina che consenta espressamente la dequalificazione. Si potrebbe inserire una regolamentazione che non preveda la necessità delle esigenze temporanee per la stipula dei contratti a termine (tenendo conto che la temporaneità delle esigenze sta oggi acquistando rilievo nelle interpretazioni giurisprudenziali) o che elimini l'obbligo della motivazione specifica nel contratto o la conversione in un contratto a tempo indeterminato in caso di illegittima apposizione del termine finale. Si potrebbe cambiare radicalmente la disciplina dell'orario di lavoro (senza peraltro poter incidere sui minimi derogabili previsti dalla direttiva europea). Le regole in tema di co.co.co. e di co.co.pro potrebbero essere radicalmente mutate in senso sfavorevole al lavoratore (e questo da parte di sindacati che rappresentano i lavoratori subordinati e non quelli autonomi ed includendo anche le "partite IVA", che non sono neanche parasubordinati!)[483]. Tra l'altro, il riferimento "*alle modalità di assunzione*" ed alle varie forme di lavoro autonomo esprime l'intento di voler autorizzare l'autonomia collettiva nel rendere possibile il superamento dell'art. 2094 del codice civile, sostituendo al lavoro subordinato il contratto previsto dall'art. 2222 cod. civ. (anche se qui si possono sollevare obiezioni consistenti che saranno successivamente esaminate).

Tuttavia, la disposizione che consente la massima latitudine degli interventi riservati all'autonomia collettiva è quella contenuta nella parte iniziale della lettera e). Infatti, la regolamentazione potrà riguardare le "*modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro*" insieme alle "*conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*" (salvo le eccezioni tassativamente previste). In pratica tutto ciò che attiene alla costituzione, gestione ed estinzione del contratto di lavoro subordinato (ferma restando l'indisponibilità di concetti di giusta causa e giustificato motivo)[484].

Che dire? Vi è la teorica possibilità di…stravolgere il Diritto del lavoro vigente!

---

[483] Anche Maresca (2011, 2) si esprime in modo critico e rileva che questa disposizione apre "un delicato problema relativo alla rappresentanza sindacale dei lavoratori autonomi".

[484] In senso analogo Treves 2011, 2.

Si è sostenuto che l'art. 8, nella parte in cui regola la derogabilità del contratto nazionale da parte di intese aziendali, sarebbe illegittimo per contrasto con l'art. 39, comma primo, Cost., che prevede un "principio di garanzia (anche) della libertà della contrattazione collettiva rispetto alle eventuali ingerenze del legislatore"[485].

La questione, assai complessa, non può certo essere approfondita in questa sede. Indubbiamente potrebbe ipotizzarsi che la legge abbia "invaso" le competenze dell'autonomia collettiva, in contrasto con il principio costituzionale della libertà di organizzazione sindacale. Tuttavia si potrebbe obiettare che l'art. 39, comma primo, impedisce interventi che vietano la contrattazione collettiva o la limitino in modo tale da "espropriarne" le sue funzioni essenziali[486]. Non sembra essere questo il nostro caso, perché non solo la legge "valorizza" il potere dell'autonomia collettiva (consentendole di derogare addirittura alla legge), ma anche perché non esclude che il rapporto tra i livelli contrattuali continui ad essere autonomamente disciplinato dalle parti sociali. Infatti, nulla impedisce che le regole contenute nell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 possano continuare ad applicarsi *in aggiunta* a quelle previste dall'art. 8 della l. 148/2011 ed in relazione a materie diverse da quelle contemplate nel comma 2 di questa disposizione di legge. In queste ipotesi, oltre tutto, la efficacia erga omnes sarebbe quella prevista dall'accordo stesso, con un rinvio alla contrattazione nazionale per la definizione dei "limiti" e delle "procedure" che presiedono ai rapporti tra contratti collettivi di diverso livello. In sostanza si potrebbe affermare che l'art. 8 introduce una disciplina delle relazioni tra contratto nazionale ed aziendale che non incide sui contenuti della contrattazione (libera di scegliere le opzioni che ritiene più opportune nelle materie ad essa delegate) e disciplina, senza escluderlo completamente, l'autonomo potere regolatorio dell'ordinamento intersindacale in materia. La disposizione, dunque, potrebbe non porsi in contrasto con l'art. 39, comma primo, Cost. che certamente non vieta che una legge dello Stato regoli funzioni ed effetti del contratto collettivo, senza ovviamente tradursi nella negazione della fonte principale dell'ordinamento intersindacale[487].

Non vi è dubbio, comunque, che la questione di una possibile incostituzionalità dell'art. 8 nei limiti sopra previsti possa esistere, rendendo ancora più problematica l'applicazione di questa disposizione.

9. Segue: il rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

Il comma 2 bis dell'art. 8 introduce peraltro una serie di limitazioni che, almeno in parte, possono

---

[485] Scarpelli 2011a, 19.

[486] Su tali aspetti si rinvia, tra gli altri, a Scarpelli 2007, 102 ss. e Giugni 2010, 183 ss.

[487] L'art. 8 della l. 148/2011 sembra essere coerente con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale che, oltre a sancire il principio della inesistenza di una riserva normativa a favore dei sindacati in materia di lavoro, ha stabilito la possibilità per la legge di introdurre limiti all'autonomia collettiva, purché essi siano giustificati dal perseguimento di interessi pubblici e non si traducano nella imposizione di vincoli così stringenti da svuotare di contenuto la contrattazione collettiva (o, addirittura, tali da impedirla) (sulla giurisprudenza in materia della Corte Costituzionale cfr. Scarpelli 2007, 102 ss.; Bortone 1984, 314 ss.). Si è sostenuto, inoltre che "la legge, che per principio deve rispettare ed anzi riconoscere la competenza della contrattazione collettiva..., la può solo sostenere e se mai sopravanzare, laddove ritiene di poter arrivare 'meglio', salvo a valutare se e come rendersi derogabile" (Dell'Olio 2002, 522; Tullini 2010, 481). Questi requisiti sembrano essere presenti in questa disposizione, anche se, ovviamente, permane il giudizio assai critico sulle modalità con cui l'art. 8 dovrebbe perseguire l'interesse pubblico (identificabile nella flessibilizzazione della disciplina lavoristica per favorire crescita ed occupazione), e sulla sua idoneità a fare "meglio" di quanto la contrattazione collettiva sarebbe in grado di fare.

ridurre "il potenziale impatto deregolativo" della nuova normativa. Infatti, la deroga alle disposizioni di legge e dei contratti collettivi nazionali deve essere effettuata nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

Questa disposizione può in effetti introdurre limiti di un certo rilievo al potere dell'autonomia collettiva. Ad esempio, in base ad essa:

a) per quanto riguarda le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, si potrà sostenere che qualora al posto della reintegrazione venga inserito un obbligo risarcitorio assai modesto, questa regolamentazione viola l'art. 30 della Carta di Nizza (oggi espressamente costituzionalizzata), perché di fatto rende il recesso così agevole da negare "*il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*";

b) nel caso di conversione dei contratti a termine, qualora in sostituzione della sanzione prevista dal "diritto vivente" si introducesse un risarcimento di bassa entità, si potrebbe sostenere che, anche se la direttiva 99/70/CE non si occupa del regime sanzionatorio, di fatto si incentiverebbe la successione reiterata di contratti a termine, venendo a contravvenire alla clausola 5 della direttiva nei limiti in cui vieta gli abusi derivanti dalla successione di contratti a tempo determinato;

c) sempre per i contratti a termine, difficilmente potrebbe essere eliminato completamente il limite di 36 mesi (o comunque un limite massimo anche più ampio), perché in questo modo si contravverrebbe il principio, sempre contenuto nella clausola 5, secondo il quale, per prevenire gli abusi occorre fissare "*la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*";

d) sicuramente non sarebbe possibile sostituire, a rapporti qualificabili come subordinati ai sensi dell'art. 2094 c.c., contratti di lavoro autonomo, in considerazione del principio della "indisponibilità del tipo contrattuale" sancita dalla Corte costituzionale con diverse sentenze[488];

e) la stessa previsione di forme di "controllo occulto", in deroga all'art. 4 dello statuto dei lavoratori, potrebbe porsi in contrasto con la tutela della "privacy" sancita in Direttive europee e nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia (le cui sentenze, tra l'altro, rientrano a pieno titolo tra "*i vincoli derivanti dalle normative comunitarie*", visto che la Corte emette decisioni equiparate, negli effetti, alle fonti europee stesse)[489];

f) per quanto riguarda l'orario di lavoro, non potrà essere derogato il principio del riposo minimo di 11 ore, di quello settimanale delle 24 ore cumulate con quello delle 11 ore, del periodo di ferie minimo di 4 settimane e della sua non monetizzibilità, della necessità che i ritmi di lavoro siano tali da rispettare "*l'adeguamento del lavoro all'essere umano*" e così via (trattandosi di regole contenute nella direttiva europea 03/88/CE). Questo, ovviamente, purché non si tratti delle ipotesi derogatorie che sono previste dall'art. 17 della direttiva, che consente, entro certi limiti, di introdurre eccezioni alle regole indicate;

---

[488] C. Cost. 29 marzo 1993, n. 121, *Foro it.*, 1993, I, 2434; C. Cost. 31 marzo 1994, n. 115, ivi, 1994, I, 2657.

[489] Sul punto si veda, per tutti, Montuschi 2010, 400 ss. Il principio indicato nel testo è stato affermato espressamente da C. Cost. 11 luglio 1989, n. 389, *DeJure*, *www.dejure.it*. La Corte afferma che, quando si riferisce ad una norma comunitaria avente «effetti diretti» (tali cioè da attribuire situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio), la sentenza della Corte di Giustizia Europea ha «la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate» (5).

g) in materia salariale non potrà essere violato il principio della sufficienza previsto dall'art. 36 Cost.

Gli esempi potrebbero continuare (in relazione al part time ed ai vincoli imposti alla direttiva; alla somministrazione in connessione con la normativa europea sul lavoro temporaneo tramite agenzia ecc.), a dimostrazione che, essendo pressoché tutto il sistema giuslavoristico formato da norme di derivazione costituzionale ("diritto al lavoro", art. 4; "tutela del lavoro in tutte le sue forme" art. 35; tutela della "dignità umana" art. 41), la disposizione in esame: a) esprime una contraddizione logico-giuridica insanabile, in quanto autorizza una deroga generalizzata alla legge (in ogni aspetto dello svolgimento del rapporto) ma nel rispetto dei principi costituzionali (laddove non c'è norma di diritto del lavoro che non potrebbe essere riconducibile, più o meno direttamente, a principi costituzionali)[490]; b) apre uno scenario di totale incertezza giuridica, foriero di insicurezza per i lavoratori ma anche per le imprese (chi può dire se i vincoli costituzionali sono stati rispettati? Il giudice? E con quali costi in termini di aumento del contenzioso e di incertezza regolativa?). In tale ambito, infatti, l'individuazione dei limiti costituzionali e comunitari, in alcune ipotesi agevole, non lo sarà in altre situazioni. In particolare, in tutti i casi in cui occorrerà desumere i vincoli dalla Costituzione o dai Trattati UE, che generalmente si esprimono per "principi" non dettagliati e ampiamente estensibili (o riducibili) in via interpretativa, vi potranno essere notevoli incertezze nel valutare se ed in che misura queste limitazioni sono state rispettate. Di qui la possibilità di contenziosi che amplieranno la discrezionalità del giudice e che potrebbero inserire incertezze nel sistema (perché, ad esempio, un lavoratore non iscritto al sindacato o alla rappresentanza aziendale stipulante potrebbe avere interesse a contestare dinanzi al giudice l'accordo peggiorativo per lui vincolante, sostenendo che il suo contenuto si pone in contrasto con il comma 2 bis)[491].

Tra l'altro, poiché la contrattazione di prossimità deve anche rispettare le "*convenzioni internazionali sul lavoro*", sono ipotizzabili tutta una serie di limitazioni che potrebbero avere una incidenza anche maggiore di quella che si potrebbe in un primo momento ritenere, soprattutto se si adotta un'interpretazione "ampia" dei vincoli costituzionali, comunitari ed internazionali. In quest'ultimo caso, infatti, le regolamentazioni anche indirettamente espressione di tali vincoli potrebbero essere molto superiori a quelle che sono, in via diretta, sicura attuazione dei principi contenuti nelle fonti sovraordinate.

Anzitutto occorre rilevare che la norma in esame non precisa se il riferimento alle convenzioni internazionali sul lavoro sia solo a quelle firmate o ratificate dallo Stato italiano ovvero a tutte le convenzioni ILO. La questione non è affatto peregrina, posto che dalla dizione letterale della legge ("convenzioni internazionali sul lavoro") parrebbe emergere un obbligo della contrattazione di prossimità a rispettare l'intero blocco delle convenzioni internazionali dell'ILO, benché non ratificate dall'Italia. Nulla vieta, infatti, di ipotizzare che il legislatore abbia inteso vincolare la contrattazione collettiva derogatoria a tutte le norme di diritto internazionale, anche quelle non in vigore (secondo una modalità che potrebbe essere avvicinata, ad esempio, alla c.d. recezione contrattuale praticata in altri settori dell'ordinamento). Anzi, una tesi siffatta appare coerente con un'interprertazione costituzionalmente orientata (alla luce del principio fondamentale di cui all'art. 35

---

[490] Sulla riconducibilità di tutta la disciplina lavoristica ai principi costituzionali o comunitari v. Rusciano 2011, 1; Romei 2011, 1; Ichino 2011h, 1.

[491] Romei 2011, 1; Bonardi 2011, 21.

Cost.) che consente di interpretare l'art. 8 in modo estensivo, e quindi attrarre nell'interno del sistema, *in parte qua*, le convenzioni ILO non ratificate (o firmate ma non ratificate).

Del resto, una contraria interpretazione, volta a limitare l'obbligo di rispettare le sole convenzioni ratificate, fornirebbe al disposto un significato del tutto inutile, posto che l'autonomia collettiva non può certo derogare a norme di diritto internazionale vigenti nel nostro ordinamento interno.

Vale inoltre la pena ricordare, sul punto, che in virtù del nuovo art. 6 del TUE l'Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che acquista piena forza giuridica, onde i riferimenti normativi di questa Carta e la giurisprudenza della Corte europea, rientrano a pieno titolo fra i principi di tutela inderogabili. Non si dimentichi che, anche recentemente, in alcuni paesi europei il richiamo a norme dell'ILO ha consentito ai tribunali di dichiarare nulle norme di legge volte a introdurre maggiore flessibilità in uscita: esemplare il caso francese dei *contrats nouvelles embauches*, forma tipica di "contratto unico" introdotta dal legislatore nel 2005[492] e dichiarate nulle dalla Cour d'Appel di Parigi per contrarietà a norme vincolanti di diritto internazionale del lavoro (convenzione n. 159 del 1982 sui licenziamenti).

Si consideri, sempre sulla linea di una corretta interpretazione del rinvio alle convenzioni ILO, che la norma in esame appare di per sé contraria al diritto internazionale del lavoro, sotto molteplici aspetti. Basti pensare agli effetti derogatori della contrattazione di prossimità in materia di licenziamenti a fronte di una norma, contenuta nella Convenzione n. 158 sul licenziamento, ai sensi della quale la messa in opera della Convenzione stessa non può essere realizzata da parte della contrattazione collettiva (art. 1). Orbene, è evidente che il legislatore, che da un lato attribuisce al contratto collettivo di prossimità la facoltà di derogare (anche) alla normativa sui licenziamenti, e d'altro lato richiede alla medesima autonomia collettiva il rispetto delle Convenzioni OIL (e quindi anche quella in materia di licenziamento), si avvita in una insanabile contraddizione in termini, in quanto abilita la contrattazione collettiva a regolare una materia nel rispetto di norme internazionali che espressamente vietano alla contrattazione medesima di intervenire sulla materia trattata!

Ma non basta. L'art. 8 è stato emanato all'interno di una manovra economica più ampia, non solo senza alcun preventivo consenso delle parti sociali, ma neppure avendo adottato alcuna formale modalità di coinvolgimento concertativo con esse, pur nel rispetto delle rispettive autonome prerogative di legislatore e parti sociali. Anche in tal modo il legislatore si è posto in frontale contrasto con il diritto internazionale del lavoro, che pure impone alla contrattazione di rispettare. Infatti, come dovrebbe essere noto anche al nostro legislatore, esiste una Raccomandazione ILO (n. 113 del 1960) ai sensi della quale le autorità pubbliche sono chiamate a sollecitare "les vues, les conseils et le concours" delle associazioni sindacali nelle materie quali: "i) la preparazione e la messa in opera della legislazione riguardante i loro interessi". È evidente che il legislatore dell'art. 8 si è ben guardato dal consultare le parti sociali per acquisire le loro "vedute, consigli e concorso", come invece raccomanda di fare il diritto internazionale del lavoro, su materie che riguardano direttamente gli interessi dei sindacati dei lavoratori e dei datori di lavoro. E il rilievo appare tanto più grave considerando che il legislatore avrebbe inteso, con l'art. 8, "promuovere" la contrattazione collettiva!

---

[492] Cfr. Pasquier 2008, 353 ss.

Infine, ai sensi dell'art. 19 della Costituzione ILO, uno Stato che ratifica una convenzione deve prendere le misure necessarie a rendere effettive le relative disposizioni. Molte convenzioni hanno un contenuto tecnico preciso e dettagliato che richiede una semplice trasposizione letterale e ben pochi adattamenti al contesto nazionale. La stessa Costituzione dell'ILO afferma il principio della derogabilità solo in melius delle norme internazionali, non ammettendo deroghe in peius salvo casi espressi (es. il protocollo del 1990 alla convenzione n. 89 sul lavoro di notte delle donne permette deroghe da parte della contrattazione collettiva). Poiché l'art. 8 della l. 148/2011 consente deroghe amplissime a un numero imprecisato di materie oggetto di convenzioni ILO, si realizza la medesima contraddizione già descritta con riferimento al rapporto con le norme costituzionali, con l'aggravante che qui il potenziale endemico di conflitto è potenzialmente con l'intero diritto internazionale del lavoro. Ed è paradossale che uno dei più antichi e importanti sistemi nazionali di diritto del lavoro, un tempo preso a modello da parte di legislatori e studiosi di tutto il mondo, rischi di entrare in collisione con le norme internazionali dell'ILO, che rappresentano pur sempre standard minimi di tutela su scala globale.

Tuttavia, ferme restando le incertezze interpretative sopra descritte ed il possibile "effetto espansivo" dei vincoli costituzionali o derivanti dal diritto comunitario ed internazionale del lavoro, sono ipotizzabili deroghe della contrattazione collettiva tali da cambiare radicalmente il diritto del lavoro attuale. Alcuni esempi posso essere utili: a) la previsione, al posto della reintegra, di un risarcimento del danno pari ad un anno di retribuzione, sarebbe sicuramente coerente con l'art. 30 della Carta di Nizza; b) l'introduzione, al posto della conversione del contratto a termine, di un risarcimento del danno nei casi di stipula di contratti successivi illegittimi nelle prime due volte, con conversione solo in presenza di un terzo rapporto a t. determinato contrario alla legge, sarebbe coerente con il rispetto del principio del divieto comunitario di "abuso"; c) la tipizzazione di contratti a termine anche in assenza di esigenze temporanee non violerebbe la direttiva (purché vi fossero le ragioni "oggettive" in coerenza con quanto previsto dalla fonte comunitaria); d) sarà possibile aumentare in modo consistente i limiti complessivi di orario di lavoro e la sua modulazione temporale; e) si potrà incidere sul sistema di classificazione dei lavoratori, prevedendo forme di sottoinquadramento rispetto al ccnl o derogando al principio dell'equivalenza, dell'automatica acquisizione in via di fatto delle mansioni superiori, del divieto di dequalificazione. Altre ipotesi potrebbero essere prese in considerazione.

Il rispetto, da parte della contrattazione collettiva, delle fonti nazionali ed internazionali sovraordinate alla legge non esclude, dunque, la possibilità di consistenti peggioramenti degli standards di tutela previsti dalle normative legali vigenti.

10. Il "comma Fiat": l'efficacia retroattiva dei contratti collettivi aziendali approvati e sottoscritti prima del 28 giugno 2011.

Il comma 3 dell'art. 8 potrebbe essere definito come "comma Fiat". Il suo contenuto, assai chiaro, ha la evidente finalità di garantire l'estensione generalizzata degli accordi collettivi sottoscritti a Mirafiori e Pomigliano ed approvati da referendum[493]. Si tenga presente che il legame con queste

[493] In tal senso Cela 2011, 3; Scarpelli 2011b, 1 e 3; Santini 2011a, 1; Sateriale 2011, 1; Bonardi 2011, 22.

vicende é espresso anche dal fatto che nella norma si parla di maggioranze ottenute tramite votazioni e senza il riferimento generico - contenuto nel comma 1 - a criteri maggioritari (che includono il sistema referendario ma che certamente non coincidono soltanto con quest'ultimo, consentendo anche strumenti di verifica del consenso diversi)[494]. Questa disposizione oltretutto, ai fini dell'erga omnes per le intese sottoscritte prima del 28 giugno 2011, valorizza solo il referendum e, su tale aspetto, si discosta dall'accordo interconfederale, nel quale la consultazione elettorale ha un valore solo eventuale e eccezionale[495].

La disposizione, che è stata accolta con commenti entusiastici da Marchionne (riferiti in realtà all'intero art. 8)[496], ha la funzione risolvere il problema dell'efficacia generalizzata degli accordi Fiat. Infatti, il referendum approvativo, sicuramente importante sul piano delle relazioni industriali (perché manifesta l'adesione al contratto da parte della maggioranza dei lavoratori), non ha effetti giuridicamente vincolanti. E questo sia in relazione ai non partecipanti al voto, sia per i lavoratori che hanno votato (indipendentemente dalla iscrizione o meno ai sindacati stipulanti i contratti collettivi sottoposti a referendum). In assenza di una previsione legislativa, infatti, la semplice partecipazione alla consultazione non poteva costituire indice di adesione agli accordi (anche per la segretezza con cui il voto è stato espresso). Il comma 3 dell'art. 8, invece, esclude qualsiasi dubbio giuridico su tale aspetto.

La norma costituisce un pesante intervento sull'autonomia delle parti sociali[497]. Da un lato si crea un *vulnus* rispetto agli intenti della Fiom, che si era opposta agli accordi Fiat, aveva invitato i propri scritti a non partecipare al referendum ed ha instaurato un contenzioso giudiziario diretto a far riconoscere la legittimità giuridica del proprio comportamento. Inoltre, Cgil, Cisl e Uil, all'atto della sottoscrizione dell'accordo del 28 giugno 2011, avevano espressamente escluso che esso potesse riguardare i contratti Fiat. L'autonomia delle scelte compiute dei sindacati viene completamente annullata con un "atto di autorità" che ne sconfessa il contenuto.

D'altra parte, il Governo manifesta la sua totale "sudditanza" alla Fiat. Marchionne, infatti, dopo la stipula dell'accordo 28 giugno, aveva scritto alla Confindustria, lamentandosi del fatto che l'intesa non dava forza giuridica ai contratti di Mirafiori e Pomigliano. La risposta della Marcegaglia aveva valorizzato il contenuto dell'accordo sottoscritto, sottolineandone comunque la sua non modificabilità. Il comma 3 dell'art. 8 recepisce le lamentele di Marchionne e nega le determinazioni autonomamente assunte dai sindacati e dalla stessa Confindustria (a riprova che…. non tutti gli iscritti all'associazione degli industriali sono uguali!)[498].

---

494 Così anche Bonardi 2011, 22; Scarpelli 2011a, 15 (in relazione alla non coincidenza dei criteri per verificare i consensi maggioritari).

495 Scarpelli 2011a, 15.

496 Secondo l'Amministratore Delegato della Fiat "quello che ci serviva ci è stato dato". "La mossa fatta dal ministro Sacconi con l'articolo 8 è importantissima" e "ha risolto tantissimi problemi", dal momento che le nuove norme "ridaranno certezza non solo alla Fiat, ma a tutti quelli che voglio investire in Italia" (www.repubblica.it, 13 settembre 2011, 1).

497 Così, tra gli altri, Scarpelli 2011a, 15; Id. 2011b, 3; Sateriale 2011, 1 ss.; Alberta (2011, 2) esprime invece un giudizio positivo.

498 D'altra parte, se una ulteriore finalità della norma era quella di scongiurare l'uscita della Fiat dalla Confindustria, la disposizione non è riuscita neanche in questo intento, perché la casa automobilistica torinese ha ufficialmente annunciato che non aderirà più all'associazione degli imprenditori industriali con decorrenza dal 1º gennaio 2012.

Il comma 3 dell'art. 8 pone alcuni delicati problemi di costituzionalità. A parte quelli connessi alla violazione dell'art. 39 Cost. per quanto attiene alla estensione erga omnes dell'accordo[499], la nuova disposizione ha effetto retroattivo. L'irretroattività della legge, come è noto, è una regola costituzionalizzata solo nel Diritto penale e, in altri settori giuridici, può essere derogata dal legislatore. Tuttavia la Corte Costituzionale ha affermato che il principio per cui la legge dispone solo per l'avvenire "rappresenta sempre una regola essenziale del sistema, che il legislatore deve applicare, salvo deroghe per ragionevoli cause giustificatrici, in quanto la certezza costituisce un indubbio cardine di civile convivenza e di tranquillità dei cittadini"[500]. Pertanto la norma retroattiva deve trovare "adeguate giustificazioni sul piano della ragionevolezza e non si (deve porre) in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti[501], tra i quali si annovera il legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica[502].

Nel nostro caso vi è in primo luogo la violazione del principio della certezza giuridica dei rapporti, perché non esiste alcun interesse pubblico o di rilievo costituzionale che possa legittimare la volontà di rendere *ex post* validi accordi sindacali con efficacia generale (anzi qui vi è la chiara finalità di soddisfare l'interesse privato di una società, anche se molto importante come la Fiat!). Inoltre, la retroattività lede l'art. 39 Cost. nella misura in cui "espropria" completamente i contenuti della contrattazione collettiva, togliendo valore, sul punto, alla scelta fatta dalle parti sociali di non regolare il "caso Fiat" con l'accordo del 28 giugno 2011. Vi è, in questo caso, la lesione di un "interesse costituzionalmente protetto" (art. 39, comma 1, Cost.), perché la contrattazione collettiva - in relazione a tale aspetto - viene ad essere annullata e non solo limitata o regolata per la realizzazione di preminenti interessi pubblici[503].

D'altra parte un altro possibile profilo di incostituzionalità potrebbe essere ravvisato nella oggettiva interferenza della legge sui contenziosi in corso relativi alla Fiat e ad altri casi analoghi. Infatti, secondo la Corte Costituzionale, le leggi retroattive non devono violare valori fondamentali, tra cui il "rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario"[504]. E si può dubitare che, in questo caso, tale principio sia stato rispettato.

Si è inoltre sottolineato che il comma 3 dell'art. 8, interpretato *a contrario*, potrebbe escludere dall'efficacia erga omnes gli accordi aziendali approvati senza dissensi dalle organizzazioni sindacali ed in mancanza di un referendum approvativo. Con la conseguenza che tali intese avranno "efficacia limitata ai lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti: così legittimando *ex post* eventuali fughe individuali dalle decisioni sindacali di gestione dell'impresa che, sino ad oggi, la giurisprudenza prevalente non sembrava voler premiare"[505]. Un'osservazione questa sicuramente condivisibile. Anche se, in effetti, i contratti non approvati con referendum potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione dell'accordo del 28 giugno 2011 e rispettare i requisiti ivi previsti per avere efficacia generalizzata (perché la mancanza di dissensi significherebbe l'approvazione unanime della rsu o della/e rsa). In questo caso l'effetto erga omnes potrebbe estendersi agli iscritti

---

[499] Cfr. *retro* § 6.
[500] C. Cost. 4 aprile 1990 n. 155, Foro it., 1990, I, 3072.
[501] C. Cost. 11 giugno 1999, n. 229, Foro it., 1999, I, 2145.
[502] C. Cost. 26 luglio 1995, n. 390 e 4 novembre 1999, n. 416.
[503] Cfr. *retro* § 8.
[504] C. Cost. 7 luglio 2005, n. 282, www.cortecostituzionale.it, 5.
[505] Scarpelli 2011a, p. 16.

Cgil, Cisl e Uil (o a quelli appartenenti ad altri sindacati aderenti all'A.I.) e, a certe condizioni, anche ai non iscritti.

Quest'ultimo tema, relativo alla possibilità di applicare anche ai lavoratori non sindacalizzati le intese aziendali approvate in base alle regole dell'accordo del giugno 2011, è assai complesso, e può essere soltanto accennato in questa sede. Tuttavia, se l'accordo fosse approvato dalla maggioranza dei rappresentanti della rsu (punto 4 dell'A.I del 28 giugno 2011), si potrebbe sostenere che anche i lavoratori non iscritti ad alcun sindacato sono vincolati dall'intesa aziendale purché abbiano effettivamente partecipato all'elezione della rappresentanza unitaria e sia possibile accertare con certezza che abbiano espresso il diritto di voto. In questo caso, infatti, si potrebbe sostenere che la partecipazione all'elezione costituisce una manifestazione di volontà espressa del lavoratore non solo di accettare le regole in tema di elezione della rsu, ma anche di aderire agli accordi interconfederali che reggono la materia sia per quanto attiene il sistema elettorale, sia per quanto riguarda i poteri contrattuali che vengono attribuiti a queste rappresentanze. In sostanza la partecipazione al voto potrebbe essere considerata come un meccanismo di adesione ad un sistema di accordi contrattuali che, in base alle regole civilistiche, potrebbe vincolare anche questi lavoratori. E considerazioni analoghe potrebbero essere fatte nel caso in cui l'intesa aziendale, approvata dalla maggioranza delle rsa, venga sottoposta ad una consultazione elettorale per il dissenso espresso dal 30% dei dipendenti dell'azienda (punto 5 dell'A.I. del 28 giugno 2011) e consegua un risultato positivo[506].

Le ipotesi indicate non vanno confuse con le situazioni in cui il contratto aziendale non sia approvato da rsu o da rsa (con convalida tramite referendum) in coerenza con quanto previsto dall'accordo del 28 giugno, ma sia oggetto di consultazione elettorale diretta ed a prescindere dall'intesa interconfederale del 2011. In questo caso, infatti, la semplice partecipazione al voto dei non iscritti ai sindacati stipulanti non giustifica le conclusioni sopra espresse, perché non vi è adesione ad un sistema di accordi contrattuali ed in quanto la segretezza del voto impedisce di comprendere se in effetti il lavoratore votante si sia vincolato o meno ad accettarne i contenuti.

11. L'art. 8 e l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Tra le varie dichiarazioni espresse dal Ministro Sacconi sull'art. 8 della legge 148/2011 vi è quella secondo la quale la disposizione costituirebbe un'attuazione dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. La lettura dei due testi smentisce immediatamente questa affermazione, perché le somiglianze sono assai meno importanti rispetto alle differenze. La norma di legge, infatti, richiama l'intesa solo per quanto riguarda la individuazione dei soggetti sindacali abilitati alla stipula dei contratti, la possibile deroga al C.C.N.L. da parte di una intesa aziendale e per l'attribuzione a tale accordo di un'efficacia generale se sottoscritto in base ad un criterio maggioritario. A parte questi aspetti, le differenze tra i due atti normativi sono notevoli.

In primo luogo, l'art. 8 prevede un contratto collettivo a livello territoriale del tutto ignoto all'accordo del giugno 2011[507]. Inoltre viene inserito il riferimento alle associazioni comparativamente

---

[506] Scarpelli ritiene che, in base all'A.I. del 28 giugno, un contratto aziendale approvato in applicazione della regola maggioritaria "o convalidato nell'eventuale consultazione referendaria" potrebbe essere "considerato vincolante per tutti i lavoratori in forza sia dell'eventuale adesione alle associazioni che hanno condiviso tale procedura (comprese quelle rimaste in dissenso) sia dell'applicazione inscindibile e complessiva dei trattamenti collettivi" (Scarpelli 2011a, 14).

[507] Scarpelli 2011a, 11.

più rappresentative nel territorio, che potrebbe abilitare alla sottoscrizione dei contratti soggetti sindacali diversi da quelli consolidati nella realtà delle nostre relazioni industriali (v. *retro* § 5). Al contrario, l'A.I. si muove nella dimensione opposta di una rappresentatività comparata definita a livello nazionale con sistemi di rilevazione certa (affidati all'Inps ed al Cnel), ed a livello aziendale privilegia metodi di verifica democratica della rappresentanza (rsu) o comunque legittima rsa riconducibili ai sindacati interconfederali storici. Come ben si vede, la legge segue logiche molto diverse che confermano l'esistenza di una "brusca rottura con una consolidata tradizione"[508].

Inoltre, l'art. 8 abilita i contratti a derogare anche alla legge[509]. Nell'accordo del giugno 2011 le parti sociali si proponevano di favorire un "decentramento controllato" dalla contrattazione collettiva, consentendo all'accordo aziendale, per il raggiungimento di obiettivi predeterminati, di derogare anche in modo consistente a quello nazionale, senza ovviamente intaccare le norme inderogabili di legge (naturalmente estranee all'autonoma potestà regolativa dei sindacati). La disposizione di legge attribuisce invece al sindacato un potere enorme dandogli la possibilità (e la responsabilità) di "decostruire" aspetti fondamentali del Diritto del lavoro e per la realizzazione di finalità assai più ampie di quelle previste dall'A.I.[510]. Ora indubbiamente si può ritenere che la legge "valorizzi" la funzione dell'autonomia collettiva, anche se, in considerazione delle condizioni di debolezza in cui potrebbe trovarsi, il sindacato può essere "poco libero" nelle sue scelte (v. *retro* § 4). Tuttavia non si può certo ritenere che, in questo ambito la legge "attui "l'accordo interconfederale[511]. E questo anche in considerazione del fatto che l'efficacia derogatoria della legge viene attribuita al livello locale e aziendale, in piena controtendenza con le caratteristiche del nostro sistema di relazioni industriali fondato sulla rappresentanza nazionale (v. *retro* § 4).

D'altra parte, l'accordo del giugno 2011 si propone di conservare la centralità del contratto nazionale di categoria, al quale si attribuisce "la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale". Inoltre, al C.C.N.L. spetta di definire le materie delegate alle intese aziendali[512]. L'art. 8, invece, rovescia questa impostazione perché attribuisce al contratto aziendale poteri di deroga alla legge che ne fanno il "fulcro" del sistema di relazioni industriali, "svuotando" la stessa funzione regolativa del C.C.N.L. su materie di grande rilievo giuridico ed economico[513]. Senza dimenticare che il contratto nazionale viene di fatto "espropriato" dalla possibilità di definire le competenze del livello aziendale che sono oggi fissate dall'art. 8 in modo assai dettagliato anche per quanto riguarda le deroghe al C.C.N.L. (vanificando, quindi, la scelta dalla contrattazione di categoria sugli ambiti in cui potrebbero essere stipulate le "clausole di uscita").

In realtà l'art. 8 può essere considerato come una pesante interferenza sull'autonomia sindacale

---

[508] Romei 2011, 1.

[509] Romei 2011, 1; Sateriale 2011, 1; Alberta 2011, 2; Scarpelli 2011a, 18.

[510] Infatti, le clausole di uscita - previste in un doppio regime (con o senza l'intervento dei C.C.N.L.) - possono essere realizzate per "*aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi*" o per "*gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa*" (punto 7 A.I. 28 giugno 2011). Mentre i "vincoli di scopo" previsti dall'art. 8 della l. 148/2011 sono molto più ampi (v. *retro* § 7).

[511] Romei (2011, 1) rileva che l'art. 8 non realizza l'accordo interconfederale ma va ben oltre.

[512] Si vedano, sul punto, Scarpelli 2011a, 16 ss. e F. Carinci 2011, 469 ss.

[513] Romei 2011, 2; Sateriale 2011, 1.

(si è parlato di un "intervento a gamba tesa")[514], che intende regolare "materie che dovrebbero essere rimesse alle parti sociali"[515] e con la finalità di dividere nuovamente i sindacati, per ostacolare l'unità d'azione ritrovata con il faticoso equilibrio definito proprio con l'accordo del 28 giugno[516].

Queste conclusioni sono confermate dal comportamento di Cgil, Cisl e Uil che, in sede di ratifica dell'A.I., hanno ritenuto opportuno aggiungere al testo una frase, nella quale ribadiscono "che le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti" e si impegnano "ad attenersi all'Accordo Interconfederale del 28 giugno, applicandone le norme e a far si che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto Accordo Interconfederale"[517]. Il significato di questa "postilla", destinata ad influenzare in modo rilevante l'attuazione dell'art. 8 della l. 148/2011, sarà esaminato in seguito (v. *infra* § 12). È importante ora rilevare che la dichiarazione delle parti sociali conferma che esse (Confindustria inclusa!) hanno interpretato l'intervento legislativo come un'indebita ed estesa "invasione di campo" su materie ad esse riservate, per le quali viene ribadita la preferenza delle regole contenute nell'accordo interconfederale.

A parte gli sviluppi concreti dei rapporti tra legge e nuove regole contrattuali definite nel giugno del 2011, l'A.I. conserva un margine di autonomia rispetto all'art. 8 che consentirebbe, dal punto di vista teorico, lo sviluppo di due diversi sistemi contrattuali, di cui uno fondato sulla legge e l'altro sulle autonome scelte dell'autonomia collettiva.

Infatti, la contrattazione potrebbe delegare l'accordo aziendale a derogare il C.C.N.L. per materie diverse da quelle previste dall'art. 8 e nell'ambito delle finalità (più ristrette rispetto alla legge) stabilite dall'accordo interconfederale, con limitazione quindi dell'effetto derogatorio. Inoltre, anche le clausole di uscita potrebbero avere un contenuto "in deroga" attenuato rispetto a quello previsto dall'art. 8 in relazione al solo contratto nazionale, al fine di garantire la centralità del C.C.N.L. che, per l'A.I., sembra essere un fattore determinante di regolazione dei rapporti di lavoro.

Non vi è dubbio, peraltro, che l'ampiezza delle materie previste dalla legge per le quali è possibile derogare al contratto nazionale ed i "vincoli di scopo" posti dall'art. 8 limiteranno in modo consistente l'autonomia delle parti sociali, che potrebbero tendere a recepire i contenuti della disposizione contenuta nella l. 148/2011, senza modificarla in modo sostanziale[518].

12. La possibile evoluzione della contrattazione collettiva in deroga.

L'emanazione della disposizione di legge sulla contrattazione di prossimità ha determinato, in un

---

[514] Scarpelli 2011a, 5; Id. 2011b, 2. In senso analogo Cela 2011, 3; Romei 2011, 1; Ordine del giorno PD 2011, 1 – 2; Mascini 2011, 1; Sateriale 2011, 1; Alberta 2011, 2.

[515] Ordine del giorno PD 2011, 2.

[516] Scarpelli 2011a, 5; Id. 2011b, 2; Romei 2011, 2; Ordine del giorno PD 2011, 2; Ichino 2011a, 2; Ichino 2011f, 3; Mascini 2011, 1.

[517] Il testo ratificato dai tre sindacati è reperibile ne Il diario del lavoro, 21 settembre 2011, www.ildiariodellavoro.it.

[518] Nei primi commenti, si è detto che l'art. 8 "cancella principi fondamentali che stanno alla base dell'intesa di giugno" (Sateriale 2011, 1). Al contrario, non è mancato chi ha fatto rilevare che l'art. 8 della l. 148/2011 non intacca la validità dell'accordo interconfederale ed anzi ne rafforza il contenuto (Santini 2011a, 1; Id. 2011b, 1; Pirani 2011, 1).

primo momento, reazioni diverse nei sindacati. A fronte della netta opposizione della Cgil, Cisl e Uil si erano mostrate più possibiliste (anche se Bonanni aveva affermato che la disposizione era un intervento legislativo "non richiesto")[519]. Tuttavia, lo sciopero generale proclamato dalla Cgil ed il seguito avuto (anche tra gli scritti Cisl), insieme all'opposizione delle categorie meccaniche di quest'ultimo sindacato e della Uil hanno determinato un evidente "cambio di clima". Queste nuove condizioni hanno stimolato, il 21 settembre 2011, la ratifica dell'accordo interconfederale del giugno precedente, con l'aggiunta della frase già esaminata (v. *retro* § 11).

Dopo l'approvazione avvenuta in settembre, i commenti delle tre confederazioni sono stati unanimi. La sottoscrizione dell'A.I. e l'aggiunta della "postilla" escludono qualsiasi rilievo all'art. 8 della legge n. 148/2011. Le parti sociali applicheranno l'accordo di giugno e non derogheranno alla legge. In particolare, non vi saranno intese aziendali o territoriali in riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori[520].

In verità, la formulazione letterale della frase aggiunta al testo dell'A.I. non autorizza queste conclusioni. Essa conferma solo che le parti vogliono regolare in modo autonomo la contrattazione e le relazioni industriali e si impegnano ad utilizzare ed a far applicare alle proprie strutture, "a tutti i livelli", i contenuti dell'intesa di giugno. Dal punto di vista giuridico, dunque, non è possibile desumere dal testo aggiunto una inibizione ad usare le (imponenti) risorse normative attribuite alle oo. ss. dall'art. 8 della l. 148/2011. Tuttavia, sul piano delle relazioni industriali, le parole utilizzate assumono, almeno nelle intenzioni dei sottoscrittori, quella diversa finalità di "depotenziamento" della norma di legge già descritta.

Se così fosse, la riforma del Governo perderebbe gran parte della sua efficacia. Si è già detto che, almeno allo stato attuale, nel settore dell'industria e dei servizi Cgil, Cisl e Uil sono gli unici sindacati esistenti (insieme alla Ugl). Il patto di unità di azione formalizzato con la frase aggiunta il 21 settembre dovrebbe quindi impedire la sottoscrizione di intese in deroga alla legge. E questo anche in considerazione del fatto che l'accordo interconfederale prevede un meccanismo che dovrebbe escludere, quanto meno a livello di vertice e di categoria, accordi separati[521]. Mentre a livello aziendale, dove teoricamente l'A.I. del 28 giugno non impedisce che singole organizzazioni (maggioritarie nella rsu o uniche referenti della rsa) possano decidere autonomamente, il contratto in deroga dovrebbe essere escluso dall'impegno politico assunto con la ratifica del 21 settembre. Infine la Ugl difficilmente si assumerebbe da sola la responsabilità di sottoscrivere accordi che modifichino la legge (senza dimenticare che probabilmente questa organizzazione aderirà all'intesa del giugno 2011).

Una conferma esplicita di quanto si sta affermando può essere rinvenuta nella lettera del 3 ottobre 2011, con la quale la Fiat ha annunciato la sua uscita da Confindustria dal 1° gennaio 2012. In

---

519 La frase è stata riportata da tutti i giornali (cfr. Il Sole 24 Ore, 26 agosto 2011, *Sindacati uniti sulle pensioni, divisi sui contratti*, www.ilsole24ore.com).

520 I commenti dei tre segretari confederali sono stati, con diverse parole, unanimi sul punto. Si vedano gli articoli pubblicati nella rassegna stampa della Cgil, tratti da diverse testate (e con differenti giornalisti), che riportano i commenti dei protagonisti (reperibili in www.cgil.it, 22 settembre 2011) o le news contenute nel sito della Cisl (www.cisl.it, 22 settembre 2011).

521 Secondo quanto previsto nella intesa aggiuntiva tra Cgil, Cisl e Uil all'A.I del 28 giugno 2011 (Speziale 2011, 2; Scarpelli 2011a, 10). Su tale intesa cfr. anche le osservazioni di F. Carinci 2011, 467 ss.

essa si afferma che l'accordo del 28 giugno 2011 e soprattutto l'approvazione dell'art. 8 hanno introdotto "importanti strumenti di flessibilità". Tuttavia, continua Marchionne, la firma dell'accordo interconfederale del 21 settembre "ha fortemente ridimensionato le aspettative sull'efficacia dell'articolo 8", con il rischio quindi di "snaturare l'impianto previsto dalla nuova legge e di limitare fortemente la flessibilità gestionale", determinando incertezze "che allontanano (la Fiat) dalle condizioni esistenti in tutto il mondo industrializzato"[522]. La Confindustria ha risposto che la scelta di abbandonare l'associazione era ingiustificata, rilevando come l'accordo sottoscritto il 21 settembre 2011 "non ha messo in dubbio la validità e l'applicabilità dell'art. 8" e che la sua ratifica non "ne ha depotenziato gli effetti", né "ha posto limiti aggiuntivi all'applicabilità delle norme di legge"[523].

Molto vi sarebbe da dire sulla lettera di Marchionne, che dimostra il completo rifiuto, da parte della Fiat, del nostro sistema di relazioni industriali, con la scelta di un modello "aziendale" di confronto con i sindacati di stampo nordamericano. Essa, inoltre, sottolinea la volontà della fabbrica automobilistica di perseguire forme di flessibilità assai accentuata, che superano anche le stesse esigenze espresse dalla Associazione degli industriali. Il tutto, tra l'altro, con una significativa convergenza tra il modello di deregolazione adottato dal Governo e la strategia competitiva dalla casa torinese, basata sulla riduzione dei livelli di tutela inderogabili previsti dalla legge[524]. In questa sede è importante rilevare che il patto tra Cgil, Cisl e Uil può essere effettivamente letto nel senso del depotenziamento dell'art. 8 della l. 148/2011, come dimostra appunto la reazione avuta dalla Fiat.

Tuttavia questo non significa che la nuova disposizione non possa, in futuro, dispiegare i suoi effetti. L'opinione della Confindustria è condivisibile. Dal punto di vista giuridico la ratifica dell'accordo avvenuta il 21 settembre 2011 non incide sulla validità ed efficacia dell'art. 8. Questo significa che un futuro ripensamento di una delle tre confederazioni potrebbe di nuovo attribuire attualità a questa disposizione, soprattutto perché la Confindustria non ritiene che essa vada "messa in soffitta". Senza dimenticare ciò che potrebbe essere realizzato da sindacati territoriali scarsamente rappresentativi o dalle stesse strutture territoriali dei tre sindacati confederali, qualora decidessero, separatamente o tutte insieme, di non applicare la "direttiva" prevista nella postilla aggiunta il 21 settembre e di firmare accordi in deroga[525].

Si può concludere, allora, che, almeno per il momento, l'efficacia della nuova disposizione è, dal punto di vista strettamente operativo e non giuridico, "congelata", anche se essa, come si è visto, potrebbe conservare delle possibilità di applicazione. Tuttavia, a parere di chi scrive, questa disposizione andrebbe abrogata, nell'interesse congiunto di lavoratori e imprese. L'art. 8 è infatti

---

[522] La lettera di Marchionne, nel testo integrale, è reperibile in www.corriereinformazione.it.

[523] La risposta della Marcegaglia può essere letta nel sito della Confindustria (www.confindustria.it, 3 ottobre 2011).

[524] Marchionne, peraltro, nell'annunciare l'uscita da Confindustria, afferma che "la libertà di azione" sarà utilizzata per applicare "in modo rigoroso le nuove disposizioni legislative", senza peraltro "toccare alcun diritto dei lavoratori...". Si tratta di affermazioni alquanto contraddittorie. La promessa di utilizzare l'art. 8, che consente ampie deroghe ai diritti dei lavoratori derivanti dalla legge o dalla contrattazione collettiva, non è compatibile con il rispetto dei diritti che tali fonti oggi assicurano ai dipendenti della casa automobilistica.

[525] Infatti, la "disobbedienza" alle direttive delle confederazioni potrebbero comportare l'applicazione di sanzioni endoassociative, ma certo non escluderebbe l'efficacia dei contratti aziendali sottoscritti da soggetti rappresentativi.

in grado di produrre conseguenze molto gravi sia sugli standards protettivi garantiti da norme inderogabili di legge, determinando una "mutazione genetica" del nostro Diritto del lavoro, sia sul sistema di relazioni industriali, che rappresenta, per le stesse imprese, un valore aggiunto capace di garantire certezza giuridica e pace sociale. La norma non solo potrebbe introdurre dosi troppo forti di flessibilità che verrebbero ad incidere su diritti fondamentali dei lavoratori[526], con effetti assai discutibili (se non nulli) sulla crescita occupazionale delle imprese, ma produrrebbe anche i menzionati fenomeni di incertezza giuridica, *dumping* sociale e concorrenza sleale fra imprese che certo non costituiscono un reale vantaggio per il nostro sistema economico. Come dire, insomma, che l'art. 8 è una sorta di "vaso di Pandora", di cui è molto meglio, anche per le imprese, non scoprire le apparenti virtù.

Riferimenti bibliografici.

AA.VV. (2007), *Il libro verde sulla "modernizzazione" del diritto del lavoro*, Note Informative, www.noteinformative.it, p. 89 ss.

Alberta N. (2011), *Provvedimenti confusi e preoccupanti in materia di lavoro*, Il diario del lavoro, 24 agosto 2011, www.ildiariodellavoro.it, p. 1 ss.

Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino.

Ashiagbor D. (2005), *The European Employment Strategy*, Oxford University Press, Oxford.

Banca D'Italia (2011), *Banca d'Italia – Economie Regionali – L'economia delle regioni italiane*, 22 giugno 2001, www.bancaditalia, p. 1 ss.

BCE (2002), *Labour Market Mismatches in Euro Area Countries*, www.ecb.int (Publications).

BCE (2007), *Banca Centrale Europea - Bollettino mensile – Gennaio*, www.bancad'italia.it pubblicazioni/bce, p. 5 ss.

BCE (2011), *Banca Centrale Europea - Bollettino mensile – Settembre*, www.bancad'italia.it pubblicazioni/bce, p. 5 ss.

Boeri T., Garibaldi P. (2005), *Two tier reforms of Employment protection: a Honeymoon Effect?*, Paper, in http://www.iza.org/conference_files/eplm2005/garibaldi_p376.pdf, p. 1 ss.

Bolego G. (2007), *L'attività sindacale*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro*, C. Zoli (a cura di), *Le fonti, Il Diritto sindacale*, I, Utet, Torino, p. 139 ss.

Bonardi O. (2011), *Di Decreto in decreto, di manovra in manovra: come il governo mette le mani nelle tasche e sui diritti dei lavoratori*, di prossima pubblicazione in Note informative n. 54/2011 (www.noteinformative.it), www.cgil.it, p. 1 ss.

Bortone R. (1984), *I limiti legislativi all'autonomia collettiva*, in Bortone R., Curzio P., *Il contratto collettivo*, Gino Giugni (diretta da), *Dottrina e giurisprudenza di Diritto del lavoro*, Utet, Torino, p. 308 ss.

Carinci F. (2011), *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, ADL, p. 457 ss.

---

[526] Alberta 2011, 2.

Cela G. (2011), *L'articolo 8, ovvero la regola del Far west*, Newsletter Nuovi Lavori, n. 73 del 20 settembre 2011, in www.nuovi-lavori.it, p. 1 ss.

Clerico G., Novarese M., Rizzello S. (2007), *I costi di transazione: analisi teorica e indagine empirica*, Giuffrè, Milano.

Coase R.H. (1937), *The Nature of the Firm*, Economica, vol. 4, p. 386 ss.

Commissione Europea (2006), *Libro verde – Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, presentato dalla Commissione Europea il 22 novembre 2006, http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/com(2006)-708.pdf, p. 1 ss.

Cnel (2005), *Consiglio nazionale dell'Economia e del Lavoro - Rapporto sul mercato del lavoro 2004*, Roma.

Contini B., Trivellato U. (a cura di) (2005), *Eppur si muove. Dinamiche e persistenze nel mercato del lavoro italiano*, Il Mulino, Bologna.

D'Antona M. (2000), *I contratti a termine*, ora in Opere, Caruso B. e Sciarra S. (a cura di), vol. III, Giuffrè, Milano, p. 1192.

Deakin S., Wilkinson F. (1999), *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, DLRI, p. 587 ss.

Deakin S. (2008), *Economic Approaches to the Evaluation of Labour Law: Comparing Coase, Hayek and Sen*, in Lyon-Caen A., Perulli A. (a cura di), *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, p. 45 ss.

Del Conte M., Devillanova C., Morelli S. (2004), *L'indice OECD di rigidità del mercato del lavoro: una nota*, Politica economica, n. 3, p. 335 ss.

Dell'Aringa C. (2011), *Seminario sulla flessibilità in uscita*, Il diario del lavoro 30 settembre 2011, www.ildiariodellavoro.it, p. 1.

Dell'Olio M. (2002), *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, DLRI, p. 515 ss.

Del Punta R. (2001), *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, p. 3 ss.

Del Punta R. (2010), *The economic challenge to Labour Law*, in Casale G., Perulli A. (a cura di), *Compliance with Labour Legislation: its efficacy and efficiency*, ILO, Geneve, p. 5 ss.

Draghi M. (2010), *Crescita, benessere e compiti dell'economia politica*, *Lezione magistrale* tenuta in Ancona il 5 novembre 2010, www.bancaditalia.it, p. 1 ss.

Draghi M. (2011), *Considerazioni finali all'Assemblea ordinaria dei partecipanti*, 31 maggio 2011, www.bancaditalia.it, p. 1 ss.

Esping Andersen G. (1999), *Serve la deregolazione del mercato del lavoro? Occupazione e disoccupazione in America e in Europa*, Stato e Mercato, p. 185 ss.

Esping Andersen G. (2000), *Who is harmed by Labour Market Regulations? Quantitative Evidence*, in Esping Andersen G., Regini M. (a cura di), *Why deregulate Labour Markets?*, Oxford University Press, Oxford.

Falzea A. (1965), *Efficacia giuridica*, ED, XIV, Giuffré, Milano, p. 432 ss.

Ferraro G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.

Gallino L. (2011), *Articolo 8 del decreto 138/2011 sulla manovra finanziaria: da cancellare*, la Repubblica, 15 settembre 2011.

Garofalo M. G. (2007), *Post-moderno e diritto del lavoro*, RGL, I, p. 135

Ghezzi G., Romagnoli U. (1987), *Il diritto sindacale*, 2 ed., Zanichelli, Bologna.

Giugni G. (2010), *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.

Ichino P. (1996) *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.

Ichino P. (2005)*, La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, RIDL, 2005, p. 7 ss.

Ichino P. (2011a), *Intervista sul Messaggero del 5 settembre 2001*, Newsletter 5 settembre 2011, n. 165, www.pietroichino.it, p. 1.

Ichino P. (2011b), *Una lettura errata dei dati Istat nel dibattito sulle cause del precariato, www.pietroichino.it*, p. 1. ss.

Ichino P. (2011c), *La storia (immaginaria) di Irene spiega perché l'art. 8 non può funzionare*, Newsletter 19 settembre 2011, n. 167, www.pietroichino.it, p. 1

Ichino P. (2011d), *La riforma del lavoro non si fa lanciando il sasso e nascondendo la mano*, Newsletter 5 settembre 2011, n. 165, www.pietroichino.it, p. 1.

Ichino P. (2011e), *Gli incredibili errori della "manovra del lavoro" del Ministro Sacconi*, Newsletter 5 settembre 2011, n. 165, www.pietroichino.it, p. 1 ss.

Ichino P. (2011f), *2011: anno zero per il diritto sindacale italiano?*, Newsletter 12 settembre 2011, n. 166, www.pietroichino.it, p. 1 ss.

Ichino P. (2011g), *Intervista del Corriere di Bologna*, Newsletter 12 settembre 2011, n. 166, www.pietroichino.it, p. 1 ss.

Ichino P. (2011h), *Ma che cos'è questo benedetto articolo 8 della manovra?*, Newsletter 19 settembre 2011, n. 167, www.pietroichino.it, p. 1

Lassandari A. (2010), *Re-evaluating Labour Law*, in Lyon-Caen A., Perulli A. (a cura di), *Valutare il diritto del lavoro*, Cedam, Padova, p. 93 ss.

Layard R., Nickell S., Jackman R. (2005), *Unemployment. Macroeconomic Performance and the Labour Market*, Oxford University Press, Oxford & New York.

Lee S., McCann D. e Torm N. (2008), *L'indicateur "Embauche des travailleurs" de la Banque mondiale: bilan des travaux et critiques*, Revue int. Travail, vol. 147, 4, p. 455 ss.

S. Leonardi (2007), *Sul Libro Verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XIX secolo*, RGL, I,, p. 145.

Lindbeck A., Snower D.J. (1988), *The Insiders - Outsiders Theory of Employment and Unemployment*, The MIT Press, Cambridge.

Lunardon F. (2011), *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*, www.aidlass.org, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Lyon-Caen G. (1992), *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, Droit Ouvrier, p. 313.

Maresca A. (2011), *Prime interpretazioni del decreto*, Il diario del lavoro, 29 agosto 2011, www.il-diariodellavoro.it, p. 1 ss.

Martelloni F. (2008), *L'uso degli indici Ocse come giustificazione della norme lavoristica: le cifre sono veramente neutrali?*, in Lyon-Caen A., Perulli A. (a cura di), *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, p. 9 ss.

Mascini M. (2011), *Si balla sulla tolda del Titanic*, Il diario del lavoro, 25 agosto 2011, www.ildiariodellavoro.it, p. 1.

Mengoni L. (1996), *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano.

Mengoni L. (1998), *Fondata sul lavoro: la repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, Jus, p. 45 ss.

Monaco M. P. (2007), *L'organizzazione sindacale*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro*, Zoli C. (a cura di), *Le fonti, Il Diritto sindacale*, I, Utet, Torino, p. 111 ss.

Montuschi L. (2010), *Il sistema generale delle fonti giuslavoristiche*, in Persiani M. - Carinci F. (diretto da), *Trattato di Diritto del Lavoro*, Persiani M. (a cura di), *Le fonti del Diritto del lavoro*, I, Cedam, Padova, p. 395 ss.

Newman L. (2011), *Navigando lo Spread*, Termometro Politico, www.termometropolitico.it, 31 luglio 2011, p. 1 ss.

Nickell S. (1997), *Unemployment and Labour Market Rigidities: Europe versus North America*, Journal of Economic Perspective, XI, 3, p. 55 ss.

Nickell S., Layard R. (1998), *Labour Market Institutions and Economic Performance*, London School of Economics, Discussion paper n. 407.

OCSE (2011a), *Rapporto Italia – Sintesi. Valutazioni e raccomandazioni*, www.oecd.org., p. 1 ss.

OCSE (2011b), *Employment Outlook* – L'Italia a confronto con altri paesi, www.oecd.org., p. 1 ss.

OECD (1998), *OECD Employment Outlook*, Paris, OECD.

OECD (1999), *OECD Employment Outlook*, Paris, OECD.

OECD (2004), *OECD Employment Outlook*, Paris, OECD.

Ordine del giorno PD (2011), *Ordine del giorno presentato da Cesare Damiano, Enrico letta ed altri parlamentari del Partito Democratico, approvato il 14 settembre 2011 dalla Camera dei Deputati con 418 voti favorevoli e 14 contrari*, Newsletter 19 settembre 2011, n. 167, www.pietroichino.it, p. 1 ss.

Parlamento Europeo (2007), Relazione su *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, 25 giugno 2007, www.europarl.europa.eu, p. 1 ss.

Pasquier T. (2008), *Le contrat "nouvelles embauches"* in Lyon-Caen A., Perulli A. (a cura di), *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, p. 353 ss.

Perulli A. (2002), *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, DLRI, p. 335 ss.

Perulli A. (2005), *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, DLRI, 6 ss.

Perulli A. (2006), *La riforma del mercato del lavoro: bilancio e prospettive*, in Mariucci L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, p. 189 ss.

Perulli A. (2007), *Il libro Verde della Commissione europea: un'occasione mancata?*, Aran notizie, p. 21 ss.

Perulli A. (2008), *Valutazione ed efficacia del diritto del lavoro*, in Lyon-Caen A., Perulli A. (a cura di), *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, p. 9 ss.

Perulli A., Marrella F. (2009), *Manifesto di Venezia per una globalizzazione virtuosa*, RIDL, III, 2009, p. 341 ss.

Piano triennale per il lavoro (2010), *Liberare il lavoro per liberare i lavori*, Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, www.lavoro.gov.it, p. 1 ss.

Pirani P. (2011), *L'accordo del 28 giugno regge, ma la manovra non basta*, Il diario del lavoro, 30 agosto 2011, www.ildiariodellavoro.it, p. 1 ss.

Reyneri E. (2006), *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*, Dir. lav. merc., p. 1 ss.

Rigaux M. (2009), *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mises en cause*, Bruylant, Bruxelles.

Romagnoli U. (2011), *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, www.dirittisocialiecittadinanza.org, p. 1 ss.

Romei R. (2011), *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto*, Nel merito, 16 settembre, www.nelMerito.com, p. 1 ss.

Rusciano M. (2011), *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, Eguaglianza & Libertà – rivista di critica sociale on line, 8 agosto 2011, www.eguaglianzaeliberta.it, p. 1 ss.

Rusconi G. E. (2011), *Scambio, Minaccia, Decisione*, Il Mulino, Bologna, 1984.

Santini G. (2011a), *Articolo 8, dà più forza alla contrattazione*, Il diario del lavoro, 19 settembre 2011, www.ildiariodellavoro.it, p. 1 ss.

Santini G. (2011b), *Il decreto non stravolge l'intesa di giugno*, Il diario del lavoro, 4 settembre 2011, www.ildiariodellavoro.it, p. 1.

Sateriale G. (2011), *Il governo ha cancellato l'accordo di giugno – Intervista*, Il diario del lavoro, 31 agosto 2011, www.ildiariodellavoro.it, p. 1 ss.

Scarpelli F. (2007), *La libertà sindacale*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro*, Zoli C. (a cura di), *Le fonti, Il Diritto sindacale*, I, Utet, Torino, p, 65 ss.

Scarpelli F. (2011a). *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, Working Papers – WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it – 127/2011, p. 1 ss.

Scarpelli F. (2011b), *La norma Sacconi della manovra di agosto: non si sostiene così la contrattazione aziendale*, nel merito, 9 settembre 2011, www.nelmerito.com, p. 1 ss.

Schmitt C. (1991), *Der Nomos der Erde* (1950), trad. it. *Il Nomos della terra*, Adelphi, Milano.

Sestito P. (1997), *La questione del lavoro e le interpretazioni proposte*, in Ciocca P. (a cura di), *Disoccupazione di fine secolo*, Boringhieri, Torino, p. 21 ss.

Speziale V. (2011), *La contrattazione collettiva dopo l'accordo del 28 giugno 2011*, nel merito, 29 luglio 2011, www.nelmerito.com, p. 1 ss.

Supiot, A. (2008), *L'inscription territoriale des lois*, Esprit, pp. 151-170.

Teubner G. (1999), *Diritto policontesturale*, La città del sole.

Tiraboschi M. (2011), *Difesa accorata e ragionata della riforma liberista del lavoro*, Bollettino Adpt, 12 settembre 2011, n. 29, p. 1 ss.

Treu T. (2005), *Proposte di riforma del lavoro*, RGL, I, p. 417 ss.

Treves C. (2011), *Il decreto legge 138/2011: una vergogna da cancellare*, Il diario del lavoro 25 agosto 2011, www.ildiariodellavoro.it, p. 1 ss.

Tullini P. (2010), *Legge e legislazione lavoristica*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro*, Persiani M. (a cura di), *Le fonti del Diritto del lavoro*, I, Cedam, Padova, p. 451 ss.

Verdier S. M. (1992), *Le droit du travail, terrain d'election pour les droits de l'homme*, in *Melanges en l'honneur du J. Savatier*, PUF, Paris, p. 430.

Zingales L. (2011), *Il dilemma infernale della BCE e dell'Italia*, Il Sole 24 Ore, 4 settembre, p. 16.

WEF Report (2010 – 2011), *The Global Competitiveness Report 2010 – 2011*, World Economic Forum, in www.weforum.org, p. 1 ss.

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

Franco Carinci

1. La vicenda Fiat: linea *soft* e linea *hard.* 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-*bis* 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 stabilimento [527]; 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. 138[528].

La Fiom è stata sollecita 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 obbiettivo

---

[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.diariodellavoro.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 occorreva muoversi in direzione di quello spostamento del punto d'equilibrio fra contratto di categoria e di azienda[531], 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 difettasse 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 deroga[532].

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'assieme, 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 Automobiles (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 separata[533]. *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 essere[534].

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 recesso[535]. 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, sì 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, sì 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 ricoperto[536].

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 Rsa [537]: 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 2008[539], 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 lavoratori[540].

Se da un punto di vista politico-sindacale il dispositivo risulta chiaramente compromissorio, come il caso assurto 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" convivrebbe 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 libretto[542]. 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 proposte [543].

---

[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 prescinder 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 rappresentatività[544] e/o il flusso legislativo a favore della c.d. contrattazione delegata[545].

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, sì 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 enfatizzazione 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 rsu[547], 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 referendaria[549] 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 contrattata[550], 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 applicativa[551]; 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 deroga[552].

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 privato[553], 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 elettorale[554].

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 maggiore[555]. 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 semplice[556].

Come già detto, resta immodificata la struttura contrattuale, con la primazia del contratto di categoria[557], cui tocca individuare l'area di manovra del contratto aziendale secondo una collaudata concezione sistemica che privilegia le clausole di rinvio e specializzazione[558]: concezione sistemica, peraltro, contrastata dalla giurisprudenza cultrice di una visione anomica, che nega rilevanza a qualsiasi regola destinata a coordinare col primo livello il secondo[559].

---

[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); nonchè 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 rappresentanza 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 rappresentanza 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 lavorator, che non possono ricevere un trattamento deteriore 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 riservato[560], 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 maggioranza[562] 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 assicuratale 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 dilatabili, 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 prevalesse 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 terzi [563]; 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 tecnologici[564].

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 azienda[565]; ieri il flusso legislativo crescente, che delega la contrattazione collettiva a integrare, applicare, derogare la normativa statale[566]; 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 disciplina[567], 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.ildiariodellavoro.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.ildiariodellavoro.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'opera[568]. 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 poteri[570].

---

[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: rigorosità 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. 54/1974[571], 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 possegga 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 delegata[572]; 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 rimediarla 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 polisenso, 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 prescinder 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 efficace 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 estranei[575]. 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. 244/1996[576], 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 quant**o** 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.cuorecritica.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 Statuto[577]: 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 legislativa[578].

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 "circolarità" 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 legge[579], 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 aziendale[581].

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 regolarne 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 ordinatorio 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 contrapposizione[583]. 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, sì 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 collettiva[585], 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 cause[587], 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 assistito[588]; 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 I[589]; 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 procedimentali 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 '60[591], 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 antichi[592]. 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-costituzionale[593].

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, sì 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 pubblico[596].

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 precondizione 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, riecheggiante 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 datori[597]; 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* sindacali[598]. 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 assurte 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 prospettiva[600]. 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, sì 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. 697/1988[601], 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. 106/1962 [602], 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. 10/1957[603], 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 tripletta[604] di Corte cost. n. 268/1994[605], n. 344/1996[606], n. 309/1997[607], 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. SUPPIEJ, *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 176/2010[608]. 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 dedurne 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 una'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 disinnesco 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 procedimentalizzati 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. MISCIONE, *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 proporzionalità[610]; 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-Passarelli[611], quale espressa all'indomani stesso del varo della Carta costituzionale, e quella di un Federico Mancini[612] 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 1962[613]. Ed è stata opera della prima *nouvelle vague*, assurta 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 obbiettare 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 pragmatica[614]. 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. 54/1974[616], 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. 290/1974[617], che offre quel decalogo sullo scopo perseguito con lo sciopero destinato a rimanere immodificato 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'obbiettivo 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 6[618], 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 sì è divertita a giocare la carta della soluzione più originale con un'attenzione del tutto privilegiata alla contrattazione aziendale[619], 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, sì 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, Uil[621], 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. 30/1990[622], che giudica l'art. 19 St. lav. norma non definitoria, 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 sottoscrivere[623].

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 identificazione[625], 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 riferimento[627]. 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 *lippis 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 pregresso. 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 legislativa[628].

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 regolarne 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 precipeterà 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 collaudato[629], 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 omnipervasiva 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 prescinder d'altro, si può ricordare la sentenza n. 124/1991[630], 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], sì 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 legge[632], 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 persuasiva[633]. 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*, giacchè 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, ma (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 istituto 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'intanto 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 inderogabilità[634], 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 coessenziale 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, internaziona le.

---

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 condividerne natura e durata. Sicché, si obbietta, 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 differenziate[636]. 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 fa 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 professionale[637]. 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 fondamentale[638].

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 cosa 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 attribuitale 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 30[639], 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 legge[640]. Si potrà obbiettare 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 prossimitàe 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 prossimo[641].

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 Moretti ed i sindacati ferrovieri, 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".

Dal "caso FIAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*

Edoardo Ales

1. Premessa. 252

2. La "aziendalizzazione" del diritto del lavoro e delle relazioni industriali nella dimensione transnazionale e le sue ricadute sul contesto italiano: il "caso FIAT". 253

3. Il "caso Italia": il diritto del lavoro "di prossimità" tra Accordi Interconfederali e legge. 256

3.1 Il contesto. 256

3.2 Il diritto del lavoro "di prossimità". 262

3.3 Le eventuali conseguenze. 268

4. Problematiche costituzionali del diritto del lavoro "di prossimità". 269

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 134/2011

1. Premessa.

Pur assumendo, se non altro da un punto di vista cronologico, la veste di primo commento alle convulse vicende che hanno interessato il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane da giugno a settembre 2011, il saggio si propone di fornirne un inquadramento sistematico all'interno di una più ampia (e ormai consolidata) tendenza transnazionale di "aziendalizzazione" della disciplina, legale e pattizia, dei rapporti di lavoro, individuali e collettivi. Le carenze strutturali del diritto del lavoro e delle relazioni industriali sovranazionali (comunitarie, in particolare) sono alla base della suddetta tendenza e la rendono, al momento, egemone.

Il "caso FIAT" che di quella tendenza è figlio, in considerazione della sempre più spinta internazionalizzazione del Gruppo, si inserisce, tuttavia, in un contesto, quello italiano, che risulta(va) caratterizzato dall'uniformità tendenziale della disciplina dei rapporti di lavoro, nella prospettiva di una duplice "comunità di riferimento" rappresentata dall'ordinamento giuridico nazionale e dal sistema di relazioni industriali di categoria o intercategoriale. Il tentativo di forzare quest'ultimo attraverso accordi aziendali conclusi, al di fuori del contratto collettivo nazionale di categoria, con una parte soltanto degli interlocutori sindacali tradizionali della categoria stessa, ha provocato la "tempesta perfetta"[642] che sembrava dover spazzare via il sistema di relazioni industriali italiano, basato, almeno fino al 2009, sul consenso unitario.

Tuttavia, sull'orlo del baratro, le stesse parti sociali hanno ritrovato unità di intenti, sottoscrivendo l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011. Questo, che non va oltre un ossequio formale delle istanze uniformanti (ribadita centralità del contratto collettivo nazionale di lavoro), asseconda, invece, in maniera decisa, le spinte diversificatrici (capacità derogatoria, anche non controllata, della contrattazione aziendale), anche se, in definitiva, non offre alcuna soluzione al "caso FIAT", destinato, dunque, ad essere affrontato (con esito incerto per l'azienda) secondo le regole preesistenti.

Nello scenario appena abbozzato, l'intervento del legislatore, posto in essere attraverso l'art. 8 della legge n. 148/2011, assume, quindi, una duplice valenza: contingente, per ciò che concerne la soluzione del "caso FIAT" (comma 3); permanente, per ciò che riguarda la "aziendalizzazione" del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, a fronte dell'introduzione di uno strumento giuridico, opzionale e condizionato, di conclusione di contratti collettivi territoriali o aziendali efficaci *erga omnes*, dotati di un potere derogatorio senza precedenti delle norme di legge e di contratto collettivo (commi 2 e 2-*bis*).

Il potenziale sviluppo di quello che, parafrasando il legislatore, potremmo definire un diritto del lavoro "di prossimità" (territoriale e aziendale), seppur rifiutato dalle parti sociali confederali con l'*addenda* del 21 settembre all'Accordo del 28 giugno 2011, rende necessario un attento vaglio di costituzionalità dell'art. 8, dal punto di vista, non tanto della garanzia della libertà sindacale (art. 39 cost.), quanto, piuttosto, dell'esercizio conforme a costituzione della potestà legislativa, di cui sono titolari, esclusivi o concorrenti, Stato e Regioni (art. 114 cost.). Disposizioni di contratto collettivo efficaci *erga omnes* (e, quindi, dotate della stessa forza della legge), destinate a produrre un diritto del lavoro aziendale o territoriale sembrano, infatti, porsi in contrasto con i principi affermati dall'art. 117 cost. e con il federalismo solidale di cui all'art. 120 cost.

---

[642] Di "nemesi del diritto sindacale" ha icasticamente parlato R. DEL PUNTA, *Note su Pomigliano*, in *DLM*, 2010, 505. Di "terribile" 2009 parla, invece, F. SCARPELLI, *Una riflessione a più voci del diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *RGL*, 2010, I, 3.

2. La "aziendalizzazione" del diritto del lavoro e delle relazioni industriali nella dimensione transnazionale e le sue ricadute sul contesto italiano: il "caso FIAT".

Da tempo si riscontra un consenso pressoché unanime sul fatto che l'internazionalizzazione dei mercati e della concorrenza abbiano messo in discussione le "comunità di riferimento" tradizionali del diritto, in generale, e del diritto del lavoro, in particolare: l'ordinamento giuridico nazionale, per il diritto in generale, l'ordinamento giuridico nazionale e il sistema di relazioni industriali di categoria o intercategoriale, per il diritto del lavoro[643]. Ciò ha determinato, quale conseguenza primaria, la crisi della funzione regolativa uniforme[644] dei rapporti sociali ed economici tradizionalmente attribuita alla legge, in generale, e al contratto collettivo di categoria in particolare[645]. Funzione che consentiva loro di proporsi quali strumenti di garanzia della coesione sociale della "comunità di riferimento". In un processo circolare, la crisi della capacità regolativa degli strumenti tradizionali determina, a sua volta il venir meno della coesione sociale, finendo per disgregare la "comunità di riferimento" che la legge e il contratto collettivo di categoria avevano contribuito a creare e a tenere unità.

In molti avevano scommesso sulla possibilità che la Comunità Economica Europea, prima, e l'Unione Europea, poi, assurgessero a nuova "comunità di riferimento" nell'internazionalizzazione dei mercati e della concorrenza, riproponendo il circuito virtuoso tra regolamentazione uniforme e coesione economica e sociale. Anzi, a ben vedere, con l'Atto Unico Europeo (1987), la Comunità aveva espressamente indicato, tra i suoi obiettivi di medio periodo proprio il rafforzamento della coesione economica, sociale (e territoriale) (art. 130A TCE, ora art. 174 TFUE). Tuttavia, se in alcuni settori il diritto comunitario è riuscito nell'opera di uniformazione dei diritti nazionali o di introduzione, *ex novo*, di regole giuridiche comuni, creando, dunque, una nuova "comunità di riferimento", ciò è avvenuto in misura limitata e, per quanto si dirà, insufficiente per il diritto del lavoro e per le relazioni industriali[646].

Al di là, infatti, delle perplessità suscitate dalla contraddizione stridente tra "il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso" (art. 151 TFUE) e l'adozione, mediante direttive, di "prescrizioni minime" per perseguire tale obiettivo, proprio le notevoli carenze sul versante degli strumenti regolativi uniformi hanno impedito, in un circuito diventato vizioso, di creare la nuova "comunità di riferimento".

Di queste carenze, per motivi di spazio, è consentito, soltanto dare alcuni brevi cenni.

A) I limiti alla competenza regolativa comunitaria contenuti nell'art. 153(5) TFUE con riferimento al "nocciolo duro" del diritto del lavoro e delle relazioni industriali ovvero retribuzioni, diritto di

---

643 V. la magistrale sintesi delle cause del fenomeno da parte di R. DE LUCA TAMAJO, *Riforme (im)possibili del diritto sindacale*, in *DLM*, 2011, 1 e il lucido sviluppo del tema da parte di A. PERULLI, *Delocalizzazione produttiva e relazioni industriali nella globalizzazione. Note a margine del caso FIAT*, in *LD*, 2011, 343.

644 Sul punto, v. per tutti, U. ROMAGNOLI, *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, www.dirittisocialiecittadinanza.org, 2011, 2, il quale parla di fine del carattere "universale" del diritto del lavoro.

645 Di "de-territorializzazione e ri-localizzazione della contrattazione collettiva" parla S. SCIARRA, *Uno sguardo oltre la FIAT. Aspetti nazionali e transnazionali nella contrattazione collettiva della crisi*, in *RIDL*, 2011, III, 178.

646 Nello stesso senso A. PERULLI, *Delocalizzazione produttiva e relazioni industriali nella globalizzazione. Note a margine del caso FIAT*, cit., 355.

associazione, diritto di sciopero e diritto di serrata. Peraltro, le conseguenze di queste limitazioni si sono fatte pesantemente sentire nelle ben note vicende relative al cosiddetto *Laval quartet*[647], escludendo la possibilità di un bilanciamento politico (e non giudiziario) tra diritto di sciopero e libertà economiche.

B) L'approccio minimalista della Carta di Nizza, la quale condiziona l'esercizio dei diritti collettivi in essa riconosciuti (art. 27 e 28) al rispetto del Diritto dell'Unione e delle legislazioni o prassi nazionali, abdicando così alla funzione di uniformazione (almeno dei diritti) che le sarebbe teoricamente propria, soprattutto ora che le è stato attribuito lo stesso valore dei trattati (art. 9 TFUE).

C) la previsione, sempre più frequente nelle direttive in materia sociale, di clausole di uscita (*opting out*) che consentono agli Stati membri di sottrarsi a parti consistenti della già scarna legislazione comunitaria (v., da ultimo, la dir. 2008/104/CE sul lavoro temporaneo mediante agenzia e, in particolare, l'art. 5 contenente possibilità di deroga al principio di parità di trattamento tra lavoratori temporanei e lavoratori stabili).

D) Gli equivoci del dialogo sociale comunitario e la conseguente debolezza della contrattazione collettiva di settore a livello europeo[648]. Il primo, infatti, sia a livello intersettoriale che settoriale, risulta chiaramente funzionalizzato alla produzione negoziata del diritto comunitario o all'attuazione di linee guida e programmi dettati dalla Commissione e non certo alla regolamentazione in via autonoma dei rapporti di lavoro, in questo scontando, di riflesso, le limitazioni di competenza indirettamente imposte dall'art. 153(5); la seconda, vive nell'equivoco che il primo sia contrattazione collettiva e stenta a decollare in considerazione delle difficoltà della parte datoriale a organizzare, a livello europeo, una rappresentanza di interessi che vada al di là dell'attività di *lobbing* nei confronti degli organismi comunitari[649].

E) La mancata adozione, da parte della Commissione Europea, della proposta, prevista nell'Agenda sociale 2005 – 2010, di introdurre un quadro giuridico opzionale per la contrattazione collettiva transnazionale, quale misura volta alla creazione di un mercato europeo del lavoro; ciò a causa dell'opposizione dissennata da parte delle organizzazioni sindacali e datoriali europee che non ne hanno colto la valenza unificante e di contrasto alla "aziendalizzazione" delle relazioni industriali transnazionali[650].

Questi elementi, insieme a molti altri di natura prettamente economica e organizzativa, hanno incentivato, a livello europeo, l'individualizzazione delle strategie negoziali delle imprese/gruppo

---

[647] L'espressione indica le ormai famose (o famigerate) pronunce rese dalla Corte di giustizia nei casi *Laval*, *Viking*, *Rüffert* e *Commissione v. Lussemburgo*. Sul tema v., almeno, U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009; T. NOVITZ, *The impact of* Viking *and* Laval*. Contesting the social function and legal regulation of the right to strike*, in E. ALES, T. NOVITZ (eds.), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe. Striking a Balance*, Intersentia, Antwerp – Oxford, 2010; A. PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza fra imprese: i vincoli del diritto sociale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, UTET, Torino, 2010, 171; A. BÜCKER, W. WARNEK (eds.), *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, Nomos, Baden-Baden, 2011 nonché il fascicolo 131 di *DLRI*, 2011, con scritti di S. SCIARRA, J. MALMBERG, N. BRUUN, G. ORLANDINI, A. LO FARO, R. ZAHN e B. DE WITTE.

[648] Sul complesso dipanarsi della contrattazione collettiva a livello comunitario ed europeo, v. B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 87/2011.

[649] P. MARGINSON, *Industrial Relation at European Sector Level: the Weak Link*, in *EID*, 2005, 511.

[650] Sulla vicenda, v. E. ALES, *Transnational collective bargaining in Europe: The case for legislative action at EU level*, in *ILR*, 2009, 149.

multinazionali (*unit*, *single-employer level*), e la loro fuoriuscita dalla comunità di riferimento tradizionale (*sector*, *multi-employer level*)[651], essendo destinate, anzi, esse stesse, a diventare "comunità di riferimento", peraltro, spesso, in un regime di competizione interna tra siti produttivi dislocati in ambiti territoriali diversi. Di qui, l'aspirazione dell'impresa "sovrana"[652] a divenire produttrice autonoma di norme e sistema autonomo di relazioni industriali al fine di giungere all'instaurazione di o*rganization-based employment systems* ovvero di sistemi di relazioni di lavoro calibrati sulla singola realtà organizzativa[653]. Di qui, ancora, la coincidenza del "luogo" giuridico di produzione e di applicazione delle norme, tendenzialmente altro rispetto alle "comunità di riferimento" tradizionali. Di qui, infine, l'estremizzazione del criterio della "specializzazione" già utilizzato, peraltro in tempi non sospetti, dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana per affermare la prevalenza della contrattazione collettiva aziendale sulla contrattazione di livello superiore in caso di concorso-conflitto tra le due[654].

É bene, tuttavia, sottolineare che, a livello transnazionale, il fenomeno della "aziendalizzazione" si è potuto sviluppare in via autonoma proprio in considerazione del contesto anomico o, comunque, privo di regole uniformi, sopra descritto, trovando limite, al momento, nelle resistenze opposte dagli ordinamenti giuridici e dai sistemi di relazioni industriali nazionali (le "comunità di riferimento" tradizionali), sui quali le norme elaborate dalla nuova "comunità di riferimento" sarebbero destinate a incidere in considerazione del luogo fisico di svolgimento della singola prestazione lavorativa. La "aziendalizzazione" si è trovata, dunque, di fronte, un ostacolo "applicativo", di difficile superamento in assenza di una apertura ricettiva, implicita o esplicita, da parte delle "comunità di riferimento" tradizionali (ordinamento giuridico nazionale, sistema di relazioni industriali di categoria produttiva o intercategoriale)[655] o di un intervento da parte del legislatore comunitario (quale quello evocato nella Agenda Sociale 2005 – 2010) volto ad affermare la prevalenza della norma transnazionale su quella nazionale.

Tanto è vero che, nella costruzione dei propri o*rganization-based employment systems*, spesso, le imprese/gruppo multinazionali coinvolgono soggetti rappresentativi dei lavoratori a livello nazionale, avvalendosi, di contro, solo molto raramente, dell'ausilio delle omologhe organizzazioni datoriali[656]. Constatazione quest'ultima che, sommata a quanto evidenziato in precedenza circa

---

[651] Sul punto, v., per tutti, P. MARGINSON, K. SISSON, *Multinational Companies and the Future of Collective Bargaining. A Review of the Research Issues*, in *EJIR*, 1996, 173.

[652] Secondo l'icastica espressione di G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*IT* – 129/2011, 13.

[653] In una simile prospettiva globale, sembra riduttivo ricondurre l'atteggiamento FIAT esclusivamente all'influsso esercitato dal modello di relazioni industriali nordamericano, sul quale, v. comunque, G. BERTA, *I nuovi criteri dell'azione sindacale secondo la UAW*, in *DLRI*, 2011, 95. Tuttavia, occorre non sottovalutare il fenomeno dello *unilateral transfer of multinationals' employment practices*: sul punto v., almeno, A. FERNER, J. QUINTANILLA, *Between Globalization and Capitalist Variety: Multinationals and the International Diffusion of Employment Relations*, in *EJIR*, 2002, 243.

[654] M. GRANDI, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *DLRI*, 1981, 355.

[655] Coglie con lucidità questo aspetto D. GOTTARDI, *La FIAT una multinazionale all'assalto delle regole del proprio Paese*, in *LD*, 2011, 381.

[656] Sul punto v., almeno, V. TELLJOHANN, I. DA COSTA, T. MÜLLER, U. REHFELDT; R. ZIMMER, *European and international framework agreements: Practical experiences and strategic approaches*, Eurofond, 2009,

la debolezza della rappresentanza datoriale europea a livello di settore, lascia intravedere una difficoltà complessiva delle organizzazioni imprenditoriali a comprendere fino in fondo il fenomeno della "aziendalizzazione" e la sua portata (per loro) dirompente.

In questo scenario si colloca il "caso FIAT"[657], esempio paradigmatico della volontà di un impresa/gruppo multinazionale di instaurare un o*rganization-based employment system* in un contesto nazionale tendenzialmente ispirato alla regolamentazione uniforme dei rapporti di lavoro e, in quel momento, ancora fortemente ancorato alle "comunità di riferimento" tradizionali. Si è, quindi, in presenza non di un "semplice" ostacolo "applicativo" di norme specializzate definite a livello transnazionale, ma di un vero e proprio ostacolo "elaborativo" superabile soltanto attraverso l'individuazione di interlocutori disponibili a modificare radicalmente la "comunità di riferimento".

Proprio in questa prospettiva, gli sviluppi, imprevisti e imprevedibili, del "caso FIAT", determinati dall'atteggiamento condiscendente degli attori confederali del sistema di relazioni industriali (Accordo interconfederale del 28 giugno 2011), e da quello decisamente supportivo del legislatore nazionale (art. 8 della l. n. 148/2011), suggeriscono di parlare, piuttosto, di un "caso Italia"[658], a sua volta paradigmatico della determinazione delle "comunità di riferimento" tradizionali di assecondare un processo economico evidentemente ritenuto inevitabile, irreversibile e persino positivo per la competitività della nuova "comunità di riferimento" che vedrà la luce al suo esito.

3. Il "caso Italia": il diritto del lavoro "di prossimità" tra Accordi Interconfederali e legge.

3.1 Il contesto.

Per cercare di comprendere appieno il "caso Italia", risulta indispensabile analizzare il contesto di relazioni industriali nel quale esso matura. Esso è caratterizzato da una progressiva enfatizzazione del "secondo livello" (territoriale o aziendale) di contrattazione collettiva in un sistema di relazioni industriali che si avvia a diventare policentrico, in ossequio a una lettura estremizzata del principio di sussidiarietà verticale sul piano interno, in un quadro ordinamentale peraltro già ispirato al principio di sussidiarietà orizzontale sul piano esterno (ovvero per ciò che concerne la ripartizione delle competenze regolative tra legge e autonomia collettiva).

Una simile affermazione trova un primo riscontro nella comparsa di una disposizione apparentemente marginale nell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009

---

http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/102/en/2/EF08102EN.pdf; S. SCIARRA, *Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .*INT* – 73/2009; S. SCARPONI, S. NADALET, *Gli accordi transnazionali nelle ristrutturazioni d'impresa*, in *LD*, 2010, 211.

[657] La letteratura sul "caso FIAT" è ormai più che considerevole. Tra i molti, in una prospettiva di ricostruzione sistematica, v., almeno, A. LASSANDARI, *La contrattazione collettiva: prove di de-costruzione di un sistema*, in *LD*, 2011, 321; F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL*, 2011, 9; R. DE LUCA TAMAJO, *L'Accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *ADL*, 2010, 1080; L. MARIUCCI, Back to the future*: il caso FIAT tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *LD*, 2011, 239. Le posizioni di Massimo Roccella sul caso FIAT e sulla parabola del diritto sindacale italiano, sono riproposte, con grande sensibilità umana e scientifica, da M. AIMO, D. IZZI, *Azione sindacale e vicenda FIAT: la voce di Massimo Roccella*, in *LD*, 2011.

[658] In questo modo contraddicendo l'opinione di chi aveva considerato (o aveva sperato di poter considerare) Pomigliano un caso ma non un modello: F. SCARPELLI, *Pomigliano: variazioni sul tema*, in *DLM*, 2010, 327.

(punto 16)[659], ribadita ed esplicitata nell'Accordo interconfederale del 15 aprile dello stesso anno (punto 5)[660], in forza della quale, "al fine di governare direttamente nel territorio situazioni di crisi aziendali o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'area", i contratti collettivi nazionali di categoria possono consentire "che, in sede territoriale, fra le Associazioni industriali territoriali e le strutture territoriali delle organizzazioni sindacali stipulanti il contratto medesimo, siano raggiunte intese per modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi disciplinati dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria. La capacità di modificare è esercitabile sulla base di parametri oggettivi individuati nel contratto nazionale quali, ad esempio, l'andamento del mercato del lavoro, i livelli di competenze e professionalità disponibili, il tasso di produttività, il tasso di avvio e di cessazione delle iniziative produttive, la necessità di determinare condizioni di attrattività per nuovi investimenti. In ogni caso le intese così raggiunte per essere efficaci devono essere preventivamente approvate dalle parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro della categoria interessata.".

Anche se si inscrive in testi nei quali è formalmente ribadita la centralità del livello nazionale (interconfederale e di categoria), la disposizione non deve essere sottovalutata. Per il suo tramite, infatti, sia pure tra mille cautele[661], si va affacciando l'idea che il "secondo livello" sia quello più efficace al quale affrontare non solo situazioni di crisi aziendale, ma anche questioni relative allo sviluppo economico ed occupazionale. Non è un caso, che tra i "parametri oggettivi individuati nel contratto nazionale" al fine di consentire sua stessa la deroga ricorrano, seppure a titolo esemplificativo, elementi quali "l'andamento del mercato del lavoro, i livelli di competenze e professionalità disponibili, il tasso di produttività, il tasso di avvio e di cessazione delle iniziative produttive, la necessità di determinare condizioni di attrattività per nuovi investimenti": tutti aspetti strettamente correlati al concetto di competitività che diventa, quindi, appannaggio esclusivo del livello territoriale e di singola impresa. Non è, dunque, tanto, la, peraltro solo eventuale, deroga al contratto di categoria a dover essere sottolineata, quanto, piuttosto, la certificazione del venir meno del ruolo di stimolo della competitività da parte del livello nazionale ovvero, in una prospettiva più ampia, da parte della "comunità di riferimento" ad esso sottesa.

L'idea che la "comunità di riferimento" non sia più quella nazionale (di categoria) ma, in questo caso, quella d'impresa, trova conferma nel "caso FIAT", nel quale il recupero della competitività, declinato in termini di maggiore produttività del lavoro e di certezza del rispetto degli impegni presi dai lavoratori e dai loro rappresentanti nei confronti del Gruppo, finisce per diventare l'elemento unico di micro-coesione economica e sociale dalla nuova "comunità di riferimento". Ciò determina anche, quale inevitabile conseguenza, l'esclusione da essa di quei soggetti che non ne condividono il progetto ovvero che contestano la *vision* aziendale, rifiutandosi di sottoscrivere il

---

[659] Sul quale v., almeno, F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *RIDL*, 2009, I, 177 e M. MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *ADL*, 2009, 1278.

