

## Mario Rusciano

### Letture e riletture dell'art. 39 della Costituzione\*

**Sommario:** **1.** Diritto sindacale: il senso di un ossimoro. **2.** Dall'ordinamento corporativo all'art. 39 Cost. **3.** I punti fermi dello schema costituzionale dell'art. 39 rispettati dal sistema sindacale di fatto. **4.** L'apporto dottrinale e giurisprudenziale alla supplenza politico-sindacale e l'influenza di questa sullo statuto dei lavoratori. **5.** Mutamento del contesto economico-produttivo e progressiva destrutturazione del sistema sindacale dentro e fuori il luogo di lavoro. **6.** La correttezza dei ragionamenti della Corte costituzionale nella sentenza 231 del 2013. **7.** Tentativi del legislatore di cambiare la natura del sindacato. **8.** Gli interventi asistematici del Governo Berlusconi: in particolare l'art. 8 del d.l. 138 del 2011. La vicenda Fiat e la disgregazione del diritto del lavoro. **9.** La rilettura dell'art. 39 Cost. per arrestare la frana del diritto del lavoro: il recupero dell'attualità della norma attraverso lo spirito costituzionale. **10.** I due segmenti della rappresentanza disegnati nell'art. 39: la rappresentanza associativa di diritto privato (commi 2 e 3) e la rappresentanza politico-istituzionale (comma 4). **11.** La costituzionalizzazione del contratto collettivo nazionale e l'accordo del 28 giugno 2011. La concertazione legislativa con le parti sociali per una "legge leggera" di attuazione dell'art. 39 Cost.

#### 1. *Diritto sindacale: il senso di un ossimoro*

È difficile mettere a fuoco i fattori di crisi che colpiscono attualmente il diritto sindacale, senza riflettere anzitutto sul suo complicato quadro evolutivo. In molti, infatti, si chiedono dove stia andando questo sistema giuridico dai tratti così singolari e così complessi – che la crisi economica e produttiva ha ridotto, e continua a mantenere, sotto *stress* – ma in pochi si chiedono da dove esso venga e come abbia vissuto nell'ultimo mezzo secolo<sup>1</sup>.

\* Il testo riproduce, con l'inclusione delle note e di qualche ulteriore riflessione suscitata soprattutto dalla sent. n. 231 del 2013 della Corte costituzionale, l'intervento in qualità di discussant al XVII Congresso Nazionale dell'AIDLASS su "Il diritto del lavoro al tempo della crisi" – Pisa 7-9 giugno 2012, Giuffrè, 2013.

<sup>1</sup> Al riguardo è opportuno e piacevole rileggere ROMAGNOLI: tra i tanti lavori, cfr. *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, 1995; *Diritto del lavoro* (voce), in *ED, Annali IV*, Giuffrè,

In pratica, non pare ci si renda conto che molti dei problemi attuali affondano le loro radici nella nostra storia politico-istituzionale e possono trovare soluzione, oggi, solamente attraverso misure convergenti, del legislatore e delle parti sociali, che siano largamente innovative senza però rinnegare i pregi dell'esperienza giuridica del passato, grazie alla quale si è creata una filosofia del diritto sindacale e del diritto del lavoro in generale.

Volendo trasformare una semplice intuizione in un metodo di osservazione del sistema sindacale, comincerei con una battuta, apparentemente banale, che però, a mio modo di vedere, non solo offre una prospettiva di analisi, ma indica pure una possibile linea di politica del diritto. Se per "diritto" s'intende il solo "ordinamento statale", logicamente, la formula "diritto sindacale" racchiude un ossimoro. Infatti, se il diritto si riduce a comando dello Stato per fare ordine tra i consociati, e se il sindacato, al contrario, per principio non tollera alcun ordine che lo Stato voglia ad esso imporre, tanto da rifiutarne qualsiasi intervento regolativo, allora senza dubbio la formula contiene una contraddizione in termini.

Codesta contraddizione si palesa in modo particolare proprio nei periodi di crisi acuta (come appunto quello in cui ci troviamo a vivere) e può essere composta soltanto se il legislatore, anziché imporre comandi eteronomi, sceglie una linea morbida di intervento: come, ad esempio, l'assunzione nell'ordinamento dello Stato di regole autonome prodotte nell'ordinamento sindacale.

E invece la crisi, che è crisi economico-finanziaria, crisi produttiva e organizzativa dell'impresa, crisi politica e crisi di valori – associata ai grandi cambiamenti della società, indotti dalla globalizzazione e dalla rivoluzione tecnologica – nel provocare aspra conflittualità sociale, frammentazione degli interessi collettivi e disorientamento dei lavoratori, mette in crisi pure i tradizionali modelli di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva, costruiti tutti sulla storica e indiscussa rappresentatività delle grandi Confederazioni del lavoro, e offre al legislatore l'alibi per adottare regole eteronome di dubbia legittimità costituzionale, sebbene in apparenza – ma solo in apparenza! – ispirate all'idea di ampliare gli spazi dell'azione sindacale.

Il legislatore, in altri termini, tenta di ricacciare il sindacato in un ruolo circoscritto di rappresentanza degli interessi, censurando il ruolo in senso lato “politico” tradizionalmente svolto dalle forze sociali.

Il che dimostra quanto difficile sia legiferare in materia sindacale e quanto necessario sia, dovendolo fare, ispirare le scelte legislative a grande prudenza e cautela. Perciò suscitano meraviglia quanti si meravigliano se, parlando di crisi del diritto sindacale, aumenta il rischio, mi si passi l'espressione, di “buttarla in politica” (sempre in senso lato). Come se non si sapesse quanto arduo sia, in democrazia, stabilire un confine rigido tra sindacato e politica e quanto, nel contesto post-costituzionale, il sindacalismo italiano, benché con alterne vicende, sia stato strumento anche dell'equilibrio politico di un giovane Stato democratico: in linea del resto con lo spirito della Costituzione in tema di autonomie e pluralismo delle formazioni sociali (art. 2 Cost.).

## 2. *Dall'ordinamento corporativo all'art. 39 Cost.*

Proprio per questo, è bene ricordare che fin dal dopoguerra il sindacato democratico, per la sua origine e la sua natura costituzionale, diffida di normative eteronome – che per esso sono vere picconate – e a malapena riesce a rispettare le regole che autonomamente si è dato.

Ciò si spiega con la storia, neanche tanto lunga, del sindacato italiano. Mi limito a ricordare sommariamente che il movimento dei lavoratori – sorto dalla spontanea (e, se si vuole, talora anche selvaggia) aggregazione e difesa degli interessi collettivi nell'ambito di quella che all'epoca si definiva “classe proletaria” – ha dovuto subire dallo Stato, prima, i divieti del diritto penale e, poi, a distanza di qualche decennio (definito periodo della tolleranza, con stazionamento nel diritto dei privati), addirittura l'integrazione nella struttura statale, secondo la logica pubblicistica del diritto corporativo: che, non a caso, ha fornito la prima veste formale compatta al sindacato italiano ed alla contrattazione collettiva<sup>2</sup>.

