

Antonello Zoppoli

Il declino dell'inderogabilità*

Sommario: **1.1.** Impostazione e ambito dell'indagine: i più recenti interventi normativi sull'inderogabilità, *fondamento problematico* del diritto del lavoro. **2.1.** Inderogabilità e contesti ordinamentali: lavoro e cittadinanza nell'assetto costituzionale. **3.1.** Inderogabilità *vs.* flessibilità: le soluzioni (in sostanziale continuità) degli scorsi decenni. **4.1.** Le nuove soluzioni del secondo millennio: la mai sorta "derogabilità assistita". **4.2.1.** La riforma dell'arbitrato tra ambiguità normative e dubbi di legittimità costituzionale: l'equità e l'ineludibile limite della norma inderogabile: a) lo sfondo generale. **4.2.2.** b) ... nella l. 183/10. **4.2.3.** L'improprio richiamo dell'art. 2113, co. 4, cod. civ. **4.3.1.** Il potere derogatorio del contratto collettivo "di prossimità": le ragioni del legislatore. **4.3.2.** Legge e contratto collettivo nel disegno costituzionale. **4.3.3.** I (troppi) torti del legislatore. **5.1.** Inderogabilità bilaterale e sistema sindacale. **6.1.** Inderogabilità bilaterale e processo di "privatizzazione" del lavoro pubblico. **7.1.** Costituzione, nderogabilità e percorsi di definizione delle tutele.

I.1. Impostazione e ambito dell'indagine: i più recenti interventi normativi sull'inderogabilità, fondamento problematico del diritto del lavoro

L'attenzione sull'inderogabilità nel diritto del lavoro è alta ormai già da tempo. Alcuni eventi degli ultimi anni e i conseguenti sviluppi giuridici – primi fra tutti il caso Fiat e l'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138¹ – possono rafforzare l'idea di un indebolimento di questa chiave di volta del diritto del lavoro.

Al tema sono state dedicate le Giornate di studio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale del 2008², aperte dalla relazione di Carlo Cester, eloquentemente intitolata "La norma inderogabile:

* Una versione ridotta del saggio si può leggere in ROMEI, CORAZZA (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, in corso di pubblicazione.

¹ Conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148.

² Giornate di studio svoltesi a Modena il 18 e 19 aprile, sul tema "Inderogabilità delle norme e indisponibilità dei diritti".

fondamento e problema del diritto del lavoro”³. L’accento sulla dicotomia – fondamento/problema –, senz’altro feconda, dà bene il senso di una riflessione centrale al cospetto dell’accentuarsi e ampliarsi dei profondi e generali mutamenti in atto. Due concetti essenziali, incisivamente adoperati per sottolineare, il primo (nella sua tradizionale accezione “unilaterale”), l’imprescindibile e imperativa tutela, di carattere costituzionale, a favore di chi “impegna nel rapporto la sua stessa persona”; il secondo, la possibilità di una classica eterogenesi dei fini determinata dalla “intensità” e dalla “estensione” assunte da quella tutela a fronte delle odierne “esigenze dell’economia”, con conseguenti non marginali antinomie nel sistema⁴.

I due concetti tuttavia – come si vedrà – possono leggersi, ancor prima, secondo una relazione parzialmente diversa e più stretta: non dicotomica, bensì convergente, sino a essere uniti sostanzialmente in un’identica prospettiva. L’inderogabilità si presta cioè a essere considerata in primo luogo come *fondamento problematico* del diritto del lavoro⁵. Nel senso che nel nostro ordinamento l’inderogabilità, se appare caratteristica *ineludibile* della materia in ragione dei valori fondamentali implicati – sinteticamente riconducibili alla “persona” del lavoratore alle dipendenze altrui –, risulta, nella sua effettiva dimensione, (oltre che, secondo una più abituale impostazione, storicamente variabile) *intrinsecamente dinamica*: in quanto soggetta a equilibri mobili e delicati in virtù della stretta interrelazione tra gli interessi in gioco, in una società complessa come quella cui ha guardato il Costituente di numero crescente e sempre più articolati e variabili.

In tale prospettiva, di carattere strutturale, la palese necessità di delimitare l’ambito dell’indagine non dovrebbe precludere la possibilità di ragionare proficuamente sull’interrogativo che ci occupa. L’inderogabilità rimanda a una molteplicità di distinti piani di analisi, di vario genere e ciascuno di specifico rilievo: dal rapporto diritto/mercato alla relazione politica/sindacato; dalla dimensione sovranazionale degli ordinamenti agli equilibri istituzionali

³ Relazione pubblicata in *DLRI*, 2008, p. 341. L’altra relazione, dal titolo “Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno”, è stata tenuta da PATRIZIA TULLINI, ed è anch’essa pubblicata in *DLRI*, 2008 (p. 425).

⁴ CESTER, *op. cit.*, p. 342.

⁵ In ragione dell’impostazione data all’analisi, per norma inderogabile s’intenderà la norma che s’impone all’autonomia contrattuale, senza ulteriori distinzioni. In questa accezione, l’inderogabilità riguarderà anche la norma del contratto collettivo, ove ad essa riferibile, in relazione all’autonomia individuale.

interni; dalle tecniche normative al ruolo dell'interprete; dal sistema delle fonti all'assetto norma/diritti; dai presupposti e dalla configurazione della subordinazione (o se si vuole del lavoro economicamente dipendente) ai modelli e contenuti della tutela. E si potrebbe continuare. Le pagine che seguono guardano alle più recenti novità normative concernenti direttamente le sorti dell'inderogabilità. Di conseguenza, alcuni dei menzionati piani saranno considerati, esplicitamente o implicitamente, in quanto passaggi logici dell'analisi; altri, di rilievo riflesso e peraltro dagli esiti allo stato invero piuttosto incerti, saranno invece tenuti da canto⁶. Così procedendo, si potrebbe forse correre il rischio di trascurare il lavoro "silenzioso e quasi sotterraneo" della pluralità dei fattori suscettibili di interessare l'inderogabilità⁷. Ma – a parte la necessità di dedicare a ciascuno di essi una specifica analisi per valutarne l'effettivo peso ed evitare risposte affrettate e approssimative – l'attenzione sulle caratteristiche strutturali dell'inderogabilità dovrebbe consentire una soddisfacente visuale dello stato dell'arte, al riparo dal suddetto rischio, spingendo a rinvenire, nelle sorti della stessa nderogabilità, più una "cifra di comprensione che di crisi del diritto del lavoro"⁸; ovvero dovrebbe agevolare la riflessione sul senso e sul modo di essere del diritto del lavoro, oggi: caratteristiche, l'una e l'altra, che misurano la capacità, di questa branca dell'ordinamento, di interpretare l'evoluzione dei tempi in relazione all'ambito con cui di volta in volta entra in contatto.