[660] Sul quale V. FERRANTE, *L'accordo interconfederale dell'aprile 2009 e la riforma del sistema della contrattazione collettiva: brevi note*, in *ADL*, 2009, 1021. Per un inquadramento sistematico di entrambi gli Accordi nell'ambito della più complessiva vicenda dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, v. G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accori separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *RIDL*, I, 2010, 487.

[661] Sul punto V. BAVARO, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza FIAT e le relazioni industriali in Italia*, cit., 315.

contratto collettivo che sancisce la nascita del nuovo soggetto. Ovviamente si tratta di un contratto collettivo che taglia i ponti con il passato e che determina l'instaurazione dell'o*rganization-based employment system*.

D'altro canto, a maggior ragione in un contesto di rottura dell'unità sindacale, nulla impedisce al datore di lavoro di adottare meccanismi di *closed/unionshop* ovvero di inclusione/esclusione di determinate organizzazioni sindacali a seconda che abbiano o meno sottoscritto il contratto collettivo, legittimati dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori così come modificato dal *referendum* popolare del 1995 e ritenuto costituzionalmente legittimo nella nuova formulazione già nel 1996[662].

Né può dirsi che l'ordinamento giuridico statuale, chiamato in causa dai dissenzienti esclusi, abbia reagito in maniera vibrante e univoca a difesa dello *status quo ante*[663]. Pur non essendo le questioni (ancora) approdate al giudizio di legittimità, la giurisprudenza di merito si è dimostrata, infatti, quantomeno ondivaga nella valutazione del nuovo corso imposto da FIAT.

In un simile clima, la stipula dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 non sorprende, rappresentando l'ultimo, disperato tentativo della "comunità di riferimento" sindacale tradizionale di riguadagnare le posizioni perdute in favore della "aziendalizzazione" delle relazioni industriali propugnata da FIAT e anche, paradossalmente, a vantaggio della visibilità dei più fieri oppositori di questa (leggi FIOM), assurti a (ultimi) paladini del sistema[664]. Il tentativo in questione è affidato alla già richiamata strategia consistente nell'assecondare un fenomeno economico e sociale in atto, cercando di governarlo nella consapevolezza di non poterlo fermare: quasi che ciò consenta di esorcizzarne le potenzialità negative.

L'Accordo, nella sua parte, assolutamente prevalente, dedicata alla contrattazione collettiva (punti 2 – 8), si apre con due affermazioni rassicuranti circa il mantenimento dello *status quo ante*: la prima, ribadisce la funzione del contratto collettivo nazionale di quale garante della "certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale"; la seconda, circoscrive l'esercizio della contrattazione collettiva aziendale "alle materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge.". Peraltro, il riferimento alla fonte legale che, al momento della

---

662 Estremamente critico nei confronti della valorizzazione dell'art. 19 in funzione dell'esclusione dal godimento dei diritti sindacali da parte dei sindacati (rappresentativi) non firmatari del contratto collettivo applicato dall'azienda, G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, cit., 18. Su questa linea, in evidente contraddizione interna rispetto alla centralità dell'art. 19 St. lav., affermata nella stessa sentenza, anche Trib. Torino, 15 settembre 2011. Per una ricostruzione attualizzante delle problematiche inerenti l'art. 19 St. lav, v. F. CARINCI, *Se quarant'anni vi sembran pochi. Dallo Statuto dei lavoratori a Pomigliano*, in *ADL*, 2010; P. BELLOCCHI, *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, Relazione al Convegno annuale AIDLaSS, 2011; A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 124/2011; S. SCARPONI, *Un'arancia meccanica: l'accordo separato alla FIAT-Mirafiori e le rappresentanze nei luoghi di lavoro. Quali prospettive?*, in *LD*, 2011, 301.

663 Sul punto v. la lucida ricostruzione dei vari passaggi della vicenda giudiziaria della quale sono state (e sono tuttora) protagoniste FIOM e FIAT, operata da F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 133/2011, *passim*.

664 Sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, la letteratura è già copiosa. Essa, ove conferente, verrà citata nelle note che seguono. In ogni caso, per una disamina complessiva anche dei suoi antecedenti, v. F. CARINCI, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 125/2011.

sottoscrizione dell'Accordo, poteva apparire pleonastico, si rivela, alla luce di quanto previsto dall'art. 8 della legge n. 148/2011, segnale premonitore del ruolo che detta fonte sarà chiamata a svolgere.

Di qui in avanti (punti 4 – 8), l'Accordo comincia a confrontarsi con la realtà dei fatti, molto meno rassicurante nella prospettiva conservativa sopra indicata. Si tratta, in primo luogo, di dare risposta a quanto già chiaramente emerso dalla vicenda FIAT ovvero l'efficacia *erga omnes* dell'accordo aziendale approvato dalla maggioranza dei lavoratori che si configura quale unico contratto collettivo riconosciuto e applicato dal datore di lavoro nella "comunità di riferimento". La risposta, da un lato, pare centrata, affermandosi, nel punto 4, che "i contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative[665] sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda"; dall'altro, appare disallineata, in quanto condiziona detta efficacia all'approvazione del contratto da parte della "maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti".

È noto, infatti, che l'esclusione dei dissenzienti dalla "comunità di riferimento" è avvenuta proprio mediante la fuoriuscita di FIAT dal sistema delle RSU, così come disegnato dagli Accordi interconfederali del 1993, e dal conseguente ricorso alla RSA quale modello di riferimento della rappresentanza in azienda, legittimata esclusivamente dalla sottoscrizione del contratto collettivo applicato dall'azienda.

Anche in questo caso la risposta dell'accordo pare in parte centrata e, in parte, disallineata rispetto alla realtà dei fatti. Per un verso, il punto 5 da atto dell'esistenza del problema, individuando una serie di condizioni[666] alle quali il contratto collettivo aziendale stipulato dalle RSA può assumere la stessa efficacia generalizzata riconosciuta a quello concluso dalla RSU; per l'altro,

---

[665] L'Accordo dedica una disposizione specifica all'efficacia della parte obbligatoria del contratto collettivo (punto 6), in particolare con riferimento alle "clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva". Queste, infatti, "hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori.". Trova in questo modo conferma l'enfasi tradizionalmente posta dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane sulla titolarità individuale del diritto di sciopero e la sottovalutazione del momento collettivo della proclamazione sindacale. Affermare che le clausole di tregua vincolano soltanto le organizzazioni firmatarie e non i lavoratori, significa riconoscere a coalizioni spontanee organizzate da questi ultimi, al di fuori delle parti firmatarie, la possibilità di proclamare uno sciopero anche in presenza di clausole di tregua condivise da tutti i sottoscrittori dell'Accordo interconfederale (CGIL e, quindi, FIOM incluse). Non è un caso che gli Accordi FIAT prevedano l'esclusione dai benefici contrattuali del lavoratore che non rispetti le regole e gli standard definiti dal contratto collettivo aziendale, con ciò estendendo, di fatto l'obbligo di pace al singolo dipendente. Per un approfondita riflessione sul punto in questione v. M.V. BALLESTRERO, *Astuzie e ingenuità di una clausola singolare*, in *LD*, 2011, 269.

[666] "In caso di presenza delle rappresentanze sindacali aziendali costituite *ex* art. 19 della legge n. 300/70, i suddetti contratti collettivi aziendali esplicano pari efficacia se approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente dall'azienda. Ai fini di garantire analoga funzionalità alle forme di rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, come previsto per le rappresentanze sindacali unitarie anche le rappresentanze sindacali aziendali di cui all'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, quando presenti, durano in carica tre anni. Inoltre, i contratti collettivi aziendali approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali con le modalità sopra indicate devono essere sottoposti al voto dei lavoratori promosso dalle rappresentanze sindacali aziendali a seguito di una richiesta avanzata, entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa. Per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza semplice dei votanti.".

non coglie (o, piuttosto, non vuole cogliere) l'elemento centrale della questione ovvero che il riferimento alle RSA contenuto negli accordi FIAT è operato con finalità diverse da quelle relative alla legittimazione negoziale delle stesse, rispondendo, invece, come detto, alla volontà dell'azienda di escludere i non firmatari dall'esercizio dei diritti sindacali nella "comunità di riferimento"[667]. Il modello FIAT si regge, infatti, sul consenso (di parte) delle federazioni di categoria firmatarie dei contratti aziendali e di Gruppo e sul risultato, peraltro non plebiscitario[668], dei *referendum* confermativi della validità degli accordi. Non certo sul riconoscimento di un ruolo negoziale alle RSA.

La valorizzazione di quest'ultime in chiave negoziale, seppure come *second best* rispetto alla prima scelta costituita dalla RSU (punto 4), suona piuttosto come una concessione fatta a quella parte del sindacato confederale che ha sempre stentato a riconoscersi nella rappresentanza unitaria (elettiva) o, anche, come una mossa preventiva rispetto a un possibile riconoscimento da parte di aziende diverse da FIAT del già citato ruolo negoziale alle RSA, al di fuori di qualsiasi controllo confederale.

Rimane il fatto che, non prevedendo, tra le ipotesi in cui il contratto collettivo aziendale assume efficacia *erga omnes*, quella della sua approvazione a maggioranza, mediante *referendum*, da parte dei lavoratori interessati, l'Accordo non risolve il "caso FIAT. Ciò rende del tutto teorico il dibattito sull'efficacia retroattiva delle disposizioni dell'Accordo stesso a tali fini.

Specifica attenzione, nella prospettiva sin qui evocata della progressiva "aziendalizzazione" delle relazioni industriali, merita, ovviamente, il punto 7 dell'Accordo, il cui primo periodo, riprendendo quanto affermato nel punto 5 dell'Accordo interconfederale del 2009, recita: "i contratti collettivi aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi. I contratti collettivi aziendali possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro.".

Le differenze con l'Accordo del 2009 necessitano di essere adeguatamente sottolineate. In primo luogo, dal nuovo testo, scompare il riferimento al livello negoziale territoriale: il *focus* si sposta, infatti, sulla dimensione aziendale. In secondo luogo, vengono meno i "parametri oggettivi", fissati in, via esemplificativa, dall'Accordo interconfederale del 2009, al ricorrere dei quali era condizionato l'esercizio della capacità modificativa dell'accordo territoriale rispetto al contratto nazionale. In terzo e ultimo luogo, anche se il prodotto non cambia, l'ordine dei fattori viene invertito, aprendosi la disposizione con l'attribuzione al contratto collettivo aziendale del potere modificativo e chiudendosi con il richiamo alla necessaria autorizzazione alla modifica da parte del contratto nazionale.

Che l'inversione non sia frutto di una semplice scelta stilistica, emerge, con tutta evidenza, dal secondo periodo del punto 7, secondo il quale: "Ove non previste [limiti e procedure] ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia nel contratto collettivo nazionale di lavoro applicato

---

[667] Mette chiaramente in luce questo aspetto F. LISO, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende FIAT*, in *DLRI*, 2011, 334. Sul punto v. anche G. NATULLO, *Le rappresentanze sindacali aziendali: ieri, oggi; … e domani?*, in DLM, 2010, 789.

[668] Sul tema dell'esercizio degli strumenti di democrazia diretta e sulle sue implicazioni di carattere generale per il diritto sindacale italiano, v. G. DE SIMONE, *Lo spazio e il ruolo del voto tra elezioni e plebisciti. Lezioni dal caso FIAT*, in *LD*, 2011, 287.

nell'azienda, i contratti collettivi aziendali conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali [delle organizzazioni] 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.".

Tre sono gli aspetti di questa disposizione che meritano di essere sottolineati. In primo luogo, la possibilità della contrattazione collettiva aziendale di concludere intese modificative nelle materie indicate, senza la previa autorizzazione da parte del contratto nazionale. In secondo luogo, la necessità che i contratti collettivi aziendali che contengono le suddette intese siano stati "conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali [delle organizzazioni] firmatarie dell'accordo interconfederale". In terzo e ultimo luogo, l'efficacia generalizzata di cui sono dotate le predette alle condizioni indicate dai punti 4 e 5 dell'Accordo ovvero direttamente, se sottoscritte dalla "maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti", all'esito della verifica di rappresentatività delle RSA e dell'eventuale *referendum* confermativo, se sottoscritte da quest'ultime.

Il quadro che emerge dal secondo periodo del punto 7, delinea un deciso allentamento dei vincoli imposti dal livello nazionale (interconfederale o di categoria) sul "secondo livello", il quale, come già sottolineato, coincide, ora, con la singola impresa. La dimensione territoriale viene recuperata, sul solo versante sindacale, attraverso l'intesa che deve essere raggiunta tra organizzazioni sindacali territoriali delle organizzazioni firmatarie dell'accordo interconfederale e RSU o RSA. Rimane da capire quale organizzazione territoriale, di fronte a una intesa modificativa raggiunta a livello aziendale, magari a garanzia dei livelli occupazionali, si assumerà la responsabilità di di impedirne la definitiva sottoscrizione.

D'altro canto e per concludere l'analisi del contesto nel quale matura il "caso Italia", alla "aziendalizzazione" delle relazioni industriali corrisponde, sul versante della riflessione teorica, un'enfatizzazione del ruolo del datore di lavoro nell'applicazione del contratto collettivo e, più in generale, del potere imprenditoriale di auto-organizzazione derivante dall'art. 41 cost.[669] Ciò al fine di risolvere l'annosa questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo e della sua inderogabilità da parte del contratto individuale. Fine che viene perseguito, per un verso, attraverso la valorizzazione "della volontà del datore di lavoro e del prestatore di rinviare alla fonte collettiva la regolamentazione del rapporto individuale di lavoro, in esecuzione della clausola convenuta, espressamente o tacitamente, all'atto dell'assunzione e confermata nel corso di svolgimento del rapporto di lavoro", dimostrata "dalla costante osservanza della regolamentazione collettiva"[670].

---

[669] Di centralità della decisione manageriale aziendale, peraltro solo formalmente partecipata, parla V. BAVARO, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza FIAT e le relazioni industriali in Italia*, in *DLRI*, 2011, 326.

[670] A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 2010, I, 56. Critico sull'efficacia del ricorso alla clausola di rinvio G. SANTORO PASSARELLI, *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali della categoria dei metalmeccanici. Note minime su questioni ancora controverse*, in *ADL*, 222.

Per l'altro, più drasticamente, ritenendo il contratto collettivo un atto endo-procedimentale della formazione negoziata della volontà datoriale e della regolamentazione negoziata dell'esercizio dei poteri datoriali[671].

Sebbene nessuna delle due posizioni appena richiamate sia stata elaborata con riferimento alla "aziendalizzazione" (anche se la prima si riferisce alla vicenda degli accordi separati), risulta evidente come in tale contesto entrambe si pongano in sintonia con la tendenza emergente delle relazioni industriali. Non vi è dubbio, infatti, che una delle caratteristiche fondamentali della "aziendalizzazione" sia rinvenibile nella centralità del singolo imprenditore/datore di lavoro nella determinazione delle condizioni di lavoro. Ora, se è vero che la prima delle due posizioni richiamate valorizza, insieme al ruolo del singolo datore, quello del singolo lavoratore, è chiaro che, dati i ben noti rapporti di forza, sarà il datore a decidere il rinvio al contratto collettivo che ritiene più conveniente applicare. Quanto alla seconda, nonostante essa si riferisca, in modo esplicito, alla rappresentanza collettiva della parte datoriale per valorizzarne il ruolo, la profonda crisi della quale quest'ultima è preda[672], ne rende plausibile l'estensione al singolo imprenditore.

Peraltro, l'attualità di un simile approccio aveva già trovato riscontro nello studio giuridico sull'elaborazione di un quadro opzionale per la contrattazione collettiva transnazionale, presentato alla Commissione dal gruppo di esperti all'uopo incaricato nel 2006[673]. Nello studio, al fine di evitare l'insorgere di problematiche relative all'efficacia di un testo negoziato a livello transnazionale nei singoli ordinamenti nazionali - problematiche difficilmente risolvibili senza (un'improbabile) imposizione del primo nei secondi da parte del legislatore comunitario -, si propone il recepimento dei contenuti dell'accordo transnazionale in tante determinazioni datoriali quante le imprese alle quali l'accordo trovi applicazione. Recepiti in singole determinazioni datoriali, i contenuti dell'accordo perderebbero, infatti, il loro carattere transnazionale per assumere la valenza e l'efficacia riconosciuta loro dall'ordinamento nazionale nel quale agiscono i datori di lavoro che le adottano.

3.2 Il diritto del lavoro "di prossimità".

Se, dunque, il sistema di relazioni industriali ha assecondato[674], nelle modalità appena descritte, le istanze di "aziendalizzazione" proposte da un grande gruppo (multi)nazionale, il legislatore è andato molto oltre[675]. Per un verso, ha affrontato il "caso FIAT, risolvendolo, almeno per ciò che riguarda il profilo relativo all'ambito soggettivo di applicazione degli accordi, che ricomprende,

---

671 R. ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, 2011, 210 ss.

672 Si tratta di un fenomeno non solo italiano. Oltre alle considerazioni sopra svolte sulle difficoltà incontrate dalla rappresentanza datoriale a livello europeo, si veda la pratica tedesca della cosiddetta *OT Mitglidschaft* ovvero dell'affiliazione imprenditoriale all'organizzazione rappresentativa senza obbligo di applicazione (*OT* sta per *ohne Tarifvertrag*) del contratto collettivo da questa sottoscritto. Sul punto, W. F. RHODIUS, *Die OT-Mitgliedschaft in Arbeitgeberverband. Rechts- und Satzungsfragen des Stufenmodelles*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.

673 E. ALES, S. ENGBLOM, T. JASPERS, S. LAULOM, S. SCIARRA, A. SOBCZAK, F. VALDÉS DAL-RÉ, *Transnational Collective Bargaining. Past, Present and Future*, 2006 www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4641&langId=en. Per un'analisi del Rapporto, v. A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in *DLRI*, 2007, 551.

674 Sia pure sotto la minaccia della delocalizzazione: A. PERULLI, *Delocalizzazione produttiva e* relazioni *industriali nella globalizzazione. Note a margine del caso FIAT*, cit.; e della fuoriuscita di FIAT dal sistema di relazioni industriali confederale, F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL*, 2011, 25. V., però, la ricostruzione della vicenda, nei termini indicati nel testo operata dallo stesso F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 5, nella quale si mettono nella giusta evidenza le posizioni comunque favorevoli di parte del mondo sindacale confederale all'alleggerimento del ruolo del contratto collettivo di categoria.

675 V., sul punto, i rilievi fortemente critici di F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*IT* – 127/2011.

ora, anche i singoli dissenzienti; per l'altro, ha generalizzato le predette istanze in chiave di (potenziale) "prossimizzazione" delle fonti di produzione del diritto del lavoro al loro ambito di applicazione territoriale e di impresa.

Con il comma 3 dell'art. 8 della legge n. 148/2011, il legislatore ha operato, infatti, il riconoscimento retroattivo dell'efficacia generalizzata delle "disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali", a condizione che questi siano stati approvati con votazione a maggioranza dei lavoratori. Con i commi 1, 2 e 2-*bis* della medesima disposizione ha introdotto, invece, uno strumento giuridico opzionale attraverso il quale le parti sociali possono creare un diritto del lavoro "di prossimità", anche in deroga a quello nazionale vigente.

Pur nella consapevolezza che con il comma 3 il legislatore abbia risolto solo parzialmente il "caso FIAT", destinato a fare il suo corso con riferimento, ad esempio, alla qualificazione dell'operazione complessiva in termini di trasferimento d'azienda, non vi è dubbio che, nella prospettiva di questo scritto, l'attenzione debba essere concentrata sullo strumento giuridico opzionale di cui a i commi 1, 2 e 2-*bis*[676].

Che si tratti di uno strumento opzionale, lo si evince chiaramente dal tenore letterale della norma la quale dispone che "i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale (..) possono realizzare specifiche intese (..)".

A tal fine, la legge richiede il ricorrere di una serie di requisiti. In primo luogo, soggettivi, dovendo detti contratti essere stipulati "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". La disposizione non sembra presentare profili interpretativi particolarmente problematici[677]. Pare, infatti, ragionevole affermare che detti contratti possono essere sottoscritti anche da una sola associazione dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalla sua rappresentanza operante in azienda[678], alternativamente individuata nella RSA o nella RSU, attraverso il rinvio alla "normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011". Rinvio che pare funzionale alla sola individuazione degli agenti negoziali e non alle diverse condizioni, previste dall'Accordo del 28 giugno, alle quali le intese acquisiscono efficacia generalizzata, a seconda che si tratti di RSU o RSA. La legge, infatti, prevede, quale unica condizione soggettiva per la produzione dell'efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati quella di essere le intese sottoscritte "sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali".

---

[676] Analizzando i quali si prenderà, indirettamente, posizione anche sui profili di incostituzionalità del comma 3, per violazione dell'art. 39 comma 4 cost., a nostro avviso da escludersi in radice, in quanto la norma costituzionale in questione produce i suoi effetti esclusivamente nei confronti del contratto collettivo nazionale di categoria. Di diverso avviso e, quindi, in favore dell'applicabilità dell'art. 39 comma 4 cost. anche alla contrattazione collettiva aziendale e territoriale, A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., 13.

[677] Ma vedine alcuni evidenziati da F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 27 ss.

[678] Così anche A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, 8 http://www.ebinter.it/allegati/news/12-10-11_vallebona_30_09_.pdf

Ai fini dell'individuazione del "criterio maggioritario", nel silenzio del legislatore, potrebbero, invece, tornare utili le disposizioni contenute nell'Accordo del 28 giugno in tema di efficacia generalizzata delle specifiche intese. Si tratterebbe, infatti, di considerare maggioritaria la volontà espressa "dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti" (punto 4), nel caso in cui nell'impresa la rappresentanza dei lavoratori utilizzi tale modello ovvero quella espressa "dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente dall'azienda" (punto 5), nel caso in cui il modello prescelto sia quello della RSA.

Questa soluzione, almeno per ciò che concerne la gestione del modello RSA, consente di recuperare una parte estremamente significativa dell'accordo (i punti 4 e 5) e, per relazione, la disposizione di cui al punto 1, riguardante la certificazione della rappresentatività sindacale[679]. Quest'ultima, infatti, mentre sembra destinata a incontrare seri problemi nella sua applicazione a fini di selezione degli agenti negoziali del contratto collettivo nazionale di categoria, in considerazione della condotta antisindacale che verrebbe posta in essere dal datore di lavoro che escludesse un sindacato la cui rappresentatività si colloca al di sotto della fatidica soglia del 5 per cento[680], può tornare, invece, utile nell'attribuzione di significato al requisito di legge del "criterio maggioritario", altrimenti destinato a rimanere del tutto oscuro.

Dalla ricostruzione operata con riferimento ai soggetti della contrattazione "di prossimità", emergono, però, due elementi altamente problematici, entrambi riguardanti il livello territoriale[681]. Il primo concerne l'applicazione del "criterio maggioritario" ai contratti collettivi siglati a quel livello, rispetto ai quali né la legge né gli accordi collettivi, definiscono parametri di valutazione della rappresentatività, con conseguente indeterminatezza dell'agente negoziale di parte sindacale. Il secondo, si riferisce alla mancata individuazione, al medesimo livello, degli agenti di parte datoriale. A ciò si aggiunge la vaghezza del riferimento al territorio, di cui si può dire soltanto che non coincide con quello nazionale.

Al requisito soggettivo, se ne aggiunge uno oggettivo, condizionante la possibilità stessa di concludere le specifiche intese: queste, infatti devono essere "finalizzate alla maggiore 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", sulla falsariga di quanto già previsto dall'Accordo interconfederale del 2009. Tuttavia, rispetto a quest'ultimo, è opportuno segnalare alcune significative differenze. In primo luogo, l'elenco non pare essere

---

679 Nello stesso senso anche A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 132/2011, 38. Per una approfondita analisi del meccanismo di certificazione e delle sue imperfezioni, v. F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, cit., 6 ss.

680 Nel caso del lavoro pubblico è la legge, infatti, e non un accordo collettivo, a rendere legittima l'esclusione dalle trattative, da parte dell'Aran, del sindacato non rappresentativo.

681 Sulla cui valorizzazione si sono concentrate le critiche di molti: T. TREU, *L'Accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, 2011, 635 ss., R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto*, Nel merito, 16 settembre, www.nelMerito.com, 2011, 2, A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., 33. Ritiene F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 30, che "l'allargamento effettuato dal livello aziendale a quello territoriale sia stato improvvisato, con un costo sistemico ben superiore al risultato comunque realizzabile.".

esemplificativo ma tassativo, circoscrivendo alle ipotesi previste la sottoscrizione delle specifiche intese. In secondo luogo, le finalità evocate non riguardano soltanto la ricerca della competitività (maggiore occupazione, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali, investimenti e avvio di nuove attività), comunque confermata appannaggio esclusivo delle "comunità di riferimento" territoriale e aziendale, ma anche materie di grande rilievo sistematico quali "la qualità dei contratti di lavoro, l'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, l'emersione del lavoro irregolare".

Se, da un lato, quindi, l'ambito di azione delle specifiche intese risulta, qualitativamente e quantitativamente, esteso, dall'altro, l'elencazione tassativa delle finalità perseguibili, contenuta nel comma 1, rende il ricorrere di queste ultime condizione di legittimità delle intese stesse, attivando, così, un meccanismo di sindacabilità, *ex post*, (dell'esistenza) delle motivazioni a esse sottese sia da parte del singolo lavoratore che delle organizzazioni sindacali dissenzienti[682].

Una volta superato questo primo vaglio, le specifiche intese incontrano un ulteriore limite rappresentato dall'elenco[683], da considerarsi ancora una volta tassativo[684], di materie negoziabili, latamente riconducibili alla "organizzazione del lavoro e della produzione". Dall'elenco, il cui contenuto ha già stimolato un notevole dibattito, emerge, però, un'indicazione estremamente chiara, in forza della quale, nell'ipotesi estrema di specifiche intese che regolino tutte le materie in esso contenute, al diritto del lavoro nazionale (non "di prossimità", dunque) residuerebbe, di fatto, "soltanto" il diritto antidiscriminatorio. Ciò in linea con una tendenza da tempo rinvenibile nelle legislazioni dei paesi anglosassoni che rischia, però, di privare il diritto del lavoro del suo *proprium* rispetto al diritto antidiscriminatorio ovvero la garanzia di tutele del lavoratore che vadano oltre la, pur fondamentale, garanzia della dignità dell'individuo. Il diritto antidiscriminatorio, insieme al grande assente di questo elenco [685] ovvero la tutela della salute e sicurezza,

---

682 Così, condivisibilmente, almeno per ciò che riguarda il sindacato giudiziale e la sua funzione, A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., 32 e 41; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 38. *Contra* T. TREU, *L'Accordo 28 giugno 2011 e oltre*, cit., 635, il quale ritiene che si tratti di "una premessa generica perché non mi sembra, neppure qui, possibile attribuirvi il valore di condizione necessaria per riconoscere ai contratti in questione il potere di regolare le materie di cui al comma 2." e A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., 7, il quale parla di "formulazioni così generali e ampie che difficilmente se ne potrà affermare l'insussistenza con la conseguente nullità dell'accordo.".

683 Art. 8 comma 2. Si tratta "delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento.".

684 Così A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., 43; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 39. In senso contrario R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto*, cit., 1.

685 A onor del vero, l'elenco presenta un'altra grave "lacuna", quella relativa allo sciopero. Essa si potrebbe spiegare con l'assenza di norme di legge che lo disciplinino al di fuori dei servizi essenziali e con la tendenza, di recente emersa nella contrattazione collettiva di tutti i livelli, a inibirne la proclamazione durante la vigenza del contratto collettivo (clausole di tregua).

costituirebbero, quindi, i pilastri di ciò che resterebbe del diritto del lavoro "universale" del ventunesimo secolo.

La chiave di volta del costituendo sistema del diritto del lavoro "di prossimità" è, però, rappresentata dal comma 2-*bis* dell'art. 8, il cui testo merita di essere riportato integralmente. "Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro.".

Come sottolineato in Premessa, si tratta di una disposizione di delega derogatoria senza precedenti[686] nella storia del nostro ordinamento, pur da tempo abituato al rinvio legale alla contrattazione collettiva[687]. I precedenti richiamabili, riguarderebbero, infatti, specifiche ipotesi accuratamente circoscritte da parte del legislatore, caratterizzate dalla preferenza, anche se, a dire il vero, sempre meno marcata[688], per l'azione unitaria del sindacato comparativamente più rappresentativo a livello di categoria o di settore. Ciò sul presupposto della capacità del livello in questione di garantire un'equilibrata composizione degli interessi della "comunità di riferimento" a esso sottesa.

Ritenendo il legislatore mutata la "comunità di riferimento", divenuta, come ampiamente argomentato, da nazionale, territoriale o aziendale, mutano, di conseguenza, gli interlocutori del rinvio che a quei livelli si attestano. Su tale presupposto, la possibilità di deroga, si estende, in maniera altrettanto conseguente, dalla legge al contratto collettivo nazionale di lavoro[689], il quale viene a trovarsi in una posizione di chiara sotto-ordinazione[690] rispetto alla contrattazione "di prossimità". Mentre quest'ultima, infatti, assume efficacia *erga omnes*[691], come ribadito a ogni più sospinto dagli Accordi e della legge, lo stesso non può dirsi e, infatti, non è detto in alcun passaggio degli Accordi e della legge, della contrattazione nazionale di categoria[692].

---

686 Sottolineano questo aspetto, A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., 24

687 P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005 e, più di recente, R. ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, cit., *passim*.

688 G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, cit., 12.

689 Nella prospettiva di chi ha sempre sostenuto l'illimitata derogabilità (anche *in peius*) del contratto collettivo nazionale da parte della contrattazione collettiva di secondo livello, a condizione che la seconda segua la prima, quella che, altrimenti, sembrerebbe un'apertura, risulta, invece, essere una limitazione del principio l'illimitata derogabilità: così A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., 14.

690 Parla di "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.", F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 34.

691 Non pare condivisibile l'opinione di chi sostiene che in caso di deroga alla legge "il legislatore ha individuato ragionevolmente i soggetti legittimati a sottoscrivere un accordo derogatorio con efficacia limitata ai soli lavoratori rappresentati dagli stipulanti o che abbiano fatto rinvio, espressamente o tacitamente, all'attività negoziale di questi: così A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., 8. Non sembra, infatti, che l'efficacia generalizzata possa essere sottoposta a un simile limite nei confronti di coloro che non si riconoscono nei soggetti sindacali stipulanti la specifica intesa.

692 Il legislatore utilizzerebbe qui una tecnica che "trasforma la noma imperativa in norma semimperativa, cioè derogabile da un'altra fonte espressamente indicata": così A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., 6.

L'efficacia *erga omnes*, combinata alla capacità derogatoria, rende, peraltro, la contrattazione "di prossimità" molto più vicina alla legge di quanto sia stato finora anche soltanto ipotizzato per la contrattazione collettiva a efficacia generalizzata. Una simile osservazione trova conferma nella circostanza che i limiti posti dal legislatore stesso alla contrattazione "di prossimità" coincidono con quelli ai quali è usualmente soggetta la legge nazionale o regionale ovvero di derivazione internazionale, comunitaria e costituzionale (art. 117 comma 1 cost.).

Se, da un lato, ciò giustifica la perifrasi fin dall'inizio utilizzata di diritto del lavoro "di prossimità", dall'altro, apre un fronte altamente problematico circa i soggetti e le modalità attraverso le quali detti limiti possono essere fatti valere. L'approssimazione alla legge, infatti, non pare determinare la coincidenza tra questa e i prodotti della contrattazione collettiva di prossimità, almeno in forma diretta e senza una ben ponderata rivisitazione complessiva del sistema delle fonti (del quale il contratto collettivo efficace *erga omnes* diverrebbe, a pieno titolo, parte).

Cercando di fornire una prima indicazione, si potrebbe partire dai limiti comunitari, la verifica del rispetto dei quali può tranquillamente passare per un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, operato dal giudice nazionale sulla base dell'equiparazione, in altra prospettiva aspramente criticata[693], operata dalla Corte stessa tra organizzazioni sindacali e legislatore nazionale e tra legge e contratto collettivo dotato di efficacia generalizzata. Procedendo in ordine di difficoltà crescente, si dovrebbe immaginare, poi, un sindacato diretto del giudice nazionale con riferimento al rispetto dei limiti derivanti da norme internazionali, in una prospettiva di disapplicazione della norma adottata in loro violazione, in assenza, come noto, di una giurisdizione specializzata in materia. Infine, raggiungendo l'acme della difficoltà, occorre interrogarsi sulla facoltà del giudice adito di proporre la questione di costituzionalità rispetto ai prodotti del diritto del lavoro "di prossimità", in considerazione della loro efficacia generalizzata e degli stessi limiti a essa posti dal legislatore, elementi che rendono dubbia la loro sottrazione al sindacato del giudice delle leggi[694].

Resta, peraltro, da chiarire quali siano i limiti costituzionali che potrebbe incontrare il diritto del lavoro "di prossimità", una volta che alla sua capacità dispositiva è stato sottratto il diritto antidiscriminatorio e la tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (materie riferibili, rispettivamente agli art. 2, 3 e 37, e 32 cost.)[695]. Rimasti sinora privi di seguito giurisprudenziale i tentativi di ancorare la tutela contro il licenziamento illegittimo a norme costituzionali (art. 4 e art. 35

---

693 E. ALES, *Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (Questionable) Limits on Collective Action,* in E. ALES, T. JASPERS, P. LORBER, C. SACHS-DURAND, U. WENDELING-SCHRÖDER (Eds.), *Fundamental Social Rights in Europe: Challenges and Opportunities*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, 45.

694 Secondo F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 77, la giurisprudenza "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.". Occorrerebbe chiarire, però, in che modo ciò potrebbe avvenire.

695 Non pare, infatti, condivisibile l'opinione secondo la quale l'art. 8 della legge n. 148/2011 "esprime una contraddizione logico-giuridica insanabile, in quanto autorizza una deroga generalizzata alla legge (in ogni aspetto dello svolgimento del rapporto) ma nel rispetto dei principi costituzionali (laddove non c'è norma di diritto del lavoro che non potrebbe essere riconducibile, più o meno direttamente, ai principi costituzionali)": così A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., 50. La riconducibilità, in senso lato, di tutte le norme vigenti del Diritto del lavoro ai principi costituzionali non impedisce infatti, alla legge o alla contrattazione collettiva da essa delegata, di modificarne i contenuti. Si tratta di prendere atto dell'inevitabile rischio di storicizzazione che il Diritto del lavoro italiano corre, a fronte dell'assenza di norme costituzionali che prevedano forme specifiche di tutela.

cost.)[696], una prospettiva interessante potrebbe essere quella del ricorso, costante, da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità al contratto collettivo di categoria quale parametro di determinazione della retribuzione sufficiente *ex* art. 36 cost. Tuttavia, in questo caso, l'efficacia generalizzata attribuita alla contrattazione di "prossimità"[697] (di cui, come abbiamo sostenuto, non è, invece, dotato, almeno *per tabulas*, il contratto collettivo nazionale di categoria) risolverebbe a monte la questione, stabilendo, a livello aziendale o territoriale, quella connessione tra *erga omnes* e retribuzione sufficiente data per scontata dai Costituenti ma mai realizzata, a livello nazionale di categoria, dal legislatore ordinario[698].

3.3 Le eventuali conseguenze.

Qualora lo strumento giuridico opzionale appena descritto riscuotesse il successo auspicato dal legislatore (la rubrica dell'art. 8 è, in questo senso, esplicita: "Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità") le conseguenze sarebbero, comunque, di grande momento.

Ci si troverebbe, infatti, di fronte a una riproposizione, in chiave micro-corporativa, dell'interesse dell'impresa di cui all'art. 2104 comma 1 cod. civ., interesse perseguibile attraverso una legislazione aziendale negoziata, ispirata al principio di partecipazione, come testimoniato dal riferimento ad essa operato nelle finalità di cui al comma 2 e da alcuni richiami, a dire il vero rimasti lettera morta, contenuti negli accordi FIAT. L'interesse della nuova "comunità di riferimento" prevarrebbe, dunque, in una prospettiva, salvifica della stessa e non conflittuale delle relazioni industriali, sugli interessi delle parti, in nome dell'incremento di competitività del quale entrambe beneficerebbero. Prospettiva, questa, definita micro-corporativa in quanto, rispetto alla costruzione macro-corporativa fascista, viene meno la *reductio ad unum* degli interessi delle singole imprese nell'interesse superiore della produzione nazionale; ciò in conseguenza, ovviamente, della mutata "comunità di riferimento" (non più il partito unico/corporazione ma l'impresa).

L'assolutizzazione dell'interesse dell'impresa quale "comunità di riferimento" prevalente, determinerebbe, poi, una coincidenza del luogo giuridico di produzione con quello di applicazione delle norme e una estremizzazione del concetto di *lex loci laboris*, in prospettiva aziendale o territoriale.

Infine, si assisterebbe a una valorizzazione del livello territoriale sub-nazionale densa di incognite, a cominciare, come detto, dai soggetti negoziali e dalla loro rappresentatività[699], per finire, si fa

---

[696] Tutela che, peraltro, potrebbe essere desunta, quale vincolo comunitario, dall'art. 30 della Carta di Nizza che ne sancisce il diritto contro ogni licenziamento giustificato, se non fosse per l'immancabile riferimento, in esso operato, all'esercizio di detto diritto in conformità con il Diritto dell'Unione e con le legislazioni e prassi nazionali. Contrariamente a quanto ritengono, A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., 49, nella Carta viene indiscutibilmente affermato "solo" l'obbligo di motivazione del licenziamento, non anche la forma di tutela che, pure, deve essere in qualche modo prevista.

[697] Come, invocato, in tempi non sospetti, e recentemente ribadito, ovviamente con riferimento al solo contratto collettivo aziendale, da G. SANTORO PASSARELLI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: istituzionalizzazione della rappresentanza in azienda?*, in *DLRI*, 1989, 329 e ID., *I contratti collettivi della FIAT di Mirafiori e Pomigliano*, in *RIDL*, III, 2011, 161.

[698] *Contra* A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., 49 i quali sembrano ritenere costituzionalizzato il riferimento operato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità al contratto collettivo nazionale di categoria.

[699] Sottolineano la problematicità di questo aspetto F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 28 e A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., 9.

per dire, con l'individuazione della relativa "comunità di riferimento", soprattutto di parte datoriale.

Ciò detto, occorre ancora una volta sottolineare come l'ultima parola sulla nascita effettiva del diritto del lavoro "di prossimità" spetti alle "associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero (anche nel senso di alternativamente, almeno così sembrerebbe dal tenore letterale della disposizione) [a]lle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda".

Il "gran rifiuto" confederale contenuto nell'Addenda del 21 settembre 2011 all'Accordo Interconfederale del 28 giugno non sembra lasciare spazio a fraintendimenti. Tuttavia, come noto, è l'occasione a fare l'uomo ladro e, nel perdurante silenzio del legislatore, la realtà dei fatti a declinare il concetto di associazione sindacale comparativamente più rappresentativa.

4. Problematiche costituzionali del diritto del lavoro "di prossimità".

Quale che sia il destino del diritto del lavoro "di prossimità" e, quindi, il suo grado di pratica realizzazione, la riflessione teorica non può sottrarsi all'analisi dei profili di costituzionalità dell'art. 8 della legge n. 148/2011 e dello strumento giuridico opzionale in esso proposto. Anche in questo caso, ragioni di spazio impongono di procedere per cenni.

Occorre, qui partire proprio dal "gran rifiuto" ovvero dalla natura opzionale dello strumento giuridico, per chiarire che proprio la valorizzazione dell'autonomia collettiva a essa sottesa rende irricevibili le obiezioni di legittimità costituzionale sollevate in ragione di una presunta violazione dei principi di uguaglianza, razionalità, proporzionalità[700] e liberta sindacale[701]. Il legislatore, infatti, non impone alcunché alle organizzazioni sindacali, offrendo loro quella che ritiene essere una opportunità di diversificazione negoziata del diritto del lavoro e delle relazioni industriali. Si tratta, dunque, di una ipostatizzazione del principio di libertà sindacale, del tutto in linea con la ben nota tendenza della costituzione sindacale materiale ad assolutizzarne la portata.

Peraltro, la decisione, quanto mai opportuna, del legislatore di non occuparsi dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo nazionale di categoria, priva di significato la verifica di costituzionalità dell'art. 8 della legge n. 148/2011 rispetto alla seconda parte dell'art. 39, esplicitamente destinata a esplicare la propria funzione "ostruzionistica"[702] esclusivamente nei confronti dei tentativi, non conformi, di dotare di efficacia generalizzata i contratti collettivi di categoria[703].

---

[700] Così, A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., 22 i quali invocano l'esigenza di una rinnovata "legittimazione metalegislativa dell'ordinamento" di mengoniana memoria, non essendo disposti ad ammettere che essa ha già avuto luogo a seguito della crisi delle "comunità di riferimento" tradizionali. Naturalmente la nuova legittimazione può non piacere, ma questo è un altro discorso che condurrebbe lontano, verso i lidi della critica al modello parlamentare, secondo alcuni, troppo soggetto a fenomeni degenerativi di stampo populistico (demagogia), soprattutto in presenza di leggi elettorali quale quella attualmente vigente in Italia.

[701] G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, cit., 30

[702] G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, cit., 2.

[703] Reputa "troppo semplice" la soluzione indicata nel testo alla verifica di costituzionalità dell'art. 8 rispetto all'art. 39 cost F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 45. Tuttavia, non sembra, a sommesso avviso di chi scrive, che gli argomenti portati dall'Autore a sostegno della soluzione contraria possano risultare decisivi. Non certo, la supposizione

Molto più problematico appare, invece, il rapporto tra l'art. 8 e alcune delle disposizioni contenute nel Titolo V della Costituzione, così come modificato dalla legge n. 3/2001. Come noto, quest'ultima, ha rivisitato *funditus* la materia della potestà legislativa, ribaltando il principio previgente di centralità di quella statale e di residualità di quella regionale. Evitando di entrare nel dettaglio della questione, ciò che qui preme sottolineare è che la "territorializzazione" della potestà legislativa, indubbiamente favorita dal nuovo riparto di competenze tra Stato e regioni, avviene a condizioni e secondo regole ben precise.

In particolare, la riconduzione, ormai pacifica, della disciplina del rapporto di lavoro all'ordinamento civile dello Stato[704], sembra postularne una regolamentazione unitaria e non frammentata, neppure a livello regionale. A ciò si aggiunga che il legislatore statale è tenuto alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117 comma 2 lett. m) cost.)[705] e il Governo all'esercizio di poteri sostitutivi "quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 120 comma 2 cost.).

Non sfugge, ovviamente, il fatto che i principi appena richiamati si riferiscono alla potestà legislativa e, dunque, alla legge[706]. Tuttavia, come già suggerito in precedenza, occorre valutare con attenzione la correttezza di un approccio formalistico che privilegi la natura dell'atto (ambiguamente privatistica), rispetto all'efficacia generalizzata dei suoi effetti. Ma anche a voler ritenere non sostenibile l'assimilazione, negli effetti, della contrattazione collettiva di prossimità alla legge, rimane innegabile il principio di regolamentazione unitaria di materie (tra le quali la disciplina del rapporto di lavoro)[707] che i costituenti sottraggono alla potestà legislativa regionale, chiamata, in ogni caso, ove operante, al rispetto dei livelli essenziali definiti dal legislatore statale.

Nulla di tutto ciò è presente nell'art. 8 della legge n. 148/2011, che si pone, così, in netta antitesi rispetto ai principi appena enunciati. Esso violerebbe, quindi, in maniera diretta o per aggiramento (a seconda della posizione che si assume nei confronti dell'assimilazione di cui sopra), l'art. 117 comma 2 lett. *l)* e *m)* cost., ponendosi anche in evidente contrasto con il principio guida del

---

che se fosse esistito all'epoca, i Costituenti avrebbero assoggettato il contratto collettivo aziendale al meccanismo di cui ai commi 2-4 dell'art. 39 cost.

[704] Per una ricostruzione della vicenda, v. R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale. Esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, CEDAM, Padova, 2005.

[705] Sul punto v., almeno, C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *DP*, 2002, 881, secondo il quale "la locuzione non è mero riflesso ma strumento indispensabile per far valere quei diritti in quanto diritti dei cittadini di una Repubblica che nel riconoscere e promuovere le autonomie locali come individuate all'art. 114 rimane una e indivisibile in ragione del rispetto del principio di eguaglianza fra i cittadini stessi.".

[706] "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 attribuitale 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.". Così F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., 75.

[707] La problematicità, in termini di rispetto del riparto di competenze, del rinvio legale alla contrattazione collettiva territoriale, alternativo a quella nazionale di categoria, a fini normativi, era già stata rilevata, con riferimento al decreto legislativo 276/2003, da P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, cit., 153 ss.

cosiddetto federalismo fiscale, declinato, nell'art. 119 cost., in termini di promozione della coesione e della solidarietà sociale. Contrasto che si ripropone, a livello comunitario, rispetto al già citato obiettivo dell'Unione Europea di rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale, soprattutto, qualora questo venga, finalmente e coerentemente sviluppato in una prospettiva sociale piuttosto che di infrastrutture materiali[708].

[708] Come già previsto dalla Strategia di Lisbona rivisitata nel 2005: sul punto v. E. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi "genealogica"*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., 168 ss.

Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*

Bruno Caruso- Anna Alaimo

1. Contrattazione collettiva e dialogo sociale: la dimensione ermeneutico-lessicale 273

1.1 (segue) … sistematico-ordinamentale 276

1.2. (segue)… storica (rinvio) 277

1.3. (segue) …e "funzionale" 278

3. L'evoluzione del dialogo sociale. La prima fase: dal "processo di Val Duchesse" (1985) all'Atto Unico Europeo (1986) 288

4. La seconda fase: gli artt. 3 e 4 dell'Accordo sulla Politica Sociale (attuali artt. 154-155 TFUE): (a) dialogo sociale e "procedimento integrato" 289

4.1. La consultazione 290

4.2. La rappresentatività degli attori 290

4.3. La negoziazione dopo la consultazione 293

5. (b) Il dialogo sociale volontario 295

6. Dalla rilevanza all'efficacia giuridica degli accordi collettivi europei (euro-agreements) I meccanismi di attuazione negli ordinamenti nazionali 296

6.1. L'attuazione degli accordi collettivi europei: a) secondo le procedure proprie delle parti sociali e degli Stati membri (rinvio); b) in base ad una decisione del Consiglio 298

7. La terza fase: la negoziazione collettiva "volontaria" e "autonoma" 302

7.1. I risultati del dialogo volontario e autonomo ai vari livelli: il livello intersettoriale 305

7.2. (segue) Il dialogo sociale settoriale 308

8. Efficacia giuridica degli accordi autonomi: a) nell'ordinamento dell'U.E. 310

8.1. (segue) b) …e negli ordinamenti nazionali 313

9. La negoziazione collettiva "autonoma" a livello di impresa transnazionale: i "transnational texts" 319

10. La negoziazione collettiva come diritto sociale: diritto di negoziazione versus principi di libera concorrenza e libertà economiche 323

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 87/2011

1. Contrattazione collettiva e dialogo sociale: la dimensione ermeneutico-lessicale

«*L'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali. Essa facilita il dialogo tra tali parti, nel rispetto della loro autonomia. Il vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione contribuisce al dialogo sociale*» (art. 152 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: TFUE).

«*I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero*» (art. 28 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Questi due enunciati rappresentano le principali novità che il Trattato di Lisbona (da ora in poi: TL)[709] ha introdotto in materia di dialogo sociale e contrattazione collettiva nell'ordinamento dell'Unione europea[710].

Mentre nella prima disposizione si parla di dialogo sociale, nella seconda si fa, invece, riferimento alla negoziazione collettiva. L'uso ora dell'una ora dell'altra espressione è, del resto, riprodotto dalle ulteriori norme che, nel diritto primario dell'Unione, riguardano la materia in esame (artt. 154 e 155 TFUE), ma anche dalla letteratura grigia e dai materiali documentali delle istituzioni europee e dalle stesse ricostruzioni dottrinali della materia.

La polisemia dei riferimenti terminologici al fenomeno contrattuale collettivo suggerisce di procedere, innanzitutto, ad un riordino lessicale-ermeneutico[2bis], per introdurre, in un secondo momento, considerazioni di ordine sistematico-ordinamentale.

A partire dall'esigenza di non "costringere" la complessità e il carattere multidimensionale del fenomeno in stampi concettuali rigidi e pre-definiti, magari foggiati a ridosso dell'esperienza nazionale, pare, tuttavia, metodologicamente opportuno, nell'analisi del fenomeno, adottare schemi e modelli interpretativi che, pur dando conto delle sue diverse articolazioni, non risultino fra loro del tutto separati e disgiunti, bensì interrelati e finanche sovrapponibili[711].

---

[709] Il Trattato di Lisbona (noto anche come Trattato di riforma) ha apportato ampie modifiche al Trattato sull'Unione europea (TUE) e al Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), ribattezzato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Il Trattato di Lisbona è stato firmato il 13 dicembre 2007 ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

[710] Per una panoramica delle altre novità introdotte, in materia sociale, dal TL si consenta di rinviare ad ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT* - 82/2010.

[2bis] Sulla questione del linguaggio con cui vengono formulati, anche in ambito europeo, i «discorsi "del" diritto e "sul" diritto, ossia i discorsi prescrittivi ed i discorsi interpretativi», v. Timoteo, Pozzo, Introduzione al volume di AA.VV., Europa e linguaggi giuridici (a cura di Timoteo, Pozzo), Giuffrè, 2008, p. XIII; cfr. Belvedere, Linguaggio giuridico, Dig. disc. priv., sez. civile, Utet, 1994, vol. XI, p. 21.

[711] Si mutano espressioni e suggestioni dal "pensiero della complessità" di MORIN, *Introduzione al pensiero complesso,* Sperling&Kupfer Editori, 1993 (trad. it.). Quanto affermato nel testo vale, *in primis*, per le categorie del dialogo sociale e della contrattazione collettiva, ma anche per la triplice declinazione – che si proporrà (§ 2) - della contrattazione collettiva (come diritto, come fonte, come attività), dal momento che la contrattazione - come attività e come fonte - è sempre il precipitato dell'esercizio di un diritto (quello, appunto, di negoziazione collettiva). Ulteriori interrelazioni sono visibili tra la categoria della contrattazione "autonoma" e quella del dialogo sociale settoriale dal quale scaturiscono, come si vedrà, prodotti negoziali di diversa natura: *non-statutory agreements* (accordi autonomi) ma anche *statutory agreements* (accordi istituzionali: v. *infra*, § 7).

Riguardo al lessico, il diritto dell'Unione privilegia l'espressione "dialogo sociale" rispetto a quella di "contrattazione collettiva": se si eccettua il riconoscimento del "diritto di negoziazione collettiva" inserito nell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E (da ora in poi: Carta di Nizza)[712], nei Trattati istitutivi, ed in particolare nelle disposizioni del TFUE che riguardano le relazioni contrattuali fra le parti sociali (artt. 152, 154 e 155 TFUE), i termini impiegati sono quelli di "dialogo sociale" - o semplicemente "dialogo" -, "relazioni contrattuali", "accordi" [713].

Non dissimile è il lessico utilizzato nei documenti della Commissione a partire dalla *Comunicazione sull'andamento e sul futuro del dialogo sociale comunitario* del 1996[714] , seguita, dopo soli due anni, dalla *Comunicazione che adegua e promuove il dialogo sociale a livello comunitario* [715] e, nel decennio successivo, dalle *Comunicazioni* del 2002 su "*Il dialogo sociale europeo, forza di modernizzazione e cambiamento*" [716] e del 2004, su *"Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata. Rafforzare il contributo del dialogo sociale europeo"* [717].

Benché la nozione "dialogo sociale" – nella sua caratterizzazione vaga e polisensa [718] - mostri una certa ambiguità sul piano definitorio [719], essa appare comunque preferibile come categoria lessicale ed ermeneutica in riferimento all'ordinamento europeo. In tale ordinamento le relazioni negoziali tra i *partner* sociali si presentano a spettro più ampio anche se, a volte, dal carattere più rarefatto, di quelle tipiche dei sistemi di relazioni industriali nazionali.

Se è vero che già i primi studi sul "dialogo sociale" ne sottolineavano il carattere di «attività potenzialmente atta a tradursi in vera negoziazione collettiva»[720], cosicché dialogo sociale e contrattazione collettiva sono stati immaginati «come un possibile *continuum*»[721] , è altrettanto vero che il dialogo sociale, sia dal punto di vista sistematico (come si vedrà), sia dal punto di vista lessicale, può ricomprendere ma anche andare "oltre" - strutturandosi in guise e modalità diverse - le relazioni contrattuali classiche.

Il rapporto tra i due sintagmi - dialogo sociale e negoziazione collettiva -, per il profilo lessicale, non è, dunque, di totale identificazione, bensì "di sussunzione". I due fenomeni, seppure

---

[712] La Carta, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza da Parlamento, Consiglio e Commissione, è stata nuovamente proclamata, in una versione adattata, dalle stesse istituzioni a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

[713] Tale diversità terminologica veniva già osservata da SCHNORR, *I contratti collettivi in un'Europa integrata*, *Riv. it. dir. lav*., 1993, I, p. 328.

[714] COM (1996) 448 def., del 18.9.1996.

[715] COM (1998) 322 def., del 20.5.1998.

[716] COM (2002) 341 def., del 26.6.2002.

[717] COM (2004) 557 def., del 12.8.2004.

[718] NUNIN, *Il dialogo sociale europeo. Attori*, *procedure, aspettative,* Giuffrè, 2001, p. 1; MARTONE, *Sindacato europeo e contrattazione collettiva*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, *Diritto del lavoro. Commentario diretto da* CARINCI F., Utet, 2010, IX, p. 801.

[719] RUIZ CASTILLO, *Dialogo sociale*, in BAYLOS, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, 1996, p. 163. Si è, pertanto, ritenuto che il dialogo si configuri «non come qualcosa di staticamente definibile, ma come un processo dinamico» (ZILIO GRANDI, *Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione europea*, Giappichelli, 1998, p. 42).

[720] GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva*, Angeli, 1992, p. 130.

[721] ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, 2009 (V ed.), p. 463. Diversamente da quanto si sosterrà nel prosieguo del testo, i due AA. ritengono che fra dialogo e contrattazione esistano elementi fortemente differenzianti: «la natura tendenzialmente collaborativa e non conflittuale del primo, gli oggetti distinti dell'uno e dell'altra, nonché il rilievo di per sé non impegnativo del dialogo».

strettamente interrelati e connessi, non sono identici e la nozione di dialogo, pur connotandosi come una mutazione di quella di negoziazione, risulta dotata di una portata più generale, atta a ricomprendere, come in un sistema ad anelli concentrici, il valore esplicativo ed applicativo della seconda.

Per rimarcare, dunque, le peculiarità ordinamentali del fenomeno, è preferibile adottare un diverso lessico rispetto a quello proprio dei sistemi giuridici e di relazioni industriali nazionali; un lessico all'interno del quale, secondo quanto finora affermato, la categoria di "dialogo" risulti più idoneamente individuabile come categoria generale, in luogo di quella di contrattazione o negoziazione collettiva.

Anche gli studi più recenti - nel ripercorrere le tre fondamentali tappe di sviluppo del dialogo sociale[722] – non smentiscono, ma anzi confermano, la continuità nella differenza che lega il dialogo alla contrattazione. Essi individuano, ad esempio, il secondo stadio dell'evoluzione del dialogo sociale nell'Accordo sulla Politica Sociale (da ora in poi: APS) del 1992, con il quale il dialogo sociale è stato accreditato, nella sua specifica veste di con il quale il dialogo sociale è stato accreditato, nella sua specifica veste di contrattazione collettiva, cosiddetta "istituzionale" o "tipica, quale fonte di produzione normativa in materia sociale[723].

Ancor più evidente appare il rapporto di sussunzione che lega i due termini all'interno dei documenti della Commissione: nel recente *Documento di lavoro dei servizi della Commissione sul funzionamento e sul potenziale del dialogo sociale settoriale a livello europeo*[724], si legge, per esempio, che «a partire dal Trattato di Amsterdam, il dialogo sociale europeo è stato in grado di rappresentare una fonte autonoma di diritto in materia sociale», procedendo, anche in questo caso, a ricondurre al cerchio concentrico maggiore - il dialogo sociale – la contrattazione collettiva "istituzionale" o "tipica", formalmente riconosciuta dal diritto primario dell'U.E. proprio a partire dal Trattato di Amsterdam.

L'accezione di dialogo sociale accolta nelle Comunicazioni della Commissione è, inoltre, assai ampia: al dialogo vengono ascritte prassi diverse ma riconducibili ad unico ceppo, quello delle interazioni, bilaterali o trilaterali, tra i *partner* sociali e tra costoro e la Commissione. Vi si ricomprendono, perciò, le mere discussioni fra i *partner* sociali europei, che possono tradursi in variegate attività di partecipazione istituzionale o di *lobbying* (più un esercizio di democrazia deliberativa tra *partner* aventi interessi comuni che reali negoziazioni tra soggetti portatori di interessi in conflitto); le azioni condivise (più *policies* che accordi); le possibili e tradizionali negoziazioni; ed infine, le relazioni fra i *partner* sociali e le istituzioni dell'UE (che richiamano il metodo della concertazione trilaterale dei sistemi nazionali)[725].

Se si vuole pervenire ad una definizione sintetica di dialogo sociale europeo, si può dire, dunque, che con tale locuzione ci si riferisce a prassi relazionali differenziate e plurime, alcune tipiche dell'ordinamento europeo, altre invece, riconducibili a modalità negoziali proprie dei sistemi

---

[722] V. *infra*, § 3.

[723] V. *infra*, § 2, *sub* b).

[724] SEC (2010) 964 def., del 22.7.2010.

[725] PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, *Lav. dir.*, 2010, p. 505.

nazionali.

Tali prassi relazionali possono darsi solo tra *partner* sociali di livello europeo (dialogo sociale bilaterale volontario ed autonomo) o con la partecipazione delle istituzioni dell'Unione (Commissione e Consiglio, in particolare), che può concretizzarsi in una presenza al negoziato diretta (dialogo sociale trilaterale «oggi con sede integrata - e "costituzionalmente" garantita *ex* art. 152 TFUE – nel "Vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione"» [726]) o indiretta (dialogo sociale bilaterale sollecitato da *input* consultivi e normativi della Commissione e/o seguito da decisioni attuative degli accordi da parte del Consiglio).

Anche nel primo caso - dialogo sociale bilaterale volontario ed autonomo - le istituzioni europee, ed in particolare la Commissione, come meglio si vedrà[727], possono, tuttavia, fornire supporto politico o strumentale (economico, linguistico, logistico ecc.) al dialogo.

In ragione della sua estensione (di tipo professionale e non geografico), il dialogo sociale bilaterale può, assumere, inoltre, una triplice dimensione: (1) intercategoriale (interprofessionale o a livello *cross-industry*); (2) settoriale (all'interno dei comitati di settore per il dialogo sociale); (3) multisettoriale (coinvolgente gruppi affini di comitati di settore).

Una quarta dimensione del dialogo sociale bilaterale è, infine, rappresentata dalla negoziazione collettiva a livello di impresa transnazionale, che, come si vedrà, si svolge, soprattutto, nelle imprese e nei gruppi "di dimensioni comunitarie", destinatari della Direttiva 2009/38/CE sui Comitati Aziendali Europei (CAE)728.

1.1 (segue) … sistematico-ordinamentale

Ricondurre il tradizionale metodo negoziale, ancorché di livello europeo, all'interno della nozione sussuntiva di dialogo sociale non è privo di conseguenze sul piano concettuale. Il problema può apparire squisitamente nominalistico, ma il corretto utilizzo dei *nomina* sottende sempre una adeguata sistematizzazione categoriale e concettuale.

La distinzione fra dialogo sociale e contrattazione collettiva - unita al riconoscimento di un rapporto di continuità e di sussunzione fra i due termini - ha, innanzitutto, un fondamento positivo nelle due norme citate in apertura: una riferita al dialogo, l'altra alla negoziazione collettiva.

Ma la distinzione nella continuità è anche legata all'idea, tanto condivisibile quanto ormai diffusa, della non automatica applicabilità delle categorie ermeneutiche elaborate in riferimento ai fenomeni contrattuali collettivi nazionali al variegato modo di atteggiarsi delle relazioni tra *partner* europei [729]. In ambito europeo, lo stesso riferirsi alle "relazioni industriali" appare, del resto,

---

[726] *Ibidem*. Diversamente, nella loro Dichiarazione congiunta al Consiglio europeo di Laeken del 2001, Unice/Ueapme, Ceep ed Etuc «insistono sull'importanza di fare una chiara distinzione tra "concertazione tripartita", "consultazione delle parti sociali" e "dialogo sociale», l'ultimo posto a definire soltanto «l'attività bipartita delle parti sociali, sia essa indotta o meno dalle consultazioni ufficiali della Commissione ai sensi degli artt. 137 e 138 del Trattato» (ora artt. 153 e 154 TFUE) (sempre PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo*, cit., pp. 505-506).

[727] V. *infra*, §§ 7 e 8.

[728] V. *infra*, § 9.

[729] Cfr., per tutti, LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, 1999, sp. cap. IV.

riduttivo, posto che le materie oggetto di negoziazione – o, più ampiamente, i temi di confronto fra le parti – (che non sono soltanto riferiti al governo congiunto delle condizioni economiche e normative applicate alle imprese), la varietà dei testi negoziali prodotti e le stesse "arene" di svolgimento del dialogo sociale (si pensi a quei particolari "contenitori" del dialogo costituti dai comitati di settore per il dialogo sociale [730]), trovano soltanto parzialmente dei corrispettivi nei sistemi nazionali di relazioni industriali.

Da ciò deriva la difficoltà di un'applicazione rigida alle relazioni tra *partner* europei «del paradigma dell'autonomia collettiva e, specificamente, delle categorie del pluralismo e dell'autonomia collettiva» [731], non a caso foggiate sul modello del metodo negoziale classico di livello statuale (categoriale o intercategoriale) o endo-statuale (territoriale o aziendale); metodo attraverso il quale, tradizionalmente, si confrontano rappresentanze di interessi contrapposti. Ne consegue, come argomento *a fortiori*, che appare difficile, con riguardo ai prodotti del dialogo sociale, utilizzare gli schemi del diritto comune dei contratti, ai quali, soprattutto per il profilo dell'efficacia, la razionalizzazione giuridica dei fenomeni collettivi in ambito nazionale ha, invece, tradizionalmente - e, peraltro, discutibilmente - attinto[732].

Quel che si intende dire è che l'espressione contrattazione (o negoziazione) collettiva può pur essere utilizzata - e lo sarà anche nel prosieguo - come formula linguistica semanticamente ricompresa nella locuzione di dialogo sociale, purché la si adatti alle peculiarità del sistema di relazioni negoziali europee e non si finisca, attraverso quest'uso, per evocare concetti e categorie del diritto sindacale nazionale.

Il concetto di dialogo sociale europeo, infatti, richiama oggi, al contrario di ieri, un metodo di regolazione sociale reale e non solo virtuale, dotato di una giuridicità propria e peculiare all'ordinamento sovranazionale multilivello in cui viene utilizzato.

1.2. (segue)… storica (rinvio)

La non perfetta coincidenza dei sintagmi "dialogo sociale" e "contrattazione collettiva" si evidenzia pure osservando il ciclo evolutivo del dialogo sociale.

All'origine, l'utilizzo della locuzione "dialogo sociale" indicava l'atteggiarsi di prassi che tendevano a configurarsi (con riferimento a soggetti, metodo ed attività) in maniera differente rispetto alla contrattazione collettiva, fortemente impregnata di connotazioni tipiche nazionali.

La contrattazione collettiva, sia nella sua dimensione statica, sia nella sua dimensione dinamica, per come studiata e concettualizzata dalla scuola "pluralista" di Oxford[733], indicava, infatti, il metodo privilegiato della composizione dei conflitti di interessi tra sindacati dei lavoratori e datori di

---

730 V. *infra*, § 7.2.

731 PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo*, cit., pp. 504 e 513. Da ultimi, ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti*, cit., § 5.

732 Ancora LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 114 per il quale l'approccio giusprivatistico «trascura di considerare [che] l'ordinamento giuridico di riferimento è costituito per l'appunto, in primo luogo, dall'ordinamento *comunitario*, all'interno del quale la praticabilità di un ricorso al diritto comune dei contratti in funzione di strumento di razionalizzazione giuridica [...] risulterebbe quanto meno arduo». Per una critica alla riproposizione di tale approccio nell'ordinamento interno, a proposito delle recenti vicende legate al caso Fiat e all'accordo del 28.6.2011, si rinvia a CARUSO, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica e… cronaca,* di prossima pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I.

733 Si rinvia, per tutti, a CLEGG, FLANDERS, FOX, *La contesa industriale. Contrattazione, conflitto, potere nella scuola di Oxford*, Ed. lavoro, 1980.

lavoro nei diversi sistemi nazionali di relazioni industriali, facendo riferimento ad invarianti tipiche, riconducibili fondamentalmente alla struttura contrattuale collettiva propria di ogni ordinamento.

Nello spazio europeo, il riferimento al dialogo sociale indicava, rispetto alla contrattazione collettiva, una dimensione peculiare e specifica a basso indice di istituzionalizzazione, sotto il profilo sia dei soggetti, sia del metodo, sia dell'attività, in un contesto ordinamentale sottratto ai vincoli e ai condizionamenti del territorio nazionale: vale a dire, fuori dalla cornice condizionante dell'ordinamento statuale e operante all'interno di un ordinamento quello dell'Unione - dai confini, sia politici, sia giuridici, ancora in divenire.

Nel tempo, tale prassi si è venuta "condensando" sia dal punto di vista giuridico-istituzionale, sia nella sua dimensione funzionale; essa, pur mantenendo tratti di specificità riferibili, come si vedrà, alla cornice ordinamentale dell'Unione, ha assunto sembianze tali da consentire un discorso, che, pur scontando la diversità di strumenti (*tools*), contenuti e arene, può essere ricostruito in forma unitaria; anche nel caso del dialogo sociale può essere richiamato il motto che era stato prescelto per l'UE nel defunto trattato costituzionale: l'unità nella diversità.

Tutto ciò consente una ulteriore e decisiva messa a punto preliminare, relativa alla categoria del dialogo sociale e riguardante, in particolare, la sua *funzione*.

1.3. (segue) …e "funzionale"

Pure in tal caso ci troviamo di fronte a un ulteriore elemento di eccentricità dell'ordinamento europeo che si costituisce anche mediante il dialogo sociale; esso è connotato ancora una volta, dalla unità del fenomeno nella pluralità di funzioni: il dialogo sociale, nella accezione lata che se n'è data, svolge, infatti, contemporaneamente una funzione di *governance istituzionale*, nonché di *governance autonoma* delle relazioni tra gli attori sociali europei che vi si coinvolgono.

a) Per quel che riguarda la *governance* istituzionale, è condivisibile l'idea - oggi confermata dal nuovo art. 152 TFUE - che lo studio dei rapporti negoziali fra le parti sociali a livello dell'Unione, debba orientarsi - come è stato suggerito – verso un confronto con la scienza e la grammatica politica, le quali appaiono particolarmente idonee a decodificare e a leggere compiutamente alcuni aspetti del funzionamento del dialogo sociale europeo[734].

È, infatti, da evidenziare la novità più saliente del nuovo art. 152 TFUE. Tale disposizione individua il soggetto attivo della promozione del dialogo sociale, operando una traslazione *dalla Commissione all'Unione,* vale a dire, coinvolgendo nel processo tutte le istituzioni europee: Consiglio, Parlamento ma anche - elemento poco sottolineato sin ora - Corte di giustizia europea, il cui rapporto con il dialogo sociale è stato di recente problematico[735]; la disposizione conferisce, inoltre, *status* di diritto primario al più importante strumento della concertazione trilaterale, il Summit sociale tripartito. Lo stesso dibattito istituzionale interno all'Unione, su impulso della Commissione, manifesta, per altro, la tendenza a innestare, progressivamente, il dialogo sociale nella

---

[734] Sempre PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo*, cit., *passim*.

[735] V. *infra*, § 10.

prospettiva della *"governance istituzionale", concetto*, per l'appunto, di origine eminentemente politologica[736].

Già all'indomani del Consiglio europeo di Laeken, la Commissione – nella propria Comunicazione del 2002 su "*Il dialogo sociale europeo, forza di modernizzazione e cambiamento*"[737] - dà corpo alle proprie idee sul futuro del dialogo, ritenendo che esso abbia un «ruolo centrale e originale nella *governance* democratica dell'Europa» e che il coinvolgimento attivo delle parti sociali nel processo decisionale dell'Unione e delle sue istituzioni sia da considerarsi «strumento per una migliore *governance* dell'Unione allargata e forza motrice delle riforme economiche e sociali». Tutto ciò in linea – sempre secondo la Commissione – con quanto richiesto dal "Libro bianco sulla *governance* europea"[738]. Trasferire il metodo negoziale concertativo dall'arena sociale autodeterminata, all'arena politica etero o co-determinata, appare, nella visione della Commissione, proficuo esercizio di *governance* democratica secondo il modello deliberativo[739].

La prospettiva indicata trova un preciso suggello normativo nel nuovo art. 152 TFUE.

Benché, infatti, i redattori del TL abbiano fatto una scelta diversa rispetto a quella compiuta col Trattato costituzionale (da ora in poi: TC) - optando per la collocazione dell'articolo sul dialogo nel Titolo dedicato alla Politica sociale invece che nella parte dedicata alla vita democratica dell'Unione (il Titolo II del TUE)[740] -, pare del tutto in linea con una interpretazione sistematica dei nuovi testi, tesa a valorizzare la *governance* istituzionale partecipata, una lettura dell'art. 152 TFUE in combinato disposto con l'art. 11 del TUE e, in particolare, con i suoi commi 2 e 3[741]. In questi ultimi si prevede che «le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile» e che «al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate». Una lettura combinata delle due disposizioni (art. 11 TUE e art. 152 TFUE)

---

[736] *Id.*, p. 513. La prospettiva del legame tra dialogo sociale e *governance* europea era già suggerita da BRANCH, *The Evolution of the European Social Dialogue Towards Greater Autonomy: Challenges and Potential Benefits*, *Int. Journ. Comp. Lab. Law*, 2005, pp. 322-323. Sul coinvolgimento delle parti sociali come modalità di affermazione di nuovi modelli di *governance* europea v. pure PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, *Studi sull'integrazione europea*, 2010, sp. pp. 155-156, per la quale il recupero in senso autonomistico del dialogo fra le parti sociali, più che essere espressione di una "presa di coscienza" dell'autonomia delle stesse, sarebbe pressoché interamente etero-indotto - e lo sarebbe proprio nella prospettiva del rinnovamento della *governance* europea -, al punto tale che il rapporto tra l'attuale regolazione positiva del dialogo nel diritto primario dell'Unione e il sistema di relazioni industriali europee potrebbe essere descritto come un «sistema di "spinte eteronome verso soluzioni autonome"» (p. 156).

[737] Cit. alla nota 8.

[738] COM (2001) 428 def., del 5.8.2001. La prospettiva della *governance*, già evocata dalla COM (2002) 341 def., è ribadita dalla successiva COM (2004) 557 def. Sul nesso fra le prime due Comunicazioni e sui legami fra relazioni industriali europee, dialogo sociale e *governance*, v. pure CELLA, Governance *europea, rappresentanza democratica, relazioni pluralistiche*, in BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolazione. Il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, 2006, p. 51.

[739] Si rinvia ad ALES, BARBERA, GUARRIELLO, *Lavoro,* welfare *e democrazia deliberativa,* Giuffrè, 2010.

[740] Nel TC la disposizione sul dialogo sociale (art. I-48) era, infatti, inserita nel tit. VI - dedicato a "*La vita democratica dell'Unione*" - subito dopo le due disposizioni (artt. I-46 e I-47) riguardanti il "*principio della democrazia rappresentativa*" ed il "*principio della democrazia partecipativa*"; le due disposizioni sono state travasate dai redattori del TL negli artt. 10 e 11 TUE.

[741] Per una prima lettura della equivalente disposizione del TC in questo senso v. VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, *Riv. giur. lav*., 2006, p. 475; ora CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 81/2010; *Rass. dir. pubb. eur*., 2010, p. 3; v. anche PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo*, cit., p. 157. Sulla nuova *governance* europea, oltre al riferimento d'obbligo al *Libro Bianco sulla* governance *europea*, cit. *retro* alla nota 30, bastino i riferimenti a VALVO, *Contributo allo studio della governance europea*, Milano, 2005 e FERRARESE, *La governance tra politica e diritto,* il Mulino, 2010.

consente di radicare il "dialogo sociale" e la "consultazione delle parti" sociali nel principio di democrazia partecipativa, nella sua evoluzione deliberativa, trasformando sia l'uno che l'altra in veri e propri strumenti della *governance istituzionale* europea[742]. Con riguardo a principi basilari della costruzione europea, questa lettura appare quella che meglio inveri il principio di sussidiarietà orizzontale[743].

b) La diversa collocazione sistematica che i redattori del TL hanno scelto per la nuova disposizione - rispetto a quella che era stata, invece, prescelta nel TC - non consente, tuttavia, di ricondurre la nuova norma sul dialogo soltanto alla prospettiva della *governance istituzionale*; tale diversa collocazione la rende pregna di significato anche da tutt'altra prospettiva (senza per questo che ne venga meno la unità strutturale): quella della *governance autonoma.*

Collocata quasi all'inizio del titolo sulla "politica sociale", a ridosso delle due disposizioni storiche sul dialogo (gli artt. 154 e 155 TFUE), la norma appare come un tentativo di sintesi delle due modalità di dialogo considerate in quelle norme: il dialogo "istituzionale", legato al cosiddetto "procedimento integrato" (di cui appresso si dirà e) il cui prodotto è rappresentato dalla contrattazione collettiva "tipica"[744], e le forme "volontarie" e "autonome" di dialogo, che gli attori sociali possono, discrezionalmente, intraprendere ai vari livelli da essi stessi prescelti.

Di tutto rilievo appare la circostanza che la nuova disposizione incanali, infatti, il dialogo sociale europeo verso una maggiore autonomia e indipendenza rispetto al dialogo "codificato" nell'art. 154 TFUE; ciò lascia intravedere un progressivo affrancamento del dialogo tra le parti sociali dalla forma di partecipazione degli attori sociali all'attività di produzione normativa dell'Unione in materia sociale istituzionalizzate da quest'ultima disposizione[745].

C'è chi si chiede, forse pleonasticamente, se tale valorizzazione della dimensione "autonoma" del dialogo sociale, nel nuovo art. 152 TFUE, sia effettivamente legata all'avvenuto sviluppo, nella prassi dell'ultimo decennio, di forme "volontarie" e "autonome" di negoziazione collettiva [746] o

---

[742] Cfr. GIUBBONI, MILITELLO, *"Titolo Politica sociale"*, di prossima pubblicazione in CURTI, GIALDINO (a cura di), *Commentario al Trattato sull'Unione Europea ed al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, Edizioni Giuridiche Simone, 2011. In generale, sugli elementi di democrazia partecipativa presenti nei Trattati, anche dopo il TL, v. DE MARCO, *Elementi di democrazia partecipativa*, in BILANCIA, D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2009, p. 39.

[743] Si rinvia ad ARMSTRONG, *Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance, Eur. Law Journ.,* 2002, 8,1, p. 102; DE JESÚS BUTLER, *Non-governmental Organisation Participation in the EU Law-making Process: The Example of Social Non-governmental Organisations at the Commission, Parliament and Council, ibidem*, 2008, 14,5, p. 558.

[744] LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 2007, p. 551.

[745] PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale*, cit., sp. pp. 151-156, ma *passim*. Secondo l'Autrice, per come prefigurato dalla nuova disposizione – e cioè collegato al principio di democrazia partecipativa e, pertanto, finalizzato anche alla riduzione del deficit democratico dell'Unione e al miglioramento della sussidiarietà orizzontale – il dialogo fra le parti sociali si sarebbe solo trasformato da "risorsa regolativa" dell'ordinamento dell'U.E (LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., *passim*) a "risorsa di legittimazione democratica". Il recupero in senso autonomistico del dialogo sociale sarebbe pressoché interamente etero-indotto, al punto tale che il rapporto tra regolazione positiva del dialogo nel diritto primario dell'Unione e sistema di relazioni industriali europee potrebbe essere descritto come un «sistema di "spinte eteronome" verso soluzioni autonome» Ma la sua promozione rientrerebbe, pur sempre, in una precisa volontà delle istituzioni comunitarie di auto-limitarsi, sia pure, questa volta, al fine di migliorare la *governance* europea. Secondo l'opinione riferita, il nuovo art. 152 TFUE non renderebbe di facile prognosi lo sviluppo di un dialogo sociale genuinamente autonomo, capace di esprimere una "reale dialettica contrattuale" fra le parti sociali né quello di un indipendente e genuino sistema di relazioni industriali a livello europeo.

[746] V. *amplius* i §§ 7 e ss.

se, al contrario, essa sia esclusivamente dipesa da un *input* eteronomo, proveniente dai redattori del TL (e prima ancora del TC) e legato ad interessi verticisti dell'Unione e delle sue istituzioni, che hanno visto nel riconoscimento del dialogo una "necessità istituzionale", una modalità di rinnovamento della *governance* europea [747].

Qualunque la genesi, non cambia molto il constatare che il dialogo sociale mentre democratizza la *governance* istituzionale europea, contemporaneamente si muove in una sfera, autonoma e parallela, di autoregolazione volontaria: anche in tal caso dialogo sociale istituzionale e dialogo sociale autonomo non vanno considerati come una irriducibile endiadi, ma come un'espressione dello stesso fenomeno di regolazione unitaria ma differenziata; vuoi in ragione del metodo (a cui fa riferimento l'art. 154 in un caso, l'art. 155 nell'altro), vuoi dei contenuti (limitata nelle competenze nell'un caso, libera nell'altro).

Se si mette da parte un "monolitico" punto di vista istituzionale e si stemperano artificiosi dualismi, adottando la prospettiva più eclettica e plurale dell'ordinamento europeo, ci si avvede che dialogo sociale istituzionale e dialogo sociale autonomo sono due facce della stessa medaglia (due funzioni che implicano metodi differenziati) riconducibili all'unità del composito modello sociale europeo; in tal modello (come del resto in tutti i sistemi nazionali ove concertazione e contrattazione hanno convissuto non negandosi in relazioni oppositive, ma integrandosi in ragione delle diverse ma convergenti funzioni svolte) concertazione istituzionale e negoziazione collettiva autonoma sono modalità diverse di realizzazione della medesima regolazione sociale multilivello.

Se la norma viene riguardata anche da questa prospettiva, essa non appare soltanto il prodotto di un *arretramento spontaneo* delle istituzioni dell'Unione a vantaggio delle parti sociali, ma anche il frutto di un *progressivo e ineluttabile bilanciamento* in termini di rilevanza quantitativa e di *iusses* trattate, tra i due metodi; ciò è avvenuto in ragione di uno *spontaneo avanzamento* di forme diverse di "*autonomous social dialogue*" a livello europeo che non si contrappongono ma si giustappongono al metodo regolativo del dialogo istituzionale e, se si vuole, più tradizionale.

A tali nuove forme di dialogo autonomo le istituzioni dell'Unione (e in special modo la Commissione) guardano, da qualche anno, con inusitato interesse proprio in ragione del fatto che esse, lungi dal contrapporsi al metodo più istituzionalizzato, ne costituiscono il completamento funzionale. È, pertanto, verosimile che la disposizione in questione – già presente, sia pure con diversa collocazione, nel TC – costituisca, in qualche modo, un riconoscimento del completamento (in ragione dell'avvio nella prassi della regolazione autonoma) del circuito della regolazione sociale europea affidata alle parti sociali.

Se proprio si vuole individuare una *ratio* nel art. 152 TFUE, che si confronti con le monolitiche e criticate letture, può dirsi che la disposizione segna il superamento della originaria funzionalizzazione del dialogo fra le parti sociali agli interessi verticisti dell'Unione (ieri, il coinvolgimento delle parti sociali nell'attività normativa in materia sociale; oggi, lo sviluppo di nuove forme di *governance* e di processi virtuosi in senso democratico nell'Unione), in ragione di un ulteriore riconoscimento formale di modalità di dialogo sociale "volontarie" ed "autonome", diverse dalla forma istituzionalizzata dall'art. 154 TFUE (la contrattazione collettiva "istituzionale"); modalità non

[747] È questa l'opinione di PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale*, cit., pp. 153-154.

contrapposte ma giustapposte e riconducibili entrambe alla categoria comprensiva del dialogo sociale.

Tale riconoscimento si aggiunge, rafforzandolo, a quello già presente nell'art. 155, § 1, TFUE, nel quale è stato individuato il «punto di tangenza» fra ordinamento giuridico dell'Unione e sistema di regolazione sociale autonomamente generato dal sistema di relazioni industriali europee [748].

Si aggiunge pure - se si vuole assumere una visione "a tutto tondo" delle novità oggi introdotte dal TL – al riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva come diritto sociale fondamentale, la cui garanzia è ormai posta al livello del diritto primario dell'Unione (art. 6 TUE; art. 28 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.).

Il dialogo sociale – nelle sue variegate forme e funzioni ("risorsa regolativa"; "risorsa di legittimazione democratica" e strumento di *governance* europea; modello autonomo di regolazione sociale) – esce, così, complessivamente rafforzato e unitariamente inteso nel diritto dei Trattati, divenendo elemento chiave della strategia sociale dell'Unione e tratto identificativo del modello sociale europeo [749].

Il fatto che una norma europea primaria, di rango costituzionale, faccia poi riferimento esplicito alla negoziazione collettiva, come specifico diritto sociale europeo, lascia intendere come la negoziazione collettiva, pur nel più ampio contenitore del dialogo sociale, assuma, in ogni caso, particolare e specifica valenza di metodo tradizionale di governo congiunto delle relazioni industriali e di componimento degli interessi.

A tale attività, contenuto saliente di un diritto sociale tipico, va pertanto riservata una particolare trattazione sistematica.

2. Le tre possibili declinazioni della contrattazione collettiva nell'ordinamento dell'U.E.: a) come diritto sociale, b) come fonte, c) come attività volontaria ed autonoma

Nel considerare le norme che, nell'ordinamento dell'U.E, fanno riferimento alla contrattazione (o alla negoziazione) collettiva e al dialogo appare legittimo operare una distinzione fra la contrattazione *come diritto* e la contrattazione *come fonte.* A tale bipartizione giuridico-formale, *lo studio empirico* della prassi delle relazioni negoziali a livello di U.E. suggerisce, tuttavia, di aggiungere una terza declinazione: la contrattazione collettiva *come attività volontaria ed autonoma.*

a) Il riconoscimento della contrattazione collettiva *come diritto sociale* è comparso per la prima volta nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata nel 1989 a Strasburgo (art. 12[750]), che ha inserito tale riconoscimento nella triade di norme dedicate alla

---

[748] COMANDÈ, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT – 76/2010*, p. 13.

[749] Cfr. VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 476.

[750] «*I datori di lavoro o le organizzazioni dei datori di lavoro da un lato e le organizzazioni dei lavoratori dall'altro hanno il diritto, alle condizioni previste dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, di negoziare e concludere contratti collettivi. Il dialogo che deve instaurarsi tra le parti sociali a livello europeo può giungere, se esse lo ritengono auspicabile, a rapporti contrattuali, soprattutto su scala interprofessionale e settoriale*».

"libertà di associazione e contrattazione collettiva" (artt. 11-13), comprendenti anche il riconoscimento del diritto di azione collettiva ed, in particolare, di sciopero.

Si trattò, tuttavia, di un riconoscimento più "politico" che "giuridico", i cui tratti di giuridicità furono accentuati dal Trattato di Amsterdam del 1997 nella seppur debole formulazione dell'art. 136, § 1, TCE, il quale previde (al pari dell'attuale art. 151, § 1, TFUE) che i diritti sociali fondamentali definiti nella Carta comunitaria, assieme a quelli riconosciuti dalla Carta sociale europea firmata a Torino nel 1961 [751], dovessero essere "tenuti presenti" [752] dalla Comunità e dagli Stati membri[753].

Un successivo suggello al diritto di negoziazione collettiva è stato apposto dalla Carta di Nizza, la quale, con formulazione analoga a quella contenuta nella Carta comunitaria del 1989, ha riconosciuto, come si è visto, che «*i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero*» (art. 28: Diritto di negoziazione e di azioni collettive).

La circostanza che, con il TL, la Carta sia stata finalmente «"battezzata" alla fonte della efficacia giuridica» [754] e collocata allo stesso livello dei Trattati istitutivi (art. 6 TUE) ha finalmente attribuito a quest'ultima disposizione il rango di diritto primario dell'Unione. La contrattazione collettiva (assieme al diritto di azione collettiva) è, così, diventata oggetto di un diritto sociale fondamentale riconosciuto dall'ordinamento dell'U.E. al suo massimo livello: quello, appunto, dei Trattati istitutivi.

---

[751] L'art. 6 della Carta sociale europea del 1961 (revisionata a Strasburgo il 3.5.1996) prevede che «*per garantire l'effettivo esercizio del diritto di negoziazione collettiva, le Parti s'impegnano: 1. a favorire consultazioni paritetiche tra lavoratori e datori di lavoro; 2. a promuovere, qualora ciò sia necessario ed utile, le procedure di negoziazione volontaria tra i datori di lavoro e le organizzazioni di datori di lavoro da un lato e le organizzazioni di lavoratori d'altro lato, per disciplinare con convenzioni collettive le condizioni di lavoro; 3. a favorire l'istituzione e l'utilizzazione di adeguate procedure di conciliazione e di arbitrato volontario per la soluzione delle vertenze di lavoro; e riconoscono: 4. il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro d'intraprendere azioni collettive in caso di conflitti d'interesse, compreso il diritto di sciopero, fatti salvi gli obblighi eventualmente derivanti dalle convenzioni collettive in vigore*».

[752] Malgrado la loro differente natura giuridica, le due Carte (dichiarazione o documento politico interamente attinente all'ordinamento dell'Unione, la Carta comunitaria; atto di diritto internazionale avente la stessa forza di un trattato internazionale, in quanto tale fonte di obblighi per gli Stati contraenti a livello internazionale, ma non di diritti soggettivi in capo ai singoli individui, la Carta sociale) sono state entrambe considerate "documenti non vincolanti", benché nel tempo abbiano assunto un (sia pur limitato) rilievo giuridico attraverso (a) l'interpretazione giurisprudenziale della CGUE e (b) il richiamo ad esse operato dall'art. 136 TCE (nella formulazione successiva al Trattato di Amsterdam). Sul valore meramente politico e programmatico della Carta comunitaria del 1989 v., per tutti, BERCUSSON, *La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali. Obiettivi e strumenti*, *Lav. dir.*, 1991, p. 317; HEPPLE, *The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights*, *Mod. Law Rev.,* 1990, p. 643; WATSON, *The Community Social Charter*, *Common Market Law Rev.*, 1991, p. 37. Per la dottrina italiana bastino i riferimenti a DE LUCA M., *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, *Foro it.*, 1990, V, c. 129; LA MACCHIA, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 1990, p. 769.

[753] Sull'art. 136, § 1, TCE, come tappa intermedia del processo di riconoscimento dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, v., per tutti, GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, *Quad. dir. lav. rel. ind*., 2004, p. 9.

[754] Si mutua l'espressione da CELOTTO, PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, *Giur. it*., p. 427.

Se si conviene sull'effetto di costituzionalizzazione implicita che il TL avrebbe operato sui diritti riconosciuti dalla Carta, si può persino ritenere che – nel sistema di protezione multilivello dei diritti fondamentali [755] - il diritto di contrattazione collettiva sia ormai diventato *un diritto di rango costituzionale* dell'ordinamento dell'U.E., pari-ordinato alle libertà economiche associate al libero scambio e sancite dai Trattati sin dal periodo della genesi della Comunità Economica Europea (libertà di stabilimento, di prestazione di servizi e di circolazione di capitali e merci)

Se si guarda, invece, al diritto secondario, ci si avvede che, rispetto ad altri diritti di natura collettiva – ed in particolare ai diritti di informazione, consultazione e partecipazione – il diritto di contrattazione (come anche quello di azione collettiva) non ha mai ricevuto esplicito riconoscimento.

Nonostante, a partire dagli anni '60, la Commissione abbia promosso studi sulla contrattazione collettiva nei diversi sistemi nazionali, per elaborare analisi comparative finalizzate ad una eventuale regolamentazione (di rango secondario) del contratto collettivo europeo, nessuna considerazione del fenomeno e del relativo diritto si è avuta nelle direttive che sono state adottate[756], sin dagli anni '70, in materia sociale. Da quel decennio in poi, la regolazione dei fenomeni collettivi si è piuttosto concentrata sulla disciplina dei diritti di coinvolgimento (Dir. 2001/86/CE; 2002/14/CE; 2003/72/CE) e dei soggetti che ne sono titolari (comitati aziendali europei: Dir. 1994/45/CE e Dir. 2009/38/CE). Su tali diritti, diversamente da quanto è avvenuto in materia di contrattazione collettiva, si è stratificata, nel corso dei decenni, una disciplina assai ampia ed articolata[757].

Lo stato di squilibrio che, nella considerazione dei diritti collettivi di lavoro, ha interessato i diritti di informazione e di consultazione, da una parte, ed il diritto di contrattazione collettiva (e di sciopero), dall'altra, è certamente dipeso dalla incerta reperibilità di una base giuridica di intervento sulla contrattazione collettiva. Quest'ultima, anche dopo l'Accordo sulla Politica Sociale (APS) allegato al Trattato di Maastricht, non è stata espressamente ricompresa fra le materie sociali di possibile intervento dell'Unione ed è altresì noto come i diritti di associazione, di sciopero e di serrata siano del tutto esclusi dal novero delle competenze dell'U.E. (art. 153 TFUE).

E tuttavia, la questione della base giuridica di un intervento sulla contrattazione collettiva – ultimamente ripropostasi con riguardo alla contrattazione collettiva transnazionale in occasione di recenti analisi e studi promossi in materia dalla Commissione [758] - avrebbe potuto (e potrebbe tutt'oggi) trovare una soluzione adeguata, come meglio si spiegherà nel § 9.

---

[755] A partire dalla nota teoria della *Multilevel Constitution* di PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited? Comm. Market Law Rev.*, 1999, p. 703, il tema della "tutela multilivello" dei diritti è stato poi ripreso da vari AA.: cfr. i diversi contributi raccolti nel volume a cura di BILANCIA, DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, 2004; SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti* (Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 22-23 ottobre 2004), *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 79; RUGGERI, *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione "multilivello" del sistema delle fonti*, (Relazione al Convegno su Multilevel constitutionalism *tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati: 'nuove' frontiere per 'nuovi' diritti*, Cosenza 19 ottobre 2007), *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2007, p. 65; *Id., La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, *Pol. dir.*, 2007, p. 317; BILANCIA P., 2006, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it.

[756] GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario*, cit., p. 130.

[757] Sulle tre fasi di sviluppo della normativa dell'Unione in materia di coinvolgimento si rinvia ad ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa: informazione, consultazione, partecipazione*, in *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea,* diretto da AJANI G., BENACCHIO G.A., vol. V, *Il lavoro subordinato* (a cura di SCIARRA, CARUSO), Giappichelli, 2009, p. 641.