Ma attenzione: non mediante una disciplina rispettosa del fenomeno

<sup>2</sup> Cfr. ancora ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro durante il fascismo. Uno sguardo d'insieme*, in *LD*, 2003, p. 77 ss.; sia consentito anche il rinvio a RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, nuova edizione riveduta e aggiornata, Utet, 2003.

sindacale quale spontaneo moto collettivo che proviene dal basso, con punte di esasperazione dei lavoratori sfruttati (dell'agricoltura e/o dei primi insediamenti industriali), bensì con una disciplina calata dall'alto per mettere in riga le categorie professionali ed affermare la rappresentanza legale dei c. d. sindacati corporativi, uno per ciascuna categoria, rispettivamente, di lavoratori e di imprenditori – non contrapposti, ma collaborativi – i cui interessi si muovono nel diritto pubblico, in quanto subordinati al superiore interesse generale dell'economia nazionale, incarnato nello Stato corporativo.

Coerente completamento di un siffatto disegno, come si ricorderà, è il divieto penale di ogni forma di conflitto sociale (da redimere innanzi alla speciale Magistratura del lavoro) e la *funzione paralegislativa dei contratti collettivi*, che assurgono a fonti del diritto oggettivo<sup>3</sup>. In sostanza, il legislatore corporativo si appropria del logo, diciamo così, del sindacato; e, snaturandone l'essenza, ne strumentalizza la funzione di produttore delle regole sul lavoro, da vicario del legislatore.

È la Costituzione del 1948 a valorizzare l'originalità e l'autenticità del fenomeno sindacale, sancendone l'autonomia<sup>4</sup>. Soprattutto, lo fa costituzionalizzando la doppia natura (di "movimento" e di "istituzione") del sindacato come rappresentanza degli interessi organizzati. Vale a dire preoccupandosi, da un lato, di garantire la più ampia libertà e pluralità di ogni tipo di organizzazione degli interessi (art. 39, 1° comma), presidiata dal diritto al conflitto (art. 40); e, da un altro lato, di prevedere la intelaiatura di un modello istituzionale, nel quale campeggia la rappresentanza unitaria dei sindacati registrati (purché democratici), investita del potere di stipulare contratti collettivi di categoria, aventi efficacia *erga omnes* (art. 39, 2°, 3° e 4° comma). Si riafferma così implicitamente, ma attraverso un itinerario assai diverso dal precedente, cioè quello liberal-democratico, la funzione paralegislativa dei contratti collettivi medesimi.

Il modello del Costituente è abbastanza chiaro, benché disegnato all'epoca un po' frettolosamente, quindi non privo di qualche ambiguità e magari per alcuni versi anche criticabile. Pur contrastando radicalmente il previgente modello fascista, repressivo delle libertà sindacali, questo modello

<sup>3</sup>V., da ultimo, MARTONE, *La fase corporativa*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI e CARINCI F., *Le fonti del diritto del lavoro* a cura di PERSIANI, Cedam, 2010, p. 63 ss.

<sup>4</sup>V. di recente SCOGNAMIGLIO, *L'ordinamento sindacale e la sua autonoma rilevanza*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 229 ss.

finisce con l'utilizzare lo schema tecnico-giuridico della contrattazione collettiva, inventato dall'ordinamento corporativo (efficacia generale e inderogabilità *in peius* del contratto collettivo nazionale di categoria).

D'altronde, la realtà sindacale che in quel momento il Costituente ha sott'occhio è quella dell'appena soppresso *sindacato corporativo*, sostituito in tutto e per tutto dal *sindacato democratico*: che, dopo la resistenza al fascismo e tra le macerie del dopoguerra, sprigiona sia la carica politico-ideologica e rivendicativa, sia la ferma volontà di rimettere in piedi il sistema industriale.

In altri termini, il Costituente, nella confusa realtà politico-istituzionale della metà degli anni '40, fotografa la situazione sindacale così com'è, tentando di combinare la funzione contrattuale sancita nell'ordinamento corporativo con l'esistenza del *tipo* di organizzazione sindacale democratica della nuova fase storica: un'unica Confederazione Generale del Lavoro, nella quale si ritrovano assieme le componenti cattolica, socialcomunista e della sinistra non marxista. Una grande organizzazione che, appunto, ha combattuto contro il fascismo ed ha, per quanto possibile, custodito l'integrità delle fabbriche.

Una grande organizzazione, dunque, alla quale non può essere estranea la politica e, soprattutto, non è estranea l'ispirazione ideale che ne alimenta le spinte necessarie alla ricostruzione del paese. Politica e ideologia che però, di lì a pochi anni, determineranno gravi conflitti e divisioni endosindacali, tali da compromettere l'attuazione legislativa di un disegno costituzionale, che per la verità al sindacato, come ho già detto, non è mai piaciuto.

### 3. *I punti fermi dello schema costituzionale dell'art. 39 rispettati dal sistema sindacale di fatto*

Queste vicende non vanno dimenticate. Non solo e non tanto per semplice ossequio alla verità storica, ma soprattutto perché quella del sindacato, durante la guerra e negli anni successivi, è una storia importante, che ha inciso sensibilmente sugli assetti giuridici del nostro sistema sindacale, il quale – è risaputo – conserva una matrice di marca accentuatamente politico-ideologica: che è difficile – ma forse anche non utile, oltre che ingiusto! – estirpare.

Probabilmente a qualcuno questo discorso, che richiama fatti ormai antichi, potrà apparire polveroso ed inutile. Al contrario, io credo che soltanto

seguendo l'evoluzione storica è possibile acclarare l'autentico spirito costituzionale del diritto sindacale italiano, che perdura pur nella mancata attuazione legislativa della norma costituzionale: la quale, piaccia o non piaccia, tuttora vincola in modo ineludibile il legislatore ordinario. Come dire che con l'art. 39 deve fare i conti anche chi lo considera un reperto archeologico!

Quello che però si può fare è tentare una rilettura dell'art. 39 alla luce dell'esperienza sindacale accumulata nel tempo e verificarne il grado di compatibilità con i fattori di innovazione oggi preponderanti<sup>5</sup>. Ma su questo ritornerò più avanti.

Qui comincio col ricordare l'esordio dell'art. 39: ove si afferma che "l'organizzazione sindacale è libera"; e subito dopo, con una formula tutta in negativo, una formula, diciamo così, stravagante per un testo costituzionale – e che si spiega con la *vis* polemica rispetto al legislatore precedente, che aveva fatto molto di più che imporre limitazioni solo formali – aggiunge che "ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione (...), secondo le norme di legge (...)". Il Costituente prescrive che i liberi sindacati abbiano sì, ove lo vogliano, il riconoscimento della personalità giuridica, ma lo abbiano mediante un semplice onere di registrazione, per così dire "notarile" (presso uffici locali o centrali), vale a dire senza alcuna ingerenza del potere pubblico nell'ordinamento interno delle associazioni, eccezione fatta per la verifica della democraticità dello statuto associativo: una sorta di "presa d'atto", rispondente peraltro ad una esigenza elementare ed ovvia nella Costituzione di uno Stato democratico.

I punti fermi posti dal Costituente sono chiari e si possono così schematizzare: (1) un sindacalismo assolutamente libero e plurale; (2) associazioni che "possono" (non "devono") registrarsi per ottenere il riconoscimento della personalità giuridica (evidentemente di diritto privato), se lo vogliono e se nascono e vivono democraticamente, cioè se si autoregolano con uno statuto che preveda partecipazione attiva degli iscritti e normale dialettica interna tra maggioranza e minoranza; (3) costituzione di un agente negoziale – la *rappresentanza unitaria dei sindacati registrati* – abilitato a stipulare contratti collettivi di categoria con effetti paralegislativi (generalità ed inderogabilità).