⁶ Come, ad esempio, il rapporto tra ordinamenti nazionali e ordinamenti sovranazionali o i recenti mutamenti dei contenuti delle tutele, soprattutto contro i licenziamenti, introdotti dalla l. 28 giugno 2012 n. 92. In tale ottica non sarà oggetto di specifica indagine neanche la relazione nderogabilità/identità individuale del lavoratore: un tema al centro del dibattito qualche tempo fa, oggi di sicuro non privo di interesse, ma in qualche misura in secondo piano a causa dell'incedere degli eventi, che rendono ben ferma, "se non addirittura più accentuata che in passato", la debolezza del lavoratore, primo ostacolo per quella identità (la citazione è tratta da SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in *WP. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-118/2011*, p. 10).

⁷ CESTER, *op. cit.*, p. 411.

⁸ OCCHINO, *La norma nderogabile nel diritto del lavoro*, in *RGL*, II, p. 185.

2.1. *Inderogabilità e contesti ordinamentali: lavoro e cittadinanza nell'assetto costituzionale*

Per capire se e in che termini siamo dinanzi a una trasformazione nel tempo, a un *declino* dell'inderogabilità nel diritto del lavoro, occorre cominciare a ragionare in una prospettiva diacronica.

La norma inderogabile, si sa, segna origine e sviluppi del diritto del lavoro, negli anni estendendosi e mutando di significato: dalla matrice di mero ordine pubblico dei primi interventi protettivi della cd. legislazione sociale “esterni” al contratto all'afflato solidarista di quei pionieristici orientamenti dei probiviri restii ad arrendersi all'efficacia obbligatoria delle pattuizioni collettive propria del diritto privato; dall'impronta liberale della legge del '24, con l'inderogabilità a sostegno del soggetto debole in una stretta logica contrattuale-individualistica, alla espressa inderogabilità del contratto collettivo corporativo, insita nella sua natura di fonte del diritto a garanzia anzitutto dell'uniformità dei trattamenti normativi minimali; per giungere, poi, alla prima ibrida fase post-costituzionale, con la funzione integrativo/migliorativa del contratto collettivo cd. di diritto comune rispetto al precetto legale, intangibile *in peius* tanto a livello individuale quanto collettivo, coerentemente alla ricostruzione privatistica del fenomeno sindacale. In breve, si può tranquillamente dire che l'inderogabilità sia stata una costante della legislazione lavoristica e che il suo *sensu* – ovvero la funzione socio-economica e l'effettiva portata – sia strettamente legato al contesto ordinamentale di riferimento.

L'evoluzione del diritto del lavoro post-costituzionale, culminata nello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970 n. 300), conferma il ruolo centrale dell'inderogabilità “unilaterale”, a protezione del lavoratore. Da tale punto di vista vi è “naturale” continuità con il passato: la tecnica dell'inderogabilità “accoglie” il corso del tutto nuovo del diritto del lavoro del secondo più maturo periodo post-costituzionale, alla stregua di a-storico contenitore giuridico. Tuttavia, da un'altra più significativa angolazione, si verifica una netta rottura, giacché in quel periodo il quadro generale muta; e il carattere a-storico dell'inderogabilità rivelerà anche forzature, facendo velo a discontinuità rilevanti del nuovo contesto ordinamentale, come avremo modo di vedere.

Da rimarcare è anzitutto la biunivoca corrispondenza tra tecnica dell'inderogabilità e rafforzamento della tutela del lavoro subordinato, che prende piede negli anni '60, fase di espansione socio-economica e di deciso irrobustimento dello Stato sociale. In questo sviluppo, l'inderogabilità assume

via via un'inedita fisionomia, specularmente al mutamento della *ratio* della legislazione lavoristica, ispirata, ora, finalmente dalla Carta costituzionale. Lo Statuto dei lavoratori appare l'apice di un sostanziale percorso di crescita della legislazione di tutela, che risulterà, tutta, “tendenzialmente inderogabile”⁹: il processo riflette il carattere sociale della nostra Costituzione e il concetto moderno di cittadinanza ad essa sotteso, sin dalle sue prime norme (artt. 1-4). Segnatamente, attraverso i diritti sociali, che hanno “la loro fonte nel principio di eguaglianza”¹⁰, il Costituente si propone di assicurare anche a chi lavora in condizione di subordinazione la duplice fondamentale valenza, individuale (essenziale momento di espressione della persona) e interrelazionale (cardine di funzionamento della società), riconosciuta in generale al lavoro, su cui la nostra *Repubblica democratica* è fondata: al fine di mettere il lavoratore subordinato realmente “in grado di integrarsi come persona nella società e, quindi, di attivarsi come cittadino”¹¹. Non a caso, proprio nel principio di eguaglianza si è individuato “il fondamento costituzionale del moderno diritto del lavoro”¹², definito la “primaria fonte di legittimazione dei diritti sociali di cittadinanza”¹³, o meglio, dell'identificazione della “cittadinanza contemporanea”¹⁴.

⁹ DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, p. 48.

¹⁰ MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *ED*, XII, 1964, p. 805.

¹¹ NOGLER, *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica “fondata sul lavoro”?*, in *LD*, 2009, p. 437; da ultimo, sul tema, cfr. GALLI, *Sinistra. Per il lavoro, per la democrazia*, Mondadori, 2013, p. 143; ZAGREBELSKY, *Lectio magistralis, La Repubblica delle idee, Fondata sul lavoro*, Teatro Carignano, Torino, 2 febbraio 2013, in www.repubblica.it/speciali/repubblicadelleidee/anteprematorino2013; RODOITÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, sp. pp. 159 ss. Del lavoro, inteso come “*labor, work and action*” – secondo la tripartizione arendtiana delle forme di attività dell'uomo nel mondo (ARENDR, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, 1958, p. 7, trad. it. *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, 1994) – LUCIANI M. (*Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *ADL*, 2009, p. 637) sottolinea la centralità antropologica, etica ed economica nell'impianto costituzionale.

¹² Cfr. RUSCIANO, *Sistema politico e ruolo del sindacato*, in *DD*, 2006, p. 199.

¹³ ROMAGNOLI, *Ed è subito ieri*, in VOZA (a cura di), *Lavoro, diritto e letteratura italiana*, Cacucci, 2008, p. 189.