[758] V. *infra*, § 5.3.

In sintesi, se nel diritto primario dell'Unione lo squilibrio fra diritti di informazione e di consultazione, da una parte, e diritto di contrattazione collettiva e di sciopero, dall'altra, è stato superato dall'attribuzione dello "stesso valore giuridico dei Trattati" alla Carta di Nizza - nella quale *tutti* i diritti tipicamente riguardanti i fenomeni collettivi (e fra questi anche quello di negoziazione) sono riconosciuti in apertura del Capo IV, dedicato alla "Solidarietà" (artt. 27 e 28) - non altrettanto è avvenuto, sino ad oggi, nel diritto derivato.

Si tratta di una lacuna che andrebbe opportunamente colmata, soprattutto in relazione ad alcune forme emergenti di contrattazione collettiva e, segnatamente, alla negoziazione collettiva transnazionale. È evidente che, pur all'interno di un modello di intervento promozionale, piuttosto che regolativo, le tecniche *auxiliary* dovrebbero misurarsi con la specificità di soggetti, di contenuti e di regimi di efficacia, che l'attività negoziale assume a livello transnazionale, non potendosi mutuare *d'emblée* i modelli nazionali (per altro differenziati) di legislazione di sostegno.

b) Come nella maggior parte dei sistemi nazionali, anche nell'ordinamento dell'Unione si è inoltre affermata, ed è stata ad un certo punto riconosciuta dal diritto primario, «una progressiva equiparazione della *fonte contrattuale* a quella legale in tema di regolazione sociale» [759].

Benché tale equiparazione abbia trovato riscontro nei Trattati istitutivi soltanto dopo Maastricht (1992), già nel 1986-1987 l'Atto Unico europeo (AUE) affidava alla Commissione il compito di promuovere il dialogo tra le parti sociali, prevedendo la possibilità che esso sfociasse, qualora queste lo ritenessero opportuno, in «relazioni convenzionali» [760].

Certo, non si trattò, allora, di un espresso riconoscimento della contrattazione collettiva come fonte - cioè come "risorsa regolativa"[761] dell'ordinamento dell'Unione – ma, sicuramente, ciò costituì una prima, e già indicativa, attestazione di rilievo istituzionale del metodo, diacronicamente contigua all'esperienza degli incontri inaugurati, nel 1985, a *Val Duchesse* [762].

È, tuttavia, con la redazione del "capitolo sociale" dell'APS allegato al Trattato di Maastricht che la contrattazione collettiva è stata a pieno titolo coinvolta nel processo di formazione del diritto secondario dell'U.E. nel settore della politica sociale, al punto che si è attribuito al Trattato di Maastricht il valore di «evento rivoluzionario nel sistema delle fonti del diritto comunitario» [763].

Come meglio si vedrà, l'art. 3 dell'APS ha, infatti, precostituito un vero e proprio "procedimento integrato" [764], che, coinvolgendo parti sociali e Commissione nel processo di formazione della legislazione secondaria in materia sociale, ha suggellato, nell'ordinamento dell'U.E., la presenza di una contrattazione collettiva "istituzionale" o "tipica". Quest'ultima, nelle forme e nei modi oggi

---

[759] C.vo nostro. ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 455. Si rinvia a Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa, DLRI,* 2006, 112, p. 581 ss.

[760] L'AUE inseriva nel Trattato CEE l'art. 118 B: «La Commissione si sforza di sviluppare a livello europeo un dialogo tra le parti sociali, il quale possa sfociare, se esse lo ritengono opportuno, in relazioni convenzionali».

[761] LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., *passim*.

[762] V. *infra*, § 3.

[763] APARICIO TOVAR, *Contrattazione collettiva e fonti comunitarie*, in BAYLOS, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro*, cit., p. 174.

[764] L'espressione – utilizzata da SCHNORR, *I contratti collettivi*, cit., p. 328 – è ripresa da COMANDÈ, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo*, cit., *passim*.

previsti dall'art. 154 TFUE (rimasto identico al vecchio art. 3 dell'APS), è divenuta, a pieno titolo, fonte di produzione di regole nel settore della politica sociale [765].

Ciò, per un verso, ha prodotto una «alterazione dei connotati della contrattazione come atto di autonomia», della quale si sono privilegiati «i caratteri di strumento ausiliario di regolazione pubblica»[766]; per altro verso, ha operato un significativo riconoscimento del principio di sussidiarietà, applicato nella sua accezione orizzontale sul terreno del diritto sociale, ossia, come criterio di riparto fra la sfera istituzionale e quella sociale [767]. Circostanza, quest'ultima, che ha finito per rendere l'attività normativa dell'Unione in materia sociale «doppiamente sussidiaria» e «doppiamente limitata»: dagli Stati membri e dalle parti sociali [768].

Più di recente - in coincidenza cronologica con lo sviluppo di forme "volontarie" ed "autonome" di contrattazione - Parlamento, Consiglio e Commissione hanno concluso un Accordo interistituzionale sugli strumenti di regolamentazione normativa [769], includendo gli accordi fra le parti sociali fra i "metodi di regolamentazione alternativi": la "co-regolamentazione" [770] e l' "autoregolamentazione" [771] . Secondo tale Accordo, in applicazione dei principi generali di sussidiarietà e di proporzionalità, tali metodi potranno essere utilizzati qualora i Trattati istitutivi non prescrivano specificamente il ricorso a determinati strumenti legislativi. La Commissione si è altresì impegnata a garantire che il ricorso ai metodi di regolamentazione alternativi sia sempre conforme al diritto dell'U.E. e che essi rispettino i criteri della trasparenza (con particolare riguardo alla pubblicità degli accordi) e della rappresentatività delle parti interessate [772].

Anche nelle nuove vesti che la contrattazione collettiva ha assunto in tempi recenti, gli accordi fra le parti sociali – ed, in particolare, gli accordi "autonomi" - vengono, così, configurati come possibili fonti di regole a livello dell'Unione, benché qualitativamente diversi dagli accordi "prelegislativi" legati al "circuito istituzionale", *ex* art. 154 TFUE.

---

[765] *Contra* APARICIO TOVAR, *Contrattazione collettiva*, cit., sp. p. 191, per il quale «il contratto collettivo previsto dall'APS non può essere qualificato in termini di fonte del diritto comunitario (…): l'elenco tassativo delle fonti comunitarie di cui all'art. 189 TCE (*ndr*: attuale art. 288 TFUE) rimane impregiudicato dall'APS», mentre fonte di norme sarebbe soltanto l'atto del Consiglio.

[766] ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 474; cfr., *ex aliis*, SCIARRA, *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in DAVIES, LYON-CAEN, SCIARRA, SIMITIS (eds.) *European Community Labour Law. Principles and Perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 189; LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit.

[767] Cfr. ARRIGO, *Principio di sussidiarietà e politica sociale nell'Unione europea*, in NAPOLI (a cura di) *Europa, Stato sociale,* Vita e pensiero, 2003, p. 3.

[768] APARICIO TOVAR, *Contrattazione collettiva, cit., p. 182; Sulla "doppia sussidiarietà" introdotta dall'APS v*., per tutti, ARRIGO, *Politiche sociali comunitarie*, in BAYLOS, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro*, cit., pp. 259 ss.; CASAS BAAMONTE, *"Doble" principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ambito social*, *Relaciones laborales*, 1993, p. 49.

[769] Accordo interistituzionale "*Legiferare meglio*", *Gazzetta ufficiale* C 321 del 31.12.2003.

[770] Secondo l'Accordo interistituzionale, «si intende per coregolamentazione il meccanismo mediante il quale un atto legislativo comunitario conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dall'autorità legislativa ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore (in particolare agli operatori economici, *alle parti sociali*, alle organizzazioni non governative o alle associazioni)» (c.vo nostro).

[771] Sempre secondo l'Accordo interistituzionale, «per autoregolamentazione si intende la possibilità lasciata agli operatori economici, alle *parti sociali*, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare tra di loro e per sé stessi orientamenti comuni a livello europeo (in particolare *codici di condotta o accordi settoriali*)» (c.vi nostri).

[772] L'Accordo interistituzionale prosegue chiarendo che il ricorso ai metodi di regolamentazione alternativi «deve rappresentare un valore aggiunto per l'interesse generale e che tali meccanismi non si applicano se sono in gioco diritti fondamentali o scelte politiche importanti, oppure nelle situazioni in cui le regole devono essere applicate uniformemente in tutti gli Stati membri. Essi devono assicurare una regolamentazione rapida e flessibile che non incida sui principi di concorrenza né sull'unicità del mercato interno».

c) Soprattutto a partire dal 2000 si è, infine, assistito ad un crescente sviluppo di forme "volontarie" e "autonome" di contrattazione collettiva: da un lato, *indipendenti dall'iniziativa della Commissione* (e, dunque, dal "procedimento integrato" di cui all'art. 154 TFUE) e ascrivibili piuttosto all'art. 155, § 1, TFUE; dall'altro, *autonomamente attuate* dagli attori collettivi, a prescindere, cioè, dalla "decisione" del Consiglio cui fa riferimento l'art. 155, § 2.

La prospettiva di un dialogo sociale europeo maggiormente "autonomo" era stata aperta dalle parti sociali durante il Vertice di Laeken del dicembre 2001[773] e si è, di fatto, concretizzata in varie forme proprio a partire dall'inizio di quel decennio.

Tale «spostamento qualitativo della natura del dialogo sociale verso una maggiore autonomia» [774] veniva riconosciuto dal TC del 2004 (art. I-48 TC), dal quale i redattori del TL hanno ricavato, come si è visto, il nuovo art. 152 TFUE.

La tendenza allo sviluppo di forme "volontarie" e "autonome" di contrattazione ha trovato inoltre conferma in una serie di studi promossi dalla Commissione a partire dalla seconda metà del decennio passato: in primo luogo, il *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* del 2006[775] e, da ultimi, il già richiamato *Documento di lavoro dei servizi della Commissione sul funzionamento e sul potenziale del dialogo sociale settoriale a livello europeo*[776] e i due Rapporti sulle Relazioni industriali del 2008 e del 2010[777].

Lo sviluppo di forme nuove di dialogo "volontarie" e "autonome", avvenuto in una fase successiva a quella della sua "codificazione" nel diritto primario, suggerisce, come già anticipato, di adottare una terza declinazione del fenomeno della contrattazione in ambito europeo: quella di contrattazione collettiva come *attività*; il suo esercizio costituisce anch'esso oggetto di un diritto sociale (il diritto di negoziazione), ma dal cui svolgimento derivano spesso testi negoziali differenti dagli accordi collettivi *ex* art. 154 TFUE, non soggetti, come si vedrà, alle limitazioni di competenze che interessano questi ultimi.

Appare, a questo punto, opportuno ritornare al dialogo sociale, approfondendone la genesi e lo sviluppo storico.

---

[773] In quell'occasione, le parti sociali presentarono un proprio "contributo comune" (ETUCI UNICEICEEP, *Joint contribution by the social partners to the Laeken Eumpean Council,* 7 December 2001), manifestando la volontà di spingere il dialogo sociale verso una maggiore "autonomia". L'intento veniva ribadito nel primo programma di lavoro congiunto pluriennale relativo al periodo 2003-2005 (ETUC, CEEP e UNICEJUEAPE, *Work programme of the European social partners 2003-2005,* Brussels, 2002). La stessa Commissione, nel Libro bianco sulla *Governance* europea [COM(2001) 428 def. del 5 agosto 2001], aveva già sottolineato la necessità di «sollecitare ancor più le parti sociali a servirsi dei poteri loro conferiti dal trattato di concludere accordi su base volontaria».

[774] COM (2004) 557, punto 3.1.

[775] *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* redatto dal gruppo di esperti incaricato dalla Commissione e coordinato da Edoardo Ales (ALES, ENGBLOM, JASPERS, LAULOM, SCIARRA, SOBCZAK, VALDÉS DAL-RÉ, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, 2006).

[776] Cit., *retro*, alla nota 16.

[777] *Industrial Relations in Europe 2008 e Industrial Relations in Europe 2010*, sp. cap. 6 (*European social dialogue developments 2008-10*). Entrambi i Rapporti sono visionabili consultando il sito http://ec.europa.eu.

3. L'evoluzione del dialogo sociale. La prima fase: dal "processo di Val Duchesse" (1985) all'Atto Unico Europeo (1986)

Secondo studi recenti [778], l'evoluzione storica del dialogo sociale può essere suddivisa in tre fasi: la fase iniziale (1985-1991), che vede l'origine del cd. "dialogo sociale europeo" a *Val Duchesse* ed il suo primo formale riconoscimento nei Trattati con l'AUE del 1986; la fase del consolidamento e della "codificazione" (1992-2001), corrispondente alla sottoscrizione dell'APS e al suo successivo inserimento nel TCE, avvenuto con il Trattato di Amsterdam; infine, la fase che segue la Dichiarazione di *Laeken* del 2001, testo all'interno del quale le parti sociali dichiarano programmaticamente l'obiettivo di sviluppare un dialogo sociale più autonomo; proponimento destinato ad inverarsi nella prassi negli anni successivi.

Mentre la prima e la terza fase sono contraddistinte da una maggiore caratterizzazione del dialogo come *attività*, nella seconda, l'enfasi sembra porsi sul formale riconoscimento e sulla "codificazione" del dialogo come *fonte* di produzione di regole nel settore della politica sociale[779].

Il dialogo sociale delle origini si realizza, dunque, nel periodo 1985-1990, a partire dal primo incontro fra le parti sociali, avvenuto nella località belga di *Val Duchesse* (e per questo noto come "processo di *Val Duchesse*"), su iniziativa dell'allora presidente della Commissione Delors. In tale fase il dialogo è contraddistinto dalla ricorrenza di alcuni tratti fondamentali: il livello centralizzato degli incontri (i soggetti che lo realizzano sono le organizzazioni europee sindacali e datoriali intersettoriali di vertice: CES, UNICE e CEEP), il carattere d'iniziativa informale su base volontaria, la scelta di assumere come oggetto temi di carattere generale[780], producendo *output* differenti dai veri e propri accordi collettivi europei (*euro-agreements*). Si tratta, dunque, di "dialogo sociale bilaterale interprofessionale", nel quale la Commissione, spronando gli attori alla negoziazione, è intervenuta con ruolo di mediatore degli incontri tra le parti. I prodotti di tali prime forme di dialogo sono rappresentati da una serie di "pareri comuni" ("*joint opinions*") riguardanti questioni di rilevanza socio-economica generale [781]: la formazione, l'impatto delle nuove tecnologie, la mobilità del lavoro, gli strumenti per migliorare il funzionamento del mercato europeo del lavoro, la strategia della cooperazione per la crescita e l'occupazione[782].

---

[778] KELLER, *Social Dialogue. The Specific Case of the European Union*, *Int. Journ. Comp. Lab. Law Ind. Rel.*, 2008, pp. 203 e ss.; *adde* PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo*, cit., p. 525. Per una diversa periodizzazione CLAUWAERT, *2011:20 years of European interprofessional social dialogue: achievements and prospects,* Transfer, 2011,17(2), pp. 170-171, che considera il periodo 1995-2002 come "*Commission-guided European interprofessional social dialogue*" e il periodo 2002-2010 come il periodo dell' "*autonomous European social dialogue*".

[779] Con il che non vuol dirsi che la contrattazione collettiva come attività non possa essere considerata a sua volte fonte di regolazione, ancorché atipica (*extra-ordinem*), nell'ordinamento europeo, essendo collocabile nella variegata tipologia delle fonti *soft*. La distinzione vuol mettere in rilievo il diverso grado di condensazione istituzionale del contratto collettivo in ragione della sua efficacia giuridica: nel procedimento *ex* art. 154 TFUE (v., *infra*, §§ 4 e ss.) l'accordo collettivo europeo diventa fonte di diritto europeo, la cui efficacia è veicolata dallo strumento tipico di regolazione vincolante *erga omnes* (la direttiva europea; quest'ultima, peraltro, è solo in parte riconducibile al metodo classico dell'armonizzazione, dato il contenuto frequentemente *soft* delle direttive che hanno recepito gli accordi collettivi: fonti semi-*hard*). Nel caso della contrattazione collettiva come attività autonoma (*ex* art. 155, § 1, TFUE), il contratto collettivo diventa, invece, fonte di regolazione tipicamente appartenente alla categoria della *soft law.*

[780] NUNIN, *Il dialogo*, cit., p. 15.

[781] ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 463.

[782] Come si legge nella Comunicazione del 1996 [COM (1996) 448], in totale sono stati emessi 21 dichiarazioni e pareri congiunti e tenuti 7 Vertici, cui hanno partecipato il presidente della Commissione e rappresentanti ad alto livello delle organizzazioni nazionali

Sulla scorta delle esperienze di dialogo interprofessionale inaugurate a *Val Duchesse*, ed in base al *Joint statement on the future of the social dialogue* del 3 luglio 1992 (sottoscritto da CES, UNICE e CEEP) viene costituito, nello stesso anno, il Comitato del dialogo sociale intercategoriale. Sarà questa, di fatto, la sede istituzionale effettiva del dialogo sociale interprofessionale, alla quale gli accordi autonomi (*autonomous agreements*) conclusi a livello intersettoriale assegneranno importanti funzioni di monitoraggio della propria attuazione[783].

Ma già nel 1986, l'importanza del dialogo sociale e dei suoi potenziali sviluppi è esplicitamente sancita dall'art. 118B TCE, introdotto nel Trattato dall'art. 22 dell'AUE, disposizione nuova, per la quale «*La Commissione si sforza di sviluppare a livello europeo un dialogo tra le parti sociali, il quale possa sfociare, se esse lo ritengono opportuno, in relazioni convenzionali*». Centrale appare, nella nuova disposizione, la funzione di stimolo del dialogo assegnata alla Commissione europea; l'interazione fra Commissione e parti sociali – già evidente nell'art. 118B – troverà, poi, ulteriore e più deciso suggello nell'APS allegato al Trattato di Maastricht, mentre il superamento della disposizione introdotta dall'art. 22 dell'AUE verrà definitivamente formalizzato dall'incorporazione dell'APS nel TCE ed, in particolare, dal travaso degli artt. 3 e 4 dell'APS nel TCE, realizzato dal Trattato di Amsterdam nel 1997[784].

4. La seconda fase: gli artt. 3 e 4 dell'Accordo sulla Politica Sociale (attuali artt. 154-155 TFUE): (a) dialogo sociale e "procedimento integrato"

Gli artt. 3 e 4 dell'APS del 1992, ispirati all'accordo concluso da UNICE, CEEP e CES il 31 ottobre 1991, costituiscono il preludio della "fase della codificazione" del dialogo nel diritto primario dell'U.E. e ribadiscono il compito della Commissione di promuovere lo svolgimento del medesimo fra le parti sociali.

Sia pure con diversa formulazione rispetto all'art. 22 dell'AUE, il § 1 dell'art. 3 dell'APS - oggi travasato nell'art. 154, § 1, TFUE - stabilisce, infatti, che «*La Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti*».

Non è questo, tuttavia, l' "aspetto rivoluzionario" della seconda fase[785], rappresentato, piuttosto, dal coinvolgimento degli attori collettivi nel processo di produzione di regole nel campo della politica sociale. Tale coinvolgimento - che si realizza grazie ad *input* consultivi e normativi della Commissione - dà luogo, come già anticipato, ad un vero e proprio "procedimento integrato", che può essere impiegato per concludere accordi intersettoriali, multi-settoriali e settoriali[786] e nel

---

ed europee delle parti sociali. Per una cronologia degli *joint opinions* siglati, a livello interprofessionale, in un periodo più ampio, pre-Lisbona (dal 1986 al 1999), v. la tabella 1) pubblicata all'interno del lavoro di KELLER, *Social Dialogue*, cit., pp. 205-206.

783 V. *infra*, § 7.1.

784 Il Trattato di Amsterdam, incorporando nel TCE l'APS allegato al Trattato di Maastricht, provvederà, infatti, a sostituire ai precedenti artt. 117-120, nuovi testi. Nei termini formulati dall'AUE, la disposizione sul dialogo sociale (*ex* art. 118B) scompare, così, dal testo del TCE e viene, sostanzialmente, sostituita dal § 1 dell'attuale art. 154 TFUE, ai sensi del quale "*La Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti*".

785 Si mutua l'espressione da WELZ, *The European Social Dialogue under Articles 138 and 139 of the EC Treaty*, Kluwer Law International, 2008, p. 298, che la utilizza citando, a sua volta, UTE HARTENBERGER, *Europäischer sozialer Dialog nach Maastricht. EU-Sozialpartnerverhandlungen auf dem Prüfstand*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 77.

786 Come riferito da WELZ, *The European Social Dialogue*, cit., p. 289, nel periodo compreso fra il 1993 e il 2008 il procedimento è stato usato ventotto volte.

quale istituzioni e parti sociali sono chiamate ad interagire in una sequenza di fasi normativamente predeterminate.

All'interno di un simile procedimento è conferita alle parti sociali una doppia funzione: in una prima fase *consultiva*, in una seconda più propriamente *negoziale-normativa*.

4.1. La consultazione

Ai sensi dell'art. 154 TFUE, anche la consultazione è duplice - ossia articolata in due momenti distinti – ed è, in entrambi i casi, *obbligatoria*.

Ed infatti, «*prima di presentare proposte nel settore della politica sociale*», la Commissione consulta, innanzitutto, le parti sociali «*sul possibile orientamento di un'azione dell'Unione*»; successivamente, «*se, dopo tale consultazione, ritiene opportuna un'azione dell'Unione*», consulta le parti sociali «*sul contenuto della proposta prevista*».

La consultazione deve, pertanto, riguardare sia l'*an* sia il *merito* della proposta e, poiché essa è in entrambi i momenti obbligatoria, il suo mancato espletamento genera un vizio di procedura (i.e.: un vizio di legittimità), sindacabile *ex* art. 263 TFUE[787].

Nella Comunicazione del 1993 sull'applicazione dell'APS[788], la Commissione ha inoltre fissato nel termine massimo di sei settimane, per ciascuna delle due consultazioni, il periodo entro il quale le parti devono far pervenire i propri "pareri", accentuando, in tal modo, la regolamentazione formale dell'intero procedimento contemplato dall'art. 154 TFUE[789].

Una questione interpretativa centrale si è posta con riguardo all'espressione "*proposte nel settore della politica sociale*", poiché non è chiaro se con essa si sia voluto far riferimento esclusivamente ai settori di competenza dell'Unione, indicati dall'art. 153 TFUE, o se, invece, la medesima formulazione possa ricomprendere anche altri ambiti di possibile intervento: la libera circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE) e le connesse misure di sicurezza sociale (art. 48 TFUE), per esempio, ma, anche, i settori in cui l'Unione può legiferare utilizzando le cosiddette basi giuridiche generali (artt. 115 e 352 TFUE).

La genericità dell'espressione impiegata, unita al mancato richiamo dell'art. 153 TFUE, spinge a propendere per tale ultima interpretazione, benché, viceversa, la Commissione abbia a volte fatto ricorso ad un'interpretazione restrittiva: per esempio, in occasione dell'adozione della direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE, la Commissione stessa non ha aperto alcuna consultazione delle parti sociali, limitandosi ad agire sulla base dell'art. 19 TFUE.

4.2. La rappresentatività degli attori

Una seconda importante questione, poiché il Trattato non fornisce indicazioni al riguardo, è posta dall'individuazione delle parti sociali da coinvolgere nelle tre fasi.

---

[787] WELZ, *The European Social Dialogue*, cit., pp. 297-298.

[788] COM (1993) 600 def.

[789] Rilievi critici su questa prassi in CLAUWAERT, *2011:20 years*, cit., p. 175.

Come indicazione di merito relativa a tale questione, nella propria Comunicazione sull'applicazione dell'APS, la Commissione ha fissato tre fondamentali criteri selettivi sulla base dei quali stabilire il coefficiente minimo di rappresentatività necessario alle organizzazioni per l'ammissione alla procedura [790]. In conformità a tali criteri, ripresi dalla Comunicazione della Commissione del 1998 [COM (1998) 322], le organizzazioni devono: (1) essere interconfederali, di settore o di categoria e organizzate a livello europeo; (2) essere composte da organizzazioni riconosciute come facenti parte integrante delle strutture delle parti sociali degli Stati membri e avere la capacità di negoziare accordi e, nella misura del possibile, essere rappresentative di tutti gli Stati membri; (3) disporre di adeguate strutture che consentano loro un'effettiva partecipazione al processo di consultazione.

Il primo criterio può essere riferito alla "*rappresentatività di organizzazione*" in cui il modello tipico di organizzazione sindacale dei principali sistemi europei (quello orizzontale intercategoriale, o verticale, nelle varianti settoriale o categoriale) deve essere "replicato" a livello europeo. Appare evidente che tale criterio consente l'esclusione dei sindacati a struttura organizzativa aziendale o mono-categoriale, ma anche, probabilmente, di mestiere.

Il secondo criterio di rappresentatività può essere definito di "*integrazione organizzativa sopranazionale e di effettività*": fra organizzazioni sindacali e datoriali europee e le corrispettive nazionali (queste ultime a numero più ampio possibile e, tendenzialmente, presenti in tutti gli stati dell'Unione) devono ricorrere legami organizzativi (non si richiedono moduli giuridici particolari) e, *pour cause*, politico-sindacali, diretti e consolidati; tale elemento organizzativo è considerato causa efficiente della possibilità di partecipare *effettivamente* e utilmente al procedimento di consultazione e quindi al dialogo sociale.

Il terzo criterio di rappresentatività delle organizzazioni datoriali e sindacali europee - che può essere definito della "*intrinseca rilevanza strutturale e organizzativa*" - in qualche modo richiama un indicatore di rappresentatività politico-confederale utilizzato dalla giurisprudenza italiana, in vigenza del primo comma dell'art. 19 l. n.300/70 - prima della sua abrogazione - per dar corpo a tale tipo di rappresentatività; vale a dire il criterio della adeguata ed effettiva articolazione territoriale, dimostrata dalla presenza diffusa di strutture organizzative. Mentre nel caso della norma nazionale la dimensione geografica coincideva con lo Stato, in questo caso la dimensione spaziale è quella integrata (nazionale/europea), soprattutto se tale criterio va letto, come sembra corretto, in combinato con il secondo; tutto ciò per rendere "effettivo" l'esercizio del potere di rappresentanza, sul fondamento del quale (tipologia di mandato tra organizzazioni nazionali e sovranazionali) la Commissione europea correttamente non indugia, al contrario di proposte, non accolte, del Parlamento europeo.

---

[790] I criteri di rappresentatività indicati di seguito nel testo sarebbero riferibili alle sole due fasi consultive, anziché a quella negoziale, secondo il Tribunale di primo grado, la Commissione e il Consiglio. Si ritiene, tuttavia, preferibile l'interpretazione secondo cui tali criteri vadano applicati a tutte e tre le fasi, compresa quella negoziale, poiché l'intero "procedimento integrato", dalla iniziale consultazione delle parti sociali alla stipulazione dell'accordo conclusivo, è tendenzialmente unitario (così LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., pp. 200-202).

Tali requisiti devono sussistere in maniera cumulativa. Da più parti si è sottolineato che essi si risolvono in indicatori presuntivi di rappresentatività piuttosto generici [791], tanto è vero che il Parlamento europeo ne aveva proposto, come accennato, un'integrazione con altri due requisiti, uno dei quali genericamente riferito al mandato [792]. Tali proposte non sono state recepite dalla Commissione.

A proposito del rilievo di genericità va, in ogni caso, ricordato che ogni indice finalizzato a rilevare presuntivamente la rappresentatività delle organizzazioni sindacali, al contrario degli indici di rappresentatività "misurata", si presta a una inevitabile e, pertanto scontata, considerazione di indeterminatezza; non lo erano, certo, di meno gli indicatori della rappresentatività politico-confederale presuntiva utilizzati con riferimento alla disposizione italiana abrogata, a cui si è fatto cenno; e, ciò nonostante, può dirsi che, per un' intera fase di assestamento ed evoluzione del sistema sindacale italiano, tale attribuzione di rappresentatività ha dato buona prova di sé.

Va aggiunto che la necessità di condensare e formalizzare il grado di rappresentatività degli attori coinvolti in processi negoziali, ove sono in gioco anche risorse pubbliche (in questo caso la regolazione sociale europea) cresce in relazione, direttamente proporzionale, al livello di rilevanza, ampiezza e salienza di tale processo. Onde pare del tutto giustificabile un certo grado di "genericità", che lascia maggiori margini di discrezionalità a chi governa (la Commissione) il processo costituente del sistema di relazioni consultive e negoziali europeo, in una fase di suo progressivo assestamento anche di tipo procedurale; così come pare ragionevole che una maggiore ponderatezza e formalizzazione dei criteri di accertamento della rappresentavità sindacale nel dialogo sociale europeo, potrebbe essere preferibile nella misura in cui il processo dovesse consolidarsi e dovessero porsi questioni di governo del pluralismo sindacale e di misurazione di una rappresentatività di tipo consensuale e non solo istituzionalmente presunta; ciò se, e nella misura in cui, il dialogo sociale europeo dovesse sempre più produrre effetti a cascata sui sistemi negoziali statali e sub statali europei.

Si porrebbe in tal caso, soprattutto per le organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori, la necessità una doppia legittimazione democratica: una, del tutto nuova, di tipo endo-organizzativo; si pone, infatti, la questione se gli agenti negoziali europei abbiano una legittimazione negoziale propria o derivata; problema risolvibile soltanto attraverso le dinamiche endo-organizzative dei sindacati e delle associazioni europee. Il secondo, se la rappresentatività delle organizzazioni europee, e la formalizzazione dei rapporti di rappresentanza tra organizzazioni europee e nazionali, assorba, soprattutto per i sindacati, il problema della democrazia di mandato (diretta o rappresentativa) rispetto agli iscritti ma anche, in prospettiva, tipicamente italiana, dei non iscritti; detto altrimenti, se il dialogo sociale, come pratica di democrazia deliberativa (un processo tipicamente comunicativo che produce condivisione) e come *governance* istituzionale democratizzata, assorba e/o renda marginale, a tale livello, il problema del consenso dei lavoratori, iscritti o non

---

[791] GRANDI, *La contrattazione collettiva europea: aspetti giuridici*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici* Angeli, 2001, p. 23; COMANDÈ, *Negoziazione e contratto collettivo europeo nel pluralismo ordinamentale*, Tesi di dottorato, 2009, pp. 114-115.

[792] Quello secondo cui le organizzazioni (a) avrebbero dovuto essere composte di associazioni rappresentanti lavoratori o datori di lavoro iscritti a titolo volontario a livello sia nazionale che europeo e quello secondo cui (b) le medesime avrebbero dovuto avere un mandato conferito dai propri iscritti, che le autorizzasse a rappresentarli nell'ambito del dialogo sociale europeo, e potessero dimostrare la loro rappresentatività.

iscritti, rispetto all'*agere* negoziale dei rappresentanti europei, essendo, a tale livello negoziale, sufficiente il mandato delle organizzazioni nazionali. Posto il problema in altri termini, se il mandato sindacale, nella negoziazione europea, si risolva nella rappresentanza degli interessi di cui le organizzazioni europee rappresentative sono soggetti esponenziali, a prescindere da regole di democrazia formale[793] (realizzandosi così nell'ordinamento sindacale europeo un tipico modello di "democrazia dei fini").

Al di là di simili questioni teoriche, non affrontabili adeguatamente in questa sede, la Commissione ha nominativamente indicato, in un apposito allegato (All. 2) alla Comunicazione sull'applicazione dell'APS, le ventotto organizzazioni interconfederali e di settore rispondenti ai criteri prefissati; l'elenco, oltre alle grandi confederazioni intersettoriali – *Business Europe*, CEEP e CES – comprendeva, in origine, altre organizzazioni di rappresentanza di determinate categorie di lavoratori o di imprenditori, come l'UEAMPE, la CEC, l'Eurocadres, e una serie di associazioni imprenditoriali di settore, in particolare nelle branche della distribuzione, del credito ed assicurazione e dei trasporti. Un elenco aggiornato delle organizzazioni rispondenti ai tre criteri indicati è stato successivamente stilato in allegato (All. 1) alla Comunicazione del 1998 [COM (1998) 322].

4.3. La negoziazione dopo la consultazione

La fase che può seguire i due *step* consultivi è, infine, quella in cui le parti sociali vengono legittimate a svolgere una funzione più propriamente negoziale-normativa (art. 154, § 4, TFUE) e, proprio per tale ragione, costituisce il vero aspetto innovativo dell'intero procedimento, pur rappresentando solo un'opzione a disposizione delle parti sociali. Queste ultime, infatti, quale possibile sviluppo dei due momenti consultivi, «possono *informare la Commissione della loro volontà di aprire il processo previsto dall'art. 155 TFUE*», ossia, di avviare una procedura di negoziazione a conclusione della quale può essere definito un accordo.

È in questa terza fase che gli attori collettivi possono, dunque, avocare a sé poteri normativi, sostituendosi integralmente alla Commissione nel loro esercizio. Per espressa previsione dell'art. 154 TFUE, essi hanno a disposizione nove mesi per chiudere la procedura di negoziazione, trascorsi inutilmente i quali, «*salvo proroga decisa in comune dalle parti sociali interessate e dalla Commissione*», i poteri normativi ritornano alle istituzioni, che li esercitano nelle ordinarie modalità previste dai Trattati.

Il "procedimento integrato" di cui all'art. 154 TFUE ha conosciuto una stagione di intensa applicazione intorno alla metà degli anni novanta; periodo in cui, seguendo il "circuito istituzionale" di cui all'art. 154 TFUE, sono stati conclusi diversi accordi pre-legislativi[794], successivamente recepiti in direttive del Consiglio e, perciò, denominati accordi "*statutory*"[795].

---

[793] Problema affrontato da BARNARD, *The Social Partners and the Governance Agenda, Eur. Law Journ.*, 2002, p. 80.

[794] Necessitando di una concertazione tra parti sociali e Commissione, tali accordi sono anche stati definiti "accordi per la concertazione legislativa": cfr. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e concertazione nella formazione del diritto sociale europeo*, in *La contrattazione collettiva in Europa* (a cura di LETTIERI, ROMAGNOLI), Ediesse, 1999; ora in *Massimo D'Antona. Opere* (a cura di CARUSO, SCIARRA), Giuffrè, 2000, vol. I, p. 447.

[795] Cfr. gli accordi recepiti dalle Direttive sui congedi parentali (14 dicembre 1995, attuato con Direttiva 1996/34/CE), sul part-time (6 giugno 1997, attuato con Direttiva 1997/81/CE) e sul lavoro a tempo determinato (18 marzo 1999, attuato con Direttiva 1999/70/CE). A questi tre accordi di livello intersettoriale – che costituiscono gli esempi più noti di accordi *statutory* – vanno aggiunti gli Accordi settoriali sull'orario di lavoro della gente di mare (30 settembre 1998, attuato con Direttiva 1999/63/CE); l'orario di lavoro del personale di volo (22 marzo 2000, attuato con Direttiva 2000/79/CE); le condizioni di lavoro dei lavoratori mobili che effettuano servizi di interoperabilità transfrontaliera nel settore ferroviario (27 gennaio 2004, attuato con Direttiva 2005/47/CE).

In tempi più recenti, all'interno del "procedimento integrato" di cui all'art. 154 TFUE, si è ridata priorità all'intervento normativo istituzionale, sia pure "controllato" dalla partecipazione *consultiva* delle parti sociali. Di fronte all'apertura del "circuito istituzionale" (*ex* art. 154 TFUE) si è, infatti, assistito ad un arretramento della funzione negoziale-normativa delle parti sociali a vantaggio di quella consultiva: ciò è accaduto, per esempio, in occasione della direttiva sul lavoro tramite agenzia (Dir. 2008/104/CE) e della nuova direttiva (rifusione) sui CAE (Dir. 2009/38/CE).

E infatti, nei considerando (punti 4-7) della Dir. 2008/104/CE è riportato che essa - nonostante il mancato accordo fra le parti sociali – è stata preceduta dalla consultazione. Nel caso del lavoro temporaneo, quindi, la direttiva, pur non presentandosi come diretto prodotto del dialogo sociale, in qualche modo ne ha rimarcato il valore, tenendo conto del mancato accordo. In tal caso, più che di accordo "all'ombra della gerarchia"[796] (o della legge[797]), si può parlare di gerarchia in "assenza di accordo". In questa occasione, infatti, il potere deterrente costituito dall'"ombra della gerarchia", di cui parla Smismans, si materializza nell'esercizio della prerogativa gerarchica, sotto forma di legge avente valore sostitutivo dell'accordo ma che utilizza, comunque, "i materiali" del dialogo.

Sotto altro profilo, la direttiva si presenta come una mediazione istituzionale sostitutiva dell'accordo tra le parti sociali, che tiene, tuttavia, conto dei risultati del processo di consultazione.

In altre occasioni – per esempio, nel caso della direttiva di rifusione sui CAE (Dir. 2009/38/CE) - sono state messe in campo, dagli attori collettivi, modalità di intervento delle parti sociali diverse da quelle precostituite dall'art. 154 TFUE. In occasione della Dir. 2009/38/CE, per esempio, al di fuori degli schemi consultivi e negoziali (i "pareri" tecnici delle parti sociali e i veri e propri accordi pre-legislativi) previsti dall'art. 154, è stato adottato da UNICE, CES, UEAPME, CEEP, un "Avviso comune" nel quale, attraverso un articolato simile a quello di un testo normativo, sono state presentate tutte le modifiche proposte al testo della direttiva. Non si è trattato, però, né di un "parere", né di un accordo pre-legislativo, ma, per l'appunto, di un "Avviso comune": un testo contrattuale di diversa natura, la cui adozione ha allontanato l'attività negoziale delle parti sociali europee da quella formale e precostituita «dimensione "servente" (…) nei confronti della funzionalità del sistema di produzione normativa» dell'Unione[798], facendole recuperare, piuttosto, caratteri d'informalità e di volontarismo sintonici ai più recenti sviluppi del "dialogo autonomo", del quale più diffusamente si tratterà nel prosieguo [799].

In questo caso, le parti sociali si sono fatte carico di conformare, per così dire, *ab externo* l'attività legislativa; non si sono limitate ad un semplice parere (fase consultiva pura) ma neppure sono state in grado di elaborare un testo negoziale "chiavi in mano", autosufficiente per il recepimento legislativo vincolato. La loro attività si è attestata in una via di mezzo, vale a dire nella elaborazione di un "Avviso comune", contenente, non un testo completo, ma indicazioni normative integrative di un articolato elaborato al di fuori del circuito del dialogo diretto.

---

[796] SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy*, *Journ. publ. pol.*, 2008, p. 161.

[797] L'espressione "*bargaining in the shadow of the law*" è coniata da BERCUSSON, *Democratic Legitimacy and European Labour Law*, *Ind. Law Journ.*, 1999, 28 p. 159.

[798] LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 257.

[799] Cfr. *infra*, §§ 7 e ss.

Nel complesso, non si può evitare di rimarcare che, nonostante l'azione di valorizzazione del "procedimento integrato", negli ultimi dieci anni si è assistito ad un declinante uso del "circuito istituzionale" e della contrattazione collettiva "tipica". Tale tendenza va attribuita, oltre che allo sviluppo di forme "volontarie" ed "autonome" di contrattazione, a modalità di intervento delle parti sociali nei processi di produzione normativa sociale meno standardizzate rispetto a quelle prefigurate dall'art. 154 TFUE; modalità delle quali l'"Avviso comune" presentato in occasione della rifusione della direttiva sui CAE - a metà strada fra l'accordo pre-legislativo ed il parere consultivo - rappresenta proprio un importante esempio.

Un intervento ancora più informale è stato messo in campo dalle parti sociali nel caso della direttiva sul lavoro tramite agenzia, la quale, come si è appena visto, tiene conto, tuttavia, dei materiali del "mancato accordo" tra le parti.

5. (b) Il dialogo sociale volontario

Se il "procedimento integrato" è contraddistinto dall'interazione fra Commissione e parti sociali e dall'iniziale *input* della Commissione, il § 1 dell'art. 155 TFUE consente, invece, agli attori collettivi di "autodeterminarsi" al dialogo.

La contrattazione collettiva viene, in questo caso, *autonomamente intrapresa*; essa è il frutto di un'integrale iniziativa dei *partner* sociali e dà luogo a un "procedimento volontario" di negoziazione.

Una tipologia di negoziati diversa da quella ascrivibile al "circuito istituzionale" delineato dall'art. 154 TFUE può, pertanto, realizzarsi *ex* art. 155, § 1, TFUE: negoziati "volontari" o "liberi"[800], il cui esito può, tuttavia, essere anche qui *contrattuale*, come mostra l'impiego del termine "accordi" (nel testo inglese *agreements*) alla fine del § 1 dell'art. 155.

La possibilità, messa in dubbio dalla dottrina in una prima fase[801], che anche da tali "procedimenti volontari" potessero derivare veri e propri accordi collettivi (cosiddetti *collective agreements self-initiated*), sembra invece esplicitamente riconosciuta dalla Commissione nelle Comunicazioni sul dialogo. Nella Comunicazione del 1996 [COM (1996) 448], infatti, si legge che «solo le parti sociali possono creare da sé le proprie strutture di dialogo e di pattuizione» e che la Commissione non ha, da parte sua, «la facoltà di imporre partecipanti ad un negoziato liberamente avviato»; così come nella Comunicazione del 1998 [COM (1998) 322] si dichiara che «le parti sociali (…) hanno la capacità, riconosciuta dal Trattato, di impegnarsi in un vero e proprio *dialogo sociale autonomo*, vale a dire di negoziare in modo indipendente accordi che diventeranno norme giuridiche».

Ad oggi, le principali espressioni del "procedimento volontario" sono rappresentate dal dialogo settoriale e dalla contrattazione collettiva che si svolge a livello di imprese transnazionali, di cui più diffusamente si dirà nei §§ 7 e seguenti. Sono queste ultime le forme di negoziazione che le parti sociali hanno più spesso liberamente intrapreso, mentre, a livello intercategoriale (*cross-industry*), si sono per lo più diffuse forme di contrattazione autonomamente attuate, nelle quali l'iniziativa negoziale è rimasta, però, prevalentemente legata all'iniziativa della Commissione e all'apertura di consultazioni da parte della stessa.

---

[800] Si riprende qui la terminologia utilizzata da GRANDI, *La contrattazione collettiva europea*, cit., pp. 20-21.

[801] Per una sintesi del dibattito WELZ, *The European Social Dialogue*, cit., pp. 304 e ss.

6. Dalla rilevanza all'efficacia giuridica degli accordi collettivi europei (euro-agreements) I meccanismi di attuazione negli ordinamenti nazionali

«*Gli accordi conclusi a livello dell'Unione sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o, nell'ambito dei settori contemplati dall'articolo 153, e a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione. Il Parlamento europeo è informato*». É questo il contenuto dell'art. 155, § 2, TFUE, disposizione riguardante l'attuazione degli accordi collettivi conclusi a livello dell'Unione (*euro-agreements*).

La disposizione fa riferimento a specifiche esperienze di dialogo sociale: quelle che sfociano nella conclusione di accordi (*agreements*), poiché, come meglio si vedrà, il dialogo sociale non sempre genera veri e propri "accordi", come mostra la classificazione dei diversi "prodotti" del dialogo operata dalla Commissione nella Comunicazione del 1998 [COM (1998) 322][802].

L'art. 155, § 2, contempla, al riguardo, due diverse modalità di attuazione degli accordi: una "autonoma" (*autonomous implementation*) ed una "istituzionale" (*institutional implementation*)[803].

Un dato sembrerebbe, inoltre, ricavabile dalla norma *de qua*. Gli accordi generati dal dialogo fra le parti sociali europee sono sicuramente rilevanti per l'ordinamento dell'Unione nel momento in cui il fatto "accordo concluso a livello dell'Unione" è oggetto di riconoscimento nei Trattati; essi, tuttavia, non hanno efficacia giuridica *ex se*, ma abbisognano di ulteriori passaggi - attuativi, per l'appunto - che forniscano loro efficacia (la possibilità, cioè, di far nascere, modificare o estinguere situazioni soggettive).

Se la rilevanza è indubbia, più dubbio, tuttavia, è il tipo di efficacia a cui la norma fa indiretto riferimento.

Occorre, innanzitutto, distinguere tra efficacia interna (obbligatoria) tra le parti stipulanti gli accordi ed efficacia esterna vincolante (*erga omnes*) degli stessi.

Si pone, poi, il problema, tipico della dimensione multilivello dell'ordinamento a cui tale disposizione appartiene: l'efficacia degli accordi, a cui indirettamente fa riferimento la norma, riguarda il livello sovranazionale, come livello autonomo, o il livello nazionale, su cui tutti gli atti normativi dell'ordinamento europeo alla fine refluiscono (per la loro efficacia giuridica)?

Per una serie di ragioni, che saranno meglio esplicitate anche nel prosieguo, si è propensi a ritenere che la norma, concernente le modalità applicative degli accordi, faccia riferimento al secondo ambito di esplicazione dell'efficacia giuridica: quello, cioè, afferente gli ordinamenti nazionali.

Gli accordi conclusi a livello dell'Unione, essendo dotati di un'autonoma ed originaria rilevanza nell'ambito dell'ordinamento dell'U.E, sembrano non necessitare di passaggi attuativi in questo

---

[802] V. *infra*, § 7.2.

[803] SCHIEK, *Autonomous Collective Agreements as a Regulatory Device in European Labour Law: How to Read Article 139 EC*, *Ind. Law Journ*., 2005, 34, p. 49.

ambito. A livello di ordinamento europeo, rilevanza ed efficacia giuridica coincidono: gli accordi sono rilevanti, ma pure efficaci nei limiti che si dirà.

Tale conclusione - messa in dubbio in passato dalla dottrina soprattutto con riguardo ai cosiddetti "accordi autonomi"[804] - sembra viepiù suffragata dalle novità introdotte dal TL in materia di diritto di negoziazione collettiva e dialogo sociale.

Da una parte, la Carta di Nizza - con la sua odierna valenza costituzionale - riconosce espressamente il diritto di associazione a tutti i livelli, compreso quello sindacale (art. 12), nonché i diritti di negoziazione collettiva e di sciopero (art. 28)[805]. Diversamente che in passato, la presenza nell'ordinamento dell'U.E. di una norma/principio di libertà sindacale - da considerare, insieme ai due diritti testé richiamati (negoziazione collettiva e sciopero), quale elemento in grado di giustificare un'autonomia originaria in senso forte dei soggetti sindacali - consente di attribuire a tutti gli accordi conclusi a livello dell'Unione, oltre che rilevanza, piena efficacia giuridica nell'ordinamento europeo[806].

D'altra parte, il riconoscimento compiuto dal nuovo art. 152 TFUE del ruolo delle parti sociali e del dialogo, «nel rispetto della loro autonomia», sembra rappresentare un'indicativa apertura verso un modello pluralistico e confermare l'autonomo rilievo giuridico e di diretta efficacia dei prodotti contrattuali del dialogo *nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione.*

Ciò che si intende dire è che, anche alla luce delle novità introdotte dal TL in tema di dialogo e di diritti sociali collettivi, occorre pensare ad una dimensione europea dei processi e dei prodotti negoziali che, indipendentemente da specifici passaggi attuativi[807], renda questi ultimi "autonomamente" rilevanti nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione secondo dinamiche di efficacia proprie[808].

Ciò che prima, nel vecchio art. 139 TCE - avulso dalla garanzia dei diritti di associazione, di negoziazione collettiva e di sciopero - costituiva il riconoscimento di un'attività che si collocava nella zona liminare della giuridica rilevanza (rilevanza mera, senza efficacia), se non addirittura=nel limbo dell'attività riconosciuta ma giuridicamente irrilevante (l'ossimoro del "fatto giuridico irrilevante"), diventa oggi, al cospetto della garanzia dei suddetti diritti, attività non solo rilevante giuridicamente (lo era anche prima), ma anche dotata di un proprio specifico statuto di efficacia giuridica.

---

[804] V. *infra*, § 8.

[805] Per una recente analisi delle due disposizioni e per una lettura comparata con l'art. 39 della Costituzione italiana, v., FONTANA, *La libertà sindacale in Italia e in Europa*, *Rass. Dir. pubbl. eur.*, 2010, p. 97.

[806] Una lettura intesa a svalutare le novità indicate nel testo – ed in particolare quella dell'art. 12 - è offerta da FONTANA, *La libertà sindacale*, cit., per il quale la libertà di associazione sindacale affermata dalla Carta di Nizza si ridurrebbe all'affermazione di un principio inderogabile, *in una prospettiva di tutela eminentemente individuale* (c.vo nostro) che non a caso sarebbe collocata nel Titolo dedicato alle "Libertà della persona" (p. 118); nel considerare il nuovo art. 152 TFUE l'A. finisce, tuttavia, per riconoscere, successivamente, che «il principio di "autonomia", enunciato dall'art. 152, è implicitamente il riconoscimento di un elemento costitutivo dell'ordinamento sindacale sintomatico del valore della libertà sindacale nel diritto dell'Unione» (pp. 132 -133).

[807] Come già suggerito prima del conferimento alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei Trattati» (VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 484), è ora finalmente possibile scorgere negli artt. 12 (§ 1), 27 e 28 della Carta di Nizza, in combinato disposto con gli artt. 152, 154 e 155 TFUE, le basi giuridiche del sistema di relazioni industriali a livello europeo.

[808] Come già suggerito prima del conferimento alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei Trattati» (VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 484), è ora finalmente possibile scorgere negli artt. 12 (§ 1), 27 e 28 della Carta di Nizza, in combinato disposto con gli artt. 152, 154 e 155 TFUE, le basi giuridiche del sistema di relazioni industriali a livello europeo.

«Gli accordi conclusi a livello dell'Unione sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o (…) in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione», *affinché essi acquisiscano rilevanza, secondo specifiche e proprie dinamiche di efficacia, per i singoli sistemi nazionali*. Tale appare, alla luce di quanto appena chiarito, il senso ultimo del § 2 dell'art. 155 TFUE, letto in combinato con l'art. 28 della Carta di Nizza.

6.1. L'attuazione degli accordi collettivi europei: a) secondo le procedure proprie delle parti sociali e degli Stati membri (rinvio); b) in base ad una decisione del Consiglio

a) Un dato che appare significativo nell'analisi dell'art. 155, § 2, TFUE, è che l'attuazione "autonoma" degli accordi negli ordinamenti giuridici e nei sistemi sindacali degli Stati - quella che avviene «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri» - è collocata in posizione di priorità rispetto a quella alternativa, consistente nella richiesta congiunta di attuazione, attraverso decisione, alle istituzioni (Consiglio e Commissione). Sembra, in tal modo, che il legislatore dell'Unione abbia voluto valorizzare i processi di libera esplicazione di autonomia negoziale da parte degli attori collettivi, oltre che per l'aspetto considerato nel § 1 dell'art. 155 - quello dell'"autodeterminazione" al dialogo - anche per il profilo relativo all'attuazione degli accordi.

Si tratta di un dato che merita oggi di essere riletto e rivalutato, alla luce della nuova cornice costituzionale di cui si è detto: esso appare sintonico - oltre che con il diritto sancito nell'art. 28 della Carta di Nizza - con i più recenti sviluppi della contrattazione collettiva europea, la quale, come si vedrà, tende ad assumere sempre più i caratteri dell'"autonomia", intesa proprio nel senso dell'"attuazione autonoma" degli accordi.

Si rinvia, comunque, la trattazione di questo profilo - l'attuazione degli accordi secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri - ai §§ 8 e 8.1, in cui ci si occuperà, in generale, della negoziazione collettiva "autonoma" e della sua attuazione ed efficacia.

b) Nel seguito del presente § si tratterà, invece, della seconda modalità attuativa prevista dal § 2 dell'art. 155: l'attuazione «in base ad una decisione del Consiglio».

Tale attuazione però, non risolve tutti i problemi di efficacia degli accordi negli ordinamenti nazionali. Anche dopo la formale adozione dell'atto del Consiglio, l'efficacia degli accordi all'interno dei singoli sistemi nazionali, infatti, non appare perfetta e ciò in quanto gli accordi attuati con questa procedura sono, in realtà, soggetti ad una *doppia attuazione*: prima attraverso tale "decisione"; e poi attraverso gli strumenti nazionali che attuano la prima [809]. Quel che si è, pertanto, indicato con l'espressione "efficacia per i singoli sistemi nazionali" va intesa, in effetti, come "obbligo" di attuazione dell'accordo nei singoli sistemi nazionali.

La decisione del Consiglio mette il moto un procedimento che si conclude con l'obbligatoria attuazione, con efficacia *erga omnes*, dell'accordo da parte dei singoli Stati, secondo gli specifici percorsi normativi propri di ognuno di essi.

---

[809] LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 210.

Questione ampiamente dibattuta, specie all'indomani dell'APS, è inoltre quella del tipo di atto – letteralmente denominato "decisione" - che il Consiglio deve adottare per imporne l'obbligo di attuazione e la conseguente efficacia *erga omnes* degli accordi[810].

La questione viene risolta dalla maggior parte degli Autori dando al termine utilizzato nell'art.155, § 2, TFUE un carattere generico, affinché possa coprire atti diversi del Consiglio, benché quest'ultimo, nella prassi, abbia sinora sempre prescelto lo strumento della direttiva per dare attuazione agli accordi. È unanime, pertanto, l'idea che il termine "decisione" sia utilizzato in senso a-tecnico, ossia senza alcuna identificazione con la decisione "tipica" alla quale fa riferimento l'art. 288 TFUE. È similmente vero, tuttavia, che la prassi di identificazione della decisione con la direttiva, conferma che l'impulso a cui gli Stati sono tenuti per dare obbligatoria attuazione all'accordo è la via dell'attuazione legislativa, considerato il metodo classico di integrazione giuridica per gli effetti di generalizzazione vincolante proprio di tale strumento di regolazione (art. 288, § 3, del TFUE).

Se si considera la prassi istituzionale di far coincidere la decisione *ex* art. 155, § 2, con la direttiva, va, dunque, preso atto che, sotto il profilo dell'attuazione negli ordinamenti nazionali, gli accordi attuati in base alla seconda modalità indicata dal § 2 dell'art. 155 (i.e.: recepiti in direttiva) possono considerarsi a "maggiore intensità" quanto a regime di efficacia che dal livello sovranazionale ridonda su quello nazionale; ciò in contrapposizione a quelli attuati «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri», qualificabili, invece, a minor tasso di intrinseca efficacia.

Benché l'art. 153, § 3, TFUE consenta, in generale, che anche la trasposizione nazionale delle direttive possa avvenire per opera delle parti sociali, la circostanza che l'accordo europeo sia recepito in una direttiva crea un circuito applicativo, in forza del quale, a livello di ordinamenti nazionali, la responsabilità del risultato finale, in termini di efficacia generalizzata e vincolante, ricade sugli Stati membri, anche se questi possono affidare l'attuazione della direttiva alle parti sociali. Obbligo e responsabilità di trasposizione dell'accordo diventano, infatti, obbligo e responsabilità di trasposizione di una direttiva e gravano sugli Stati membri, che ne diventano garanti in base alla regola generale di cui all'art. 288, § 3, TFUE.

È appena il caso di ricordare che, novellando il testo dell'art. 153, il TL ha introdotto una nuova previsione in materia di attuazione nazionale degli accordi collettivi conclusi a livello dell'Unione (art. 153, § 3, TFUE). Ha, infatti, aggiunto alla possibilità che uno Stato affidi alle parti sociali il compito di mettere in atto direttive – già contemplata, in generale, dal § 3 dell'art. 153 - quella di affidare alle medesime il compito di mettere in atto una decisione del Consiglio adottata conformemente all'art. 155, § 2, TFUE e, cioè, la decisione con cui il Consiglio attua gli accordi raggiunti a livello dell'Unione dalle parti sociali.

Il nuovo Trattato si è, in tal modo, preoccupato di garantire che, anche nell' eventualità che l'attuazione degli accordi conclusi a livello dell'Unione avvenga nella forma di una decisione in senso tecnico (e non più in forma di direttiva), gli Stati membri possano decidere di dare attuazione agli accordi attraverso l'attività negoziale delle parti sociali nazionali, sempre che tale attività sia in grado di produrre, in ragione del regime giuridico di efficacia di cui gode nell'ordinamento nazionale, l'efficacia generalizzata e vincolante dell'accordo europeo.

---

[810] Un'ampia trattazione della questione nel saggio di SCIARRA, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale*, cit., sp. pp. 743-746, pubblicato all'indomani del Protocollo allegato al Trattato di Maastricht.

Occorre, inoltre, ricordare che l'attuazione «in base ad una decisione del Consiglio» comporta una limitazione dell'ambito tematico degli accordi, che deve necessariamente coincidere con l'ambito delle competenze dell'Unione.

Perché un accordo collettivo possa essere attuato tramite decisione del Consiglio è, così, necessario che esso attenga all'«*ambito dei settori contemplati dall'articolo 153*» e ciò vale tanto nell'ipotesi in cui l'avvio del processo negoziale sia stato indotto dalla Commissione, quanto nella diversa ipotesi che le parti sociali abbiano avviato *volontariamente* - ex art. 155, § 1 - le trattative negoziali.

Non è, infatti, escluso che un "procedimento volontario" di negoziazione conduca ad una richiesta congiunta delle parti firmatarie di attuare l'accordo tramite decisione del Consiglio, così come è possibile che a partire da un'iniziativa della Commissione, le parti sociali decidano di non richiedere l'attuazione dell'accordo alle istituzioni, optando per modalità attuative autonome [811].

Alla delimitazione dell'ambito tematico degli accordi si aggiunge, poi, una serie di controlli (*checks*) che, nella fase pre-attuativa (quella della proposta al Consiglio), la Commissione svolge sulla base della Comunicazione sull'applicazione dell'APS [812]. La necessità di effettuare tali *checks* è stata ribadita dalla Comunicazione del 1998 [COM (1998) 322].

Nell'assumere un ruolo di "*guardian of the Treaties*", la Commissione esercita, innanzitutto, un *controllo di legittimità* delle singole clausole dell'accordo allo scopo di verificarne la conformità al diritto dell'U.E. Si tratta di un potere di verifica *preventiva* di legittimità che trova fondamento normativo nell'art. 17 TUE[813], per il quale la Commissione «vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati» e «sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea». Tale disposizione fuga ogni dubbio di congruenza istituzionale di un controllo di legittimità affidato a un organo, quale la Commissione, non giurisdizionale[814], anche per la ragione che l'esercizio di tale potere di controllo, da parte della Commissione, non impedisce eventuali e successive verifiche di legittimità dell'accordo-direttiva da parte della Corte di giustizia, secondo le generali previsioni degli artt. 263 e 267 TFUE.

Un secondo aspetto del cosiddetto *assessment* rivendicato dalla Commissione nella citata Comunicazione e, di fatto, messo in atto sin dai primi accordi pre-legislativi, attiene alla verifica della rappresentatività delle parti contraenti secondo i tre criteri indicati nella stessa Comunicazione del 1993 [COM (1993) 600] (e richiamati al § 4.2).

La Commissione si riserva, infine, di controllare che le previsioni degli accordi non impongano «vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese»[815] e, più in generale, di corredare la proposta di direttiva con un *Explanatory Memorandum,* contenente "osservazioni" all'accordo concluso dalle parti.

---

[811] Si è parlato, con riguardo a tale ipotesi, di «*volontaury implementation in shadow of the law*» (SMISMANS, *The European social dialogue between constitutional and labour law*, *Eur. Law Rev*., 2007, 32 (3), p. 355).

[812] COM (1993) 600, punto 39. Un'efficace schematizzazione di tali controlli in SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow*, cit., p. 168.

[813] Derivato dal vecchio art. 211 TCE.

[814] LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 195.

[815] Si riprende il testo dell'art. 153, § 2, lett. b), espressamente richiamato dal § 39 della COM (1993) 600.

Attraverso tali osservazioni, negli *Explanatory Memorandum* relativi agli accordi sui congedi parentali, sul part-time e sul lavoro a tempo determinato, la Commissione ha espresso un apprezzamento che ha investito il *merito* degli accordi; un apprezzamento che, in quanto tale, si è rivelato assai diverso dalle verifiche di legittimità e di rappresentatività prima richiamate.

Per qualcuno si sarebbe, infatti, trattato di una sorta di "clausola di gradimento", «la cui coerenza con la reiterata volontà della Commissione di garantire l'autonomia e l'indipendenza delle parti sociali, *sarebbe* quantomeno dubbia» [816].

Tale giudizio non può essere condiviso. Può, anzi, affermarsi che, anche nel circuito negoziale istituzionale, alla luce dell'esperienza di questi anni, i controlli non snaturato la funzione di regolazione sociale autonoma, propria delle parti sociali.

Sul piano teorico generale, appare comprensibile che la fonte negoziale privata, nel momento in cui ambisce a farsi fonte di regolazione generale, andando oltre i confini delle relazioni contrattuali collettive, si assoggetti a regole, limiti e controlli dell'ordinamento generale in cui pretende di operare; si tratta di meccanismi di controllo e vincolo già noti negli ordinamenti statuali (si pensi alla seconda parte dell'art. 39 della Costituzione italiana o alla legittimità di vincoli legislativi all'autonomia collettiva, riconosciuti dalla stessa Corte Costituzionale italiana allorché entrino in gioco interessi generali).

Sul piano dell'esperienza pratica, occorre riconoscere che la Commissione, su tutti gli accordi oggetto di tale procedura, ha esercitato un rigoroso *self-restraint*.

In primo luogo, ciò va interpretato come atteggiamento pragmatico, derivante dalla valutazione delle conseguenze politico-istituzionali di forte scoraggiamento del dialogo sociale, che un approccio "intrusivo", di severo controllo a-posteriori, avrebbe comportato: il rischio, infatti, sarebbe stato quello di determinare una perdita secca di affidamento sul metodo del dialogo, posto che le parti sociali non sono certo disponibili ad accettare revisioni di testi sui quali hanno raggiunto faticose mediazioni.

Inoltre, è possibile ascrivere tale atteggiamento alla probabile consapevolezza istituzionale che il ruolo di "guardiano" dei Trattati, attribuito alla Commissione dall'art. 17 TUE, andasse interpretato proattivamente e cioè nel pieno rispetto dell'agire di altri attori legittimati, dallo stesso Trattato e oggi pure dalla Carta di Nizza=vale a dire degli attori del dialogo sociale.

Infine, per l'accorta e condivisibile considerazione che, essendo anche gli accordi *ex* art. 154 espressione dell'autonomia collettiva di livello europeo, proprio in quanto tali andavano rispettati[817].

Ma cosa accade nel caso in cui l'accordo non superi i controlli della Commissione? Esso può essere rigettato ed eventualmente rinviato alle parti?

---

[816] LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., pp. 205-206.

[817] Conf. SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow*, cit.

Benché non vi sia uniformità di vedute in dottrina [818], si considera preferibile l'opinione di chi ritiene che la Commissione sia autorizzata, in caso di esito negativo dei controlli, a non sottoporre l'accordo al Consiglio per l'attuazione tramite decisione; essa, proprio in virtù del ruolo di "*guardian of the Treaties*" attribuitole dall'art. 17 TUE, ha non soltanto il diritto, ma addirittura il dovere, di rigettare l'accordo [819].

Un potere ancorché limitato di ingerenza della Commissione, al rispetto delle competenze generali dell'UE, alla rappresentatività degli attori e a poco altro, nel procedimento e nel prodotto del negoziato fra le parti sociali conferma, comunque, che il prezzo pagato dalla contrattazione collettiva "tipica" per diventare *fonte erga omnes* di regole in materia sociale nell'ordinamento dell'Unione è la una soggezione ad alcuni controlli istituzionali e a vincoli formali; così come del resto avviene nell'esperienza nazionale e in quella italiana in particolare, con il meccanismo, anche se non attuato, dell'art. 39 II parte della costituzione.

Il perfezionamento degli accordi *statutory* si realizza, infine, attraverso l'atto conclusivo dell'intero procedimento. Esaurita la fase propositiva, si passa, infatti, a quella più propriamente attuativa, nella quale il Consiglio adotta la "decisione" relativa all'accordo, osservando le regole decisionali previste dall'art. 153 TFUE.

Per opinione unanime, in questa fase il Consiglio può soltanto scegliere di accogliere o respingere *in toto* i contenuti dell'accordo, senza alcuna possibilità di modificarne, viceversa, i contenuti. In considerazione della prassi di far coincidere la decisione *ex* art. 155, § 2, con la direttiva, quest'ultima è stata, pertanto, denominata "direttiva di pura ricezione" [820]

7. La terza fase: la negoziazione collettiva "volontaria" e "autonoma"

Come si è già anticipato, è soprattutto a partire dall'inizio del nuovo millennio, che l'evoluzione del dialogo sociale conosce una terza fase, caratterizzata dallo sviluppo di forme "volontarie" ed "autonome" di negoziazione [821].

L'espressione "negoziazione autonoma" – al pari di quella di "dialogo autonomo" – è impiegata in modo spesso non univoco, sì da apparire polisemica [822] e da coprire differenti manifestazioni dell'attività negoziale svolta da attori diversi a livello sopranazionale. Non è infrequente che la si usi, infatti, come espressione equivalente a quella di "negoziazione volontaria".

---

[818] Sulle diverse posizioni v. WELZ, *The European Social*, cit., pp. 324-325.

[819] *Ibidem*.

[820] D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e concertazione*, cit., p. 444.

[821] Sull'attuale e crescente sviluppo di forme "volontarie" ed "autonome" di negoziazione collettiva, soprattutto a partire dal 2000, ci si limita a richiamare SCHIEK, *Autonomous Collective Agreements*, cit.; SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow*, cit.; BRANCH A., *The Evolution*, cit.; RAMOS MARTÌN, VISSER, *A More 'Autonomous' European Social Dialogue: The Implementation of the Framework Agreement on Telework*, *Int. Journ. Comp. Lab. Law Ind. Rel.*, 2008, 4, p. 511; BLANPAIN, *The European Social Dialogue And Voluntary Framework Agreements*, in BLANPAIN ET AL., *European Framework, Agreements and Telework. Law and Practice. A European and Comparative Study*, Kluwer Law International, 2007, p. 31. Cfr. anche il *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale,* cit. *retro*, alla nota 68. Nella dottrina nazionale, ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato presente e futuro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 541; LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit.; PERUZZI, *La contrattazione collettiva europea cd. autonoma. Funzioni attuali e possibili inquadramenti teorici*, *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 577; da ultima, COMANDÈ, *Le dinamiche collettive*, cit.

[822] BRANCH A., *The Evolution*, cit., p. 321, nota 1.

Ma le due formule - contrattazione "volontaria" e contrattazione "autonoma" – alludono in realtà a fenomeni diversi. La prima fa riferimento alla contrattazione *volontariamente intrapresa* dalle parti sociali, indipendentemente, cioè, dall'iniziativa (i.e.: dall'iniziale consultazione) della Commissione; i prodotti di tale negoziazione sono frutto di un'integrale iniziativa degli attori collettivi (cdd. *collective agreements self-initiated*). La seconda allude, invece, alla contrattazione *autonomamente attuata*, a prescindere, cioè, dalla "decisione" del Consiglio cui fa riferimento l'art. 155, § 2; gli accordi che ne derivano sono resi efficaci dalle parti sociali stesse (cdd. *collective agreements self-implemented*).

Quest'ultimo tipo di contrattazione - autonomamente attuata - viene pure definita "non istituzionale" (ovvero, nella terminologia inglese, *non-statutory*), in contrapposizione a quella attuata attraverso decisione del Consiglio (*Council-implemented*), di tipo "istituzionale" [823] o *statutory*[824].

Come si è già visto, la prospettiva di un dialogo sociale europeo contraddistinto da una maggiore indipendenza era stata aperta dalle parti sociali durante il Vertice di Laeken del dicembre 2001 e si è di fatto realizzata, nelle due fondamentali forme richiamate, proprio a partire dall'inizio di quel decennio.

Pochi anni dopo, tali sviluppi sono stati riconosciuti dalla Commissione nella Comunicazione del 2004 [COM (2004) 557], nella quale si legge che nel corso degli ultimi anni si è assistito ad uno spostamento qualitativo della natura del dialogo sociale verso una maggiore autonomia, poiché i *partner* sociali hanno sempre più frequentemente adottato testi di *nuova generazione* ("*new generation texts*"), «caratterizzati dal fatto che le parti sociali stesse devono occuparsi del *follow-up*».

Per la Commissione, si tratta di testi con cui le parti hanno assunto impegni o formulato raccomandazioni ai loro membri nazionali, cercando, spontaneamente e attivamente, di applicare il contenuto del testo al livello nazionale. Si tratta, in tutta evidenza, di un'efficacia verticale interna all'ordinamento sindacale: a maggiore o minore vincolatività - a seconda del tipo di prodotto - per i soggetti del dialogo e, a cascata, per gli aderenti, organizzazioni e singoli.

Nel processo di spontanea attuazione dei testi negoziali le parti sociali vengono incoraggiate, dalla Commissione, «a servirsi di tecniche d'esame tra pari (*peer reviews*) ispirate al metodo aperto di coordinamento, fissando ad esempio obiettivi (quantitativi, se possibile) o indicatori di riferimento e riferendo regolarmente sui progressi compiuti per raggiungerli»[825].

La stessa Commissione, nell'assumersi il compito di assistere le parti sociali nell'attuazione dei testi, si impegna a promuovere lo «scambio di esperienze su pratiche di messa in atto». Per tali ragioni «il dialogo sociale di nuova generazione può essere descritto come un percorso parallelo

---

[823] PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale*, cit., p. 153.

[824] Interessante la classificazione degli accordi *statutory* e *non-statutory* proposta SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow*, cit., pp. 162-163. Utilizzando degli acronimi, l'A. distingue infatti gli accordi *statutory* in COCOCAs (*Commission-initiated and Council-implemented collective agreements*) e SICOCAs (*self-initiated but Council-implemented collective agreements*) e quelli *non-statutory* in COSICAs (*Commission-initiated but self-implemented collective agreements*) e SISICAs (*self-initiated and self-implemented collective agreements*).

[825] COM (2004) 557, § 4.3.

e complementare al metodo aperto di coordinamento» (MAC), così da potersi parlare di una possibile contaminazione fra tali forme di *soft law* e il MAC, sul piano dell'«intensità prescrittiva»[826].

A livello intersettoriale, la crescente negoziazione di *autonomous agreements* opera un rafforzamento degli strumenti di *soft law* dell'Unione[827], nel cui ambito il "dialogo autonomo" si atteggia come forma di «*soft law* di produzione spontanea»[828].

A questo livello, l'utilizzo di tale fonte *soft* si rivela più agevole rispetto agli accordi recepiti in direttive del Consiglio e ciò per almeno due ragioni: perché i *partner* sociali possono intervenire in settori che esulano dall'ambito delle competenze dell'Unione e perché, anche nei settori di competenza dell'U.E., l'adozione di *autonomous agreements* costituisce una valida alternativa all'adozione di atti legislativi (gli accordi recepiti in direttive del Consiglio) da parte di un Consiglio che, anche laddove legittimato a decidere a maggioranza qualificata, è pur sempre composto da 27 Stati membri e, dunque, con un procedimento che rimane pur sempre, almeno formalmente, complicato[829].

Sta di fatto che l'espandersi di forme di dialogo "volontario" ed "autonomo" ha avviato, in ambito europeo, una nuova fase di relazioni negoziali, «più in sintonia con quei sistemi pluralistici storicamente e strutturalmente caratterizzati da un alto livello di volontarismo e da un minimo tasso di giuridificazione» [830].

Le novità sono tali da smentire l'idea – non a caso prospettata all'indomani dell'APS allegato al Trattato di Maastricht – che il termine «*volontarism, traditionally used in labour law theory to signify the primacy of collective agreements over the law, does not apply to the European system of collective labour relations*»[831] .Quel che appare certo è che, nella dimensione europea, i processi negoziali possono oggi essere, infatti, "istituzionali" o "volontari/autonomi" e che possono, quindi, assumere forme diverse dalla negoziazione collettiva tipizzata dall'art. 154 TFUE; ciò consente ormai di ipotizzare nozioni di dialogo e di contrattazione collettiva fondate sull'esercizio *di fatto* di poteri di rappresentanza e di negoziazione nello spazio sovranazionale, indipendenti da uno speciale ed esplicito riconoscimento formale[832].

Tali nuove forme di relazioni negoziali, inoltre, hanno finito per prevalere su quelle affermatesi intorno alla metà degli anni novanta, periodo in cui, come si è visto, era invalsa la prassi dei cosiddetti accordi pre-legislativi, attuati tramite direttive del Consiglio.

---

[826] PERUZZI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 523.

[827] SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2004. De MINICO, *La soft law: nostalgie e anticipazioni*, in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, il Mulino, 2010, p. 343.

[828] Sempre PERUZZI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 519.

[829] BRANCH, *The Evolution*, cit., p. 338.

[830] COMANDÈ, *Le dinamiche collettive*, cit., p. 9.

[831] SCIARRA, *Collective Agreements*, cit., p. 196.

[832] Cfr. GRANDI, *La contrattazione collettiva europea*, cit., p. 16, il quale, tuttavia, fa riferimento ad una nozione di autonomia collettiva, piuttosto che di contrattazione, indipendente dal riconoscimento formale operato dall'art. 154 TFUE.

Ed infatti, anche nel processo di attuazione degli accordi, sono stati privilegiati quei meccanismi di attuazione autonoma (*autonomous implementation*), che, come si è visto, sono prioritariamente richiamati dalla prima parte dell'art. 155, § 2, TFUE.

È probabile che ciò sia stata favorito non soltanto da una intrinseca e progressiva prevalenza del metodo volontario sul metodo istituzionale, ma anche dai contenuti negoziali dominanti nella nuova fase, sicuramente meno "densi" rispetto a quelli della fase istituzionale: una cosa è, infatti, regolare il contratto a termine, il *part-time* o adeguare la direttiva sull'orario di lavoro in certi settori (contenuti che richiedono una regolazione semi-*hard*, ma comunque uniforme e generalizzata, donde la direttive sociali di recepimento degli accordi); altra cosa, utilizzare il metodo negoziale per contenuti in cui la regolazione *soft* appare meglio sostenibile o celebra, addirittura, i propri fasti (si pensi al caso del recente accordo sul mercato del lavoro inclusivo)[833].

Non è, infatti, un caso che lo sviluppo degli *autonomous agreements* non ha del tutto cancellato la prassi degli accordi attuati tramite direttive del Consiglio, come mostra l'adozione di recenti direttive "negoziate", in occasione delle quali il "circuito istituzionale" di cui all'art. 154 TFUE è stato aperto dalla Commissione e ha finito perfettamente per chiudersi: si pensi alla recente Direttiva 2010/18/UE, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale, concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES. È vero che tale prassi ha perso la centralità acquisita negli anni novanta e che essa è per lo più riproposta in occasione della revisione di precedenti direttive "negoziate" (la Direttiva 2010/18/UE abroga la precedente direttiva "negoziata" negli anni '90: Dir. 1996/34/CE), ma è pur vero che il procedimento integrato rimane la modalità regolativa privilegiata dalle istituzioni, ma anche delle parti sociali europee, su temi che richiedono una regolazione uniforme e generalizzata a statuto giuridico *hard* o semi-*hard*.

Dialogo volontario, dialogo autonomo e dialogo istituzionale - è questa la prognosi finale - non costituiscono strategie oppositive, né si prestano, in termini tarelliani, a considerazioni in chiave di ideologia sindacale; essi vanno, invece, considerati come risorse regolative differenziate a disposizione delle parti e delle istituzioni europee per calibrare la densità della regolazione sociale in ragione degli obiettivi e delle strategie di volta in volta perseguiti; tutto ciò tende nel tempo a generare una metodologia sincretica (su basi pragmatiche), che la dimensione ordinamentale multilivello finisce per imporre agli attori e, *pour cause*, per esaltare.

7.1. I risultati del dialogo volontario e autonomo ai vari livelli: il livello intersettoriale.

A livello intersettoriale gli accordi autonomi più noti sono quelli siglati da UNICE/UEAPME, CEEP e CES a partire dal 2002 sulla base del Programma di lavoro stilato dalle parti sociali per il periodo 2003-2005[834].

Il primo di tali accordi è il *Framework of actions for the lifelong development of competencies and qualifications* (28.2.2002). Per quest'accordo, le parti sociali non hanno previsto una vera e propria "attuazione" a livello di singoli Stati, ma, piuttosto, (i) una semplice "promozione" del *Framework* da parte delle organizzazioni sindacali nazionali aderenti ad UNICE/UEAPME, CEEP e CES, (ii) un rapporto annuale sulle azioni condotte a livello nazionale per dare seguito all'accordo e,

---

[833] V., *infra*, § 7.1.

[834] *Work Programme of the European Social Partners 2003-2005*, leggibile al sito http://www.etuc.org. Si tratta del primo Programma di azione delle parti sociali europee, al quale hanno fatto seguito altri due Programmi di azione, quello del 2006-2008 e quello del 2009-2010 (sempre visibili al sito http://www.etuc.org.).

dopo tre rapporti annuali, (iii) una valutazione di sintesi sull'impatto prodotto dall'accordo a livello di singoli Stati.

Più che di un contratto vero e proprio – da cui dovrebbero almeno scaturire obbligazioni a carico delle parti stipulanti (e diversamente, per esempio, dall'accordo sul telelavoro) - si è trattato, dunque, di un testo negoziale prodotto da una attività riconducibile al dialogo sociale nella più lata accezione prima assunta (*retro*, § 1).

Diversamente, i due successivi accordi sul telelavoro (16.7.2002[835] e sullo stress da lavoro (8.10.2004) assumono le sembianze di negozi bilaterali produttivi di effetti obbligatori.

I negoziati che li hanno preceduti si sono svolti, su impulso della Commissione, in seguito all'apertura delle consultazioni *ex* art. 154 TFUE e i testi prodotti mostrano tutti i caratteri degli "accordi autonomi" nell'accezione prima richiamata, che è quella di accordi *soggetti ad autonoma attuazione.*

Entrambi fanno espresso riferimento al meccanismo di attuazione previsto dalla prima parte dell'art. 155, § 2, TFUE, assegnando alle parti sociali nazionali un termine di tre anni per la loro attuazione ed enfatizzando, con ciò, la necessità di un "passaggio traspositivo nazionale" attraverso cui si "condensi" l'efficacia degli accordi a quel livello[836].

I due accordi richiamati contemplano anche un coinvolgimento del Comitato del dialogo sociale nel processo di attuazione. Come nel caso del precedente *Framework*, l'accordo sul telelavoro prevede, così, la successiva stesura di una relazione congiunta, ad opera di un gruppo *ad hoc* costituito dalle parti firmatarie e sotto la responsabilità del Comitato, sulle misure di attuazione adottate. Mentre l'accordo sullo stress da lavoro prevede: che le procedure di attuazione interne ai singoli sistemi vengano riferite al Comitato dalle organizzazioni nazionali affiliate ai sindacati europei; che il Comitato predisponga una tabella annuale riassuntiva della situazione relativa all'implementazione dell'accordo; e che, alla fine, esso rediga un rapporto sulle azioni svolte ai fini dell'attuazione[837].

---

[835] COTTONE, *L'accordo collettivo europeo sul telelavoro*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 641.

[836] V., più ampiamente, *infra*, § 8.1.

[837] Sembra utile riportare per intero il contenuto della clausola 7 dell'Accordo sullo stress da lavoro (Attuazione e controllo del tempo): «*In base all'art. 139 del Trattato questo accordo-quadro europeo volontario impegna i membri dell'UNICE/UEAPME, del CEEP e della CES (e del Comitato di Collegamento EUROCADRES/CEC) ad implementarlo in accordo con le procedure e le pratiche proprie delle parti sociali nei vari Stati membri e nei paesi dell'Area Economica Europea. I firmatari invitano anche le loro organizzazioni affiliate nei paesi candidati ad attuare questo accordo. L'implementazione di questo accordo sarà effettuata entro tre anni dalla data della sua firma. Le organizzazioni affiliate notificheranno l'applicazione dell'accordo al Comitato del dialogo sociale. Nel corso dei primi tre anni successivi alla firma dell'accordo il Comitato del dialogo sociale predisporrà una tabella annuale riassuntiva della situazione relativa all'implementazione dell'accordo. Nel corso del quarto anno il Comitato redigerà un rapporto completo sulle azioni intraprese ai fini dell'attuazione dell'accordo. I firmatari valuteranno e riesamineranno l'accordo in qualunque momento su richiesta di uno di loro una volta trascorsi cinque anni dalla data della firma. In caso di domande in merito al contenuto dell'accordo le organizzazioni affiliate interessate possono rivolgersi congiuntamente o separatamente ai firmatari che risponderanno loro congiuntamente o separatamente. Nell'attuare questo accordo i membri delle organizzazioni firmatarie evitino di imporre oneri inutili alle PMI. L'attuazione di questo accordo non costituisce un valido motivo per ridurre il livello generale di protezione concesso ai lavoratori nell'ambito di questo accordo. Questo accordo non pregiudica il diritto delle parti sociali di concludere, ai livelli adeguati, incluso il livello europeo, accordi che adattino e/o completino questo accordo in modo da prendere in considerazione le esigenze specifiche delle parti sociali interessate*». Tale accordo è stato attuato in Italia tramite Accordo interconfederale del 9 giugno 2008 tra le principali associazioni datoriali

Analoghi tempi e procedure di attuazione sono riprodotti dal terzo accordo autonomo concluso dalle parti sociali europee a livello intersettoriale - l'Accordo quadro sulle molestie e la violenza sul lavoro (26.4.2007) - anch'esso negoziato a seguito di consultazione attivata dalla Commissione.

In tal caso, il contenuto si concentra, più che su clausole reciprocamente vincolanti (di tipo giuridico, nel linguaggio della Commissione), su un "approccio attivo" (sempre nel linguaggio della Commissione). Se si esamina il testo, utilizzando una terminologia più adeguata alle relazioni contrattuali, si evidenzia più un contratto ispirato al metodo negoziale dinamico (un accordo procedurale mirato a predisporre meccanismi di perseguimento degli obiettivi di contrasto alle molestie) piuttosto che statico (un accordo basato su precise obbligazioni corrispettive).

Da evidenziare che proprio per il fatto che tale accordo scaturisce dall'iniziativa consultiva della Commissione, la stessa si è riservata una valutazione di merito dell'accordo, comprensiva del controllo di rappresentatività delle parti che l'hanno posto in essere. L'esito positivo di tale verifica, come espressamente affermato dalla Commissione, ha determinato la pubblicazione ufficiale dell'accordo, la specifica e formale informazione a Consiglio e Parlamento e, infine, il materiale sostegno alle parti sociali nella fase attuativa; l'intervento della Commissione ha, così, assunto una funzione promozionale dell'accordo nella fase attuativa[838].

L'ultimo degli accordi autonomi intersettoriali conclusi nella seconda metà del decennio è l'*Accordo sul mercato del lavoro inclusivo* (25.3.2010), siglato dalle parti sociali, a livello *cross-industry*, nell'anno europeo della lotta alla povertà e all'esclusione sociale e, pertanto, in linea con altri atti programmatici delle istituzioni dell'Unione, riguardanti il medesimo ambito [839] (il Documento quadro strategico della Commissione su "*Priorità e orientamenti per le attività dell'Anno europeo 2010*" e la "*Strategia Europa 2020*", varata nel 2010, a distanza di dieci anni dalla "Strategia di Lisbona"[840]). Anch'esso, come quelli che lo hanno preceduto, assegna alle parti sociali nazionali un termine di tre anni per la sua implementazione, prevede, inoltre, la redazione di un rapporto finale ad opera delle parti sociali sull'esito di tale azione, preparato dal Comitato, da adottarsi dalle parti stesse nel quarto anno.

(Confindustria, Confapi, Confartigianato; CLAAI, CNA, Confesercenti, Confcooperative, Legacoop, AGCI, Conservizi, Confagricoltura, Coldiretti, da un lato, e CGIL, CISL e UIL dall'altro). Secondo quanto previsto nella premessa, il recepimento, avviene «tramite la…traduzione in lingua del testo redatto in lingua inglese, con la precisazione che tutte le volte in cui nel testo compare la dizione "lavoratori" si deve intendere "lavoratori e lavoratrici"». Per quel che consta, nella versione esaminata, l'unica modifica al testo originario, effettuata dai negoziatori italiani, è la materiale e manuale cancellazione proprio del comma 3, che fissava in tre anni il termine di attuazione dell'accordo, con relativo asterisco, vergato a mano, con il seguente rimando: "il comma 3 si intende cancellato".

838 Si veda la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento COM (2007) 686 def. dell'8.11.2007.

839 *Industrial Relations in Europe 2010*, cit., p. 181.

840 La Comunicazione sulla "Strategia Europa 2020" [COM (2010) 2020 del 3.3.2010], primo atto programmatico di rilievo che l'Unione ha messo in cantiere dopo l'entrata in vigore del TL, presenta, a dieci anni di distanza da Lisbona, una nuova strategia: la "Strategia Europa 2020" (cfr. BRONZINI, GIUBBONI, *La nuova agenda europea in materia sociale e il metodo aperto di coordinamento*, in *AREL – Europa Lavoro Economia*, 2010, n. 4, p. 25. Per un bilancio della "Strategia di Lisbona" v. i diversi contributi raccolti nel fascicolo n. 4 della *Riv. pol. soc*., 2009). Obiettivo della nuova strategia è di trasformare «l'UE in un'economia intelligente, sostenibile *inclusiva* caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale». La "Strategia Europa 2020" è stata fatta propria dal successivo Consiglio europeo di Bruxelles del 25-26 marzo 2010.

Il contenuto eminentemente *soft* di tale accordo (che si evidenzia nella comparazione con altri accordi, dotati di contenuti obbligatori e normativi) è riconosciuto nel testo dell'accordo dalle stesse parti stipulanti, ove esse manifestano la consapevolezza che le dinamiche del mercato del lavoro non dipendono soltanto dalla loro azione, ma anche da quella di altri attori, e rinviano in tal senso all'annesso n.1 che contiene «*a non-exhaustive list of recommendations to public authorities and other actors*», concernente azioni da intraprendere per rendere attivo e inclusivo il mercato del lavoro.

A oggi, tanto il *Framework* del 2002, quanto gli accordi sul telelavoro e sullo stress da lavoro hanno completato la procedura di implementazione, con la presentazione dei tre rapporti, ad opera delle parti sociali, sull'attuazione nei vari sistemi nazionali[841]. La stessa Commissione, infine, nel 2008 [842] e nel 2011 [843], ha redatto i propri rapporti di valutazione finale sull'attuazione dei due accordi sul telelavoro e sullo stress; entrambi descrivono come un successo l'attuazione dei due accordi.

7.2. (segue) Il dialogo sociale settoriale

Forme "volontarie" ed "autonome" di contrattazione si realizzano, inoltre, a livello settoriale.

Benché già negli anni '50-70 esistessero relazioni collettive a livello di settore[844], risale alla fine degli anni '90 la definizione, da parte della Commissione, del quadro relativo al dialogo sociale settoriale europeo.

Con Decisione del 20 maggio 1998 [845] - allegata alla già richiamata Comunicazione del 1998 - la Commissione si è infatti occupata della dimensione settoriale del dialogo sociale europeo, sostituendo ai nove precedenti "comitati paritari" i "comitati di settore per il dialogo settoriale" (di seguito "comitati" o Csds) [846] e stabilendo condizioni e requisiti per la costituzione di nuovi comitati.

La Decisione ha previsto, in particolare, che nuovi Csds possano essere costituiti - sempre nella forma di organismi bipartiti - nei settori in cui le due parti sociali presentino congiuntamente richiesta di partecipazione ad un dialogo a livello europeo ed in cui le organizzazioni, che rappresentano le due parti sociali, siano in possesso dei seguenti requisiti: a) siano collegate a specifici settori o categorie e dispongano di un'organizzazione a livello europeo; b) siano composte da organizzazioni che, a loro volta, formino parte integrante e riconosciuta delle strutture delle parti sociali degli Stati membri, siano abilitate a negoziare accordi e siano rappresentative in più Stati

---

841 I tre *Evaluation Report*, rispettivamente del 25.1.2006, del 28.6.2006 e del 18.6.2008 si leggono sempre al sito http://www.etuc.org.

842 Commission Staff Working Paper, *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework* [COM (2008) 412 final].

843 Commission Staff Working Paper, *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Work-related Stress* [SEC (2011) 241 final].

844 ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale*, p. 542.

845 Decisione 98/500/CE.

846 L'art. 7 della Decisione 98/500/CE ha così sostituito ai precedenti nove "comitati paritari" [istituiti nei seguenti settori: a) trasporti marittimi; b) aviazione civile; c) navigazione interna; d) trasporti stradali; e) ferrovie; f) telecomunicazioni; g) salariati agricoli; h) pesca marittima; i) poste] altrettanti Csds.

membri; c) dispongano di strutture adeguate a garantire la loro effettiva partecipazione all'attività dei comitati.

Su questa base, ad oggi, sono stati creati 40 comitati, mentre si discute della possibilità di crearne di nuovi nel settore portuale e dello sport.

Secondo la Decisione della Commissione del 1998, alle riunioni di ciascun comitato sono ammessi a partecipare al massimo 40 rappresentanti dei datori di lavoro e dei sindacati, con un numero pari di rappresentanti per ciascuna delegazione[138-bis]; mentre, dal punto di vista delle attribuzioni, tanto la suddetta Comunicazione, quanto il più recente *Documento di lavoro dei servizi della Commissione sul funzionamento e sul potenziale del dialogo sociale settoriale a livello europeo* (di seguito: *Documento* del 2010) [847], definiscono i comitati come sedi di rafforzamento della fiducia, scambio di informazioni, discussione, consultazione, *negoziati* e azioni comuni.

A quelle che erano le originarie funzioni *consultive* dei "comitati paritari" si sono, dunque, aggiunte funzioni *negoziali.*

Il dialogo sociale settoriale contempla diverse modalità e strumenti giuridici: da esso scaturiscono testi negoziali di diversa natura, spesso non ascrivibili alla categoria degli accordi (*agreements*) e, pur tuttavia, riconducibili all'esercizio di funzioni negoziali, in senso lato, da parte dei comitati [848].

In considerazione di una simile eterogeneità di prodotti, la Commissione, nella Comunicazione del 2004 [COM (2004) 557], ha proposto una classificazione dei risultati del dialogo sociale settoriale (oltre 500 sono i testi sino ad oggi adottati), poi ripresa dal recente *Documento* del 2010[849].

La classificazione proposta è la seguente: 1) accordi (*agreements*: attuati o meno da direttive europee) che, essendo basati sull'articolo 155 TFUE, sono vincolanti, richiedono un *follow-up* e vanno monitorati (accordi collettivi europei in senso stretto, con efficacia obbligatoria e normativa generalizzata in caso di ricezione in direttiva); 2) testi di orientamento (*process-oriented texts*: quadri d'azione, linee guida, codici di condotta, orientamenti politici), che, sebbene non vincolanti, richiedono un *follow-up* e il cui avanzamento in termini di attuazione va anch'esso monitorato costantemente; 3) pareri e strumenti comuni (*joint opinions and tools*), destinati a influire sulle politiche europee e ad agevolare la condivisione delle conoscenze [850].