<sup>5</sup> Utilissima è l'antologia critica di MANCINI-ROMAGNOLI (a cura di), *Il diritto sindacale*, il Mulino, 1973 (dove si possono reperire le necessarie indicazioni bibliografiche); ma fondamentali sono anche i mirabili saggi di SANTORO PASSARELLI F., raccolti in *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, e di GIUGNI, in *Lavoro legge contratti*, il Mulino, 1989. *Adde*, D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale: le basi teoriche del diritto sindacale*, Jovene, 1990.

Non è certo il caso di trattarsi adesso analiticamente su ciascuno di questi punti, sommersi in quasi settant'anni da fiumi d'inchiostro e su cui sarà comunque necessario ritornare più avanti. È importante però sottolineare che, dal dettato costituzionale, si ricavano alcuni vincoli, collegati ai punti appena ricordati, che caratterizzano anche un sistema sindacale non regolato dalla legge di attuazione del dettato medesimo: la quale, come tutti sanno, non viene emanata per varie ragioni, soprattutto di carattere politico (in particolare: rottura dell'unità sindacale e scissioni dei primi anni '50, originate anche da un esasperato collateralismo tra sindacati e partiti)<sup>6</sup>.

Codesta inadempienza costituzionale del legislatore ordinario fa sì che il medesimo sistema, di fatto, si autoregoli (e si parla infatti di "sovranità dell'autonomia collettiva"), aiutato non soltanto dalla dottrina giusprivatistica e da quella delle relazioni industriali – che dominano, rispettivamente, nei decenni '50 e '60 – ma anche dalla giurisprudenza (costituzionale e ordinaria, compresa quella di legittimità) e persino dal legislatore. Questi, pur senza attuare i commi dell'art. 39 successivi al primo, emana di tanto in tanto leggi di promozione e sostegno dell'autonomia collettiva, nella sua spontanea configurazione ed evoluzione. Si pensi alla c. d. legge *erga omnes* o legge Vigorelli: la 741 del 1959. Oppure allo stesso Statuto dei lavoratori, la legge 300 del 1970: che, con taglio totalmente diverso, regola i rapporti sindacali in un circuito virtuoso con la libertà e la dignità dei singoli, nei luoghi di lavoro.

Del resto, a ben vedere, tutto il sistema previsto dall'art. 39 è imperniato sul sostegno dell'autonomia sindacale – quale strumento privilegiato di regolazione dei rapporti di lavoro, pur se in parallelo con la legislazione – attraverso l'esplicito riconoscimento costituzionale del contratto collettivo *erga omnes* come fonte del diritto oggettivo: fonte radicata in un ordinamento diverso dall'ordinamento dello Stato, ma che anche in quest'ultimo produce i suoi effetti. Ciò che da tempo viene sostenuto anche dalla dottrina costituzionalistica, secondo la quale il contratto collettivo (persino quello qualificato, impropriamente, "*di diritto comune*") può appunto considerarsi una fonte *extra ordinem* del diritto oggettivo<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. ROMAGNOLI-TREU, *I sindacati in Italia dal '45 a oggi: storia di una strategia*, il Mulino, 1981; TURONE, *Storia del sindacato in Italia: dal 1943 al crollo del comunismo*, Laterza, 1998.

<sup>7</sup> V. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in *Comm. Scialoja, Branca, Zanichelli-Il Foro italiano*, 2011. Sul "sistema" lavoristico, cfr., oltre alla mia monografia già citata, MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, il Mulino, 1995; ID., *Le fonti del diritto del lavoro: quindici anni dopo*, Giappichelli, 2003; nonché ID., *Contratto e contrattazione collettiva oggi*, p. 197 e PERSIANI, *Improbabile me-*

Non si deve assolutamente trascurare che, pur nel vuoto normativo, questi vincoli costituzionali sono stati, sempre e comunque, rispettati: bene o male, si potrebbe dire, cioè attraverso un singolare adattamento di taglio “politico-sindacale” dei requisiti giuridico-formali innanzi ricordati.

Scontato l’esercizio di una totale libertà di organizzazione e di azione sindacale (di cui al punto 1) – presupposto irrinunciabile, per ovvie ragioni, della costruzione di un autonomo sistema sindacale – al riconoscimento formale della personalità giuridica (di cui al punto 2) si sofferisce con il riconoscimento politico della rappresentatività sindacale, alimentata dalla forza carismatica delle grandi Confederazioni sindacali (Cgil, Cisl, Uil), ciascuna con un proprio concetto di democrazia sindacale, comunque accettato dai loro iscritti e dalle controparti datoriali. E infine, in luogo della rappresentanza unitaria dei sindacati registrati (di cui al punto 3), funziona una sorta di “agenzia contrattuale” ai vari livelli (confederale, di categoria, aziendale) sotto il grande manto dell’unità d’azione sindacale. Con la conseguenza di stipulare sempre un unico contratto collettivo, di categoria e/o aziendale: che, grazie ad intraprendenti interpretazioni giurisprudenziali via via consolidatesi, viene considerato applicabile a tutti i lavoratori, sindacalizzati e non sindacalizzati, con efficacia inderogabile (*in pejus*) ad opera dell’autonomia contrattuale individuale.

#### 4. *L’apporto dottrinale e giurisprudenziale alla supplenza politico-sindacale e l’influenza di questa sullo statuto dei lavoratori*

È noto che questo sistema regge per lunghi anni abbastanza bene nella realtà dei rapporti sociali. Sul piano tecnico-giuridico si giova, in primo luogo, della vittoria dottrinale dei giusprivatisti sui giuspubblicisti nella lotta teorica e ideologica per acquisire alla propria area il diritto del lavoro e il

*tamorfosi e supposta ambiguità del contratto collettivo*, in *Il contributo di Mario Rusciano*, cit., p. 218 ss., dove si può leggere un bel dialogo a distanza sul tema; ZOPPOLI L., *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in *DLRI*, 2003; di recente cfr. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI e CARINCI F., *Le fonti del diritto*, cit., p. 487 ss.; GHERA E., *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, 2012, I, p. 217 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell’inderogabilità delle regole e tutela del lavoro, ieri e oggi*, Relazione alle giornate di studio dell’AIDLASS “La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro” – Bologna 16-17 maggio 2013; ZOPPOLI A., *Il declino dell’inderogabilità?*, in *questa rivista*, 2013, p. 53 ss.

diritto sindacale. A questo proposito andrebbero rilette – e dai più giovani finalmente lette! – le pagine di civilisti famosi: come, ad esempio, Francesco Santoro-Passarelli<sup>8</sup>, Pietro Rescigno<sup>9</sup>, Luigi Mengoni<sup>10</sup>, Renato Scognamiglio<sup>11</sup> sulla specialità del diritto del lavoro e sui tratti di questa specialità, segnata in termini non equivoci dalla Costituzione: molto imperniata, logicamente, sull'associazionismo sindacale, sulla contrattazione collettiva e su una visione positiva del conflitto come mezzo legale di riscatto delle classi subalterne (artt. 3 e 40 Cost.).