¹⁴ JEAMMAUD, *Lavoro: le parole del diritto, i valori e le rappresentazioni*, in TULLINI (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, 2009, p. 51. Gli scenari dinanzi a noi da anni, contraddistinti in particolare da alti e costanti tassi di disoccupazione, potrebbero rendere astratto quanto osservato. Viene da pensare, in proposito, a chi, più in generale, ha emblematicamente ritratto la progressiva riduzione di valore del lavoro come la “malattia dell'occidente” (PANARA, *La malattia dell'occidente*, Laterza, 2010). Ma, in realtà, a mutare rispetto a qualche decennio fa – quando centrali erano l'industria e l'operaio – sono state “un'ideologia e un'etica del Lavoro”

In sintesi, ritornando a una classica lettura di tipo teleologico¹⁵, ancora di recente ripresa¹⁶, l'originaria istanza di protezione del contraente debole si sublima, secondo il progetto del Costituente, nella tutela di valori fondanti il nostro ordinamento, determinando una "sovrapposizione" o, più precisamente, una "identificazione" tra la prima (di carattere soggettivo) e la seconda (di carattere oggettivo), con un rafforzamento del profilo superindividuale-generale; in coerenza, d'altronde, con quanto emerge dal quadro sovranazionale e comparato, dove – pur secondo storia e caratteristiche di ciascun ordinamento – "la tutela del contraente debole è impostata come questione di rilevanza pubblica"¹⁷. E nella generale, tendenziale inderogabilità¹⁸ – dalla peculiare connotazione assiologica – il diritto del lavoro suggella la sua differenza rispetto al diritto comune dei privati, anche quando quest'ultimo mostra sensibilità verso la debolezza del contraente, come nell'ipotesi assai attuale di nullità "di protezione" diretta a tutelare il cittadino nelle vesti occasionali di consumatore. L'essere "connaturale" alla materia rende inoltre l'inderogabilità estranea, in radice, a ridefinizioni interpretative, pure proposte in generale, come l'indivi-

(ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro*, il Mulino, 1997, p. 74) (con la "L" maiuscola), che hanno perso l'"egemonia politica e culturale" nei processi sociali (ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 189), ma non il descritto significato, individuale e interrelazionale, del lavoro; sono sufficienti a dimostrarlo già solo i drammatici costi economico-sociali della disoccupazione, come del precariato, e l'enorme attenzione a essi dedicata dall'opinione pubblica (al riguardo, da ultimo, cfr. DIAMANTI, *Insicuri, precari, spaventati: 4 italiani su 10 ora sognano il posto fisso*, in *La Repubblica delle idee. Anteprima. Fondata sul lavoro*, Torino 2-3 febbraio 2013, in www.repubblica.it/speciali/repubblica-delle-idee/anteprima-torino2013). Come dire: difficile non condividere l'inclusione dell'art. 1 in quella parte della Costituzione che, ancora oggi, esprime "tutta la sua vitalità" (SCOGNAMIGLIO, *Lavoro. Disciplina costituzionale*, in *EGT*, agg., XVII, 2008, p. 2).

¹⁵ DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pp. 28-47.

¹⁶ CESTER, *op. cit.*, pp. 348-349, che al contempo sottolinea, come ulteriore fondamento dell'inderogabilità, l'esigenza di uniformità di disciplina in relazione, per un verso, all'"indivisibilità" di talune situazioni, per altro verso alle "regole della concorrenza": dell'opportuna osservazione merita qui di essere rimarcato come le istanze sottese alla prima come alle seconde – palesemente differenti rispetto alla prospettiva teleologica, benché con essa destinate a incrociarsi – si riflettano, inevitabilmente, su logica ed estensione del conseguente intervento normativo.

¹⁷ SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.INT-44/2011*, p. 3.

¹⁸ L'inderogabilità della norma di legge o di contratto collettivo a tutela del prestatore di lavoro – scrive PERA (*Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, 1990, p. 19) – sussiste "salvo rigorosa prova del contrario".

duazione della natura imperativa della norma in base alle “conseguenze giuridiche previste dalla legge” di volta in volta per la sua violazione¹⁹.

Venendo al presente, e anticipando in parte gli approdi delle successive pagine, a me pare che i cambiamenti del quadro normativo degli ultimi decenni non abbiano sostanzialmente intaccato il nucleo della ricostruzione delineata. La tutela del lavoro subordinato, benché soggetta a riduzioni anche non marginali, non ha mutato la descritta fisionomia e ancora adesso poggia sulla pietra angolare dell'inderogabilità: solida nella sua impronta costituzionale, sì da risultare, alla fin fine, impermeabile agli “incauti”, ultimi interventi del legislatore, concernenti il suo rilievo paradigmatico (eloquente, come si vedrà, la riforma dell'arbitrato). Piuttosto, detti cambiamenti hanno messo in particolare evidenza la natura strutturalmente *dinamica* degli equilibri tra gli interessi in gioco così come configurati nel nostro ordinamento: che, in modo palese (sebbene nella concreta configurazione davvero debole), nel più rilevante dei recenti provvedimenti legislativi (l'art. 8 del d.l. 138/11) si è tradotta in una tecnica normativa esattamente speculare, ovvero di carattere compiutamente *dialogico*, incentrata sull'attribuzione, ai soggetti portatori degli stessi interessi coinvolti, *anche* del potere, assai esteso, di derogare alla norma di legge. Se la natura *problematica* dell'inderogabilità appare oggi più nitida, questa tecnica normativa non costituisce però una vera novità; anzi, ci riporta al dettato costituzionale, rivelando le forzature di quella sorta di concezione a-storica dell'inderogabilità di cui si diceva. L'attenzione, così, si concentra sui *percorsi di definizione* delle tutele. Ma procediamo con ordine, intrattenendoci ora, sia pure molto velocemente, sugli sviluppi che hanno condotto ai più recenti interventi normativi.

3.1. *Inderogabilità vs. flessibilità: le soluzioni (in sostanziale continuità) degli scorsi decenni*

L'impianto di tutele di cui può considerarsi simbolo lo Statuto dei lavoratori gode di un periodo di stabilità in effetti breve. La metà degli anni Settanta segna già l'inizio di un'inversione di rotta, in concomitanza con la

¹⁹ ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in RGL, 2008, II, p. 172; sul tema v. anche NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009, sp. p. 84 ss.

fine dell’“Età dell’oro”, secondo una nota definizione del trentennio post-bellico²⁰: emblematicamente, nel 1973, anno della prima crisi petrolifera, si è individuato l’avvio di una *transizione storica*²¹, ancora oggi in pieno svolgimento.