[138-bis] Come riferiscono Léonard, Perin, Pochet, *The European Sectoral Social Dialogue*, cit., pp. 263-266, il grado di coinvolgimento dei rappresentati nazionali nei comitati non è, tuttavia, omogeneo: vi sono membri più attivi ("*the central players*", caratterizzati da una "*proactive action*"), membri meno attivi ("*observers*", connotati da una "*passive reaction*") e membri per lo più assenti ("*absent players*"). Ciò dipende dal diverso grado di preparazione e di propensione degli attori nazionali al dialogo sociale europeo, dal differente *background* socio-culturale e, non ultimo, dal contesto sindacale "domestico", che può più o meno favorire la dimensione negoziale sovranazionale

[847] SEC(2010) 964 def. del 22.7.2010.

[848] Come riferiscono Léonard, Perin, Pochet, *The European Sectoral Social Dialogue: Questions of Representation and membership*, *Ind. Rel. Journ.*, 2011, pp. 256-257, meno del 2% dei testi prodotti dal dialogo sociale settoriale sono *agreements* dotati di effetti "*binding*"; cfr. pure CARUSO, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, *Giorn dir. lav. rel. ind*., 2006, sp. pp. 590-591.

[849] V. anche POCHET, PEETERS, LEONARD, PERIN, *Dynamics of European sectoral social dialogue*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2009. La medesima classificazione si ritrova nel successivo studio di BECHTER, BRANDL, MEARDI, *From national to sectoral industrial relations: Developments in sectoral industrial relations in the EU*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2011, p. 6.

[850] A queste tre categorie L'Allegato 2 alla COM (2004) 557 ne aggiunge, infine, una quarta: quella dei "*procedural texts*", alla quale vengono ricondotti testi negoziali, conclusi a livello *cross-industry*, con i quali si cerca di definire regole per il dialogo sociale bipartito

Queste due ultime tipologie di testi possono essere ricondotte ad un concetto lato di *soft law* europea generata dal dialogo sociale.

Benché la stragrande maggioranza dei risultati prodotti rientri nella categoria di semplici *joint opinions* [851], il dialogo sociale settoriale, pertanto, ha generato anche *statutory agreements*, (i) attuati negli Stati membri tramite direttive europee (cinque accordi settoriali in materia di condizioni e orario di lavoro e salute e sicurezza sul posto di lavoro sono stati attuati tramite direttive del Consiglio [852]) o (ii) *autonomous agreements*, la cui attuazione è stata demandata alle procedure e prassi delle parti sociali e degli Stati membri (art. 155, § 2, TFUE).

I1 recente sviluppo del dialogo sociale settoriale e il crescente interesse della Commissione verso tale livello di negoziazione hanno, infine, spostato l'attenzione relativa al tema della rappresentatività delle parti sociali, proprio sulle organizzazioni sindacali settoriali: a partire dal 2006, la Commissione, così, ha affidato alla *Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro di Dublino* il compito di condurre studi, proprio a livello di settore, sulla rappresentatività delle organizzazioni europee. Tale rappresentatività non è valutata né in chiave politico-istituzionale, né in virtù di procedure di misurazione di consenso numerico/elettorale, ma sulla base di studi analitici: quelli relativi alla *union membership* (sia in termini di "copertura categoriale" sia in termini quantitativi); alla *union density* (in ogni settore a livello nazionale in assoluto e, comparativamente, rispetto ad altri sindacati presenti); alla presenza di genere nella *membership*; alla capacità negoziale, intesa come capacità effettiva di concludere accordi; infine, alla affiliazione internazionale [853].

8. Efficacia giuridica degli accordi autonomi: a) nell'ordinamento dell'U.E.

Il principale problema posto dagli accordi autonomi (*non-statutory agreements* o *autonomous agreements*) è certamente quello della loro efficacia giuridica, tanto all'interno dell'ordinamento dell'U.E., quanto nell'ambito dei singoli sistemi nazionali.

---

a livello interprofessionale e per quello settoriale. Tali "*procedural texts*", proprio perché stipulati a livello *cross-industry*, non si configurano, tuttavia, come prodotti del dialogo sociale *settoriale*, quanto, piuttosto, del dialogo *intersettoriale*.

[851] V. il grafico Annex 4 del SEC (2010) 964 def.

[852] 1) L'accordo quadro, concluso da HOSPEEM e FSESP, in materia di prevenzione delle ferite da taglio o da punta nel settore ospedaliero e sanitario (attuato con DIRETTIVA 2010/32/UE DEL CONSIGLIO, del 10 maggio 2010); 2) l'accordo concluso dall'Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e dalla Federazione europea dei lavoratori dei trasporti (ETF) sulla convenzione sul lavoro marittimo del 2006 e modifica della direttiva 1999/63/CE (attuato con DIRETTIVA 2009/13/CE DEL CONSIGLIO, del 16 febbraio 2009); 3) l'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare concluso dall'Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e dalla Federazione dei sindacati dei trasportatori dell'Unione europea (FST) (attuato con DIRETTIVA 1999/63/CE DEL CONSIGLIO, del 21 giugno 1999); 4) l'accordo tra la Comunità delle ferrovie europee (CER) e la Federazione europea dei lavoratori dei trasporti (ETF) su taluni aspetti delle condizioni di lavoro dei lavoratori mobili che effettuano servizi di interoperabilità transfrontaliera nel settore ferroviario (attuato con DIRETTIVA 2005/47/CE DEL CONSIGLIO, del 18 luglio 2005); 5) l'accordo europeo sull'organizzazione dell'orario di lavoro del personale di volo nell'aviazione civile concluso da Association of European Airlines (AEA), European Transport Workers' Federation (ETF), European Cockpit Association (ECA), European Regions Airline Association (ERA) e International Air Carrier Association (IACA) (attuato con DIRETTIVA 2000/79/CE DEL CONSIGLIO, del 27 novembre 2000).

[853] Dal 2006 la Fondazione ha, pertanto, condotto studi in diversi settori; 2007: agricoltura, telecomunicazioni, 2008: ferrovie, trasporto marittimo e costiero, servizi postali e di corriere, fabbricazione di zucchero, settore del gas; 2009: acciaio, concia e pelli, servizi alla persona, ospedali; 2010: settore del catering, industria calzaturiera, aviazione civile, trasporto per vie d'acqua interne, amministrazione pubblica centrale, istruzione, metalli. Si veda per tutti, il *Report* della Fondazione europea di Dublino, *Representativeness of the European social partner organisations: Commerce*, nella banca dati EIRO *on-line* (ove altri simili *Reports* per i vari settori e per singoli Paesi): http://www.eurofound.europa.eu/eiro.

La questione riguarda sia gli accordi intersettoriali sia quelli conclusi a livello di settore o multi-settoriali e, come si è visto, è espressamente presa in considerazione nei testi degli accordi intersettoriali sopra richiamati, che auto-regolamentano meccanismi di attuazione di natura endo-sindacale, prevedendo anche un coinvolgimento delle istituzioni dell'Unione in tale processo (fissazione di un termine triennale per l'implementazione dell'accordo; coinvolgimento del Comitato del dialogo sociale nel processo di attuazione; stesura di rapporti di valutazione ad opera delle parti sociali e della Commissione).

In una prospettiva non limitata agli accordi intersettoriali (e dunque estesa anche agli *autonomous agreements* conclusi a livello settoriale e multi-settoriale), il problema è stato affrontato anche dalla Commissione nella Comunicazione del 2004, nella quale si è sottolineato che, nel caso degli *autonomous agreements*, l'effettivo «impatto dei testi delle parti sociali dipende largamente dalla volontà politica dei membri nazionali di applicarli, dalle loro capacità tecniche di agire in tal senso e dalla loro rappresentatività» [854].

Al fine di facilitare il processo di attuazione di tali accordi, la Commissione si impegna, tuttavia, ad assistere le parti sociali «cercando di promuovere lo scambio di esperienze su pratiche di messa in atto» ed inserendo i testi in un'apposita banca-dati.

Ancor più decisa è l'attività di assistenza promessa se gli accordi sono frutto di una consultazione della Commissione (*ex* art. 154 TFUE), nel qual caso la medesima, dopo aver valutato i testi contrattuali *ex ante,* si farà carico di pubblicali e di informarne il Parlamento europeo e il Consiglio dei Ministri. Inoltre, «allo scadere del periodo di attuazione e di verifica, dando la precedenza al controllo da parte delle parti sociali stesse», la Commissione si impegna ad effettuare «il proprio controllo dell'accordo, *per valutare* la misura in cui esso abbia contribuito al raggiungimento degli obbiettivi comunitari» [855].

Nel contesto di una più generale attività di assistenza e di monitoraggio sull'attuazione degli accordi, la valutazione (*ex ante* ed *ex post*) e la pubblicazione dei testi contrattuali sono, dunque, i principali compiti che la Commissione si impegna a svolgere, a sostegno dell'attività negoziale delle parti sociali.

In tal caso, gli accordi, anche in ragione della loro natura *non statutory*, sono oggetto di un'attività istituzionale di sostegno sicuramente più *soft* e discreta rispetto a quella prevista dalla Comunicazione del 1993 [COM (93) 600] nel caso in cui essi debbano essere attuati, invece, tramite decisione del Consiglio (accordi *statutory*).

L'attuazione degli accordi è rimessa alle parti sociali e la Commissione si limita a parteciparvi con attività di tipo logistico: la pubblicazione degli accordi, la comunicazione formale ad altre istituzioni, la messa a disposizione di mezzi e strumenti di supporto ecc.

È ovvio che la pubblicazione del testo e le valutazioni della Commissione non costituiscono, comunque, condizioni di validità di un *autonomous agreement,* né sono in grado di ripercuotersi, in modo significativo, sul suo grado di effettività. E, tuttavia, le istituzioni non rinunziano – ciò vale, in particolare, per la Commissione – ad assumere un ruolo, oltre che di impulso, di assistenza all'implementazione dei testi e di successivo monitoraggio della loro attuazione.

---

[854] Sempre COM (2004) 557, § 3.2.1.

[855] C.vo nostro.

Ma, al di là delle indicazioni sul processo attuativo contenute nei *cross-industry agreements* e nella Comunicazione del 2004 [COM (2004) 557], come è possibile affrontare, oggi, la questione della rilevanza e dell'efficacia giuridica degli *autonomous agreements*? E di quale efficacia giuridica si parla? Di quella concernente l'ambito dell'ordinamento dell'U.E. o di quella interna agli ordinamenti nazionali?

Rispetto all'ordinamento europeo, più che in termini di efficacia, il problema è stato affrontato e discusso in termini di *rilevanza*.

Nel periodo immediatamente successivo al Trattato di Amsterdam non mancarono, così, voci favorevoli a considerare "deboli" e, persino, totalmente "irrilevanti" per l'ordinamento dell'Unione, gli accordi da attuare secondo le procedure e le prassi delle parti sociali e degli Stati membri, in contrapposizione agli accordi "forti", attuati con decisione del Consiglio: nel primo caso, perciò, si parlava di «contrattazione collettiva comunitaria "irrilevante"» [856].

Anche nell'ordinamento dell'UE il problema della contrattazione collettiva a tale livello, come già accennato[857], non riguarda il profilo della rilevanza giuridica, ma quello dell'efficacia; un profilo, quest'ultimo, che viene, peraltro, assorbito da quello dell'efficacia negli ordinamenti giuridici statuali e nei sistemi sindacali nazionali.

La tesi della irrilevanza tendeva, infatti, a sovrapporre il concetto di rilevanza giuridica a quello di efficacia e, dal momento che un problema di efficacia degli accordi non poteva porsi nell'ordinamento dell'U.E., per quell'effetto di assorbimento cui si è appena fatto cenno, si finiva per parlare, erroneamente, di irrilevanza[858].

I postulati teorici di una simile ricostruzione, già allora contestabili[859], appaiono oggi definitivamente superati.

---

[856] Sp. LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., pp.163-187. *Contra* D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e concertazione*, cit., p. 445, il quale, già all'indomani dell'APS, riteneva che le prassi e le procedure delle parti sociali, nella misura in cui consentono di attuare i contenuti degli accordi conclusi a livello comunitario, «sono rilevanti e producono specifici effetti nell'ordinamento comunitario».

[857] V., *supra*, § 6.

[858] Sempre LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., *ibidem*. Da una parte - si diceva - la Dichiarazione n. 27 allegata al Trattato di Amsterdam, nel fare riferimento ad una "prima intesa" «per l'applicazione degli accordi tra le parti sociali a livello comunitario, di cui all'articolo 118 B, paragrafo 2», prevede che «detta intesa non comportasse per gli Stati membri alcun obbligo di applicare direttamente gli accordi o di definire norme per il loro recepimento né alcun obbligo di modificare la normativa nazionale vigente per facilitarne l'applicazione». Dall'altra, il mancato riconoscimento di un principio costituzionale di libertà sindacale nell'ordinamento comunitario - elemento allora caratteristico del diritto primario europeo – impedirebbe di attribuire rilevanza, in quell'ordinamento, alla contrattazione collettiva comunitaria "debole" e, cioè, alle manifestazioni negoziali autonome, divergenti dallo schema contenutistico e procedurale proprio degli accordi "forti.

[859] A prescindere dalla considerazione che se una norma giuridica prende in considerazione un fatto, conferisce ad esso rilevanza giuridica, non pare dubbio che già la norma dell'APS, nella versione poi mantenuta dal Trattato di Amsterdam, implicasse una rilevanza giuridica degli accordi autonomi europei. Come meglio si spiegherà nel prosieguo del testo, l'accordo autonomo europeo può essere considerato, infatti, elemento di un'unica fattispecie (a formazione progressiva) e gli accordi di trasposizione nazionali come ulteriori elementi, futuri, della medesima fattispecie: in mancanza di procedure di attuazione, l'accordo è, pertanto, rilevante (per l'ordinamento dell'U.E.) ma non efficace. In una prima fase, in mancanza di una prassi reale di accordi europei e, di conseguenza, di un'applicazione pratica del § 1 dell'art. 155, si poteva, dunque, pure parlare di una contrattazione collettiva "virtuale" [CARUSO, *Processi reali e processi mentali nella costruzione dell'Europa sociale: il caso della contrattazione collettiva*, in ATTINITÀ VELO (a cura di), *Dalla Comunità all'Unione Europea*, Cacucci, 1994], ma non di una contrattazione collettiva "irrilevante". Nel caso dell'ordinamento giuridico europeo il dato di eccentricità, rispetto all'ordinamento nazionale, è che il riconoscimento giuridico del fenomeno della contrattazione "volontaria" e "autonoma" (e con esso la sua rilevanza giuridica) pre-esiste allo sviluppo concreto di tali prassi contrattuali e finisce,

Come si è già spiegato[860], anche in ragione del fatto che la Carta di Nizza riconosce il diritto di associazione a tutti i livelli - compreso quello sindacale - nonché i diritti di negoziazione collettiva e di sciopero, è oggi possibile inquadrare gli *autonomous agreements* nello schema teorico dell'autonomia contrattuale collettiva.

Nei riguardi delle manifestazioni di tale autonomia, l'art. 155, § 1, TFUE mostra, del resto, evidenti segnali di apertura. E, d'altra parte, lo stesso riconoscimento del "dialogo autonomo", nel nuovo art. 152 TFUE, produce un effetto confermativo del rilievo giuridico attribuito agli *autonomous agreements* dal diritto primario dell'Unione.

Altrettanto importante appare, infine, la circostanza che il già richiamato Accordo interistituzionale sugli strumenti di regolamentazione normativa include, come si è visto, gli accordi delle parti sociali ed, in particolare, gli accordi "autonomi" - tra le possibili fonti di regole a livello dell'Unione; regole che, per l'Accordo, possono discendere anche da "metodi di regolamentazione alternativi" agli strumenti legislativi. Il che, com'è evidente, equivale ad un espresso riconoscimento di rilevanza giuridica agli accordi "autonomi", legata per l'appunto alla loro esplicita qualificazione come fonti di produzione di regole a livello dell'Unione.

8.1. (segue) b) …e negli ordinamenti nazionali

Il problema concreto degli *autonomous agreements* europei si pone, dunque, in termini di efficacia giuridica.

Si tratta di capire attraverso quali percorsi giuridici gli accordi autonomi conclusi a livello europeo, producano effetti negli ordinamenti giuridici nazionali e/o nei relativi sistemi sindacali. È questione ampiamente discussa dalla dottrina giuslavoristica europea ma ancora non oggetto di decisioni dei giudici europei e nazionali.

Peraltro, la questione dell'efficacia di tali accordi nei sistemi nazionali non si riduce al punto della tecnica di trasposizione; problema, come si avrà modo di analizzare, comunque, di per sé rilevante. Sul piano della riflessione teorica, infatti, gli accordi autonomi europei rinviano allo snodo forse più rilevante della teoria giudica del contratto collettivo europeo, poiché implicano cruciali problematiche di rapporti tra sistemi sindacali (e di relazioni industriali) nazionali e sistema sindacale europeo. Detto altrimenti, l'efficacia degli accordi europei nei sistemi nazionali mette a fuoco la possibilità stessa che l'ordinamento sindacale sovranazionale produca autonome dinamiche di condizionamento giuridico dei sistemi contrattuali nazionali.

E tuttavia, la ricaduta di tali accordi nei sistemi nazionali non è riconducibile, neppure per analogia, a una "normale" dinamica tra vari livelli di una struttura, comunque unitaria, della contrattazione collettiva (divenuta solo più complessa) e, dunque, ad una questione di rapporti tra diversi

---

anzi, per promuoverlo. Nello schema tipico volontaristico, applicato agli ordinamenti statuali, la norma giuridica, invece, riconosce e promuove *ex post* quello che già esiste nella prassi; e questa non è una differenza da poco, sia sul piano pratico sia teorico. Per una messa a punto, sul versante della teoria generale del diritto, dei concetti di efficacia e rilevanza giuridica, si rinvia a FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir*., 1965, XIV, *passim* e, in particolare, §§ 41 – 42; dello stesso A. v. pure la voce *Rilevanza giuridica* in *Enc. dir.* 1989, XV.

[860] V. *retro*, § 6.

livelli contrattuali nazionali: come c'è un problema di rapporti tra contratti nazionali e aziendali, ci sarebbe un analogo problema di rapporti tra il livello contrattuale europeo e quello nazionale.

A questa analogia si oppone il "diaframma della sovranità" che non è solo statuale, ma anche, per genesi storica, dei sistemi sindacali[861]; pensare alla possibilità stessa di accordi europei a efficacia normativa e obbligatoria, non è infatti un mero problema riconducibile alla dialettica, tipica dei sistemi sindacali nazionali, di accentramento/decentramento contrattuale e organizzativo. Tale "diaframma" reca con sé la ben più pregnante questione, non affrontabile in questa sede, se le dinamiche di convergenza/divergenza dei sistemi sindacali e contrattuali europei possano essere considerate il risultato, più o meno spontaneo e inconsapevole, dell'operare degli attori sociali nella dimensione apparentemente "stagna" dei sistema nazionali; ovvero, se la dinamica di convergenza possa essere, in qualche modo, governata o influenzata dagli attori del sistema sindacale europeo e in qualche misura "imposta" (oggi con metodi di *suasion*, domani con strumenti normativi) agli attori nazionali, con relativa perdita della loro autonomia [862].

Al di là di questo profilo teorico, si pone il problema, strettamente tecnico, delle modalità di attuazione e, dunque, di efficacia degli accordi europei nei sistemi nazionali.

L'idea che occorra un "passaggio traspositivo interno" è quella più accreditata dai numerosi Autori che si sono occupati dell'argomento[863]: un accordo collettivo autonomo - stipulato ad uno qualsiasi dei livelli considerati (*cross-industry*, settoriale, multisettoriale) - non avrebbe *effetti diretti* nei singoli sistemi nazionali (non sarebbe, cioè, *self-executing*), necessitando, viceversa, di espressa attuazione in ambito nazionale.

Da tale attuazione dipenderebbe l'idoneità dell'accordo a dispiegare effetti *normativi* sui rapporti individuali di lavoro e, cioè, ad avere ricadute, più propriamente giuridiche, sulla disciplina di tali rapporti, in ragione, ovviamente, anche al tipo di efficacia, orizzontale (i.e.: soggettiva) e verticale (i.e.: oggettiva) del contratto collettivo di trasposizione nell'ordinamento nazionale.

Perché possano prodursi effetti *normativi*, sarebbe necessario, cioè, che i soggetti della negoziazione nazionale recepissero i contenuti dell'accordo concluso a livello europeo tramite accordi collettivi interni.

Ciò varrebbe, in particolare, per quelle clausole idonee a generare diritti e obblighi in capo ai lavoratori e ai datori di lavoro. Si pensi, solo per fare un esempio, alla clausola 3 dell'Accordo sul telelavoro, riguardante il "carattere volontario" di tale forma di impiego: clausola nella quale è previsto, fra l'altro, che «il rifiuto del lavoratore di optare per il telelavoro non costituisce, di per

---

[861] Va ricordato che nella teoria di Otto Kahn Freund sulla difficoltà del *legal transplant* per il diritto del lavoro rilievo particolare viene dato agli istituti del diritto sindacale, proprio per la loro diretta connessione alle specificità nazionali dei sistemi contrattuali e di relazioni industriali. Si v. Kahn-Freund, "*On Uses and Misuses of Comparative Law*" *Modern Law Rev.*, 1974, 37, pp. 1-27.

[862] Si rinvia, per un recente contributo sul tema, a BACCARO, HOWELL, *Reformulating the Argument for Neoliberal convergence: Institutional Change in European Industrial Relations*, visionabile al sito: http://www.astrid-online.it

[863] Senza pretesa di completezza, si richiamano, fra i tanti, BAYLOS GRAU, *La contrattazione collettiva dal punto di vista degli ordinamenti nazionali*, in Lettieri, Romagnoli (a cura di), *La contrattazione collettiva in Europa*, Ediesse, 1998, p. 65; APARICIO TOVAR, *Contrattazione collettiva*, cit., pp. 186-187; FRANSSEN, *Legal Aspects of European Social Dialogue*, Antwerp, Intersentia, 2002, p. 139 e 145-146. Per una panoramica delle diverse posizioni dottrinali, WELZ, *The European Social*, pp. 342 e ss.

sé, motivo di risoluzione del rapporto di lavoro, né di modifica delle condizioni del rapporto di lavoro del lavoratore medesimo».

Benché la questione della necessità o meno, di un momento traspositivo nazionale sia per lo più risolta in senso positivo dalla dottrina, essa, in tempi recenti, è stata ridiscussa alla luce dello sviluppo delle forme "volontarie" ed "autonome" di contrattazione[864].

Alcuni Autori, infatti, ritengono che i *partner* europei possano creare accordi *self-executing*, inserendovi clausole che ne garantiscano *effetti diretti* nei sistemi nazionali (*autonomous direct effect*)[865]. In tali casi, gli accordi nascerebbero già perfetti per il profilo dell'efficacia e non necessiterebbero di alcun passaggio traspositivo a livello nazionale. I *partner* nazionali sarebbero così obbligati (sia nelle relazioni endo-organizzative verticali, tra organizzazioni europee e nazionali, sia nelle relazioni negoziali a livello nazionale tra associazioni datoriali e sindacali nazionali) a considerare vincolanti tali accordi.

Disconoscere la possibilità che gli accordi autonomi producano, *ex se*, effetti nei sistemi nazionali (effetti diretti, per l'appunto), equivarrebbe, secondo tale opinione, a non tenere adeguatamente conto dell'avvenuto riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva nell'ordinamento dell'U.E. (art. 28, Carta Nizza), al punto tale che la negazione di tale possibilità "infrangerebbe" - per usare l'espressione di Deinert - il diritto in parola[866].

Interpretazioni aderenti a tale tesi, articolano ulteriormente l'argomentazione facendo leva su un'esegesi squisitamente letterale dell'art. 155, § 2: la norma, nel prevedere la possibilità di attuare gli accordi «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali *e* degli Stati membri», proprio attraverso l'uso della "*e*" disgiuntiva, farebbe chiaro riferimento alla possibile attuazione degli accordi ad opera delle parti sociali, *che potrebbero anche essere soltanto quelle europee*, senza che occorra l'intermediazione dei soggetti sindacali nazionali[867].

Un esempio concreto di accordo dotato di effetti diretti è stato rinvenuto nel primo accordo autonomo multi-settoriale: l'*Accordo sulla protezione della salute dei lavoratori attraverso la corretta manipolazione ed utilizzo della silice cristallina e dei prodotti che la contengono*, siglato da numerose Federazioni europee di settore il 25 aprile 2006; esso sembra predisporre, al suo interno, un meccanismo autosufficiente di attuazione e di relativo controllo.

L'accordo conterrebbe, infatti, una clausola *self-executing*, l'art. 3, comma 2, nella quale si stabilisce che «il presente accordo è applicabile alle parti, ai datori di lavoro e ai dipendenti come definito e stipulato qui sotto»[868].

---

[864] V. sp. DEINERT, *Modes of Implementation European Collective Agreements and Their Impact on Collective Autonomy*, *Ind. Law Journ*., 2003, pp. 320 e ss.; SMISMANS, *The European social dialogue between constitutional*, cit., sp. pp. 358 e ss.

[865] SCHIEK, *Autonomous Collective*, cit., sp. pp. 52 e ss.; DEINERT, *Modes of Implementing*, cit., pp. 323-324; *adde*, da ultima, COMANDÈ, *Negoziazione e contratto collettivo europeo*, cit., pp. 102-103.

[866] Scrive DEINERT, *Modes of Implementation*, cit., p. 321: «*it is clear that lack of any legal effect would infringe this right of collective autonomy would be undermined in the content of the Social Partners agreements was not enforceable*», ulteriormente precisando che «*a lack of legal enforceability of collective agreements harms the fundamental right of collective autonomy*».

[867] SCHIEK, *op. loc. cit*.; COMANDÈ, *op. loc. cit*.

[868] Ovviamente, il tasso di obbligatorietà nei confronti delle associazioni datoriali e sindacali nazionali aderenti ai soggetti stipulanti, è veicolato dal legame endo-associativo ed è, pertanto, rinviato ai meccanismi di regolazione interni al sistema sindacale.

A fronte di quest'unico caso, che, comunque, sembra più costituire un'eccezione alla regola generale che il sintomo di una nuova tendenza - vanno, tuttavia, considerate (i) le procedure di attuazione che hanno seguìto la stipula dei primi tre accordi autonomi intersettoriali, (ii) i rapporti di valutazione relativi alla loro attuazione nei vari sistemi nazionali ed, infine, (iii) le clausole di cui gli stessi accordi si sono, come si è visto (§ 7.1), dotati proprio in merito al profilo dell'attuazione.

Tanto queste ultime clausole - che funzionano come una sorta di "clausole di amministrazione" degli accordi autonomi -, quanto la conclusione delle prime procedure di attuazione, nei termini e con gli esiti sopra richiamati, dimostrano che, nella maggior parte dei casi, gli stessi *partner* europei ritengono necessaria la trasposizione nazionale, escludendo che l'*autonomous agreement* possa essere *self-executing.* Quasi sempre, sono le stesse parti sociali europee a riconoscere, implicitamente, che l'accordo europeo, non è dotato di congegni di *enforceability*; che esso non ha, dunque, effetti diretti sulle relazioni negoziali endo-statuali e che la sua efficacia non può prescindere da una attività, secondaria, affidata ai *partner* sociali nazionali.

Per tale ragione l'atto negoziale acquisisce la fisionomia dell'atto complesso, o della fattispecie a formazione progressiva; la perfezione dell'efficacia del contratto europeo è devoluta ad un elemento successivo (l'accordo di trasposizione) che perfeziona la fattispecie. L'accordo di trasposizione seguirà poi l'efficacia tipica (soggettiva e oggettiva) riconosciuta all'accordo collettivo nei diversi sistemi nazionali; un'efficacia che, nei sistemi sindacali connotati da un alto tasso di "volontarismo", è più legata alle procedure e alle prassi delle parti sociali (nazionali); mentre in quelli etero-regolati per via legale è maggiormente basata sulle procedure e sul sostegno degli Stati (sistemi a sostegno legislativo dell'efficacia)[869].

D'altra parte, una lettura più accorta dell'"Accordo silice", porta a mettere in evidenza come lo stesso preveda la creazione di un organismo *ad hoc* - denominato "Consiglio" – al quale vengono attribuite funzioni di supervisione dell'*attuazione* e di interpretazione dell'accordo[870], nonché il compito di redigere un "rapporto di riepilogo", finalizzato a riassumere «l'applicazione, la non applicazione e il miglioramento» e a dichiarare «il livello di applicazione/non applicazione per il settore industriale, le ragioni conseguenti», fornendo, eventualmente, dei suggerimenti. «Il rapporto di riepilogo verrà inoltrato alle Parti e ai loro membri, alla Commissione Europea e alle autorità nazionali responsabili della sicurezza dei lavoratori» (art. 8, § 2).

L'analogia riscontrabile tra i meccanismi di attuazione previsti dagli accordi autonomi intersettoriali e le procedure stabilite dall' "Accordo silice", anziché avvalorare l'idea di una applicabilità diretta dell'accordo, nel senso sopra chiarito e a partire dalla presunta presenza, al suo interno, di una clausola *self-executing*, sembra confermare, viceversa, la necessità di un'applicazione "mediata" e non "automatica" del testo contrattuale.

Se si considera la ricorrente presenza delle sopra citate "clausole di amministrazione" degli accordi autonomi intersettoriali e il carattere non dirimente della soluzione (art. 2 e art. 8, § 2)

---

869 Se si accetta la lettura proposta nel testo, finisce per apparire molto dubbia e forzata, da parte degli AA. cit. alla nota 159, l'enfatizzazione della congiuntiva "e", contenuta nel § 2 dell'art. 155 TFUE. È infatti preferibile ritenere che in tale disposizione si dia per scontata la necessità dell'atto di trasposizione nazionale e che l'espressione «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali *e* degli Stati membri» faccia, piuttosto, riferimento alla duplicità dei sistemi sindacali riferita nel testo (sistemi sindacali connotati da un alto tasso di "volontarismo"; sistemi a sostegno legislativo dell'efficacia).

870 Art. 8: «Il Consiglio dovrà essere il solo ed esclusivo organo di supervisione dell'implementazione e dell'interpretazione dell'Accordo».

escogitata dagli attori negoziali nell' "Accordo silice", è preferibile ancora ritenere, in conclusione, che l'efficacia degli accordi autonomi nei sistemi nazionali sia legata al "passaggio traspositivo interno", conseguendo, da quel momento in poi, l' efficacia giuridica tipica dei contratti collettivi, secondo le regole, volontarie o statuali, dell'ordinamento "domestico".

Al di là dell'intenzione degli attori sociali europei e dei congegni di diretta *enforceability* che i primi possono tentare, comunque, di predisporre, resta, in ogni caso, difficoltoso, sul piano tecnico-giuridico, spiegare il meccanismo dell'efficacia - oggettiva e soggettiva - degli accordi autonomi europei sui rapporti di lavoro, in mancanza del filtro costituito dall'accordo di trasposizione, che ha l'effetto di "nazionalizzare" e quindi di "decantare" l'efficacia giuridica di tali accordi. È evidente che, in mancanza di disposizioni dell'ordinamento europeo di sostegno universale a tale livello degli accordi autonomi, solo l'atto traspositivo nazionale, fungendo da *trait d'union* fra il livello sovranazionale (i.e.: europeo) ed il livello interno di negoziazione collettiva, consente di filtrare l'efficacia – oggettiva e soggettiva – dell'accordo europeo nell'ordinamento nazionale.

Si aggiunga che la diretta efficacia degli accordi autonomi pone problemi di coordinamento della struttura contrattuale nazionale (comprensiva di livelli centrali e decentrati) con il livello di negoziazione europeo, che, nella misura in cui produce testi che intendono auto-imporsi come obbligatori, si aggiungerebbe, alla stregua di livello addizionale, a quelli già esistenti in ambito nazionale.

Non è da escludere che rispetto ai livelli della struttura nazionale, l'accordo stipulato dai *partner* europei possa, per esempio, contenere clausole che regolano le medesime materie con previsioni difformi.

È pur vero, d'altra parte, che, nella misura in cui l'accordo dev'essere "trasposto", la sua attuazione è esposta al rischio di un'*efficacia differenziata* nei singoli sistemi nazionali[871]; ciò sia in ragione delle scelte riguardanti l'atto di trasposizione da parte degli attori sociali nazionali, sia in virtù delle differenze di statuto giuridico del contratto collettivo presenti nei vari sistemi[872].

Si è parlato, al riguardo, di possibili "statuti paralleli di effetti" negli ordinamenti nazionali[873].

Vi sono, innanzitutto, differenze di statuto giuridico del contratto collettivo, per cui, come è noto, esistono sistemi in cui il contratto viene reso efficace *erga omnes* attraverso una legge o un atto amministrativo; sistemi in cui opera, invece, un'efficacia di diritto comune limitata agli iscritti (estensibile, tuttavia, *ultra vires* attraverso operazioni giurisprudenziali o meccanismi legislativi di estensione); sistemi in cui il contratto collettivo ha un' efficacia generalizzata in via di fatto (e, cioè, in ragione della quasi totale copertura sindacale), a prescindere da esplicite previsioni legali e attraverso l'opera delle corti ordinarie e arbitrali; sistemi in cui il contratto collettivo ha un mero

---

871 Per tutti BRANCH, *The Evolution*, cit., sp. p. 327. Sul nesso fra la possibilità che l'attuazione degli accordi segua strade nazionali diverse e il principio di sussidiarietà v. SCIARRA, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale*, cit., sp. pp. 742-743.

872 Cfr. SMISMANS, *The European social dialogue between constitutional and labour law*, cit., sp. p. 359. Sulle sensibili differenze esistenti fra i sistemi nazionali di contrattazione collettiva, v. SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 456.

873 DEINERT, *Modes of Implementing*, cit., pp. 322-323, ove riferimenti ad altri AA.

valore di *gentleman's agreement*[874] producendo effetti contrattuali diretti soltanto attraverso la sua "incorporazione" nel contratto di lavoro individuale.

Sono possibili, inoltre, scelte diverse riguardanti l'atto di trasposizione, da parte degli attori sociali nazionali.

Come si evince dai Rapporti di valutazione della Commissione riguardanti gli Accordi sul telelavoro e sullo stress, gli attori sociali nazionali possono scegliere di attuare l'accordo europeo attraverso un *non-binding agreement*: per esempio, tramite un accordo contenente semplici *guidelines* o raccomandazioni. In occasione dell'attuazione dell'Accordo sullo stress, tale scelta è stata compiuta dalle parti sociali nazionali in sei casi[875]. Un *autonomous agreement* può, inoltre, essere trasposto con un diverso ambito di copertura settoriale: essere attuato nel solo settore privato, e non anche in quello pubblico, ovvero in entrambi, con un livello di "copertura" che, solo in quest'ultimo caso, diviene più elevato.

Un utile suggerimento - teso, da una parte, ad ovviare all'inconveniente della mancanza di effetti diretti, dall'altra, a contenere il rischio dell'efficacia differenziata - sembrerebbe quello della possibile stipula, da parte delle confederazioni sindacali europee, di un Accordo-quadro (un «*basic agreement for European collective agreements*, come lo si è definito [876]), che, sulla falsariga degli accordi centralizzati di organizzazione della struttura contrattuale siglati in Danimarca e in Italia, provveda a dettare un quadro di regole volte a governare i rapporti fra il livello europeo di negoziazione e quello nazionale. Per questa via, si potrebbero riservare al primo livello alcune materie, escludendone altre, che rimarrebbero, invece, di competenza dei livelli nazionale e sub-nazionale; e si potrebbero anche dettare regole che, in qualche modo, assicurino omogeneità di effetti degli *euro-agreements* nei sistemi nazionali [877].

È, tuttavia, ovvio che la praticabilità di una simile soluzione è legata allo sviluppo, e alla concreta "tenuta", di un sistema di relazioni sindacali in ambito europeo che, pur connotato da un alto livello di autonomia e di volontarismo, sia capace di imporsi con forza sui singoli sistemi nazionali, evitando così il rischio di una "delegittimazione" da parte di associazioni sindacali affiliate di livello nazionale. L'alternativa proposta[878] sarebbe quella di considerare tale ipotetico Accordo-quadro come "diritto dell'Unione", rendendolo, di conseguenza, prevalente sulle norme (legali e contrattuali collettive) nazionali, in base al generale principio del "primato" (prevalenza del diritto dell'Unione su qualsiasi norma nazionale, sia precedente sia successiva).

Si tratta, in effetti, di un'ipotesi interpretativa "forte", che, in presenza di un Accordo-quadro di questo tipo, potrebbe essere suffragata compiutamente soltanto attraverso il dialogo fra le Corti nazionali e la Corte di giustizia europea.

---

[874] Cfr. la ricerca coordinata da Sciarra, *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe. A Comparative Analysis*, visionabile *on-line*, alla pagina: http://www.unifi.it/CMpro-v-p-7365.html

[875] Spagna, Lussemburgo, Austria, Irlanda, Germania, Repubblica Ceca; per l'Italia invece si rinvia alla nota 131; in tal caso il recepimento è stato più formale.

[876] SCHIEK, *Autonomous Collective*, cit., p. 55; SMISMANS, *The European social dialogue between constitutional and labour law*, cit., p. 363.

[877] Sempre SCHIEK, *ibidem*.

[878] *Id*, pp. 55-56.

9. La negoziazione collettiva "autonoma" a livello di impresa transnazionale: i "transnational texts"

Un'ulteriore forma di dialogo autonomo è rappresentata dalla negoziazione collettiva svolta a livello di impresa transnazionale; quest'ultima, sviluppatasi in un momento successivo alla nascita del dialogo autonomo di settore, ha finito per assumere analoga, se non maggiore, rilevanza[879].

Il tema è stato posto al centro di numerosi studi e riflessioni recenti[880] anche da parte della Commissione, la quale, sulla scorta dell'Agenda Sociale 2005-2110[881], ha promosso, sin dal 2005, numerose ricerche in questa materia, affidando, innanzitutto, ad un gruppo di esperti il compito di svolgere un'indagine conoscitiva sugli sviluppi in corso della negoziazione collettiva transnazionale e di formulare una proposta sui possibili strumenti e basi giuridiche di un'azione regolativa dell'U.E. in quest'ambito.

Il successivo *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale*, redatto nel 2006[882] da un gruppo di esperti incaricato dalla Commissione e due Documenti della Commissione del 2008 - uno *Study Report* preliminare[883] ed un *Commission Staff Working Document on "The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration"*[884], - nei quali sono stati classificati 147 "*joint transnational texts*" in 89 imprese, costituiscono, ad oggi, i documenti più significativi in materia .

Stante la permanente assenza di regole appartenenti al diritto primario e secondario dell'U.E., nella prassi l'incremento di tale ulteriore forma di negoziazione è stato agevolato dalla presenza di un sistema di relazioni sindacali transnazionali, in parte sviluppatosi spontaneamente, attraverso la costituzione di strutture di rappresentanza dei lavoratori a livello di imprese transnazionali, in parte incrementato dalla normativa europea sui CAE, riguardante, come è noto, uno specifico ambito di imprese transnazionali: le imprese e i gruppi di dimensioni comunitarie (Direttive 1994/45/CE e 2009/38/CE)[885].

Ancor prima dell'adozione della Direttiva del 1994, comitati simili ai CAE, anch'essi titolari di diritti di informazione e di consultazione, erano già stati, infatti, costituiti in numerose imprese multinazionali, attraverso accordi - cosiddetti "di anticipazione" - che la Direttiva del 1994 ha

---

[879] ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale* cit., p. 545.

[880] In dottrina - oltre ad ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit.; PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo*, cit.; LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit. - v. SCIARRA, *Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *INT* – 73/2009; PICHOT, *The development of transnational agreements. First approach*, March 2006; LAULOM, *Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale*, *Droit social*, 2007, p. 623; MARGINSON, *The transnational dimension to collective bargaining in a European context*, Warwick papers in industrial relations, june 2008, in http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/wbs/research/irru/publications/recentconf/pm_-_tncbeurope.pdf; LÉONARD,SOBCZAK, *Accords transnationaux d'entreprise et dialogue social sectoriel européen: quelles interactions?*, *Travail et Emploi*, Janvier-mars 2010, p. 43.

[881] COM (2005) 33 def. del 9 febbraio 2005.

[882] Cit., *retro*, alla nota 68.

[883] *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008.

[884] SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, *Commission Staff Working Document The Role of Transnational Company Agreements in the Context of Increasing International Integration*.

[885] V. ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori*, cit.; *EAD*, *la nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione in Italia? Dir. rel. ind.*, 2009, p. 1002.

espressamente richiamato e mantenuto in vigore. Tali accordi hanno, così, generato i primi embrioni di un sistema di relazioni sindacali transnazionali.

Lo stesso sviluppo del dialogo, a questo livello, ha contribuito alla crescita di un più maturo e articolato sistema europeo di relazioni industriali e negoziali, che, con le caratteristiche di un alto tasso di volontarismo e di un basso livello di giuridificazione, ha finito per comprendere anche il livello dell'impresa (transnazionale, per l'appunto).

Determinante, per lo sviluppo di tale ulteriore forma di dialogo autonomo, è stata, dunque, l'attività dei CAE: formalmente titolari solo di diritti di informazione e di consultazione, tali strutture hanno finito per svolgere anche funzioni negoziali, generando testi para-contrattuali variamente denominati e di incerta natura: "*framework agreements*", "*overall agreements*", "*joint declarations*", "*common viewpoints*", "*joint understandinsg*", "*joint positions*", "*plans*", "*charters*", "*charters of fondamental social rights*" [886].

Si è trattato di accordi che negli studi e nelle riflessioni teoriche che negli ultimi anni hanno riguardato il tema della negoziazione collettiva transnazionale [887] e, negli stessi documenti della Commissione, sono stati ricondotti a categorie onnicomprensive e a denominazioni unificanti: "*joint texts*"[888] o – nella terminologia usata dalla Commissione – "*transnational texts*" o "*transnational company agreements*" (TCA)[889].

La maggior parte di questi testi non riguarda, tuttavia, istituti di tipica competenza della contrattazione collettiva nazionale, quali il salario e l'orario di lavoro, ma una serie di altri temi e materie, peraltro piuttosto ricorrenti: ristrutturazioni[890], responsabilità sociale delle imprese[891], salute e sicurezza dei lavoratori, pari opportunità, diritti sindacali e formazione[892].

È per questa ragione che la Commissione ha proposto di considerare (e denominare) tali accordi autonomi come "*transnational texts*", piuttosto che come veri e propri contratti collettivi

---

[886] Cfr. CARLEY, *Bargaining at European Level? Joint Texts Negotiated by European Works Councils*, *European Foundation for the Improvement of Living Conditions*, 2001, p. 19, ove un'analisi completa, ma aggiornata solo al 2001, di tutti i *joint texts* riconducibili all'attività para-negoziale dei CAE; per un resoconto più recente v. CARLEY, HALL, *European Works Councils and Transnational Restructuring*, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, Dublino, 2006 ed il § 4 del Documento della Commissione *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008.

[887] V. gli AA. cit. *retro* alla nota 156.

[888] *Joint texts* è, in verità, categoria ancor più generale ed onnicomprensiva, utilizzata per qualificare i prodotti di tutte le attività negoziali non riconducibili al "circuito istituzionale" della contrattazione collettiva comunitaria di cui all'art. 138, § 4, TCE e nella quale rientrano (oltre ad altri tipi di "accordi volontari") anche i prodotti dell'attività para-negoziale dei CAE (LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale cit*., p. 7, testo e nota 18).

[889] Cfr. i due documenti cit. alle note 159 e 160 ed, in particolare, la SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, p. 5.

[890] È questo uno dei più importanti ambiti di intervento dell'attività negoziale dei CAE: cfr. MOREAU, *Restructurations et comité d'entreprise européen*, *Droit social*, 2006, p. 308; CARLEY, HALL, *European Works Councils*, cit.; DA COSTA, REHFELD, *European Works Councils and transnational bargaining about restructuring in the auto industry*, *Transfer*, 2007, 2, p. 313. Sul contenzioso relativo a ristrutturazioni e diritti di informazione e di consultazione dei CAE v. il Rapporto *European Works Councils in practice: Key research findings*, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, cit., pp. 9-15.

[891] BÉTHOUX, *Le comité d'entreprise européen: un acteur de la responsabilité sociale de l'entreprise*, *Revue de l'IRES*, 2008, n° 2, p. 87.

[892] Cfr. ancora SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, pp. 5-6 e lo studio di BÉTHOUX, *Transnational Agreements and Texts negotiated or adopted at Company Level: European Developments and Perspectives,* Background document for the facilitation of a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level, July 2008. Sugli ambiti materiali nei quali le attività negoziali dei CAE si sono, di fatto, sviluppate si rinvia pure ad ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa*, cit., pp. 666-667.

(*collective agreements*), riconducendoli ad una più generica attività di "negoziazione" (*negotiation*), piuttosto che di vera e propria "contrattazione" (*collective bargaining*)[893].

Anche in questo caso si è trattato di attività riconducibili al dialogo sociale, nella più lata accezione richiamata all'inizio (*retro*, § 1).

Fra i principali protagonisti della negoziazione transnazionale si annoverano, dunque, i CAE, il cui ruolo negoziale, sia pure limitato alle materie indicate, è stato riconosciuto dalle direzioni d'impresa, pur essendo stato spesso guidato dalle federazioni sindacali europee [894]. Non sono stati rari i casi in cui il problema della (incerta) legittimazione negoziale dei CAE è stato così superato attraverso la firma congiunta di accordi con le federazioni sindacali di settore europee, nazionali o internazionali [895]. I sindacati dei lavoratori hanno, infatti, mostrato una certa riluttanza a riconoscere ai comitati un'autonoma legittimazione negoziale, rivendicando un protagonismo nelle attività negoziali di queste strutture che ha condotto ad una significativa compartecipazione ai negoziati svoltisi a livello di imprese transnazionali.

Oltre alle negoziazioni di cui i CAE sono i principali protagonisti, la categoria della negoziazione transnazionale comprende, comunque, altri "*transnational texts*", tanto è vero che, in considerazione della varietà di scopi perseguiti e degli ambiti territoriali interessati (interno o esterno all'Europa), lo *Study Report* della Commissione del 2008 propone una triplice classificazione di tali testi: "*European*", "*Global*" e "*Mixed*".

Alla categoria della negoziazione transnazionale vengono, infine, ricondotti anche gli "*International Framework Agreements* (IFAs), considerati dallo *Study Report* della Commissione come un tipo particolare di *global text*, nel quale sono impegnate primariamente le federazioni internazionali e/o europee di settore, con un coinvolgimento (solo eventuale) dei CAE e dei sindacati nazionali. Tali IFAs sono per lo più conclusi nel contesto delle iniziative riguardanti la "responsabilità sociale delle imprese", in alternativa o in aggiunta ai codici unilaterali di condotta, e hanno come

---

[893] Sempre SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, p. 5.

[894] GUARRIELLO, *LE FUNZIONI NEGOZIALI DEL COMITATO AZIENDALE EUROPEO TRA MODELLO NORMATIVO E COSTITUZIONE MATERIALE: PRIME RIFLESSIONI*, *LAV. DIR.*, 2005, P. 641.

[895] Cfr. il *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* cit. alla nota 68, § 2.2. (*Conclusion* III), nel quale si rileva come la sottoscrizione degli accordi sia, in alcuni casi, persino triplice: alla sottoscrizione dei CAE si accompagnano, infatti, quella delle federazioni di settore europee e quella delle federazioni nazionali. Secondo la cit. SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, quasi la metà degli esaminati *transnational texts* sono siglati dalle federazioni di settore europee o internazionali; mentre solo in alcuni casi si riscontra la sottoscrizione anche delle federazioni nazionali.

principale obiettivo quello di garantire i diritti fondamentali dei lavoratori[896], nel quadro dei cdd. *international labour standard* dell'ILO[897].

È in ogni caso evidente che, al di là delle categorie generali e delle classificazioni proposte, la negoziazione transnazionale, nelle sue diverse e possibili manifestazioni, pone una serie di problemi che non appaiono di agevole soluzione, soprattutto nella prospettiva di un eventuale intervento regolativo da parte dell'U.E.

La prima, preliminare, questione attiene all'individuazione della base giuridica su cui fondare l'eventuale intervento normativo; un problema che non appare, tuttavia, insormontabile se è vero che almeno tre soluzioni sono prospettabili - e sono state, infatti, prospettate - al riguardo.

La prima è quella dell'impiego delle cosiddette "basi giuridiche generali" presenti nei Trattati ed, in particolare, dell'art. 115 TFUE, norma *passe-partout*, che, come è noto, consente che «*Il Consiglio, secondo una procedura speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale,* stabilisca *direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno*» [898].

La seconda potrebbe consistere nell'impiego della stessa norma sulle competenze dell'Unione in materia sociale (l'art. 153 TFUE): l'esclusione dal novero delle competenze dei diritti di associazione, di sciopero e di serrata non sarebbe da estendersi automaticamente alla contrattazione collettiva, potendo in effetti essa rientrare nell'espressione «*rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro*» [art. 153, § 1, lett. f), TFUE], settore in cui l'Unione può intervenire, come è noto, con delibera all'unanimità.

Una terza soluzione potrebbe, infine, essere rappresentata dal riferimento all'art. 155, § 1, TFUE, che, riconoscendo, senza regolarlo, un sistema di relazioni negoziali volontarie fra le parti sociali, potrebbe essere impiegato, anch'esso, come base giuridica di un intervento di diritto secondario sulla contrattazione collettiva[899].

---

[896] Cfr. GIBB, *International Framework Agreements: Increasing the Effectiveness of Core Labour Standards*, Ginevra, Global Labour Institute (www.global-labour.org/euan_gibb.htm), 2005, e il Rapporto della *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, *Codes of conduct and international framework agreements: New forms of governance at company level*, Dublin, 2008; WILKE, SCHÜTZE, *Background Paper on International Framework Agreements for a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level*, Hamburg, 2 Juni 2008. Sul rapporto fra CAE e IFAs ed, in particolare, sulla sottoscrizione da parte dei comitati di tali accordi, cfr. il già cit. documento della Commissione *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008 ed il Rapporto *European Works Councils in practice: Key research findings*, cit., pp. 15-16.

[897] Nella categoria della negoziazione transnazionale rientrerebbero, secondo alcuni studi (cfr., in particolare, il *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* cit., nonché ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale* cit.), anche le attività negoziali dei Csds; in questa sede, come si è visto, si è preferito, tuttavia, non includere tale forma di dialogo nella categoria *de qua.*

[898] È questa la soluzione suggerita dal *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* cit., in merito all'ipotesi di un intervento di regolazione dell'U.E. in materia di contrattazione transnazionale.

[899] LO FARO, *La contrattazione collettiva*, cit., pp. 12-14, per il quale non può escludersi del tutto una utilizzazione della norma in questione in funzione di base giuridica di un intervento di regolazione della contrattazione collettiva transnazionale, dal momento che essa - «lungi dal riferirsi ai soli accordi originati da una iniziativa legislativa - , riconosce, senza regolarlo, un sistema di relazioni volontarie fra le parti sociali in ambito europeo»; cfr. pure COMANDÈ, *Negoziazione e contratto collettivo*, cit., p. 81.

Con riguardo ai contenuti del proposto intervento, pare, infine, evidente che, pur mantenendosi fermo un obiettivo generico di regolazione, esso vada perseguito più attraverso un intervento *auxiliary* che *regulatory*[900], richiamando la terminologia di Kahn Freund.

Oltre alla questione della base giuridica, altri considerevoli problemi sono, tuttavia, legati (a) alla individuazione dei soggetti che dovrebbero essere legittimati a stipulare i "*transnational texts*" (nella prassi attuale tanto le federazioni internazionali e/o europee di settore, quanto i CAE e, sia pure con minore frequenza, i sindacati nazionali hanno partecipato alle negoziazioni); (b) alla incertezza dei loro effetti giuridici; (c) al coordinamento con i sistemi e i livelli nazionali di contrattazione[901].

Come si legge nello *Study Report* della Commissione, la stessa qualificazione dei "*transnational texts*" come contratti collettivi aziendali, pur essendo tali testi sempre negoziati a livello di imprese[902], non è d'altronde agevole, e non lo è, soprattutto, in sistemi in cui esiste una formalizzazione legale forte delle regole riguardanti il livello aziendale di contrattazione.

Analogamente a quanto già chiarito con riguardo agli accordi autonomi conclusi a livello *cross-industry* e di settore, inoltre, non sempre è possibile riconoscere a tali "testi" effetti giuridici diretti sulle imprese e/o sui loro dipendenti (e cioè ritenerli *legally binding*), escludendo che essi abbisognino di specifica implementazione a livello nazionale.

L'evoluzione della negoziazione transnazionale mostra, in conclusione, un quadro assai articolato e complesso. Mentre diversi sono i soggetti, i contenuti e gli ambiti territoriali interessati, non è agevole fornire risposte ai due interrogativi fondamentali che riguardano i sistemi di contrattazione collettiva: chi contratta e quali sono gli effetti giuridici prodotti dall'accordo collettivo.

10. La negoziazione collettiva come diritto sociale: diritto di negoziazione versus principi di libera concorrenza e libertà economiche

Come si è detto in apertura, il diritto di negoziazione collettiva è ormai formalmente garantito dal diritto primario dell'U.E., assieme ad altri diritti sociali di natura collettiva.

Questo implica che l'ordinamento europeo non si limita a riconoscere la libertà di negoziazione collettiva, ma l'afferma e la tutela, considerandola un diritto non solo azionabile ma, possibilmente, da promuovere. L'idea che soltanto un espresso riconoscimento di valore *sostanzialmente* costituzionale del *diritto* di contrattazione collettiva avrebbe potuto impedire una visione della stessa limitata alla sua natura di *fonte* – o di risorsa regolativa dell'Unione [903] - ovvero, ancora, di attività giuridicamente irrilevante, ha trovato, dunque, realizzazione con l'espresso riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva nell'art. 28 della Carta di Nizza e con la

---

[900] Cfr., oltre al già cit. *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale*, ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale* cit.

[901] Sulle tre questioni v., per tutti, PICHOT, *The development of transnational*, cit., Specificamente, sugli effetti giuridici degli accordi transnazionali v. il già cit. documento della Commissione, *Mapping of transnational texts*, cit., p. 20.

[902] *Mapping of transnational texts*, cit., § 9.

[903] L'auspicio di un simile riconoscimento costituzionale veniva formulato da LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., cap. VI.

"trattatizzazione" di quest'ultima, che, per avere lo "stesso valore giuridico dei Trattati", «diventa essa stessa Trattato»[904].

Nella dimensione multilivello e ordinamentale europea, il diritto di negoziazione collettiva si misura, tuttavia, con altre libertà fondamentali di natura economica che attengono, fondamentalmente, a due ambiti: la concorrenza (artt. 101 e ss TFUE) e la libertà di circolazione (sp. artt. 49 e 56 TFUE); ambiti diversi, ma finalizzati, entrambi, al raggiungimento del medesimo scopo: la realizzazione del mercato unico.

In tale dimensione, due concezioni del medesimo diritto sociale di negoziazione collettiva (lo stesso vale per il diritto di sciopero) si contendono il campo e possono entrare in rotta di collisione.

Da un lato, una concezione che si vuole assoluta, secondo una pretesa ricostruzione tratta dalla tradizione costituzionale nazionale: essendo la libertà sindacale immune da ogni intervento esterno, tale connotato si estende alla principale attività, quella negoziale, in cui essa si estrinseca; ne segue una precisa gerarchia di valori/principi costituzionali, che vede come poziori i diritti sociali e solo in posizione secondaria le libertà economiche di circolazione e la libertà di concorrenza. In tale concezione sono i diritti sociali che devono liberamente estrinsecarsi sino al limite esterno, costituto dagli interessi generali, in cui con molta difficoltà, in questa concezione tipicamente italiana, si collocano la libertà di circolazione o il rispetto della concorrenza[905] .

Dall'altro, una concezione che considera primariamente, invece, le libertà economiche di circolazione e lo stesso principio di concorrenza effettiva, quali presupposti della costruzione del mercato unico e, nella visione funzionalista, anche dell'integrazione politica europea. Poiché integrazione economica e politica sono obiettivi primari, sono le libertà economiche fondamentali da considerare principi gerarchicamente poziori e, dunque, potenzialmente immuni da ogni interferenza anche di tipo sociale; in tal caso sono i diritti sociali che fungono da limite meramente esterno al pieno dispiegarsi delle libertà economiche di cui godono i titolari, in primo luogo le imprese e gli operatori economici. Il limite di estrinsecazione di tali libertà è costituito dall'illegittimo danneggiamento o compressione dei diritti sociali.

Entrambe tali concezioni, in sé considerate, appaiono debitrici di visioni ontologiche e trascendentali, nell'un caso della giustizia sociale, nell'altro delle virtù taumaturgiche e autoregolative del mercato.

---

[904] Si mutua quest'ultima espressione, come quella di "trattatizzazione", da D'AMICO, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale"*, in BILANCIA, D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa*, cit., pp. 70-71. Sul valore giuridico del riconoscimento formale dei diritti sociali fondamentali si rinvia a CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit.; *Id.*, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea,* diretto da AJANI G., BENACCHIO G.A., vol. V, *Il lavoro subordinato* (a cura di SCIARRA, CARUSO), Giappichelli, 2009, p. 707; ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti*, cit.

[905] Nella cultura giuslavoristica italiana, ma anche europea continentale, il diritto del lavoro, le politiche sociali e i suoi strumenti sono stati, tradizionalmente e a lungo, considerati, insieme alla politica industriale e alla politica economica (si pensi all'elaborazione sul principio del *favor* o alla norma inderogabile), strumenti di limitazione, se non addirittura di funzionalizzazione, della libertà di iniziativa economica a scopi di utilità e di ordine pubblico sociale, ritenuti, per definizione, prevalenti anche sul piano dei valori protetti. In questo contesto culturale l'irrompere della concorrenza e delle libertà economiche di circolazione, attraverso una dimensione ordinamentale che trascende lo Stato e la Costituzione, soprattutto a partire dagli anni '90, è stato vissuto dai giuslavoristi come un vero e proprio "trauma" rispetto alle proprie certezze.

Nel nuovo assetto giuridico emerso dal TL, e in particolare nel TFUE, libertà economiche e diritti sociali, in primo luogo il diritto di negoziazione collettiva, sono esplicitamente collocati in posizione di equiordinazione, ma con un riconoscimento esplicito della negoziazione come diritto (art. 28 della Carta).

Il problema del loro bilanciamento diventa, allora, eminentemente pratico e politico: di concrete realizzazioni, mediazioni, comportamenti e strategie regolative. Solo di volta in volta, caso per caso, si potrà valutare, in ragione del risultato, concreto e a-posteriori, della valutazione della regola prodotta o attuata, se i sacrifici imposti all'uno o all'altra sono tollerabili e giustificati in termini di giustizia concreta; se la regola, prodotta o applicata, abbia, cioè, comportato un avanzamento o un regresso della giustizia sociale[906].

Tale schema di ragionamento, in mancanza di espliciti dispositivi normativi in grado di orientare con certezza il bilanciamento tra libertà economiche e il diritto sociale di negoziazione collettiva in ambito europeo[907], vale con riguardo alla variegata giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha avuto a oggetto il rapporto tra libertà economiche di circolazione (dei servizi e di stabilimento), principio di concorrenza effettiva e diritti sociali di negoziazione e di sciopero[908].

Con riguardo a tale relazione, va premesso che, sino a oggi, la Corte di Giustizia non si è mai misurata direttamente con la negoziazione collettiva *a livello dell'Unione*, nelle molteplici forme che si sono sin qui considerate; le occasioni in cui la Corte ha dovuto confrontarsi con la questione della compatibilità tra contrattazione collettiva e principi europei della concorrenza, o fra contrattazione collettiva, azioni conflittuali di sostegno e libertà economiche di circolazione, hanno, infatti, riguardato sempre la contrattazione collettiva *nazionale*.

Tale circostanza non desta particolari sorprese per vari ordini di ragioni.

Appare, infatti, abbastanza improbabile che la contrattazione collettiva europea - quella istituzionale, ma pure quella autonoma, sempre più emergente - possa entrare in rotta di collisione con le libertà economiche e il principio di concorrenza.

---

[906] Si aderisce all'idea di giustizia non trascendentale ma di concreta ed empirica realizzazione (il risultato concreto della scelta) di SEN, *The Idea of justice*, Belknap, Harvard, 2009, cap. I, trad. Mondadori, 2010.

[907] Una importante proposta è contenuta nel *Rapporto al Presidente della Commissione europea Josè Manuel Barroso di Mario Monti*, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*, 9 maggio 2010, sp. pp. 75-77 ma con riguardo al più conteso diritto di sciopero. In esso, proprio nella «logica di un mercato unico coerente con l'"economia sociale di mercato"», si suggerisce alle istituzioni europee un intervento che coordini «più efficacemente l'interazione fra diritti sociali e libertà economiche all'interno del sistema UE» al fine di «garantire uno spazio d'azione adeguato ai sindacati e ai lavoratori per difendere i loro interessi e tutelare i loro diritti ad azioni sindacali senza sentirsi indebitamente ostacolati dalle norme che disciplinano il mercato unico». Onde, con riguardo allo specifico problema connesso alla direttiva sul distacco dei lavoratori e affrontati dalla Corte di giustizia nei casi *Laval* e *Viking*, le raccomandazioni nel senso di «Chiarire l'attuazione della direttiva sul distacco dei lavoratori e consolidare la diffusione di informazioni sui diritti e gli obblighi dei lavoratori e delle imprese, la cooperazione amministrativa e le sanzioni nel quadro della libera circolazione delle persone e della prestazione transfrontaliera di servizi» e nel caso in cui «vengano adottate misure per chiarire l'interpretazione e l'applicazione della direttiva sul distacco dei lavoratori, introdurre una disposizione che garantisca il diritto di sciopero sul modello dell'articolo 2 del regolamento (CE) n. 2679/98 del Consiglio e un meccanismo per la composizione informale delle vertenze di lavoro relative all'applicazione della direttiva».

[908] In particolare per il diritto di sciopero si rinvia a LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2010, p. 45.

Ciò, in primo luogo, per la dimensione spaziale, sovranazionale, in cui gli accordi europei sono destinati a operare; circostanza che, in sé, garantisce una tendenziale standardizzazione e uniformità regolativa di ambito europeo, ma anche al di fuori dell'UE[909]; ciò non può che produrre, per tale negoziazione, un oggettivo effetto anti-distorsivo della concorrenza nella misura in cui essa produce un effetto regolativo omogeneo di livello sovranazionale e non può, pertanto, incidere negativamente, in ragione di ciò , sulla libertà di circolazione da uno Stato a un altro.

In secondo luogo, in ragione degli stessi contenuti verso cui tendono a orientarsi il dialogo sociale e la stessa contrattazione collettiva europea, contenuti che contraddistinguono tale attività nell'epoca della *governance*[910]: la contrattazione collettiva, sia in ambito nazionale, ma soprattutto europeo, è sempre più metodo e strumento di regolazione di interessi generali e non solo di interessi specifici o parziali e, proprio perché tale, si sostituisce o si affianca alla legge.

Tale statuto e funzione di fonte di regolazione d'interessi generali e non più solo parziali, collocano il dialogo sociale su un piano superiore ad altre libertà e metodi di autoregolazione, allorché essi perseguono non solo interessi generali (la realizzazione del mercato unico, la concorrenza effettiva, la tutela dei consumatori) ma particolari (l'interesse all'utile di impresa, alla redditività degli azionisti, ma pure all'efficacia allocativa, o all'equilibrio economico statico).

In terzo luogo, occorre considerare che, a differenza dello sciopero, ove manca, per espressa esclusione, una competenza regolativa dell'Unione (art. 153, § 5, TFUE), la contrattazione collettiva e il dialogo sociale sono presi in considerazione direttamente (artt. 152, 154, § 4, e 155) e indirettamente (art.153, §1, lett. f) dal TFUE; tale considerazione della contrattazione collettiva, sia come diritto, sia come attività regolativa primaria, chiude (al contrario che per il diritto di sciopero) il circuito tra riconoscimento formale del diritto (art. 28 della Carta), competenze primarie dell'Unione e loro esercizio, collocando l'attività e la facoltà inerenti a tale libertà, in una posizione di diretta primazia, in quanto parte, a tutti gli effetti, del diritto dell'Unione.

Si potrebbe aggiungere che il diritto di contrattazione collettiva in ambito europeo si pone, in ragione dell'esplicito riconoscimento costituzionale, su un piano addirittura privilegiato rispetto al principio di concorrenza (art. 101 TFUE) e alle libertà di circolazione dei servizi (art. 56 TFUE) e di stabilimento (art. 49 TFUE), tutti strumenti e attività necessarie alla realizzazione del mercato interno (art. 3, § 3, TUE) e, perché tali, collocati anch'essi in posizione di primazia, ma che, al contrario del diritto di negoziazione collettiva, non trovano menzione nella Carta dei diritti[911].

Per tali probabili ragioni, la Corte di giustizia ha avuto, sino a oggi, modo di occuparsi di contrattazione collettiva allorché essa, generando da attori nazionali ed esplicando effetti limitatamente

---

[909] Ciò nella misura in cui, in tali accordi, è spesso inserita la clausola di "invito ad adeguarsi" per le associazioni dei paesi "candidati" all'adesione all'UE.

[910] In una considerazione critica, non condivisibile, questa evoluzione funzionale della contrattazione collettiva, sia in ambito nazionale, sia europeo, è ben tratteggiata da SUPIOT, *Homo juridicus*, Mondadori, 2006, p. 213, che sembra valutare negativamente il fatto che la contrattazione vada oltre la mera negoziazione del prezzo e delle condizioni standard del lavoro (una visione proto webbiana) per abbracciare temi legati a interessi generali, come il risparmio salariale, la parità di trattamento, la formazione professionale ma pure le politiche di impiego ecc.

[911] Con riferimento ai diritti economici la Carta menziona, come noto, soltanto la libertà di impresa (art. 16) e il diritto di proprietà (art. 17).

a tale ambito, si è posta o come potenzialmente distorsiva della concorrenza, ovvero limitativa della circolazione economica, di servizi e di stabilimento, tra uno Stato e un altro. Non se ne è occupata, invece, come fenomeno di regolazione sovranazionale.

Con riguardo al principio di concorrenza, la Corte di giustizia ha posto, con il caso *Albany* [912], una vera e propria *milestone* non smentita, come ritengono alcuni, dal più recente caso *Commissione contro Repubblica federale di Germania* [913].

Il caso *Albany* ha inaugurato un filone, confermato dal caso *Van der Woude*[914] e, più recentemente, dal caso *AG2 R Prévoyance*[915]. Con questo filone giurisprudenziale, e con il caso *Albany* in particolare, la Corte di Lussemburgo ha escluso, ogni incompatibilità tra il sostegno normativo alla contrattazione collettiva, in ragione del rafforzamento della sua efficacia regolativa, e i principi europei sulla concorrenza. La contrattazione collettiva nazionale, allorché è tale "per sua

---

[912] C. Giust., 21 settembre 1999, C- 67/96, *Albany v. Stichting*, *Riv. it. dir. lav*., 2000, II, p. 209, con nota di PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*; *Lav giur.,* 2000, n. 1, p. 22, con commento di ALLAMPRESE; *Foro it.*, 1999, IV, c. 489, con nota di DI VIA; v. pure RICCI, LA VIA, *Monopoli previdenziali e diritto comune* antitrust, in SCIARRA (a cura di) *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano,* il Mulino, 2007, p. 52. In questo caso un'impresa olandese – la *Albany International BV* – lamentava il contrasto fra la decisione delle autorità pubbliche di rendere obbligatoria, su domanda delle organizzazioni dei rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori del settore tessile, l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria *istituito con accordo collettivo* e le regole del TCE sulla concorrenza (segnatamente, il divieto posto dall'attuale art. 101, § 1, TFUE. Un accordo collettivo di tal fatta avrebbe, infatti, "ristretto" la concorrenza sotto un duplice profilo. Da un lato, affidando l'esecuzione di un regime obbligatorio a un unico gestore, avrebbe privato le imprese operanti nel settore interessato della possibilità di iscriversi ad un regime pensionistico derogatorio gestito da altri assicuratori. Dall'altro, esso avrebbe escluso tali assicuratori da una quota rilevante del mercato dell'assicurazione pensione. L'accordo avrebbe, inoltre, pregiudicato il commercio tra Stati membri e, in particolare, le imprese svolgenti attività transfrontaliera, privando gli assicuratori stabiliti in altri Stati membri della possibilità di offrire ai Paesi Bassi un regime pensionistico completo, sia mediante la prestazione di servizi transfrontalieri, sia mediante società controllate o succursali.

[913] SCIARRA, *Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del contratto di Lisbona,* in *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello,* a cura di CARUSO, MILITELLO, WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" Collective Volumes - 1/2011, p. 85, che ritiene tale sentenza ispirata più a *Viking* che ad *Albany*. La sentenza della C. Giust. (Grande Sez.), 15 luglio 2010, C- 271/2008, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania.* - emessa a conclusione di un procedimento di infrazione *ex* art. 226 del TCE (dopo il TL, art. 258 TFUE) – si legge in *Riv. it. dir. lav*., 2010, II, p. 873, con nota critica di COMANDÈ, *Norme europee sugli appalti pubblici e diritto alla negoziazione collettiva: una prevalenza annunciata?* Come altrove sostenuto (CARUSO, *Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell'arte*, in *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello,* a cura di CARUSO, MILITELLO, WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .Collective Volumes - 1/2011, p. 21) la Corte, in questo caso, ha riconosciuto che neppure l'esercizio del diritto di contrattazione collettiva, pur affermato come diritto fondamentale dell'ordinamento europeo, possa arrivare a prevedere forme di aggiudicazione di contratti di servizio a soggetti privati, fuori dalla procedure di pubblico incanto, espressione di un interesse pubblico e generale prevalente. In questo caso è proprio la sottrazione al regime di evidenza pubblica e la sua violazione tramite assegnazione diretta, che fa la differenza rispetto agli altri casi; in questo caso il bilanciamento avviene non con il principio di libera concorrenza astrattamente inteso, ma con la sua regolamentazione pubblicistica attraverso il pubblico incanto e il principio di parità di trattamento degli operatori economici da parte dell'autorità pubblica; il contrasto rilevato dalla Corte è, dunque, con tali procedure regolate da direttive europee e non con il principio di libera concorrenza e ciò segna la differenza del caso con il filone innescato dal caso *Albany*.

[914] C. Giust., 21 settembre 2000, C-222/98, *van der Woude* v. *Stichting*, *Racc*, 2000, 7111, in cui la Corte si è confrontata con le disposizioni di un contratto collettivo relative al regime di assicurazione contro la malattia stabilito dal contratto collettivo (anche qui olandese) del settore ospedaliero ritenendo, pure in questo caso, compatibili le disposizioni collettive con le norme del Trattato sulla concorrenza (e, segnatamente, con gli *ex* artt. 81 e 82 TCE)

[915] Corte di giustizia, 3 marzo 2011, C- 437/09, AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL in cui la Corte ha deciso che "*L'art. 101 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, n. 3, TUE, deve essere interpretato nel senso che non osta alla decisione delle pubbliche autorità di rendere obbligatorio, su domanda delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori dipendenti di un determinato settore di attività, un accordo risultante da contrattazioni collettive che preveda l'iscrizione obbligatoria ad un regime di rimborso complementare di spese per cure mediche per tutte le imprese del settore interessato, senza alcuna possibilità di esenzione*".

natura e per gli scopi perseguiti" di miglioramento delle condizioni di lavoro e di occupazione[916], anche se produce alcuni effetti restrittivi della concorrenza, gode di una condizione di immunità che la rende, comunque, legittima. È questo il massimo di riconoscimento, in termini d'immunità, che la Corte ha ritenuto di concedere alla contrattazione collettiva, quando essa opera in ambito nazionale, allo scopo di proteggere interessi importanti ma parziali (quali quelli economico-professionali), in ciò restringendo e limitando i mercati concorrenziali interni ed esterni agli Stati.

Più articolato il giudizio sull'operato della Corte di Lussemburgo allorché essa si è trovata a dover "bilanciare" il diritto di negoziazione collettiva (*Rüffert*[917]), ma soprattutto - nei casi *Viking* e *Laval*[918] - il diritto di azione collettiva finalizzata alla negoziazione, con le libertà economiche di circolazione: segnatamente, la libertà di stabilimento (art. 49) e la libertà di prestazione di servizi (art. 56), anch'esse sostanzialmente finalizzate alla realizzazione del mercato interno.

In tal caso, nel bilanciamento della Corte, operato in concreto tra diritti sociali (non ancora a statuto costituzionale forte, ma secondo alcuni "come se" tale statuto già esistesse) e libertà economiche, ha finito per far prevalere l'obiettivo dell'integrazione europea e della costruzione del mercato unico, comprensivo dei suoi strumenti (le libertà di circolazione), sugli obiettivi concreti (interessi professionali parziali), perseguiti con l'esercizio dei diritti di contrattazione collettiva e, soprattutto, di autotutela.

La Corte, negli ultimi due casi, ha comparato teleologicamente i fini (integrazione economica e tutela degli interessi professionali nei casi concreti); nel far ciò ha subordinato e gerarchizzato

---

916 È questo l'unico e poco chiarito paletto (chi stabilisce quando un contratto collettivo è tale per sua natura e per gli scopi perseguiti?) che la Corte ha posto, rifiutando invece il triplice "*test approach*" per concedere l'esenzione, proposto dall'avvocato generale Jacobs nelle conclusioni del 28 gennaio 1999 Causa C-67/96 ai punti 191-193 della sua lunga opinione.

917 C. Giust. 3 aprile 2008 C-346/06 *Rüffert v. Land Niedersachsen*. Occorre dire che anche in tale sentenza, come nel caso più recente *Repubblica di Germania contro Commissione*, la Corte appare preoccupata, in primo luogo, della violazione delle regole di aggiudicazione degli appalti pubblici. Ciò nella misura in cui la legge del *Land* imponeva alla autorità pubbliche di aggiudicare gli appalti soltanto alle imprese che rispettassero i contratti collettivi (prima massima) non resi efficaci *erga omnes*, ponendo in tal modo una differenziazione di trattamento tra imprese partecipanti alla gara non ritenuta giustificata. Su questa prima si innestano poi le altre (2 e 4), più discutibili massime, relative alla compressione del principio di libera circolazione derivante dall'obbligo di rispetto delle tariffe contrattuali stabilite dalla contrattazione territoriale, volontarie e non obbligatorie. In ogni caso la sentenza non esclude la legittimità di tale obbligo nel caso in cui al contratto collettivo, in ragione del circuito pubblico in cui esso s'innesta (la procedura di appalto), fosse concesso, nell'ordinamento pubblico regionale, efficacia generalizzata e quindi riconoscimento di standard imperativo di tutela minima a norma dell'art. 3 n.1 primo comma lett. c. della direttiva 97/7. Del resto un simile argomento della Corte, che suona di favore rispetto a dispositivi legali di efficacia generalizzata dei contratti collettivi, è presente anche nella sentenza Laval. Che poi con riguardo all'interpretazione della direttiva sul distacco la Corte si mostra, anche in questo concreto caso, più sensibile alla teoria dei vantaggi competitivi, in funzione dell'integrazione delle economie dei paesi *newcomers*, con gli effetti distorsivi del principio di parità di trattamento tra lavoratori del paese ospite e del paese di origine che ne deriva, è constatazione critica condivisibile. Si rinvia a LO FARO, *Diritto al conflitto*, cit.

918 C. Giust. (Grande Sez.), 11 dicembre 2007, C- 438/05, *ITW, Finnish Seamen's Union* v. *Viking*, *Racc*, 2007, p. 10779; C. Giust. (Grande Sez.), 18 dicembre 2007, C- 341/05, *Laval* v. *Svenska*, *Racc*, 2007, p. 11767; C. Giust., 3 aprile 2008, C- 346/06. Innumerevoli sono i commenti alle quattro decisioni; in questa sede bastino i riferimenti ai volumi di VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, CACUCCI, 2009; ANDREONI, VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Ediesse, 2009; CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009; nonché ai saggi di BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, *Lav. dir.*, 2008, p. 371; DORSSEMONT, *L'esercizio del diritto all'azione collettiva contro le libertà economiche fondamentali dopo i casi* Laval *e* Viking, *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 508; LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi* Laval *e* Viking, *Lav. dir.*, 2008, p. 63; SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, *Lav. dir.*, 2008, p. 245.

anche gli strumenti utilizzati; e lo ha fatto dando priorità alle pratiche di libertà economica per come descritte dai Trattati europei, rispetto alle pratiche di negoziazione (caso *Rüffert*) e, soprattutto, di azione di collettiva (caso *Viking* e *Laval*), per come regolate dai diritti nazionali; così facendo, ha finito per far prevalere le libertà economiche europee sui diritti sociali nazionali costituzionalmente riconosciuti.

Il ragionamento stesso che veicola tale tipo di bilanciamento - anche se ci si colloca nella prospettiva delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, richiamata dall' art. 6 § 3 del TUE e tralasciando per ora quella dei diritti Cedu - non appare di già soddisfacente.

Il fatto che, come sostenuto, la Corte abbia finito per considerare soprattutto il diritto sociale di sciopero un diritto minore rispetto al valore/principio del primato del diritto europeo dei Trattati, non è sufficiente per escludere che, comunque, di un'operazione di bilanciamento si sia trattato; un bilanciamento, che avrebbe potuto dare un esito diverso[919].

Come si è avuto modo di argomentare altrove [920], nei casi *Laval, Viking*, *Rüffert* e *Lussemburgo*, - pur con le dovute e non trascurabili differenze sia di fattispecie, sia di argomentazioni - l'operazione di bilanciamento non è apparsa né logicamente, né politicamente equilibrata: il sacrificio imposto, non soltanto al diritto di libera contrattazione e al diritto di sciopero ma, soprattutto (casi *Laval* e *Rüffert)* a specifiche regole nazionali di organizzazione del sistema di relazioni negoziali, è stato eccessivo. Soprattutto se si guarda alle conseguenze della decisione della Corte di giustizia nel caso *Laval*, che ha determinato poi, nelle Corti svedesi chiamate a confrontarsi con le ricadute nazionali, evidenti forzature e incongruenze applicative, sia in chiave di diritto interno sia in chiave di diritto europeo; ciò in ragione dell'estensione, postuma alla decisione della Corte di giustizia, ai sindacati svedesi dei meccanismi di responsabilità per violazione del diritto europeo elaborati dalla Corte con riguardo agli Stati; con ciò traendo conseguenze eccessive dall'applicazione diretta delle norme sulla circolazione dei servizi nei confronti delle organizzazioni sindacali;

---

[919] Lo Faro, *Diritto al conflitto*, cit., suggestivamente considera che, nei casi *Laval* e *Viking*, la Corte, in effetti, non avrebbe operato alcun bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali nazionali, in particolare con il diritto di sciopero, mentre tal bilanciamento sarebbe stato attuato nel caso delle sent*enze Omega Schmidberger e Dynamic Medien,* ove erano in gioco diritti realmente comparabili (nella visione della corte): la dignità e i diritti civili classici di libertà di natura individuale. Ma delle due l'una: o la Corte, allorché confronta libertà economiche europee e diritti costituzionali nazionali, opera sempre con la tecnica del bilanciamento, pesando di volta in volta in maniera diversa i diritti a confronto (concedendo per esempio maggior peso ai diritti individuali classici civili e di libertà e meno peso specifico, anche per mancanza di cultura, ai diritti sociali ad esercizio collettivo , come l'autore ad un certo punto sembra ritenere); ovvero logica giuridica vorrebbe che l'adesione al principio del primato le consentisse di evitare di operare il bilanciamento e decidere sempre sulla base della primazia del diritto europeo primario e secondario sui diritti nazionali anche di natura costituzionale. Non appare, infatti, logico che nei casi *Laval* e *Viking*, riguardanti i diritti sociali collettivi (anche in contrasto con le proprie stesse argomentazioni) la Corte non abbia operato alcun bilanciamento, limitandosi a dichiarare il primato del diritto europeo di libera circolazione e di stabilimento. Se davvero la Corte avesse pensato di risolvere il caso soltanto in virtù del principio del primato, non avrebbe avuto bisogno di dichiarare espressamente di riconoscere i diritti sociali come diritti fondamentali e non avrebbe avuto altresì bisogno di accedere al ragionamento basato sul principio di proporzionalità tipico del bilanciamento, cosa che invece ha dichiaratamente fatto. Vero è, invece, che la Corte ha operato un bilanciamento errato oltre che assiologicamente mobile rispetto ai diritti di libertà classici.

[920] CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking), Rass. dir. pubbl. eur*., 2008, 2, p. 11.

ciò vuoi (non è del tutto chiaro dal ragionamento della Corte di giustizia) perché considerati soggetti identificabili con gli stati, vuoi per l'intrinseca efficacia orizzontale di tale disposizione[921].

Se si guardano, tuttavia, in una diversa prospettiva e con maggiore rigore analitico soprattutto i casi *Laval* e *Rüffert*, essi possono essere paradossalmente letti come decisioni di sostegno alla contrattazione collettiva nazionale, *rectius* di fondamento al "sostegno dovuto" dagli Stati nazionali al metodo contrattuale della regolazione delle condizioni economiche e normative, per il profilo della generalizzazione degli effetti.

Quel che contesta il giudice europeo di *Laval*, ma anche di *Rüffert*, come correttamente notano Zahn e De Witte, ai rispettivi Stati e non al sindacato (come scorrettamente ritiene invece la Corte svedese), è il mancato sostegno in via di generalizzazione (con gli effetti di certezza delle condizioni economiche applicate nello stato ospite) del contratto collettivo: nel caso *Laval* è l'incertezza delle condizioni economiche applicabili "*caso per caso"* che costituisce alla fine un restringimento della libertà di circolazione dei servizi e non l'applicazione in sé dei maggiori costi del contratto collettivo se essi, in virtù di un sostegno generalizzato da parte del legislatore, fossero stati pianificabili *ex ante* anche dall'impresa transfrontaliera; nel caso *Rüffert*, l'imposizione alle imprese transfrontaliere che avessero voluto partecipare alla gara, di condizioni contrattuali volontarie e non obbligatorie e generalizzate e quindi paritarie.

E ciò nonostante, si è dell'opinione che il quadro giuridico generale, da *Rüffert* e *Laval,* sia radicalmente mutato per quel che concerne l'assetto istituzionale.

Anche se da più parti contestato dagli euroscettici (nulla sarebbe cambiato e nulla cambierà con una Carta dai contenuti flebili, che si limita a riconoscere quel che c'è) una simile lettura antepone un pessimismo della ragione, fine a stesso, a una adeguata lettura dei nuovi dati normativi positivamente fissati.

La lettura scettica e disincantata trascura che l'articolo 6 del TUE non si limita a dare uno statuto forte e definitivo (di diritto primario dell'Unione) ai diritti sociali sanciti nella Carta di Nizza e alle tradizioni costituzionali comuni, ma sancisce anche l'adesione dell'Unione alla Cedu.

A prescindere dei tempi e della difficoltà del processo di adesione, come condivisibilmente sostenuto l'adesione implica, in prospettiva, che la violazione di diritti contenuti nella Convenzione da parte delle Corti nazionali e della Corte di Lussemburgo, «potrebbe essere sanzionata dalla stessa Corte di Strasburgo» [922]. E, comunque, ancor prima dell'adesione, sempre la condivisibile opinione di Zahan e De Witte, «in base al comma 3 dell'art. 6 la Corte di giustizia e i tribunali nazionali *devono* riconoscere i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu come principi generali di diritto europeo» e non come semplice fonte ispiratrice. Non pare allora revocabile in dubbio che il diritto di intraprendere azioni collettive, soprattutto se funzionali alla contrattazione collettiva, sia ponderato dalla Corte di Strasburgo con una tecnica di bilanciamento che appare sicuramente più

---

[921] Nel caso *Laval* le ricadute interne in chiave di forzatura di responsabilità (mutata analogicamente dalla Corte svedese dalla responsabilità dello stato per violazione del diritto europeo) in capo alle organizzazioni sindacali per danni punitivi (non per danni economici), sono addebitabili non alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea ma alla giurisprudenza nazionale, si rinvia a MALBERG, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell'Unione. Il caso svedese,* di prossima pubblicazione in *Dir. lav. rel. ind*.; ZAHN, DE WITTE, *La prospettiva dell'Unione Europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina* Laval?, di prossima pubblicazione in *Dir. lav. rel. ind*.

[922] ZAHN, DE WITTE, *op. loc. ult. cit.*

appropriata rispetto a quella utilizzata dalla CGUE: il diritto di sciopero è limitabile solo se entra in concreto conflitto con interessi altri di pari rango, meritevoli di tutela, secondo la tecnica ben sperimentata nell'ordinamento italiano; mentre sono giustificabili tali limitazioni alle libertà economiche da parte delle azioni di autotutela, come argomenta invece la CGUE, solo se siano dimostrabili – *probatio diabolica* per le OOSS – come del tutto eccezionali e non sostituibili da altri mezzi.

L'approccio della Corte di giustizia non solo appare, dunque, come un'errata operazione di bilanciamento con le tradizioni costituzionali nazionali, ma finisce per essere pure in contrasto con una fonte (la Cedu) che deve essere rispettata dal diritto europeo primario come sovraordinata, per volontà stessa dei trattati, nell'interpretazione che ne da la Corte di Strasburgo[923].

[923] Per altre convincenti critiche alla sentenza *Laval* si rinvia a ZAHN, DE WITTE, *op. loc. ult. cit.*

La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento: ieri, oggi e... domani (ovvero prima e dopo l'art. 11 del d.l. n. 138/2011)*

Paolo Pascucci

1. Premessa: non c'è solo l'art. 8 334

2. Una breve sintesi delle regole vigenti 335

3. Osservazioni sull'esperienza di questi anni 336

3.1. Osservazioni "in fatto" 336

3.2. Osservazioni "in diritto" 337

4. L'art. 11 del d.l. n. 138/2011: un fulmine a ciel sereno 339

5. La rubrica dell'art. 11 e il suo collegamento con il primo periodo del comma 1: la promozione dei tirocini 340

6. Il secondo periodo del comma 1 dell'art. 11 341

6.1. L'area di non applicazione del limite massimo di 6 mesi (art. 11, secondo periodo del comma 1) 341

6.1.1. Tirocini per disabili e svantaggiati 342

6.1.2. Tirocini "curriculari" 342

6.1.2.1. Sull'ammissibilità di tirocini scolastici ed universitari "non curriculari" per studenti che non abbiano concluso ancora gli studi 344

6.2. I tirocini "non curriculari" contemplati dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 11 345

6.2.1. Una necessaria riflessione sulla nozione di "tirocinio formativo e di orientamento" 345

6.2.2. I tirocini di reinserimento e di inserimento lavorativo 348

6.2.3. Una pressoché impossibile interpretazione dell'art. 11 349

6.2.4. Le conseguenze dell'interpretazione letterale del secondo periodo del comma 1 dell'art. 11 350

6.2.5. Un'ipotesi di interpretazione sistematica del secondo periodo del comma 1 dell'art. 11 350

7. Oltre l'art. 11 353

8. L'agenda del confronto sui tirocini: i livelli essenziali di tutela 354

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 135/2011

8.1. La definizione e le finalità 354
8.2. La capacità promozionale 355
8.3. La convenzione 355
8.4. I diritti e i doveri delle parti 355
8.5. La salute e la sicurezza dei tirocinanti 355
8.6. Il progetto formativo e di orientamento 356
8.7. I limiti alla capacità di ospitare tirocini 356
8.8. I requisiti per i tirocinanti 356
8.9. I limiti all'applicazione produttiva 356
8.10. La durata 357
8.11. Il sussidio 357
8.12. La previdenza e gli *stages* all'estero 357
8.13. Le violazioni e le sanzioni 357
9. Gli ambiti di intervento delle Regioni 358
9.1. L'individuazione dei promotori 358
9.2. Il progetto formativo, la formazione ed il tutorato 358
9.3. Gli ospitanti 359
9.4. I tirocinanti 359
9.5. La durata 359
9.6. La valutazione e le sanzioni 359
10. Conclusione 360

1. Premessa: non c'è solo l'art. 8

La manovra della scorsa estate, finalizzata a predisporre urgenti misure per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo (d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148), sarà ricordata dai giuslavoristi, e non solo, soprattutto per una norma: l'art. 8[924]. Una norma che rischia di mettere in forse non poche delle certezze che il diritto del lavoro del novecento ha consegnato ai lavoratori.

Mentre giuristi del lavoro, esponenti sindacali e lavoratori si affannavano su quella disposizione, una parte non trascurabile dell'opinione pubblica del nostro Paese, costituita in gran parte da giovani essenzialmente privi di lavoro, si andava allarmando anche per un'altra previsione del provvedimento di agosto: l'art. 11. Una norma con la quale il Governo ha introdotto alcune modifiche alla disciplina dei tirocini formativi e di orientamento, creando non poco sconcerto non solo tra i giovani, ma anche tra gli operatori – come ad esempio le scuole, le università ed i Centri per l'impiego – i quali quotidianamente utilizzano questo diffuso strumento che avvicina le persone al mondo del lavoro.

Scopo di questo scritto è quello di analizzare le implicazioni di tale intervento legislativo e della circolare che, un mese dopo la sua emanazione, il Ministero del lavoro ha diramato per chiarire la portata dell'intervento medesimo[925].

Prima di procedere a tale analisi, pare tuttavia opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere generale, tenendo conto peraltro dell'impossibilità di ricostruire compiutamente in questa sede l'evoluzione di un istituto la cui amplissima diffusione nella pratica avrebbe forse meritato maggiore attenzione anche da parte dei giuristi[926].

Pertanto, ci si limiterà, da un lato, a ricordare i punti salienti delle discipline vigenti dei tirocini[927] e, dall'altro lato, a svolgere alcune sintetiche osservazioni sull'applicazione dell'istituto che possono rivelarsi utili per delineare a grandi linee il contesto nel quale si inserisce il recente intervento del legislatore statale: intervento che, se si eccettuano alcuni sporadici provvedimenti di contorno[928], sopraggiunge dopo un silenzio durato quattordici anni da quando, grazie all'art. 18

---

924 Su cui, fra i tanti, cfr. G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 129/2011; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT* - 132/2011; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT* - 133/2011; E. ALES, *Dal "caso FIAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT* - 134/2011.

925 Si tratta della circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 12 settembre 2011, n. 24, a firma congiunta del Direttore generale per l'attività ispettiva e del Direttore generale per le politiche dei servizi per il lavoro, su cui cfr. R. SCHIAVONE, *Tirocini formativi: primi chiarimenti ministeriali dopo la Manovra*, in *Guida lav.*, 2011, n. 37 p. XXXVI ss.

926 Cfr. in tal senso M. NAPOLI, *Prefazione*, in P. PASCUCCI, Stage *e lavoro. La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, Torino, 2008, p. XIII.

927 Si tratta, appunto di "discipline" (al plurale) in ragione della presenza di norme statali e di norme regionali: su ciò v. *infra* nel testo.