Ma il sistema regge, nella proiezione giuridica della pratica quotidiana dei rapporti di lavoro, grazie soprattutto alla giurisprudenza (compresa quella costituzionale), e grazie anche all'equilibrio e alle grandi intese tra le forze sociali: finché l'organizzazione sindacale rimane unitaria e compatta e fa contrattazioni c. d. "acquisitive", con vantaggi innegabili per i lavoratori, tanto sul piano economico quanto sul piano normativo – è inutile dire: in periodi di espansione o, almeno, di tranquillità economica – non c'è alcuna ragione di contestarne l'efficienza, come si vedrà.

La giurisprudenza, dicevo, aiuta moltissimo questo processo – che, tra l'altro, ha il merito di assicurare abbastanza la pace sociale – inventandosi meccanismi interpretativi capaci di risolvere problemi tecnico-giuridici, che solo una legge sindacale di attuazione dell'art. 39 potrebbe risolvere. In particolare la supplenza dei giudici risolve, almeno in parte, due problemi, molto tecnici ma di grande rilievo sociale: l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune da parte del contratto individuale (art. 2077 cod. civ.) e l'efficacia generale del medesimo contratto collettivo (anzitutto mediante l'art. 36 Cost., ma anche mediante altri espedienti interpretativi).

Perciò, quando si parla del diritto sindacale italiano del dopoguerra, nel valorizzare le sentenze dei giudici e la contrattazione collettiva c. d. di diritto comune, le formule più ricorrenti sono "*formazione extralegislativa*" e "*diritto giurisprudenziale*": espressioni che evocano la nascita, tra la fine dell'800 e i primi del '900, del diritto del lavoro costruito, in larga misura, sulla giurisprudenza dei probiviri. Tanto che, non a caso, queste vicende diventano altrettanti esempi di elasticità della modellistica giuridico-istituzionale in generale, cioè anche al di là del diritto del lavoro.

<sup>8</sup> *Specialità del diritto del lavoro*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, 1969, p. 276.

<sup>9</sup> *Persona e comunità*, il Mulino, 1966.

<sup>10</sup> *Il contratto di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano*, ora in *Diritto e valori*, il Mulino, 1985.

<sup>11</sup> *La specialità del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1960, I, p. 83 ss.

Come non ricordare, a questo proposito, la sistemazione teorica di Gino Giugni<sup>12</sup>: che parte dalla sua acuta intuizione di concepire il sistema sindacale come un *ordinamento originario ed autonomo* rispetto all'ordinamento dello Stato; oppure le raffinate ricostruzioni di quella generazione di studiosi che, specie durante il decennio '60 e ancora dopo, sensibile all'evoluzione fattuale delle relazioni industriali, innova profondamente il metodo di studio del diritto sindacale – da Federico Mancini<sup>13</sup> a Giorgio Ghezzi<sup>14</sup>, da Umberto Romagnoli<sup>15</sup> a Tiziano Treu<sup>16</sup> – ed offre a Giovanni Tarello<sup>17</sup> l'occasione di un memorabile studio filosofico-giuridico sulle teorie e sulle ideologie nel diritto sindacale.

Ma, ancor prima di questi aspetti teorici, sono i fatti economico-sociali dell'epoca a consentire al movimento sindacale un'espansione senza precedenti e in un clima di totale libertà. L'aspetto più significativo di questa espansione è la notevole *articolazione contrattuale*, vale a dire la *contrattazione aziendale* (e territoriale), agevolata dal mutamento delle tecniche organizzative della grande impresa industriale e dalle rivendicazioni dei lavoratori, tese ad integrare, in sede locale, le condizioni di scambio della forza-lavoro stabilite nel contratto nazionale, il più delle volte migliorandone quantità e qualità.

L'evoluzione di questo processo raggiunge il suo punto più alto con la legge 20 maggio 1970 n. 300, lo statuto dei diritti dei lavoratori. Una legge che afferma la centralità del luogo di lavoro nella disciplina dei rapporti sia individuali sia sindacali e che disegna un felice equilibrio tra dinamiche sindacali di categoria e di azienda attraverso un asse ideale tra *maggiore rappresentatività confederale, nazionale e di categoria e rappresentanza sindacale aziendale*, costituita ad iniziativa dei lavoratori per l'esercizio dei diritti sindacali, strumentali alla contrattazione ai vari livelli. Riesce il legislatore – non a caso attraverso la sapiente scrittura dello stesso Gino Giugni, Capo dell'Ufficio legislativo del Ministro del lavoro Giacomo Brodolini – a legificare una mirabile sintesi tra *sindacato-movimento* e *sindacato-istituzione*.

Lo statuto dei lavoratori, come è noto, si può definire una “legge di si-

<sup>12</sup> *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

<sup>13</sup> *Il lavoro nella Costituzione*, ora in *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino, 1976, p. 180 ss.

<sup>14</sup> *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali: la parte obbligatoria del contratto collettivo*, Giuffrè, 1963.

<sup>15</sup> *Le associazioni sindacali nel processo*, Giuffrè, 1969.

<sup>16</sup> *L'organizzazione sindacale*, Giuffrè, 1970.

<sup>17</sup> *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Edizioni di comunità, 1967.

stema”: perché, dando ordine istituzionale allo svolgersi delle dinamiche sindacali nei luoghi di lavoro, pone le basi per una ricostruzione realistica dell'intero sistema sindacale, promuovendone la diffusione e sostenendone la naturale vocazione a porsi come “ordinamento autonomo”<sup>18</sup>.

Ciò si coglie, in seguito, nella grande articolazione tipologica delle relazioni contrattuali: dai c.d. “contratti gestionali” in azienda ai contratti nazionali, dagli accordi interconfederali alle intese di concertazione tra associazioni datoriali, sindacati e governo.

5. *Mutamento del contesto economico-produttivo e progressiva destrutturazione del sistema sindacale dentro e fuori il luogo di lavoro*

Il sistema comincia a mostrare i primi cedimenti strutturali con il cambiamento della situazione economica e, soprattutto, con il cambiamento dei modelli di organizzazione produttiva e di organizzazione del lavoro, dovuto principalmente alla c.d. rivoluzione tecnologica ed alla globalizzazione. Cambiamenti epocali della società, i cui fattori di crisi fanno saltare i precedenti assetti produttivi e, di conseguenza, pure le regole dell'autonomia sindacale per stabilire le condizioni dei lavoratori dipendenti (ma non solo). Tali fattori non possono certo essere analizzati in questa sede, perché sono numerosi e complessi. Basti ricordare la polverizzazione e la precarietà del lavoro e la scomparsa progressiva della grande impresa industriale manifatturiera: in pratica, il venir meno della grande fabbrica, quale substrato materiale dei rapporti di lavoro e delle regole sindacali.

Sul piano giuridico poi un colpo mortale all'unità e compattezza del sistema contrattuale viene inferito dai referendum antisindacali del 1995, soprattutto da quello che letteralmente sovverte la *ratio* dell'art. 19 dello statuto dei lavoratori sulla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali nei luoghi di lavoro. Infatti, la norma che ne risulta consente la costituzione di tali rappresentanze, con conseguente esercizio dei diritti sindacali, ai *sol*i sindacati “firmatari di contratti collettivi” addirittura aziendali – consente cioè esattamente quel che la legge 300 intendeva assolutamente escludere – e comporta, con lo snaturamento appunto della *ratio* dello statuto, il crollo delle fondamenta del sistema sindacale autonomo.

<sup>18</sup> Ho già sviluppato questa lettura dello Statuto nel mio volume *Contratto collettivo*, cit.