Seguendo una diffusa periodizzazione, l’iniziale fase, denominata dell’“emergenza”, sfocia nella stagione della “flessibilità”, ben più lunga, che prende piede negli anni Ottanta e giunge ai giorni nostri. La flessibilità, espressione polivalente e ambigua, nel ricomprendere una generale riduzione del livello di tutela del lavoro subordinato – in relazione anche a esigenze di delegificazione della materia – si presta a individuare quei segmenti della legislazione lavoristica sovente considerati principali artefici del declino dell’inderogabilità. Segnatamente si fa riferimento: a) alla riduzione di tutele per alcuni profili della disciplina (come l’avviamento al lavoro, l’inquadramento, l’orario di lavoro, le esternalizzazioni); b) ai rinvii legislativi che hanno legittimato la contrattazione collettiva, oltre che a integrare, a derogare al precetto legale (in materia di: lavoro femminile, orario di lavoro, mutamento di mansioni, nozione di retribuzione ai fini del TFR, criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, trasferimento d’azienda, ecc.); c) al diffondersi di figure contrattuali diverse da quella classica, a tempo pieno e indeterminato (contratto a termine, part-time, contratti con finalità formative, somministrazione, lavoro intermittente, *job sharing*). Sviluppi sovente intrecciati²², che arrecano, nel tempo, lesioni non superficiali all’edificio messo a punto dal legislatore statutario. In particolare, la crescente articolazione delle figure contrattuali, ampliando lo spazio dell’autonomia individuale nella scelta del contratto – esteso al massimo negli interventi legislativi dei primi anni del Duemila che riducono il ruolo della contrattazione collettiva –, rimette alla stessa autonomia segmenti di tutela nient’affatto marginali nell’assetto negoziale.

In breve, l’ordinamento, negli ultimi quarant’anni circa, riceve sollecitazioni significative e non rimane inerte. Tuttavia, gli equilibri ad esso sottostanti fanno sì che le risposte, sino ai più recenti eventi, risultino in sostanziale continuità con il passato. Lo scenario infatti è pur sempre costituito da un

²⁰ HOBBSAWM, *Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, Michael Joseph, 1994; tr. it. *Il secolo breve 1914-1991*, Rizzoli, 2006, parte II.

²¹ POMBENI, *Siamo di passaggio* (intervista di Fiori S.), in *la Repubblica*, 7 settembre 2012, p. 41.

²² A questi sviluppi peraltro si affiancano interventi non marginali nel segno dell’inderogabilità, concernenti, ad esempio, la parità uomo-donna, i licenziamenti individuali e collettivi, il lavoro a progetto.

quadro legislativo altamente regolato, all'insegna dell'inderogabilità. Ciò vale sia per la riduzione di tutela di questo o quell'istituto, sia per i rinvii alla contrattazione collettiva, sia per l'incremento delle forme di impiego flessibile, in ogni caso inserite all'interno di un ben definito contesto normativo, anche quando la contrattazione collettiva fa un passo indietro.

Il dato parzialmente nuovo è invece un altro, e attiene alla tecnica normativa di determinazione delle tutele, insita negli stessi rinvii legislativi di cui si è appena detto: con i quali il legislatore apre alle parti sociali, rimettendo ad esse l'effettiva regolazione dei profili disciplina di volta in volta considerati, con l'attribuzione anche di poteri di deroga al precetto legale. La novità merita un minimo approfondimento.

La legislazione fondata sui rinvii produce un inedito avvicinamento tra legge e contratto collettivo. Assai eloquenti, oltre che intrisi di significati teorici, sono alcuni famosi passi della sentenza della Corte costituzionale del 23 ottobre 1996 n. 344, dove alla contrattazione in parola si ritengono attribuite "funzioni di produzione normativa con efficacia generale, configurandola come fonte del diritto extra ordinem destinata a soddisfare *esigenze ordinarie che avrebbero dovute essere adempiute dalla contrattazione collettiva prevista dall'inattuato art. 39, quarto comma, della Costituzione*", secondo un "modello [prosegue la Corte] giustificato quando si tratta di materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di *interessi generali* connessi al mercato del lavoro (...)"²³. Al di là del problematico inquadramento giuridico dell'atto, è significativo che buona parte della dottrina, sulla scia della Consulta, differenzi, dal classico contratto normativo di diritto comune, il contratto collettivo in questione, ritenendolo dotato di efficacia *erga omnes*, del resto coerente con la sua valenza integrativa/derogatoria del precetto legale. Per un siffatto modello non manca tuttavia una fondata insoddisfazione: vuoi perché esso, sostituendo al sistema delineato nella seconda

²³ Miei i corsivi, ovviamente. La Corte prosegue indicando, come esempi delle suddette "materie", "(...) il lavoro a tempo parziale (art. 5, terzo comma, del d.l. 30 ottobre 1994 n. 726, convertito in legge 19 dicembre 1984 n. 863), i contratti di solidarietà (art. 2 del decreto legge citato), la definizione di nuove ipotesi di assunzione a termine (art. 23 della legge 28 febbraio 1987 n. 56, sull'organizzazione del mercato del lavoro), ecc.". È il caso di precisare che il contratto collettivo risulta configurabile pur sempre come espressione di "autonomia", giacché il legislatore fa propria la soluzione autonomamente prodotta dalle parti sociali, evidentemente valutata "in piena sintonia" con l'interesse generale (GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in RIDL, I, 2012, p. 217).

parte dell'art. 39 Cost. scarni rinvii legislativi, presenta un evidente *deficit* di legittimazione democratica dell'azione sindacale; vuoi perché l'esile struttura che lo sorregge non è adeguata alla sua rilevanza. Ma è proprio da questi punti di vista che il modello si presenta in continuità con il passato. Ora è infatti il legislatore a “sostenersi” sul cd. sistema sindacale *di fatto* che lo Statuto dei lavoratori in precedenza “aveva sostenuto”, chiedendo ad esso un apporto di tipo riflessivo, “neoistituzionale”, nella regolazione del lavoro subordinato²⁴. La prospettiva è, in sostanza, pluriordinamentale: la stessa, appunto, sottesa allo Statuto. Sicché, l'ordinamento statale, coerentemente all'impostazione degli anni Sessanta, prende atto dei mutamenti socio-economici in corso, ma non fornisce una risposta *di sistema*, piuttosto rimette al dialogo *tra sistemi* questa o quella regola di disciplina del lavoro: confidando nell'ordinamento intersindacale, secondo un'impostazione “informale”²⁵ che trascura ancora una volta i problemi di regime del contratto collettivo, sebbene al contratto attribuisca anche efficacia generale nonché poteri derogatori rispetto alla legge, e che prevede soltanto minimi e (sovente pure incerti) elementi di comunicazione tra i due sistemi; elementi essenzialmente di carattere soggettivo, tarati, come in passato, sulla rappresentatività del sindacato, con formule peraltro via via giuridicamente più deboli (la rappresentatività comparata)²⁶.