928 V., ad esempio, il testo originario dell'art. 10, comma 7, lett. *d*, secondo periodo, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, il quale, allo scopo di facilitare l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro, esentava dalle limitazioni quantitative di utilizzazione dei contratti a termine i contratti a tempo determinato stipulati a conclusione di un periodo di tirocinio o di *stage*. Tale disposizione è stata successivamente modificata dall'art. 1, comma 41, lett. *a*, della l. 24 dicembre 2007, n. 247, che ha espunto dalla previsione dell'esenzione quantitativa i contratti a tempo determinato stipulati a conclusione di un periodo di tirocinio o di *stage*, cosicché anche per la stipulazione di questi contratti vale il limite quantitativo determinato dai contratti collettivi *ex* art. 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001.

della l. 24 giugno 1997, n. 196 ed al suo regolamento attuativo emanato con il d.m. 25 marzo 1998, n. 142[929], entrò in vigore la prima disciplina organica dei tirocini formativi e di orientamento[930].

Per altro verso, come emerge anche dal nervoso dibattito seguito al recente intervento legislativo, si evidenzia la necessità di svolgere anche alcune riflessioni proiettate al futuro della regolamentazione dell'istituto, alle quali sarà dedicata la parte finale di questo scritto.

2. Una breve sintesi delle regole vigenti

Dalla disciplina di base dei tirocini formativi e di orientamento contenuta nei citati provvedimenti statali degli anni novanta, nonché in successive disposizioni regionali, emergono i seguenti tratti salienti:

a) i tirocini sono esperienze formative e di orientamento la cui principale caratteristica consiste nella presenza del tirocinante in un luogo di lavoro nel quale effettua un percorso formativo "in situazione" acquisendo una concreta conoscenza del mondo del lavoro;

b) la caratterizzazione formativo/orientativa di tutti i tirocini contemplati dalla disciplina – che risulta esplicitamente in virtù sia dell'obbligo di predisporre un progetto formativo/orientativo per ogni tirocinio sia dell'obbligatoria presenza di due tutor a garanzia della serietà dell'iniziativa – non impedisce che gli stessi tirocini possano essere finalizzati anche ad ulteriori scopi, come l'agevolazione dell'inserimento o del reinserimento lavorativo di soggetti che, per svariati motivi, incontrino difficoltà nel trovare occupazione. Tuttavia, qualunque sia il fine ultimo del tirocinio, non può comunque essere messo in discussione il fatto che si tratti comunque di uno strumento formativo/orientativo: caratteristica senza la quale il tirocinio cessa di essere tale;

c) come afferma espressamente lo stesso art. 18 della l. n. 196/1997, i tirocini formativi e di orientamento non costituiscono rapporti di lavoro, fermo restando che, ove si atteggino in modo difforme da quanto risulta dalla loro disciplina, ben possono essere oggetto di una diversa qualificazione giudiziale anche in termini di rapporto di lavoro;

d) l'attivazione del tirocinio presuppone a monte la stipulazione di una convenzione tra il soggetto che lo promuove ed il soggetto che lo ospita: tale convenzione, da un lato, è inquadrabile come l'atto contrattuale (l'unico esistente nel caso di specie) volto a regolare i rapporti tra i suoi stipulanti ed a predisporre la disciplina *ad hoc* per il tirocinio a cui si riferisce; da un altro lato, per le

---

[929] Su tale disciplina cfr.: P.A. VARESI, *Art. 18. I tirocini formativi e di orientamento*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il «Pacchetto Treu» (L. 24 giugno 1997, n. 196 – Norme in materia di promozione dell'occupazione […])*, Commentario sistematico, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 1359 ss.; A. MARESCA e S. CIUCCIOVINO, *Regolamentati i tirocini formativi e di orientamento*, in *Dir. prat. lav.*, 1998, p. 1571 ss.; A. LASSANDARI, *Gli obblighi formativi nel contratto di apprendistato e di tirocinio: rilievi esegetici sui decreti ministeriali di attuazione della legge n. 196/1987*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 93 ss.; F. BANO, voce *Stage*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Aggiornamento, Torino, 2000, p. 741 ss.; M. TIRABOSCHI, *Problemi e prospettive nella disciplina giuridica dei tirocini formativi e di orientamento*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 61 ss.; G. CANAVESI, voce *Stage*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 2002, Aggiornamento, p. 1 ss.; F. BACCHINI, *I tirocini formativi e di orientamento*, in *Dir. prat. lav.*, 2003, n. 12, inserto; P. BELLOCCHI, *Tirocini e alternanza scuola-lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, V ed., Trattati brevi, Collana diritto privato diretta da P. RESCIGNO, Milano, 2009, p. 511 ss.; P. PASCUCCI, Stage *e lavoro*, cit.

[930] Per una prima, e tuttora attuale, riflessione sui tirocini v. M. NAPOLI, *Gli stages nel diritto del lavoro*, in ID., *Questioni di diritto del lavoro*, Torino, 1996, p. 153 ss.

peculiari finalità dei tirocini, nonostante la sua natura di negozio privatistico, è evidente che la convenzione tende a perseguire un interesse pubblico[931];

e) i soggetti promotori dei tirocini sono preventivamente identificati in ragione del ruolo che svolgono, il quale deve avere una specifica relazione con le finalità perseguite dal tirocinio. Quanto alla capacità di ospitare i tirocinanti, essa è attribuita sia a soggetti pubblici sia a soggetti privati, con alcune limitazioni in relazione al numero dei loro dipendenti;

f) i tirocini sono sempre esperienze con una durata massima predeterminata, che sono destinate a soggetti diversi identificati in ragione del vantaggio che essi possono ricevere dall'effettuazione del tirocinio;

g) sebbene non sussista un rapporto contrattuale diretto tra il tirocinante ed il datore di lavoro che lo ospita, in capo agli stessi si configurano diritti ed obblighi in relazione allo svolgimento dell'esperienza, gravando alcuni obblighi anche in capo al soggetto promotore.

3. Osservazioni sull'esperienza di questi anni

Le osservazioni sull'esperienza realizzatasi in questi quasi tre lustri possono distinguersi "in fatto" e "in diritto".

3.1. Osservazioni "in fatto"

Dal punto di vista fattuale:

a) i tirocini formativi e di orientamento sono quantitativamente proliferati, anche sulla spinta delle riforme scolastiche ed universitarie che hanno enfatizzato il ruolo dei percorsi formativi in alternanza[932]; si può ormai parlare di una vera e propria esplosione del fenomeno, che rappresenta il più diffuso strumento di primo approccio dei giovani (e non solo) al mondo del lavoro;

b) alla crescita quantitativa dei tirocini non è purtroppo corrisposta una loro crescita qualitativa. Anche quando non è fraudolentemente utilizzato per mascherare un rapporto di lavoro, non sempre il tirocinio è effettuato in modo da realizzare gli obiettivi per i quali formalmente è stato attivato. In particolare:

b1) in non pochi casi il soggetto promotore – che per le proprie finalità istituzionali dovrebbe essere il vero fulcro del sistema – si limita a svolgere una funzione meramente burocratica di impulso dell'iniziativa senza curarsi di individualizzare la progettazione dell'esperienza in

---

931 Per questa prospettiva cfr. P. PASCUCCI, Stage *e lavoro*, cit., p. 231 ss.

932 Per quanto concerne il settore universitario, v. l'art. 10, comma 1, lett. *f*, del decreto del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica 3 novembre 1999, n. 509 il quale ha individuato – tra le tipologie delle attività formative indispensabili per conseguire gli obiettivi formativi qualificanti di ogni classe di corsi di studio – le «attività formative volte ad agevolare le scelte professionali, mediante la conoscenza diretta del settore lavorativo cui il titolo di studio può dare accesso, tra cui, in particolare, i tirocini formativi e di orientamento di cui al decreto del Ministero del lavoro 25 marzo 1998, n. 142». Un'identica previsione si ritrova nell'art. 10, comma 5, lett. *d*, del decreto del Ministro dell'università 22 ottobre 2004, n. 270, con il quale è stato modificato il citato d.m. n. 509/1999. Nel decreto del 2004 si aggiunge (art. 10, comma 5, lett. *e*) che nell'ipotesi di cui all'art. 3, comma 5, i corsi di studio dovranno prevedere attività formative relative agli *stages* e ai tirocini formativi presso imprese, amministrazioni pubbliche, enti pubblici o privati ivi compresi quelli del terzo settore, ordini e collegi professionali, sulla base di apposite convenzioni.
Per quanto attiene al settore scolastico v. il d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77, con cui, in attuazione alla delega di cui all'art. 4 della l. 28 marzo 2003, n. 53, sono state definite le norme generali relative all'alternanza scuola-lavoro: su ciò v. P. PASCUCCI, Stage *e lavoro*, cit., p. 150 ss.

relazione ai bisogni del tirocinante e senza monitorarla attentamente nel suo svolgimento e nei suoi esiti;
b2) la fondamentale funzione del tutorato, sia dal lato del promotore sia da quello dell'ospitante, è spesso svolta in modo improvvisato senza che i soggetti incaricati dispongano delle competenze necessarie per dare adeguato sostegno ad un'esperienza formativa;
b3) molto spesso, alla disponibilità ad ospitare i tirocinanti non corrisponde una reale volontà e/o capacità dei datori di lavoro di operare quale sorta di "agenzia formativa in situazione" e ciò essenzialmente a causa della pressante e prioritaria necessità di far fronte alle esigenze produttive;
c) questi fattori incidono negativamente sugli esiti del tirocinio che, invece di formare ed orientare il tirocinante, paradossalmente lo disorientano, non consentendogli di mettere a frutto l'esperienza per verificare sul campo la capacità di praticare quanto appreso nei processi formativi formali (il passaggio dal "sapere" al "saper fare") e per misurare le proprie attitudini ad operare in un contesto relazionale quale è quello del lavoro (il "saper essere");
d) un altro paradosso si coglie inoltre là dove il tirocinio riguarda soggetti già usciti dai percorsi di istruzione o comunque quelli in cerca di lavoro. In simili ipotesi, sempre più spesso il tirocinio – che, in quanto istituto formativo, formalmente non dà diritto ad alcun compenso per il tirocinante – diviene invece il "prezzo" che questi deve surrettiziamente pagare per poter sperare di ottenere in futuro una qualche concreta opportunità lavorativa. La trafila è nota: prima uno *stage*, magari seguito da un altro *stage*, poi un contratto di apprendistato, poi un contratto di lavoro parasubordinato a progetto, poi un contratto di lavoro subordinato a termine e così via, fino a che non arrivi l'"età per la pensione… senza pensione". Da un punto di vista tecnico, il tirocinio sconta una mutazione genetico-funzionale tramutandosi in una sorta di "apprendistato senza retribuzione" o di "patto di prova lunga", privo peraltro anche delle pur minimali tutele presenti in quest'ultimo istituto lavoristico.

3.2. Osservazioni "in diritto"

Alle precedenti osservazioni sui fatti se ne accompagnano alcune di carattere tecnico-giuridico con particolare riferimento alla disciplina statale del 1997/1998:

a) al di là dell'indubbio merito di aver finalmente regolato organicamente l'istituto, oggi tale disciplina non tiene conto dell'evoluzione che nel frattempo ha riguardato, da un lato, il mondo dell'istruzione scolastica ed universitaria e, dall'altro lato, il ruolo della formazione come strumento di politica attiva del lavoro: ne è prova il novero dei soggetti promotori (v. *infra* § 6.2.2.);

b) le norme degli anni novanta accolgono una visione per così dire "fordista" dei datori di lavoro ospitanti, prendendo in considerazione soltanto coloro che abbiano una certa consistenza occupazionale fondata sui lavoratori a tempo indeterminato. Tale visione appare oggi non del tutto adeguata sia rispetto all'evoluzione delle tipologie contrattuali di lavoro (diffusione dei contratti temporanei) sia con riferimento alle ancor più evidenti modificazioni morfologico-strutturali delle imprese, le cui dimensioni non corrispondono più necessariamente alla loro capacità produttiva. Per altro verso, la crescente diffusione dell'iniziativa economica privata nel settore terziario fa emergere tutta una serie di imprese individuali, specie nel settore della consulenza avanzata, che appare irrealistico escludere totalmente dal sistema dei tirocini, specialmente in ragione della diffusione dei diplomati-laureati che aspirano ad una formazione sul campo e che sono in cerca di occupazione;

c) la disciplina degli anni novanta non presta adeguata attenzione ad una serie di problemi che incidono sulla tutela del tirocinante: da un lato, non scioglie alcuni nodi che hanno a che fare con il profilo temporale dei tirocini (ripetibilità dell'esperienza e ripetibilità con lo stesso ospitante), mentre, da un altro lato, appare assai lacunosa per quanto attiene ai diritti e doveri di tutte le parti (promotore, ospitante, tirocinante) ed alle conseguenze delle violazioni della disciplina;

d) dopo la riforma costituzionale del 2001, la quale ha ribadito la competenza legislativa esclusiva delle Regioni in materia di formazione (art. 117, comma 4, Cost.) e la sentenza della Corte costituzionale 13 gennaio 2005, n. 50[933], si è consolidata l'opinione secondo cui la disciplina dei tirocini spetta alla competenza esclusiva delle Regioni, potendo la disciplina statale esercitare solo una funzione sussidiaria-residuale in mancanza di norme regionali. Va tuttavia ricordato che, con una motivazione assai succinta, la Corte si è limitata a dichiarare illegittimo l'art. 60 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 in quanto la disciplina dei tirocini estivi di orientamento ivi prevista[934], dettata senza alcun collegamento con rapporti di lavoro, e non preordinata in via immediata ad eventuali assunzioni, attiene alla formazione professionale di competenza esclusiva delle Regioni[935];

e) l'indiscutibile competenza esclusiva delle Regioni per tutti gli aspetti formativi dell'istituto non può escludere la predeterminazione da parte dello Stato di regole generali in riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni civili e sociali da garantire in modo omogeneo in tutto il Paese (art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost.) per quanto attiene alla tutela dei tirocinanti ed alla garanzia della genuinità del tirocinio, da determinare con atti legislativi (del cui carattere cedevole e sussidiario potrebbe seriamente dubitarsi). Peraltro, la compresenza di queste diverse competenze impone di intervenire applicando il principio della "leale collaborazione" tra Stato e Regioni caldeggiato dalla Corte costituzionale nel caso di materie caratterizzate da competenze interferenti[936];

f) per altro verso, non si dovrebbe trascurare come possano emergere anche profili ascrivibili nella competenza "solo" concorrente delle Regioni (esercitabile quindi nel rispetto dei principi fondamentali dettati dalla legge statale) ove si inquadrino i tirocini come strumenti di politica attiva del lavoro riconducibili nel principio costituzionale della tutela del lavoro (art. 117, comma 3, Cost.);

g) l'intervento legislativo in materia di alcune Regioni ha avuto l'indubbio merito di attualizzare la disciplina dei tirocini alla luce delle intervenute modificazioni del quadro giuridico e socio-economico, superando in non pochi casi le criticità appena evidenziate nella disciplina statale ed introducendo elementi in grado di favorire la qualificazione dei tirocini. Tuttavia, ad uno sguardo d'insieme, oggi emerge un quadro regolativo dell'istituto a "macchie di leopardo" che vede, da un lato, aree del Paese in cui le regole promanano da leggi regionali spesso ispirate a criteri sostanzialmente comuni (sulla scorta di quelli introdotti dalla l.r. dell'Emilia-Romagna 26 luglio 2005, n.

---

933 In *Gazz. uff.* del 2 febbraio 2005.

934 Su tale norma cfr. P. BELLOCCHI, *Commento all'art. 60*, in M. PEDRAZZOLI (coord.), *Il mercato del lavoro – Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, p. 648 ss.; E. BALLETTI, *Commento all'art. 60*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro ed i nuovi moduli contrattuali*, Padova, 2004, p. 699 ss.

935 V., tra gli altri, G. CANAVESI, *La giurisprudenza costituzionale sulla potestà legislativa in materia di lavoro, con particolare riferimento alla formazione professionale e alla previdenza sociale*, in *Dir. merc. lav.*, 2005, p. 479 ss.

936 Corte cost. n. 50/2005, cit.

17)[937] e, da un diverso lato, altre aree in cui si applica la normativa statale, ancorché talora reinterpretata alla luce di delibere o linee guida regionali. Al di là dei profili di legittimità di questo dato, c'è da chiedersi se la presenza di regole diverse sul piano geografico rechi vantaggi all'istituto dei tirocini nel momento in cui l'importanza della dimensione territoriale è messa in discussione dalla crescente instabilità degli insediamenti produttivi e dai processi di mobilità e frammentazione delle aziende. Senza alcuna pretesa di accreditare un monolitismo regolativo in materia, pare assolutamente condivisibile l'invito proveniente da più parti per lo meno ad un'armonizzazione della disciplina.

4. L'art. 11 del d.l. n. 138/2011: un fulmine a ciel sereno

Questa breve analisi è finalizzata non già ad esorcizzare o demonizzare i tirocini, bensì a valorizzarne le preziose funzioni, facendo sì che essi cessino di rappresentare uno strumento di surrettizio inserimento al lavoro privo di formazione e, come tale, indebitamente in concorrenza con il contratto di apprendistato.

Proprio quest'ultimo aspetto era stato opportunamente sottolineato nell'Intesa del 27 ottobre 2010 tra Governo, Regioni e parti sociali per il rilancio dell'apprendistato, con cui il Governo si era impegnato ad avviare un tavolo tripartito per la definizione di un quadro più razionale ed efficiente dei tirocini formativi e di orientamento al fine di valorizzarne le potenzialità in termini di occupabilità e prevenire gli abusi e l'utilizzo distorto degli stessi tirocini formativi e di orientamento e di altre tipologie contrattuali (in particolare le collaborazioni coordinate e continuative) in concorrenza con il contratto di apprendistato.

Sia per gli obiettivi sia per il metodo, la strada sembrava quella giusta e "il cielo sopra il tirocinio" sembrava finalmente avviato a rasserenarsi. Cosicché ben può definirsi un fulmine a ciel sereno l'improvviso intervento del Governo che, senza alcuna preventiva concertazione, ha legiferato in materia mediante una norma di decreto legge (art. 11 del d.l. n. 138/2011)[938], successivamente convertito in legge[939] con voto di fiducia e, quindi, praticamente senza dibattito parlamentare.

Al di là della criticabilità del metodo seguito, l'art. 11 del d.l. n. 138/2011 si poneva obiettivi più che rispettabili: da un lato, ribadire come la capacità promozionale dei tirocini spetti solo a chi possieda validi requisiti; dall'altro lato, limitare la durata massima dei tirocini che, specialmente nel caso dei soggetti usciti dai percorsi scolastici ed universitari, troppo spesso si traducono in

---

[937] Per un panorama della disciplina dei tirocini a livello regionale v. S. FACELLO e F. FAZIO, *La mappa dei tirocini formativi e di orientamento in Italia*, in *www.adapt.it*, 12 settembre 2011.

[938] L'art. 11 stabilisce al comma 1 che "I tirocini formativi e di orientamento possono essere promossi unicamente da soggetti in possesso degli specifici requisiti preventivamente determinati dalle normative regionali in funzione di idonee garanzie all'espletamento delle iniziative medesime. Fatta eccezione per i disabili, gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti e i condannati ammessi a misure alternative di detenzione, i tirocini formativi e di orientamento non curriculari non possono avere una durata superiore a sei mesi, proroghe comprese, e possono essere promossi unicamente a favore di neo-diplomati o neo-laureati entro e non oltre dodici mesi dal conseguimento del relativo titolo di studio". Il comma 2 prevede che "In assenza di specifiche regolamentazioni regionali trovano applicazione, per quanto compatibili con le disposizioni di cui al comma che precede, l'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 e il relativo regolamento di attuazione".

[939] In sede di conversione la norma è rimasta sostanzialmente inalterata, essendosi provveduto soltanto ad alcuni ritocchi formali.

un'estenuante ed indebita simulazione di un apprendistato o di un patto di prova[940].

Il perseguimento di questi importanti obiettivi avrebbe tuttavia richiesto una ben maggiore attenzione in sede di redazione della norma da parte del legislatore, il quale non sembra aver soppesato tutta la portata della disposizione. Ne è prova il fatto che, di fronte al notevole sconcerto suscitato nell'opinione pubblica dall'art. 11, il 12 settembre scorso il Ministero del lavoro ha diramato la circolare n. 24, mediante la quale, fornendo i propri indirizzi operativi sulla nuova disciplina, ne ha proposto un'interpretazione che, per la natura giuridica della circolare, ovviamente assume valore soltanto entro il contesto amministrativo entro cui essa è destinata ad operare.

Occorre quindi entrare *in medias res* ed affrontare la tutt'altro che agevole esegesi della norma.

5. La rubrica dell'art. 11 e il suo collegamento con il primo periodo del comma 1: la promozione dei tirocini

La prima osservazione riguarda la rubrica dell'art. 11 – che parla di "Livelli di tutela essenziali per l'attivazione dei tirocini" – e la sua connessione con il contenuto della norma.

L'espressione "livelli di tutela essenziali" sembra indicare come il legislatore sia consapevole che, nonostante la competenza legislativa esclusiva delle Regioni in materia di formazione, alcuni aspetti dei tirocini rientrino nella competenza esclusiva della legge statale in quanto riconducibili appunto alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale[941].

I "livelli di tutela essenziali" a cui la norma è dedicata riguardano l'"attivazione dei tirocini": espressione che allude ai requisiti indispensabili per far iniziare legittimamente l'esperienza, vale a dire alla capacità promozionale dei tirocini[942]. A tale proposito il legislatore ribadisce un principio generale già sancito dall'art. 18, lett. *a*, della l. n. 196/1997, secondo cui la capacità promozionale richiede il possesso di specifici requisiti al fine di offrire idonee garanzie all'espletamento del tirocinio. La norma del 1997 nei fatti assorbiva implicitamente tali requisiti nell'espressa individuazione dei soggetti evidentemente ritenuti dal legislatore in grado di possederli[943]. L'art. 11, invece, effettua un rinvio in bianco alle normative regionali[944], ritenendole quindi giustamente depositarie del potere di predeterminare i requisiti per la promozione (ferma restando la funzione residuale delle norme statali in carenza di norme regionali: art. 11, comma 2).

Almeno per quanto riguarda il profilo della promozione dei tirocini, l'espressione "livelli essenziali

---

[940] V. quanto giustamente rilevato da M. TIRABOSCHI, *Tirocini: il machismo (e l'impotenza) delle Regioni, l'ipocrisia delle imprese*, in *www.adapt.it*, 22 settembre 2011. Sull'opportunità di ridurre o diversificare i termini di durata massima dei tirocini "post-titolo" cfr. P.A. VARESI, *Il ruolo delle Università nella promozione dei tirocini formativi e di orientamento e dell'apprendistato "alto"*, in P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi. Le politiche per la transizione dai percorsi formativi al mercato del lavoro*, Milano, 2006, p. 425.

[941] Come emerge anche dalla relazione di accompagnamento della disposizione. In generale sul tema v. G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007.

[942] Come del resto emerge nello stesso art. 2 del d.m. n. 142/1998, il quale, sotto il titolo "modalità di attivazione", individua i soggetti promotori.

[943] Soggetti che lo stesso art. 18 indicava in via esemplificativa e che l'art. 2 del d.m. n. 142/1998 aveva poi individuato in via tassativa.

[944] Il termine "normative", utilizzato in luogo di quello ben più restrittivo di "leggi", pare tenere conto del fatto che in alcune Regioni, ancorché sulla base di disposizioni generali di legge regionale, le disposizioni sui tirocini sono adottate da atti diversi dalla legge, come le delibere della giunta regionale (è il caso, ad esempio, di quelle adottate dalla Giunta della Regione Marche in base all'art. 18 della l.r. 25 gennaio 2005, n. 2, consultabili in *http://www.istruzioneformazionelavoro.marche.it/legge2_2005/art18.asp*).

di tutela" pare esaurirsi qui.

Tuttavia, dato che le stesse leggi regionali finora emanate, nella parte in cui individuano i requisiti per la promozione dei tirocini, ribadiscono espressamente il rispetto dei livelli essenziali fissati dalla legge nazionale (v. l'art. 24, comma 1, della l.r. Emilia-Romagna n. 17/2005), sarebbe stato lecito attendersi la determinazione di qualche ulteriore criterio generale tale da configurarsi come livello di tutela essenziale per l'attivazione delle esperienze.

Ad esempio, senza ingerirsi in dettaglio nell'individuazione dei soggetti promotori, il legislatore statale bene avrebbe fatto ad identificare in senso generale le aree operative dei potenziali soggetti promotori (istruzione, formazione, mercato del lavoro, sostegno agli svantaggiati ecc.), così come ad evidenziare finalmente il principio – tanto banale quanto troppo spesso disatteso – secondo cui il soggetto promotore può attivare tirocini soltanto a favore dei soggetti di cui si occupi istituzionalmente nell'esercizio della propria attività.

Se quindi la rubrica dell'art. 11 si riferisce ai livelli essenziali evocati dall'art. 117 Cost., questi sembrerebbero emergere più concretamente solo nel secondo periodo del comma 1, là dove il legislatore fissa alcuni principi sulla durata dei tirocini senza evocare le norme regionali.

6. Il secondo periodo del comma 1 dell'art. 11

Il secondo periodo del comma 1 modifica innanzitutto direttamente, ancorché solo in parte, l'art. 18, comma 1, lett. *d*, della l. n. 196/1997, che stabiliva in 12 mesi la durata massima dei tirocini ed affidava al suo regolamento il compito di modulare tale durata massima in funzione della specificità dei diversi tipi di utenti (v. art. 7 del d.m. n. 142/1998)[945]. La nuova durata massima dei tirocini è fissata in 6 mesi.

6.1. L'area di non applicazione del limite massimo di 6 mesi (art. 11, secondo periodo del comma 1)

La nuova durata massima di 6 mesi tuttavia non si applica ad una duplice gamma di ipotesi: la prima riguarda i tirocini a favore di soggetti disabili e svantaggiati, la seconda i tirocini

---

[945] Il d.m. n. 142/1998 aveva conservato il tetto massimo di 12 mesi solo per i tirocini destinati: agli studenti universitari, compresi i frequentanti corsi di diploma universitario, dottorati di ricerca e scuole o corsi di perfezionamento e specializzazione nonché di scuole o corsi di perfezionamento e specializzazione post-secondari anche non universitari, anche nei 18 mesi successivi al termine degli studi (art. 7, comma 1, lett. *d*); alle persone svantaggiate ai sensi del comma 1 dell'art. 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381 (invalidi fisici, psichici e sensoriali; ex degenti di istituti psichiatrici; soggetti in trattamento psichiatrico; tossicodipendenti; alcolisti; minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare; condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione previste dagli articoli 47, 47-*bis*, 47-*ter* e 48 della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificati dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663; soggetti indicati con un d.P.C.M.) (art. 7, comma 1, lett. *e*).
Nelle altre ipotesi da esso contemplate, il d.m. n. 142/1998 aveva invece già mantenuto entro i 6 mesi la durata massima dei tirocini: non più di 4 mesi per gli studenti frequentanti la scuola secondaria (art. 7, comma 1, lett. *a*); non più di 6 mesi per i lavoratori inoccupati o disoccupati ivi compresi quelli iscritti alle liste di mobilità (art. 7, comma 1, lett. *b*); non più di 6 mesi per gli allievi degli istituti professionali di Stato, di corsi di formazione professionale, gli studenti frequentanti attività formative post-diploma o post-laurea, anche nei 18 mesi successivi al termine degli studi (art. 7, comma 1, lett. *c*).
Per quanto concerne i disabili, sia l'art. 18, comma 1, lett. *d*, della l. n. 196/1997 sia l'art. 7, comma 1, lett. *f*, del d.m. n. 142/1998 avevano previsto una durata massima di 24 mesi.

"curriculari"[946].

6.1.1. Tirocini per disabili e svantaggiati

Diversamente da quanto risultava in virtù del rinvio del d.m. n. 142/1998 alla l. 8 novembre 1991, n. 381, l'art. 11 non ricomprende nell'area dello svantaggio sociale[947] i tirocini destinati agli "ex degenti di istituti psichiatrici", ai "minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare" ed a coloro "identificabili come svantaggiati" con d.P.C.M. ai sensi dell'art. 4, comma 1, della predetta legge del 1991. Pertanto, mentre in precedenza i tirocini destinati a tali soggetti potevano durare fino a 12 mesi, ora non possono superare i 6, con un'incongruente ed ingiustificata disparità di trattamento tra situazioni assimilabili[948].

In ogni caso non è chiaro perché il legislatore non abbia tenuto conto della ben più aggiornata definizione di "lavoratore svantaggiato" accolta dall'art. 2, n. 18, del Regolamento n. 800/2008 della Commissione Europea[949].

Peraltro, nel momento in cui esclude il tetto massimo dei 6 mesi per i tirocini destinati ai soggetti disabili e svantaggiati, l'art. 11 non appone a tali tirocini altro limite di durata massima. Non essendo ipotizzabile un tirocinio a tempo indeterminato, si deve ritenere che restino in vigore i limiti massimi stabiliti dalla disciplina statale del 1997/1998 (24 mesi per i disabili e 12 mesi per gli svantaggiati contemplati dall'art. 11).

6.1.2. Tirocini "curriculari"

L'altra categoria di tirocini esclusi dall'applicazione del limite di 6 mesi si ricava "per esclusione": poiché l'art. 11 precisa che la riduzione a 6 mesi della durata massima, proroghe comprese, dei tirocini formativi e di orientamento riguarda solo i tirocini "non curriculari", tale limite non si applica ai tirocini "curriculari". Tuttavia, la norma discutibilmente non fornisce alcuna definizione dei tirocini "non curriculari" e, per converso, di quelli "curriculari".

Una definizione di "tirocini curriculari" – peraltro non vincolante per l'interprete non essendo contenuta in un atto avente forza di legge – si rintraccia nella recente circolare ministeriale del

---

[946] Per evitare confusioni, in questo scritto ci si adegua alla terminologia legislativa che usa la parola "curriculare" sebbene nella lingua italiana il termine corretto sia "curricolare", così come è corretto "curricolo" e non "curriculo".

[947] Su cui v. M.V. BALLESTRERO e G.G. BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, 2005.

[948] Occorre inoltre segnalare che, fra i soggetti esclusi, non rientrano neppure gli stranieri richiedenti asilo o titolari di protezione internazionale di cui al d.lgs. 30 maggio 2005, n. 140: soggetti che, secondo un esplicito ordine del giorno della Camera dei Deputati accolto il 14 settembre scorso (prima firmataria l'on. Gatti), il Governo si sarebbe impegnato a considerare espressamente tra quelli esclusi.

[949] Tale Regolamento – relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione – considera "lavoratore svantaggiato" chiunque rientri in una delle seguenti categorie: *a)* chi non abbia un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi; *b)* chi non possieda un diploma di scuola media superiore o professionale (ISCED 3); *c)* i lavoratori che abbiano superato i 50 anni di età; *d)* gli adulti che vivano soli con una o più persone a carico; *e)* i lavoratori occupati in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che superi almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello Stato membro interessato se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato; *f)* i membri di una minoranza nazionale all'interno di uno Stato membro che abbiano necessità di consolidare le proprie esperienze in termini di conoscenze linguistiche, di formazione professionale o di lavoro, per migliorare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile. Ai sensi del successivo n. 19, si intende per "lavoratore molto svantaggiato" il lavoratore senza lavoro da almeno 24 mesi, mentre in base al n. 20, si intende per "lavoratore disabile" chiunque sia: *a)* riconosciuto disabile ai sensi dell'ordinamento nazionale o *b)* caratterizzato da impedimenti accertati che dipendono da un handicap fisico, mentale o psichico.

12 settembre 2011, la quale richiama a tal fine quanto lo stesso Ministero del lavoro aveva affermato in una precedente nota del 2007[950]. In estrema sintesi, sarebbe "curriculare" il tirocinio promosso da un'istituzione scolastica, universitaria o formativa a favore dei propri studenti ed allievi (compresi gli iscritti a master universitari e dottorati di ricerca) e che si collochi all'interno del periodo di frequenza del corso di studi o del corso di formazione anche se non direttamente in funzione del riconoscimento di crediti formativi.

La carenza di una nozione legale della fattispecie in esame rende tuttavia difficoltoso individuarne gli esatti confini, lasciando margini all'interpretazione; d'altro canto, la pigrizia definitoria sembra aver colpito anche altri aspetti dell'art. 11, come nel caso della nozione di "neo-diplomati".

Tuttavia, almeno con riferimento al settore universitario, una nozione di "tirocinio curriculare" potrebbe indirettamente rinvenirsi in fonti normative dell'ordinamento giuridico statuale, ancorché di rango secondario. Si tratta di alcune previsioni contenute nel già menzionato decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca n. 270/2004[951], che si occupa dell'autonomia didattica degli atenei.

Fermo restando che, formalmente, le definizioni del d.m. n. 270/2004 valgono esclusivamente ai fini di tale decreto, può comunque rilevarsi come dalle sue nozioni di "credito formativo universitario"[952], di "attività formativa"[953] e di "curriculum"[954], nonché dalla individuazione delle varie "attività formative" ulteriori rispetto a quelle qualificanti[955], possa ragionevolmente dedursi che i

---

[950] Si tratta della nota (n. 13/Segr./0004746 del 14 febbraio 2007) con cui lo stesso dicastero aveva escluso che l'obbligo del datore di lavoro (previsto dal comma 2 dell'art. 9-*bis* del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 novembre 1996, n. 608: comma poi modificato dall'art. 1, comma 1180, della l. 27 dicembre 2006, n. 296) di comunicare al Centro per l'impiego l'avvio di un rapporto di lavoro o di un tirocinio riguardasse i tirocini "curriculari" (su ciò v., in senso critico, P. PASCUCCI, Stage *e lavoro*, cit., p.260 ss.). In ogni caso, per tali venivano intesi "i tirocini promossi da soggetti e istituzioni formative a favore dei propri studenti ed allievi frequentanti, per realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro", ove si realizzassero le seguenti condizioni:
- *promozione del tirocinio da parte di*: un'università o un istituto di istruzione universitaria abilitato al rilascio di titoli accademici; di un'istituzione scolastica che rilasci titoli di studio aventi valore legale; di un centro di formazione professionale operante in regime di convenzione con la Regione o la Provincia;
- *destinazione della iniziativa a favore di*: studenti universitari (compresi gli iscritti ai master universitari e ai corsi di dottorato); studenti di scuola secondaria superiore; allievi di istituti professionali o di corsi di formazione iscritti al corso di studio e di formazione nel cui ambito il tirocinio è promosso;
- *svolgimento del tirocinio all'interno del periodo di frequenza del corso di studi o del corso di formazione anche se non direttamente in funzione del riconoscimento di crediti formativi* (a titolo meramente esemplificativo, un tirocinio per la elaborazione della tesi di laurea).

[951] Con cui è stato modificato il già citato d.m. n. 509/1999.

[952] L'art. 1, comma 1, lett. *l*, definisce il "credito formativo universitario" come la misura del volume di lavoro di apprendimento, compreso lo studio individuale, richiesto ad uno studente in possesso di adeguata preparazione iniziale per l'acquisizione di conoscenze ed abilità nelle attività formative previste dagli ordinamenti didattici dei corsi di studio.

[953] L'art. 1, comma 1, lett. *o*, ricomprende nella definizione di "attività formativa" ogni attività organizzata o prevista dalle università al fine di assicurare la formazione culturale e professionale degli studenti, con riferimento, tra l'altro, anche ai tirocini.

[954] L'art. 1, comma 1, lett. *p*, definisce il "curriculum" come "l'insieme delle attività formative universitarie ed extrauniversitarie specificate nel regolamento didattico del corso di studio al fine del conseguimento del relativo titolo".

[955] Secondo l'art. 10, comma 5, oltre alle attività formative qualificanti (art. 10, commi 1, 2 e 3), i corsi di studio debbono prevedere: *a)* attività formative autonomamente scelte dallo studente purché coerenti con il progetto formativo; *b)* attività formative in uno o più ambiti disciplinari affini o integrativi a quelli di base e caratterizzanti, anche con riguardo alle culture di contesto e alla formazione interdisciplinare; *c)* attività formative relative alla preparazione della prova finale per il conseguimento del titolo di studio e, con riferimento alla laurea, alla verifica della conoscenza di almeno una lingua straniera oltre l'italiano; *d)* attività formative, non previste dalle lettere precedenti… comunque utili per l'inserimento nel mondo del lavoro, nonché attività formative volte ad agevolare le scelte professionali, mediante la conoscenza diretta del settore lavorativo cui il titolo di studio può dare accesso, tra cui, in particolare, i

"tirocini curriculari" siano quelli promossi dalle università a favore dei propri studenti nell'ambito dei corsi di studio e dai quali dipenda in ogni caso l'acquisizione di crediti formativi necessari per il conseguimento del titolo di studio: e ciò sia qualora il tirocinio sia assolutamente obbligatorio, sia ove costituisca solo una delle varie attività formative che lo studente può scegliere per conseguire i crediti formativi necessari. Ciò che sembra contare, dunque, è che il tirocinio sia riconosciuto dal regolamento didattico del corso di studio ai fini dell'acquisizione dei crediti formativi universitari (CFU) necessari per il conseguimento del titolo di studio.

Se così fosse, potrebbe non essere "curriculare" il tirocinio di formazione e orientamento che uno studente che abbia già acquisito tutti i CFU attribuibili ai tirocini nel piano degli studi intenda nondimeno effettuare per arricchire il proprio bagaglio sollecitandone la promozione alla propria struttura educativa.

Quanto poi al tirocinio effettuato per preparare la tesi di laurea, al di là di quei corsi di studio in cui è lo stesso tirocinio a formare oggetto della discussione della prova finale (come nel caso della laurea in Scienze della formazione primaria), esso sarà considerabile "curriculare" a condizione che il regolamento didattico lo contempli tra le attività formative relative alla preparazione della prova finale per il conseguimento del titolo di studio (art. 10, comma 5, lett. *c*, del d.m. n. 270/2004).

6.1.2.1. Sull'ammissibilità di tirocini scolastici ed universitari "non curriculari" per studenti che non abbiano concluso ancora gli studi

Stando ad un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 11, i tirocini scolastici ed universitari "non curriculari" – che erano perfettamente ammissibili in base alla disciplina statale del 1997/1998 – sembrerebbero ora preclusi a tutti gli studenti che non avessero concluso il ciclo di studi, dal momento che la nuova norma prevede espressamente che i tirocini "non curriculari" possono essere promossi unicamente a favore di neo-diplomati o neo-laureati. Una conclusione contraria alla *ratio* dell'istituto dei tirocini.

Per evitare un simile paradosso, non restano che due strade:

- o si ricomprendono fra quelli "curriculari" tutti i tirocini promossi dalle istituzioni scolastiche ed universitarie per i propri studenti che non abbiano ancora conseguito il titolo di studio, al di là del fatto che diano o meno diritto al riconoscimento di CFU[956]: si tratta però di un'ipotesi che, come

---

tirocini formativi e di orientamento di cui al decreto 25 marzo 1998, n. 142, del Ministero del lavoro; *e)* nell'ipotesi di cui all'art. 3, comma 5, attività formative relative agli *stages* e ai tirocini formativi presso imprese, amministrazioni pubbliche, enti pubblici o privati ivi compresi quelli del terzo settore, ordini e collegi professionali, sulla base di apposite convenzioni.
In base all'art. 3, comma 4, il corso di laurea ha l'obiettivo di assicurare allo studente un'adeguata padronanza di metodi e contenuti scientifici generali, anche nel caso in cui sia orientato all'acquisizione di specifiche conoscenze professionali, la quale – secondo il comma 5 – è preordinata all'inserimento del laureato nel mondo del lavoro ed all'esercizio delle correlate attività professionali regolamentate, nell'osservanza delle disposizioni di legge e dell'Unione europea e di quelle di cui all'art. 11, comma 4 (consultazione delle parti sociali).

[956] È quanto afferma la circolare ministeriale n. 24 del 12 settembre 2011 là dove precisa che, anche dopo l'art. 11 del d.l. n. 138/2011, i tirocini formativi e di orientamento non sono preclusi agli studenti (che non abbiano concluso il percorso di studi) purché siano promossi da scuole ed università e si svolgano "all'interno del periodo di frequenza del relativo corso di studi o del corso di formazione anche se… non direttamente in funzione del riconoscimento di crediti formativi".

poc'anzi rilevato, potrebbe non trovare compiuto sostegno nelle sparse norme dell'ordinamento (almeno quello universitario);

- oppure occorre interpretare l'art. 11 in un senso diverso da quello che appare dalla sua lettera, sempre che una simile interpretazione sia fondata sui criteri ermeneutici del nostro ordinamento.

Ad ogni buon conto e nella perdurante incertezza di che cosa siano esattamente i tirocini "curriculari", la loro durata massima resta disciplinata dalle precedenti disposizioni legislative e regolamentari statali e regionali (giacché, là dove esistenti, anche queste fanno riferimento a tirocini promossi da scuole ed università): ciò comporta che i tirocini "curriculari" degli studenti universitari – per tali intendendosi tutti coloro che frequentano corsi di laurea o di laurea magistrale, dottorati di ricerca, master universitari, scuole o corsi di perfezionamento e specializzazione[957] – avranno una durata massima di 12 mesi, come stabilito dall'art. 7, comma 1, lett. *d*, del d.m. n. 142/1998[958].

6.2. I tirocini "non curriculari" contemplati dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 11

Al di là della questione relativa alla esatta nozione di "tirocinio curriculare", se ne pone poi un'altra ben più insidiosa. Che cosa intende l'art. 11 quando parla di "tirocini formativi e di orientamento non curriculari"?

La domanda è tutt'altro che oziosa giacché, se parlando di "tirocini curriculari" si può almeno essere certi di riferirsi a quelli promossi da strutture di istruzione e formazione, con l'espressione "tirocini formativi e di orientamento non curriculari" non necessariamente si intendono solo quelli promossi da strutture di istruzione e formazione al di fuori dei relativi ordinamenti didattici, bensì anche quelli promossi da altri soggetti titolari della capacità promozionale[959].

6.2.1. Una necessaria riflessione sulla nozione di "tirocinio formativo e di orientamento"

Evidentemente, tutto sta ad identificare l'esatta nozione di "tirocini formativi e di orientamento", vale a dire se con tale espressione ci si riferisce solo ai tirocini a favore dei giovani nei percorsi di alternanza scuola-lavoro o con finalità di un primo orientamento al lavoro (essenzialmente promossi da strutture di istruzione e formazione, nel qual caso i tirocini "non curriculari" sarebbero solo quelli pur sempre promossi da tali strutture), oppure se ci si riferisca anche a quelli promossi a favore di soggetti inoccupati e disoccupati da parte di altri soggetti promotori.

---

[957] Nonché degli studenti che frequentano scuole o corsi di perfezionamento e specializzazione post-secondari anche non universitari: v. art. 7, comma 1, lett. *d*, del d.m. n. 142/1998.

[958] Del resto, la disciplina dei tirocini "curriculari" riconducibili nella nozione unitaria di "tirocini di formazione e di orientamento" non può essere sganciata dai requisiti di validità dell'esperienza tra cui rientrano anche i limiti temporali. Quanto ai tirocini "curriculari" degli studenti delle scuole secondarie, per essi dovrebbe valere la durata massima di 4 mesi (*ex* art. 7, comma 1, lett. *a*, del d.m. n. 142/1998) almeno se si interpreta la previsione di cui all'art. 9, comma 3, del d.m. n. 142/1998 (che tiene ferma la possibilità per le istituzioni scolastiche di realizzare esperienze di *stage* e di tirocinio incluse nei piani di studio previste dal vigente regolamento) nel senso di una mera conferma della possibile promozione dei tirocini scolastici "curriculari", senza che ciò tuttavia modifichi i requisiti, anche di durata massima, previsti dallo stesso d.m. n. 142/1998: su ciò v. *amplius* P. PASCUCCI, Stage *e lavoro*, cit., p. 138 ss.

[959] La mancanza di puntuali definizioni legali impedisce di assegnare rilevanza ad ulteriori terminologie, come quella di "tirocini extracurriculari", talora rinvenibili in documenti eterogenei fra loro, come quelli di alcune università o le *faq* ministeriali.

La prima prospettiva è quella avallata dalla circolare ministeriale del 12 settembre scorso e, per la verità, trova un certo riscontro anche nella Carta della qualità dei tirocini approvata dalla Giunta regionale della Toscana il 1° agosto 2011[960].

Il presupposto teorico su cui si fonda questa prospettiva sembrerebbe trovare un significativo appiglio nelle finalità esplicitate nell'art. 18 della l. n. 196/1997. Poiché quest'ultimo fa espresso riferimento soltanto alla realizzazione di "momenti di alternanza tra studio e lavoro" ed all'agevolazione delle "scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro", "i tirocini formativi e di orientamento" prefigurati da tale norma sarebbero soltanto quelli destinati ai soggetti (essenzialmente giovani studenti) frequentanti corsi di studio o di formazione che, in quanto tali, non hanno familiarità con il mondo del lavoro, non riguardando quindi i soggetti – come i disoccupati o gli inoccupati – non coinvolti in processi di istruzione o formazione o che già abbiano conosciuto il mondo del lavoro[961]. In buona sostanza, quindi, il d.m. n. 142/1998 non avrebbe correttamente attuato l'art. 18 della l. n. 196/1997 quando ha compreso i disoccupati e gli inoccupati tra i beneficiari dei tirocini formativi e di orientamento.

Va tuttavia considerato che, pur esplicitando soltanto le due finalità suindicate, lo stesso art. 18 della l. n. 196/1997 (rubricato espressamente con l'espressione "tirocini formativi e di orientamento") comprende nella fattispecie di cui si occupa anche i tirocini a favore di soggetti in cerca di occupazione: non a caso individua(va), tra i soggetti promotori, le Agenzie regionali per l'impiego e gli Uffici periferici del Ministero del lavoro, vale a dire soggetti che, in quanto gestori all'epoca dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, non potevano non svolgere la funzione promozionale nei confronti di disoccupati e inoccupati. Sotto questo profilo, dunque, l'esplicita ricomprensione di questi soggetti da parte del d.m. n. 142/1998 risulta del tutto corretta.

D'altra parte, che l'art. 18 della l. n. 196/1997 non si occupi soltanto dei tirocini di studenti ed allievi dei sistemi formativi è ulteriormente comprovato dal fatto che la norma attribuisce la capacità promozionale dei tirocini formativi e di orientamento anche alle comunità terapeutiche, agli enti ausiliari ed alle cooperative sociali[962] nonché ai servizi di inserimento lavorativo per disabili gestiti da enti pubblici delegati dalla Regione: dunque a soggetti operanti non al fine di rilasciare titoli di studio, bensì per favorire l'inserimento o il reinserimento lavorativo di persone in situazioni di difficoltà. E, anche sotto questo versante, il d.m. n. 142/1998 ha correttamente ricompreso tra i beneficiari di detti tirocini persone sia svantaggiate sia disabili.

È allora alla luce di queste previsioni legislative e regolamentari, le quali depongono nel senso di

---

[960] Tale Carta definisce il tirocinio come una misura di accompagnamento al lavoro finalizzata a creare un contatto diretto tra una persona in cerca di lavoro ed un'azienda allo scopo sia di permettere al tirocinante di acquisire un'esperienza per arricchire il proprio curriculum sia di favorire una possibile costituzione di un rapporto di lavoro con l'azienda ospitante. Il tirocinio formativo e di orientamento consiste in un periodo di formazione professionale o anche di mero orientamento al lavoro che permette ai giovani di prendere contatto diretto con il mondo produttivo. Da tale Carta sono esclusi gli stage/tirocini "curriculari" promossi da università, istituzioni scolastiche, centri di formazione professionale e i periodi di pratica professionale, entrambi non soggetti alle comunicazioni obbligatorie in quanto esperienze previste all'interno di un percorso formale di istruzione o di formazione la cui finalità non è di favorire direttamente l'inserimento lavorativo. Sono invece inclusi i tirocini soggetti all'obbligo di comunicazione obbligatoria ai Centri per l'impiego.
In ogni caso, la Carta toscana ribadisce che il tirocinio non può essere utilizzato per attività per le quali non sia necessario un periodo formativo, confermando in sostanza la natura unitaria dei tirocini, concepibili soltanto se intesi come strumento formativo.

[961] Per una considerazione sostanzialmente in questi termini del campo di applicazione dell'art. 18 della l. n. 196/1997 cfr. M. TIRABOSCHI, *Tutele essenziali nel passaggio verso il lavoro*, in *www.adapt.it*, 13 settembre 2011.

[962] Iscritti negli specifici albi regionali, ove esistenti.

una nozione assai ampia di "tirocini formativi e di orientamento", che vanno lette le finalità di tale istituto. Queste ultime vanno intese in senso ampio, sia per quanto concerne la realizzazione di "momenti di alternanza tra studio e lavoro" sia per quanto attiene all'agevolazione delle "scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro". La prima di tali finalità, senza dubbio attinente essenzialmente ai percorsi di istruzione e di formazione, comprende quindi tutte le svariate fattispecie di alternanza scuola-lavoro, mentre la seconda riguarda qualsiasi situazione in cui occorra prendere diretta conoscenza con un'esperienza lavorativa, senza che ciò peraltro sia limitato solo al primissimo impatto con il mondo del lavoro. Potrebbe mai sostenersi che, nel caso di un soggetto disoccupato che miri ad un'occupazione diversa da quella che aveva avuto in passato, non si ponga un problema di conoscenza del nuovo e diverso contesto lavorativo?

Se è comunque indubbio che meglio avrebbe fatto l'art. 18 della l. n. 196/1997 ad esplicitare più chiaramente "tutte" le possibili finalità dei tirocini da esso contemplati, così giustificando maggiormente il suo richiamo ai promotori che operano nel mercato del lavoro, pare altrettanto indubbio che, per comprendere appieno l'essenza e la nozione della fattispecie legale dei tirocini di cui si sta parlando occorra prestare attenzione soprattutto ai due necessari attributi che li caratterizzano: il fatto, cioè, che essi siano tirocini "*formativi* e *di orientamento*". Ciò significa che formazione e orientamento, ancorché in misure variabili, saranno sempre presenti in tali tirocini: un tirocinio essenzialmente formativo si presta anche ad orientare in un certo modo le scelte professionali di chi lo effettua, evidenziando o meno le sue attitudini per lo svolgimento dell'attività connessa al tirocinio; per altro verso, un tirocinio precipuamente di orientamento svolge comunque anche una funzione formativa visto che l'orientamento si realizza mediante un coinvolgimento, per quanto attenuato, nel processo produttivo.

Del resto, tutti i tirocini contemplati dalla normativa statale del 1997/1998 si svolgono nell'ambito di specifici progetti formativi e di orientamento, i quali, non a caso, debbono essere allegati alla convenzione istitutiva. Così come, a conferma della connotazione tipicamente formativa e orientativa dell'esperienza per tutti i tirocini contemplati, è obbligatoriamente prevista la presenza di un tutore quale responsabile didattico-organizzativo dell'esperienza per conto del soggetto promotore e di un responsabile aziendale per conto del soggetto ospitante.

D'altronde, queste più che significative prescrizioni sono state confermate da quelle leggi regionali che in questi anni hanno disciplinato l'istituto in maniera più dettagliata ribadendone non a caso anche il *nomen*.

La connotazione formativa ed orientativa dei tirocini risulta decisiva per comprendere l'essenza dell'istituto e per distinguere la sua *intima natura* dai *vari scopi* per i quali esso può essere utilizzato. *Formazione e orientamento* costituiscono l'imprescindibile patrimonio genetico del tirocinio: sono, per così dire, il suo DNA, in mancanza del quale l'istituto inevitabilmente si snatura. Il che è come dire che le *varie finalità ultime* per le quali si attivano i tirocini – acquisire crediti formativi nei percorsi di istruzione per conseguire un titolo di studio, verificare sul campo le proprie conoscenze teoriche e le proprie attitudini, favorire l'inserimento o il reinserimento nel mondo del lavoro ecc. – lungi dall'oscurare la connotazione formativa e orientativa del tirocinio – inducono a considerare più opportunamente la formazione e l'orientamento come *finalità* che possono assumere un *carattere strumentale* rispetto a vari scopi meritevoli di particolare tutela nell'ordinamento.

In termini più espliciti, un tirocinio che fosse finalizzato in ultima istanza ad uno specifico

inserimento o reinserimento lavorativo ma che non presentasse la necessaria caratterizzazione formativa e orientativa semplicemente non sarebbe un tirocinio ai sensi dell'art. 18 della l. n. 196/1997 ecc. Si tratterebbe di tutt'altro.

6.2.2. I tirocini di reinserimento e di inserimento lavorativo

A questo punto appare più che legittimo chiedersi se l'art. 11, evocando i tirocini formativi e di orientamento "non curriculari", si riferisca anche a quelli promossi a favore di disoccupati e inoccupati da soggetti diversi da quelli preposti alla istruzione o alla formazione (come, ad esempio, i Centri per l'impiego).

Onde evitare che la norma potesse prestarsi a simili interpretazioni (legittimate dal dato letterale), la circolare ha tentato di sganciare sia dalla stessa norma sia dalla categoria concettuale dei tirocini formativi e di orientamento una autonoma tipologia di tirocini: quelli appunto di reinserimento o inserimento lavorativo.

Per quanto comprensibile, tale operazione tuttavia non convince, giacché, fondandosi su di una distinzione artificiosa tra "tirocini formativi di orientamento" e "tirocini di reinserimento/inserimento al lavoro" di cui non v'è traccia nella legge, assegna alla prima espressione una valenza riduttiva che non appare giustificata, per lo meno fino a che il legislatore non si deciderà a chiarire inequivocabilmente la questione.

Né a sostegno della tesi di una presunta autonomia giuridico-concettuale della categoria dei tirocini di reinserimento/inserimento lavorativo può addursi la risposta che il Ministero del lavoro ha recentemente fornito in relazione ad un interpello proposto dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei Consulenti del lavoro (21 settembre 2011, n. 36). In tale occasione, il Ministero ha rilevato come la capacità promozionale dei tirocini formativi e di orientamento che siano finalizzati in ultima istanza all'inserimento lavorativo spetti non solo a quelli già indicati dal d.m. n. 142/1998, ma anche ai soggetti che svolgono attività di "intermediazione" ai sensi dell'art. 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 276/2003. Attività, quest'ultima, consistente nella "mediazione tra domanda e offerta di lavoro, anche in relazione all'inserimento lavorativo dei disabili e dei gruppi di lavoratori svantaggiati, comprensiva tra l'altro… dell'orientamento professionale" e "della progettazione ed erogazione di attività formative finalizzate all'inserimento lavorativo"[963].

Non v'è dubbio che da quest'ultima previsione contenuta nella disciplina del mercato del lavoro del 2003 possa derivare un ampliamento della platea dei soggetti promotori dei tirocini[964], anche se, escluso ogni automatismo, qui la patente di promotore dovrebbe presumibilmente scaturire dall'accreditamento da parte della Regione. Tuttavia, l'eventuale ampliamento della gamma dei promotori non comporta né la creazione di una nuova categoria di tirocini né alcuna ulteriore modificazione dello "statuto" dei tirocini formativi e di orientamento, i quali continuano ad essere definiti e regolati dalle specifiche normative statali e regionali e, quand'anche siano finalizzati al reinserimento o all'inserimento lavorativo, richiedono l'applicazione di tutte le prescrizioni valide per tutti i tirocini formativi e di orientamento. Non a caso, del resto, il d.lgs. n. 276/2003 nulla prevede di diverso al riguardo.

---

[963] Cfr. M.L. VALLAURI, *Art. 2. Le definizioni del D.Lgs. n. 276/2003*, in M. MISCIONE e M. RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Titoli I e II – Artt. 1-19*, in F. CARINCI (coord.), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, p. 75 ss.

[964] V. in tal senso già P. PASCUCCI, Stage *e lavoro*, cit., p. 187 ss.

In altri termini, a prescindere dai vari scopi, non esiste un "tipo" legale – vale a dire una "fattispecie tipica" prevista e disciplinata dal legislatore – di tirocinio formativo e di orientamento diverso da quello introdotto dal legislatore nel 1997/1998 e successivamente valorizzato dalle leggi regionali. Per intendersi, anche i tirocini che l'art. 11, comma 2, della l. 12 marzo 1999, n. 68 richiama a favore dei disabili[965] vanno comunque ricondotti entro il "tipo" di cui all'art. 18 della l. n. 196/1997[966].

Può quindi certamente sostenersi che, alla luce del d.lgs. n. 276/2003, tirocini finalizzati in ultima istanza all'occupazione possano essere promossi dai soggetti legittimati da tale decreto a svolgere attività di intermediazione (purché accreditati dalle Regioni), e ciò sia che si tratti di disoccupati, inoccupati, disabili o svantaggiati. Ma non può sostenersi che in queste ipotesi ci si trovi dinnanzi a tirocini diversi da quelli formativi e di orientamento. Non erano forse quei tirocini già contemplati dal d.m. n. 142/1998, riguardassero essi disoccupati o inoccupati, disabili o svantaggiati?

L'inesistenza di un'autonoma categoria giuridico-concettuale dei tirocini di reinserimento/inserimento lavorativo è per altro verso suffragata anche da un argomento sistematico ricavabile dallo stesso art. 11 del d.l. n. 138/2011. Infatti, quando richiama i "tirocini formativi e di orientamento", il primo periodo del primo comma di tale norma non si riferisce certamente soltanto ai tirocini promossi da istituzioni scolastiche ed universitarie giacché, evocando ai fini della capacità promozionale dei tirocini le normative regionali (o, in loro mancanza, l'art. 18 della l. 196/1997), non può non riferirsi a tutti i tirocini oggetto di tali normative regionali o della normativa statale del 1997/1998.

6.2.3. Una pressoché impossibile interpretazione dell'art. 11

Accantonata l'ipotesi di una presunta autonomia giuridico-concettuale dei tirocini di reinserimento/inserimento lavorativo, ci si potrebbe chiedere se, per tentare di sostenere che i tirocini "non curriculari" richiamati dall'art. 11 non riguardino quelli promossi a favore di disoccupati e inoccupati da soggetti diversi da quelli preposti alla istruzione o alla formazione, si possa provare ad interpretare la norma alla luce della connessione che in essa sembrerebbe affiorare tra i tirocini formativi e di orientamento "non curriculari", il fresco possesso del diploma o della laurea ed il periodo di tempo trascorso dal conseguimento di tali titoli.

Detto altrimenti, si potrebbe ipotizzare che, nonostante un dato letterale assai incerto e senza stravolgere la categoria concettuale dei tirocini formativi e di orientamento, il legislatore abbia inteso riferirsi non già all'intera categoria di questi ultimi là dove non abbiano carattere curriculare (categoria potenzialmente assai ampia), bensì solo a quella più limitata dei tirocini "non curriculari" destinati esclusivamente a soggetti in uscita dai percorsi di istruzione e formazione e quindi promossi da scuole, università e centri di formazione?

A ben guardare, per rivelarsi plausibile, una simile proposta interpretativa dovrebbe misurarsi con il complessivo tenore della norma in esame, la quale, però, nella stessa proposizione, richiama – ai fini dell'esclusione del limite di durata massima – i tirocini per i soggetti disabili e svantaggiati.

---

[965] Su cui cfr. P. BOZZAO, *Il collocamento mirato e le relative convenzioni (artt. 2; 4, 6° comma; 9, 4° e 7° comma; 11, 1°, 2°, 3°, 4° e 7° comma)*, in M. CINELLI e P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Torino, 2000, p. 191 ss.

[966] Ritiene invece ammissibile la distinzione tra tirocini formativi e di orientamento e tirocini di reinserimento e inserimento E. DE FUSCO, *Tirocini formativi: tra i soggetti promotori anche gli intermediari*, in *Guida lav.*, 2011, n. 38 p. 18.

Tale richiamo costituisce un ostacolo pressoché insormontabile, giacché, evocando tirocini non necessariamente relativi a soggetti neo-diplomati e neo-laureati, estende il raggio di azione della norma ben oltre i confini dei tirocini promossi a favore di tali ultimi soggetti. A meno di non pensare – ma si tratterebbe di un'interpretazione davvero astrusa – che il legislatore abbia inteso limitare a 6 mesi la durata massima dei tirocini a favore dei neo-diplomati e dei neo-laureati entro e non oltre 12 mesi dal conseguimento del titolo di studio salvo nei casi in cui tali neo-diplomati e neo-laureati siano disabili o svantaggiati!

6.2.4. Le conseguenze dell'interpretazione letterale del secondo periodo del comma 1 dell'art. 11

Le perplessità sulla portata potenzialmente destrutturante della norma restano quindi consistenti, dovendosi altresì porre il quesito circa la compatibilità della stessa con le specifiche disposizioni regionali.

E il vero problema, come è chiaro, non riguarda tanto la durata massima dei tirocini destinati agli inoccupati e ai disoccupati, che già alla luce del d.m. n. 142/1998 era di 6 mesi, bensì la possibilità di promuovere tirocini per tali soggetti da parte dei promotori diversi da quelli che operano nei sistemi dell'istruzione e della formazione (come i Centri per l'impiego ecc.).

Ma non basta ancora. Perché se si sposa l'interpretazione strettamente letterale secondo cui la norma si rivolge a tutti i tirocini "non curriculari", compresi quelli per inoccupati e disoccupati, per questi ultimi soggetti i Centri per l'impiego e gli altri enti promotori *ex* d.lgs. n. 276/2003 potrebbero promuovere tirocini (non più lunghi di 6 mesi) soltanto ove essi avessero da poco conseguito un diploma o una laurea e, peraltro, non oltre i 12 mesi dal conseguimento del titolo.

A questo punto, però, emergerebbe un ulteriore e ben più grave problema, perché in sostanza si riserverebbe l'agevolazione all'inserimento o al reinserimento nel mondo del lavoro – di cui quei tirocini sarebbero strumento – soltanto ai soggetti forniti di un fresco titolo di studio superiore escludendo irragionevolmente tutti coloro che non lo possiedano o che, pur possedendolo, lo abbiano conseguito da più lungo tempo. Un'esclusione che presenterebbe evidenti profili di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 4 e 35 Cost., forse ancor più nitidi di quelli relativi alla violazione dell'art. 117 Cost. che qualche Regione potrebbe essere tentata di eccepire lamentando la lesione delle proprie competenze legislative.

Ulteriori profili di illegittimità potrebbero poi emergere considerando l'esclusione dei soggetti che abbiano conseguito, tanto per citare altre ipotesi di studi superiori, un master universitario o un dottorato di ricerca.

6.2.5. Un'ipotesi di interpretazione sistematica del secondo periodo del comma 1 dell'art. 11

Come è noto, il giurista deve avere un approccio conservativo nei confronti delle norme di legge: quand'anche riscontri in una norma contraddizioni e infondatezza, prima di invocarne la soppressione o la modificazione deve sforzarsi il più possibile di individuarne una razionalità. Un simile sforzo deve essere peraltro compiuto nel rispetto del fondamentale canone ermeneutico dettato dall'art. 12 delle preleggi, in base al quale "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore".

Se, sul piano strettamente letterale, la norma non sembra lasciare molti margini di interpretazione, potrebbe forse valere la pena tentare di proporne un'interpretazione sistematica per

verificare se, inserendola nel complessivo sistema regolativo dei tirocini, essa possa assumere un senso plausibile che, pur rispettando le presumibili intenzioni innovative del legislatore, tuttavia non destrutturi il sistema.

Con un occhio al dato letterale e l'altro a quello sistematico, sembrerebbe possibile (il condizionale è d'obbligo) intravvedere nel secondo periodo del comma 1 dell'art. 11 due frammenti:

- un primo frammento volto a dettare una regola generale sulla durata massima di tutti i tirocini formativi e di orientamento "non curriculari" (compresi quindi anche quelli per inoccupati e disoccupati), fatti salvi soltanto quelli destinati ai soggetti disabili e svantaggiati: tale frammento della norma sarebbe agevolmente individuabile nella parte in cui essa dispone che "Fatta eccezione per i disabili, gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti e i condannati ammessi a misure alternative di detenzione, i tirocini formativi e di orientamento non curriculari non possono avere una durata superiore a sei mesi, proroghe comprese";

- un secondo frammento della norma finalizzato invece a disciplinare soltanto la possibilità di promuovere – da parte delle scuole, delle università (e dei centri di formazione?)[967] – i tirocini formativi e di orientamento "non curriculari" destinati ai neo-diplomati ed ai neo-laureati: tale frammento della norma andrebbe individuato nella sua parte finale la dove prevede che "… i tirocini formativi e di orientamento non curriculari… possono essere promossi unicamente a favore di neo-diplomati o neo-laureati entro e non oltre dodici mesi dal conseguimento del relativo titolo di studio".

È evidente che, mentre l'interpretazione connessa al primo frammento appare lineare, quella relativa al presunto secondo frammento incontra invece un ostacolo nell'attuale collocazione dell'avverbio "unicamente" che attribuisce alla frase un diverso significato: infatti=l'interpretazione proposta potrebbe avere un senso solo se l'avverbio "unicamente" fosse collocato dopo la parola "neo-laureati", ma così non è. Per altro verso, nel limitare la promozione dei tirocini dei neo-diplomati e dei neo-laureati all'anno successivo al conseguimento del titolo, la norma non individua esplicitamente i promotori di tali tirocini, restando quindi incerto che si tratti soltanto delle scuole, delle università (e dei centri di formazione) e non anche degli altri soggetti promotori come i Centri per l'impiego ecc.

A tali serie critiche si potrebbe tuttavia tentare di replicare più o meno in questi termini.

Come si è visto, l'interpretazione letterale che faccia leva sull'infelice collocazione dell'avverbio "unicamente" conduce a conseguenze aberranti, la più grave delle quali consiste in un'ingiustificata disparità di trattamento a seconda che si abbia o meno un fresco titolo di studio superiore. Attenzione, però, non tutti i titoli di studio, ma solo un diploma o una laurea, cosicché non vi sarebbero tirocini per chi avesse ad esempio conseguito un master universitario o un dottorato di ricerca!

Più in generale, verrebbe meno la possibilità di promuovere tirocini per una platea quanto mai ampia di soggetti, con ripercussioni devastanti in particolare nel campo delle politiche attive del lavoro: sotto questo profilo, pur partendo da un presupposto concettualmente non condivisibile,

---

[967] È infatti assai dubbio che per "neo-diplomati" possano intendersi anche coloro che abbiano conseguito una qualifica professionale al termine di un corso di formazione.

la circolare ministeriale coglie giustamente il vero problema.

Ma, se così fosse, che senso avrebbe la stessa rubrica della norma? Infatti, di quali "livelli di tutela essenziali" parleremmo nel momento in cui, a causa di un avverbio mal posto, venissero meno migliaia di tirocini? Non è certo mediante una drastica ed irrazionale falcidia dei tirocini che se ne garantirebbe una migliore tutela in termini di genuinità e qualità, dovendosi a tal fine intervenire in ben altre direzioni. Certo è possibile che, una volta ridotti drasticamente i tirocini e grazie anche all'avvento della nuova disciplina dell'apprendistato (d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167), si porti finalmente alla luce del sole molto del lavoro sommerso che essi hanno talora celato, ma non sembra comunque ragionevole mutilare gravemente e senza criterio un istituto che possiede grandi potenzialità che meritano di esprimersi.

Insomma, la collocazione di quell'avverbio a quel punto della frase non può non essere che il classico *lapsus calami* o, in altri termini, un "refuso": un refuso capace di stravolgere l'intera disciplina dei tirocini e che meriterebbe quindi di essere fortemente ridimensionato.

Quanto poi al silenzio della norma sui soggetti promotori dei tirocini per i neo-diplomati e neo-laureati, sembra in realtà trattarsi di un falso silenzio. Per rendersene conto è sufficiente considerare che in tutte le discipline dei tirocini finora emanate – sia quelle statali sia quelle regionali – è stata prevista la possibilità di promuovere tirocini per gli studenti che abbiano concluso il ciclo degli studi entro un certo numero di mesi dal conseguimento del titolo. Orbene, nella disciplina vigente è assolutamente scontato che questi "tirocini post-titolo" sono promossi solo dalle istituzioni che quel titolo hanno rilasciato (scuole ecc.) a favore dei propri ex studenti[968].

Pare quindi evidente che il frammento di art. 11 in cui il legislatore riduce a 12 mesi il periodo entro il quale possono essere promossi tirocini di neo-diplomati e neo-laureati non riguarda qualsiasi tirocinio "non curriculare", bensì soltanto quelli "post-titolo" promuovibili per i propri ex studenti da scuole, università (e centri di formazione): gli unici, appunto, in cui il possesso di un titolo di studio possa avere una qualche rilevanza.

Di qui la proposta di una lettura del secondo frammento del secondo periodo del comma 1 dell'art. 11 non già nel senso che "possono essere promossi tirocini non curriculari *unicamente* a favore di neo-diplomati e neo-laureati entro e non oltre 12 mesi dal conseguimento del titolo di studio", bensì nel senso che "ove i tirocini non curriculari siano destinati a neo-diplomati o neo-laureati possono essere promossi da scuole, università (e centri di formazione) *unicamente* entro e non oltre i 12 mesi dal conseguimento del titolo di studio".

Accedendo a questa interpretazione conseguirebbe che, lasciando intatti i precedenti limiti di durata per i tirocini "curriculari" (12 mesi per gli universitari e 4 mesi per gli studenti di scuole secondarie), per i tirocini dei disabili (24 mesi) e per i tirocini degli svantaggiati (anche se non tutti) (12 mesi), l'art. 11 ricondurrebbe entro la durata massima di 6 mesi (già prevista in precedenza per varie categorie di tirocini, tra cui quelli per inoccupati e disoccupati) tutti gli altri tirocini formativi e di orientamento "non curriculari" promossi a favore di studenti frequentanti corsi di

[968] Ferma restando ovviamente la possibilità che gli stessi soggetti titolati effettuino altri tirocini, promossi ad esempio dai Centri per l'impiego non già in qualità di ex studenti, ma di inoccupati o disoccupati. Ma è chiaro che si tratta di situazioni diverse tra loro.

studio, di neo-diplomati e di neo-laureati, o di altri soggetti beneficiari dei tirocini, senza peraltro limitare altrimenti la promozione dei tirocini medesimi, fatta salva, nel caso dei tirocini per neo-diplomati e neo-laureati promossi da scuole ed università, la riduzione del periodo entro cui è lecita la promozione da 18 a 12 mesi dal conseguimento del titolo di studio[969].

Non era forse questa la vera intenzione del legislatore?

Vero è che anche così qualche discrepanza resterebbe. Ad esempio, nel caso degli altri tirocini "non curriculari" promossi dalle università a favore di chi abbia conseguito il dottorato di ricerca, una specializzazione o un master universitario, la durata del tirocinio si ridurrebbe a 6 mesi, mentre il periodo entro il quale lo si potrebbe promuovere resterebbe di 18 mesi dal conseguimento del titolo, essendo arduo ritenere che nella nozione di "neo-diplomato" di cui all'art. 11 rientrino anche i soggetti che abbiano conseguito questi titoli.

Del resto non è chiaro se la stessa nozione di "neo-diplomato" sia attagliabile anche a chi abbia conseguito una qualifica professionale al termine di un corso di formazione professionale, per il quale, se così non fosse, stando al d.m. n. 142/1998 (art. 7, comma 1, lett. *c*), sarebbe promuovibile un tirocinio entro 18 mesi dal termine degli studi.

7. Oltre l'art. 11

Certo è che, al di là della permanenza delle discrepanze appena menzionate, l'ipotesi interpretativa appena avanzata tenderebbe ad attribuire maggiore razionalità alla previsione normativa.

Ovviamente, come qualsiasi proposta interpretativa dottrinale, essa vale per quello che vale. Nessuno può nascondersi i rischi insiti in una simile rilettura sistematica dell'art. 11, la quale impone di ridimensionare considerevolmente il tenore letterale della norma in omaggio alla sua correlazione sistemica con le altre disposizioni che disciplinano i tirocini.

Un qualche conforto potrebbe forse trarsi dal fatto che spesso la giurisprudenza, onde applicare razionalmente una discutibile disposizione di legge, ne accredita una lettura diversa da quella che emerge testualmente. Senonché, resterebbero pur sempre ampi margini di incertezza per vicende analoghe, non esistendo nel nostro ordinamento il vincolo del precedente.

In ogni caso, anche ammesso, e non concesso, che si potessero così sistemare i problemi interpretativi posti dall'art. 11, rimarrebbero poi sul tappeto tutte le altre questioni sui tirocini evocate all'inizio, non certo risolte dall'art. 11, ma per certi versi semmai da questo amplificate.

Al di là dei suoi esiti, a me pare quindi che il dibattito sorto sull'art. 11 possa e debba costituire l'occasione per avviare finalmente quel confronto costruttivo sui tirocini che tutti auspicano e che da troppo tempo si sta rinviando.

In tal senso si pone l'ordine del giorno 9/4612/105 approvato dalla Camera dei Deputati il 14 settembre scorso che impegna il Governo a promuovere un'intesa complessiva con le Regioni in sede di Conferenza Stato-Regioni, in omaggio al principio di leale collaborazione, per individuare i livelli essenziali di tutela in materia dei tirocini formativi e di orientamento, secondo criteri che

---

[969] Resta ovviamente fermo che le istituzioni scolastiche ed universitarie (nonché i centri di formazione) legittimate a promuovere i tirocini post-titolo sono soltanto quelle che possono promuovere tirocini formativi e di orientamento secondo la disciplina vigente in quanto rientranti tra i soggetti promotori riconosciuti come tali dalle discipline regionali o dal d.m. n. 142/1998.

valorizzino il percorso formativo e di orientamento al lavoro del tirocinante, e impediscano un uso distorto e abusivo dello strumento dei tirocini. Tale ordine del giorno impegna inoltre il Governo a promuovere, ferma restando la piena autonomia regionale in materia, la diffusione di buone pratiche adottate da alcune legislazioni regionali per l'adozione di tirocini.

Anche alla luce di quanto contenuto nel citato ordine del giorno, pare opportuno tentare in conclusione di individuare i punti salienti dell'agenda di un confronto franco e sereno tra Stato, Regioni e parti sociali che si auspica possa avviarsi quanto prima.

Tuttavia, un simile confronto potrebbe avviarsi probabilmente con ben altra serenità se il Governo facesse prima di tutto assoluta chiarezza sull'art. 11, eliminandone gli elementi di destrutturazione del sistema. Un'assoluta chiarezza che solo la legge è in grado di fornire e che, a ben guardare, potrebbe farsi anche mediante una norma di decreto-legge – ricorrendo senz'altro i presupposti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 Cost. – finalizzata, se non ad eliminarla, almeno a modificare la norma in esame, o a fornirne un'interpretazione autentica, più o meno in un senso simile a quello poc'anzi proposto, superando anche le discrepanze a cui dà luogo.

8. L'agenda del confronto sui tirocini: i livelli essenziali di tutela

È più che evidente come, in materia di tirocini formativi e di orientamento, l'individuazione dei livelli essenziali di tutela risulti quanto mai complessa a causa dell'intreccio di molteplici elementi che incidono ad un tempo sia sulla *genuinità* sia sulla *qualità* dei tirocini: questioni, queste ultime due, che, per il vero, rischiano di configurarsi come le due facce di una stessa medaglia dal momento che se un tirocinio non genuino è sicuramente un'esperienza priva di qualità, un tirocinio qualitativamente scarso rasenta spesso i confini della genuinità dell'esperienza.

La labilità e l'incertezza dei limiti tra ciò che attiene alla competenza esclusiva del legislatore statale e quanto spetta ai legislatori regionali induce quindi a considerare lungimirante l'ordine del giorno approvato dalla Camera dei Deputati il 14 settembre scorso là dove indica la necessità di un'intesa interistituzionale tra Stato e Regioni.

Nel quadro di una simile intesa, ben potranno e dovranno poi svolgersi i ruoli dei diversi legislatori, potendosi in buona sostanza ritenere che se a quello statale compete soltanto la definizione delle *essenziali regole atte a distinguere* i tirocini formativi e di orientamento dai rapporti di lavoro ed a quelli regionali la disciplina di tutto ciò che attiene ai *contenuti ed alle modalità della formazione* oggetto dei tirocini, ben potranno manifestarsi forme di *integrazione* tra le diverse fonti in relazione a quegli aspetti in cui il piano della genuinità si interseca con quello della qualità.

8.1. La definizione e le finalità

Ad ogni buon conto, se per "livelli essenziali di tutela" si intendono i requisiti indefettibili per garantire la genuinità dei tirocini[970] e la tutela dei tirocinanti in modo omogeneo in tutto il Paese, in primo luogo occorre una chiara e precisa definizione di che cosa si intenda per tirocinio formativo e di orientamento nonché delle finalità per le quali può essere effettuato.

---

[970] Sulla necessità di una disciplina statale dei tirocini in considerazione della loro differenza dai rapporti di lavoro cfr. P.A. VARESI, *Regioni e politiche attive del lavoro dopo la riforma costituzionale*, in *Lav. pubb. amm.*, 2002, supplemento al fascicolo 1, p. 121 ss.; v. anche A. LASSANDARI, *La disciplina del mercato del lavoro nel nuovo sistema costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 281 ss.

8.2. La capacità promozionale

Un altro aspetto da considerare nell'ambito dei livelli essenziali di tutela riguarda il riconoscimento della capacità promozionale, rispetto alla quale potrebbero considerarsi come livelli essenziali di tutela:

- il fatto di operare istituzionalmente, mediante legittimazione *iure proprio* o previa autorizzazione/accreditamento, nell'ambito di aree operative predeterminate dalla legge statale[971], fermo restando il requisito dell'assenza di scopo di lucro per l'attività promozionale;

- la sussistenza di un diretto interesse del promotore per il tirocinante, potendosi attivare tirocini solo a favore dei soggetti di cui il promotore si occupi istituzionalmente nell'esercizio della propria attività.

8.3. La convenzione

Tra i livelli essenziali di tutela dovrebbe campeggiare la conferma e la valorizzazione della convenzione tra promotore ed ospitante a monte del tirocinio, quale *strumento negoziale di "mediazione formativa"*, che, per le peculiari finalità dei tirocini, nonostante la sua natura di negozio privatistico, tende a perseguire un interesse pubblico, rappresentando l'unico strumento in grado di scongiurare i rischi insiti in rapporti instaurati direttamente tra il soggetto da formare ed il datore di lavoro ospitante.

8.4. I diritti e i doveri delle parti

Con riferimento sia ai livelli essenziali di tutela sia ai profili dei rapporti intersoggettivi scaturenti dalla convenzione, anch'essi riconducibili alla competenza legislativa statale in quanto pertinenti all'ordinamento civile (art. 117, comma 2, lett. *l*, Cost.), occorre prevedere uno statuto generale di base dei diritti e dei doveri di tutte le parti, che quindi valga per i rapporti tra promotore ed ospitante, tra promotore e tirocinante (tuttora totalmente misconosciuto), nonché per quelli tra ospitante e tirocinante, qui dovendosi colmare le varie lacune di tutela che ancora oggi permangono nella legislazione (si pensi in particolare alle ipotesi di sospensione dell'esperienza).

8.5. La salute e la sicurezza dei tirocinanti

Particolare attenzione merita il tema della salute e sicurezza del tirocinante che va trattato:

- confermando gli obblighi assicurativi antinfortunistici (oltre a quelli per la responsabilità civile),

- ed integrando quanto già previsto dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (il cui art. 2 equipara il tirocinante ai lavoratori e grava il soggetto ospitante delle posizioni di garanzia in materia di prevenzione e protezione) con la previsione di un ruolo preparatorio (informazione di base ecc.) in capo al promotore, nonché con la previsione dell'obbligo dell'ospitante di trasmettere al promotore, all'atto della stipulazione della convenzione, una dichiarazione sull'effettuazione della valutazione dei rischi che tenga conto anche del tirocinio in oggetto (secondo i nuovi dettami dell'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008), a pena di nullità della convenzione.

---

[971] Istruzione scolastica ed universitaria, formazione e orientamento professionale, servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro, inserimento di soggetti svantaggiati, sostegno a soggetti disabili, intermediazione e supporto alla ricollocazione professionale (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003).

8.6. Il progetto formativo e di orientamento

Di assoluta importanza è la conferma della necessità e la valorizzazione dell'importanza del progetto formativo e di orientamento, che oggi è troppo spesso poco più di un mero "pezzo di carta".

8.7. I limiti alla capacità di ospitare tirocini

Per quanto riguarda i soggetti ospitanti, i livelli essenziali di tutela dovrebbero riguardare soprattutto i limiti alla capacità di ospitare, da individuare alla luce del consolidato principio del contingentamento quantitativo dei tirocinanti in relazione ai numero dei lavoratori: peraltro, non si dovrebbe trascurare di tenere in debito conto quelle ipotesi in cui, per particolari attività, le aziende si avvalgano frequentemente di lavoratori a termine, così come si dovrebbe valutare eventualmente l'opportunità di prevedere, identificando casi e modi, la possibilità di effettuare tirocini presso imprenditori o professionisti privi di lavoratori.

Poiché i tirocini non costituiscono rapporti di lavoro, potrebbe essere invece discutibile prevedere limiti alla capacità di ospitare tirocinanti ricalcati sulla falsariga di quelle disposizioni dell'ordinamento lavoristico che precludono l'instaurazione di certi rapporti di lavoro ove siano state effettuate riduzioni di personale. Del pari, l'ontologica differenza tra tirocinio e rapporto di lavoro rende superfluo il divieto di ospitare tirocini per sostituire surrettiziamente lavoratori comunque assenti, per evitare di stipulare contratti a termine nei periodi di picco delle attività, o per ricoprire ruoli necessari all'organizzazione aziendale.

Assai opportuna e pertinente potrebbe invece essere la previsione del divieto di stipulazione di convenzioni con i datori di lavoro responsabili di gravi e reiterate violazioni in materia di salute e sicurezza dei lavoratori.

8.8. I requisiti per i tirocinanti

I livelli essenziali di tutela dovrebbero poi riguardare anche la capacità di svolgere i tirocini, fissando i requisiti dell'età minima (16 anni), dell'assolvimento dell'obbligo scolastico e della cittadinanza di un Paese appartenente all'Unione europea o di un Paese diverso (in possesso degli specifici requisiti per i tirocini degli extracomunitari).

8.9. I limiti all'applicazione produttiva

Un ulteriore aspetto legato ai livelli essenziali di tutela attiene ai limiti apponibili alle attività di tirocinio al fine di concretizzare il principio secondo cui il tirocinio consiste in un'attività formativa non finalizzata a fini produttivi, ma che si realizza comunque mediante un'applicazione formativa sul lavoro. A tale proposito, innanzitutto occorre che il legislatore statale – giacché solo a lui può spettare tale compito – ribadisca che i tirocini formativi e di orientamento conformi alla disciplina statale e regionale non costituiscono rapporti di lavoro.

Occorre poi valutare l'opportunità di eventuali divieti o limiti:

- da un lato, per i tirocini aventi ad oggetto attività elementari e/o ripetitive, senza tuttavia sottovalutare che i tirocini hanno anche la finalità di favorire la contestualizzazione "in situazione" del tirocinante e, purché di breve durata, potrebbero rivelarsi utili in tal senso anche se riguardanti attività di modesta entità;

- da un altro lato, per i tirocini destinati a soggetti che abbiano maturato esperienze lavorative nel campo oggetto del tirocinio.

8.10. La durata

Sempre nell'ambito dei livelli essenziali di tutela si colloca l'individuazione a livello generale di limiti minimi e massimi di durata di tutte le iniziative, con particolari previsioni per disabili e svantaggiati, disponendosi inoltre in merito alla prorogabilità del tirocinio ed alla sua reiterabilità fra lo stesso tirocinante e lo stesso ospitante.

8.11. Il sussidio

Occorre valutare se prevedere come eventuale o come obbligatoria la concessione da parte del soggetto ospitante di un sussidio al tirocinante, da inquadrare comunque solo in termini di rimborso spese o, al più, di borsa di studio e mai come retribuzione. Alle ragioni che si adducono a favore di un obbligo legale (scongiurare che il tirocinio divenga uno strumento solo per i più abbienti) possono contrapporsi quelle che evidenziano il rischio che un compenso obbligatorio costituisca un alibi per ridurre o annullare la portata formativa del tirocinio e di essere interpretato come un indiretto riconoscimento delle sue finalità produttive.

8.12. La previdenza e gli *stages* all'estero

Tra i livelli essenziali di tutela rientra anche la delicata questione del riscontro previdenziale dei periodi di tirocinio, così come quella del pieno riconoscimento in tutto il territorio nazionale dei tirocini effettuati all'estero.

8.13. Le violazioni e le sanzioni

Da ultima, come in ogni sistema regolativo che si rispetti, vi è la questione della previsione di un apparato sanzionatorio per presidiare efficacemente i vari principi. Tale questione non riguarda solo le conseguenze della simulazione del tirocinio, ma anche tutte le possibili violazioni dei vari precetti del sistema. Fra i livelli essenziali di tutela dovrebbero quindi campeggiare anche le conseguenze per le violazioni delle convenzioni e per le inosservanze dei vari obblighi in campo, che oggi possono al più rintracciarsi solo mediante interpretazioni di alcuni principi generali dell'ordinamento.

A proposito delle conseguenze della simulazione, la circolare del settembre scorso ha tra l'altro precisato che ove il personale ispettivo riscontri che un tirocinio attivato dopo l'entrata in vigore dell'art. 11 non sia conforme a tale disposizione (ma interpretata secondo la circolare?) ed alla normativa regionale[972], o che un tirocinio attivato in precedenza non sia conforme alla disciplina

[972] Che accadrebbe nel caso in cui la norma regionale prevedesse regole diverse da quelle dell'art. 11? È il caso, ad esempio, del Regolamento di attuazione della l.r. 18 novembre 2009, n. 14 della Campania (decreto del Presidente della giunta regionale n. 89 del 2 aprile 2010), il quale prevede che le Università possono promuovere tirocini anche nei 24 mesi successivi al conseguimento dei titoli accademici (art. 25) nonché una durata massima dei tirocini di 12 mesi (art. 26). Ove si ritenga che i precetti dell'art. 11 rivestano i caratteri di livelli essenziali di tutela se ne dovrebbe dedurre la disapplicazione delle differenti regole regionali, ma anche quest'ultimo aspetto conferma l'opportunità di un complessivo intervento di razionalizzazione e sistemazione dell'intera disciplina concertato tra tutti i soggetti competenti (Stato e Regioni, ma anche parti sociali).

applicabile (regionale e/o statale), dovrà "procedere a riqualificare il rapporto come di natura subordinata con relativa applicazione delle sanzioni amministrative applicabili in tale ipotesi"[973].

È ovvio peraltro che la "sanzione" della riqualificazione del tirocinio simulato nei termini del rapporto di lavoro dissimulato presuppone che si siano nei fatti concretizzati gli elementi tipici del lavoro subordinato, in mancanza dei quali l'esperienza, anche ove diverga per alcuni aspetti dalla disciplina tipica, potrebbe eventualmente essere ricondotta in altri schemi giuridici[974].

9. Gli ambiti di intervento delle Regioni

Senza alcuna pretesa di completezza, possono qui ricordarsi alcuni possibili ambiti di intervento spettanti alla legislazione regionale, soprattutto nell'ottica di qualificare le esperienze.

9.1. L'individuazione dei promotori

L'individuazione in concreto dei soggetti promotori (compresi quelli che tali potrebbero essere grazie all'accreditamento) da parte delle leggi regionali dovrebbe tenere conto dell'esigenza che l'attività promozionale sia svolta in modo attivo-propositivo e non meramente burocratico: il che può realizzarsi ad esempio:

- analizzando i bisogni dell'aspirante tirocinante;

- favorendo l'incontro tra il tirocinante e il soggetto ospitante;

- valutando l'idoneità formativa dell'azienda ospitante;

- partecipando attivamente alla predisposizione del progetto formativo;

- monitorando l'esperienza durante il suo svolgimento ed alla sua conclusione,

- investendo sulla formazione dei tutor dei promotori.

9.2. Il progetto formativo, la formazione ed il tutorato

Spetta alle Regioni disciplinare i contenuti dei progetti formativi e di orientamento, garantendo che, diversamente da quanto oggi spesso accade, essi vengano specificamente individualizzati in ragione delle esigenze di ogni singolo tirocinio ancorché entro un contesto di principi generali finalizzati alla qualificazione dell'esperienza.
Altri evidenti ambiti di competenza regionale sono la disciplina delle modalità, dei contenuti e della qualità della formazione (la quale, non costituendo il tirocinio un rapporto di lavoro, non pertiene all'ordinamento civile come potrebbe accadere in un contratto di lavoro con finalità formative) e la disciplina del tutorato.

---

[973] "… disponendo al recupero dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi così omessi. Inoltre gli ispettori adotteranno la diffida accertativa *ex* art. 12 del d.lgs. n. 124/2004 onde consentire al lavoratore di recuperare in ogni caso il credito retributivo maturato a fronte dell'utilizzo abusivo o fraudolento del tirocinio".

[974] È evidente come l'inosservanza delle varie regole poste a presidio della genuinità e qualità del tirocinio (convenzione, progetto formativo, tutorato ecc.) costituiscano un indizio significativo dell'esistenza di una simulazione. Nondimeno, sebbene non caldeggiati dal legislatore e pur presentando notevoli rischi per chi li metta in campo, non bisognerebbe dimenticare che i cosiddetti tirocini atipici sono almeno in astratto ammissibili purché meritevoli di tutela nell'ordinamento, come del resto ha sostenuto qualche anno fa anche lo stesso Ministero del lavoro rispondendo ad un interpello dell'Università di Macerata (interpello del 2 aprile 2010, n. 7). Sul punto v. *amplius* P. PASCUCCI, Stage *e lavoro*, cit., p. 174 ss.

9.3. Gli ospitanti

Provvedendo ad individuare concretamente i soggetti ospitanti nel rispetto dei citati limiti evidenziati dalla legge statale, le leggi regionali potrebbero/dovrebbero introdurre criteri di priorità nella scelta degli ospitanti connessi ad elementi di garanzia qualitativa (ad esempio privilegiando quelle aziende che abbiano intrapreso percorsi formativi per apprendere a formare "in situazione", o che abbiano attuato percorsi formativi per i tutor aziendali). Inoltre le leggi regionali dovrebbero prevedere meccanismi di incentivazione per le aziende in caso di tirocini a cui segua l'assunzione.

9.4. I tirocinanti

Le leggi regionali potrebbero individuare criteri di priorità per attivare e sostenere le iniziative, che tengano conto anche delle condizioni di particolare debolezza o svantaggio di determinate categorie di soggetti con particolare riguardo al mercato del lavoro territoriale. Spetta alle leggi regionali prevedere sostegni economici ed agevolazioni per i tirocinanti.

9.5. La durata

Nel rispetto dei tetti fissati a livello statale, le leggi regionali possono elaborare e definire criteri più puntuali relativi alla durata dei tirocini (da declinare poi in dettaglio nelle convenzioni) che garantiscano pari opportunità ai beneficiari appartenenti ad una stessa categoria e che permettano altresì di individuare l'opportunità e le modalità della ripetizione delle esperienze preferibilmente presso soggetti ospitanti diversi.