L'art. 19 post-referendum senza dubbio è in contrasto con il 1° comma dell'art. 39 Cost. sulla libertà sindacale, perché pretende di condizionare l'esercizio dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro alla firma di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva (con tutta probabilità un contratto aziendale). Sicché un sindacato dissenziente (di peso consistente) verrebbe costretto a firmare *comunque* il contratto medesimo *solo* per godere dei diritti sindacali<sup>19</sup>.

6. *La correttezza dei ragionamenti della Corte costituzionale nella sentenza 231 del 2013*

Un tale abominio giuridico è stato fortunatamente rimosso dalla recente sentenza costituzionale c. d. "additiva" del 3 luglio 2013 n. 231<sup>20</sup>. La Consulta ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 19, co. 1, lett. b), "nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda". Per la Consulta, anzi, il criterio della sottoscrizione viola tanto l'art. 39, commi 1 e 4, quanto gli artt. 2 e 3 della Costituzione.

L'art. 39 è violato in quanto il nuovo art. 19 dello Statuto, devastato dal referendum, richiedendo la firma del contratto collettivo come presupposto per il godimento dei diritti sindacali, "condiziona il beneficio esclusivamente ad un atteggiamento consonante con l'impresa, o quanto meno presuppo-

<sup>19</sup>V. al riguardo ESPOSITO, NATULLO, *I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia Fiom vs Fiat*, in *questa rivista*, 2012, p. 135 ss.; LAMBERTUCCI, *Contrattazione separata, rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e incostituzionalità dell'art. 19 Stat. lav.*, *ibidem*, p. 263 ss. Da ultimo GARGIULO, *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello statutario di rappresentanza sindacale in azienda*, in *RIDL*, 2013, I, p. 171 ss., anche per la ricostruzione del dibattito e della giurisprudenza costituzionale.

<sup>20</sup>V. al riguardo CARUSO, *Fiom v. Fiat: hard cases davanti alla Consulta. (A proposito dell'art. 19 dello Statuto)*, in *RIDL*, 2012, II, p. 1029 ss.; GHERA E., *L'art. 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in *Il contributo di Mario Rusciano*, cit., p. 155 ss. Cfr. da ultimo le relazioni di ALLEVA, CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, MAGNANI, MARESCA, PROIA, RICCI M., SCARPELLI, TOSI e ZOPPOLI L. al Convegno AIDLASS "Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale" Roma 16 settembre 2013 (atti in corso di pubblicazione, in ogni caso, vedi già, il sito web dell'AIDLASS).

nente il suo assenso alla fruizione della partecipazione sindacale”. In questo modo si manifesta il contrasto, sul piano negoziale, con i valori del pluralismo e della libertà di organizzazione sindacale.

L’art. 3 della Costituzione risulta violato, per la Corte, “sotto il duplice profilo della ragionevolezza intrinseca di quel criterio, e della disparità di trattamento che è suscettibile di ingenerare tra sindacati”. Questi sarebbero privilegiati o discriminati, nell’esercizio della loro funzione di autotutela dell’interesse collettivo (garantita altresì dall’art. 2 della Costituzione), “sulla base non già del rapporto con i lavoratori, che rimanda al dato oggettivo (e valoriale) della loro rappresentatività e, quindi, giustifica la stessa partecipazione alla trattativa, bensì al rapporto con l’azienda, per il rilievo condizionante attribuito al dato contingente di avere prestato il proprio consenso alla conclusione di un contratto con la stessa”.

Certo la sentenza della Corte, oltre ad arrivare molto tardi, può rabberciare lo strappo più vistoso di costituzionalità, ma non può ricomporre tutte le fratture interne al movimento sindacale, né individuare un criterio selettivo per il riconoscimento dei diritti contemplati dal titolo III dello Statuto. In una parola, non può né vuole sostituirsi al legislatore: che, se decidesse di intervenire, potrebbe utilizzare le opzioni normative che la Corte suggerisce.

### 7. *Tentativi del legislatore di cambiare la natura del sindacato*

La verità è che, entrato in crisi il sistema sindacale autonomo, cui inevitabilmente conseguono fratture endosindacali e contestazioni delle burocrazie sindacali da parte dei lavoratori – con abbassamento dell’indice di sindacalizzazione e aperta messa in discussione della rappresentatività dei sindacati confederali – il legislatore avrebbe già da tempo dovuto farsi carico di un intervento volto a ridisegnare i tratti di un nuovo sistema, onde renderli compatibili – beninteso: senza ignorare il significato autentico, oltre che il peso storico, dell’autonomia collettiva – con l’essenziale nuova funzione del sindacato nell’ordinamento generale.

Al contrario il legislatore, in piena (ed ovvia) coerenza con l’estrazione politico-ideologica della sua maggioranza parlamentare, di certo poco incline a valorizzare il ruolo attivo e di grande rilievo che la Costituzione assegna all’organizzazione sindacale, preferisce approfittare della crisi economica, del declino industriale, del disorientamento dei lavoratori e del disagio sociale

per perseguire precisi obiettivi politici: rompere l'unità dei lavoratori, dividendo le diverse componenti del movimento sindacale, e sbarazzarsi così del sindacalismo confederale ed unitario come sistema autosufficiente – non a caso additato quale fattore di conservazione e di degenerazioni di vario genere – ed emanare leggi sul mercato del lavoro, dalle quali emerge una concezione alterata del sindacato e della sua funzione.

Nel complesso, al sindacato si intende assegnare un ruolo subalterno o marginale: o lo si concepisce come “erogatore di servizi” o lo si investe dell'ingrato compito di togliere le castagne dal fuoco accettando di fare accordi c. d. ablativi per i lavoratori; comunque se ne invoca, a tal fine, un cambiamento di pelle, chiedendo ad esso di diventare, una volta per tutte, da “confittuale”, “partecipativo”. E poiché è nella natura stessa del sindacato *lottare* allo scopo di *fare i contratti*, avere cioè sempre ambedue questi atteggiamenti, a seconda dei vari contesti e delle diverse situazioni ed esigenze, si deve ritenere che, in realtà, più che un sindacato partecipativo si voglia un sindacato accondiscendente.

La verità è che, nel vuoto legislativo in cui da mezzo secolo si trova il sindacato – vuoto del quale il sindacato medesimo in un primo periodo ha approfittato e si è giovato, ma che poi è diventato un vero e proprio *boomerang* – il legislatore dell'ultimo decennio fa passare per innovazione il tentativo di ricostruire il sindacato come *organismo geneticamente modificato*. Tenta cioè di introdurre nell'ordinamento una nuova figura organizzativa di rappresentanza degli interessi: attraverso lo snaturamento del sindacato, si tenta di dar vita ad un non meglio identificato “ente bilaterale” – una sorta di corporazione, in cui si ritrovano assieme rappresentanti dei lavoratori e degli imprenditori di una determinata categoria – al quale vengono affidate funzioni di rilevanza più o meno pubblica, specie in materia di seducente gestione del *welfare*.

Ma anche a prescindere da questi surrettizi tentativi di contaminazione della fisionomia del sindacato e della sua attività, ciò che è più grave è che le leggi sul lavoro dell'ultimo decennio si caratterizzano comunque per il loro carattere “a-sistematico” circa il ruolo del sindacato: tanto da indurre ormai a fare una distinzione tra “leggi sul lavoro” e “diritto del lavoro”. Quest'ultimo è un sistema che ha un suo fondamento logico ed un suo codice epistemologico; quelle sono interventi tra loro slegati e disorganici, privi cioè di coerenza politica, oltre che di rigore tecnico-giuridico.