In definitiva, la persistente centralità della norma inderogabile, in un

²⁴ Cfr. MENGONI, *La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale*, in *RI*, 1988, p. 24; D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *RCD*, 1990, p. 212; da ultimo GHERA, *op. cit.*, p. 215.

²⁵ RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, p. 175.

²⁶ Criterio, questo, che, nella particolare e nota versione di cui al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (dove il riferimento alle organizzazioni sindacali è preceduto dalla preposizione semplice “da”), esprimerà il tentativo di disegnare nuove relazioni sindacali, lasciandosi alle spalle il dialogo con il sistema sindacale “di fatto”, incentrato sulla partecipazione e sulla unità delle grandi confederazioni sindacali (intento che dà seguito a quanto, in materia, prefigurato nel “Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia”, presentato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali nell'ottobre 2001, all'inizio della XIV legislatura). Ma si tratterà di un elemento di per sé non incisivo e per di più inserito all'interno di una disciplina non priva di contraddizioni (al riguardo cfr., per tutti, BELLARDI, *Concertazione, dialogo sociale, contrattazione e rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, 182-190; EAD., *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*, Giappichelli, 2008, p. 34 e, da ultimo, LECCESE *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 479).

quadro normativo contraddistinto pur sempre da un alto tasso di regolazione, e il ruolo da protagonista assegnato a un determinato sindacato, perno storico del nostro sistema di relazioni sindacali in ragione della sua rappresentatività, fanno sì, alla fin dei conti, che le novità legislative dell'ultimo quarto del secolo scorso *non determinino sostanziali soluzioni di continuità nello sviluppo del diritto del lavoro.*

4.1. *Le nuove soluzioni del secondo millennio: la mai sorta "derogabilità assistita"*

Nel primo decennio del nuovo millennio il quadro assume una nuova fisionomia.

Senza indugiare su cambiamenti fin troppo conosciuti, se il secolo scorso si chiude all'insegna dell'economia di mercato, i primi anni Duemila procedono spediti, in estrema sintesi, verso l'esplosione del predominio della finanza sulla produzione reale, in uno scenario sempre più globalizzato. La crisi del 2007 chiuderà la fase emblematicamente definita della "grande sbornia"²⁷ e aprirà un lustro assai difficile su scala mondiale, tale da rievocare gli eventi del '29. Il nostro Paese ne risente particolarmente, scontando anzitutto un già insostenibile debito pubblico e la carenza di politiche industriali: oggi le istituzioni dell'Unione europea orientano l'agenda politico-economica, guardando essenzialmente al contenimento della spesa pubblica e al risanamento dei bilanci dei singoli Stati. Il tutto sotto la minacciosa presenza dei "mercati finanziari", persistente a dispetto delle responsabilità degli stessi mercati per la crisi in atto e il cui peso è direttamente proporzionale al *vulnus* procurato ai circuiti istituzionali della rappresentanza politica, certo indeboliti dalle difficoltà incontrate, su questo piano, dal progetto di unificazione europea²⁸.

Lo scenario rimette in discussione il rapporto Stato-mercato, la relazione diritto-economia.

Frattanto, è cresciuta a dismisura l'area del lavoro flessibile, nel contesto generale sempre più sbilanciato verso la precarietà, secondo una (tanto nota quanto comprensibilmente discussa) corrente di pensiero esito soprattutto del-

²⁷ RUFFOLO, SYLOS LABINI, *Il film della crisi. La mutazione del capitalismo*, Einaudi, 2012, p. 17.

²⁸ Da ultimo, su tali vicende, v. AMATO, FORQUET, *Lezioni dalla crisi*, Laterza, 2013.

l'ingiusta e controproducente contrapposizione tra *insiders* e *outsiders*²⁹. Allo stesso tempo, nell'insieme degli eventi che accompagnano il nuovo corso, si iscrive un deciso cambiamento delle relazioni sindacali: non più incentrate sulla tendenziale storica unità delle grandi confederazioni – cardine teorico e pratico di un assetto eloquentemente configurato come ordinamento a sé stante³⁰ – bensì contraddistinta da un decennio improntato alla “separatezza”.

Dunque, il pensiero torna a quanto autorevolmente scritto a metà degli anni Novanta, secondo cui “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 – tra le quali ha sempre oscillato (...)”³¹. Le ragioni della dimensione economica ora, però, spingono forte. Ciò nonostante, occorre fare i conti con il binomio lavoro-cittadinanza, nella consapevolezza che questo binomio può essere intaccato solo “sgretolando i principi fondanti dello Stato democratico-costituzionale”³².

Siamo così giunti ai più recenti sviluppi normativi.

Anzitutto una premessa. Non saranno considerati i pure importanti accordi tra le parti sociali concernenti la struttura della contrattazione collettiva, ovvero l'accordo quadro del 22 gennaio 2009, l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e il recentissimo accordo “sulla produttività” del 21 novembre 2012. Testi diversi tra loro sotto vari profili, tutti, però, contraddistinti, in varia misura e con differenti modalità, da rilevanti aperture del livello nazionale a quello decentrato, con l'attribuzione anche di poteri derogatori, secondo d'altro canto una più generale e ormai nota tendenza in atto in altri paesi europei. Tuttavia, detta attribuzione, oltre a riguardare dinamiche interne all'autonomia collettiva, costituisce una novità solo “nell'ambito delle regole scritte dell'ordinamento intersindacale”³³, perché da tempo, nell'ordinamento statale, in dottrina come in giurisprudenza, è pacifico che il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello non segue un criterio gerarchico. Peraltro i tre accordi inseriscono le eventuali deroghe in una cornice comunque nazionale. Piuttosto, pure a tal riguardo l'aspetto da segnalare

²⁹ Cfr., per tutti, ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996, p. 13 ss.

³⁰ GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

³¹ ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, 1995, p. 196.