9.6. La valutazione e le sanzioni

Nello stabilire i criteri per il riconoscimento delle esperienze in termini di crediti formativi, le leggi regionali dovrebbero prestare particolare attenzione alla qualità delle attività svolte, verificando se il tirocinio sia stato effettuato nel rispetto degli standard di qualità fissati dalle stesse Regioni. Poiché le eventuali violazioni della disciplina non si esauriscono nelle ipotesi in cui il tirocinio venga fraudolentemente utilizzato per mascherare un rapporto di lavoro (nel qual caso vige la competenza degli organi ispettivi ministeriali), le leggi regionali dovrebbero prevedere un apparato sanzionatorio che colpisca tutte le violazioni che minino i requisiti di qualità dei tirocini e che si avvalga di misure che incidano provvisoriamente (sospensione) o definitivamente (disconoscimento) sulla capacità promozionale e su quella ad ospitare o sull'erogazione delle eventuali agevolazioni ed incentivi. A tal fine le Regioni dovrebbero avvalersi di propri organismi di vigilanza che, peraltro, sarebbero pienamente legittimati in virtù del principio affermato dalla Corte costituzionale secondo il quale la competenza relativa alle funzioni amministrative di vigilanza "segue" quella delle materie alle quali esse si riferiscono[975].

---

[975] V. Corte cost., 11 ottobre 2005, n. 384, in *Gazz. uff.* del 19 ottobre 2005, là dove la Corte, dopo aver ricordato il principio più volte da essa stessa affermato secondo cui la regolamentazione delle sanzioni spetta al soggetto nella cui sfera di competenza rientra la disciplina della materia la cui inosservanza costituisce l'atto sanzionabile (Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 60, in *Gazz. uff.* del 24 febbraio 1993; 12 febbraio 1996, n. 28, in *Gazz. uff.* del 21 febbraio 1996; 19 dicembre 2003, n. 361, in *Gazz. uff.* del 24 dicembre 2003; 13 gennaio 2004, n. 12, in *Gazz. uff.* del 21 gennaio 2004), rileva come la regolamentazione delle sanzioni sia finalizzata al rispetto di una normativa dalla quale, ai fini del riparto di competenza legislativa, riceve la propria connotazione. Quanto alla vigilanza, essa "spesso è la fonte dell'individuazione di fattispecie sanzionabili o comunque di carenze che richiedono interventi anche non

10. Conclusione

I tumultuosi eventi finanziari e politici di questi ultimi giorni, che hanno portato alle dimissioni del Governo presieduto dall'on. BERLUSCONI ed alla costituzione di un nuovo esecutivo presieduto dal sen. MONTI, non possono oscurare un ulteriore aspetto legato alla riconsiderazione della disciplina dei tirocini.

Come è noto, l'art. 22, comma 1, della l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012) ha previsto sgravi contributivi per i contratti di apprendistato stipulati con datori di lavoro che occupano fino a 9 addetti. È altrettanto noto che tale provvedimento costituisce l'attuazione dell'impegno – assunto dal Governo nella famosa lettera di intenti inviata lo scorso 26 ottobre all'Unione europea per garantire la crescita del Paese – ad approvare entro il 2011 interventi rivolti a favorire l'occupazione giovanile e femminile attraverso la promozione di contratti di apprendistato "contrastando le forme improprie di lavoro dei giovani".

Da queste ultime parole della celebre lettera si è indotti a ritenere che la completa attuazione di quell'impegno richieda ora un'attenta riflessione anche sul piano dei tirocini, in perfetta coerenza con quanto previsto nell'Intesa del 27 ottobre 2010 e nell'ordine del giorno della Camera del 14 settembre 2011.

È auspicabile che, nonostante le gravi emergenze con cui deve misurarsi, il nuovo Governo riassuma gli impegni di quello che lo ha preceduto e attivi finalmente il tavolo comune per dar vita ad una regolamentazione sistemica dei tirocini formativi e di orientamento realmente finalizzata ad una loro adeguata valorizzazione.

L'avveramento di questa ipotesi dipende essenzialmente da volontà ed equilibri politici, sui quali, ovviamente, il giurista del lavoro non può far altro che tacere.

---

sanzionatori diretti comunque ad assicurare il rispetto di una determinata disciplina; anch'essa dunque è strumentale rispetto a quest'ultima. Ne discende che non è possibile determinare la competenza a regolare un'attività di vigilanza indipendentemente dalla individuazione della materia cui essa si riferisce". Per alcune interessanti indicazioni su questi aspetti, con particolare riferimento alla disciplina regionale dei tirocini, ringrazio il dott. S. VERGARI, Dirigente del Servizio lavoro della Provincia autonoma di Trento.

Agency Work in Italy*

Maria Teresa Carinci

1. The Italian Legal Evolution of Agency Work and the Protected Interests. 362

2. The Actual Legal Framework. Professional Agency Work and the Posting of Workers as Exemptions to the General Prohibition of Labour Supply; the Sanctions (Civil, Criminal, Administrative) in case of Illicit Agency Work. 365

3. Professional Agency Work. The Trilateral Structure and the *ex lege* Ascription of the Power of Direction upon the End User. 365

4. Mainly; Agency Work Contract and its Object. The Distinction Between Agency Work and Contract for Provision of Services. 366

5. Is the Agency Worker an Employee, According to Article 2094 of Italian Civil Code? 367

6. The Positive and Negative Limits of the Licit Agency Work. 368

7. Requirements of Form and Content in the Agency Work Contract. 370

8. The rules for Agency Workers. 370

9. Contractual Clauses About the Restriction of the End User's Prerogative to Hire the Agency Worker. 372

10. Collective Protections. 373

11. Liberalization of Agency Work and Increase Occupancy. Statistical Data. 374

12. Is the Italian Regulation Consistent with the EU Directive of 2008? 378

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 136/2011

1. The Italian Legal Evolution of Agency Work and the Protected Interests.

While the socio-economic phenomenon of labour supply dates back to the beginning of the Industrial Revolution, its legal regulation is quite recent.

1a) In Italy, the first legal regulation of labour supply is provided by Article 2127 of the Italian Civil Code of 1942. Article 2127 forbids a particular form of labour supply, the so-called "cottimo collettivo autonomo" (collective piecework), which is the situation in which an intermediary employee hires a group of workers, who are then supplied to his/her employer in order to perform a particular task.

Following this, Law no. 1369/1960 extends this prohibition to all the forms of labour supply, thereby implicitly repealing Article 2127.

The prohibition of labour supply introduced by Law no.1369/1960 represents a general and absolute prohibition, which bound all the economic actors (entrepreneurs, non-entrepreneurs, private and public actors) and provided tough criminal and civil sanctions for any breach.

Why did the Italian Legislator introduce this absolute and general prohibition in 1960? Because, the Italian Legislator regards labour supply as something that does not pursue any relevant interest. On one hand, it is used by the contracting parties (the labour supplier and the user firm) in order to make profit from the work and to save in labour costs, but to the detriment of employees, on the other.

Following a parliamentary inquiry (Commissione Rubinacci, 1959), it was established that the user firm asked for labour supply with the main aim of saving on overall labour costs i.e. by using workers who are paid less than the workers directly employed by them, or by avoiding their responsibility of adopting adequate health and safety measures with regard to these supplied workers.

The labour supplier often neglected to offer any collective agreement to his/her employees or would perhaps offer a collective agreement less favourable than the one applied by the user firm, in order to make profit.

Moreover, in several cases, the labour supplier did not rely on an economic and patrimonial structure. A 'corporal' who is often unable to bear the enterprise and the labour risks.

In this context, it is possible to argue that in this particular historical period, labour supply was totally unprotected from a legal point of view. For this reason, it was radically prohibited.

1b) Subsequently, the first exemption to the general and absolute prohibition of labour supply was then introduced by Italian Judges. By this, I am referring to the so-called "posting of workers"

By extending a legal tool to the private sector which had only been regulated in the public sector, Italian judges held that, in certain cases, a firm is allowed to supply employees to another firm.

This can only occur under the following conditions:

a) The provider has to be a "real" entrepreneur and not a "fake" or "artificial" one; in other words, the labour supplier has to rely on an economic organization of labour and other means of production;

b) The provider must have a specific interest in temporarily allocating the employee i.e. to provide work to a third party;

c) The worker's post must be temporary.

In particular, Italian judges enhanced the element of the interest of the provider to post the worker. This interest is not merely an economic interest, but a technical-organizational interest. In fact, Italian judges always identify this interest in the context of the group of companies, whenever the holding sends its managers to the controlled company in order to achieve the technical-organizational interest to re-organize or direct it.

In this way, Italian judges became aware of the fact that the posting of employees can play a useful role and can be used not only for goals contrary to the Italian legal system (such as making profit from the employees of another employer). To be sure, the judicial creation of the posted worker was not consistent with the legal system, since the prohibition provided by the Law of 1960 was general and absolute and did not admit any exemption. However, the case of the posted worker shows that something is changing; it shows that in some cases the risk for workers, which is deeply considered by the Law no. 1369/1960, does not exist. Broadly speaking, Italian judges think that the prohibition can be overcome whenever, in the specific case, there are no risks for the workers involved.

1c) Notwithstanding, the Italian legal framework radically changes with the enactment of the Treu Law (Law no. 196/1997).

After a long and multifaceted debate, in 1996 the Italian Legislator then introduced "temporary agency work" or the agency work. However, this legal regulation does not overcome the general prohibition of labour supply.

In fact, this prohibition continues to exist and temporary agency work, surrounded by several restraints, is regarded as an exemption.

The Law of 1996 states that the agency work can be carried out only by economic actors provided with a specific licence of the Minister of Labour and with specific requirements (patrimonial, professional and so on). At the same time, it states that the agency work can be admitted *only* in specific cases (A "No, but" Country versus a "Yes, unless" Country, such as the UK).

In fact, Law no. 196/1997 permits only temporary agency work, whereas long-term agency work or the staff leasing is radically excluded.

Insofar as the temporary agency work is regarded as an exemption, every formal or substantial irregularity leads to the application of the sanctions (civil and criminal) provided by the Law 1369/1960 for the breach of the general prohibition of labour supply, which still remains in the background.

The requirements and precautions provided by the Treu Law are mainly set to avoid patrimonial and personal risks for agency workers on the one hand, (this goal is achieved by requiring the agencies to be solvent and reliable; by providing the principle of equality of treatment between the agency workers and the end-user's employees as well as a dual liability, or solidarity, upon both the agency and the end user). On the other hand, the Law serves as an incentive to the hiring of the worker by the end user. The latter goal represents the main rationale behind the introduction of temporary agency work in Italy. It is basically achieved by excluding long-term agency

work; i.e. if the end user has a long-term exigency to use agency workers, then it has to enter into a direct employment agreement with them.

Therefore, according to the Treu Law, the radical and general prohibition of labour supply can be overcome (although within certain limits) in the light of the general public interest to increase employment.

However, it is worth noting that the Law is not intended to increase any form of employment. The goal is to increase occupancy by increasing the number of employment contracts of indeterminate duration the end user enters into.

1d) The last phase of the legal evolution of agency work in Italy is represented by the Biagi Law (Law no. 276/2003).

The Legislative Decree 276/2003 repeals the former regulation (Law 1369/1960 and Law 196/1997) and provides a new regulation which serves to achieve different aims, although without abandoning the former legal asset as a whole.

On the one hand, the supply of labour is not generally admitted; rather the legislator admits particular forms of labour supply (the professional agency work and the posting of the worker) which are regarded as exemptions to the general prohibition of labour supply.

This legal framework aims to protect the right to wages and other personal rights of the agency worker, by requiring the work agency to have particular requirements and the agency contract to have a particular content. However, in the meantime, the idea that agency work has to be temporary – an idea which represented the main feature of the former legal asset – is abandoned.

Firstly, besides the fixed term agency work, the long-term agency work or staff leasing is also regulated.

Secondly, temporary agency work can be used only when the end user has a specific technical-organizational interest (though not necessarily a temporary interest), whereas the extension of the deadline or the reiteration of the temporary agency contract is not restrained.

These legal provisions show that the main aim of the Italian Legislator of 2003 is no longer to act as an incentive to the end user to enter into a direct employment agreement with the agency worker.

Insofar as agency work can be without time limits, both in the case of long-term agency work or of fixed term agency work (that can be continuously extended or reiterated), the goal of the Biagi Law appears to be the increasing of agency work in itself. The basic idea is that agency work, despite its double precariousness (the agency worker is in most cases a fixed term agency worker who, in the meantime, works for a dual employer, a formal and a substantial employer), is nonetheless better than unemployment.

The main aim is then to create employment, but not to create a stable employment with the end-user. To increase the percentage of workers employed in the agency work sector is enough.

In this context, it is worth investigating whether, after 2003, the number of agency workers has effectively increased (*see* para. 7).

2. The Actual Legal Framework. Professional Agency Work and the Posting of Workers as Exemptions to the General Prohibition of Labour Supply; the Sanctions (Civil, Criminal, Administrative) in case of Illicit Agency Work.

As said above, within the Biagi Law' framework, professional agency work (as well as the posting of the worker, which is not considered a this point) continues to be regarded as an exemption to the general prohibition of labour supply.

The prohibition of labour supply is still present on the basis of the following arguments.

a) Professional agency work (Articles 20-28 Legislative Decree 276/2003, Biagi Law) can be carried out only by economic actors who have been provided with a specific licence by the Minister of Labour. The licence is different in that the agency is entitled to fixed term agency work or to staff leasing[976].

b) Whenever agency work is carried out in breach of the legal requirements and legal restrictions, specific civil (article 27, 29 Legislative Decree 276/2003), criminal (Articles 18,28 Legislative Decree 276/2003) and administrative (Article 18, Legislative Decree 276/2003) sanctions shall be applied[977].

Therefore, it is clear that outside the strict boundaries of the exemption, the general prohibition and the relative sanctions continue to be applied.

The civil, criminal and administrative sanctions do not have the same objective field of application. The toughest sanction is the civil sanction, that represents the most relevant deterrent to the use of illicit forms of labour supply.

The civil sanction is nowadays provided by Article 27, Legislative Decree 276/2003, named "irregular agency work". It is the same sanction provided by Law no. 1369/1960.

In other words, the Legislator states that the employee (only the employee) is entitled to ask for a legal employment relationship with the end-user to be implied from the beginning of the illicit form of labour supply.

Clearly, due to this sanction, the legal system achieves a result that the contracting parties did not want to achieve; mainly, the establishment of the employment contract between the agency worker and the end user. The result being that the end user will employ one new employee as a consequence of the illicit labour supply.

3. Professional Agency Work. The Trilateral Structure and the *ex lege* Ascription of the Power of Direction upon the End User.

The Biagi Law (Articles 20-28 Legislative Decree 276/2003) regards the agency work as a trilateral work relationship.

a) An agency work contract between the work agency and the end user;

---

[976] For the posting of worker, it is different. Every employer can send his/her workers to a third party (Article 20 Biagi Law).

[977] The civil sanction (Article 30.4, Legislative Decree 276/2003) and the criminal sanction (Article 18.5 *bis*, Legislative Decree 276/2003) shall be applied also in the case of illicit posting of workers. This shows that the posting of workers can be regarded as a further exemption to the general prohibition of labour supply.

b) An employment contract between the work agency and the agency worker;

c) A legal *ex lege* relationship between the end user and the agency worker. In fact, some of the employer's legal powers are allocated to the end user. First, the end user is entitled to a portion of the direction, that is the power to tell the employee what, when and how to perform the work, whilst the power to send the employee to the user remains with the work agency.

The agency work relationship as a whole is a complex one.

Notwithstanding, in the Italian legal system the core of the regulation is the commercial agency work contract between the work agency and the end user. In fact, the aforementioned sanctions shall be applied in the case of breach to the rules regulating the commercial agency contract.

Let's begin by considering the agency work contract.

The main object of the agency work contract is to assign workers with specified know-how, to the end user. Agency workers will then perform their duties, working under the direction of the end user.

As mentioned above, it is worth noting that the end user is *ex lege* entitled to direct the agency workers. If there is no direction, then, the relationship lies outside the boundaries of the licit agency work.

4. Mainly; Agency Work Contract and its Object. The Distinction Between Agency Work and Contract for Provision of Services.

As mentioned above, the object of agency work is the assignment of workers to the end user.

This is the feature that distinguishes agency work from the contract for provision of services (Article 1655, Italian Civil Code).

In the agency work, the agency sells labour; it places employees at the disposal of the end user. The agency workers then will perform their work duties according to the instructions of the end user. As a consequence, the agency does not provide any service, as it does not sell an organized economic activity, only labour. On the contrary, in the contract for the provision of services, the contractor provides a service which requires the contractor to rely on an economic organization of labour and other means of production.

In order to distinguish between agency work and a contract for the provision of services, Italian judges tend to focus on the following question; whether or not the presumed contractor relies on its own economic organization (capital, labour, means of production).

To some extent, this investigation is easy when the performance of the services implies capital, infrastructure and means of production (e.g. the building construction which involves tracks, capital, cranes and so on).

On the contrary, the investigation is difficult when the performance of the services does not entail infrastructure or other means of production, but only labour (e.g. cleaning services). In this particular case, Italian judges must focus on the following questions; who organizes the labour factor and exercises the employer's power of direction.

Distinguishing between contract for provision of services and agency work is a very important topic, since these two hypothesis are differently regulated by the law. Particularly, the former is

always licit and does not require any licence. In this case, the principle of equality of treatment will not be applied. As a result, the contract for provision of services is less expensive than the agency work. This explains why Italian judges place such great weight on this distinction. As it is frequently found that a contract for the provision of services conceals an illicit labour supply agreement, for which the supplier is not authorized by the Minister of Labour.

5. Is the Agency Worker an Employee, According to Article 2094 of Italian Civil Code?

The employment contract between the work agency and the agency worker is now considered. This contract is an employment contract. As a result, it is possible to argue that the supply of self-employed workers is by all means free in Italy.

As said above, in agency work, the employer's power of direction is allocated to the end user.

One of the most investigated topics by Italian scholars is whether the structure of agency work and, mainly, the particular allocation of the power of direction, is consistent with the classical employment contract, provided by Article 2094 of the Italian civil code.

According to one line of thought, the indivisibility of the employer's prerogatives, rights and obligations represent one main feature of the employment contract. Therefore, the agency work contract is a special employment contract, since it involves the allocation of the employer's power of direction to a third party.

One could ask why should the indivisibility of the employer's prerogatives be a main feature of the employment contract? The answer lies in the fact that the employment contract is turned to allow the entrepreneur to create an economic organization, in order to achieve a productive goal. Insofar as in the agency work is concerned, the employer's power of direction remains with a third party, who has a different productive goal, which means that agency work is necessarily a special employment contract.

In my opinion, however, the answer should be different.

Insofar as the end user exercises the power of direction in order to pursue both the interest of its own economic organization and the interest of the agency, then the agency worker can be regarded as an ordinary employee.

We cannot deny that in agency work, the employer's power of direction, which is upon the end user, is separated from the employer's position as a whole. Credits, duties and responsibilities remain with the agency).

However, it is worth noting that the main duty of the agency worker (the duty to work) has the same content as the duty that the agency owes to the end user (the duty to provide labour).

In this perspective, the separation between the employer's position and the employer's power of direction becomes clear: while the agency fulfils its obligation to provide labour to the end user, in the meantime, the agency worker fulfils his/her obligation (the duty to work). In other words, by exercising the employer's power of direction, the end user pursues its own economic goal and, in the meantime, allows both the agency worker to fulfil his/her duty to work and the agency to pursue its productive goal.

According to this interpretation, the agency worker can be regarded by all means as an ordinary employee.

Notwithstanding, in the light of the absence of a specific prohibition (the general prohibition of labour supply provided by the Legislative Decree 276/2003), it is possible to apply to the classical employment contract legal rules – such as the transfer of the credit or the contract in favour of third parties – that imply the channelling upon a third party not only of the power of direction, but of the employer's rights and duties, as a whole.

6. The Positive and Negative Limits of the Licit Agency Work.

In the Italian legal system, the agency work contract is surrounded by limits. There are two different general constraints:

a) The work agency must be provided with a specific licence of the Minister of Labour that is granted in the presence of specific requirements (Articles 4,5 Legislative Decree 276/2003).

b) The agency work contract must be provided with specific requirements of form and content. Mainly, it is provided when the agency work is permitted and when it is forbidden (positive and negative limits).

The breach of these rules and restrictions leads to consider the agency work illicit and to apply the aforementioned sanctions (particularly, the civil sanction provided by Article 27, Legislative Decree 276/2003).

The analysis of the positive and negative limits will allow us to appreciate the consistency of the Italian regulation with the EU Directive of 2008.

The positive limits are different due to the fact that agency work is either fixed term agency work or a long term agency work. On the contrary, the negative limits are always the same.

a) Positive limits to fixed term agency work.

With regard to fixed term agency work (which is the most used by economic actors), there are two positive limits; the first one is the *causa*; the second one is a quantitative limit.

A1) The causa.

According to Article 20.4, Legislative Decree 276/2003, the contracting parties can enter into a fixed term agency work contract only in the light of "technical, productive, organizational, substitutive reasons, also related to the ordinary economic activity carried on by the end user".

The legal definition is the same as the one used to define the objective reasons of the fair dismissal (Article 3, Law 604/1966). It is then possible to rely on the judicial debate that has progressively identified the boundaries of this concept, with regard to the individual dismissal.

According to Italian judges, the limit of the objective reasons aims to underline the fact that an act or, in this case, the agency work contract has to be adopted in order to achieve a technical-organizational interest of the end user.

However, this limit does not seem to be a sharp limit. Indeed, nobody would enter into an expensive agency work arrangement without a technical-organizational interest to do so. The real

problem is the actual interpretation of the following legal provision; technical organizational reasons can be also related to "the ordinary economic activity carried out by the end user".

According to Italian scholars, this legal provision has to be meant as allowing all the economic activities, either ordinary or extraordinary, to be carried out by the end user by means of the agency work. In this perspective, the limit of the objective reasons is in itself useless.

At the same time, this interpretation is consistent with the legal introduction of the staff leasing. Mainly, within the new legal framework, the agency work contract represents a functional equivalent of the classical employment contract (the end user is free to decide to enter into a direct employment agreement with the worker(s) or to enter into an agency work contract, on the basis of a cost and benefit analysis).

Notwithstanding, it is worth noting that Italian judges hold that the end user can enter into an agency work contract only in the light of temporary structural needs that will last for a short period of time (e.g. the temporary need to substitute a sick employee; the temporary need to hire more workers because there is a particular exhibition or because it is Christmas).

According to this interpretation, a fixed term agency work contract can be concluded only when the end user has temporary structural needs to hire workers; in all the other cases, the end user has to enter into a direct employment agreement with the workers.

As a result, fixed-term agency work turns out to be a temporary agency work.

Insofar as we agree with this judicial interpretation, the Italian legal system shows once more its preference for the standard employment contract. Moreover, whenever the end user appears to have ordinary and not temporary needs to hire workers (and beyond the particular case of the staff leasing), the aim of Italian Legislator is, once more, to increase standard occupancy (by implying the existence of employment contracts of indeterminate duration with the end user). The agency work contract is a "bridge", a legal tool by which promoting standard occupancy.

A2) Quantitative Limits

According to Article 20.4, Legislative Decree 276/2003, there is a quantitative limit. Particularly, to the collective bargaining and to the 'comparatively most representatives' Trade Unions the prerogative is conferred to identify quantitative limits to the use of fixed term agency workers. However, this limit is merely eventual. It remains at the discretion of the Trade Unions.

The collective agreements signed by the user firms have largely regulated this topic. Usually, collective agreements provide numeric thresholds, determined by means of fixed numbers or by means of percentages related to the firm's size and number of ordinary employees employed.

This limit is turned to avoid the risk that ordinary employee will be replaced by agency workers or, at least, to guarantee the involvement of the Trade Unions in these choices.

b) Positive Limits to the long term agency work contract (staff leasing).

According to Article 20.3, Legislative Decree 276/2003, it is possible to enter into a long term agency work contract (staff leasing) only in specific cases. E.g.: a) IT consultant services; b) cleaning, porter's lodge services; c) transport services and so on.

The Law lists a number of economic activities which do not constitute the core business of the user firm concerned. In these cases, long term agency work is permitted.

Once more, the main aim is not to dismantle the standard employment contract.

The choice to replace the standard employment contract with the agency work is possible, but only with the involvement of Trade Unions that enjoy a right to information (Article 24.4, Legislative Decree 276/2003) and within the quantitative limits eventually established (Article 20.4, Legislative Decree 276/2003).

b) The negative limits which shall be applied to both fixed term agency work and long term agency work.

As said above, the negative limits which bind both the fixed term agency work and the long term agency work are the same.

Particularly, agency work is prohibited:

a) When it is used to substitute employees on strike. This limit is set out to avoid the risk that agency work is used in order to pursue an unfair labour practice.

b) When it is used within business units in which there has been a collective dismissal or a redundancy payment in the last six months. This limit is turned to avoid the risk that agency work is used to replace standard employment.

c) When the end user does not respect the Health and Safety Protection regulations. This limit is clearly turned to strengthen the protection of the employees' and agency workers health and safety.

7. Requirements of Form and Content in the Agency Work Contract.

The Italian legal regulation provides the agency work contract with requirements of form and content.

a) First, it is provided that the agency work contract must be concluded in writing, otherwise it is null and void (Article 21, Legislative Decree 276/2003).

b) Second, an agency work contract must be provided with all necessary requirements such as:

1) The essential data of the licence of the agency; 2) the number of agency workers to be supplied; 3) the technical, organizational, productive and substitutive reasons; 4) the risks for the health and safety of the agency workers; 5) the beginning and the duration of the work.

In case of breach of these requirements, the civil sanction provided for the illicit agency work shall be applied (Article 27, Legislative Decree 276/2003).

8. The rules for Agency Workers.

The Italian legal regulation places a great weight on the agency work contract, so as to strike the balance between the need of protection of workers and the need to increase occupancy. As said above, the breach of provisions regulating the agency work contract leads to the application of the sanctions and, mainly, of the aforementioned sharp civil sanction.

In fact, with regard to the agency worker – who has to be considered an ordinary employee – the ordinary legal protection of the employee and of the employment contract (fixed term employment contract or employment contract of indeterminate duration) shall be generally applied.

However, with regard to the employment contract there are particular rules which are mainly turned to avoid the risk of exploitation, on the one hand; and to favour the end user's standard occupancy, on the other.

a) The deferment to the standard employment contract's regulation and the choice between fixed term contract and contract of indeterminate duration

The employment contract can be either a fixed term contract or a contract of indeterminate duration. In the latter case, the fixed term employment contract's regulation shall be applied (Legislative Decree 368/2001).

As a matter of fact, in most cases, the agencies enter into fixed term employment agreements with the agency workers. The question is whether agencies are allowed to do that or whether, on the contrary, these contracts should be considered in breach of the general fixed term contracts' regulation.

According to Italian regulation (Legislative Decree 368/2001), the fixed term employment contract can be concluded only in the light of technical-organizational reasons, *objectively temporary*.

Is it possible to argue that the agency, in most cases, has an objectively temporary need to enter into a fixed term contract with the agency worker? In most cases, the answer is no. It is true that the agency work contract is often a fixed term agency work contract. However, the agency has a stable and ordinary need to supply workers to the user firms.

Hence, in the Italian legal system the employment contract between the agency and the agency worker should be, in most cases, a contract of indeterminate duration.

In some decisions, Italian judges uphold this interpretation. As a consequence, a contract of indeterminate duration should be implied between the agency worker and the agency. The advantage is the guaranteeing to the agency worker of a stable standard employment in the agency. Particularly, it is worth noting that in between one assignment and the other, an indemnity is paid to the agency worker.

b) The principle of equality of treatment between the agency workers and the end user's employees and the exemptions.

Agency workers enjoy the right to equality of treatment (economic and normative) to be assessed with regard to the end user's employees performing the same jobs and tasks. The principle of equality of treatment is different to the principle of non discrimination. It confers to the agency worker a right vis-à-vis the agency. The principle of equality of treatment is mainly turned to avoid the risk that agency work is used to achieve 'race to the bottom' goals rather than real organizational needs (labour flexibility).

However, the principle of equality of treatment raises questions and doubts:

1) The economic and normative treatment of the agency worker as a whole should not be lower than that one accorded by the user to his/her employees. It is however difficult to compare and

evaluate different economic (e.g. the amount of an element of the wage) and normative (e.g. the duration of the notice) treatments.

2) The comparison must take into consideration the agency workers and the end user's employees who perform the same tasks and jobs, but it is possible that no existing staff of the end user actually perform these specific tasks and activities. Here, it is necessary to refer to the job description provided by the end user's collective agreements. However, it could happen that the collective agreement does not stipulate anything about a specific job.

Besides, there are some exemptions to the principle of equality of treatment.

Firstly, the element of the wage which is linked to the result is not considered in the agency worker's ordinary wage. The criteria to be used in the determination are conferred to the end user's collective agreements. It could be argued that the Trade Unions, in determining the elements of wages, are bound by the principle of equality of treatment (Article 23.4)

Secondly, agency workers enjoy the right to the same social and welfare services accorded to the end user's employees, with the exclusion of those services which require the worker to be part of associations or cooperatives or to have a certain seniority.

Third, the principle of equality of treatment must not be applied in the case of agency work contracts concluded with private actors in the light of specific programmes of training, retraining, integration of disadvantaged workers (Article 23.3).

c) The principle of equality of treatment and the indeterminate duration employment contract.

As said above, the agency workers, working on the basis of a contract of indeterminate duration enjoy the right to equality of treatment during the assignment as well as the right to a special indemnity of "availability" between one assignment and another, (Article 22.3, Legislative Decree 276/2003), the amount of which is determined by the agency's collective agreement (roughly, 700 Euros per month).

The amount of the indemnity must be at least equivalent to the one determined in a Decree from the Minster of Labour (According the DM March 10, 2004, the minimum indemnity is about 350 Euros per month).

9. Contractual Clauses About the Restriction of the End User's Prerogative to Hire the Agency Worker.

In the Italian legal system, it is provided that, in the case of fixed term agency work, every contractual clause which limits, directly or indirectly, the end user's prerogative to hire the agency worker is null and void (Article 23.8, Legislative Decree 276/2003).

In this perspective, contractual clauses that either prohibit the hiring of the agency worker or provide several limits and restrictions are null and void.

In my opinion, in the fixed term agency work, the final deadline must be connected with the final deadline of the assignment.

On the contrary, it is worth noting that only the fixed term agency work is mentioned in the legal provision.

a) The Fixed Term Agency Worker

In spite of the fixed term employment contract's regulation (Legislative Decree 368/2001), according to some Italian scholars, the fixed term agency worker should enjoy the right to terminate, without notice, the contract whenever he/she has the possibility to be hired by the end user.

However, there are no explicit exemptions to the classical legal regulation of the fixed term employment contract. Only, according to article 23.8, contractual clauses that render excessively difficult for the end user to hire agency workers after the assignment has finished, are regarded as null and void.

The Agencies' collective agreement of 2008 (Article 31) consequently states the agency worker's prerogative to terminate the assignment *ante tempus*, in front of the agency's payment of a penalty equal to the days of assignment which have been lost.

b) The agency worker with a contract of indeterminate duration.

With regard to the agency worker with a contract of indeterminate duration, the duty to give notice which lasts for an excessively long period of time, according to the job performed by the worker, should be considered null and void.

On the contrary, the general duty to give notice, provided by Article 2118 of the Italian Civil Code, shall be applied. Whenever the worker does not fulfil the duty to work during the period of notice, he/she will be required to pay a penalty.

Finally, it's worth noting that the legal prohibition to insert contractual clauses that render excessively difficult for the end user to hire the agency worker after the assignment has been terminated, can be overcome in the case in which to the agency worker is paid an "adequate" indemnity, according to the agency's collective agreement.

10. Collective Protections.

There is only one rule that outlines the collective protection of agency workers (Article 24, Legislative Decree 276/2003). It is by all means a mere outline.

This legal provision has been then completed by collective bargaining (CCNL for the work agencies of July 24, 2008).

How can agency workers exercise their collective rights?

a) Collective Rights

First, it is worth noting that insofar as agency workers are treated as ordinary employees, they are entitled to all the employment collective rights individually exercised. They enjoy the freedom of association (Article 39 of Italian Constitution), the right to strike (Article 40) and all the other rights and freedom provided by the Italian Statute of Workers (Law 300/1970). The agency worker is provided with these rights and freedom *vis-à-vis* the Agency, which is the formal employer. E.g. the right to strike suspends the employment contract between the agency worker and the agency.

b) The right to Assembly exercised both in the agency and in the end user's undertaking.

However, agency workers, while working within the end user's undertaking, suffer of a real problem of integration and participation to the workplace.

Hence, agency workers enjoy the right to assembly both in the agency and in the end user's undertaking (Article 24.2, Legislative Decree 276/2003)[978].

c) Participation to the Constitution of Plant Level Forms of Workers' Representation in both the Agency and the End User's Undertakings.

In the Regulation of agency work, there is nothing about the constitution of Agency Workers' forms of representation.

c1) Agency Workers' Forms of Representation in the Work Agency.

The agency worker, as are all the other employees, is entitled to take the initiative to constitute agency workers' forms of representation within the agency's undertaking, according to the general rules provided by the Law (r.s.a. Article 19, Statute of Workers) and by collective agreements (r.s.u. 1993 Protocol). Indeed, the national collective agreement of July 24, 2008 (Article 16) establishes the "agency's delegated", charged to sign the collective agreement; it also establishes the "territorial delegated" (appointed by single Trade Unions at Regional or Provincial level) charged to monitor the correct application of collective agreements and of the other labour law rules by the agencies.

c2) Agency Workers' Forms of Representation in the End User's undertaking.

The collective agreements can also provide forms of agency workers' representation in the end user's undertaking. These forms can be either integrated into the other existing forms of workers' representation or independent. The latter solution is upheld by the collective bargaining.

The collective agreement of 2008 (Article 16) establishes the workers' representative at the end user's plant level (appointed or elected by Trade Unions) whenever the end user "employs at least 20 agency workers, even coming from different agencies, within a period which is longer than three months".

The company representative has responsibilities to work agencies and operates with local union representatives in its territory and with the national delegates.

11. Liberalization of Agency Work and Increase Occupancy. Statistical Data.

In this section, I ask whether the progressive liberalization of agency work has led to positive results and, mainly, to increase occupancy.

I looked for some statistical data to answer.

Here, I will provide some statistical data elaborated by the EDITEMP National Observatory. This is the most updated data existing.

In the following tables you can find some data with regard to what kind of workers and to what kind of economic sectors is agency work more requested.

But you will not find any answer to the question is if the Agency Work Increased in Relation to the Economic Crisis and Following Unemployment.

---

[978] In this respect, collective bargaining (Article 18, Collective Agreement July 24, 2008) has to be considered. Here, it is provided both the right to assembly in the agency and the right to take part to the assemblies in the end user's undertaking.

This crucial question is still unanswered, since I was not able to find any data concerning the end users' effective hiring of agency workers after the assignment has been terminated.

Only in one inquiry of 2006, a researcher[979] has underlined that in the agency work the agency worker does not appear to have more chance of being employed than in all the other atypical forms of work (e.g. the fixed term contract).

TABLE 1

INCIDENCE OF AGENCY WORK ON TOTAL EMPLOYMENT

FROM 1998 TO 2011

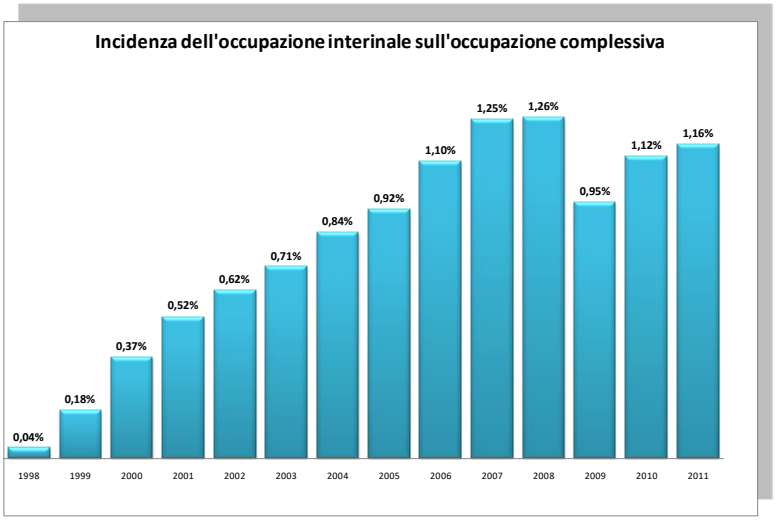
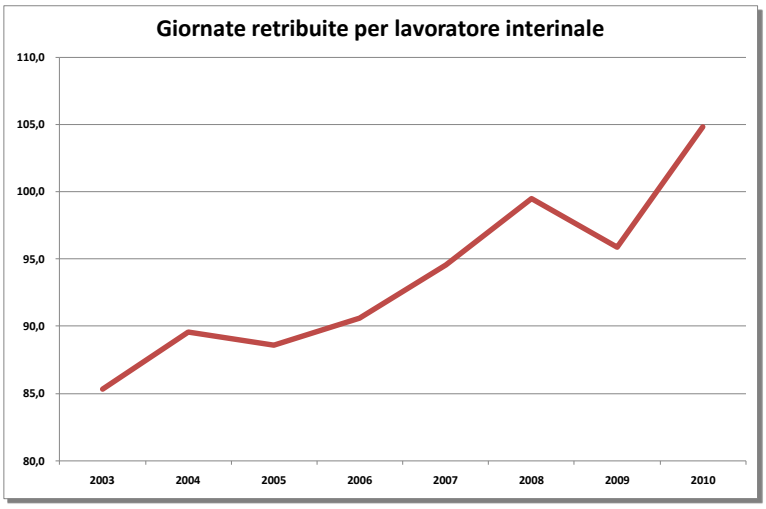


TABLE 2

DAYS PAID PER AGENCY WORKER

FROM 2003 TO 2010



[979] Tommaso Nannicini, *Il decollo del lavoro interinale in Italia*, March 2006, in http://www.tommasonannicini.eu/Portals/0/decollo.pdf.

TABLE 3

DISTIBUTION OF ASSIGN-MENT BETWEEN 30 AND 90 DAYS

FROM 2007 TO 2010

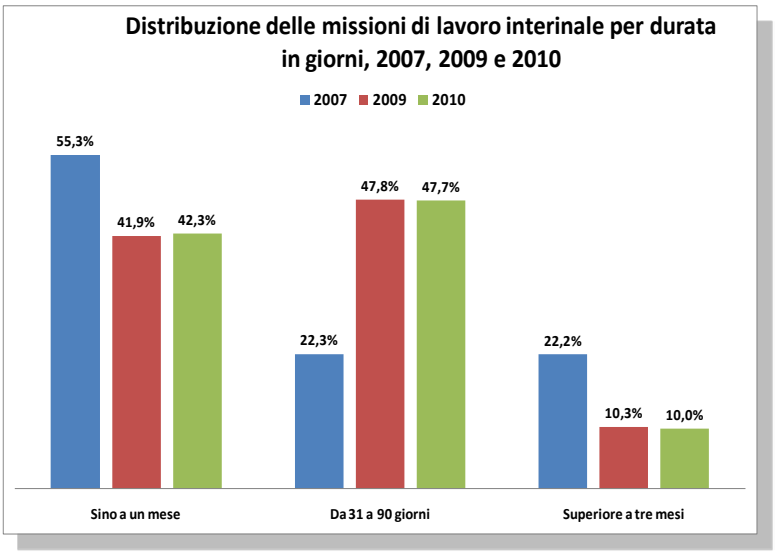
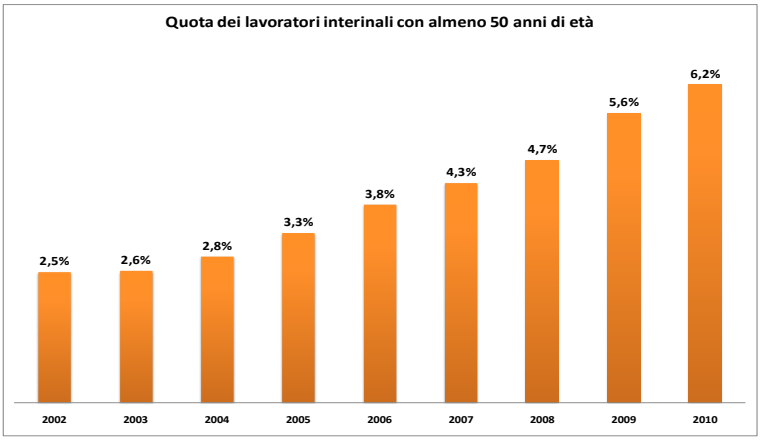


TABLE 4

AGENCY WORKERS 50 YEARS OLD OR OLDER

FROM 2002 TO 2010



AGENCY WORKERS 40 YEARS OLD OR OLDER

FROM 2002 TO 2010

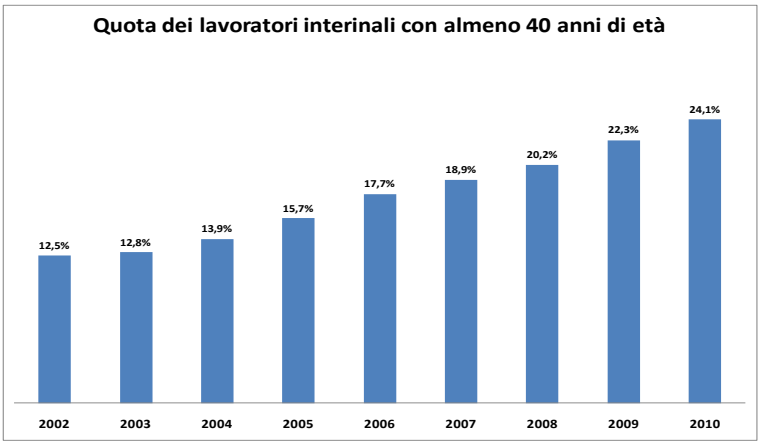


TABLE 5

IMMIGRANT AGENCY WORKERS

FROM 1998 TO 2010

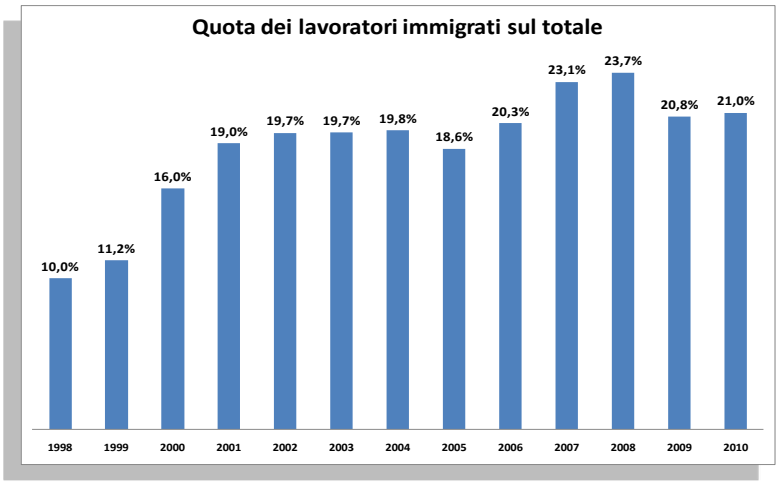


TABLE 6

FEMALE AGENCY WORK-ERS

FROM 2002 TO 2010

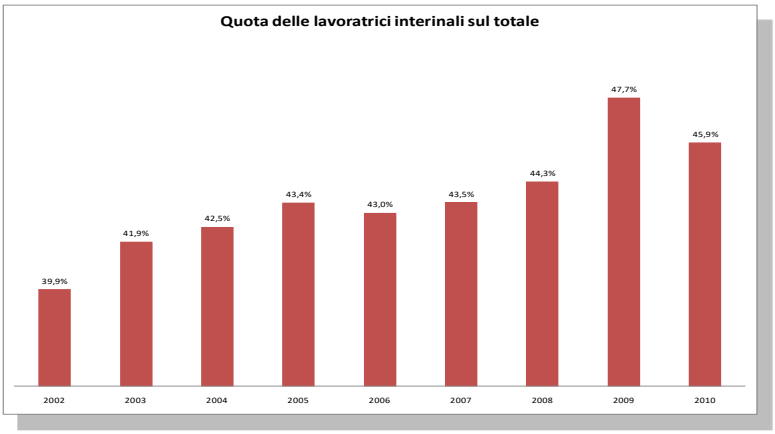


TABLE 7

AGENCY WORKERS BY PRODUCTIVE SECTOR

FROM 2007 TO 2010

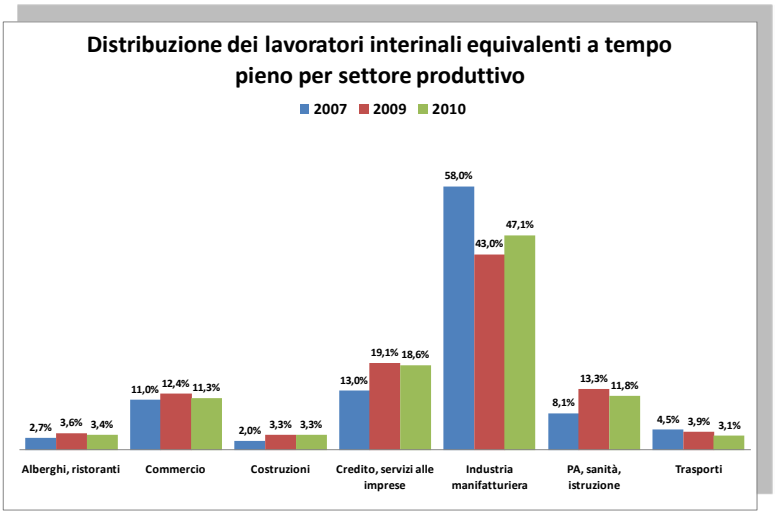
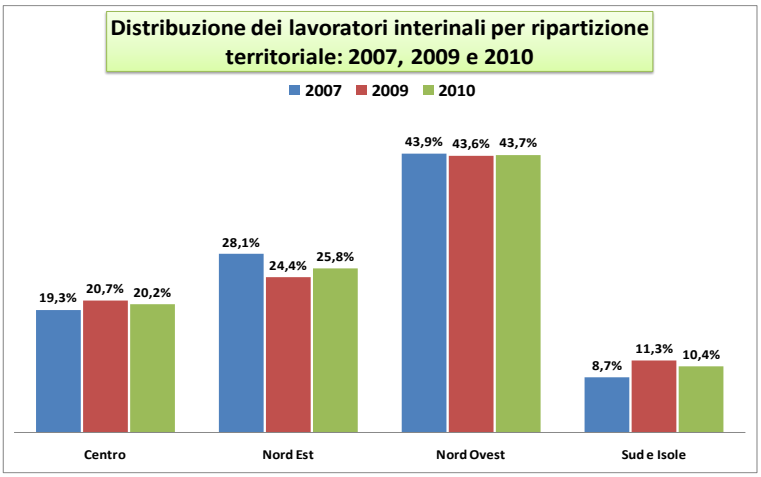


TABLE 8

GEOGRAPHICAL DISTRIBUTION OF AGENCY WORKERS

FROM 2007 TO 2010



12. Is the Italian Regulation Consistent with the EU Directive of 2008?

In this section, I would like to briefly consider the question of the consistency of the Italian Regulation with the EU Directive of 2008.

a) First, the structure of agency work, as defined by the Italian Regulation, is by all means consistent with the structure provided by the EU Directive. In fact, as said above, according to Italian law, the employer is the agency, while the employer's power of direction is channelled upon the user.

b) The Italian regulation provides that agencies must be provided with a specific licence. This is also consistent with Article 4.4 of the EU Directive, that leaves the Member States free to maintain the national requirements with regard to registration and licensing of work agencies.

c) On the contrary, it is more difficult to assess the consistency of the positive and negative limits of agency work with the EU Directive. According to Article 4.1, "prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work shall be justified only on ground of general interest relating in particular to protection of temporary agency workers, the requirements of health and safety at work or the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented".

In addition, the 20th whereas of the Directive provides that "the provisions of this Directive on restrictions or prohibitions on temporary agency work are without prejudice to the national legislation or practices that prohibit workers on strike being replaced by temporary agency workers".

In my opinion, the Italian legal restrictions – objective restrictions – are consistent with the EU Directive, since they are turned to avoid the risk of dismantling standard employment and to guarantee the correct functioning of the labour market (e.g. the cause, the quantitative limits, the prohibition to replace workers who have been collectively dismissed) as well as to protect workers' health and safety and to avoid the risk that agency workers are used to replace workers on strike.

d) The EU Directive of 2008, Article 5.5, states that National States shall take appropriate measures with the view to preventing successive assignments designed to circumvent the provisions of the Directive.

Indeed, the agency worker could be restrained from exercising his/her employment rights with the view to losing the possibility to have a new assignment. Here, all the employment rights and the principle of equality of treatment are at stake.

It is clear that, insofar as we agree with the interpretation according to which the agency and the worker can enter into a fixed term contractual relationship only on the grounds of temporary needs, this risk is avoided. Particularly, this would permit agency workers to enter into an employment contract of indeterminate duration with the agency, with the following full protection of their rights.

e) The Italian principle of equality of treatment has to be now considered. Unlike the EU Directive, the Italian legislator does not provide an analytical and absolute equality of treatment between basic working conditions and job (all general conditions relating to working time, breaks, wage, *see* Article 3) which shall be applied to agency workers and the end user's employees (*see* Article 4, of the EU Directive of 2008). Rather, the Italian regulation provides a comprehensive judgement of equivalence which regards the economic and normative treatment accorded to the worker as a whole.

To collective bargaining the right is then conferred to establish the criteria used to determine the remuneration linked with productive results, thereby implicitly admitting that a part of remuneration could not be bound by the principle of equality of treatment.

The right to enjoy the same social and welfare services accorded to workers who are part of associations or cooperatives or who have a certain seniority is also excluded. However, according to Article 6.4 of the Directive "to temporary agency workers shall be given access to the amenities or collective facilities in the user undertaking, in particular any canteen, child-care facilities and transport services, under the same conditions as workers employed directly by the undertaking, unless the difference in treatment is justified by objective reasons".

Finally, Article 23.2, Legislative Decree 276/2003, provides an exemption to the principle of equality of treatment in presence of an individual programme of integration into the labour market realized by the work agencies. This provision is not similar to Article 1.3 of the Directive, according to which 1) specific integration programmes can be defined, after consulting the social partners; 2) the programme can be public or publicly supported.

f) The provision of an exemption to the principle of equality of treatment with regard to remuneration in the case of long-term agency work is consistent with Article 5.2 of the Directive. It is nonetheless necessary to provide an indemnity. Its amount is lower than the amount of the ordinary wage established by the collective agreement (the Directive only mentions the need of consulting the social partners).

g) It is difficult to understand if the Italian provision that contractual clauses that render more difficult for the end user to hire the agency worker after the assignment has terminated are null and void is consistent with the Directive (*see* Article 6.2 of the Directive).

In fact, unlike the Directive, the Italian provision admits an exemptions to this rule in case to the worker is paid a special indemnity.

Notwithstanding, the interpretation of the scope of the Directive requires us to admit that this particular provision shall be applied both to fixed term agency work and to long-term agency work.

h) The Directive then establishes an absolute prohibition to perceive a remuneration for the agency's activity of intermediation. In this case, the Italian regulation provides a specific prohibition which is criminally sanctioned (Article 18.3, Legislative Decree 276/2003). However, in contrast to the Directive, collective bargaining is allowed to define specific exemptions in the case of knowledge intensive and highly educated workers.

i) Training is considered by Article 6.5 of the Directive. Member States are bound to take measures in order to improve agency workers' access to training in the temporary work agencies and in the end users' undertakings. In the Italian regulation, a specific fund has been established which is financed also by the work Agencies and is held by a bilateral institution. The fund is basically turned to permit training initiatives and programmes in favour of the agency workers.

l) The Italian provisions about the bodies representing agency workers are broadly consistent with the Directive (Article 7).

The Directive states that, for the purpose of calculating the threshold above which bodies representing workers are to be formed, agency workers shall count alternatively in the temporary work agencies or in the user's undertaking (Article 7.1 and 7.2). The Italian legislator has chosen to count agency workers in the work agencies; while the count of agency workers in the user's undertaking is relevant to the health and safety protection (Article 22.5, Legislative Decree 276/2003).

One problem emerges if we consider that, according to the fixed term employment contract's regulation, a fixed term worker shall count only in the case where the contract lasts more than nine months (Article 8, Legislative Decree 368/2001).

m) Italian Legislation is consistent with Directive of 2008 (Article 8) also with regard to the duties of information (Article 8). According to Article 24.4, Legislative Decree 276/2003, the end user is bound by the duty of information about "the number of agency workers, the reasons behind the agency work" and by periodical duties of information about the number of agency workers the reasons behind the agency work, the duration, the formal qualification of workers involved.

n) Lastly, the Italian legislation provides civil, criminal, administrative sanctions for breach of the prescriptions. The civil sanction is effective, proportional, dissuasive, as required by the Directive.

La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*

Giancarlo Ricci

1. Anfibologia del modello sociale europeo e delimitazione della nozione: il MSE come prodotto del processo di integrazione comunitaria attraverso il diritto. 382

2. I fondamenti *lato sensu* costituzionali del MSE: Trattati e *Bill of Rights* europei. 384

3. Il percorso del diritto sociale "europeizzato": a) l'integrazione per riflesso; b) l'integrazione mediante *hard law*; c) l'integrazione mediante *soft law* (il metodo aperto di coordinamento). 388

4. La costruzione "pretoria" del MSE: gli apporti della Corte di Giustizia dell'Unione europea. 393

5. I fattori endogeni di criticità e l'incerto futuro: l'economia sociale di mercato in Europa nel vortice della crisi globale. 395

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 88/2011

1. Anfibologia del modello sociale europeo e delimitazione della nozione: il MSE come prodotto del processo di integrazione comunitaria attraverso il diritto.

La nozione di Modello sociale europeo (d'ora in avanti MSE) è affetta da evidente anfibologia[980]. Fra gli scienziati sociali, prevale la tesi secondo la quale tale nozione coincida con quella di *Welfare State* e, ulteriormente, con la definizione di *Stato Sociale*, nella cui dimensione istituzionale la struttura organizzativa del *Welfare State* andrebbe a convergere[981]. Il MSE identificherebbe, pertanto, un sistema di valori e di regole incardinato su taluni essenziali pilastri: l'espansione del diritto (e dei diritti) del lavoro, il riconoscimento delle organizzazioni sindacali sia come parte sociale sia come interlocutore politico, la diffusione capillare di forme di assistenza sociale e previdenziale, la garanzia di politiche e misure limitative del mercato e redistributive di tutele e garanzie sociali, a cominciare dall'obbligo statale di erogare assistenza sanitaria gratuita.[982] La sua cifra peculiare risiederebbe, per altro verso, nel soddisfacimento dei bisogni essenziali dei cittadini, nell'impulso ai fattori della coesione sociale, nella finalizzazione della crescita economica ad obiettivi di redistribuzione di tutele e opportunità, nella limitazione dell'interesse individuale a vantaggio dell'interesse generale: un insieme di fattori tali da giustificare visioni apologetiche del MSE, vagheggiato come parte di un "sogno europeo" che suscita invidie nei *liberal* d'oltreoceano[983].

È evidente che, così ragionando, emergono alcuni elementi approssimativamente identificativi del modello che neppure il giurista, per sua natura il più pragmatico fra gli scienziati sociali, può certo ignorare. Tuttavia, declinare il MSE nei termini appena riferiti significa non solo adottare un approccio semplicemente descrittivo dei "tratti comuni" di un fenomeno, ma per di più di un fenomeno inevitabilmente pluri-nazionale. Non siamo infatti al cospetto di *un modello*, ma di *diversi modelli*, tanti quanti gli stati nazionali che concorrono ad implementarlo[984]. Non a caso, da parte di qualcuno si è addivenuto ad un'articolazione del MSE in diversi sub-modelli, riflettenti il variegato *modus* di concepire ed elaborare le politiche sociali ed economiche nelle principali macro-regioni del continente europeo[985].

---

980 Cfr. JEPSEN, SERRANO PASCUAL, *The European Social Model: an exercise in deconstruction*, in *European Journal of Social Policy*, 2005, vol. 15, n. 3, 231.

981 Cfr. KATROUGALOS, *The European Social Model in Normative Terms: Problems of Identity and Perspectives*, in *Revue européenne de droit public*, 2005, vol. 17, n. 3, 1098-1099.

982 Cfr. l'introduzione del celebre saggio di RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, Bari, 2003.

983 Cfr. RIFKIN, *Il sogno europeo*, Mondadori, Milano, 2004; in argomento, v. anche TELÒ, *L'Europa potenza civile*, Laterza, Bari, 2004, spec. 121 ss. Ma per una lettura che tende a sminuire la ricorrente contrapposizione fra un *welfare* istituzionale-redistributivo (quello europeo) e uno residuale (quello statunitense), mettendo per contro in risalto le tendenze al progressivo avvicinamento dei due modelli cfr. ALBER, *What the European and the American Welfare States have in common and where they differ: facts and fiction in comparisons of the European Social Model and the United States*, in *Journal of European Social Policy*, 2010, vol. 20, n. 2, 102.

984 Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, *¿Un modelo social europeo o varios? Europa Social y competitividad*, in *Relaciones Laborales*, 2007, n. 22, 2; v. anche GIDDENS, *Il futuro del modello sociale europeo*, in *Italianieuropei*, 2006, n. 1, 75, secondo il quale "il MSE non è un concetto unitario, ma è un *mix* di valori, di conquiste e di aspirazioni, con forma variabile e con diverso grado di realizzazione negli Stati europei"; di formula "elusiva" che racchiude "sinteticamente ed astrattamente taluni tratti di fondo costituenti una sorta di comune *ethos* welfarista" parla GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 294, nota 5.

985 Cfr. in particolare SAPIR, *Globalization and the Reform of European Social Policy*, in *Journal of Common Market Studies*, 2006, vol. 44, n. 2, 375 ss., che distingue quattro tipologie di modello sociale europeo: nordico, anglo-sassone, continentale e mediterraneo. La

Con ciò, non vuol certo negarsi l'importanza di un approccio che enfatizzi il processo di "ravvicinamento" dei sistemi di protezione sociale e di tutela del lavoro subordinato nei paesi dell'Europa occidentale, *in primis* come risposta al fenomeno del proto-industrialismo e agli squilibri sociali da questo determinati[986]. Né può sottacersi il fatto che lo sviluppo dei sistemi nazionali di *Welfare State* sia stato influenzato da fenomeni giuridici di primaria rilevanza, quale il diritto internazionale del lavoro, attraverso la ratifica delle prime Convenzioni dell'ILO (International Labour Organization) a presidio di diritti sociali fondamentali (o che si apprestavano a divenire tali)[987], ma anche l'imponente processo di circolazione nei diversi paesi europei delle legislazioni sociali, attraverso le tecniche di *legal transplantation*[988].

Resta, tuttavia, un diffuso senso di inappagamento: si ha come la sensazione che definire il MSE come puro equivalente funzionale del *Welfare State* di dimensioni europee ci costringa entro un angolo di osservazione dal quale è impossibile ricostruire il MSE in termini unitari (trascendendone dunque il carattere pluri-nazionale) e prescrittivi (superando cioè l'esito descrittivo e fenomenologico indotto dall'approccio "welfaristico")[989].

Tale esigenza è soddisfatta da quella prospettiva di analisi che individua nel MSE la risultante di un epocale processo d'integrazione attraverso il diritto[990], iniziato più di cinquant'anni or sono e ancora in pieno svolgimento: mi riferisco, com'è ovvio, al sistema giuridico della Comunità Economica Europea, divenuta poi Comunità Europea e trasformatasi, più di recente, in Unione Europea[991]. Un ordinamento cui si deve un doppio effetto di "fondazione" giuridica del MSE: in direzione *ascendente* (la creazione dell'ordinamento comunitario come sistema giuridico autonomo da quello degli Stati membri e destinato a un ruolo di formale supremazia) e *discendente* (le conseguenze della *europeizzazione* sugli ordinamenti nazionali: fenomeno altresì noto come di *comunitarizzazione* del diritto interno)[992].

In tal modo, il MSE cessa di essere un modello "per convergenza", generato dal ravvicinamento dei singoli *Welfare State* nazionali, e diviene un modello "per omogeneizzazione", strutturato intorno a sempre più perfezionati cataloghi di diritti sociali fondamentali, regolati da fonti del diritto comunitario che, nell'integrazione fra ordinamenti, o esplicano effetti di diretta conformazione dei sistemi giuridici nazionali o addirittura *si fanno* diritto interno, contribuendo così a dare

---

partizione è ripresa da PINELLI, *Modello sociale europeo e costituzionalismo sociale europeo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 253, proprio per suffragare la tesi di una "perdurante pluralità di modelli sociali radicati in diverse aree del continente".

986 Cosa che, però, è intuibilmente ben diversa dalla configurazione di un vero e proprio Stato sociale europeo: sulle ragioni della sua ontologica "impossibilità" v. ancora PINELLI, *op. cit.*, 259 ss.

987 Cfr. MURRAY, *Transational Labour Regulation: the ILO and EC Compared*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001.

988 Cfr. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern Law Review*, 1974, n. 1, 1.

989 V. ancora KATROUGALOS, *op. cit.*, 1095 e *passim*.

990 A quanto consta, la paternità della locuzione risale a CAPPELLETTI, SECCOMBE, WEILER (eds.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Vol. I, de Gruyter, Berlin, 1986.

991 Cfr. MOREAU, *Introduction*, in Moureau (ed.), *Before and After the Economic Crisis: What Implications for the "European Social Model"?*, Elgar, Cheltenam, 2011, 1; nonché, sin d'ora, TER HAAR, COPELAND, *What are the Future Prospects for the European Social Model? An Analisys of EU Equal Opportunities and Employment Policy*, in *European Law Journal*, 2010, vol. 16, n. 3, 276 ss.

992 Cfr. GRAZIANO, *Europeizzazione: vaso di Pandora o lanterna di Diogene?*, in Ferrera, Giuliani (a cura di), *Governance e politiche nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, 209.

impulso ad un processo di armonizzazione di principi e di regole (formanti il diritto sociale comunitario) che strutturano la dimensione normativa del MSE. La codificazione, entro la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (approvata a Nizza nel 2000 e riproclamata a Strasburgo nel 2007), delle diverse "generazioni" di diritti "inventate" dal costituzionalismo nazionale ed internazionale (fra i quali in particolare i diritti sociali), nonché l'impulso, da parte della Carta, a processi di più intensa integrazione fra la dimensione nazionale ed europea[993], rendono inoltre il MSE parte essenziale di un progetto politico[994], solo scalfito dalla mancata "costituzionalizzazione" formale della Carta (a seguito delle note vicende referendarie in Francia e in Irlanda), in ogni caso insignita, con il Trattato di Lisbona, del rango di equipollenza con "il diritto dei Trattati".

Al processo di costruzione giuridica del MSE sono dedicate le pagine che seguono, in una prospettiva diacronica che, dopo avere fatto emergere il fondamento (para)costituzionale del MSE, ne individua i più significativi momenti di *enforcement* nello spazio giuridico europeo, attraverso le fonti, le politiche, la giurisprudenza. La parte conclusiva del contributo sarà dedicata ad una breve riflessione sulle nuove e complesse sfide che il MSE, dopo i fondamentali passaggi istituzionali del 2007 (Lisbona e Strasburgo), è chiamato ad affrontare, con dinanzi l'incerto obiettivo, proclamato proprio a Lisbona, della costruzione di una "economia sociale di mercato" pan-europea. Obiettivo che appare quantomai a rischio, a fronte del rutilante dipanarsi di una crisi economico-finanziaria di origine globale ma che, negli ultimi mesi, ha drammaticamente spostato il suo epicentro proprio nel cuore della vecchia Europa.

2. I fondamenti *lato sensu* costituzionali del MSE: Trattati e *Bill of Rights* europei.

L'Unione europea, a distanza di oltre cinquant'anni dalla sua "creazione", è ancora priva di una Costituzione. Tuttavia, non si può parlare di un *deficit* di costituzionalismo. Infatti, tale entità sovranazionale è contraddistinta da una costituzionalismo *diffuso* – si è parlato al riguardo di un vero e proprio "mosaico costituzionale"[995] – che ritrova la propria principale espressione nei Trattati (da quello istitutivo stipulato a Roma nel 1957 sino agli attuali Trattati sull'Unione Europea e sul Funzionamento dell'Unione Europea) o, meglio, in quei capitoli dei Trattati che disciplinano, al pari delle Costituzioni nazionali, i principi, gli organi, le procedure, le fonti del diritto: in sostanza la "struttura" istituzionale che sovrintende al funzionamento dell'UE[996].

Nell'ottica del processo di costruzione del MSE, quel che maggiormente ha assunto rilievo,

---

[993] Cfr. *infra*, par. 2.

[994] Cfr. JEPSEN, SERRANO PASCUAL, *op. cit.*, 235. Il più importante strumento "definitorio" del Modello sociale come pilastro del progetto politico europeo resta il Libro Bianco sulla politica sociale europea esitato nel 1994 dalla Commissione europea presieduta da Jacques Delors (COM(94) 333 final, Brussels, 27.7.1994).

[995] MC AMHLAIGH, *The European Union's Constitutional Mosaic: Big 'C' or Small 'C', Is That the Question?*, University of Edinburgh School of Law WPS, no. 2010/31.

[996] Cfr. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, 907 ss.; BARBERA, *Esiste una Costituzione europea?*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 59 ss.; *contra* ANZON, *La Costituzione europea come problema*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, spec. 645 ss. Per una sintesi delle posizioni favorevoli e contrarie v. comunque CARETTI, *La dimensione sovranazionale*, in Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Bari, 2009, 178. Particolare rilevanza, sotto il profilo dell'adesione dell'Unione europea ai canoni del costituzionalismo, ai più recenti passaggi istituzionali culminati nel Trattato di Lisbona è attribuita da MANGIAMELI, *Il disegno istituzionale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, 377 ss.

tuttavia, è l'intreccio normativo fra le disposizioni dei Trattati che hanno progressivamente instillato la finalità di tutela dei diritti sociali dentro i principi generali dell'ordinamento comunitario e quelle altre che, in corso crescente di tempo, hanno moltiplicato le "basi giuridiche" della normativa comunitaria derivata in materia sociale.

Su quest'ultimo punto, in particolare, la parabola evolutiva va dal "minimo" del Trattato di Roma al "picco" del Trattato di Amsterdam del 1997[997]. Se, infatti, nel Trattato fondativo della Comunità economica europea il diritto sociale non disponeva di "basi giuridiche" proprie - al punto che la prima stagione dell'integrazione mediante direttive verrà affidata alla mediazione di disposizioni che autorizzano misure di ravvicinamento fra gli ordinamenti nazionali nella logica dell'unificazione del mercato (art. 100 e 235 del Trattato di Roma, ora rispettivamente artt. 115 e 352 TFUE) - dopo Amsterdam, superata la diaspora britannica, il diritto sociale (e le politiche sociali) si dispongono a fare il "pieno" di competenze comunitarie[998], per di più con un deciso ampliamento delle materie su cui è possibile adottare direttive a maggioranza qualificata e non all'unanimità[999], oltre che con l'introduzione nel Trattato del titolo VIII sull'occupazione (ora titolo IX TFUE), da cui origina una nuova modalità di "integrazione attraverso il diritto" non più nella forma classicamente *hard*, bensì attraverso processi di convergenza nazionale indotti dalla *soft law* comunitaria[1000]; restano fuori, invece, dallo spettro di attribuzioni le materie delle retribuzioni, del diritto di associazione, del diritto di sciopero e di serrata.

Fra Roma ed Amsterdam si collocano le essenziali tappe dell'Atto Unico Europeo (1986)[1001], con l'introduzione della prima base giuridica "pesante", vale a dire l'art. 118A (ora art. 153 TFUE), che autorizza l'adozione a maggioranza qualificata di direttive contenenti prescrizioni minime in materia di tutela dell'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori: innovazione che, partita quasi in sordina, si rivelerà "un terreno fertile per l'avvio di sviluppi legislativi e anche giurisprudenziali"[1002]; ma anche il passaggio contrassegnato dall'approvazione del Protocollo sulla politica sociale "allegato" al Trattato di Maastricht (1992) che sancisce, *inter alia*, l'istituzione del dialogo sociale finalizzato alla stipula di accordi collettivi a livello europeo, oltre ad

---

997 Cfr. MICKLITZ, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Developments of the European Social Model in Anti-Discrimination and Consumer Law*, in Neergard, Nielsen, Roseberry (eds.), *The Role of Courts in Developing a European Social Model. Theoretical and Methodological Perspectives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, 36.

998 Certamente oltre la tutela dell'ambiente di lavoro, sino a ricomprendere le condizioni di lavoro, l'informazione e la consultazione dei lavoratori, l'integrazione delle persone esclude dal mercato del lavoro (art. 137, ora art. 153 TFUE).

999 Oltre alle materie indicate nella nota precedente, v. le innovative disposizioni dell'art. 13 (ora art. 19 TFUE), che autorizza l'adozione di misure per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali e dell'art. 141 (ora art. 157 TFUE), sull'adozione di misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (comma 3), precisando tuttavia che il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali (comma 4).

1000 V. *infra*, par. 3.

1001 Per CARINCI, *Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di un'Europa in cammino*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 55, "con l'Atto unico europeo il processo europeo cambiava passo, innescando un *continuum* di Trattati modificativi" all'insegna della diffusione del verbo dell'Europa sociale.

1002 SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea. Vol. V. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009, 11.

anticipare, per così dire, le misure di ampliamento delle competenze comunitarie, in quella fase limitatamente agli undici stati aderenti al Protocollo con l'autoesclusione della Gran Bretagna, ma poi destinate a confluire, stavolta con il pieno coinvolgimento del *partner* inglese, nel Trattato di Amsterdam[1003].

Con i Trattati di Nizza (2000/2001) e di Lisbona (2007), infine, si assiste ad una "manutenzione" dell'assetto pregresso. Il TFUE, formalmente in vigore dal 1° dicembre 2009, riflette in verità lo stato delle competenze definitosi in corso di tempo[1004], metabolizzando tuttavia alcune non irrilevanti novità introdotte appunto dagli ultimi due Trattati: in particolare, una più ampia ed esplicita legittimazione del ruolo delle parti sociali europee con relativo sostegno al dialogo sociale e alla contrattazione collettiva, ma anche l'estensione del metodo del coordinamento "ora visibile pure nelle disposizioni sulle competenze (art. 5, comma 3 TFUE)", con un apparente ampliamento tematico, pertanto, dei processi di convergenza tramite strumenti *soft*[1005].

Come si può desumere dal silenzio mantenuto sino a questo punto, nei Trattati, quantomeno sino a Lisbona, non si ritrovano però "i diritti". Come dire che una delle più rilevanti scaturigini della stagione del costituzionalismo democratico[1006] per lungo tempo non ha ritrovato diretta espressione negli atti fondativi dell'ordinamento giuridico europeo, il che ha contribuito ad alimentare ulteriormente il dibattito intorno allo strutturale *deficit* costituzionalistico del sistema giuridico comunitario[1007].

Tuttavia, bisogna riconoscere che il percorso che conduce al riconoscimento formale dei diritti sociali è più articolato rispetto a quelli che determinano l'emersione di altre categorie di diritti. In realtà, sin da subito emerge l'esigenza di documenti (esterni ai Trattati) contenenti un'elencazione dei diritti sociali meritevoli di tutela in ambito europeo. La mente corre alla Carta sociale europea adottata in seno al Consiglio d'Europa nel 1961 (e successivamente oggetto di revisione nel 1996)[1008], nonché alla più recente Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, approvata dal Consiglio europeo di Strasburgo nel dicembre 1989, con l'eccezione della riottosa Gran Bretagna, su decisivo impulso della Commissione presieduta da Jacques Delors[1009]. Entrambi i documenti non assunsero efficacia cogente, ma valenza meramente programmatica, anche se,

---

[1003] Per una più puntuale ricostruzione, oltre a SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo,* cit., 10 ss., cfr. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi "genealogica"*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 531 ss.; CARINCI, *op. cit.*, 51 ss.

[1004] Cfr. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro*, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Inmigración*, 2011, n. 92, 75 ss.

[1005] CARUSO, *Introduzione. I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, 9. Per più approfondite analisi e riflessioni v. ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa sociale nel Trattato di Lisbona*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".*INT*, n. 82/2010; GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, Relazione al convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Perugia, 25 e 26 marzo 2011; SCHMITT, *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, in *Droit Social*, 2010, spec. 690 ss.; VENEZIANI, *L'art. 152 del Trattato di Lisbona: quale futuro per i social partners?*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 243 ss.

[1006] Cfr. specialmente FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Bari, 2009, 89 ss.

[1007] V. riferimenti cit. *supra*, nota 17.

[1008] In dottrina, da ultimo, OLIVERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 509.

[1009] Cfr. DE LUCA, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, in *Foro it.*, 1990, V, 129; LA MACCHIA, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 769.

con il Trattato di Amsterdam, i diritti ivi elencati diventano fonti di diretta ispirazione delle politiche sociali europee, ai sensi dell'art. 136 (ora art. 151.1 del TFUE)[1010].

Le ultime vicende, successive all'adozione, in occasione del Consiglio di Nizza, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), sono troppo note per ritornarci con dovizia di particolari[1011]. Derubricata da Carta costituzionale europea al minor rango di *Bill of Rights*, la CDFUE è stata riproclamata, con adattamenti, a Strasburgo e, in questa definitiva veste, opera ora *pleno iure* nello scenario istituzionale sovranazionale, anche perché l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea le ha riconosciuto "lo stesso valore giuridico dei trattati"[1012].

I diritti sociali inclusi nella CDFUE si ritrovano, principalmente ma non solo, nel titolo IV sulla Solidarietà. Il ventaglio è ampio ed include, in primo luogo, il diritto della persona a potere fruire di adeguati e gratuiti servizi di collocamento (art. 29), posto che, ai sensi dell'art. 15, "ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata"; seguono il diritto del lavoratore alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30) nonché a condizioni di lavoro giuste ed eque nel luogo di lavoro (art. 31); ancora, si prefigura il divieto di lavoro minorile, cui si lega la garanzia di un'ampia tutela delle condizioni lavorative dei giovani (art. 32); non manca poi il riconoscimento del diritto alla conciliazione fra la vita familiare e la vita professionale cui sono finalizzate le tutele contro il licenziamento per causa di maternità e i diritti ai congedi di maternità e parentali (art. 33). La tutela contro le discriminazioni e la parità fra uomini e donne anche in materia di lavoro, occupazione e retribuzione sono assicurate dagli artt. 21 e 23, racchiusi nel Titolo III in materia di uguaglianza. Ancora, si distingue il riconoscimento del diritto di associazione "in campo sindacale" (art. 12), cui si raccordano l'art. 27 in materia di informazione e consultazione individuale e collettiva e, soprattutto, l'art. 28 che tematizza il diritto di negoziazione collettiva e di azione sindacale, compreso il diritto di sciopero. L'art. 34, infine, sancisce il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali, ma anche il diritto all'assistenza sociale e abitativa[1013].

[1010] "L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione"; sul punto cfr. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria, cit.*, 535.

[1011] Per una ricostruzione della tempistica degli eventi che hanno condotto all'approvazione della Carta, v. comunque FALLETTI, *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Digesto, sez. civile, Aggiornamento*, 2010, 5 ss.; ANDERSON, MURPHY, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, EUI WP, Department of Law, no. 2011/09.

[1012] Cfr. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 222: "la Carta dei diritti, tuttavia, rimane un documento a sé stante, non viene ricompresa formalmente nei trattati istitutivi, preservando una sua autonomia. Questa scelta si spiega bene con lo spirito di Lisbona: evitare ogni simbolo di natura costituzionale, per non incorrere in un secondo fallimento, senza però retrocedere sostanzialmente dagli obiettivi perseguiti nella stagione ''costituzionale''. In base al nuovo art. 6 il valore giuridico della Carta è assicurato. D'altra parte, essa rimane ''esterna'' ai trattati, affinché questi non assumano una veste troppo spiccatamente costituzionale"; v. anche SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corriere giuridico*, 2010, n. 2, 148, nonché PACIOTTI, *Democrazia ed Europa*, in Bovero, Pazè (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Bari, 2010, spec. 149 ss.

[1013] Per una recente ricostruzione NEERGARD, *In Search of the Role of "Solidarity" in Primary Law and the Case Law of the European Court of Justice*, in Neergard, Nielsen, Roseberry (eds.), *The Role of Courts*, cit., 114-115.

Pur scontando talune omissioni - si pensi al silenzio sul diritto del lavoratore alla giusta retribuzione per contro espressamente sancito dalla Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989 - presumibilmente indotte dall'esigenza di "non dare l'impressione" di un ampliamento delle competenze dell'Unione,[1014], la CDFUE svolge l'importante funzione di canonizzare a livello sovranazionale i diritti individuali, collettivi, previdenziali-assistenziali, desumibili dal "patrimonio costituzionale" europeo ed internazionale, con il quale la CDFUE va beneficamente ad intrecciarsi, come si evince sia dall'art. 52, sia soprattutto dall'art. 53, che introduce una sorta di clausola di salvaguardia del superiore livello di protezione eventualmente assicurato dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali (in particolare la Carta europea dei diritti dell'uomo), dalle costituzioni degli stati membri. Ne scaturisce un costituzionalismo *multilivello* ma non parcellizzato, bensì interrelato in una logica di nessi e legami fra le diverse dimensioni istituzionali[1015]. Sicché, pure laddove non si escludono limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla CDFUE, ciò può avvenire solamente attraverso "la legge" e in ogni caso preservando il "contenuto essenziale di detti diritti e libertà" (art. 52.1).

Del resto, che la CDFUE vada presa sul serio è confermato dalla Comunicazione della Commissione sulla "strategia per un'attuazione effettiva della Carta" (19 ottobre 2010), che promuove in particolare l'integrazione della CDFUE all'interno del processo legislativo comunitario (in tutte le sue fasi: dall'ideazione della proposta alla valutazione d'impatto), sensibilizzando la Commissione a vigilare in ordine al rispetto della CDFUE da parte degli Stati membri, nell'attuazione del diritto dell'Unione[1016].

La giurisprudenza, dal canto suo, muove anch'essa i primi timidi passi in questa direzione. Anche grazie all'*imprinting* relativo alla sua efficacia giuridica (art. 6 TUE), sta infatti emergendo una dimensione "giudiziale" della CDFUE, pure in questo caso secondo una logica *multilevel* che coinvolge, nell'implementazione dei principi ivi contenuti, i giudici nazionali, la Corte di Giustizia dell'UE, sino alla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo[1017].

3. Il percorso del diritto sociale "europeizzato": a) l'integrazione per riflesso; b) l'integrazione mediante *hard law*; c) l'integrazione mediante *soft law* (il metodo aperto di coordinamento).

È comunque fuor di dubbio che l'impatto del processo di integrazione attraverso il diritto sul "modello sociale europeo" sia principalmente avvenuto attraverso la legislazione comunitaria derivata, pur secondo una scansione degli apporti normativi "graduale e frammentaria"[1018].

[1014] Peraltro, che la CDFUE "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati" è precisato *ad abundantiam* dall'art. 51.2 della CDFUE.

[1015] Cfr. CARUSO, *Costituzione europea e diritti sociali: lo stato dell'arte*, in Caruso, Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".*Collective Volumes*, n. 1/2011, 22; v. anche DELLA CANANEA, *Is European Constitutionalism really multilevel?*, in *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht*, 2010, vol. 70, n. 2, 283 ss.

[1016] COM(2010) 573 def., Bruxelles, 19.10.2010.

[1017] Cfr. BRONZINI, Happy birthday: *il primo anno di obbligatorietà della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Caruso, Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana*, cit., 26 ss.

[1018] Cfr. MOREAU, *op. cit.*, 1.

a) L'integrazione per riflesso.

La dimensione primigenia del processo è ispirata ad un certo "minimalismo regolativo" e s'identifica nella c.d. integrazione "negativa" o "per riflesso". Alle origini del sistema giuridico comunitario, la realizzazione delle quattro "libertà" (di circolazione di merci, persone, servizi, capitali) come codificata dall'art. 3 del Trattato di Roma, emerge come perno del progetto di unificazione del mercato comune, quasi una scelta "di sistema"[1019]. La rimozione degli ostacoli al libero mercato rappresenta infatti, in questa prima fase, la preoccupazione dominante delle istituzioni comunitarie e degli stati membri, rendendo gli obiettivi di protezione e di uguagliamento sociale meramente ancillari – e per certi versi consequenziali - rispetto alle finalità economiche.

Ciò si desume con chiarezza dal combinato disposto degli artt. 100 (ora art. 115 TFUE) e 117 (ora art. 151 TFUE) del Trattato di Roma. Se, infatti, il secondo promuove il "miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta la loro parificazione nel progresso" ciò avviene principalmente come effetto deterministico dell'integrazione dei mercati; e, in ogni caso, la petizione è di principio e sprovvista di risvolti regolativi, mentre la base giuridica per l'adozione di direttive "volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli stati membri" (come si dirà fra breve, anche in materia sociale) si ritrova nell'allora art. 100 del Trattato, che ne orienta l'incidenza "sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune"[1020].

La libera circolazione delle persone – nella sua specifica declinazione di libera circolazione dei lavoratori (art. 48 del Trattato, ora art. 45 TFUE) – ha costituito uno degli *asset* del processo di unificazione del mercato attraverso le libertà, trattandosi di rimuovere le consolidate barriere nazionali alla mobilità *intracomunitaria* di quello speciale fattore della produzione rappresentato dalle risorse umane nel mercato del lavoro. Allo stesso tempo, "l'implicazione della persona nell'esercizio della libertà economica in questione" rendeva "questa irriducibile alla pura e semplice logica di mercato"[1021], sicché la sua realizzazione finirà per esprimere importanti riverberi sullo "status sociale" del lavoratore europeo[1022], accresciuti in corso di tempo dal ricco *corpus* di legislazione derivata sulla libera circolazione dei lavoratori[1023].

[1019] Cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 2001, 25. L'impostazione irtiana è ripresa, di recente, da BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 329 ss.

[1020] Cfr. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria,* cit., 529-530; CARINCI, *op. cit.,* 49.

[1021] Cfr. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, cit., 493.

[1022] Cfr. POIARES MADURO, *European Constitutionalism and Three Models of Social Europe*, in Hesselink (ed.), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, 129 ss.

[1023] *Magna pars* della disciplina è ora contenuta nel Regolamento UE n. 492/2011 (che ha incorporato, abrogandolo, lo "storico" regolamento CEE n. 1612/68) e, per il segmento relativo alla sicurezza sociale dei migranti, nel Regolamento UE n. 883/2004: per un'esaustiva ricostruzione del sistema di norme, oltre ad ORLANDINI, *op. cit.*, cfr. anche ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2010, 95 ss.; con riferimento alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti v. inoltre OLIVELLI, *Europa e armonizzazione previdenziale*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, 1243.

b) L'integrazione mediante *hard law*.

Il diritto sociale comunitario non impiegherà però molto tempo a sganciarsi dalle logiche dell'integrazione economica per divenire "adulto".

È *communis opinio* che il processo di autonomizzazione prenda le mosse dall'estesa "valorizzazione" dell'originario art. 119 del Trattato (ora art. 157.1 TFUE). Di questa disposizione, che fissava il principio di parità di trattamento retributivo fra lavoratori e lavoratrici, si è soliti sottolineare il carattere bifronte. Concepito come strumento di equo allineamento dei mercati nazionali interni alla comunità – mediante contrasto al *dumping* sociale determinato dalle disparità retributive fra lavoratori di diverso sesso, con effetti di distorsione della concorrenza sullo specifico versante del costo del lavoro – l'art. 119 del Trattato inglobava un rilevante potenziale di tutela sociale, espressosi a partire dalla famosa sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Defrenne*[1024], e poi consacrato dall'approvazione delle due direttive di parità (n. 75/117/Ce e n. 76/207/Ce) che, pur non formalmente basate sull'art. 119 del Trattato (che, del resto, di per se non costituiva "base giuridica")[1025], erano ispirate agli obiettivi ivi fissati, come attestato dall'esplicito richiamo contenuto nei *considerando* di entrambe le direttive. Da allora, la tutela antidiscriminatoria – e in tempi più recenti – la promozione delle pari opportunità "di genere" conosceranno uno sviluppo considerevole, sia all'interno dei Trattati e delle Carte dei diritti[1026], che nella legislazione derivata, trasformandosi in uno dei capitoli quantitativamente e qualitativamente più significativi del diritto sociale europeo[1027].

Ma è tutta la legislazione sul diritto sociale comunitario che, a partire dalla seconda metà degli anni '70, registrerà significativi progressi, che condurranno all'elaborazione dell'*acquis (sociaux) communautaire*. Tale processo si articola *grosso modo* in tre fasi, coincidenti con le tre "componenti *hard*" dell'*acquis*[1028].

1) La prima componente è costituita dalle cc.dd. direttive sulle crisi, che definiscono strumenti sovranazionali di contrasto avverso i licenziamenti collettivi generati da situazioni di crisi aziendale (direttiva n. 75/129/Ce) o di salvaguardia dei diritti dei lavoratori in presenza di una cessione di azienda (direttiva n. 77/187/Ce), cui si aggiungerà, di lì a poco, la direttiva di tutela dei diritti dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro (direttiva n. 80/987/Ce). Beninteso, tali atti normativi non erano adottabili in forza di specifica "base giuridica", non foss'altro perché, come si è detto, il Trattato di Roma difettava di basi giuridiche in materia sociale. Ad esse si arriva, dunque, attraverso il *medium* dell'art. 100 del Trattato, prima richiamato. Questo basterà a giustificare ricorrenti opinioni minimaliste, ben attente a non riconoscere a queste direttive che un

---

[1024] Cfr. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo*, cit., 6; nonché LOI, *La crisi economica e il diritto sociale europeo tra nuovi rischi e nuove solidarietà*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., 1223, che alla "lettura economica" della norma preferisce contrapporre una concezione "genuinamente sociale" della stessa.

[1025] Come ricorda ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria,* cit., 530, le due direttive furono rispettivamente approvate sulla base dei "vecchi" artt. 100 e 235 del Trattato, quest'ultima costituente una sorta di base giuridica suppletiva, utilizzabile in carenza di fondamenti specifici.

[1026] V. *supra*, par. 2.

[1027] Cfr. VALLAURI, *Rapporto di lavoro e appartenenza di genere*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, cit., 217 ss.

[1028] Cfr. TER HAAR, COPELAND, *op. cit.*

carattere meramente "procedurale". Una valutazione ingenerosa e che non tiene, per così dire, alla prova del tempo. Pur concepite in un contesto politico e giuridico dominato dalle preoccupazioni economiche e sprovviste di una diretta base giuridica, il trittico delle direttive sulla crisi, oltre a riverberare importanti effetti sugli ordinamenti lavoristici nazionali[1029], manifesterà una significativa vitalità, dimostrata dai periodici interventi di manutenzione, sino all'approvazione delle recenti direttive di "rifusione"[1030].

2) La seconda componente *hard* dell'*acquis* coincide con il vasto repertorio delle direttive fondate sull'allora art. 118A del Trattato di Roma, introdotto, come si è visto in precedenza, dall'Atto Unico Europeo del 1986. La vicenda istituzionale è assai rilevante perché segna il riscatto della dimensione sociale europea dall'oblio nel quale era stata precipitata per alcuni anni dall'ostruzionismo britannico, "figlio" delle politiche neo-liberiste del Primo Ministro Thatcher[1031]. Intorno al centro gravitazionale costituito dalla direttiva n. 89/391/Cee in materia di tutela della salute e sicurezza nell'ambiente di lavoro si andrà assestando, infatti, una galassia di direttive minori (c.d. direttive "figlie" con carattere di tutela settoriale o categoriale), ma anche alcune direttive di rilevante importanza, come quella sulla tutela della lavoratrice in gravidanza o maternità (n. 92/85/CE) o in materia di organizzazione dell'orario di lavoro (n. 93/104/CE, poi trasfusa nella direttiva di codificazione n. 2003/88/CE)[1032].

3) Il processo d'integrazione mediante direttive conosce un'ulteriore fase di sviluppo in coincidenza con la seconda metà degli anni '90. In quel tempo, si approvano le direttive sui lavori flessibili (lavoro a termine, *part-time*, mentre si avvia un percorso che condurrà, diverso tempo dopo, all'adozione della direttiva sul lavoro temporaneo)[1033], peraltro di ricezione di accordi collettivi quadro conclusi ai sensi delle disposizioni dell'APS allegato al Trattato di Maastricht e poi confluite nel Trattato di Amsterdam; ma anche anni in cui si avvia la gestazione delle direttive sulla tutela contro le discriminazioni per ragioni diverse da quelle di genere, in base all'art. 13 del Trattato di Amsterdam (ora art. 19 TFUE), direttive che vedranno formalmente la luce nel 2000[1034].

È interessante rilevare come questa fase segni il culmine e, contestualmente, il declino del processo di integrazione mediante *hard law*. Le riferite direttive segnano infatti la svolta verso la stagione delle fonti *soft* o leggere del diritto sociale[1035]. In particolare, le direttive sui lavori

---

1029 In tal senso da ultimo LOI, *op. cit.*; v. anche ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria,* cit., 531. Per un riepilogo delle questioni si rinvia comunque a LO FARO, *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazione d'impresa*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea,* cit., 392 ss.

1030 Cfr. le direttive nn. 98/59/CE sui licenziamenti collettivi, 2001/23/CE sui trasferimenti d'azienda e 2008/94/CE sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza datoriale.

1031 Ma come sottolineano JOERGES, SICILIANO, *Può lo stato sociale sopravvivere all'integrazione europea?*, 2011, 3, www.european-rights.eu, anche in altre parti d'Europa (e segnatamente in Germania attraverso l'operato della Banca federale tedesca) si assiste a quel tempo al predominio delle politiche economiche "monetariste".

1032 Su questo segmento della produzione normativa comunitaria si rinvia a RICCI, *Tutela della salute e orario di lavoro*, in Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 51 ss.

1033 Direttive nn. 97/81/CE (part-time), 99/70/CE (contratto di lavoro a tempo determinato), 2008/104/CE (lavoro tramite agenzia interinale), sulle quali cfr. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in Sciarra (a cura di), *Manuale*, cit., 133 ss.

1034 Direttive nn. 2000/43/CE che attua il principio della parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro: cfr. MILITELLO, *Le nuove discriminazioni*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea,* cit., 273 ss.

1035 Cfr. CARINCI, *op. cit.*, p. 66.

flessibili (ma, a stretto rigore di termini, tale giudizio andrebbe riferito anche alla precedente direttiva sull'organizzazione dell'orario di lavoro) di "duro" mantengono la veste formale e alcune disposizioni di principio, connotandosi per il resto per ampie concessioni ai meccanismi della derogabilità e opzionalità in ambito statuale, anche mediante la contrattazione collettiva o le "prassi nazionali". È la ragione per la quale un'influente dottrina anglosassone ha parlato di direttive di armonizzazione "riflessiva"[1036], evidenziandone l'idoneità a innescare complesse dinamiche nazionali di adattamento, variabili sia dal punto di vista delle fonti che dei concreti esiti regolativi.

c) L'integrazione mediante *soft law* (il metodo aperto di coordinamento).

La più recente fase del processo d'integrazione mediante il diritto non può essere compiutamente compresa al di fuori di un più generale ragionamento sugli strumenti del "pluralismo regolativo" che hanno interessato il diritto sociale europeo dalla seconda metà degli anni '90 in avanti[1037].