La distinzione è utile per capire le difficoltà sempre maggiori che in-

contra una *interpretazione* appunto *sistematica* delle norme: le quali, il più delle volte, risultano illeggibili e fuori del senso della totale unità ordinamentale. Insomma, nell'attuale legislazione del lavoro e sindacale, pare non esservi più traccia del diritto come sistema, che possiede una sua logica compatta e razionale.

8. *Gli interventi asistemati del Governo Berlusconi: in particolare l'art. 8 del d. l. 138 del 2011. La vicenda Fiat e la disgregazione del diritto del lavoro*

Il punto più alto di questa irrazionalità disgregante è costituito dall'art. 8 del d. l. 138 del 2011 (convertito in legge 148 del 2011), con il quale il Governo Berlusconi (Ministro del lavoro Sacconi) prima e il legislatore poi, approfittando della manovra finanziaria, hanno legittimato il contratto aziendale (o territoriale) ad apportare deroghe peggiorative a disposizioni inderogabili della legge e/o del contratto collettivo nazionale, volendo così dare – come dice, forse ironicamente, la rubrica della norma – “sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità”.

Molti ritengono che tale norma sia il frutto tipico della stagione delle divisioni sindacali e, di conseguenza, dei c. d. “contratti separati” – cioè non firmati unitariamente dai tre sindacati aderenti alle maggiori Confederazioni storiche del movimento sindacale italiano – sull'onda della vicenda Fiat. Una vicenda ormai molto nota per il suo carattere paradigmatico e dirompente, che qui converrà sintetizzare per grandi linee, onde farne emergere le maggiori aporie.

La grande casa automobilistica italiana, divenuta società multinazionale, ha condizionato i suoi massicci investimenti produttivi in Italia a totali e immediate innovazioni nel sistema delle relazioni industriali, ritenuto superato rispetto al capitalismo globalizzato e, come tale, incapace di agevolare gli sforzi aziendali di stare sul mercato mondiale dell'auto, dominato da una spietata competizione internazionale.

Disdettati tutti i precedenti accordi aziendali, la Fiat ha abbandonato la Confindustria ed ha creato una nuova società (la FIP, Fabbrica Italia Pomigliano), in modo da non essere più tenuta ad applicare il contratto nazionale dei metalmeccanici, ed ha messo i sindacati davanti ad una scelta semplice, precisa e non negoziabile: o accettare un contratto aziendale, contenente condizioni di lavoro collimanti con le esigenze organizzative e produttive

dell'azienda – anche a costo di mettere in discussione diritti dei lavoratori considerati acquisiti e irrinunciabili – oppure vedere spostate le fabbriche all'estero (dove il costo del lavoro è basso, cioè in linea con la competizione globale), con conseguente annullamento degli investimenti e relativa soppressione di posti di lavoro.

Dei tre sindacati metalmeccanici aderenti alle tre maggiori Confederazioni, due (la Fim-Cisl e la Uilm) hanno accettato il *diktat* dell'azienda, mentre la Fiom-Cgil lo ha respinto, mantenendo il suo rifiuto anche dopo che un referendum tra i lavoratori ha approvato al 60% la proposta di accordo aziendale avanzata dalla Fiat.

Questa vicenda diventa paradigmatica perché infligge un *vulnus* molto grave sia al precedente sistema di relazioni industriali, sia alla *ratio* intrinseca del diritto del lavoro: in pratica, una grande azienda tenta di disegnarci un diritto del lavoro a proprio uso e consumo<sup>21</sup>. Come dire: non è l'impresa a dover rispettare il diritto del lavoro, ma è il diritto del lavoro a doversi piegare alle esigenze dell'impresa. È questa la vera flessibilità delle condizioni di scambio della forza-lavoro.

Un obiettivo del genere può essere raggiunto in tre mosse: 1) liberarsi del contratto nazionale; 2) fare leva sul solo contratto aziendale, mediante il quale apportare deroghe (anche peggiorative) alle norme legislative inderogabili (come prevede l'art. 8 citato); 3) stipulare il contratto aziendale con sindacati più o meno compiacenti, disposti ad accettare le condizioni unilateralmente dettate dall'azienda ed approfittare dei relativi vantaggi: visto che, grazie all'art. 19 della legge 300 del 1970 nella versione post-referendum, prima ricordata, la rappresentanza sindacale aziendale – titolare dei diritti sindacali – può essere costituita *soltanto* nell'ambito di sindacati firmatari del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, ossia quello aziendale. Sindacati che, comunque, riescono persino ad ottenere la maggioranza dei consensi in un eventuale referendum su tali condizioni, indetto tra i lavoratori, intimiditi (se non impauriti) dalla minaccia dei licenziamenti avanzata dall'azienda.

<sup>21</sup> La letteratura è oramai estesa: v. CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 133/2011; FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto legge n. 138/2011*, in *ADL*, 2011, p. 305 ss.; BALLESTRERO, *Habemus legem!*, in *questa rivista*, 2012, p. 229 ss.; SARACINI, *Contratto e legge dopo il caso Fiat: le nuove regole sindacali*, *ibidem*, p. 287 ss.; LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno e sull'articolo 8 della l. n. 148/2011*, in *DLRI*, 2012, p. 459; ZOPPOLI A., *Il declino*, cit., spec. nt. 74, per le dettagliate indicazioni bibliografiche.

Insomma, il combinato disposto tra l'art. 8 citato e l'art. 19 statuto, post-referendum, si traduce in una tenaglia micidiale per estirpare dall'azienda un sindacato politicamente scomodo e agevolare un sindacato di comodo, disposto a contrattare deroghe aziendali a diritti dei lavoratori derivanti da norme inderogabili della legge e del contratto nazionale.

Tutto sta a vedere se queste tre mosse – che, oggi come oggi, paiono compiute nel rispetto della legislazione vigente – siano compatibili con il quadro costituzionale: da un lato, infatti, i diritti dei lavoratori sono, per la maggior parte, costituzionalizzati e non c'è norma di legge o di contratto che possa disporne a piacimento; da un altro lato, come si vedrà fra breve, una rilettura dell'art. 39 Cost., alla luce dell'attuale realtà sindacale, non pare affatto consentire il percorso appena descritto.

La sentenza n. 231 del 2013 della Corte costituzionale sicuramente toglie un tassello al sistema: il riconoscimento dei diritti sindacali anche al sindacato rappresentativo, non firmatario del contratto aziendale, rende più impervia – ma non impraticabile – la strada della conclusione di accordi sintonici con le sole esigenze aziendali.

9. *La rilettura dell'art. 39 Cost. per arrestare la frana del diritto del lavoro: il recupero dell'attualità della norma attraverso lo spirito costituzionale*

In effetti, di fronte ai cambiamenti attuali, che non sono congiunturali, ma strutturali ed epocali; di fronte all'incapacità del legislatore, per un verso, di coglierne le ripercussioni profonde sull'intera società e, per un altro verso, di stare dentro la logica costituzionale, si pone all'interprete il problema di ritornare, dopo mezzo secolo, a leggere nella sua interezza l'art. 39 della Costituzione e di reperire strumenti per fronteggiare la crisi del sistema sindacale, vero e proprio pilastro del diritto del lavoro italiano<sup>22</sup>.