³² ROMAGNOLI, *Ed è subito ieri*, cit., p. 189; sul tema, da ultimo, v. GALLI, *op. cit.*; ZAGREBELSKY, *op. cit.*

³³ LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno e sull'articolo 8 della l. n. 148/2011*, in *DLRI*, 2012, p. 459.

deriva dal carattere “separato” degli accordi del 2009 e del 2012, non sottoscritti dalla Cgil. Cifra questa – come ben si sa – anche della vicenda Fiat, che ha condotto al già citato art. 8 del d.l. 138/11, su cui invece ci si intratterrà ampiamente in seguito.

La prima novità di cui occuparsi, sebbene molto brevemente e in negativo (cioè per escluderla), è la cd. derogabilità assistita, che pone in primo piano l'autonomia individuale, legittimata a rivedere la norma inderogabile nelle sedi e con l'assistenza indicate dal legislatore. Nonostante di effettiva novità non si tratti, è opportuno tornarvi su: sia perché alcuni dati normativi dell'ultimo decennio hanno attirato l'attenzione della dottrina, sia perché la vicenda può considerarsi un primo segnale di un certa tecnica legislativa con cui ci si ritroverà più volte a fare i conti.

I dati normativi cui si fa riferimento sono anzitutto gli artt. 78 e 81 del d.lgs. 276/03. In particolare, secondo una tesi proposta all'indomani dell'intervento legislativo³⁴, entrambi gli articoli deporrebbero per l'attribuzione, alle commissioni di certificazione, di funzioni di assistenza per la stipula di patti individuali in deroga a norme imperative. In questi termini, la presunta novità avrebbe segnato sostanzialmente l'approdo di un dibattito cominciato agli inizi degli anni Novanta – sulla scorta dell'esperienza dei contratti agrari e delle locazioni urbane –, che pure aveva avuto passaggi interessanti, come quelli relativi alla distinzione tra inderogabilità assoluta e relativa o alla tecnica di raccordo tra contratto collettivo e contratto individuale definita “a scelta multipla”. Ma la tesi è rimasta isolata. Non è il caso di riprendere i termini di un dibattito ormai sopito; ci si può limitare a tre osservazioni. Le prime due, di carattere generale, attengono alla logica stessa della c.d. derogabilità assistita, assai poco convincente. Facendo leva sul piano dell'autonomia del singolo, questa tecnica intacca sensibilmente il rilievo sopraindividuale/generale della norma lavoristica³⁵. E su tale piano, inevitabilmente, risulta debole, giacché il problema del lavoratore dipendente non è tanto l'effettiva volontà o la carenza informativa al momento della stipula del contratto, quanto la condizione durante lo svolgimento del rapporto “giorno per

³⁴ V. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 285-286.

³⁵ Cfr. per tutti GAROFALO M.G., *Contratti di lavoro e certificazione*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, p. 581; GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in RIDL, I, 2005, p. 103.

giorno”; opportunamente si è osservato che il “modello della volontà assistita ha un senso solo ove si ritenga superato il presupposto sociologico del lavoratore contraente debole”³⁶, altrimenti si ha soltanto la certezza che il lavoratore *effettivamente* decide, come dire, di farsi del male da sé, consapevolmente. La terza osservazione attiene all’argomento che ha in sostanza compattato la dottrina: la quale, dinanzi a dati normativi non testuali e circoscritti, se non altro ambigui, ha convincentemente escluso la sussistenza della derogabilità, che avrebbe comportato, in virtù dello spazio aperto all’autonomia individuale, una vera e propria “rottura” con il sistema³⁷.

Invero, di recente la tematica è tornata di attualità, in seguito ai commi 2 e 3 dell’art. 30, della l. 4 novembre 2010, n. 183, provvedimento denso tanto di novità quanto di dubbi e incertezze³⁸. Ma, anche in relazione ad esso, non vi sono da spendere troppe parole. In base a quella che pure è stata considerata la “norma più esplicita” (art. 30, co. 3)³⁹, nel contratto le parti sono legittimate soltanto a indicare “tipizzazioni” delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo: il precetto inderogabile, quindi, continua a delimitare l’autonomia negoziale; e di queste tipizzazioni, per di più, il giudice semplicemente “tiene conto”⁴⁰. Circa poi l’art. 30, co. 2, secondo cui “nell’inter-

³⁶ NOVELLA, *op. cit.*, p. 417.

³⁷ Sul punto cfr. BASENGHI, *Le rinunce e le transazioni*, in MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Diritti e obblighi*, II, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Cedam, 2012, p. 1976; FONTANA, *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010, p. 81; CESTER, *op. cit.*, p. 386; TULLINI, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 443; VOZA, *L’autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007, p. 195; GAROFALO M. G., *op. cit.*, p. 581; RUSCIANO, *La certificazione dei contratti di lavoro fra ipertrofia regolativa e incertezza applicativa*, in MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, il Mulino, 2006, p. 148 ss.; BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in *W.P.C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.IT-16/2004*, p. 3 ss. Per quanto concerne il dibattito sull’argomento in relazione all’originaria formulazione dell’art. 68 sempre del d.lgs. 276/03, poi modificato dall’art. 15 del d.lgs. 6 settembre 2004 n. 251, in materia di lavoro a progetto, v., per tutti, VOZA, *op. cit.*, p. 198.

³⁸ Alcuni riconducono nell’ambito della derogabilità assistita anche la riforma dell’arbitrato, che però ha indubbie proprie caratteristiche, a cominciare dal ruolo dell’arbitro rispetto a entrambe le parti contrattuali, oltre che una specifica disciplina: se ne tratterà, perciò, in seguito.

³⁹ ZOPPOLI L. *Certificazione dei Contratti di Lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona” IT - 102/2010*, p. 19.

⁴⁰ Al riguardo cfr., per tutti, TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in MISCIONE, GAROFALO D. (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010. Commentario alla L. n. 183/2010*, Ipsos, 2011, p. 173.

pretazione (...) delle clausole (del contratto individuale) il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione”, è sufficiente rilevare che anche uno dei più convinti sostenitori dell’istituto ha ritenuto “priva di qualsiasi utilità la disposizione”, concernente solo l’“accertamento del voluto”, senza alcuna incidenza sulla disciplina inderogabile⁴¹.

Va inoltre ricordato che la l. 183/10 espressamente prevede la possibilità, presso ogni sede di certificazione, di esperire il tentativo di conciliazione di cui all’art. 410 del cod. proc. civ.⁴². Questa proliferazione degli organismi di conciliazione – si è osservato⁴³, sulla scia di precedenti più generali timori⁴⁴ – “snatura la funzione originaria dell’istituto con l’attribuzione (...) a soggetti non del tutto collaudati e affidabili” di competenze delicate, ossia l’“assistenza” ai fini della validità e inoppugnabilità della conciliazione *ex art. 2113*, co. 4., cod. civ. La questione, benché attinente alla (in)disponibilità del diritto e non alla inderogabilità del precetto⁴⁵, merita di essere rammentata perché, nell’equilibrio della norma codicistica, se la sede “assistita” non è realmente tale, la “riappropriazione” del potere dispositivo da parte del lavoratore, prevista dal suddetto co. 4, risulta irragionevole, con un sostanziale aggiramento di fatto della tutela intangibile.