Mentre infatti le direttive sui lavori flessibili si facevano più leggere e adattabili, proponendosi di contemperare gli effetti di protezione sociale con le capacità di stimolo "occupazionale" proprie di tali tipologie contrattuali[1038], con il Trattato di Amsterdam e il successivo Consiglio di Lussemburgo si inaugurava uno strumento del tutto innovativo quale la Strategia europea per l'occupazione (SEO). Una tecnica di regolamentazione dell'ostica materia occupazionale tipicamente flessibile, in virtù della quale gli attori sovranazionali influiscono sulle *policies* (e sul diritto) nazionali senza ricorrere alla fonte *hard* di armonizzazione, bensì attraverso moduli di coordinamento, incentrati su fonti e procedure *soft*, incidenti sui contenuti delle politiche e sui risultati attesi. Il tutto sotto il costante controllo delle istituzioni comunitarie, alle quali è appunto affidata la fase d'impulso, ma anche il monitoraggio in corso d'opera sugli esiti della procedura[1039].

Il carattere "adattivo" e non "impositivo" di tale strumento ha condotto molti a revocarne in dubbio l'idoneità a fungere da tecnica di integrazione comunitaria. Vale la pena sottolineare, tuttavia, come essa abbia pragmaticamente rappresentato l'unica strada per superare il tradizionale nazionalismo regolativo in materia di politiche per l'occupazione; peraltro, inducendo non scontati effetti di ravvicinamento dei sistemi europei, per la parte relativa appunto agli strumenti di promozione dell'occupazione, anche per l'utilizzo di modalità operative che hanno conosciuto una rilevante diffusione pure al di fuori della SEO (si pensi a tematiche come la lotta contro l'esclusione sociale o la modernizzazione dei sistemi di protezione sociale[1040]) come il *benchmarking*, la *peer review*, il confronto fra le *best practices* nazionali[1041].

[1036] Da ultimo v. DEAKIN, ROGOWSKI, *Reflexive Labour Law, Capabilities and the Future of Social Europe*, University of Warwick School of Law, Legal Studies Research Paper, no. 2011-04.

[1037] Per una compiuta analisi cfr. CARUSO, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".*IT*, 39/2005.

[1038] Cfr. GIUBBONI, *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, spec. 267 ss.

[1039] Per una più ampia illustrazione sia consentito rinviare a RICCI, *Commento al Titolo VIII – Occupazione*, in Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004, 742 ss.

[1040] L'UE ha sottoposto a disciplina mediante regolamenti comunitari la sicurezza sociale dei lavatori migranti, attribuendo invece alla *soft law* la funzione di coordinare le politiche degli Stati membri al fine di "modernizzare la protezione sociale": cfr. OLIVELLI, *op. cit.*

[1041] SACCHI, *Governance e coordinamento aperto delle politiche sociali,* in Ferrera, Giuliani (a cura di), *Governance e politiche nell'Unione europea*, cit., 271; nel senso che la SEO abbia rappresentato la sola innovazione del modello regolativo europeo in materia sociale

4. La costruzione "pretoria" del MSE: gli apporti della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Il MSE, così come scaturito dal processo di integrazione comunitaria, ha ritrovato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia un formidabile fattore di propulsione e di consolidamento. Del resto, come non rimarcare il carattere *ultroneo* di alcune sentenze della Corte di Giustizia in materia di diritto sociale, ben note al di là del seminato degli specialisti, in quanto gravide di principi rilevanti su un piano più generale? Si pensi, in questo senso, alla celeberrima sentenza del 1991 nel caso *Francovich*, originato da una controversia in materia di mancata trasposizione nell'ordinamento italiano della direttiva sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza datoriale, e che postula il principio giusto il quale, oltrepassando i limiti dell'efficacia meramente verticale della direttiva dettagliata non trasposta, si configura l'obbligo del risarcimento del danno in capo allo Stato inadempiente al dovere di recepimento dell'atto comunitario[1042]. O, ancora, alla più recente sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'UE nel caso *Kücükdeveci*, in cui si è sensibilmente rafforzato il principio della supremazia del diritto dell'UE, riconoscendo al giudice nazionale il potere di disapplicare, nell'ambito di una controversia *inter privatos*, le disposizioni nazionali in contrasto con la direttiva europea sul divieto di discriminazione per età, senza preventivamente richiedere una pronunzia interpretativa della Corte di Giustizia[1043].

Per il resto, con riferimento alla vasta casistica giurisprudenziale formatasi nel corso dei decenni, è utile cogliere alcuni elementi distintivi dei percorsi logico-argomentativi praticati dai giudici europei. Si possono evidenziare, al riguardo, tre principali linee di tendenza, che hanno a che vedere con i caratteri costitutivi degli atti di normazione derivata su cui la giurisprudenza va ad incidere.

1) Una prima linea è contrassegnata dalla giurisprudenza "additiva" in materia di tutela contro le discriminazioni per genere e si articola in una duplice direzione. Talora la giurisprudenza piega le direttive degli anni '70, che pur fondamentali nel processo di evoluzione del modello sociale palesavano importanti lacune regolative, ad esigenze di protezione non presenti al legislatore (si pensi all'elaborazione, in giurisprudenza, del fondamentale concetto di discriminazione indiretta); talaltra curva talune questioni interpretative formalmente eccentriche rispetto a quelle direttive, in quanto attinenti a materie non regolate a livello comunitario, fino a farle confluire nel corpo delle direttive sulla discriminazione per genere (si pensi alla ricca casistica sulle discriminazioni nei confronti delle lavoratrici *part-time*)[1044].

2) Una seconda linea coincide con la messe di sentenze rese in esito a procedure d'infrazione, con le quali la Corte di Lussemburgo ha mostrato il volto di "cane da guardia" del processo d'integrazione. Non è certamente casuale che l'ambito maggiormente interessato dall'iniziativa della Corte sia quello delle direttive in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro,

---

JOERGES, *Unity in Diversity as Europe's Vocation and Conflicts Law as Europe's Constitutional Form*, LEQS Paper no. 28/2010, 24. Per una rassegna delle posizioni *pro* e *contro* la SEO v. inoltre CARUSO, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law,* cit., 13-14.

1042 Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Francovich e a. c. Repubblica Italiana*. Ne fa menzione, ancora di recente, MENGOZZI, *Il contributo del diritto alla determinazione dell'identità dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 649, come esempio di arricchimento della *rule of law* comunitaria "anche sul piano processuale con riferimento ai rimedi giurisdizionali utilizzabili dai singoli per far valere i diritti loro attribuiti dal diritto comunitario".

1043 Corte giust. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci c. Swedex GMBH & Co. KG*.

1044 Cfr., anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, VALLAURI, *op. cit.*, 221 ss.

trattandosi di fonti tipicamente *hard*, rispetto alle quali solo di rado emergono problemi di conformità interpretativa rispetto a norme nazionali, sollevandosi in genere questioni di inadempimento o, comunque, di trasposizione inesatta o incompleta della direttiva negli ordinamenti nazionali[1045].

3) Una terza linea di tendenza rimanda al sindacato giudiziale sulle modalità di trasposizione in ambito nazionale delle direttive *soft* degli anni '90: in particolare la direttiva sull'organizzazione dell'orario di lavoro, nonché le direttive sul contratto di lavoro *part-time* e a tempo determinato. In quest'ambito, la Corte di Giustizia supplisce a un *deficit* di determinatezza o a un eccesso di opzionalità delle direttive, per ristabilire taluni tratti di rigidità delle regole comunitarie.

Anche stavolta la casistica è talmente ampia che non è possibile richiamarla se non per sommi capi.

A proposito della direttiva sull'orario di lavoro, i principali *decisa* attengono alla ricostruzione della nozione di orario di lavoro, nella quale la Corte riconduce fasi temporali non saturate dallo svolgimento dell'attività lavorativa (per esempio i tempi di attesa fra una prestazione di lavoro e la successiva) rimediando ad una definizione normativa (art. 2 della direttiva n. 2003/88/CE) insoddisfacente, stante il suo carattere elastico ed indeterminato[1046]. O ancora, ai limiti invalicabili alla flessibilizzazione dell'orario di lavoro settimanale - in linea generale consentita dal legislatore comunitario (artt. 6, 16 e 17 della direttiva) - al fine di assicurare il controllo sulla durata massima della prestazione lavorativa, in conformità con i principi di tutela della salute e sicurezza del prestatore di lavoro[1047]. Scorrendo, infine, la ricca e variegata casistica sul diritto alle ferie annuali retribuite (art. 7 della direttiva), emerge la chiara consapevolezza della Corte in ordine al fatto che un diritto di tal natura – che consente la fruizione di quote essenziali di tempo di non lavoro, soddisfacendo al contempo bisogni distensivi e ricreativi di più lungo periodo (e infatti definito costantemente dalla giurisprudenza "principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione") – non è suscettibile di deroghe e neppure può essere "barattato", salvo casi eccezionali, con semplici compensazioni monetarie. Consapevolezza che si traduce in operazioni giurisprudenziali di censura di quelle normative o prassi nazionali che indulgono verso la flessibilizzazione o, peggio, la limitazione del diritto alle ferie[1048].

Per quanto riguarda, invece, le direttive sui lavori flessibili, l'apporto della Corte di Giustizia è particolarmente visibile nella giurisprudenza che conferisce centralità applicativa al principio di parità di trattamento fra lavoratori *part-time* e *full-time*[1049], interpretando restrittivamente anche

---

[1045] Fra le tante cfr. Corte Giust. sentenza 25 luglio 2008, causa C-504/06, *Commissione c. Repubblica italiana*; 14 giugno 2007, causa C-127/05, *Commissione delle Comunità europee c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*; 16 dicembre 2004, causa C-358/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria*.

[1046] Cfr. Corte Giust. 3 ottobre 2000, causa C-303/98, *SIMAP*; 9 settembre 2001, causa C-151/02, *Jaeger*; 1° gennaio 2005, causa C-14/04, *Dellas*; ord. 11 gennaio 2007, causa C-437/05, *Vorel*.

[1047] Cfr. Corte Giust. 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß c. Stadt Halle*.

[1048] Cfr. Corte Giust. 26 giugno 2001, causa C-173/99, *BECTU*; 18 marzo 2004, causa C-342/01, *Merino Gómez*; 20 gennaio 2009, cause C-350 e 520/06, *Schultz-Hoff* e *Stringer*; 10 settembre 2009, causa C-277/08, *Vicente Pereda*; maggiormente incline ad un bilanciamento fra il diritto alle ferie e le esigenze organizzative del datore di lavoro è la più recente Corte Giust. 22 novembre 2011, causa C-214/10, *KHS AG c. Schulte*.

[1049] Corte Giust. 10 giugno 2010, cause riunite C-395 e 396/08, *Inps c. Bruno e a.*

il principio del *pro rata temporis* (art. 4 dell'accordo collettivo quadro recepito nella direttiva n. 97/81/CE)[1050]; o, ancora, in quelle sentenze che, superando qualsiasi dubbio interpretativo, censurano con nettezza normative e prassi nazionali elusive del divieto di discriminazione del lavoratore a tempo determinato (art. 4 dell'accordo collettivo quadro recepito nella direttiva n. 99/70/CE) palesando l'intento del datore di lavoro di utilizzare tale strumento contrattuale per imporre condizioni di impiego tali da "privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato"[1051].

Naturalmente, simile lavorio giurisprudenziale, del quale sono stati richiamati solamente alcuni esempi, ancorché altamente significativi, ha favorito, anche in materia di diritto sociale, lo svilupparsi di un sistema giudiziale *multilevel*, scandito da un dialogo costante fra il giudice sovranazionale, che si fa carico, attraverso le sentenze interpretative, di problematiche nazionali, e il giudice nazionale che, recependo i *dicta* della Corte lussemburghese, o attraverso gli strumenti dell'applicazione diretta delle direttive o dell'interpretazione conforme, si fa a sua volta giudice europeo[1052].

5. I fattori endogeni di criticità e l'incerto futuro: l'economia sociale di mercato in Europa nel vortice della crisi globale.

Non poca enfasi si è posta, nelle analisi più recenti, sull'art. 3, par. 3.1 del TUE, nel testo successivo al Trattato di Lisbona, nel quale si rilancia il MSE alla stregua di una "economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale"[1053] in un contesto nel quale "l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore" (par. 3.2), oltre a perseguire "la coesione sociale, economica e territoriale e la solidarietà fra gli Stati membri" (par. 3.3).

[1050] Corte Giust. 22 aprile 2010, causa C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol*.

[1051] Corte Giust. 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*; 15 aprile 2008, cause riunite C-378, 379 e 380/07, *Impact*; 22 dicembre 2010, cause riunite C-444 e 456/09, *Gavieiro Gavieiro e a. c. Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*.

[1052] Cfr., da ultimo, IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2011, 393 ss. Un recente esempio di dialogo fra le Corti sul terreno del diritto sociale è rappresentato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione italiana in un caso concernente la salvaguardia dei diritti retributivi in capo al personale tecnico-amministrativo delle istituzioni scolastiche (c.d. personale ATA) transitato dagli Enti locali allo Stato. La Corte di Giustizia, con sentenza 6 settembre 2011, causa C-108/10, *Scattolon c. Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*, ha qualificato tale passaggio, con contestuale riassunzione dei dipendenti da parte dell'amministrazione statale, alla stregua di un trasferimento d'azienda, ai sensi della direttiva n. 77/187/Cee, mettendo in rilievo come l'art. 3 della direttiva medesima osti a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo in dipendenza del mancato riconoscimento dell'anzianità maturata presso il cedente. La Corte di Cassazione, con alcune sentenze pressoché coeve (Cass. 12 ottobre 2011, n. 20980; 14 ottobre 2011, nn. 21281 e 21282, tutte *inedite*), dopo avere richiamato i consolidati principi in materia di supremazia del diritto dell'Unione europea (comprese le sentenze interpretative della Corte di Giustizia che riguardino norme europee direttamente applicabili), ha statuito in consonanza con il principio di diritto enunciato dalla Corte di Lussemburgo, così rinviando al giudice di merito il compito di accertare la sussistenza del peggioramento retributivo subito dal personale ATA all'atto del trasferimento.

[1053] Cfr. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea*, cit.; SCHMITT, *op. cit.*, 684; v. anche DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 81 ss.

La locuzione "economia sociale di mercato" sembra in verità compendiare, con una formula già ampiamente nota perché identificativa dei caratteri salienti del modello sociale "renano", le proposizioni della Strategia di Lisbona del 2000. Sotto le insegne di quella Strategia, il decennio era iniziato sotto ottimistici auspici, di creazione in Europa dell'economia più avanzata e competitiva del mondo, con sostanziali progressi sul lato dell'occupazione e della qualità del lavoro. Si volevano sfruttare, a tal proposito, le potenzialità positive della SEO, entro un contesto di rilancio economico fondato sulla diffusione della tecnologia, la creazione di uno spazio europeo della ricerca e l'innovazione, l'impulso al tessuto della piccola impresa ad alto contenuto tecnologico. La Strategia di Lisbona - pur sottoposta nel 2005 a una "revisione" finalizzata al suo rilancio[1054] - ha però conosciuto un'attuazione travagliata e assai parziale. A fronte di un incremento del tasso medio di occupazione (65%), si sono registrate disparità crescenti fra paesi europei più e meno virtuosi, in termini sia di crescita occupazionale sia di equa distribuzione dei redditi, ma anche un aumento dell'occupazione flessibile o precaria (*bad jobs*) in luogo del proclamato incremento dei *quality jobs*[1055].

Nel frattempo, il MSE, come prodotto del processo di integrazione sovranazionale mediante il diritto *hard* e *soft* (1) e degli apporti della giurisprudenza della Corte di Giustizia (2), ha subito un'evidente battuta d'arresto.

(1) In primo luogo, si è progressivamente inaridita l'attività di produzione normativa tramite direttiva[1056]. Le statistiche indicano chiaramente che negli ultimi dieci anni la fonte *hard* è stata scarsamente utilizzata, e quando ciò è avvenuto, si è trattato prevalentemente di direttive di modifica di altre vigenti, se non di vero e proprio consolidamento dei testi già in essere. Né pare ci si debba attendere un rilancio significativo nei prossimi anni, almeno stando alle scarne indicazioni in tal senso desumibili dalla più recente "Agenda sociale", peraltro risalente al 2008 e non ulteriormente aggiornata[1057].

Ma bisogna dire che pure la SEO, già minata – dopo una promettente partenza – da elementi endogeni di debolezza[1058], è entrata in crisi d'identità, dopo che i Consigli europei di Bruxelles e Salonicco (2003) hanno dato l'avvio alla nuova generazione di orientamenti per l'occupazione, elaborati su base triennale in coerenza con gli indirizzi di massima per le politiche economiche. Il legame è stato ora considerevolmente rafforzato, a seguito dell'approvazione della "Strategia Europa 2020"[1059]. Questa, oltre a prevedere una riduzione secca del numero degli orientamenti per

---

[1054] Cfr. la Comunicazione della Commissione "Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio della Strategia di Lisbona", COM(2005) 24, def., Bruxelles, 2.2.2005, recepita nelle conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 22 e 23 marzo 2005.

[1055] Cfr. MAGNUSSON, *After Lisbon. Social Europe at the Crossroads*, ETUI WP, no. 2010/01.

[1056] Cfr. DEGRYSE, POCHET, *Quanto diritto sociale "produce" l'Europa?*, in Campedelli, Carrozza, Pepino (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza ed istituzioni sociali*, Il Mulino, Bologna, 189 ss.

[1057] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda sociale rinnovata: Opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo*, COM(2008) 412 def.

[1058] Cfr. SCIARRA, *Experiments in the open method of coordination: measuring the impact of the EU Employment Policies*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, spec. 479.

[1059] Comunicazione della Commissione "Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", COM(2010) 2020, Bruxelles, 3.3.2010, su cui cfr. SCIARRA, *Experiments in the open method of coordination*, cit., 480 ss.; LOI, *op. cit.*; SARACENO, *La*

la politica economica (dai precedenti 24 agli attuali 6), da impulso ad una più accentuata "integrazione degli orientamenti", ma con l'evidente prevalenza degli obiettivi di natura economica, se è vero che, in seno agli orientamenti di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione, si ritrovano indicazioni estremamente precise in ordine a misure aventi palesi ricadute sul piano sociale e delle tutele lavoristiche: in particolare, per quel che riguarda i sistemi di contrattazione salariale e, più in generale, le misure sulla retribuzione come fattore di moderazione e di riequilibrio macroeconomico[1060]. Al contempo, si fanno più frequenti i riferimenti alla *flexicurity*, sorta di indeterminato metodo di regolazione, di impianto sostanzialmente nazionale, ove le tradizionali politiche securitarie scolorano entro il più ampio contenitore delle strategie di incremento delle *job chances*, come contropartita dell'affievolimento degli elevati livelli di garanzia tipici del MSE[1061].

(2) Molti hanno poi intravisto una seria minaccia per la "tenuta" del MSE in quella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE che investe direttamente la sfera dei rapporti fra diritti sociali fondamentali di natura collettiva e libertà economiche. Ci si riferisce alle diverse pronunzie (a partire da *Laval* e *Viking*) in cui la Corte, pur riconoscendo al diritto di sciopero e di contrattazione collettiva il rango di diritti fondamentali facenti parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ha ritenuto di sottoporli a una "ponderazione comparativa" con alcune libertà economiche fondamentali (in particolare, la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento), introducendo un giudizio di bilanciamento fra gli uni e le altre, sulla base del principio di proporzionalità[1062]. Il che ha portato la Corte a delimitare l'effettività dei diritti sindacali, cui si imputa di recare un *vulnus* all'esercizio delle libertà economiche fondamentali (delle imprese di paesi di recente accessione le quali si spingono ad operare in contesti nazionali caratterizzati da più avanzati *standard* sociali) non giustificato dal perseguimento di finalità di interesse generale[1063]. Con l'effetto finale di avallare uno schema entro il quale, potendosi in definitiva optare per gli

---

"Strategia Europa 2020", 2011, www.caffeuropa.it.; POCHET, *Social impact of the new form of European governance*, ETUI Policy Brief, no. 5/2010.

[1060] Cfr. la Raccomandazione del Consiglio del 13 luglio 2010 sugli orientamenti di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione, in *G.U.U.E.* del 23.7.2010, L 101/28, cui *adde* la Decisione del Consiglio del 21 ottobre 2010 sugli orientamenti degli Stati membri a favore dell'occupazione, in *G.U.U.E.* del 24.7.2010, L 308/46; tali orientamenti sono stati mantenuti anche per il 2011, come si desume dalla Decisione del Consiglio del 19 maggio 2011, in *G.U.U.E.* del 26.5.2011, L 138/56.

[1061] Cfr. HANSEN, TRAIANTAFILLOU, *The Lisbon Strategy and the alignment of economic and social concerns*, in *Journal of European Social Policy*, 2011, 206; per riflessioni critiche sul metodo della *flexicurity* cfr. ALES, *Modello sociale europeo e* flexicurity*: una sorta di "patto leonino" per la modernizzazione*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, 523; MEDA, *Flexicurité: quel équilibre entre flexibilité et sécurité*, in *Droit Social*, 2007, 763; BURRONI, KEUNE, *Flexicurity: a conceptual critique*, in *European Journal of Industrial Relations,* 2011, vol. 17, n. 1, 75. Anche se, a ben vedere, pure la *flexicurity*, ove "presa sul serio", implica per gli Stati membri elevati costi, finalizzati a garantire il funzionamento efficiente dei servizi di *workfare:* per tale ragione TANGIAN, *Not for bad weather: flexicurity challenged by the crisis*, ETUI Policy Brief, no. 3/2010, conclude nel senso che neppure la *flexicurity* sembra reggere all'impatto destrutturante della crisi economico-finanziaria.

[1062] Cfr. in particolare Corte Giust. 10 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*; 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, cui hanno fatto seguito Corte Giust. 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Rüffert*; 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*; 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione c. Germania*.

[1063] Nell'ormai imponente letteratura sul tema, cfr. almeno CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009; ID., *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., 1411; LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2010, 45; nonché il recente fascicolo monografico del *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, n. 3.

standard regolativi più convenienti per i prestatori di servizi, "la competizione regolativa sul mercato del lavoro (…) appare sistematicamente sbilanciata a favore dei sistemi di diritto del lavoro meno costosi per le imprese (*i.e.* di quelli dei nuovi stati membri dell'est Europa)" [1064].

La giurisprudenza ha sortito un effetto decisamente ansiogeno sui giuslavoristi (e non solo)[1065], paventandosi il ritorno ad una dimensione conflittuale fra diritti sociali e libertà economiche contrassegnata dal ritorno all'antica soggezione dei primi rispetto alle seconde. Tuttavia, fermo restando che tale giurisprudenza denota sicuramente una scarsa dimestichezza con i diritti fondamentali di natura collettiva – al punto da degradare il diritto sciopero a diritto "minore" destinato a soccombere ove il suo esercizio appaia privo di giustificazione[1066] - l'orientamento segnala, più che altro, quanto pesino gli squilibri generati dai fenomeni di allargamento dell'Unione europea verso paesi con sistemi sociali ed economici ancora distanti dalle avanguardie europee[1067].

Appare invece poco plausibile trarne, come fanno i più pessimisti, sintomi di una sistematica *deminutio* dei diritti sociali fondamentali dinanzi al neo-predominio delle libertà economiche.

Non mancano, del resto, indicazioni di segno palesemente contrario: si pensi, paradigmaticamente, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che inibisce l'infiltrazione dei principi sulla libera concorrenza entro i confini del diritto della sicurezza sociale, negando che le normative nazionali che impongono l'iscrizione obbligatoria dei dipendenti a regimi assicurativo/previdenziali gestiti da enti di diritto pubblico determinino una violazione delle regole di concorrenza ora codificate negli artt. 101, 102 e 106 TFUE. Ciò avviene escludendo che tali enti possano essere qualificati come "imprese svolgenti attività economica", assunta tanto la funzione di carattere esclusivamente sociale da essi svolta, quanto la finalità eminentemente solidaristica e di "comunità di rischio" assolta dal regime assicurativo/previdenziale[1068]. La rilevanza, in termini di prevalenza delle istanze di protezione sociale, dell'orientamento in parola è ancora più evidente laddove i giudici, sulla base di analoghe argomentazioni giuridiche, sottraggono alle censure di illegittimità per condotta anticoncorrenziale le normative nazionali che consentono alla contrattazione

---

[1064] Così GIUBBONI, *Stato sociale, libera circolazione delle persone e nuovi confini della solidarietà in Europa*, 2011, 8, www.osservatorioinca.org/section/includes/attach_file/Giubboni_Berlino.pdf.

[1065] Cfr. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea*, cit., 2, che mette in evidenza la contraddizione per cui, al picco del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali, la giurisprudenza riscopra le libertà economiche come limite all'effettività degli stessi; MOREAU, *op. cit.*, 8; fra i non lavoristi v. le preoccupazioni palesate da AZZARITI, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione europea*, Relazione al convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Perugia, 25 e 26 marzo 2011, spec. 10 ss. In generale, sullo stato dei rapporti fra diritti e libertà nella dimensione sovranazionale v. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, 319.

[1066] Cfr. ALBI, *Libertà economiche e diritti sociali fondamentali:* Viking *e* Laval *rappresentano un paradigma?*, 2011, 5, www.europeanrights.eu.

[1067] In generale, MAJONE, *Unity in diversity: European integration and the enlargement process*, in *European Law Review*, 2008, vol. 33, p. 457. Specificamente, sulla difficile convergenza degli stati di nuova accessione verso gli *standard* sociali europei v. DREXLER, VAN VLIET, *European Social Model: No Convergence from the East*, in *European Integration*, 2010, vol. 32, n. 1, 115 ss. Nel senso della sottovalutazione degli effetti socialmente sperequanti dell'allargamento v. MOREAU, *op. cit.*, 9 ss.

[1068] Cfr., ancora di recente, Corte Giust. 5 marzo 2009, causa C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau – und Metall – Berufsgenossenschaft;* per una compiuta retrospettiva si rinvia a RICCI, DI VIA, *Monopoli previdenziali e diritto comune* antitrust, in Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel* welfare *italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Il Mulino, Bologna, 2007, 39 ss.

collettiva di istituire sistemi assicurativi privati gestiti da organismi paritetici e resi da questa obbligatori nei confronti dei dipendenti e dei datori di lavoro compresi nel suo ambito di applicazione[1069].

* * * *

Gli elementi di criticità cui si è fatto sino ad ora riferimento paiono quasi "svaporare" se posti a confronto con i rischi di sopravvivenza che incombono sul MSE in corrispondenza del drammatico dipanarsi, dal 2008 ad oggi, di una crisi economico-finanziaria la cui virulenza è tale da sfuggire al ricordo di molte generazioni[1070].

Nata nel 2008 come crisi di solvibilità degli istituti di credito statunitensi, dopo l'esplosione della "bolla" dei cc.dd. "titoli tossici", si è trasformata, dopo una breve parentesi di solo apparente ritorno alla normalità, in crisi del "debito sovrano", investendo inopinatamente "per ondate successive che non vanno attenuandosi"[1071] alcuni dei paesi membri dell'UE, fra i quali l'Italia. È accaduto infatti che la recessione internazionale causata dalla crisi del 2008 abbia impattato con particolare forza sui sistemi economici dei paesi con alto livello di debito pubblico, bassa produttività e insufficiente crescita del prodotto interno lordo – in particolare i paesi dell'Europa mediterranea e l'Irlanda (cc.dd. periferici) – esponendoli a dubbi di solvibilità del debito sovrano nel breve o nel medio periodo (secondo taluni mettendo pure a rischio la loro capacità di permanenza nell'area monetaria comune). L'immancabile "speculazione finanziaria" ha poi fatto il resto.

In questo contesto, la tenuta del MSE è messa seriamente alla prova. Da un lato, si diffonde la prospettiva dell'inevitabile compressione dei costi del MSE direttamente gravanti sugli Stati in virtù del vincolo "prestazionale" (cui si raccorda il dibattito sulla costituzionalizzazione del c.d. "pareggio di bilancio"[1072]); dall'altro trovano nuova linfa le teorie neo-liberiste sulla necessità di indebolimento delle tutele e dei diritti individuali e collettivi, in nome di esigenze di flessibilità del lavoro e del mercato del lavoro, funzionali a ridare vigore alla competitività delle imprese allo scopo di accelerare e rendere duratura la ripresa economica[1073].

A fronte di tutto ciò, la risposta europea è parsa a molti troppo debole e non solo sul fronte degli aiuti ai paesi membri a rischio di bancarotta[1074]. Anche sul versante degli effetti sociali, si segnala

---

[1069] Da ultimo Corte Giust. 3 marzo 2011, causa C-437/09, *AG2R Prévoyance c. Beaudot Père et Fils SARL*.

[1070] Si parla non casualmente di crisi "sistemica": cfr. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, Relazione al convegno su *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano, Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria, 5 novembre 2011, ora in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2011, n. 4, www.rivistaaic.it/rivista/4, 1. Per un primo bilancio su ragioni e costi della crisi v. REICH, *Aftershock. Il futuro dell'economia dopo la crisi*, Fazi, Roma, 2011; GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011.

[1071] SALVADORI, *L'Europa nel ciclone*, in *La Repubblica*, 18 novembre 2011, 36.

[1072] Su cui, criticamente, LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Torino, 27-29 ottobre 2011, www.associazionedeicostituzionalisti.it/bglc/relazione-luciani.

[1073] Interessanti le notazioni di BIASCO, *I danni del neoliberismo*, 2011, www.caffeeuropa.it, intorno al paradosso di un certo modello di capitalismo che, imploso per le sue interne contraddizioni, riemerge per governare le relazioni economiche e sociali nell'Europa "dello Stato indebitato".

[1074] Si pensi al dibattito sull'incerto impiego dei pochi strumenti sovranazionali a disposizione: in particolare il c.d. Fondo salva-stati, oggetto di continui contrasti fra le istituzioni europee, la BCE e i governi nazionali che tale fondo alimentano.

il carattere "nazionale" degli strumenti di contenimento della crisi, con l'eccezione della messa in opera del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione[1075], del quale in effetti si sta facendo diffuso utilizzo[1076].

Semmai, le istituzioni europee appaiono preoccupate di indicare agli Stati membri in difficoltà strategie e misure di risanamento e di aggiustamento dei sistemi nazionali che, a ben vedere, vertono su espliciti inviti a ridimensionare il MSE. Sono particolarmente istruttivi, al riguardo, gli atti finalizzati, nell'ambito del c.d. "Semestre europeo"[1077], a orientare le scelte strategiche dei Paesi membri in materia di politica economica e di bilancio: la recente Raccomandazione del Consiglio sul Programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e sul Programma di stabilità 2011-2014[1078] promuove misure di affievolimento delle tutele tradizionali del rapporto di lavoro subordinato, includendo fra "le misure intese a combattere la segmentazione del mercato del lavoro" la revisione di "aspetti specifici della legislazione a tutela dell'occupazione, comprese le norme e le procedure che disciplinano i licenziamenti", ma anche misure di flessibilizzazione della retribuzione in rapporto alle condizioni locali o alla produttività della singola impresa. La novità è che non si promuove la "buona occupazione" nella logica di salvaguardare l'*acquis sociaux*: al contrario, l'Ue invita, pur con una certa cautela, a ridimensionare aspetti significativi del modello sociale, rimuovendo o comunque affievolendo misure tradizionali di protezione oggi divenute ostacoli per un più agile funzionamento del mercato del lavoro.

A fortiori, non persuade che tali *diktat* provengano anche da soggetti non direttamente rappresentativi, neppure sul piano del metodo intergovernativo: si pensi al ruolo svolto dal "direttorio" dei paesi più forti (Francia e Germania), o, a maggior ragione, alla funzione assunta dalla BCE che, operando d'intesa con il FMI, a fronte di impegni diretti in materia di acquisti di titoli del debito pubblico, non esita ad intimare l'adozione di misure drastiche di compressione del MSE[1079].

Non manca chi individua una diretta correlazione fra tali vicende e la crisi *endogena* del sistema giuridico a sostegno del MSE, evidenziata dalla già segnalata regressione delle fonti di regolazione

---

1075 Cfr. MOREAU, *op. cit.*, 5. Istituito con Regolamento n. 1927/2006 del Parlamento e del Consiglio, con lo scopo di "fornire un sostegno ai lavoratori in esubero in conseguenza di trasformazioni rilevanti della struttura del commercio mondiale dovute alla globalizzazione, nei casi in cui tali esuberi abbiano un notevole impatto negativo sull'economia regionale o locale" (art. 1), a seguito delle modifiche apportate dal Regolamento n. 546/2009, lo spettro di applicazione è stato esteso "anche ai lavoratori in esubero come conseguenza diretta della crisi finanziaria ed economica mondiale (…). Gli Stati membri che chiedono un contributo del FEG sulla base della presente deroga devono stabilire un legame diretto e dimostrabile tra gli esuberi e la crisi finanziaria ed economica" (art. 1-*bis* del testo consolidato del Regolamento, reperibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006R1927:20090702:IT:PDF).

1076 Cfr. la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulle attività del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione nel 2010, COM(2011) 466 def., Bruxelles, 22.8.2011, consultabile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0466:FIN:IT:PDF.

1077 Nuova procedura di coordinamento e monitoraggio sulle decisioni di politica economica e di bilancio degli Stati membri prevista dalla "Strategia Europa 2020": cfr. RIZZONI, *Il "semestre europeo" fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2011, n. 4, www.rivistaaic.it/rivista/4.

1078 Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 2011, sul programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità aggiornato dell'Italia, 2011-2014, in *G.U.U.E.*, 21.7.2011, C 215/4.

1079 Sul punto, per una visione fortemente critica cfr. LETTIERI, *Verso un* new deal *rovesciato? L'Europa delle controriforme*, 2011, www.insightweb.it/web; v. anche BAYLOS GRAU, *Crisi, modello europeo e riforma del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2010, 480; APARICIO TOVAR, *¿Deficit? El de democrazia en la Unión Europea*, 2011, www.insightweb.it/web.

hard, nonché dalla perdita di identità della SEO[1080]. Tuttavia, non credo ci si possa stupire più di tanto del fatto che la crisi del debito sovrano abbia determinato l'accelerazione del processo, già precedentemente in atto, di isterilimento degli strumenti regolativi tradizionali a livello europeo e che il suo peso, sul versante delle politiche e dei diritti sociali, si scarichi quasi per intero sugli stati nazionali, accentuando fenomeni centrifughi di tipo deregolativo[1081]. Ciò pare costituire, piuttosto, la fisiologica conseguenza di un processo di integrazione monco e "settoriale", che ha interessato alcuni versanti del sistema economico e giuridico europeo, lasciando del tutto irrisolti una serie di cruciali risvolti istituzionali. Non vi può essere infatti una politica sociale tendenzialmente "integrata" che non si raccordi ad una dimensione comune delle politiche economiche, fiscali e finanziarie. In assenza di simili condizioni, il MSE è messo sotto pressione sia nella sua dimensione sovranazionale, sia nei singoli assetti nazionali, secondo un processo di indebolimento "a cascata".

Il problema travalica, dunque, la dimensione delle politiche sociali per investire la "forma politica" dell'UE. Un MSE "sostenibile" passa in primo luogo, e finalmente, attraverso la predisposizione di un serio apparato di *governance* economico-finanziaria, che impinga su questioni cruciali come quella dei regimi fiscali, strutturato su istituzioni politiche rappresentative e funzionanti[1082]. Detto in altri termini, v'è l'impellente esigenza di un' unione compiuta, che assuma come punti nevralgici non solo la moneta comune (che come si è visto è condizione necessaria ma non sufficiente a evitare devastanti fenomeni di crisi), ma una serie di strumenti di gestione e di controllo dell'economia e del debito pubblico, ispirati al principio di corresponsabilità di tutti gli Stati membri, entro un'architettura istituzionale democratica e che veicoli un modello di appartenenza alla cittadinanza europea[1083]. Diversamente, nel succedersi di turbolenze economico-finanziarie sempre più virulenti, è inevitabile che i costi più dolorosi si scarichino sui livelli degli *standard* sociali; con l'aggravante che la tenuta del MSE è messa a repentaglio, quasi per paradosso, proprio nei paesi che maggiormente avrebbero bisogno di mantenerlo o addirittura di consolidarlo[1084].

1080 Cfr. SCIARRA, *Patterns of European labour law in the crisis*, 2011, 2, www.europeanrights.eu, che appare assai scettica anche sulle potenzialità di "Strategia Europa 2020"; su quest'ultimo punto cfr. anche SARACENO, *op. cit.*, circa la contraddizione fra una strategia che "di fatto evoca la necessità di una Unione sociale e non solo monetaria coordinata" e la "negazione delle risorse, non solo economiche, ma di legittimazione perché tale Unione si attui"; ancora sulle conseguenze della Strategia, v. POCHET, *op. cit.*

1081 Cfr. DEAKIN, ROGOWSKI, *op. cit.*, 27.

1082 Già in tal senso POIARES MADURO, *op. cit.*, 135 ss.

1083 Alcune riflessioni "programmatiche" sul futuro dell'Europa politica, molte delle quali ampiamente condivisibili, sono contenute in SPINELLI, *Un programma per l'Europa*, in *MicroMega*, 2011, n. 7, 9 ss.; v. anche le proposte operative di DELORS, *Serve il rigore, ma anche la crescita*, in *La Repubblica*, 24 novembre 2011, 36. Qualche timido passo in questa direzione pare scaturire dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 9 dicembre 2011 (reperibili all'indirizzo www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions?lang=en). L'intesa cui si è pervenuti, da attuarsi mediante Accordo intergovernativo da siglarsi nel prossimo mese di marzo - ma con l'*opt-out* della Gran Bretagna, ritornata all'antico ruolo di *leader* degli euroscettici – pur meglio strutturando l'assetto del Fondo salva-stati (destinato a confluire nell'*European Stability Mechanism*), appare tuttavia dire "troppo" sul versante delle restrizioni alle politiche nazionali di bilancio, sottoposte a controlli e meccanismi sanzionatori particolarmente rigidi, con il rischio di pesanti effetti recessivi di breve e medio periodo (cfr. MANASSE, *Ma la disciplina (tedesca) non è tutto*, 13 dicembre 2011, www.lavoce.info), e "troppo poco" sul lato dell'*humus* democratico entro cui si dispiegheranno le politiche economico-finanziarie sovranazionali, non risultando per nulla colmato il *deficit* di democrazia che da decenni caratterizza il progetto euro-unitario (cfr. MICOSSI, *L'euro non si salva se non c'è democrazia*, in *La Repubblica – Affari & Finanza*, 12 dicembre 2011; ma v. anche AMATO, *L'intesa a 26 è ancora troppo debole*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 dicembre 2011).

1084 In una recente intervista CANFORA, *È inaccettabile che si debbano cedere pezzi di sovranità*, in *L'Unità*, 4 novembre 2011, propone provocatoriamente, come antidoto alla perdita di sovranità a favore degli stati "forti" dell'UE, l'istituzione di un'autonoma area

La sfida è certamente epocale: si tratta di far sopravvivere l'Unione europea rimediando a quella "stanchezza da integrazione" così pericolosamente diffusa nella cittadinanza europea (e bene illustrata nel "Rapporto Monti" del 2010)[1085], che si traduce, fra l'altro, in una critica sempre più aspra verso le debolezze del modello europeo e al suo indulgere verso paradigmi de-costruttivi dei pilastri del MSE[1086]. Occorre, in definitiva, uno "scatto di reni" che rimetta al centro delle politiche sociali europee i diritti, in una versione certo "sostenibile" al cospetto dei cambiamenti del tempo globale, ma che non potrà venir meno ai principi irrinunciabili della dignità della persona e della solidarietà come architravi della costituzione vivente europea[1087].

---

mediterranea di libero scambio; certo è che il contesto autorizza l'elaborazione di scenari di "fantapolitica", come quello descritto sul *Wall Street Journal* da FERGUSON, *2021: the New Europe,* www.wsj.com, in cui i paesi dell'Europea, pur formalmente membri di una immaginaria Unione europea del futuro, vengono ridotte al ruolo di *vacation land* per i vacanzieri provenienti dai paesi europei centro-settentrionali.

1085 MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea J. M. Barroso*, 9 maggio 2010, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/press-releases/pdf/20100510_1_it.pdf. Ma v. anche, in dottrina, SCHARPF, *The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a "social market economy"*, in *Socio-Economic Review*, 2010, vol. 8, 211 ss.

1086 Sugli "esercizi di demolizione" del MSE, come prevalenti sulle aspirazioni a mantenerlo e consolidarlo cfr. HYMAN, *Labour and the Ambiguities of the "European Social Model"*, in *British Journal of Industrial Relations,* 2009, vol. 47, n. 1, 180.

1087 Cfr. MENGOZZI, *op. cit.*, 660-661; SPADARO, *op. cit.*, *passim*.

Fundamental Rights of workers in the Digital Age: A methodological approach from a case study*

Eusebi Colàs Neila

I. THE DIGITAL AGE: A NEW STAGE FOR LABOR RELATIONS AND LABOR LAW 405

1. Globalization: effects on the social rights and debates raised to eradicate them 405

2. Information and communication, protagonists of a new technological revolution 409

II. THE FLEXIBILITY: A NEW PARADIGMATIC VALUE OF THE LABOR RELATIONS IN THE DIGITAL AGE 411

1. Globalization, ICT, and flexicurity: determining factors of the contemporary labor relations 411

2. The post-fordism: a new form of productive organization 412

3. The concept of worker in the Digital Age 413

4. Working conditions in the Digital Age: a model of uncertainty, fragmentation and inequality 415

A. From a (traditional) model of stability to a (new) model of precariousness 415

B. Fragmentation of working time 416

C. Changes imposed by the flexibility over the professional qualification 417

D. The importance of training to the demand of employability 418

III. METHODOGICAL PROPOSAL FOR THE EFFECTIVENESS OF WORKERS FUNDAMENTAL RIGHTS FROM A CASE STUDY 420

1. Rethinking fundamental rights in the Digital Age 420

2. E-mail as a case study 421

A. Reasons that explain its judicialization 421

B. About the methodological proposal 425

C. Legal assessment of the eventually relevant properties 426

6. Good faith of the worker 431

7. Individual or collective account 431

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 89/2011

Bibliographical references 438

I. THE DIGITAL AGE: A NEW STAGE FOR LABOR RELATIONS AND LABOR LAW

We are living in an era characterized by multiple interconnected transformations that decisively alter our social environment and the manner in which we exist and act within it[1088]. One indicator of the multiplicity of processes of change comes about by the diverse nomenclatures spread by sociology to characterize our time, according to the analytical point of view used and the changes that are emphasized[1089]. Despite the difficulty of seizing present and constantly mutating events[1090], a series of processes at the base of these changes can be identified[1091], amongst which should be emphasized, for purposes of this investigation, globalization and digital revolution.

1. Globalization: effects on the social rights and debates raised to eradicate them

One of the fundamental and more complex changes that characterize modern societies is imposed by globalization[1092]. Normally the term alludes to its economic aspect. Despite being the most important one, the circumstances upon which it acts are diverse[1093]. Amongst all of them[1094], the following must be highlighted for their relevance from a labor perspective.

[1088] Tezanos (2002: 35).

[1089] Regarding the changes in the production models, Bell (1976) and Touraine (1972) referring to the advent of a "post-industrial society". Focusing on the information as a structural element of today's societies, there are references made to "information age" (McLuhan, 1964), "computer society" (Masuda, 1984) and to "information age" (Castells, 1998a, 1999 & 2000). From the point of view of the technological treatment of the information and its communication, it mentions "cyber age" (McLuhan, 1964), "telematic society" (Nora & Minc, 1978) or a new "digital world" (Negroponte, 2000). I am referring to the actual context as Digital Age, thus the ICT constitute a central element in our societies and, especially in the production processes. In this line, "the central role of computers" leads Stone (2004: 5) to talk about "the era of digital production"

[1090] As stated by Stone (2004: vii) "it is difficult to comprehend social change when living in the midst of it. It is easier to study periods of social change in the past – to describe the elements, evaluate the impact, search for linkages, and adumbrate the unintended consequences of change".

[1091] Castells (2000: 31 and ff.) distinguishes six basic aspects: 1) the technological revolution of the ICT; 2) the globalization of multiple relations, especially the economic and financial ones; 3) the network, as a new organizational form characterized by being horizontal, flexible, fast and effective; 4) the globalization of determined socio-cultural aspects and the local reactions that resist that pressure by building their own identity; 5) the increased participation of women in the socioeconomic life that progressively dilutes patriarchal societies; and 6) the power crisis of the Estate faced with economic globalization.

[1092] A "period change" of which we have to be conscious of its reach and effects (Romagnoli, 2003: 11) and Baylos Grau, 2001: 71). Globalization is a multifaceted, ambiguous matter and it makes references to diverse dimensions that in many occasions are not easily distinguishable (Beck, 1998: 11). In regards to this, be aware of the existence of other terms like "mondialisation" (Robertson, 1992; Auby, 2001; Squella, 1997), internationalization (Spota, 1999: 1; Grun, 1999) and transnationalization (Fariñas Dulce, 2004: 10), attest to the difficulty of discerning the reality they are trying to delimit (in general, regarding this topic, see Beck, 1998: 25 and ff.). Although the term globalization begins to spread during the sixties, it is not recognized academically until the mid eighties (Walters, 1996: 1-2).

[1093] The diverse definitions offered regarding the topic are a good example. For Giddens (1999: 64) it's about the worldwide intensification of the social relations that allow the linking of States, regions and different localities, so that the events that take place at a local level interact and mold to one another. For Martin & Schumann (1999) different fields are denationalized (the markets, the law, politics) interrelating regions and individuals for the common good. Beck (1998), alludes to the fact that "the soverign national States intermingle and intertwine by means of transnational players and their respective power posibilities, orientations, identities and various networks". Stiglitz (2002: 34) also focuses on the integration process between countries and regions, pointing as explanatory causes "the huge reduction in transport and communication costs, and the dismantlement of artificial barriers of the flow of goods, services, capital, knowledge and (to a lesser degree) people through borders".

[1094] Fariñas Dulce (2004: 11 and ff.) recognizes the following globalized fields: 1) formal and procedural democracy; 2) global capitalism; 3) a global capitalist class (the multinationals); 4) the productive flexibility and the legal deregulation; 5) the individual rights of liberal nature; 6) the ICT, and 7) a global culture.

The neoliberal ideology that underlies globalization must be emphasized, with the maxim of the free market, and the objective of obtaining the best benefits possible[1095]. Its defense of a minimal State, non interventionist, leads to globalizing a certain type of formal and procedural democracy[1096] to the detriment of Welfare State, which suffer a notable set back[1097].

In relation to the previously mentioned, we are witnessing a new phase of capitalism in which the global market is where the economic relations take place[1098], and the basic variables of actions in it are productivity and competitiveness[1099]. The State loses, in this context, control over the economic and financial flow, relegated to the background as a political unit and a space of development of the government and sovereignty[1100], in the face of transnational companies that appear as a new capitalist global class, that accumulate power and capital along with the banking entities[1101]. Paradoxically, that importance that the transnational companies experience is supported in part by the action of the States. On the one hand, the companies benefit from the liberalization of the goods and services markets, and especially financial assets, that States allow. On the other hand, many States inject capital into the companies, amongst other very diverse formulas with financial incentives, to attract or maintain those that create jobs[1102].

[1095] Ramos Quintana (2002: 31).

[1096] This is how the production of a "dangerous democratic deficit" is marked (Fariñas Dulce, 2004: 11) and the degradation of politics as a characteristic of contemporary capitalism (Fernández Buey, 2005: 230).

[1097] In this sense, see De Sebastián (1997) or Castells (1999). To Baylos Grau (2001: 71) the globalization imposes a political project whose consequence is "the inversion of the terms in which law, politics and the market economy related to each other" to reconcile "the logic… of the capitalist system… and the democratic logic of equality". The basis and function of the Welfare State is questioned, which is worrisome because of the important role in the correction of inequalities imposed by the market system (Ramos Quintana, 2002: 30-31) and because it is essential for social stability and production, fundamental elements of a developed economy (Castells, 2001a: 19). In this line Beck (1998: 97) also sustains that "when the global capitalism of the more developed countries destroys the vital nerve of the labor society, the historic alliance between capitalism, the welfare state and democracy is also cracked". A common idea exists in broad sectors about the need to reduce public spending and, consequently, to trim the welfare state derived from the globalization of the economy and the mobility of the capital markets. On the contrary, Navarro (2000) questions these statements based on the empirical data from the reality of most of the Scandinavian countries. Human rights of a liberal and individual nature, that don't pose any limitations to the fundamental principle of free markets, are globalized. On the contrary, together with the setback that the welfare states are experiencing, human rights of redistributed content are not part of the catalog of rights globalized (Fariñas Dulce, 2004: 15).

[1098] Thus, the "de-regionalization" of production and the diminishing power of collection of the state and the impact that it can have over the levels of social protection are connected (De Julios-Campuzano, 2003: 24). On the other hand, the economic interdependence that globalization imposes, makes the negative effects of the economy in one part of the world spread through the planet.

[1099] It's what Wallerstein (1979) designates as "global capitalist economy". Even so, Alarcón Caracuel (2002: 20) affirms that its international nature is a genetic fact of capitalism; the differentiating characteristic is the increased speed of the exchanges. Regarding the principle of profit maximization, see (De Julios-Campuzano, 2003: 20). For a brilliant explanation about the making of that global capitalism that can be seen at the beginning of the millennium, impregnated by neoliberal postulates that lead toward a minimal state, see Negri (1992: 52).

[1100] Even though, the States maintain control over the labor market and labor relations (Fernández Buey, 2005: 111). In this "flight" from the national law pretended by the transnational companies, they progressively turn into a "typical place of rules for labor relations at a global level" away from the classic coercions of the legal system (Baylos Grau, 2001: 79).

[1101] The multinational companies and their subsidiaries create, in terms of work force, 30% of the global gross product and 2/3 of the international commerce, half of it being developed within the networks of a multinational (Castells, 2001a: 17). Each of the thirty largest companies in the world creates an economic movement superior to the GDP of ninety countries represented in the UN (Habermas, 1999).

[1102] Ramos Quintana (2002: 30). Castells (1999) indicates two important questions: on one hand, the international financial transactions make up almost 97% of the global commerce; on the other hand, the progressive loss of the state's control over the conditions of production, beneficial from a tax point of view, leads to competition between states to attract investment. Lastly, Held (2000) is

It is very important to note also, how the flexibility of productive activity is globalized, which together with the processes of deregulating law and making it more flexible, consolidate a new international labor division[1103]. A scene of fragmentation and inequality at different levels can be observed[1104]. First, between central and peripheral countries, the latter constituting a source of low skilled workers at low cost[1105]. Secondly, in the central countries, it can be observed a fragmentation of the workforce, upon which greater formative demands are imposed[1106]. However, there are views that consider that globalization per se has no social dumping but this possibility must be contextualized[1107].

Lastly, and without prejudice to what will be seen ahead, the technological revolution played out by the ICT is also subject to globalization and, furthermore, has a decisive influence in the globalization of other aspects noted previously[1108]. Especially, regarding the previous, they allow in their application to companies new production models, exceeding the Fordist and Taylorist production models. In these systems of flexible production, the advantages of artisanal production (product quality) can be combined with the advantages of mass production (speed and low unit cost), through the organization in network they allow.

There are multiple negative consequences of globalization for citizens, which doesn't allow us to declare "an intrinsic kindness in all that is globalized"[1109]. The main negative effect of globalization, as we have seen, is the deepening of the planetary inequalities, as a result of the relations between the economy, the state and society[1110]. The current situation is characterized by an ever growing economic inequality that affects the exercise of civil rights and increases the risks of

---

worried about the risks generated for the financial global system, while the states cannot neutralize its effects or remain at a distance from them.

[1103] Fröbel, Heinrichs & Kreye (1980). Fernández Buey (2005: 44) places its origin in the imposition of the multinationals, indicating that its consequences come from the combination of the underdevelopment of those countries and the runaway industrialism.

[1104] This fragmentation is joined by the strong inequalities at a global level: the three richest people in the world have assets equivalent to the annual GDP of the 600 million inhabitants from the less developed countries (United Nations Development Program, 1999).

[1105] What connects with the migratory processes to which the regrettable living and working conditions lead to for its citizens (Fernández Buey, 2005: 77).

[1106] See essays by Alonso (1999 and 2000). Globalization has a diverse impact in developed and developing countries but also in regions of the first (Arthurs, 2006: 51). This issue is linked with the increased demand for training as a distinguishable feature in labor relations in the digital age, not only in the development of the vital experience but also as an essential piece of information in a professional career (Castells, 1996 and 1998b; Drucker, 2001). In this regard, there will be an opportunity later on to deal with the topic in the thread of flexicurity and employability.

[1107] Alarcón Caracuel (2002: 20) understands that the possible production of a social dumping must be qualified, keeping in mind which countries engage in economic exchanges and the high services sector importance of the western economies that limits the possibility of relocating the activity.

[1108] Castells (2001a: 14) and Ramos Quintana (2002: 30). In fact, the ICT reduce geographical spaces and at the same time it creates a new cyber space (De Julios-Campuzano, 2003: 22). See essay by Downes & Janda (1998) regarding the new way of acting and interacting that the ICTs make possible.

[1109] Globalization is not a "'neutral' process, nor are its effects 'innocent'" (Fariñas Dulce, 2004: 20). In this regard, globalization has not allowed for a reduction in poberty or a guarentee of stability (Stiglitz, 2002: 28-31). According to Castells, (2001a: 24) "what multinationals do is to lean on the demands of the countries and governments of the south to block the equalization of living and working conditions, relative, between north and south".

[1110] Castells (2000: 111 and ff.) and Stiglitz (2002). In this line, Faría (1996) highlights how the global economy produces two status; those that "include" themselves in it, and those that see themselves as "excluded".

social exclusion, both in the developed as well as the underdeveloped societies[1111]. However, the "beneficial force" of globalization cannot be denied, since it can mean the enrichment of the poorest. But it is necessary to raise again the point, rethink globalization from the citizen's point of view and for the citizen, to be presented as "a globalization with a human face"[1112].

The lack of adequate supervision and control by supranational institutions to adapt to the new situation is perhaps the most important deficit attributed to globalization. Because of it, there is a stronger need to establish and develop a transnational legal system that will govern globalization[1113]. This is one point of view where the actual debate about how to govern globalization focuses. It brings up[1114] the need to redefine the role of the states, within a global context in which a global supranational authority would build up, under which countries and citizens would develop harmoniously and strengthen their bond.

Even so, the problem of the previous proposal resides in how to be able to accumulate enough social strength for its introduction, insomuch that democracy is a power implemented from the ground up. In this sense, another trend understands that the establishment of a democracy beyond national borders must take place at the bases, from the citizens themselves and their organizations, and not via the establishment of supranational powers[1115].

This proposal is interesting for the construction and articulation of transnational democratic levels, but as a last resort it must lead to formulas that will embody global democratic powers, as a first step to the establishment of that new democratic model. Even with its flaws, from the perspective of social policies, the European Union can be an example of the possibility of transnational authorities[1116]. Meanwhile, is important that the "answer of the [national] legal systems evolves into a larger role of the international standards in the acknowledgement of rights"[1117].

[1111] It is necessary to limit the loss of autonomy of the state in order to avoid serious social problems derived from the poverty that capitalism aggravates (Ramos Quintana, 2002: 31).

[1112] Stiglitz (2002: 11, 250 and ff.). It is necessary to consider a widely ignored topic: the globalization of man's freedom (Hongju Koh, 2002: 310). Fernández Buey (2005: 132) understands that the famous slogan "another world is possible" expresses a conviction in regards to the existence of attainable alternatives, since that, as Valiño believes (1998), a "more free and egalitarian" society is possible.

[1113] The problem is a lack of connection between sovereign states and a political organization that controls the economy (Hobsbawm, 2000: 101-102) since, in spite of possessing a global system "we are deprived of a global government" (Stiglitz, 2002: 5), insomuch as there isn't a "parallel tendency" between the globalization of economic and political institutions (Ramos Quintana, 2002: 31). This need is emphasized also in the labor field. Arthurs (2006: 51) connects that supranational institution with the need for a "Global Labor Right", which is important because "globalization makes evident that its protectionist purpose is not attainable unless it takes place in a dimension that exceeds state sovereignty" (Romagnoli, 1999: 19).

[1114] In this sense Held (1999 and 2000), defends a "cosmopolitan democracy" under an international authority, to which the traditional state and regional sovereignties would be subordinates, which would allow to determine principles and measures capable of demanding responsibility from power centers which in reality operate beyond the control of the state. Given that, he believes, democracy should allow, in this new millennium, that the citizens participate, mediate, and demand responsibility in the social, economic and political processes, providing a voice at an international level to social movements and NGO.

[1115] In this sense a "joint and participatory reinvention of the state" is suggested, where the local revitalization is very important, through a "globalized localism" (De Sousa Santos, 1998: 56-57). Along the same lines, Fernández Buey (2005: 166) and Baylos Grau (2001: 72), provide globalization perspectives that allow social groups to develop a reflection process and interact beyond national borders.

[1116] Romagnoli (1999: 9 and ff.).

[1117] López López (2001: 20). For abundant bibliography about labor standards, see UCLA's webpage, directed by professor Stone: http://www.laborstandards.org/

2. Information and communication, protagonists of a new technological revolution

The current technological revolution is not a novel circumstance in regards to preceding processes of intense technological innovation[1118]. Nonetheless, three differentiating circumstances can be highlighted[1119]. On one hand, its aim (the processing, management and communication of the information) and the mechanism in which it is based (digitalization). On the other hand, the mutation of the material bases of the society they produce[1120]. Finally, the "full awareness" of living during an "age of transformation, and not in a transformed society"[1121]

In effect, the digital revolution is supported in the ICT, a concept under which are included a large quantity "of services, applications and technologies that utilize various types of computer equipment and programs, and that are often transmitted through the telecommunication networks"[1122]. Therefore, the existence of a multiplicity of technical elements[1123] that present a series of basic common characteristics must be emphasized[1124]. Without harming the existence of multiple instruments of a physical nature that allow to handling and communication of the information, this one is, in essence, something intangible, immaterial[1125]. Furthermore, other more important notes must be added, like its interactivity, automation, and interconnectivity that negate the concept of the user as a mere passive subject of the information. In this sense, the existence of computer networks notably increment the possibilities that the computer provides on its own. This way, the internet appears as the network of networks, the interconnectivity paradigm, and "the infrastructure of the society of knowledge"[1126].

Even so, in spite the fact that the computerization of societies began decades ago, the impact of the ICT, with the soaking they are currently experiencing, is still incipient and the uncertainty of

---

[1118] Diverse and successive technological revolutions have existed in the social evolution (Masnatta, 1990: 581), with which the current one shares some common facts. Regarding this issue, see the interesting comparative analysis between the digital and the industrial revolution, and the role of the computer and the steam engine respectively, in the essay by Drucker (2001). A common fact, that some have highlighted as differential of the digital revolution, is the larger degree of feedback of the ICT in the creation of new instruments (Champaud, 1990: 815-816). Along these lines, Alarcón Caracuel (2004: 9) emphasizes not so much the novelty but the generalization of the ICT since the nineties.

[1119] Castells (2000: 32).

[1120] Binary code allows for the handling and communication of different information formats (voice, image, data) by converting it to the language of the digital age (Forester, 1987: 13). This digital conversion allows for the storing of large quantities of information with minimal hardware space, and it even frees information from the physical object, so that it can be accessed in real time in cyberspace, making distance something intangible, which also changes habits in relation to knowledge, learning, and way of thinking (Adell, 1997; Pérez Luño, 1987: 17 and ff.; Nora & Minc, 1978: 29 and ff.; Fernández Esteban, 1998: XIX; Thery, 1987: 35; Sartori, 2006: 14-19).

[1121] Masnatta (1990: 581).

[1122] European Commission (2001: 3).

[1123] Echeverría Ezponda (2002: 77) recognizes seven relevant technologies within the concept of the ICT: telephone, television, e-money, computer networks, multimedia technology, videogames and virtual reality. A special feature of the ICT is that, by its nature, a process of convergence takes place of the different utilities they make possible.

[1124] Cabero (1996).

[1125] Barlow (1994).

[1126] Adell (1997) and Serra (1999). Regarding the origin (in the project ARPAnet), evolution and the Internet expansion, specifically regarding the important role of the interaction, between science, the North-American military research programs and business culture, see, amongst others, the essays by Castells (2001b and 2000), Berners-Lee (2000), Lessig (1999) and Forester (1987).

its true reach, makes it necessary to channel its potential effects to benefit the public good[1127], especially if we keep in mind that its ductility allows it to affect a plurality of boundaries and levels[1128]. Along these lines, is necessary a "technology assessment"[1129]; that is to say, to appraise the consequences or the social impact that the ICT produce, as a prior and necessary element to channel them legally. And it, insomuch is not certain that we are in the presence of some type of technological determinism[1130]. It's imprecise to consider that the ICT, on their own, are positive or negative. The emphasis must be, in contrast, on the fact that their effects, because of their ductility, affect various life facets in society in very different ways and depend on how they are used[1131].

Based on this outlook, the jurists are faced with the challenge of adapting the legal concepts and the doctrinal constructions thought for an "analogical" reality to the new "digital" environment to which they have to be applied[1132]. In conclusion, it's about "trying to adapt that new global reality to our conceptions or even prior prejudices that come from a very different past"[1133].

The preoccupation with privacy becomes a central issue, as it couldn't be any other way in a society that revolves around information[1134], and this is a field that presents a good example of the legal adaptation to the new technological reality. The potential affectation to the citizen's privacy that characterize the ICT, cannot lead us to the conclusion that these are an insuperable threat to privacy. So, as we will see later, together with technical instruments for its safeguard, at a legal level the concept of privacy has experienced an evolution to mold to this new reality, considering itself a right of "informative self-determination that predominates the participation and control of the people and social groups of the flow of information that affects them"[1135].

[1127] International Labor Organization (2001: 51), Klare (2002: 29) and Drucker (2001).

[1128] Pérez Luño (1987: 47) established a classification in five large areas in which he warned about potential risks derived from technological innovation: ecology, economy, society, culture and politics. The debate over the effects of the ICT is only possible in industrialized societies (Lucas Murillo de la Cueva, 2003: 48 and Castells, 2000: 549 and ff.) due to the diverse impact in those and the developing countries. The existence of a "digital gap" adds to the differences in basis between both realities, intensified by globalization which will increase if economic development depends on the ICT (Campbell, 2001). A relevant fact related to the ICT is revealed here: they are a factor that, depending on its implementation and its use can contribute to the reduction of inequalities, or their increase. Even so, to be seen later, the most important challenges take place in the legal field (Martínez González-Tablas, 2002: 97).

[1129] Pérez Luño (1987: 23). In a similar way, Fernández Esteban (1998: XXVII). The prior understanding of technology and the need for a conceptual agreement was highlighted by the German doctrine during the first steps of information technology (Garsta, 1973).

[1130] Connecting the possible effects of the ICT with their uses can be seen the essay by Lucas Murillo de la Cueva (2003: 35); specifically about the internet and the positive opportunities as a way of acquiring information and knowledge: Sartori (2006: 67).

[1131] Neffa (1990: 866-867) estates how today exists a generalized consensus in the absence of a technological determinism, in contrast to what was taking place during the sixties where some sectors declared that all the effects of the introduction of the scientific and technological change were going to be positive: "the technical process is the result of a social relationship". Prieto, Zornoza & Peiró (1997: 37) express themselves along the same lines.

[1132] Fernández Esteban (1998: XXVI).

[1133] Peccei (1982: 162). The role of judges in the characterization of the legal answers given to technological advances is highlighted by Lucas Murillo de la Cueva (2003: 78). In this sense, as he states, the legal interpretation "that isn't to say which is the rule that solves each concrete litigation, makes possible the gradual suitability of the legal system to the new circumstances, extending the foresight of the rules to suppositions not contemplated when the regulations that apply were drawn up. That lively right, although it cannot take care of all the social requirements, can take on a good number of them. This way, the application of the principles that, in last resort, corresponds to the judges, offers solutions to the problems that scientific progress posses and the technological changes that accompany it and paves the way for the formal recognition of the new figures of law".

[1134] Which states that the faint line between censorship and respect for privacy is "stepped on" constantly (Bates, 1989: 24).

[1135] Pérez Luño (1984: 317 and ff.) that later added that the conceptual reconstruction of the right to privacy responds to "historic realization of the basic values of freedom, liberty, equality and dignity of the human being" (Pérez Luño, 1987: 125).

II. THE FLEXIBILITY: A NEW PARADIGMATIC VALUE OF THE LABOR RELATIONS IN THE DIGITAL AGE

1. Globalization, ICT, and flexicurity: determining factors of the contemporary labor relations

This globalized and highly digitalized scenario has notably influence to the labor relations and the labor law[1136], generating various transformations that, as we will later on see, alter in favor to the companies the "power relations" with the workers[1137]. The "worship market" tendency"[1138] needs to connect with the "environmental flexibility" imposed during decades to our discipline[1139]; a kind of "magic formula" [1140] presented as "requirement for our time" [1141] that needs to increase[1142], that is a very broad concept that allows different formulas and that acts in different areas[1143].

Since the European Union, through the Luxembourg (1997), Lisbon (2000) and Stockholm (2001) Strategies, in relation to employment and competitiveness, the goal is to impose to the labor markets of the European Union countries the requirement of flexibility as to ensure, moreover, the employment growth. This context sets out the flexicurity as the last flexibility formulation[1144]. It combines two conflicting aspects: on one hand, mechanisms that allow flexible labor markets, cutting or removing guarantees in working conditions; on the other hand, a high level of unemployment protection of Social Security systems that guarantee the workers coverage in job transitions[1145]. This last aspect emphasizes constant learning and active employment policies. The European Union sustains that it would favor "a more equitable, responsive and inclusive labor market" to allow an improved competitiveness[1146]. Notwithstanding the above, this social policy consolidates the transition from a labor relations system based on a model of stability, to another in which the basic principle is employability as the ability of workers to get a job easily[1147].

[1136] In fact, "we are now undergoing another fundamental transformation of the workplace" that illuminates a new "production regime… [that] is neither static nor predetermined" (Stone, 2004: vii). The globalization brings a new shape to the national economies (Arthurs, 2006: 51), and causes "visible transformations to the Labor Law" (Ramos Quintana, 2002: 44) since it changes the reality object of regulation (Baylos Grau, 1999: 29). In addition, the EUROPEAN UNION stands out this impact and the need to adapt to the labor market (European Commission, 2006b: 6), being necessary to balance the production needs and the juridical solutions (González Ortega, 2004: 9).

[1137] Durán López (1998) and Arthurs (2006: 51).

[1138] Romagnoli (1999: 11).

[1139] D'Antona (1990: 11).

[1140] Caruso (2004a: 11).

[1141] Mercader Uguina (2002: 64). Flexibility is "a natural element (…) in which we need to coexist" (Martín Valverde, 1996: 410).

[1142] Due to the introduction of the ICT, the competition imposed by the globalization, the evolution of the goods and services market, and the expansion of the services sector (European Commission, 2006a: 4).

[1143] Caruso (2004a: 11). In this respect, Recio (1997: 161 and on) distinguish three fields: the economic, productive and work flexibility. In relation to the last one, there are two different types of the most common adjustment mechanisms: external (worker's company volume, temporary contract and firing) and internal (new production processes that impact the working conditions).

[1144] López López (2006b: 2-3). According to the European Union, conciliation regarding flexibility requirements with the demands to offer maximum guarantees to all, is a major challenge faced (European Commission, 2006a: 3).

[1145] See Social Agenda (2006: 15 and ff.).

[1146] European Commission (2006a: 4).

[1147] López López (2006b: 3).

The above policies reinforce the companies' position of power, since not only they benefit with the flexibility tools allowed by the legislation, but also the absence of training workers obligations in order to guarantee their employability. The worker and the social protection systems are the ones that withstand the burden of the system in order to guarantee the safety, acting "as a clear mechanism … for shifting companies' responsibilities to other subjects"[1148].

2. The post-fordism: a new form of productive organization

The seventieth economic and productive crisis meant a crisis in the fordism production model, introducing major organizational changes to obtain more flexibility, which is the "idea-motor" of the current model[1149]. The traditional model, based on mass production and widespread consumption, presents a strongly hierarchical organization of work, and a clear and strict delimitation of the tasks depending on the qualifications of the worker[1150].

In the Digital Age, the correlation flexibility-competitiveness-globalization makes it easier with the generalization of the ICT, allowing new productive systems, with a decentralized and coordinated production, adapted to the market and that reduces costs that impact on the individualization of work, organizing it less stiffly[1151] and modifying terms of working conditions[1152]. In this way, "decentralization and diversity" substitutes "centralization and homogenization"[1153]. This new model represents in some cases "a revolution"[1154]. However, it is not an indeed majority, but coincides with traditional structures[1155], being the impact of the ICT on business organization very diverse, allowing the coexistence of models in the same company[1156].

Major risks for workers' rights in this model and in a globalized world are fragmentation and relocation of the production process. Many companies adopt complex structures, relocating some

---

[1148] López López (2006b: 5), who warns about the difficulties of implementing the model nationwide.

[1149] Mercader Uguina (2002: 51). The diverse impact of the flexibility can be seen in the plurality of denominations of the new model: "flexible production" (Piore & Sabel, 1990), "neotaylorism" (Lipietz, 1997), "post-industrial" (Bell, 1976: 57), "post-fordism" (Moreno Márquez, 2003: 158), "post-modern" (Mercader Uguina, 2002: 52) or "networked" (Castells, 2000: 201).

[1150] See Moreno Márquez (2003: 158 and ff.) and Mercader Uguina (2002: 49-52), who notes that "history of industrialization has been the history of the transformations and changes in methods of work organization".

[1151] According to González Ortega (2004: 22), the work becomes "horizontal" because the ICT simplifies the production phases. The organization supports various technological options (Finkel, 1994: 139), what connects to what Zanelli (1986: 88) called "decentralization of the electronic age". This relocation may be external (subcontracting to other companies) and internal ("displacing" workers outside the workplace through forms such as telework) (Alarcón Caracuel, 2004: 13). It generates a "new concept of work" characterized by the disappearance of the traditional labor division and a major employment in the services sector, which produces "structural changes" in the labor market as the increase in atypical contracts (Mercader Uguina, 2002: 49-58). On these new production models, see: López Peña (1996: 41 and on), Beluznegui Eraso (2002: 80 and on), Pérez de los Cobos (1990: 15 and on); Prieto, Zornoza & Peiró (1997: 9-22); Castells (1996).

[1152] González Ortega (2004: 22), requiring higher levels of qualification (Ramos Quintana, 2002: 73).

[1153] Ramos Quintana (2002: 32). To Pérez de los Cobos (1990: 17), the ICT encouraged, in the eighties and nineties, decentralizing to adapt the organization to market fluctuations, dividing the production, keeping the most profitable and externalizing the rest.

[1154] González Ortega (2004: 19-21). The impact is greater depending on the subject of the production process, especially in the ICT based companies (Champaud, 1990: 818 y Cruz Villalón, 2000: 256), whose most obvious example is the "virtual corporation", organized at a distance and with different employers (Castells, 1996), since this information model is a "fundamental element" of the ICT and "the axis of this system" (Moreno Márquez, 2003: 157-158) and its characteristics the intangibility and the juxtaposition of space and time (Ribera, 1997: 11).

[1155] Alarcón Caracuel (2004: 9-10).

[1156] Belzunegui Eraso (2002: 77 and ff.).

productive stages without affecting the unit process, and seeking codes of laws that represents less costs[1157]. There are different effects of these practices. On the one hand, influences in negotiations between the company and the workers, reducing the power of these ones. On the other hand, it is state that it can lead to Western labor standards disappearance[1158], with the danger of creating a "race to the bottom" to reach competitive regulations that attract investors[1159]. As a consequence, it causes an international fragmentation of the labor union movement[1160] and political power diminishes[1161].

3. The concept of worker in the Digital Age

The organization of production is directly linked to the type of worker[1162], thus the variation of those requires examining what happens with the worker definition[1163]. The industrial worker, the one who renders services for an indefinite term and full-time, is the prototype in which Labor Law is based, and is characterized by subordination and the "behalf of another" note. It is a model in crisis for different reasons[1164], and that leads to blur the Labor Law boundaries due to the increase of "atypical forms of work"[1165] and for the extension of their protection to collectives that do not have those distinctive notes, which provide conceptual complications and fragment the subjective traditional model[1166].

[1157] The ICT contribute to dissolving the traditional corporation, "enabling widespread subcontract and the search for geographical areas... more competitive" (Ramos Quintana, 2002: 36). As rightly observed by Alarcón Caracuel (2004: 11-13) this is a constant practice of capitalism; the originality is that the ICT greatly facilitates it, especially in the services sector; the potential problems of social dumping is not anything new, but can develop in that area. He points, as a matter of concern, the loss of "economic equilibrium of a definite society" when it eliminates the "worker-consumer equation".

[1158] Stone (2006a: 83 and ff.), as Cooke (1997) and Scott (1998) demonstrate empirically that US companies assigned jobs requiring little preparation in countries with low wages and low union density, leading to lower wages and increased unemployment. See Stone (1995: 987 and ff.). Arthurs (2006: 54), suggests another result of relocations: create a "new international labor division" in the meaning of Portes & Walton (1981: 189).

[1159] As Ramos Quintana (2002: 35) notes that "since the management of each State, in guidance to legislative review and reduce the social status of implementation".

[1160] Strategies and objectives which are national, and differ mainly between developed and developing countries, which advocates a strategy based on a single transnational organization to negotiate for parity (Stone, 2006a: 86).

[1161] By limiting state with respect to economic decisions (Ramos Quintana, 2002: 34).

[1162] Mercader Uguina (2002: 77-78). Regarding this, Freedland (2006: 3) defends a wide category (personal work nexus) set up by a family of contracts where the traditional employment contract is not anymore the predominant and absolute paradigm. To go deeper into this debate: Langille & Davidov (2006) and Freedland (2003).

[1163] The Workers' Statute, provides in section 1.1 its subjective scope of application on "the workers voluntarily rendering their services for compensation on behalf of another party, within the scope of the organization and management of another, physical or legal person, called the employer or entrepreneur".

[1164] In comparison to traditional organizations, the current ones are flexible, decentralized and with great autonomy in the execution of work, making difficult the use of signs that those allowed (González Ortega, 2004: 23); in this way, Ramos Quintana (2002: 45) states that the greater degree of autonomy may facilitate the escape of labor law. Other reasons are: the introduction of the ICT (Carinci, De Luca Tamaio, Tosi & Treu, 1998: 12); the importance of services sector or more heterogeneous composition of the workforce (Mercader Uguina, 2002: 77).

[1165] The difference between worker and self employed "no longer accurately reflects the economy and social reality of work" (European Commission, 2006a: 12).

[1166] Romagnoli (1999: 17-18) and Mercader Uguina (2002: 77). The ILO (2006) has urged its members states, after consultation with social partners, to take steps to regularly review the scope of labor law and, if necessary, to clarify and adapt an effective protection of workers.

In the productive structures that make intensive use of the ICT, we can notice the attenuation of some of the expressions in which traditionally the "behalf on another" note has been interpreted[1167]. Nonetheless, its traditional conception is still valid due to its "neutral character" and the huge degree of abstraction given by the academic contributions[1168].

With regard to the characteristic of subordination, the new productive organization changes it completely[1169], because its application is difficult for highly skilled workers that have great autonomy[1170] and for the proliferation of the ICT that allow a more flexible time and location work[1171]. In this way, the new subordination forms reassessed, especially digital, as the ICT allow the control of the work activity[1172].

Another identification criteria is needed, focusing the attention, as supported by González Ortega[1173], in "a more comprehensive idea, symbolizing the true existence of an economic organization of a third person in which the worker collaborates with assistance by integrating their services in a production structure [that]… offers the entire product to the [market for goods and services]". This vision connects with the macro concept of "behalf on another" suggested by Alarcón Caracuel, to match with the legal-employment guardianship the different forms of provision of work that reduce their subordination with the introduction of the ICT[1174].

Finally, we need to point out that the boundaries between self-employed and subordinated work weaken and fade. For this reason, the labor law raises the challenge of clarifying its borders if it does not want "to be a victim of itself". It should be a regulation that protects the situations of need in the current socio-economic systems[1175].

[1167] González Ortega (2004: 23).

[1168] Mercader Uguina (2002: 86-88). Spanish academic contributions to explain the concept of belonging to others are made by Alonso Olea (1967: 117 and ff.), Bayón Chacón (1961: 451 and ff.), Montoya Melgar (1972), Albiol Montesinos (1971: 41 and ff.) and Alarcón Caracuel (1986: 495 and ff).

[1169] Because they suffer a "de-naturation" (Montoya Melgar, 1999: 62), a "gradual dissolution" (Supiot, 2000: 139).

[1170] Mercader Uguina (2002: 82). According to Sennet (1998: 117) is a "culture of cooperation" over authoritarian conceptions. According to Hammer & Champy (1994: 75), the worker is no longer controlled but entitled. We face a "new stereotype of a semi self-employed salaried working", where the emphasis is on quality work and not on the time, the remuneration is linked to outcome and the priority in general orders instead of specifics (González Ortega, 2004: 23).

[1171] That evidences "the widespread phenomenon of the weakening of the dependence in the classic sense of direct subordination of the worker... to the power of management and organization of the employer" (González Ortega, 2004: 23). In a similar vein, Mercader Uguina (2002: 83-84), raise the matter of reconstruct the indications, many of which are put in doubt (Pérez de los Cobos, 1990: 35).

[1172] The ICT influences mainly in the forms of control of the activity (Alarcón Caracuel, 2004: 13). ICT and the integration of the worker in the company through them, determined by the employer, replaces the decrease or disappearance of the traditional direct control of the work (Veneziani: 1987: 18), since "the distance is not synonymous of lack of supervision" (Thibault Aranda, 1998: 97). Telework is an area that allows a dangerous escape of labor law (Ramos Quintana, 2002: 36). Gaeta (1998: 348) also emphasizes the control of work by the employer: a continuous and direct control, leading to say that this is subordinate employment.

[1173] González Ortega (2004: 23).

[1174] Alarcón Caracuel (2004: 9 and 1986: 495). This idea is also supported by González Ortega (2004: 24), who points out that insertion in the organization removes all control of direct relationship of the worker with the market.

[1175] Mercader Uguina (2002: 88), Ramos Quintana (2002: 46) and Cruz Villalón (1999: 52). On the direction of regulation, Pedrazzoli (1988: 119) argues that labor law does not attract its core protective these realities, but fragments its tutelage. The economically dependent self-employed worker is shown as a concept of "border" between subordinate employment and self-employed (European Commission, 2006a: 13). See the proposals made by Freedland (2003).

4. Working conditions in the Digital Age: a model of uncertainty, fragmentation and inequality.

The current production model also influences the performance of work, leading to new labor practices[1176]. Below is a discussion of some aspects processed in the Digital Age. Departing from a traditional model based on the stability of the "company- universe" to a precarious one that takes place in the "labor market-universe", we will indicate how the paradigm of flexibility is projected on the determination of working time and content of working provision, to end by pointing out how employability becomes the compass that workers must use to navigate the "labor market-universe".

A. From a (traditional) model of stability to a (new) model of precariousness

During the twentieth century, the full-time long-term contract became the "polar star of European Labor Law"[1177]. Career took place in what I call the "company-universe" that formed the internal labor markets[1178], which offered an "implicit promise of long-term labor"[1179].

At present, the flexibility has resulted in a change to the "market-universe", reflecting a greater vulnerability of the worker as it leaves the job stability as a traditional value that built the labor law. Economic change leads companies to dismantle their internal labor markets and implicit promises of stability and replaced by a boundaryless career and training to enhance employability, to be consolidated as a paradigm of the employment relationship[1180].

Flexicurity policies have as their object the boundaryless career that runs the "market-universe", combining flexibility and security to achieve a dual purpose: eliminate rigidities in the labor market and to allow transitions from one job to another[1181]. However, it raises the problem of the degree of protection of national systems and the worker training configuration as a right weak, as a worker responsibility, resulting in better utilization of corporations of the margin of flexibility established by public policy[1182].

In the new framework of the "universe-market", flexibility leads to an increase in atypical forms of contracts[1183], promoted since the nineties by the European Union, replacing the long-term contract for temporary types of contracts, because they can generate more employment[1184].

1176 Stone (2004: ix).

1177 Romagnoli (1998: 12).

1178 Fordism production model is the one that "contributed" to the creation and maintenance of these internal labor markets, characterized by restrictions on access to new employees, reserving jobs for senior employees (Mercader Uguina, 2002: 51).

1179 Economic and professional career rights: a career structured, hierarchical, where each position provides the skills necessary to develop the following (Stone, 2006a: 76).

1180 Stone (2004 and 2006a), who argues that one of the main problems detected in the employment structure and regulatory and legal North American labor is that empirical basis in which it was built has disappeared. Ramos Quintana (2002: 37) attributed to the impact of globalization on labor relations, the erosion of security value.

1181 European Comission (2005).

1182 López López (2006b: 5). Indeed, in the boundaryless career is expected to be the workers who turn their career (see Arthur & Rousseau, 1996).

1183 In this way, Castells (1998b), who shows percentage changes experienced by these modalities.

1184 The objective of this process is the dissolution of guarantees, linking to the guidelines of the market duration and termination of contract (López López, 2006b: 2). While job stability is generating higher productivity (ILO, 2005: 214), it is challenged that argument in the EU. According to Mercader Uguina (2002: 139), job insecurity resulting from term contracts imposes an "uncertainty principle".

There is a danger that this process will lead to a fragmentation of the labor market between insiders (workers with long-term employment) and outsiders[1185]. However, it also fits the classic contract with the aim of giving companies and workers more flexibility. Nevertheless, the European Union proposals are paradoxical, since it facilitates a regulatory flexibility from a unique business perspective (reviewing the definition, notice periods, costs and dismissal procedures)[1186]. Thus, a manifestation of loss of stability value is the elimination of the traditional rigidities to the contractual extinction[1187], reducing or eliminating their cost, which is worrying because it separates "the mechanism of obligations and rights under the contract"[1188].

B. Fragmentation of working time

Opposite to the tradition trend of limiting the working day, strongly homogenized, at present the flexibility promotes to adapt this labor condition to the market needs. Several formulas are provided by law[1189], resulting in a model characterized by fragmentation and diversity (between sectors, companies and within them), which makes working time one of the most important elements for the labor relations system[1190]. Additionally, in connection with the proliferation of atypical forms of contract, there are policies to encourage the part-time contract, which allows companies to more flexible and efficient adjustments[1191].

The ICT do not necessarily influence in this matter, although in some cases, such as teleworking, it has "extreme" consequences, blurred as work time available to the employer, who through that controls direct and immediately the work and performance[1192]. It is therefore necessary to link

---

Explains this pattern because of the strong demand for employment allows the employer to increase his power as far as the duration of the relation and because the most qualified workers, when offering their services in the labor market, they have the ability to control the rendering of the services. In the same sense, Stone (2006a: 80) considers that the work is strongly marked by the sign of the contingency, for short duration and the loss of linkage between employee and company.

[1185] Employment Taskforce (2003: 9). In relation to the problems of equality between the two collectives, it can produce a "substitute on equity" (Verkindt, 1995: 873). This information is linked to the level of qualification, depending on the area (Castaño Collado, 1994: 82), which affects the increase in contractual power or on the precarious link to the "weight of subordination" (Mercader Uguina, 2002: 140-142).

[1186] See Employment Taskforce (2003: 30).

[1187] Romagnoli (1998: 13), who explains how the law was working in his field including the constitutional right to work, through interpretation enforced with a "deformed" tied to limitations on the contract termination. The current model allows its correction, and requires focus on the right to work, using that training obligations and allowing an effective employability of workers as they need security in the new world-market.

[1188] López López (2006b: 1-6), that reducing costs is a goal in itself and not a formula to generate employment, which together with the parallel diversification of contractual modalities with negative balances for the employee, together make a reduction of guarantees for workers.

[1189] Annual working time, flexible hours, week low, shift work, night or day continued. For a discussion of their advantages and disadvantages: Albizu Gallastegui (1997: 53 and ff.).

[1190] Ramos Quintana (2002: 40). From the business point of view, (Mercader Uguina, 2002: 142-144) flexibility of working time is ideal, in a context of continuous technological evolution with high adaptability to the production process, to cope with fluctuations in prices of production factors and demand for products and services. This process was observed in all areas, including industry, which approximates to the services sector (Bosch, 1998: 15).

[1191] Also advocated as a means of allocating employment and to facilitate reconciliation of work and family life. Compared to other countries such as Holland, Spain has a very limited use due to more regulation in the social rights of those (López López, 2006a: 10-12).

[1192] Without taking into account the time needed to achieve the outcome and timing blurring of work and not work which can lead (González Ortega, 2004: 32-34) to a dangerous "temporal dispersion of the obligation to work for ... the lack of debt work." In connection with the need for continuous training of employees requires a time commitment that typically takes place outside of working

results and time needed to achieve them, which can be accomplished through multiple direct and indirect forms. This new parameter of control can assume beneficial consequences for the worker, enjoy more autonomy and manage their performance of the services through a flexible schedule that allows them to combine work and personal life[1193].

On the other hand, we need to point out that the increased productivity implied by the ICT, raises the technical possibility of reducing working time. However, it does not automatically convert the rules and it is not considered in the strategies and business practices. The companies eject traditional responsibilities to the market and do not take these new ones associated with the flexibility. It is necessary to make the most of the advantages of working time allowed by the ICT, since despite the relative effectiveness as a means of job sharing is a "good in itself: the conquest of time-released from the yoke of work to man"[1194]. This line should guide the European Union policies to adapt its contents, enabling a "perspective" of the flexibility of working time for worker as a real option[1195], enabling them to exercise "sovereignty over time"[1196].

C. Changes imposed by the flexibility over the professional qualification

There is a connection between productive model and the content of labor provision, which assumes that changes in production loosen the required qualifications[1197]. The traditional model is built on a strong division of labor, creating jobs whose content is specific and concrete routine; requires highly skilled workers in a context in which different skills are unimportant, and therefore reduces the training levels and necessary skills and abilities[1198].

The current model is built on the budget of horizontality and flexibility transforming the "disciplined worker" in a "flexible man"[1199]. Its main characteristics are evaluation of aptitudes, skills and behaviors: it requires a more versatile and general knowledge that creates inter-functional or "invisible" tasks and more extensive career profiles. Compared to traditional rigid systems of

---

time, increasing an "invisible work" that causes not to match actual working time and actual duration (Ramos Quintana 2002: 40 and Mothé, 1994: 52)

[1193] However, this autonomy is free only "fictitious" since it is not immune to corporate control (Ramos Quintana, 2002: 41), which advocates the need to understand not only the time as working time, which measures the wage-work trade, "but as a subjective experience in relation to the time of the person's life," such considerations support the individualization of working hours imposed by Directive 93/104, based on the principle of adapting work to man. It is, in short, a change in the forms: flexibility gives a new power, despite the apparent freedom offered to the employee, "not free of restrictions" (Sennett, 1998: 61). See, on the individual and collective control of working time, training and leisure: Supiot (1999: 136 and ff.).

[1194] Alarcón Caracuel (2004: 10). In this vein, among the proposals made by Gorz (1997: 245 and ff.), It affects the need to reduce working time, changing the way we work, improve it.

[1195] Establishing a "greater connectivity and proximity between working time and personal life time, between economy and society", correctly noting that "technology does not determine a unique sense of flexibility", connecting it with the possibilities through collective bargaining about the use of the ICT as a mechanism for allocating employment through the reorganization of working time (Mercader Uguina, 2002: 138)

[1196] Rocher, Fynes & Morrissey (1996: 142).

[1197] There is a cause-effect relationship between the means of production used, how to organize the work and the design of the tasks on the one hand, and on the other, qualifications required (González Ortega, 2004: 25).

[1198] Smith (1994: 115 and ff.). The division of tasks involve monotonous routine of work affecting the worker's career potential (see Taylor, 1970), leading to "individual robot"(Ramos Quintana, 2002: 39). Templates are higher than those strictly necessary and the worker is much less prepared to challenge the conditions of supply. See Mercader Uguina (2002: 125-126), who asserts that one of the main objectives was to limit the negotiation power and the capacity of workers to claim.

[1199] Mercader Uguina (2002: 125).

job classification that allow the worker to determine their contractual obligations and limit the power of direction, this is hardly compatible with the current organization, which promotes the versatility (even requires) functional mobility, which facilitates a broader exercise of the employer power[1200].

The specific content of work activity changes modifying the qualifications required for their development, leading to overflow of the professional categories, which accentuate their obsolescence, being replaced by the broader concept of professional group[1201]. Reconsidering the classificatory system and integrate mobility as part of the contract may involve an increase of the employer power. But it also has potential benefits for the worker, through integration into the logic of contractual trade and trade-offs between functional mobility and compensation and may not impose a decision to change[1202].

With the changes described, the impact of the ICT on the labor systems is important, though with a different degree of impact on workers, connecting "technical change and flexible qualification"[1203]. In addition, they have the ability to generate new jobs aimed at the information, characterized by flexible working conditions and high mental component information[1204].

Finally, we should talk about the connection between job classification system and retribution, working condition that it relaxes[1205]. Compared to traditional pay systems, collectively set uniformly, there is an individualization based on multiple criteria, which is linked to results[1206]. In some cases, the goal is to reward the contributions of workers to the company and its value in the labor market, to influence their abilities, skills and knowledge and keep them in the company[1207].

D. The importance of training to the demand of employability

The boundaryless career that runs the "universe-market", causes the worker is doomed to travel on uncertain pathways. The traditional career, sitting on the edge of the "company-universe", -

---

[1200] González Ortega (2004: 26-27); Mercader Uguina (2002: 127-128), who warned that support for versatility should not detract from professional qualification, so techniques are needed for maintenance, improvement and adaptation; Pérez de los Cobos (1990: 96-97), who detects, together with Butera (1987: 37) a crisis of the present conception of professionalism, job classification as an organizational system that organizes it and the legal tutelary instruments. Ramos Quintana (2002: 32). Stone (2006a: 80 and ff.) also emphasizes the increase of functional mobility and the disappearance of hierarchy leading to an increase in the power of discretion into lowers level categories.

[1201] See Mercader Uguina (2002: 128-129) and González Ortega (2004: 27).

[1202] González Ortega (2004: 28-30): the "normalization" of mobility would be to establish guarantees linked to training, promotion, compensation of various kinds and the defense of "professional worker's assets".

[1203] Mercader Uguina (2002: 127). The ICT can also allow to eliminate repetitive, routine and boring tasks, increasing autonomy and responsibility (González Ortega, 2004: 26), although this would depend on the capacity to manage them, allowing those who receive it have his work as a profession, but degrading the work of the rest (Prieto, Zornoza & Peiró, 1997: 21-22 and 101-102 and Pérez de los Cobos, 1990: 97-98).

[1204] Prieto, Zornoza & Peiró (1997: 103-104).

[1205] This impact has a "hidden hand": the increase of judicialization (López López, 2008).

[1206] The ICT revitalized the importance of working time as a criterion for evaluating the work effort, being moved by the result, which together with the individualization of pay leads to the need for objective tools that offer security to make sure that this diversity action does not mask the discretionary actions (González Ortega, 2004: 30-32). In relation to compensation systems in general, see Uguina Mercader (1996).