Con tale norma, infatti, bisogna comunque fare i conti: sia perché sta lì e non si può far finta che non esista; sia perché, nel groviglio di norme legislative e di accordi sindacali separati o contestati, essa costituisce comunque un punto di riferimento fermo ed ineludibile.

<sup>22</sup> Qui si deve ricordare D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi, ora* in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *D'Antona. Opere. Scritti di diritto sindacale*, Giuffrè, 2000, II, p. 411 ss.

Non resta allora che tentare, dell'art. 39, una interpretazione storica: distinguendo, della formula normativa dei commi 2, 3 e 4, il “significante” dal “significato”. Il significante è quello scolpito nella fissità del testo (risalente al 1948 e, dunque, innegabilmente datato), ma il significato può essere recuperato attraverso l'interpretazione evolutiva non soltanto delle parole, ma dello spirito costituzionale, che si alimenta e continuamente si rinnova mediante la c. d. costituzione materiale e si imprime nel diritto vivente, secondo le linee tracciate, non da ora, dalla stessa Corte Costituzionale.

La giurisprudenza costituzionale, infatti, è sempre molto attenta a trattare la materia sindacale con la dovuta delicatezza, cercando di riconoscere e salvaguardare, per quanto possibile, l'autonomia collettiva. Di ciò è esempio lampante già la sentenza del 1962 (giustamente ricordata da Vito Leccese)<sup>23</sup> sulla legge 741 del 1959, la c. d. legge Vigorelli, che ho prima già richiamato.

Dal punto di vista formale, se c'è una legge in odore di incostituzionalità, per contrasto con le disposizioni dei commi successivi al 1° dell'art. 39, è proprio la legge Vigorelli. Questa, delegando il Governo a trasfigurare, recependoli in decreti legislativi, i contratti collettivi di diritto comune per conferire ad essi efficacia *erga omnes*, senza dubbio prevede una procedura assolutamente diversa da quella dell'art. 39. Eppure la Corte costituzionale, facendo perno sia sul carattere transitorio della legge 741 (e infatti, con la stessa sentenza, si dichiara incostituzionale la legge di proroga 1027 del 1960), sia sull'esigenza di assicurare parità di trattamento a tutti i lavoratori di una certa categoria professionale, iscritti e non iscritti ai sindacati stipulanti, alla stregua dell'art. 3 Cost., nonché di garantire trattamenti economici e normativi in linea con l'art. 36 Cost., salva la legge 741 per il suo carattere di necessità sociale, valorizzando, in effetti, lo spirito del sistema costituzionale, provvisto di una esemplare compattezza.

Questo è il punto. Si tratta di stabilire se riconoscere un peso specifico allo spirito costituzionale – che vuol dire cogliere il senso profondo dell'art. 39 – oppure restare ancorati alla lettera del testo, inutile essendo recriminare sul fatto che magari, in un altro Paese, chissà da quanto tempo il Parlamento avrebbe provveduto, ovviamente con legge costituzionale, a modificare i commi dell'art. 39 successivi al primo, rendendoli più compatibili con l'evolversi della realtà sindacale.

È vero anche, peraltro, che l'inerzia del legislatore ha più di una ragione,

<sup>23</sup> *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, in *DLRI*, 2012, p. 479 ss.

tutt'altro che banale: a cominciare dalla ferma posizione delle maggiori organizzazioni sindacali, che nei primi anni '50 sono divise su tutto, tranne che sul non farsi disciplinare da regole eteronome e soprattutto sul non rivelare la propria consistenza numerica.

Esse si trincerano dietro la loro autonomia e le loro regole contrattuali: esaltando, dell'art. 39, il 1° comma e prescindendo dai commi successivi al 1°. I quali però, pur se privi di diretta operatività dispositiva, finiscono col costituire, per le stesse organizzazioni, una sorta di utile baluardo contro eventuali iniziative legislative difformi dalle disposizioni in tali commi contenute: considerate però inattuabili, in quanto obsolete. In una parola, la posizione sindacale si può così riassumere: nessuna attuazione del 39, ma nessuna abrogazione.

Ed è appena il caso di ripetere qui quanto detto in precedenza (al § 3): che, in realtà, i tratti principali del 39 (dalla libertà sindacale alla contrattazione collettiva con funzione vicaria della legge) hanno caratterizzato anche il c. d. "sistema sindacale di fatto". Un sistema che, magari inconsciamente e adattandone le prescrizioni, ne ha seguito lo schema essenziale contenuto nella norma.

10. *I due segmenti della rappresentanza disegnati nell'art. 39: la rappresentanza associativa di diritto privato (commi 2 e 3) e la rappresentanza politico-istituzionale (comma 4)*

Lo schema dell'art. 39 è formato da due segmenti. Il primo segmento si muove senza alcun dubbio nel diritto privato ed è costituito: dalla libera adesione del singolo lavoratore al sindacato; dalla rappresentanza volontaria del medesimo lavoratore da parte del sindacato; dai rapporti interni al sindacato. Tutto ciò è regolato dallo statuto associativo, che il Costituente esige "a base democratica". È il segmento che, in pratica, fa perno sul sindacato-associazione e si muove nel diritto privato.

Con il secondo segmento, invece, il Costituente prevede che il sindacato contribuisca altresì a determinare le regole del lavoro per *tutti* i lavoratori (anche non sindacalizzati): se il sindacato, liberamente, sceglie la rappresentanza per così dire "universale" dei lavoratori, espone il profilo istituzionale della sua funzione (che prima ho definito "vicaria del legislatore"). La soggettività sindacale non muta nella sua natura privata, ma, aumentando la sua capacità e forza rappresentativa, pur se in proporzione degli iscritti, si amplia

e si trasfigura adeguandosi alla natura, appunto, di una funzione pubblica. Scompare allora la rappresentanza associativa di diritto privato – non più adatta allo scopo – e, alle condizioni stabilite dallo stesso Costituente, ad essa si sostituisce la *rappresentanza politico-istituzionale*: che non può che muoversi nell’ambito pubblicistico. Non nel senso, beninteso, di integrarsi nella struttura statale – dando ormai per scontato che non tutto ciò che è “pubblico” è “statale” – ma nel senso di produrre le regole del lavoro, generandole in un ordinamento autonomo, alle quali il Costituente riconosce automatica efficacia nell’ordinamento generale.

Insomma, nella formulazione del 4° comma dell’articolo 39 – secondo cui, è bene citare testualmente, i sindacati che hanno acquisito la personalità giuridica di diritto privato mediante la registrazione “*possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce*” – risalta con evidenza che, alla rappresentanza unitaria dei sindacati registrati, il Costituente ha inteso conferire appunto una rappresentanza di tipo politico-istituzionale, l’unica legittimata a stipulare un contratto collettivo con funzione paralegislativa (ossia con efficacia generale e inderogabile).

Non a caso, del resto, la descritta procedura di contrattazione, ricalcando, in miniatura, il procedimento parlamentare di approvazione delle leggi, evoca una forma di democrazia sindacale, che potremmo qualificare assai *più impegnativa* di quella associativa, sancita nel comma 3, secondo il quale “*è condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica*”. Distinzione coerente: perché attraverso il metodo democratico del 4° comma la rappresentanza unitaria viene abilitata a firmare un contratto collettivo da applicare a *tutti* i lavoratori, iscritti ai vari sindacati o non iscritti ad alcun sindacato.