⁴¹ VALLEBONA, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *MGL*, 2010, p. 902. Un’ipotesi di derogabilità assistita è abitualmente considerata la stipula di “un ulteriore successivo contratto a termine” oltre il tetto massimo dei trentasei mesi, prevista dall’art. 5, co. 4-*bis*, del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 (comma inserito dall’art. 1, co. 40, lett. “b”, della l. 24 dicembre 2007 n. 147, e successivamente modificato dall’art. 21, co. 2, d.l. 25 giugno 2008 n. 112, conv., con modif., dalla l. 6 agosto 2008 n. 133): in effetti si tratta di una più recente ipotesi di “flessibilità negoziata” (ZILIO GRANDI, *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, in *DRI*, 2007, p. 791), concernente cioè una classica figura di lavoro flessibile, che prevede comunque il necessario intervento dell’autonomia collettiva, a cui è rimessa la determinazione della durata dell’ulteriore contratto (in proposito, cfr., tra gli altri, FRANZA, *Il lavoro a termine nell’evoluzione dell’ordinamento*, Giuffrè 2010, p. 290; VOZA, *La reiterazione assistita del contratto di lavoro a termine*, in *LG*, 2010, p. 221.).

⁴² V. art. 31, co. 13.

⁴³ FERRARO, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: profili generali*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, 2011, p. 50.

⁴⁴ Cfr. per tutti TULLINI, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 474.

⁴⁵ Distinzione – come noto – fondamentale, che regge l’intero art. 2113 cod. civ. secondo un’opinione prevalsa nel tempo e sulla quale qui non è il caso di tornare.

4.2.1. *La riforma dell'arbitrato tra ambiguità normative e dubbi di legittimità costituzionale: l'equità e l'ineludibile limite della norma inderogabile: a) lo sfondo generale*

Più attenzione della derogabilità assistita richiede la recente riforma dell'arbitrato, parte decisamente rilevante della già più volte citata l. 183/10⁴⁶. Proprio per la sua incidenza sulla norma inderogabile, durante l'iter parlamentare questa riforma ha finito per attirare l'attenzione anche del Presidente della Repubblica⁴⁷, segnatamente in relazione all'arbitrato d'equità e in ragione della condizione di debolezza del lavoratore, cui il Capo dello Stato ha riconosciuto un rilievo cruciale. Vedremo che l'arbitrato equitativo, sebbene sicuramente da non trascurare, finirà in secondo piano, spintovi da (come dire) una certa "improvvisazione" normativa, inevitabilmente imponente dinanzi ai "vincoli di sistema"⁴⁸; e questa stessa improvvisazione ha generato, al contempo, altre delicate problematiche, sì da indurre ad addentrarsi, per quanto qui possibile, nella nuova disciplina, tuttora lontana da una soddisfacente e condivisa sistemazione.

La l. 183/10 riscrive gli artt. 412-ter e 412-quater cod. proc. civ., relativi all'arbitrato irrituale⁴⁹. Limitandosi all'essenziale, la legge anzitutto cancella la centrale e generale funzione autorizzatoria sinora svolta dalla contrattazione collettiva, contemplando, già essa, l'arbitrato dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro⁵⁰ e al collegio di cui al nuovo e completamente rivisto art. 412-quater cod. proc. civ.⁵¹. Prevede poi sia la clausola compromissoria sia il compromesso, con esplicito riferimento alla decisione "secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori

⁴⁶ Alcune delle riflessioni di seguito proposte si rinvengono già, nell'ambito di una più ampia analisi, in ZOPPOLI A., *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, in questa rivista, 2010, p. 411, cui sia consentito rinviare anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁴⁷ Con il messaggio di rinvio alle Camere, del 31 marzo 2010, del d.d.l. 1167/B/bis A.S.

⁴⁸ SPEZIALE, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁹ Art. 31, rispettivamente commi 6 e 8.

⁵⁰ V. nuovo art. 412 cod. proc. civ. introdotto dall'art. 31, co. 5.

⁵¹ Cfr. l'art. 31, co. 8; v. anche l'art. 31, co. 12, per la possibile costituzione di camere arbitrali da parte degli organi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. 276/03. La funzione autorizzatoria della contrattazione collettiva è ora limitata alla sola clausola compromissoria ed è soggetta alla spada di Damocle del decreto ministeriale, che interviene in sua assenza (art. 31 commi 10 e 11), condizionando inevitabilmente e sensibilmente le dinamiche negoziali, di cui altera senso e peso nell'equilibrio complessivo della norma.

della materia, anche derivanti da obblighi comunitari”⁵². Infine, espressamente stabilisce, in relazione alle due specifiche procedure arbitrali suindicate, che il lodo “produce tra le parti gli effetti di cui agli articoli 1372 e 2113, quarto comma, del codice civile”⁵³.

Orbene – riprendendo succintamente alcuni concetti generali indispensabili per inquadrare correttamente le novità – si sa che qualsiasi tipo di arbitrato (compreso quindi quello equitativo) come ogni altro atto di autonomia privata, non può essere “contrario a norme imperative”, pena la sua nullità, salvo diversa disposizione di legge (art. 1418, co. 1, cod. civ.)⁵⁴. Si sa pure, secondo l’insegnamento della Corte costituzionale (sent. 6 luglio 2004 n. 206), che nel nostro ordinamento l’equità può essere solo correttiva o integrativa, sì da consentire la “soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua tuttavia dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva”. Sicché, norme imperative e principi ispiratori della disciplina concettualmente si collocano, rispetto all’equità, su piani evidentemente distinti: le prime delimitano *in negativo* l’equità, proibendone il contrasto con interessi che si impongono all’autonomia individuale; i secondi la delimitano *in positivo*, evitandone “lo sconfinamento nell’arbitrio”, come afferma la Corte costituzionale. Va da sé che la contemporanea utilizzazione di entrambi i piani e la definizione della relativa linea di demarcazione appaiono, per intuibili ragioni, più problema-

⁵² Come probabilmente si ricorderà, per l’arbitrato d’equità la l. 183/10 riprende le linee di politica del diritto del già citato “Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia”, presentato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali nell’ottobre 2001. Si tratta, evidentemente, di un progetto coltivato da tempo, giacché è uguale il colore politico delle compagini che hanno partorito l’uno e l’altro.