[1207] See Stone (2006a: 81) and Drucker (2001).

oriented over a maximum of two degrees or levels of training, is subject to fluctuations, conditioned by the need to take other jobs, not always better from the point of view of the level of training required[1208].

The importance of training is evident[1209]. Regarding the traditional production model, where the required knowledge is static, task-based, currently requires dynamic knowledge-based processes. It is the productive context which forges concept of employability, which transforms the worker as "server loyal" to a "committed professional"[1210]. Thus, the fragmentation seen in previous pages joins the derivative from the degree of employability to reach the worker, as a capacity to work[1211], which aims primarily at a general awareness that it can carry as capital for use in the "universe-market"[1212].

It is argued, from a broader perspective, the need to redefine the capabilities of general education to adapt to the productive system. They must rely on the ability to process information, to associate ideas and know each time what qualifications are needed, how to access them, learn and apply, installing walkways between work and education, as the market demands requiring fast changes[1213].

The worker must take responsibility for their own training, assuming the risks of not responding to the demands of the ICT. Workers must claim to get training through the company, a new conception of the training content of the contract as a employer obligation, which compensates for the expansion of corporate power and scope of work that use the ICT, connected with the professional structure and adapted to the demands of mobility and versatility[1214]. It will contribute to the employability of providing a genuine worker's advocacy role to the new demands placed upon it, which would reduce the risk of exclusion.

[1208] See Ramos Quintana (2002: 41-42).

[1209] The importance of the training in the employment relationship is interesting de Stone (2006b) states (2006a: 81) that the new model gives a new role to the knowledge and skills of the worker. The EU also insists on its relevance (European Commission, 2006a: 3).

[1210] Mercader Uguina (2002: 131); De la Poza (1998: 4); Sáez & Torres (2000: 4).

[1211] In this sense Castells (1998b) distinguish between two types of workers: a generic worker who executes instructions needed for a basic level of education and that are associated to job positions easy to remove; and a worker "autoprogrammable" able to "re define his capabilities", allowing it to adapt to technological change and aspirations for new occupations (see also Mercader Uguina, 2002: 130). Fragmentation in relation to training is also planned in different ways between developed and developing countries but which thanks to the ICT, they can also help to overcome historical gaps (De la Torre, 2002: 36).

[1212] Stone (2006a: 92-95). The "explicit knowledge", knowledge of the business and development work, is reduced in this new model (Castells 1998).

[1213] See Castells (1996 and 1998b). However, notwithstanding the importance of a degree of adequacy, we must not forget that the main objective of the education and training policies does not only relate to the development of work, but is much broader (De la Torre, 2002: 36)

[1214] González Ortega (2004: 35-36). According to Mercader Uguina (2002: 129-137), the right to participate in this training must be linked to different issues than the age range, such as job characteristics or profile of the worker. In this sense, Stone (2006a: 90) means that companies may be pressured to contribute to human capital of employees in one location, through different pathways.

III. METHODOLOGICAL PROPOSAL FOR THE EFFECTIVENESS OF WORKERS FUNDAMENTAL RIGHTS FROM A CASE STUDY

1. Rethinking fundamental rights in the Digital Age

The relationship between employer and worker is not only obligatory but, above all, "a relationship of power"[1215], that juxtaposes with the economic asymmetry from the start. As we have seen, in the Digital Age, this different position between the parties regarding power, favors the companies, weakening labor rights and the capacity of union pressure. On one hand, because they can adopt new strategies more easily[1216], and on the other, because flexicurity dissolves the stability value[1217]. All these issues are inserted within a more global debate regarding the notions of labor, worker and the legal titles of interchange of work and salary[1218].

It must be emphasized how the current sources of the law are characterized by its complexity, since instruments of soft law and supranational collective agreements coexist and combine, with multilevel regulation headquarters (international, transnational and national)[1219]. Especially worrisome are the codes of conduct of transnational companies that present themselves as alternatives to the legal rules[1220]. In this framework, begins an intense debate about the role of labor rights as human rights[1221], with the object of establishing minimal standards and limit the power of companies and the regulator role they intend to play, along the lines of reducing

---

[1215] Sinzheimer (1984: 75).

[1216] Global companies affect labor rights due to their large proportions and economic power: they can acquire diverse legal personalities, maintain long lawsuits and endure strikes (Arthurs, 2006: 55). For Stone (2006a: 81-83) "while we cannot see globalization directly, its imprint is evident in the spread of foreign plants across domestic landscapes, the telecommunications and computer technologies that enable firms to produce, distribute, and market all over the world, falling trade barriers, and the fading foreign exchange restrictions. National borders are becoming permeable to products made all around the globe and to global capital flows", stating furthermore that the unions' loss of power is linked to the upholding of traditional practices, removed from the new digital productive reality. Regarding the impact of globalization in production and work: Hepple (2003: 28). Castells (1998b) explains the fall of affiliation because of globalization, although Navarro (2002: 30) understands that it is not globalization, but the political will to facilitate o hamper it.

[1217] For Caruso (2004a: 15) "it appears, however, to be a general fact that we have passed from an excess of rigidity in organization and management – which was typical of the Fordist social and production model (in the 60s and 70s) – to an excess of flexibility, which is at time useless and economically expensive, as well as harmful from a social and human viewpoint". For Freedland (2007: 19-20), ILO Recommendation No. 198 and EU Green Book present similar aspirations, but their political orientation is subtly different: the first tries to modernize labor rights "by making them more robust"; the second one, "adapting it", through flexicurity.

[1218] "One consequence of this transformation is that it is necessary to rethink the nature of employment regulation at a fundamental level" (Stone, 2004: ix), for the joint action of technological evolution, economy and ideology (Loy, 2005; 66).

[1219] Caruso (2004b: 810), talks about "osmotic integration" of the legal sources with others of a different nature, highlighting the "light sources", whose combination with hard law are useful for Hepple (2005). For Arthurs (2006: 56), the impact of globalization is "formative, not normative": it does not change the contents of labor law, but other aspects, like the institutions, structures and the regulations' creation processes. The connection globalization-system of sources is worrisome because of the difficulty of establishing controls over the effects of it on labor relations (Ramos Quintana, 2002: 44). A paradigmatic example of collective transnational bargaining is the Frame Agreement about Teleworking, reaching for the CES, UNICE/UEAPME and CEEP in 2002, implemented in Spain by the Inter-confederation Agreement for Collective Bargaining of 2003.

[1220] Gradually, companies become a place "of labor rule production", escaping from national and international legal "constraints" that guarantee minimum rights for the workers (Baylos Grau, 2001: 79).

[1221] The academic analysis that studies workers' rights as human rights from a human dignity point of view, is a clear manifestation of this debate: Gross (2003), Alston (2005), Woodiwiss (2003) and Ewing, Gearty & Hepple (1994). For Freedland (2007: 17) the labor right must be considered interwoven with the social security legislation and human rights, and with the regulation and practices in regards to employment, in a way that the employability of the work force is elevated.

inequalities[1222]. The Charter of Fundamental Rights of the European Union, the ILO Declaration on fundamental principles and rights at work[1223] and the United Nations Global Compact[1224] are prominent declarations of that recognition.

This field of research connects with central themes of our discipline, as the exercise of fundamental rights and the right to dignity as limits to the employer's power that must be revaluated with the introduction of the ICT[1225]. Its technical characteristics resize again the possibilities of company control, which means a new channel "of technological intrusion that puts the injured worker in a situation of further inferiority". This is explained by two reasons: they favor constant control, intense and detailed, that provides information about the work done and also personal information, which allows for a very detailed profile of both facets; and many ICT are at the same time, indissociably, an instrument of work and control[1226]. It is necessary, then, to guarantee the effectiveness of the worker's fundamental rights, limiting the companies' control power in the Digital Age[1227]. To such end, the use and control of e-mail is analyzed as a case study.

2. E-mail as a case study

A. Reasons that explain its judicialization

From my point of view, this litigious nature is explained by three connected causes: the technical characteristics of email, the conditions of the exercise of the fundamental rights in labor relations and the absence of express regulation.

E-mail is one of the ICT most used, allowing, due to digitalization, to communicate instantaneously and efficiently all kinds of information, independent of its volume[1228]. Notwithstanding, communication can be monitored without the knowledge of the interlocutors in various ways: while it circulates on the network, directly from to the server or by retrieving deleted messages[1229]. In spite of the sums invested, it is very difficult to maintain the total inaccessibility of

---

[1222] In regards to countervailing workers' power, see Klare (2002: 3-29).

[1223] Does not innovate the recognized rights but it does mean a compromise enlarging its efficacy since it can be an element of political and moral pressure over the States that break the regulation of the ILO: Ramos Quintana (2002: 52) and Rodríguez-Piñero (1999: 5-6)

[1224] Even though it does not present itself as soft law (its idea is to remove it from any normative frame) it possesses some of its characteristics like the absence of sanctioning mechanisms (Mörth, 2004: 193), which makes legitimate the privatization process of labor rights (Arthurs, 2006: 59).

[1225] Especially regarding "unspecified" fundamental rights (Palomeque López, 1991), those which the worker holds, also in the workplace, whereas citizen (in particular dignity and privacy: Rodríguez-Piñero, 2004: 93), since the existence of a legal-labor version of most of them is possible (Alonso Olea, 1982), that allow for a "citizenship" in the company" (Jeammaud, 1992: 179).

[1226] Goñi Sein (1998: 33). It's about the "most colorful change" of the ICT (Pérez de los Cobos, 1990: 72), that achieves a "(re-)configuration of the power of control" (Fernández Domínguez & Rodríguez Escanciano, 1997: 80), showing the parallel advance of that power and technological evolution (Loy, 2005: 61). With the massive incorporation of computers into the company, the "recomposition of fragmentary news and… apparently innocuous" it was already emphasized previously (Zanelli, 1993: 7).

[1227] Otherwise the company would turn "into some type of jail with transparent walls" (González Ortega, 2004: 48).

[1228] Since its invention in the sixties, its gradual increment becomes exponential beginning in the nineties with the popularization of the Internet: Landham (1993: ix), Anderson, Bikson, Law & Mitchell (1995) and Garcia (1996).

[1229] Lerner (2002). De Vargas (1999: 2-3) states that "the little confidentiality of the system seems like a structural fact". The ILO (1993: 20), points out the difficulty for the worker to detect monitoring and the simple execution for the employer. Regarding the operation of the Internet and the circulation of information, see: Casanovas Romeu (2004) and Payeras Capella & Ferrer Gomila (2004). The

the messages; even so, there are multiple formulas that provide increased security of the information[1230].

The legal system grants the employer a series of powers to direct and control the execution of the work, and punish any failures of the worker. Its existence and ownership are not questioned, but its basis is[1231]. Traditionally, two theories have been provided in this regard: institution and contract based. For the first, the basis of the companies' power possesses a native character, linked to productive organization: it emerges because it exists and it's held by whoever is in charge. A link of fidelity between employer and worker is established[1232]. The second ones, by contrast, understand that a work contract, in connection with the legal and conventional regulations, is the basis and limit of such power[1233]. This last position agrees most with our democratic model of labor relations taking into account the function of labor law in order to correction of inequalities between the parties protecting the weaker one[1234].

Nevertheless, the legal authority that the legal system grants the employer in regards to the direction and control of the labor provision, and the disciplinary measure for the failure of the workers, are limited by the legal-labor system and especially the fundamental rights of the worker[1235]. In this regard we have to keep in mind the horizontal and immediate efficiency of the fundamental rights[1236]. Thus, they form as insurmountable limits for the employer, as our Constitutional Court has indicated repeatedly, that has developed a vital role in its consolidation of labor relations[1237]. No organizational interest can void generically its exercise since "the execution of a labor contract does not imply in any way the deprivation for [the worker]... of the rights that the Constitution grants him as a citizen", that hold a core place in the constitutional system; the opposite would suggest a manifestation "of 'industrial feudalism' [that] the social and democratic

---

system administrators can access e-mail that remains in the server in spite of being deleted from the inbox (Landham, 1993). Also, there are many applications that recover deleted emails for a more integral control of the computer remotely (Spector, E-Blasster, Ethereal, Ettercap, filters Websense, Firewalls)

1230 Behar (1997). Passwords between servers, test keys or algorithmic test code, encrypted messages (Dichter & Burkhardt, 2001 and Back, 2002).

1231 Román de la Torre (1992: 71).

1232 Loy (2005: 62). For Von Gierke (1982: 39), that link of fidelity derives from the hiring out of services. See Montoya Melgar (1965: 44), Fernández López (1991: 27), Martín Valverde (1978: 81).

1233 Fernández López (1991: 25) and (Blasco Pellicer, 1995: 41). There is a warning, in its first formulations in the genesis of labor law, about the fictitious "freedom of the parties" (Baylos Grau, 1991: 71). It must be remembered that our discipline "is the first Law that rebels against the free play of the relations of power and its risky power" (Sinzheimer, 1984: 96), serving as a "counterweight" that balances unequal power inherent to the labor relation (Kahn-Freund, 1987: 52-57).

1234 Ortiz Lallana (1998: 19). Regarding the function of labor rights: Constitutional Court Decision 3/1983.

1235 Rivero Lamas (1986: 81)

1236 Efficiency between particulars that derive from the German doctrine of Drittwirkung der Grundrechte (Pérez Luño, 1979: 218-219) that, as explained by Von Münch (1997: 32) "its born in opposition to the vertical relevance, that is to say, of the contrast between equalization and subordination", which explains why Martín Valverde (1998: 13) declares the breakthrough of the Spanish Constitution has become for labor rights a "magnetic field". The Spanish Constitution does not express itself regarding the matter, but it is the Constitutional Court, beginning with its Decision 18/1984, that consecrates such doctrine in Spain, since that in a democratic and legal system, the holder of the fundamental rights also is "in social life" (Constitutional Court Decisions 88/1985 and 126/2003).

1237 Valdés Dal-Ré (1990: 292 and 1992: 32) and Román de la Torre (1992: 306). See Constitutional Court Decisions 96/1989, 126/1990 and 99/199.

State of Law and the superior values of liberty, justice and equality find repugnant through which that State takes shape and is realized (section 1.1)"[1238].

Fundamental rights limit the employers' power, but they also experience "adaptations or modulations that try to balance the interests of the worker and employer"[1239]. Along these lines, the technique employed to determine the efficacy of the fundamental rights and the resulting limitation of the companies' power is the judgment of proportionality. The company must prove a rightful interest to adopt the measure, that must pass a triple test[1240]: it must be appropriate to achieve the intended purpose; it must be indispensable, that is to say, that there are no others that serve the same purpose with the same efficiency and are less intrusive in the limited fundamental right; and finally the judgment of proportionality in the strict sense, that consists on checking if from the measure more benefits are derived for the common interest than damages over other assets or securities in conflict, that is to say, if the measure is adjusted and balanced.

Even so the constitutional recognition of fundamental rights is a necessary condition for its exercise in labor relations; a specific legal development is needed so as to not hamper its exercise, something that is lacking in our legislation[1241]. This connects with the third detected problem: the absence of a regulation that specifies what must be its use and how should the control be developed[1242]. On one side, section 20.3 Workers' Statute recognizes for the employer the adoption of the measures of surveillance and control that it sees fit, to verify that the worker is meeting his job obligations, which limit is the respect for the worker's human dignity in its adoption and application. On the other hand, section 4.2.e) recognizes for the worker the right "in regards to his privacy and the given consideration of his dignity". This open formulation leads to a strong judicial sense and its necessary interpretation in light of the fundamental rights the Spanish Constitution recognizes, specially the right to privacy, the secrecy of communications and the protection of data (section 18 Spanish Constitution), according to the Constitutional Court's doctrine[1243].

In this sense, the courts are destined for casuistry solutions that give raise to inconsistent pronouncements by Superior Courts. One of the main disagreements is the protection of the use of email for the secrecy of communications: for some it is not so, since it is the property of the employer; for others, as far as it allows for the communication of information, it would be protected[1244]. Even so, the application of the Constitutional Court's doctrine regarding the principle of proportionality for most is a common fact[1245].

[1238] Constitutional Court Decisions 88/1985 and 186/2000.

[1239] Montoya Melgar (1998: 309). Constitutional Court Decisions 197/1998 and 213/2002.

[1240] Constitutional Court Decision 98/2000 that deepens in the necessity or indispensability of the measure. Regarding the judgment of proportionality, see Terradillos Ormaetxea (2004) and Casas Baamonde (2004).

[1241] Nonetheless, the power of control is recognized without nuances and with poorly defined limits. See García-Perrote (1998: 64), Rodríguez-Piñero (1990: 283), Baylos Grau (1991: 96) and Goñi Sein (1988: 172).

[1242] Feature highlighted in a majority way (Mercader Uguina, 2001: 112) and common in other national legislations (Biagi & Treu, 2002: 17). It must be pointed out that existed a proposal for legislative reform in 2001 that was not considered by the Senate.

[1243] Which brings up a necessary balance of power (Aragón Reyes, 1998: 161).

[1244] Superior Court Castilla y León (Burgos) 10-05-2006 [AS 2007, 682].

[1245] Superior Court Andalucía (Sevilla) 9-05-2003 [AS 2840], Superior Court Castilla y León (Burgos) 20-05-2006 [AS 2007, 682], Superior Court Galicia 2-10-2001 [AS 3366] and Superior Court Madrid 13-05-2003 [AS 3649].

That jurisprudential diversity is explained by the difficulty of putting forward the unification of doctrine submitted to the Supreme Court. However, the recent Supreme Court Ruling 26-september-2007 (RJ 7514) has reduced the margins of legal insecurity to when determining two basic questions: the employer can control the computer used by the worker, based on section 20.3 Workers' Statute; is necessary that the employer informs about the existence of controls and applicable measures[1246]. On the other hand, regarding the use of electronic mail by the unions to carry out their functions, the Constitutional Court Ruling 281/2005 establishes the following parameters: the company is not obligated to provide the infrastructure of information technology to be used by the unions; if it already exists, it must allow its use to relay union information, as long as it does not affect the normal development of the productive activity.

Perhaps this is the most important circumstance explaining the judicialization[1247], by which the benefits of an autonomous regulation are pointed out[1248]. In this sense two adopted solutions stand out. On one hand, the unilateral establishment of rules by the companies, that is beginning to break new ground in the Spanish companies, even though they are deeply rooted in other countries[1249], insisting on its convenience[1250].

On the other, collective bargaining has shown a relative, although increasingly growing interest to regulate the issue[1251]. Its analysis allows us to identify three large groups of social bargaining content. A first group[1252] receives a very detailed regulation. The workers' representatives are acknowledged the opportunity to use the ICT to carry out their functions; some even recognize it at an individual level, for private matters, providing two email. The setting of technical limits for its correct use stands out, which offers great legal security. Another group of agreements also recognizes the use of the ICT by the unions, even though its meager and porous limits allow for an ample discretionary margin for the company to determine the illicitness of its use[1253]. Lastly, the majority gather the use of email in a strictly reactive way, from a sanctioning level, including

---

1246 In spite of highlighting its importance, especially in regards to the existence of previous warnings, its understood that "is less convenient that the controls respect the principle and criteria of proportionality, according to the terms established by constitutional jurisprudence and followed and required by the labor courts, especially if the results of the control want to be shown as legal proof" (García-Perrote, 2008: 9).

1247 Amongst many others, Sempere Navarro & San Martín Mazzuconi (2002). Regarding the judicialization of social rights: Sciarra (2001) and López López (2008). Ramos Méndez (1978: 202) defends a monist theory of the process according to which the law does not exist until it's not applied by the judge in the specific case.

1248 Since prevention is preferred for the employer over the detection of abusive use of the ICT (DPWP, 2002: 4-5). Along the same lines Ford (2002: 153) and, the national authorities of data protection of Italy, UK and Germany.

1249 Thus, in the United States, it is notes its restrictive character (McIntosch, 2000: 542 and Lerner, 2002). In Spain, "La Caixa" corporate code stands out, where workers have two e-mail accounts: a professional, without "any expectation of privacy", checked by the company; and a personal account, free and managed by an external company which cannot affect the development of production and which control requires judicial authorization.

1250 Baum (1997: 1036). It is advised by various associations, like the Electronic Messaging Association in the US (Johnson & Patterson, 1994) or the Italian corporations association Confindustria, through some recommendations (Biagi & Treu, 2002: 14).

1251 Regarding the importance of its regulation by collective bargaining, the union CCOO (2003: 34-36) becomes evident. See, amongst others: Rodríguez-Piñero Royo & Lázaro Sánchez (2005) and Rodríguez-Piñero Royo, Pérez Domínguez & Lázaro Sánchez (2005).

1252 Collective agreements of RENFE (BOE 22-03-2005) and Telefónica (BOE 16-10-2003) stand out.

1253 Amongst others, collective agreement of the construction of Barcelona (DOGC 14-04-2008) and the chemical industry (BOE 29-08-2007).

it in their catalog of labor offenses[1254]. If we understand law as an instrument to reach certain social goals, more than as a repressive order, we must insist on this path, not only from a sanctioning perspective[1255].

B. About the methodological proposal

As we have seen, our system does not offer an express solution for the raised conflicts of the use of electronic mail in a company[1256]. The necessary search for answers in the constitutional precepts presents a second obstacle, since the statements that recognize the fundamental rights are formulated by principles, and not rules[1257].

The methodological proposal of this research feeds from the tools of Law Theory. In the first place, I use a discursive variant of the notion of "relevant property" of the Normative Systems Theory of Alchourrón and Bulygin[1258]: which I denominate "eventually relevant property"; that is to say, those circumstances of fact that can be present in a litigious supposition, whose existence could determine its normative solution in one or another sense. To determine which circumstances can eventually be relevant is necessary to analyze the reality of reference that is being analyzed; in it converge two basic elements: one technological (email, as a work tool that has other uses) and another legal (the labor relation, in which a conflict is produced between the power of the employer and the fundamental rights of the worker). Once those eventually relevant properties are selected, its legal assessment and its meaning are needed, to determinate its effective juridical relevance.

This methodology is interesting because it objectifies which facts are taken into consideration and makes visible its legal assessment for the establishment of some clear limits of employer's powers[1259] that can be used by collective bargaining. This one, keeping in mind the productive and technological reality of the its application field, will, taking the eventually relevant properties as a starting point, configure different suppositions that could take place. At this level, it is proposed to turn to the Theory of fundamental Rights of Alexy[1260], according to which, in the consideration of the principles in conflict in specific cases, rules can be deduced whose supposition of fact is determined by the case it resolves, the same way as when the legislator states the rules[1261].

1254 Amongst others, collective agreement wood industry of the state (BOE 7-12-2007) or of department stores (BOE 27-04-2006)

1255 Atienza (2001: 38).

1256 The system, at this point, is partially incomplete, since we face one case not expected and not regulated, as explained by Hart (1980: 5).

1257 Law is composed of rules and principles, in the sense of policies or directives (Atienza, 2001: 74-77). Both establish a legal consequence to a supposition of fact; but differ in the application mode to the specific case: the rules are applied as all-or-nothing, by setting a series of properties; and the principles must be pondered between themselves.

1258 The relevant property is that whose presence or absence become determinant in order to the normative solution that must be given to a precise regulation problem (Alchourrón & Bulygin, 1987: 3 and ss.).

1259 Since the "directive power limits constitute and important instrument for the protection of the workers' fundamental rights" (Loy, 2005: 81).

1260 Alexy (1993).

1261 In reality, Atienza defends (2001: 80-81) that the rules "are, at the same time, the result of pondering between principles (carried out by the legislator)". One must keep in mind, also, in the pondering analysis "the enormous plurality of factors that must be considered" (Mercader Uguina, 2002: 95).

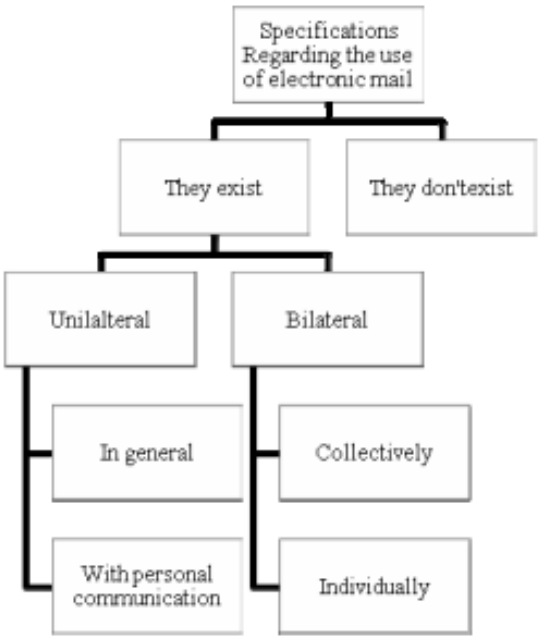
The previous methodology could be useful, with the proper modifications, for the rest of the ICT. It is trying to reconstruct or reaffirm environments of guarantee of rights taking as a starting point the interpretation of the existing legislation, tending to the "social reality in which [the regulations] must be applied" according to their spirit and goal" (section 3.3 Civil Code)[1262].

C. Legal assessment of the eventually relevant properties

The properties eventually taken into consideration, are systemized in two blocks, relative to the use and control, including all those possible circumstances of reality, objective and subjective, that could take place in a supposition. In each one, when it proceeds, it is marked at the beginning, in a frame, all logically possible cases before its legal assessment.

REGARDING THE USE OF EMAIL

1. Use settings



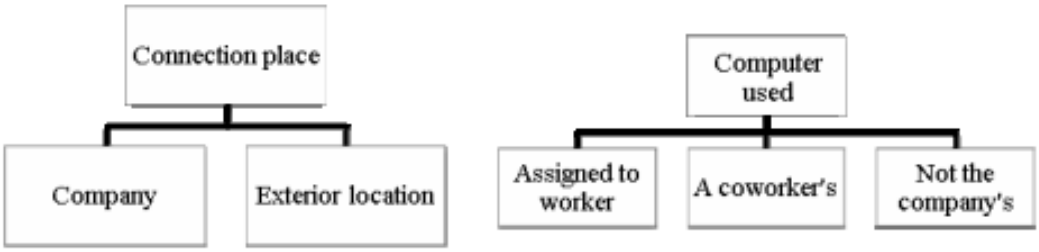
It is a relevant legal circumstance since, if a specification exists, would complement the principle of legal security. If it sets the prohibition of non work related use, it would allow in principle the

[1262] This position is defended by: Colàs Neila (1999: 42-43) and Sempere Navarro & San Martín Mazzuconi, (2002: 23).

sanction of its failure to comply (at the margin of its company's tolerance). Furthermore, as we will see, it has the capacity of contributing with other circumstances, like the appreciation of the good faith of the worker, since it could point out its non-existence, when deducing if he possesses enough objective elements to know the illegality of his act.

Faced with the company's silence, the worker could fully interpret the possibility of non professional uses; if committing a work related offense, it would be of a lesser nature, without detriment to the suppositions limit of abuse[1263]. In this sense, we should keep in mind what is the use generally employed in the company and its lack of opposition or tolerance (for not having sanctioned any previously)[1264].

2. Locative elements: place and access equipment



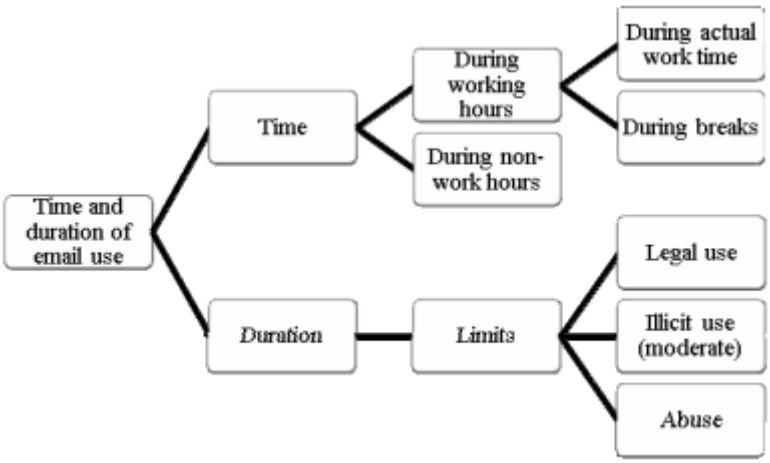
Email is characterized by its ubiquity, which is why the place in the strict sense must be combined with computer equipment from which it takes place.

Both suppositions are irrelevant from a legal point of view, since the specific supposition given would not determine a legal solution or another. What matters is that a communication mechanism is used that belongs to the company, circumstance that resides implicitly in the supposition being studied.

[1263] Superior Court País Vasco 21-12-2004 [JUR 2005, 61132] and Superior Court Comunidad Valenciana 29-10- 2007 [JUR 2008, 85736]. The suppositions would be left to one side in which email is a simple medium to commit other illicit ones (revealing of industrial or commercial secrets, sexual harassment): Superior Court Comunidad de Madrid 20-10-2008 [AS 3147] or Superior Court Comunidad de Madrid 9-07-2007 [AS 2893].

[1264] National Audience Court Decision 6-02-2001 and Superior Court Comunidad de Madrid 9-12-2004 [AS 3577].

3. Temporary circumstances: time and duration of use



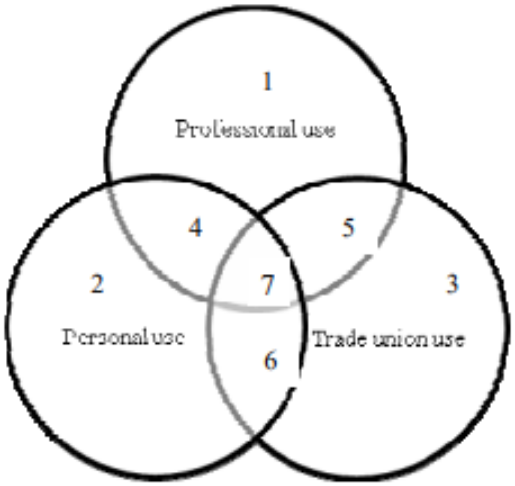
Since service rendering is a fundamental object of the contract, the use of email during standard work time is relevant[1265]. Even so, it must be linked to the time spent. Determining its relevance confronts the problem of its specific objective determination since it is difficult to establish fixed univocal criteria, in time units, that allows considering which uses are sanctionable[1266]. Because of it, collective bargaining must realize that assessment to set specific criteria that will allow concluding the opportune description to the sanction. The specific time employed must be made relative connecting it with the effects about the performance of the work obligation, in particular the possible decrease in work performance[1267].

[1265] Superior Court Castilla y León (Valladolid) 30-09-2002 [JUR 256385] y Superior Court Comunidad de Madrid 31-01-2002 [AS 916], Superior Court Castilla-La Mancha 6-07-2006 [JUR 229745] and Superior Court Cataluña 10-10-2006 [AS 2007, 1668].

[1266] Superior Court Galicia 4-10-2001 [AS 3366] and Superior Court Comunidad de Madrid 9-12-2004 [AS 3577].

[1267] Superior Court Comunidad de Madrid 9-12-2004 [AS 3577] and Superior Court Castilla y León (Valladolid) 29-01-2001 [JUR 122571].

4. Uses or purposes



Flexible work hours involve many workers work long hours so it cannot be expected to completely leave their private lives and the need to manage their tasks at work; it is therefore unreasonable to prohibit all personal communications[1268].

With regards to their use with union purposes, the possibilities offered by the ICT are obvious, and the use of e-mail particularly in a globalized context[1269]. In this regard, case law has not been univocal in recognizing the workers' representatives the right to use the ICT[1270]. However, it

---

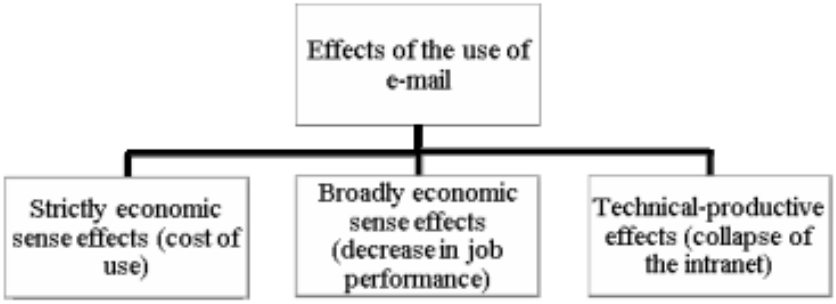
[1268] Oliver (2002: 326), Morgan (1999: 901) and Privacy Commissioner of Canada (2000: 9-10). González Ortega (2004: 48) indicates how workplace is, increasingly, an area of personal development dimensions (sociality, communication) not specifically working" promoted by ICT. Even in the cases of prohibition, in the comparative law exist case law that prevail secrecy of communications (Decision of the French Court of Cassation (chambre sociale) of 2-10-2001). But the Spanish case law understands that the professional computer purpose prevents its use for other purposes, without considering as personal the files (Superior Court Andalucía (Málaga) 25-02-2000 [AS 562]).

[1269] According to the ILO (2001: 16) "could help trade unions to restore the balance of power in the workplace ... accentuate the 'symmetry of information" at the negotiating table", which is very important in the described context where "globalization directly undermined domestic labor standards. It also does so indirectly by undermining the strength of domestic labor organizations" (Stone, 2006a: 85). Given the proliferation of transnational corporations, it is also proposed to use in those with a community dimension (Chacartegui Jávega, 2004). For the Union Network International, in a labor world increasingly computerized, unions should have recognized a right of access to e-mail to contact their members and workers, which launched the campaign on-line rights for On-line workers in 1998, understanding that ILO Workers' Representatives Convention number 135 (1971) should be extended to new forms of electronic communication. Highlights Bibby (2001) that a case of the Federal Court of Australia in April 2000 in which a dismissal of a union representative based on the use of ICT were considered that contravened the freedom of association, and Biagi & Treu (2002: 17) the Pret. Milano Decision 3-04-1995 that recognized the possibility of a "virtual association board."

[1270] In favor: Social Court 25 Madrid 13-10-2000 [AS 3180]; against: STS 13-01-1995 [RJ 7749], STS 26-11-2001 [RJA 2002, 3270] or Superior Court Cataluña 2-12-2005 [AS 2006, 427] (in the opposite direction to the previous CCD 281/2005).

should be noted an important tendency in the recognition of that right. Constitutional Court Ruling 281/2005 means an important milestone law of precedent, recognizing the right to use the technology that existed previously in the company as a manifestation of the right of freedom of association; nevertheless, the company is free from the additional burden of having to acquire them. It is not configured as an absolute right, because it is limited by not causing any damage to company systems, subordinating the right of operation of the organization[1271].

5. Effects of the use



Relevant facts are harmlessness or affectation to wealth and rights or interests of the company[1272]. As for the economic loss in the strict sense, in many cases the company does not claim them, which is logical for the spread of flat rates for internet connection[1273].

On the other hand, it is suggested economic damages in its broadest sense, linking it with the lost of time during its use that should devote to fulfilling the labor obligations because "it represents an economic cost to the Company given the number of working hours lost"[1274]. However, it points

---

[1271] Follow this doctrine of the Constitutional Court: SAN 26-03-2007 [JUR 248341], STS 23-07-2008 [RJ 7212], Superior Court Aragón 25-10-2006 [AS 2007, 806] and Superior Court Castilla y León 23-03-2006 [AS, 1488]. Superior Court Comunidad Valenciana 15-02-2007 [AS 2007, 2083] concludes that it does not violate the freedom of association and to the extent that there were no sufficient forms and the capacity of line was overwhelmed.

[1272] This idea does not take into account cases where the e-mail was merely an immediate tool to make other illicit: Superior Court Cantabria 24-01-2005 [AS 13] and Superior Court Cantabria 6-07-2001 [ED 55755].

[1273] Social Court 3 Vigo 29-04-2001 [AS, 3653] shows how the flat fee, personal use of the Internet did not involve additional expenditure. Other pronouncements do not give legal significance to this fact, considering the dismissal for the personal use of e-mail proper "regardless of their specific economic and time cost" (Superior Court Cataluña 14-11-2000 [AS 3444]).

[1274] Superior Court Galicia 4-10-2002 [AS 3366]. Superior Court Castilla y León 29-01-2001 [JUR 122571] and Superior Court País Vasco 23-01-2007 [AS 1723] take as a relevant element to consider the dismissal proper the personal use of the ICT, which means the decrease of its capacity that leads to consider the dismissal appropriate. Superior Court Comunidad de Madrid 9-12-2004 [AS 3577] understands that the abuse of the ICT is not punishable with particular purposes since it does not stop its rendering. Regarding the

out how some case law moves away from the real parameters when considering the personal use of the ICT as something strange and little everyday[1275].

Finally, misuse of e-mail, even on a strictly business, can cause distortions in the functioning of the corporate network, affecting the normal development of the production. As with duration of use, it is difficult to discern the consequences of the collapse, so here collective bargaining must also evaluate this information from a disciplinary perspective, based on a gradualist approach that takes into account all the circumstances (if there is a personal or professional use, if it meant the loss of any data, the time that the activity has been stopped).

6. Good faith of the worker

Contractual good faith is an important factor considered by the legislator, as its violation, when it supposes a serious and guilty noncompliance, legitimate dismissal of the worker, what has happened regarding the personal use of e-mail[1276]. However, it must necessarily connect with the specification of the use to give, since the reasonable use for personal purposes "fits to a general use and socially acceptable"[1277]. It is, therefore, necessary to analyze the concept of good faith objectively in connection with this fact, considering that it is imposed not only to the worker but also to the employer[1278]. Moreover, it is not a principle protected by the Spanish Constitution, and therefore cannot impose more limitations than those derived from the principle of proportionality[1279].

7. Individual or collective account

The e-mail account can be an individual or collective account. This is an important factor because in the latter case, the main problem would be to identify who uses it and when. I understand that the company could not proceed to punish indiscriminately to all users or one in particular, without evidence or clear indication of its authorship. Contractual good faith would fall on the company the establishment of identification mechanisms to avoid such problems[1280].

---

relationship between personal use of the ICT and lower productivity we can see an study carried out by the University of Meolbourne, that questions this last information: http://uninews.unimelb.edu.au/news/5750/

[1275] Cardenal Carro (2001: 32-33), considers that it is illogical for anyone to understand that disrupts the development of the work, as one could conclude that this may also effect things like drinking coffee or talking about sports scores. This everyday thing leads him to suggest the need to reverse the burden of proof in cases of dismissal, as it may be covering the true motivation of it, leading to justify on objective data its decision (mailing lists, connection time). See Superior Court Asturias 17-12-2004 [JUR 2005, 189,664] on the disproportionate punishment for the doubtful breach of good faith of the performance of the worker.

[1276] Superior Court Asturias 1-03-2002 [AS 630] or Superior Court Galicia 4-10-2002 [AS 3366].

[1277] Comission nationale de l'informatique et del libertés (2001: 11).

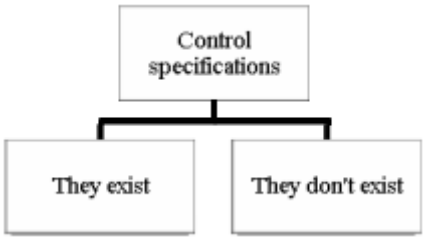
[1278] The jurisprudence has been reluctant to demand them (Cardona Rubert, 2001: 29).

[1279] Naranjo de la Cruz (2000: 446-447).

[1280] With regards to a case of collective account: Superior Court Comunidad de Madrid 17-10-2000 [JUR 2001, 24276]; also about group access to Internet: Superior Court Comunidad de Madrid 23-03-2004 [AS 2220]; about stolen identity: Superior Court Navarra 21-06-2005 [AS 1981] and Superior Court Comunidad de Madrid 16-12-2004 [AS 2297].

THE CONTROL OF THE E-MAIL

1. Control specifications



Absence of warnings about the possibility to control would suppose a "reasonable expectation of privacy"; it could turn in illegal the employer control and it could be understood that exist an employer tolerance that would minimize or make impossible a sanction[1281]. It has been noted a double meaning in that concept: normative (general expectations of privacy in society) and empirical (which suggests the employer)[1282].

It is based on the principle of "legitimate confidence" of the worker in relation to respect for his privacy, which would qualify with "adequate information" by the employer[1283], a manifestation of the duty of good faith of him. And would comply with the principle of transparency[1284], which would prevent the secret surveillance, except in essential circumstances, and that means the employer's obligation to inform about the control, establishing a detailed policy on private use, and clarify reasons for monitoring purposes; determine surveillance measures taken, report the breach and mechanisms of reaction. It is recommend the immediate notice for worker's abuse which, in combination with the above, plays an important deterrent role, as well as to inform others in the communication.

[1281] For the Spanish data protection authority, the Personal Data Protection Law would require to report to employees (AEPD, 2008: 10). Supreme Court Decision 26-09-2007 indicates that it is required to inform about the use, control, and intent for verification and measures for its security, connecting with the "existence of a widespread social habit of tolerance"; also the European Court of Human Rights in Halford v. UK. Therefore, the clear possibility of control would exclude that expectation (Freiburn, 1994). In opposite sense, Nord-American case law, in Smyth v. Pillsbury Co., it shows the permissibility of dismissal stating that the e-mail has no expectation of privacy and the interception is not "highly offensive", despite the numerous business communications regarding confidentiality, absence of controls and sanctions (Baum, 1997: 1031).

[1282] Regarding the Nord-American case law (Oliver, 2002: 321 and 332), which shows the tendency to allow the exclusion of intimacy in the work relation.

[1283] DPWP (2002: 9) directs and exemplify legitimate activities of control and limits, starting from section 8 European Convention on Human Rights, case law from European Court of Human Rights and Directive 95/46/CE. In the same sense, French data protection authority: CNIL (2001 and 2004).

[1284] DPWP (2002: 15). Bilsen (1992: 111) insists in that it cannot be carried out a secret control.

2. Circumstances that allow control

Section 20.3 of the Workers' Statute prohibit any investigation that is not linked to technical and organizational issues and all those that almost completely eliminates "space of freedom of the person that is the very essence of the right to privacy"[1285], imposing as limit the respect for the human dignity of workers, since it has "priority to all other considerations"[1286]. However, it cannot be invoked independently, but linked to other fundamental rights, in this case, the worker's rights at stake are: privacy of communications (section 18.3 Spanish Constitution), protection from the computer uses (section 18.4 Spanish Constitution) and right to privacy (section 18.1 Spanish Constitution)[1287].

It is essential to use the judgment of proportionality applied by the Constitutional Court to deduce the employer control of lawfulness and the scope of the exercise of the fundamental right[1288]. In that respect, it should be remembered that this technique operates on the specific case. Should therefore be taken into account the circumstances in each case, the legal analysis is performed in the remaining paragraphs. Thus, in general, the employer must demonstrate a legitimate, objective and reasonable interest for the control[1289]. This interest must exceed three phases: it must be suitable for the intended purpose (in cases where the work is carried out through e-mail); be indispensable, because there are no other ways to achieve that goal with the same efficiency and less intrusion into the fundamental right (it could be established a filter that would prevent sending or receiving emails with certain content); and lastly, to assess the proportionality in the strict sense, that is, the weight or balance of the extent, as they derive more benefits for the general interest than losses on other assets in dispute.

However, there must be an important distinction: if it is expected to verify the performance of the work or the use that is made of the ICT. In the latter case, it should be applied section 18 Workers' Statute, with clear indications of that use, with the additional procedural guarantee of

---

[1285] Goñi Sein (1988: 115).

[1286] DPWP (2002: 6).

[1287] The right to privacy means an area reserved for itself and against the knowledge of others, according to existing cultural guidance, to maintain a minimum quality of life (Constitutional Court Decision 231/1988). The privacy of communication has as a purpose the "opacity" of communication, regardless the content and the violation of the intimacy (Fernandez Esteban, 1998: 126-127), regardless of the medium, since the constitutional enumeration is open (Segado Fernández, 1992: 217), which would include e-mail (an argument in favor is the consideration as an offense the discovery of secrets by intercepting e-mail: section 197.1 Criminal Code). Section 18.4 Spanish Constitution protects privacy against the advances of ICT, which involves extending beyond the traditional areas (home and correspondence) and leads to a reformulation of that in a positive sense, as the right to informational self (Constitutional Court Decision 110/1984). Its development occurs in the Personal Data Protection Law (1999), which implements Directive 95/46/EC. On this concept, see: Rodotà (1994, 102) and Goñi Sein (1988: 34).

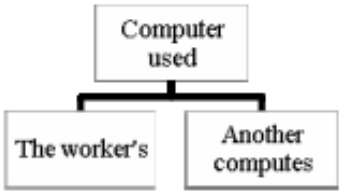
[1288] Fundamental rights are not absolute, although the limitations to impose by the existence of an employment contract must be necessary (Constitutional Court Decision 73/1982). The principles that DPWP (2002: 13-17) provides for the legitimacy of control match up with the judgment of proportionality of Constitutional Court (see i.e. Constitutional Court Decision 98/2000).

[1289] Companies monitor e-mail in general: In 2000, 77% of the companies in the United States monitored e-mail and 88% of these had information policy to the employee (American Management Association, 2001); in UK, about 55% according to the IRS (Espinosa & Furriol, 2000). Reasons alleged to control, among others, to confirm the correct use of the ICT (Freiwald, 1991: 1899 and Kesan, 2002: 290); security of the system and business responsibility in the maintenance of the appropriate work environment (Osborn, 2000 and Dichter & Burkhardt, 2001); in the same direction, although claiming the benefits in terms of cost savings and increased competitiveness (Rogers, 2000), examples of the importance of corporate responsibility for the use of electronic mail in Nord-American case law: Affairs Pamper vs. Calsonic International and US vs. Baker).

the presence in the record of the worker affected and the representatives of the workers established by the mentioned section. This is supposed to check irregularities in the development of work, and not its normal rendering[1290].

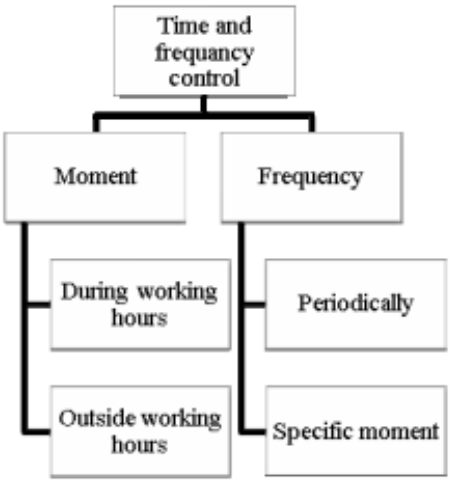
3. Location elements: place of inspection





The ubiquity of the ICT allows control from anywhere and from any computer, so it would be a legally irrelevant circumstance. However, it should be questioned the control carried out from other countries as to the law applicable to possible sanctions. With this regard, I understand that it would be applied the law of the employment relationship[1291].

4. Temporal elements: time and frequency

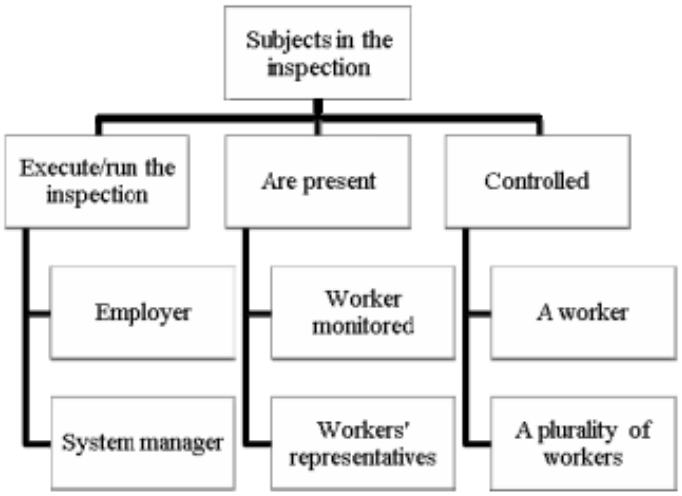


[1290] González Ortega (2004: 43-46).

[1291] "The telecommunications and computer technologies… enable firms to produce, distribute, and market all over the world, falling trade barriers, and the fading foreign exchange restrictions" (Stone, 2006a: 83), and also their organization is transnational: in the case resolved by Superior Court Comunidad de Madrid 31-01-2002 [AS 916], controls were produced from the central corporation in the USA. On the law applicable to Internet use, see: Boele-Woelki & Kessedjian (1997). The commission of other illicit by e-mail generates more doubts, as the person affected may file judicial proceeding in the country the act was performed or where it has its effects.

Regarding the time of control, it is an irrelevant property. Not the frequency, being eligible only inspections in specific moments and not frequently; the principle of proportionality would exclude general and frequent inspections, except for security of the system and at the unique level of data traffic[1292].

5. Subjects in the activity of inspection

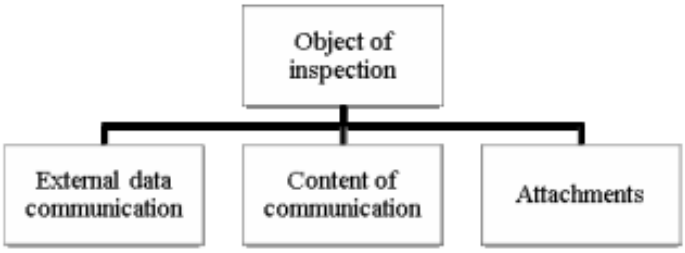


It is indifferent who run the control, as long as it has, directly or indirectly, the power to do it. In addition, it is irrelevant the number of workers monitored; it would be in any case, the existence of an organizational interest that exceeds the judgment of proportionality. A different question is the presence of the employee concerned and / or their representatives. It would require the presence of workers and their representatives in the monitoring, as it is a guarantee of non-infringement of the dignity of the worker, although section 20.3 Workers' Statute does not require it to proceed to inspect[1293].

[1292] DPWP (2002: 17). According to D'Antona (1988), the subordination does not cover continuous monitoring of the worker; the purpose is to ban the corporation meddling in gestures or behavior irrelevant for purposes of assessing the work performed.

[1293] On the significance of the presence of workers and its representatives: Superior Court Galicia 20-10-2006 [JUR 2007, 207642], Superior Court Comunidad de Madrid 31-05-2005 [JUR 162259], Superior Court País Vasco 21-12-2004 [JUR 2005, 61132]. It would be useful to establish "joint technology committees" to analyze the problems arising from the ICT that formulate programs and propose protective solutions to workers (Neffa, 1990: 870). Despite its poor implementation, section 64.4.d) Workers' Statute recognizes a right of consultation with employee representatives before implementing or revising the organization and control systems of work. Superior Court Comunidad de Valencia 19-07-2005 [AS 3205] describes as important the absence of this consultation.

6. Object of inspection



The secret of correspondence is applicable to e-mail and attachments. On the other hand, privacy covers, to some extent, the right to engage in work relations, which limits the legitimate need of surveillance[1294]. Moreover, it is possible to obtain sensitive data of the worker at all described levels[1295]. However, it is important to carry out a stepped access: first level should be controlled only from the external data communications, which enable to deduce if there is an abuse or not running properly work (number, date and time of sending / receiving, recipient / sender, if there are attachments and its capacity, time of use…); only if it is to control the normal development of work, and if there is some indication from previous data, it would be possible to find out about the content and attachments of the e-mail, but only those which are strictly related to work[1296].

7. Purpose and use of data

In order to consider the inspection legitimate, a proportional treatment of the data must be carried out: its purpose must be determined, explicit and legitimate, without any further different use. Moreover, the principle of transparency includes the right of access, correction, suppress or blocking of data processed without compliance with data protection legislation, without restriction and with reasonable frequency. It is a "powerful tool" for workers to verify the fairness and legitimacy of surveillance. Finally, data retention should be made by the indispensable time (more than three months would be difficult to justify)[1297].

Its subsequent use should be linked to the purpose of control, which has particular procedural relevance with regard to the validity of the evidence. Thus, according to the procedural rules, if obtained in violation of fundamental rights, it would have no effects, which would happen if the e-mail control does not to exceed the judgment of proportionality[1298].

[1294] DPWP (2002: 9) following the case law of European Court of Human Rights. Recognition in section 18.3 Spanish Constitution has "formal character": It refers to the content regardless its belonging to the sphere of privacy (Calsamiglia Blancafort, 1999).

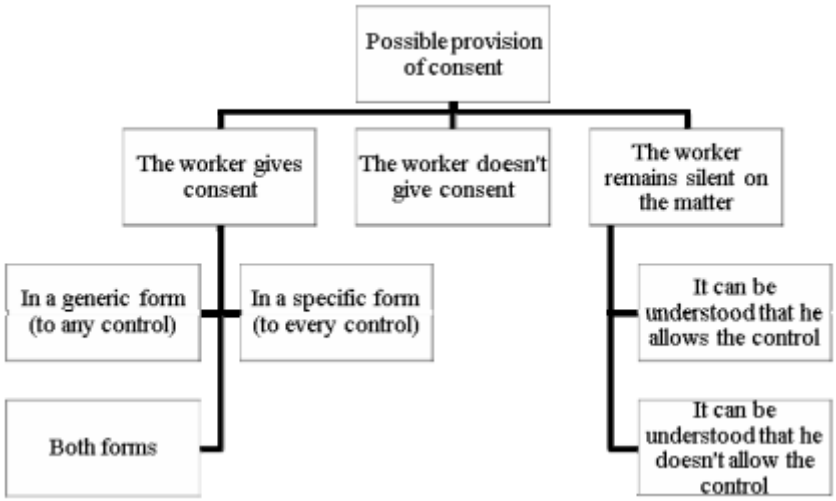
[1295] Zanelli (1986) argues that data obtained during the performance of the work allow to conclude about professional and personal profile of the worker; with only the traffic data (sender or emissary, title) it is possible to obtain data about politic tendencies, sex orientation, etc. (Colàs Neila, 1999: 50). In that respect: Oliver (2002, 329) and Craig (1999: 19), warns about the possibility to obtain data not specifically sought.

[1296] DPWP (2002: 15) reduces the control of personal e-mail only to security system reasons.

[1297] DPWP (2002: 13-17).

[1298] Sections 11 Judicial Power Act, 90 Labor Procedure Law and 287 Civil Procedure Law. See Baylos Grau (1998: 15 and ff.). The lack of validity of evidence leads to consider the dismissal without cause; I think it should be qualified as null, since it cannot overlook the grounds of their invalidity: the violation of a fundamental right.

8. Worker's consent



There is a common point to potentially violate fundamental rights in the control of e-mail: its availability by the owner, being his consent relevant[1299]. That would mean to qualify as legitimate the control of e-mail and the knowledge of its data[1300]. However, as a manifestation of the asymmetry of the parties, the necessary and sufficient freedom in the worker may lack and therefore, it would be important that the workers' representatives ensure its existence[1301].

In order to provide greater legal certainty to the consent, it should be express and in writing. In its absence (expressly or by silence of the worker) to be aware of what is being communicated it is essential judicial authorization; however, in the employment relationship, while e-mail is a mechanism of the company, I understand that this requirement would not be necessary, but the presence, and where appropriate the provision of an alternative consent made by the representatives of workers, would be necessary[1302]. On the other hand, it would be desirable to provide such consent in a double time: general and specific; although it would be desirable for greater legal certainty, the existence of one or the other would be valid[1303].

[1299] On the relevance e-mail's consent of control: Superior Court País Vasco 21-12-2004 [JUR 2005, 61132] and Superior Court Cataluña 5-07-2000 [AS 3452].

[1300] According to Privacy and Honor Protection Law (1982) and Personal Data Protection Law (1999). Alfandari (1990: 554): "no attack on the privacy of men ... can be done without their consent." The secrecy of communications doesn't operate if it is authorized by the interested party (Constitutional Court Decision 110/1984). According to Tascón López (2005: 104) is a "cardinal principle" of data protection legislation, which reflects the new dynamic sense of privacy as a control of information concerning by its holder (Lopez Carrillo, 1987: 58 and Rodotà: 1994 102).

[1301] Martínez Fons (2002: 87).

[1302] Marín Alonso (2005: 159-168) understands that judicial authorization is required in the absence of consent: otherwise it can only be controlled complimentary aspects of communication.

[1303] Colàs Neila (1999: 40). Many times there are warnings on the screen regarding the possibility of control which must be accepted to be able to work; In relation to this, notwithstanding the obligation to be informed, I understand that we should give it relevance to the provision of consent, as it becomes a reflex.

Bibliographical references

ADELL, J. (1997): "Tendencias en educación en la sociedad de las tecnologías de la información". *EDUTEC - Revista electrónica de tecnología educativa* (7).

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2008): *Informe 0247/2008 (Procedimientos sobre el uso de los correos electrónicos de los trabajadores por parte de las empresas)*. Madrid: AEPD.

ALARCÓN CARACUEL, M. R. (1986): "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo". *Revista Española de Derecho del Trabajo* (28).

ALARCÓN CARACUEL, M. R. (2002): "L'amenaça del discurs futurista sobre el mercat de treball". En AA.VV., *El futur del sindicalisme*. Barcelona: CRESC.

ALARCÓN CARACUEL, M. R. (2004): "La informatización y las nuevas formas de trabajo". En M. R. Caracuel Alarcón, y R. Esteban Legarreta (Edits.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. Albacete: Bomarzo.

ALBIOL MONTESINOS, I. (1971): "En torno a la polémica ajenidad-dependencia". *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo* (1).

ALBIZU GALLASTEGUI, E. (1997): *Flexibilidad laboral y gestión de los recursos humanos*. Barcelona: Ariel.

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E. (1987): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

ALEXY, R. (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón Valdés, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALFANDARI, E. (1990): "La protección de los individuos frente a las nuevas tecnologías". En AA.VV., *El Derecho y las nuevas tecnologías* (Separata de la Revista de Derecho Industrial, núm. 33). Buenos Aires: Depalma.

ALONSO GARCÍA, M. (1985): *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ariel.

ALONSO OLEA, M. (1967): "En torno al concepto de trabajador". *Anuario de Derecho Civil* (1).

ALONSO OLEA, M. (1982): *Las fuentes del Derecho (es especial del derecho del trabajo según la Constitución)*. Madrid: Civitas.

ALONSO, L. E. (1999): "Crisis de la sociedad del trabajo y ciudadanía: una reflexión entre lo global y lo local". *Política y Sociedad* (31).

ALONSO, L. E. (2000): *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*. Madrid: Trotta.

ALSTON, P. (Ed.). (2005): *Labour rights as human rights*. Oxford: Oxford University Press.

American Management Association (2001). *American Management Association Survey: Workplace Monitoring & Surveillance*. Recuperado el 6 de junio de 2007, de http://www.amanet.org/research/archives.htm

ANDERSON, R. H., BIKSON, T. K., LAW, S. A., & MITCHELL, B. M. (1995): *Universal Acces to E-Mail. Flexibility and Societal Implications*. Santa Monica: RAND.

ARAGÓN REYES, M. (1998): *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ARTHUR, M. B., & ROUSSEAU, D. M. (Edits.). (1996): *The boundaryless career: a new employment principle for a new organizations era*. Oxford: Oxford University Press.

ARTHURS, H. (2006): "Who's afraid of globalization? Reflections on the future of labour law". In J. D. Craig, & S. M. Lynk (Edits.), *Globalization and the future of Labour Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

ATIENZA, M. (2001): *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.

AUBY, J.-B. (2001): "Globalización y descentralización". *Revista de Administración Pública* (156).

BACK, A. (2002): *PGP timeline and brief history*. Recuperado el 16 de mayo de 2009, de http://www.cypherspace.org/adam/timeline/

BARLOW, J. P. (1994): *The Economy of Ideas*. Wired (2).

BATES, B. (1989): "Evolving to an Information Society. Issues and Problems". In J. L. Salvaggio (Ed.), *The Information Society. Economic, social & structural issues*. Hillsdale, NJ: LEA.

BAUM, M. J. (1997): "E-Mail in the Workplace and the right of Privacy". *Villanova Law Review*, 42.

BAYLOS GRAU, A. (1991): *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta.

BAYLOS GRAU, A. (1998): "Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos". En J. Agustí Julià (Ed.), *La prueba en el proceso laboral* (Cuadernos de Derecho Judicial, 23). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

BAYLOS GRAU, A. (1999): "Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto". *Cuadernos de Relaciones Laborales* (15).

BAYLOS GRAU, A. (2001): "Representación y representatividad sindical en la globalización". *Cuadernos de Relaciones Laborales* (19).

BAYÓN CHACÓN, G. (1961): "El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?" *Revista de Derecho Privado*, (junio).

BECK, U. (1998): *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. (B. Moreno, y M. R. Borràs, Trads.) Barcelona: Paidós.

BEHAR, R. (1997): "Who's reading Your E-Mail?" *Fortune* (February, 3).

BELL, D. (1976): *El advenimiento de la sociedad postindustrial. Un intento de prognosis social*. (R. García, & E. Gallego, Trads.) Madrid: Alianza.

BELZUNEGUI ERASO, Á. G. (2002): *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*. Madrid: Consejo Económico y Social.

BERNERS-LEE, T. (2000): *Tejiendo la red*. (M. Rubio Fernández, Trad.) Madrid: Siglo XXI.

BIAGI, M., & TREU, T. (2002): "Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano". *Diritto delle Relazioni Industrialli* (1).

BIBBY, A. (2001): "Who's got mail? At work, e-mail and the Web become public". *World of Work, The Magazine of the ILO* (40).

BILSEN, R. (1992): "Search and Surveillance in the Workplace: An Arbitrator's Perspective". In W. Kaplan, J. Sack, & M. Gunderson (Edits.), *Labour Arbitration Yearbook*. Toronto: Butterworths.

BLASCO PELLICER, Á. (1995): *La individualización de las relaciones laborales*. Madrid: Consejo Económico y Social.

BOELE-WOELKI, K., & KESSEDJIAN, C. (Edits.) (1997): *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?* The Hague / London / Boston: Kluwer Law International.

BOSCH, G. (1998): "Reorganización del tiempo de trabajo. Un análisis de las recientes tendencias en Europa". *Boletín AEDIPE* (6).

BUTERA, F. (1987): "Il lavoro nella rivoluzione tecnoeconomica". *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industrialli* (36).

CABERO, J. (1996): "Nuevas tecnologías, comunicación y educación". *EDUTEC - Revista Electrónica de Tecnología Educativa* (1).

CALSAMIGLIA BLANCAFORT, A. (1999): *Control empresarial y dignidad humana*. Recuperado el 24 de agosto de 2002, de http://www.ceveal.com/colab.htm

CAMPELL, D. (2001): "¿Pueden atajarse las desigualdades en el ámbito de la tecnología digital?" *Revista Internacional del Trabajo*, 120 (2).

CARDENAL CARRO, M. (2001): "Desdramatizando el uso de internet en el trabajo". *Aranzadi Social* (15).

CARDONA RUBERT, M. B. (2001): "Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual". *Aranzadi Social* (17).

CARINCI, F., DE LUCA TAMAIO, R., TOSI, P., & TREU, T. (1988): *Diritto del Lavoro* (Vols. 2, Il rapporto di lavoro subordinato). Torino: UTET.

CARRILLO LÓPEZ, M. (1987): *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*. Barcelona: PPU.

CARUSO, B. (2004a): "Flexibility in Labour Law: The Italian Case". En B. Caruso, & M. Fuchs (Edits.), *Labour Law and Flexibility in Europe. The Cases of Germany and Italy*. Milano / Baden-Baden: Giuffrè / Nomos.

CARUSO, B. (2004b): "Il Diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)". *ADL*.

CASANOVAS ROMEU, P. (2004): "Derecho, Internet y Web semántica". En C. Gómez Martínez (Ed.), *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías* (Cuadernos de Derecho Judicial, IX, págs. 11-44). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

CASAS BAAMONDE, M. E. (2004): "La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe". *Relaciones Laborales* (12).

CASTAÑO COLLADO, C. (1994): *Tecnología, empleo y trabajo en España*. Madrid: Alianza.

CASTELLS, M. (1996): "Empleo, trabajo y sindicatos en la nueva economía global". *La Factoría* (1).

CASTELLS, M. (1998a): *La Era de la Información. El poder de la identidad* (Vol. 2). (C. Martínez Gimeno, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.

CASTELLS, M. (1998b): "Globalización, tecnología, trabajo, empleo y empresa". *La Factoría* (7).

CASTELLS, M. (1999): *La Era de la Información. Fin de Milenio* (2ª ed., Vol. 3). (C. Martínez Gimeno, & J. Alborés, Trads.) Madrid: Alianza Editorial.

CASTELLS, M. (2000): *La Era de la Información. La sociedad red* (Vol. 1). (C. Martínez Gimeno, & J. Alborés, Trads.) Madrid: Alianza Editorial.

CASTELLS, M. (2001a): "Globalització, drets socials i identitat nacional". En AA.VV., *Globalització, drets socials i identitat nacional* (Documents sindicals, núm. 11). Barcelona: CONC (Secretaria de Comunicació).

CASTELLS, M. (2001b): "Internet y la Sociedad Red". *La Factoría* (14-15).

CASTELLS, M. (2002): "El sindicalisme a la societat xarxa". En AA.VV., *El futur del sindicalisme*. Barcelona: CRESC.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C. (2004): "El correo electrónico como instrumento de información, consulta y participación de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitarias". *Relaciones Laborales* (8).

CHAMPAUD, C. (1990): *El impacto de las nuevas tecnologías en la empresa* (Separata de la Revista de Derecho Industrial, núm. 33). Buenos Aires: Depalma.

CNIL - Comission nationale de l'informatique et des libertés. (2001): *Rapport d'étude et de consultation publique: La cybersurveillance des salaries*. Paris: CNIL.

CNIL - Comission nationale de l'informatique et des libertés. (2004): *La cybersurveillance sur les lieux de travail*. Paris: CNIL.

COLÀS NEILA, E. (1999): "Poderes empresariales y derechos fundamentales del trabajador. Sobre la licitud de la consulta del correo electrónico por parte del empresario". *CEF Gestión* (12-13).

COOKE, W. N. (1997): "The Influence of Industrial Relations Factors on U.S. Foreign Direct Investment Abroad". *Industrial & Labor Relations Review* (51).

CRAIG, J. D. (1999): *Privacy and Employment Law*. Oxford: Hart Publishing.

CRUZ VILLALÓN, J. (1999): "Los cambios en la organización de las empresas y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales". En AA.VV., *El empleador en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

CRUZ VILLALÓN, J. (2000): "Outsoursing y relaciones laborales". En AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

D'ANTONA, M. (1990): "Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna". En M. D'Antonta (Ed.): *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna.* Napoli: Edizione Scientiche Italiane.

D'ANTONA, M. (1988): "Intervento alla tavola rotonda su "Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori"". En AA.VV., *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*. Milano: Franco Angelli.

DAVIDOV, G., & LANGILLE, B. (Edits.). (2006): *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*. Oxford / Portland: Hart Publishing.

DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (2003): *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid: Dykinson - Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III de Madrid).

DE LA POZA, J. (1998): "La selección de recursos humanos". *Boletín AEDIPE* (4).

DE LA TORRE, A., & CONDE, J. (1998): *El desafío del cambio tecnológico. Hacia una nueva organización del trabajo*. Madrid: Tecnos.

DE LA TORRE, I. (2002): "Nuevas profesiones y formación profesional". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales - Economía y Sociología* (36).

DE PALACIO, F. (2006): "Los autónomos dependientes se han duplicado en cinco años". *El Periódico de Catalunya*, 20-11-2006, pág. 42.

DE SEBASTIÁN, L. (1997): *Neoliberalismo global*. Madrid: Trotta.

DE SOUSA SANTOS, B. (1998): *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA - Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Colombia).

DE VARGAS, L. (1999): Derecho de intimidad del correo electrónico en el lugar de trabajo: el debate en los Estados Unidos. Barcelona: ejemplar original.

DICHTER, M. S., & BURKHARDT, M. S. (2001): "Electronic interaction in the workplace: monitoring, retrieving and storing employee communications in the internet age". *LegalFocus on Property and General Liability Insurance*, 5 (7/8), 42-59.

DOWNES, D. M., & JANDA, R. (1998): "Virtual Citizenship". *Canadian Journal of Law and Society*, 13 (2).

DPWP - Data Protection Working Party – Article 29 (2001): Dictamen número 8/2001, sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral. Bruselas: 5032/01 (WP 49).

DPWP - Data Protection Working Party – Article 29 (2002): Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo. Bruselas: 5401/01/ES/Final (WP 55).

DRUCKER, P. F. (2001): "Detrás de la Revolución de la Información". *La Factoría* (13).

DURÁN LÓPEZ, F. (1998): "Globalización y relaciones de trabajo". *Revista Española de Derecho del Trabajo* (92).

ECHEVERRÍA EZPONDA, J. (2002): "El Espacio Electrónico, Nuevo Espacio para la Acción Social". En AA.VV., *La Revolución Digital: Nueva Economía e Integración Social* (Ekonomi Gerizan, IX). Vitoria-Gasteiz: FCAVN.

EMPLOYMENT TASKFORCE. (2003): *Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe*. Brussels: European Comission.

ESPINOSA, M., & FURRIOL, E. (2000): "En EE.UU. es normal el control de los "e-mail"". *La Vanguardia*. 2-12-2000.

EUROPEAN COMISSION (2006a) Libro Verde: "Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI". Bruselas: COM (2006) 708 final.

EUROPEAN COMISSION (2006b) Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de Primavera: "Ha llegado la hora de acelerar. Informe Anual sobre el Crecimiento y el Empleo 2006". Bruselas: COM (2006) 30 final.

EUROPEAN COMISSION. (2005): Lisbon Action Plan incorporating EU Lisbon Programme and Recommendations for actions to member States for inclusion in their national Lisbon Programmes. Brussels: SEC (2005) 192.

EUROPEAN COMISSION (2001) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: "Tecnologías de la Información y de la Comunicación en el ámbito del desarrollo. El papel de las TIC en la política comunitaria de desarrollo". Bruselas: COM (2001) 770 final.

EWING, K. D., GEARTY, C. A., & HEPPLE, B. A. (Edits.). (1994): *Human Rights and Labour Law. Essays for Paul O'Higgins*. London / New York: Mansell.

FARÍA, J. E. (1996): "Democracia y gobernabilidad. Los derechos humanos a la luz de la globalización económica". *Travesías* (1).

FARÍA, J. E. (2000): *O Direito na economia globalizada*. Sao Paolo: Malheiros.

FARIÑAS DULCE, M. J. (2004): *Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson - Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III de Madrid).

FARJAT, G. (1990): "Nuevas tecnologías y derecho económico". En AA.VV., *El Derecho y las nuevas tecnologías* (Separata de la Revista de Derecho Industrial, núm. 33). Buenos Aires: Depalma.

FERNÁNDEZ BUEY, F. (2005): *Guía para una globalización alternativa. Otro mundo es posible*. Barcelona: Ediciones B.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., & Rodríguez Escanciano, S. (1997): *Utilización y control de datos laborales automatizados*. Madrid: Agencia de Protección de Datos.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L. (1998): *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (1989): *Proyecto docente*. Málaga: inédito.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (1991): *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Civitas.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1992): *El sistema constitucional español*. Madrid: Dyckinson.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A. (2003): *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

FINKEL, L. (1994): *La organización social del trabajo*. Madrid: Pirámide.

FORD, M. (2002): "Two Conceptions of Worker Privacy". *Industrial Law Journal*, 31.

FORESTER, T. (1987): *High-Tech Society. The Story of information society revolution*. Cambridge: MIT.

FRASER, J. A. (1997): "The Use of Encryptes Coded, and Secret Communications is an Ancient Liberty Protected by the United States Constitution". *Virginia Journal of Law & Technology*, 2.

FREEDLAND, M. R. (2003): *The Personal employment contract*. Oxford: Oxford University Press.

FREEDLAND, M. R. (2006): "From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus". *Industrial Law Journal*, 35 (1).

FREEDLAND, M. R. (2007): "Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo". *Revista Internacional del Trabajo*, 126 (1-2).

FREIBRUN, E. S. (1994): "E-Mail Privacy in the Workplace. To What Extent?" Recuperado el 17 de mayo de 2009, de http://www.freibrunlaw.com/articles/articl9.htm

FREIWALD, S. (1991): "Addressing the new hazards of the high technology workplace". *Harvard Law Review* (104).

FRÖBEL, F., HEINRICHS, J., & KREYE, O. (1980): *The New International Division of Labor*. Cambridge: Cambridge University Press.

GAETA, L. (1998): "La qualificazione del rapporto". En L. Gaeta, y P. Pascucci (Edits.), *Telelavoro e Diritto*. Torino: Giappichelli.

GARCIA, E. (1996): "E-mail and privacy rights". Recuperado el 3 de enero de 2003, de http://wings.buffalo.edu/law/Complaw/CompLawPapers/garcia.html

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1998): "Convenio colectivo y contrato de trabajo. Y sobre los derechos constitucionales "inespecíficos" del trabajador". En E. Rojo Torrecilla (Ed.), *Las reformas laborales de 1994 y 1997*. Madrid: Marcial Pons.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2008): "El control empresarial del uso por el trabajador del ordenador (Nota sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007)". *Información Laboral Jurisprudencia* (11), 2-9.

GARSTA. (1973): Grundbegriffe für den Datenschutz. En W. Kilian, K. Lenk, & W. Steinmüller, *Datenschutz. Juristische Grundsatzfragen beim Einsatz elektronischer Daterverarbeitungsanlagen in Wirtschaft und Verwaltung*. Frankfurt am Main: Toeche - Mitter Verlag.

GIDDENS, A. (1999): *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*. (P. Cifuentes Huertas, Trad.) Madrid: Taurus.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): "La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo". En M. R. Alarcón Caracuel, & R. Esteban Legarreta (Eds.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. Albacete: Bomarzo.

GOÑI SEIN, J. L. (1988): *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas.

GORZ, A. (1997): *Metamorfosis del trabajo. Búsqueda del sentido. Crítica de la razón económica*. (M. C. Ruiz de Elvira, Trad.) Madrid: Sistema.

GROSS, J. A. (Ed.). (2003): *Workers' Rights as Human Rights*. Cornell: Cornell University Press.

GRUN, E. (1999): "La globalización del Derecho: un enfoque sistémico y cibernético". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (2).

HABERMAS, J. (1999): *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*. (J. C. Velasco Arroyo, Trad.) Barcelona: Paidós.

HAMMER, M., & CHAMPY, J. (1994): *Reingeniería de la empresa*. Barcelona: Parramón.

HARNECKER, M. (1999): *La izquierda en el umbral del siglo XXI: haciendo posible lo imposible*. Madrid: Veintiuno de España Editores.

HART, H. (1980): "El nuevo desafío al positivismo jurídico". *Sistema* (3), 3-18.

HELD, D. (1999): "The Transformation of Political Community: Rethinking Democracy in the Context of Globalization". In I. Shapiro, & C. Hacker-Cordon (Edits.), *Democracy's Edges*. Cambridge: Cambridge University Press.

HELD, D. (2000): "¿Hay que regular la globalización?" *Claves de Razón Práctica* (99).

HEPPLE, B. (2003): "Diritto del lavoro, diseguaglianza e comercio globale". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* (97).

HEPPLE, B. (2005): *Labour Laws and Global Trade*. Oxford: Hart Publishing.

HOBSBAWM, E. (2000): *Entrevista sobre el siglo XXI*. (G. Pontón, Trad.) Barcelona: Crítica.

HONGJU Koh, H. (2002): "The Globalization of Freedom". *Yale Journal of International Law*, 26 (2).

ILO - International Labour Organisation. (1993): *Monitoring and Surveillance in the Workplace* (Vols. 12-II). Geneva: International Labour Office.

ILO - International Labor Organisation (2001): *Informe sobre el empleo en el mundo 2001. La vida en el trabajo en la economía de la información*. Ginebra: OIT.

ILO - International Labor Organisation (2005): *Informe sobre el empleo en el mundo 2004-2005. Empleo, productividad y reducción de la pobreza*. Ginebra: OIT.

JEAMMAUD, A. (1992): "Los derechos de información y participación en la empresa. La ciudadanía en la empresa". En A. Baylos Grau, & J. Aparicio Tovar (Edits.), *Autoridad y democracia en la empresa*. Madrid: Trotta.

JOHNSON, D., & PATTERSON, S. (1994): *Access to and Use and Disclosure of Electronic Mail on Company Computer Systems: A Tool Kit for Formulating Your Company's Policy*. Arlington: The Electronic Messaging Association.

KAHN-FREUND, O. (1987): *Trabajo y Derecho* (3ª ed.). (J. M. Galiana Moreno, Trad.) Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

KESAN, J. (2002): "Cyber-working or cyber-shirking?: A first principles examination on electronic privacy in the workplace". *Florida Law Review* (54).

KLARE, K. (2002): "The Horizons of Transformative Labour Employment Law". In J. Conaghan, R. M. Fischl, y K. Klare (Edits.), *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities*. Oxford: Oxford University Press.

LANDHAM, R. A. (1993): *The Electronic Word*. Chicago: Chicago University Press.

LERNER, M. (2002): Harness E-Mail: How Private Is Your E-Mail? Recuperado el 7 de mayo de 2009, de http://www.learnthenet.com/english/html/75email.htm

LESSIG, L. (1999): *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books.

LIPIETZ, A. (1997): *Elegir la audacia: una alternativa para el siglo XXI*. Madrid: Trotta.

LLOYD, L. D. (1985): *La idea de Derecho. ¿Perversidad represora o necesidad social?* (R. Aguilar de Ben, & M. Barat, Trads.) Madrid: Civitas.

LÓPEZ LÓPEZ, J. (2001): "Los principios del Derecho Social Comunitario en su proyección sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". En AA.VV., Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de la Seguridad Social (Cuadernos de Derecho Judicial, IX). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

LÓPEZ LÓPEZ, J. (2006a): "Igualdad y dependencia: la corresponsabilidad desde la Seguridad Social". Barcelona: ejemplar original.

LÓPEZ LÓPEZ, J. (2006b): "La regulación del despido en el contexto europeo: sobre el proceso de des-contractualización del contrato de trabajo". Barcelona: ejemplar original.

LÓPEZ LÓPEZ, J. (2008): *Un lado oculto de la flexibilidad salarial: el incremento de la judicialización*. Albacete: Bomarzo.

LÓPEZ PEÑA, A. (1996): *Innovación tecnológica y cualificación. La polarización de las cualificaciones en la empresa*. Madrid: Consejo Económico y Social.

LOY, G. (2005): "El dominio ejercido sobre el trabajador". *Relaciones Laborales* (19-20).

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2003): "Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso". En AA.VV., *Derechos fundamentales y nuevas tecnologías*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.

MARÍN ALONSO, I. (2005): *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*. València: Tirant lo Blanch.

MARTÍN VALVERDE, A. (1978): "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo". En AA.VV., *Ideología jurídicas y relaciones laborales*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

MARTÍN VALVERDE, A. (1996): "Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo" del profesor Alonso Olea". *Revista Española de Derecho del Trabajo* (77).

MARTÍN VALVERDE, A. (1998): "Contrato de trabajo y derechos fundamentales". *Revista de Derecho Social* (6).

MARTIN, H. P., & Schumann, P. (1996): *Die Globalisierunsfalle*. Rohwolt.

MARTÍNEZ FONS, D. (2002): *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid: CES.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, Á. (2002). "Aspectos más relevantes de la globalización económica". En AA.VV., *La globalización económica: incidencia en las relaciones sociales y económicas* (Cuadernos de Derecho Judicial, V). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

MASNATTA, H. (1990): "La labor del jurista en la sociedad tecnológica". En AA.VV., *El Derecho y las nuevas tecnologías* (Separata de la Revista de Derecho Industrial, núm. 33). Buenos Aires: Ediciones Depalma.

MASUDA, Y. (1984): *La Sociedad informatizada como sociedad post-industrial*. (J. Ollero, Trad.) Madrid: Fundesco - Tecnos.

MCINTOSH, D. (2000): "E-monitoring@workplace.com: The Future of Communication Privacy in the Minnesota Private-Sector Workplace". *Hamline Law Review* (23).

MCLUHAN, M. (1964): *Understanding Media. The Extensions of Man*. New York: McGraw-Hill.

MERCADER UGUINA, J. R. (2001): "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?" *Relaciones Laborales* , 17 (20).

MERCADER UGUINA, J. R. (2002): *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Valladolid: Lex Nova.

MONTOYA MELGAR, A. (1965): *El poder de dirección del empresario*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

MONTOYA MELGAR, A. (1972): *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*. Murcia: Escuela Social.

MONTOYA MELGAR, A. (1998): *Derecho del Trabajo* (19ª ed.). Madrid: Tecnos.

MONTOYA MELGAR, A. (1999): "El trabajador dependiente como categoría limitadora del Derecho del Trabajo". En J. Cruz Villalón (Ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*. Madrid: Tecnos / Junta de Andalucía.

MORENO MÁRQUEZ, G. (2003): *Trabajo y ciudadanía. Un debate abierto*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.

MORGAN, C. (1999): "Employer Monitoring of Employee Electronic Mail and Internet Use". *McGill Law Journal* (44).

MÖRTH, U. (Ed.). (2004): *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*. Cheltenham: Edward Elgar.

MOTHÉ, D. (1994): *Le mythe du temps libéré*. Paris: Esprit.

NARANJO DE LA CRUZ, R. (2000): *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones laborales entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Boletín Oficial del Estado.

NAVARRO, V. (2000): *Globalización económica, poder política y Estado del Bienestar*. Barcelona: Ariel.

NAVARRO, V. (2002): "Resposta a la saviesa convencional". En AA.VV., *El futur del sindicalisme*. Barcelona: CRESC.

NEFFA, J. C. (1990): "Nuevas tecnologías informatizadas y sus efectos sobre el trabajo humano en las empresas". En AA.VV., *El Derecho y las nuevas tecnologías* (Separata de la Revista de Derecho Industrial, núm. 33). Buenos Aires: Depalma.

NEGRI, A. (1992): *Fin de Siglo*. (P. Aragón Rincón, Trad.) Barcelona: Paidós.

NEGROPONOTE, N. (2000): *El mundo digital. Un futuro que ya ha llegado*. (M. Abdala, Trad.) Barcelona: Ediciones B.

NORA, S., & MINC, A. (1978): *La Informatización de la Sociedad*. (P. García de Pruneda, & R. Ruza, Trads.) México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

OLIVER, H. (2002): "Email and Internet Monitoring in the Workplace: Information Privacy and Contracting-Out". *Industrial Law Journal*, 31 (4), 321-352.

ORTIZ LALLANA, C. (1998): "Derechos fundamentales y relación laboral". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (13), 15-50.

OSBORN, J. (2000): "Technology and the Internet: Minimizing Employer Liability While Maximizing the Resourse". Recuperado el 27 de diciembre de 2002, de *Law Journal Extra*: http://ljx.com/practice/laboremployment/osborn.htm

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1991): *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

PAYERAS CAPELLA, M. M., & FERRER GOMILA, J. L. (2004): "Explicación técnica de las amenazas de las TIC a la intimidad". En C. Gómez Martínez (Ed.), *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías* (Cuadernos de Derecho Judicial, IX). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

PECCEI, A. (1982): "Las ciencias sociales y el desarrollo humano". En R. Cohen (Ed.), *Repercusiones sociales de la revolución científica y tecnológica. Simposio de la UNESCO*. Madrid: Tecnos / UNESCO.

PEDRAZZOLI, M. (1988): "El trabajo que cambia: problemas de calificación y de método". *Revista de la Facultad de Derecho* (Universidad Complutense de Madrid) (14).

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1990): *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*. València: Tirant lo Blanch.

PÉREZ LUÑO, A. E. (1979): "Estado de Derecho y Derechos Fundamentales". En AA.VV., *Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

PÉREZ LUÑO, A. E. (1984): "La intimidad como derecho fundamental". En AA.VV., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.

PÉREZ LUÑO, A. E. (1987): *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*. Madrid: Fundesco.

PIORE, M. J., & Sabel, C. F. (1990): *La segunda ruptura industrial*. (M. E. Rabasco, & L. Toharia, Trads.) Madrid: Alianza.

PORTES, A., & Walton, J. (1981): *Labor, Class and the International System*. New York / London: Academic Press.

PRIETO, F., ZORNOZA, A. M., & PEIRÓ, J. M. (1997): *Nuevas tecnologías de la información en la empresa. Una perspectiva psicosocial*. Madrid: Pirámide.

PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA (2000): *Annual Report 1999-2000*. Ottawa: Privacy Commissioner of Canada.

RAMOS MÉNDEZ, F. (1978): *Derecho y proceso*. Barcelona: Librería Bosch.

RAMOS QUINTANA, M. I. (2002): "Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo". *Justicia Laboral* (10), 29-53.

RECIO, A. (1997): *Trabajo, personas, mercados. Manual de Economía Laboral*. Barcelona: Icaria / Fuhem.

RIBERA, J. (1997): *Empresas de servicios: un mundo de posibilidades*. Barcelona: Folio.

RIVERO LAMAS, J. (1986): *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

ROBERTSON, R. (1992): *Globalization: Social Theory and Global Cultural*. London: Sage.

ROCHE, W. K., Fynes, B., & Morrissey, T. (1996): "Análisis internacional sobre reparto del trabajo y creación de empleo". *Revista Internacional del Trabajo*, 115 (2).

RODOTÀ, S. (1994): *Tecnologie e Diritti*. Milano: Il Mulino.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., & LÁZARO SÁNCHEZ, J. L. (2005): "Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional". En S. Del Rey Guanter, & M. Luque Parra (Edits.), *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*. Madrid: La Ley.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1990): "Diez años del Estatuto de los Trabajadores". *Relaciones Laborales*, I.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1999): "OIT, derechos humanos y libertad sindical". *Relaciones Laborales* (1).

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2004): "Intimidad del trabajador y contrato de trabajo". *Relaciones Laborales*, I.

ROGERS, A. (2000): "You Got Mail But Your Employer Does Too: Electronic Communication and Privacy in the 21st Century Workplace". *Journal of Technology Law & Policy* (5).

ROIG BATALLA, A. (2007): "El uso de Internet en la empresa: aspectos constitucionales". En A. Roig Batalla (Ed.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*. València: Tirant lo Blanch.

ROMAGNOLI, U. (1980): "Estructura de empresa". En AA.VV., *Los trabajadores y la Constitución*. Madrid: SEL.

ROMAGNOLI, U. (1998): "Del Derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo". *Revista de Derecho Social* (2).

ROMAGNOLI, U. (1999): "Globalización y Derecho del Trabajo". *Revista de Derecho Social* (5).

ROMAGNOLI, U. (2003): "El Derecho del Trabajo en la Era de la Globalización". *Revista de Derecho Social* (24).

ROMÁN DE LA TORRE, M. D. (1992): *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Grapheus.

SÁEZ, F., & TORRES, C. (2000): "Empleabilidad: responsabilidad de todos. Un nuevo horizonte en la gestión empresarial". *FUNDIPE*, abril.

SARTORI, G. (2006): *Homo videns. La sociedad teledirigida*. (A. Díaz Soler, Trad.) Madrid: Santillana - Punto de lectura.

SCIARRA, S. (Ed.). (2001): *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*. Oxford: Hart Publishing.

SCOTT, R. (1998): "Alternatives to the Neo-Liberal Model that Address Differences Between North and South, and Labour and the Environment". *Economic Policy Institute* (3-4).

SEMPERE NAVARRO, A., & SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. (2002*): Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*. Pamplona: Aranzadi.

SENNET, R. (1998): *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*. (D. Najmías, Trad.) Barcelona: Anagrama.

SERRA, A. (1999): "Tres claves para entender el fenómeno Internet". *La Factoría* (8):

SERRANO OLIVARES, R. (2003): "Comunicaciones a través de Internet y seguridad jurídica". Recuperado el 15 de febrero de 2003, de XIV Jornades Catalanes de Dret Social (Comunicaciones): http://www.uned-terrassa.es/agenda/raquelserrano.doc

SINZHEIMER, H. (1984): *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*. (F. Vázquez Mateo, Trad.) Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social / Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

SMITH, A. (1994): *La riqueza de las naciones*. (C. Rodríguez Braun, Trad.) Madrid: Alianza.

SOCIAL AGENDA. (2006): *Flexicurity: greater flexibility and employment security*. Bruselas: Social Agenda (The European Comission's Magazine on employment and social affairs), núm. 13.

SPOTA, A. (1999): "Globalización, integración y derecho constitucional". *La Ley*, 26-02-1999.

SQUELLA, A. (1997): *Una idea de la Globalización*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso.

STIGLITZ, J. E. (2002): *El malestar en la globalización*. (C. Rodríguez Braun, Trad.) Madrid: Taurus.

STONE, K. V. W. (2004): *From Widgets to Digits. Employement Regulation for the Changing Workplace*. Cambridge: Cambridge University Press.

STONE, K. V. W. (2006a): "Flexibilization, Globalization, and Privatization: Three Challenges to Labor Rights in Our Time". *Osgoode Hall Law Journal*, 44 (77).

STONE, K. V. W. (2006b): "Thinking and doing. The regulation of workers' human capital in the United States". *Socio-Economic Review*, 4 (1).

SUPIOT, A. (2000): "Les noveaux visages de la subordination". *Droit Social* (2).

SUPIOT, A. (Ed.). (1999): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Trabajo en Europa*. València: Tirant lo Blanch.

TASCÓN LÓPEZ, R. (2005): *El Tratamiento por la Empresa de Datos Personales de los Trabajadores*. Análisis del estado de la cuestión. Madrid: Thomson-Civitas / Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

TAYLOR, F. (1970): *Management científico*. (A. Arrufat, Trad.) Madrid: Oikos-Taurus.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2004): *El principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*. València: Tirant lo Blanch.

TEZANOS, J. F. (2002): "Desigualdad y exclusión en las sociedades tecnológicas". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Asuntos Sociales)* (35)

THERY, G. (1987): "L'avenir des télécommunications: analyse de quelques éléments clés". *Le Communicateur* (2).

THIBAULT ARANDA, J. (1998): "Aspectos jurídicos del teletrabajo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Economía y Sociología)* (11).

TOURAINE, A. (1972): *La sociedad post-industrial*. (J. R. Capella, & F. Fernández Buey, Trads.) Barcelona: Ariel.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM (1999): *Informe sobre Desarrollo Humano 1999. La Mundialización con Rostro Humano*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (1990): "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador". *Relaciones Laborales*, I.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (1992): "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador". En A. Baylos Grau, & J. Aparicio Tovar (Edits.), *Autoridad y democracia en la empresa*. Madrid: Trotta.

VALIÑO, M. (1998): "La sociedad de la información: ¿más libre e igualitaria?" *La Factoría* (8).

VENEZIANI, B. (1987): "Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato". *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* (33).

VERKINDT, P.-Y. (1995): "L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaire". *Droit Social* (11).

VITALIS, A. (1988): *Informatique, Pouvoir et Libertés*. Paris: Economica.

VON GIERKE, O. (1982): *Las raíces del contrato de servicios*. (G. Barreiro González, Trad.) Madrid: Civitas.

VON MÜNCH, I. (1997): Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania. En P. Salvador Coderch (Ed.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas.

WALLERSTEIN, I. (1979): *The Capitalist World-Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.

WALTERS, M. (1996): *Globalization*. London: Routledge.

WOODIWISS, A. (2003): *Making Human Rights Work Globally*. London: The GlassHouse Press.

ZANELLI, P. (1986): "Intervento". En AA.VV., *Revoluzione tecnologica e Diritto del lavoro. Atti dell'VIII Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro (Napoli, 12-14 aprile 1985)*. Milano: Giuffrè.

ZANELLI, P. (1993): *Nuove tecnologie. Legge e contrattazione collettiva*. Milano: Giuffrè.