Senza dire, poi, che, a voler davvero rafforzare questa efficacia generale, il legislatore potrebbe ipotizzare un’ulteriore verifica democratica sull’azione contrattuale della rappresentanza sindacale. L’art. 39, infatti, non ostacola alcuna procedura sindacale al riguardo e meno che mai il metodo – talvolta tentato, ma mai divenuto prassi costante nell’ordinamento sindacale autonomo, nonostante la sua intuibile essenzialità – del referendum sull’accordo “siglato”, ma non ancora divenuto contratto “firmato”, tra tutti i lavoratori ai quali il contratto in oggetto si dovrà applicare, a prescindere da ogni affiliazione sindacale. È questa, anzi, una ipotesi assolutamente coerente con la rappresentanza politico-istituzionale di cui si è detto innanzi.

11. *La costituzionalizzazione del contratto collettivo nazionale e l'accordo del 28 giugno 2011. La concertazione legislativa con le parti sociali per una "legge leggera" di attuazione dell'art. 39 Cost.*

A mio parere si può logicamente sostenere, a questo punto, che l'ultimo comma dell'art. 39 sancisca la costituzionalizzazione del contratto collettivo nazionale della categoria cui esso si riferisce e che contrattualmente esso individua. Ciò vuol dire che la Costituzione attribuisce a questa fonte *extra ordinem*, frutto dell'autonomo incontro/scontro fra contrapposti interessi organizzati, la funzione di attuare, assieme alla legge, la realizzazione della tutela inderogabile dei diritti dei lavoratori. Con la conseguenza che i contratti aziendali e/o territoriali – quelli che il legislatore del 2011 inquadra nella c. d. “contrattazione di prossimità” – sono per loro natura gerarchicamente subordinati al contratto di livello superiore, non possono derogarne *in peius* le clausole e possono disporre liberamente soltanto negli spazi che quest'ultimo lascia espressamente ad essi. Considerazioni, queste, alla luce delle quali risalta la illegittimità costituzionale dell'art. 8 della legge 148 del 2011.

A ben riflettere, nell'accordo del 28 giugno 2011, vale a dire nell'ultima intesa unitaria sulla definizione delle regole sindacali della contrattazione – ma andrebbe ricordata, a questo proposito, pure la normativa sulla contrattazione nel lavoro pubblico – si ritrovano in pratica disposizioni che ben potrebbero considerarsi attuative dello spirito costituzionale racchiuso nell'art. 39. Il che dimostra che l'attuazione della norma costituzionale appare, oggi più di ieri, abbastanza verosimile e, contrariamente al passato, non vissuta da buona parte del movimento sindacale come una indebita intrusione eteronoma nell'autonomia collettiva.

Tutto sta ad individuare un percorso, ovviamente “informale”, attraverso il quale le parti sociali possano in piena autonomia suggerire le forme più appropriate e più concrete di attuazione costituzionale dell'art. 39, da recepire in una “legge leggera”, non invasiva delle prerogative del sindacato-movimento e, anzi, di sostegno dell'ordinamento sindacale autonomo.

Del resto, nell'esperienza italiana, la concertazione legislativa non è una novità. Il percorso appena descritto è stato già battuto in altre circostanze – come, ad esempio, nel caso della legge 146 del 1990 sullo sciopero nei servizi essenziali – con risultati soddisfacenti per la tutela sia dell'interesse collettivo dei lavoratori, sia dell'interesse generale del servizio pubblico. Oggi ancor

più di ieri, è difficile pensare di fare leggi sul lavoro che non affondino le radici nella volontà collettiva degli stessi soggetti che devono rispettarle oppure che non siano quanto meno concordate; comunque, che non godano di un consenso diffuso da parte di chi da tali leggi viene regolato. Perciò non si comprende come, dopo l'accordo del 28 giugno 2011, sia stato possibile scrivere e far approvare l'articolo 8 della legge 148 del 2011: la distonia è evidente e senza dubbio crea gravi problemi di coordinamento e di interpretazione sistematica. Ma con tutta probabilità sarà la Corte Costituzionale a risolvere il problema, dichiarando la illegittimità della norma per il contrasto, a dir poco lampante, con gli artt. 3 e 39 della Costituzione.

Il contrasto con l'art. 39 è troppo ovvio perché ci si soffermi. È invece il contrasto con l'art. 3, sull'eguaglianza formale e sostanziale, a colpire in modo particolare: dare spazio alla creazione di innumerevoli ordinamenti del lavoro tra loro diversi per un insidioso gioco al ribasso delle condizioni di lavoro – a seconda delle esigenze di questa o quella azienda (ovvero di questo o quel territorio) – non soltanto comporta intollerabili disparità di trattamento minimo tra i lavoratori, ma comporta gravi disparità tra le stesse aziende di un certo settore merceologico, costrette a subire una singolare forma di *dumping* nella concorrenza sul mercato.

### Abstract

L'a. si occupa del diritto sindacale nel mezzo della crisi. A suo parere i problemi attuali affondano le radici anche nella storia politico-istituzionale italiana e si risolvono solamente attraverso misure convergenti, del legislatore e delle parti sociali, che innovino senza però rinnegare i pregi dell'esperienza giuridica del passato: grazie alla quale si può parlare di una filosofia del diritto sindacale (e del diritto del lavoro in generale), imperniata sulla libertà sindacale, sull'unità delle organizzazioni dei lavoratori e sull'autonomia dell'ordinamento sindacale. L'a. ripercorre in modo essenziale e critico la storia del diritto sindacale con riguardo alle "fonti collettive", alla rappresentatività e al ruolo del sindacato, evidenziando il deficit di legittimità costituzionale di alcune norme, come l'art. 8, l. n. 148 del 2011 e l'art. 19 Stat. lav. Su quest'ultima norma l'a. segnala l'intervento con la recente sentenza n. 231 del 2013, della Corte costituzionale: che, con pronuncia c. d. "additiva", ha praticamente riscritto la *ratio* di tale disposizione statutaria. L'a. infine indica, per il futuro, un percorso legislativo che, attraverso una rilettura dell'art. 39, co. 2-4, Cost., ne attui i principi e risolva così, con il concorso delle parti sociali, i nodi critici fondamentali della rappresentanza sindacale e dell'efficacia del contratto collettivo.

The Author deals with the trade union law in the midst of the crisis. In his view

the current problems are rooted also in the Italian political-institutional history and can be resolved only through converging measures coming from the legislator and the social partners. Such measures should innovate without denying the merits of the juridical experience of the past thanks to which you can speak of a philosophy of trade union law (and of labour law in general), based on freedom of association, on the unity of workers' organizations and on the autonomy of trade unions. In an essential and critical way the author traces the history of trade union law with regard to the "collective sources", the representativeness and the role of the union, highlighting the deficit of the constitutionality of certain provisions, such as Article 8 of Law no. 148 of 2011 and Article 19 of Workers Statute. The recent ruling no. 231 of 2013 of the Constitutional Court, with a so-called "Additive Judgment", virtually rewrote the rationale of the latter provision. The Author indicates for the future a legislative process which, through a rereading of Article 39, para. 2-4 of the Constitution, is able to implement the principles contained in those provisions and solve in this way, with the participation of social partners, the fundamental critical issues of trade union representation and of effectiveness of the collective agreement.