⁵³ V. i nuovi artt. 412, co. 3, e 412-*quater*, co. 10, cod. proc. civ.

⁵⁴ Cfr., tra i tanti, CESTER, *La clausola compromissoria*, in MISCIONE, GAROFALO D. (a cura di), *Il collegato lavoro 2010*, Ipsoa, 2011, p. 262; BERTOLDI *Art. 808-ter c.p.c.*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale ed internazionale*, Cedam, 2010, p. 87; CAPONI, *Natura dell’arbitrato e controversie arbitrabili*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO N. (a cura di), *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, 2010, p. 130; MURONI, *Artt. 5, l. 11 agosto 1973, n. 533, 412 ter e 412 quater c.p.c.*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 396; BOVE, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *RArb*, 2006, p. 881; GAROFALO M. G. *Note sull’arbitrato nelle controversie individuali di lavoro pubblico*, in questa rivista, 2006, p. 319; BORGHESI, *L’arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi*, in CARINCI, F., ZOPPOLI, L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in CARINCI, F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, V, Utet, 2004, p. 1368; GRANDI, *L’arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1963, p. 376.

tiche in aree giuridiche contraddistinte da un alto tasso di eteroregolazione inderogabile. D'altronde, l'arbitrato appartiene, per sua natura si può dire, ad aree dove l'autonomia delle parti incontra pochi limiti "in negativo" (cioè poche norme inderogabili).

Restando ancora per un momento sul piano generale, bisogna poi tener presente che – a ben vedere – l'arbitrato, in ragione della sua stessa struttura logica, interviene *sul* regolamento contrattuale, si da risultare *incompatibile con la distinzione tra norma e conseguente diritto*⁵⁵. Infatti – prescindendo dalla questione della natura dell'arbitrato irrituale – l'arbitrato *incrocia* sempre il regolamento contrattuale: a) l'arbitrato "secondo le regole di diritto" lo incrocia nel senso che, in relazione a tali regole, definisce l'assetto degli interessi per i profili controversi⁵⁶; b) l'arbitrato d'equità invece, secondo un'impostazione parzialmente diversa, incrocia il regolamento contrattuale "conformandone" il contenuto, per quanto interessato dalla lite, al di là delle regole di diritto, sebbene nei (soli) limiti dei principi indicati dalla Corte costituzionale (e fatte salve eventuali norme inderogabili)⁵⁷.

⁵⁵ Nel momento in cui si deferisce all'arbitro la lite, l'insieme di regole che disciplina il rapporto cui la stessa attiene non si può considerare definitivo; nel senso che all'arbitro si chiede di intervenire anzitutto sul quadro normativo (secondo quanto si sta per osservare nel testo), rimettendo in gioco la fattispecie da cui nasce il diritto controverso. Di conseguenza, la "disponibilità" del diritto, affermata ora nell'art. 806 cod. proc. civ. – non senza critiche (GAROFALO M. G., *Note sull'arbitrato*, cit. p. 321; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, 2006, p. 4) –, finisce in sostanza per estendersi anche al piano genetico del diritto stesso. Significativo, al riguardo, è quanto rileva FERRARO (*Rinunzie e transazioni*, in *EGT*, XXVII, 1990, p. 5): "per gli arbitrati l'invalidità del lodo è sancita in relazione alla violazione delle norme inderogabili e non alla disposizione dei diritti derivanti da queste ultime"; v. ad esempio, l'art. 5, co. 2, l. 11 agosto 1973 n. 533 (ora abrogato) o l'art. 829, commi 4 e 5, cod. proc. civ.

⁵⁶ All'abituale spazio (più o meno ampio) rimesso all'attività interpretativa, potenzialmente si aggiunge la facoltà di andare oltre le indicazioni giuridiche esistenti se e nella misura in cui esse hanno carattere "dispositivo" e in questa direzione interviene l'autonomia negoziale.

⁵⁷ Attraverso l'equità, l'arbitro "riscrive", sia pur non per intero, l'assetto di interessi, in conseguenza del quale si pronuncerà, con riflessi su esistenza e/o caratteristiche della situazione soggettiva controversa. La descritta incidenza dell'arbitrato sul regolamento contrattuale è senza altro coerente con la tesi – nel tempo probabilmente prevalente, anche in relazione all'evoluzione del quadro normativo – che configura pure l'arbitrato irrituale alla stregua di un giudizio (cfr., per questa tesi, tra i tanti, MONTELEONE *Il cd. arbitrato irrituale previsto dall'art. 808-ter c.p.c.*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO N., *op. cit.*, p. 550; CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, FrancoAngeli, 1990, p. 395; PERONE, *Arbitrato in materia di lavoro*, in *NDI*, app., I, 1980, p. 383; STOLFA, VENEZIANI, *Arbitrato nel diritto del lavoro*, in *DDPCOM*, I, Utet, 1980, p. 219). Ma anche chi rinviene nell'arbitrato irrituale una "funzione essenzialmente dispositiva"

4.2.2. b) ... nella l. 183/10

Sulla scorta di queste osservazioni di carattere generale, passando al versante lavoristico, anzitutto occorre chiedersi quali vincoli esistano, dopo la l. 183/10, per l'arbitrato d'equità nel diritto del lavoro.

Quanto brevemente ricordato consente di mettere da subito in evidenza uno dei principali (se non, per intuibili ragioni, il principale degli) ostacoli in cui si imbatte l'arbitrato d'equità in questa branca dell'ordinamento. Le norme inderogabili, poste a tutela di interessi sopraindividuali/generali, costituiscono, oggi come in passato, un limite certamente invalicabile anche per le parti del contratto di lavoro, che su di esse non possono intervenire con alcun atto di autonomia, quindi neanche con l'arbitrato. Ciò vale, senza ombra di dubbio, per le norme inderogabili di legge; come pure, nonostante qualche ipotetica incertezza, per le norme del contratto collettivo, secondo quanto scritto nell'art. 2113 cod. civ. e, ancor prima, mostrato dal "diritto vivente"⁵⁸.

Rivolgendo allora l'attenzione alla l. 183/10, sulla base di questa consapevolezza, si farebbe a dir poco un avventato salto logico se si deducesse, dall'introduzione del limite dei "principi generali dell'ordinamento" e dei "principi regolatori della materia"⁵⁹, l'eliminazione o la riduzione dello spazio della norma inderogabile, senza aver prima rintracciato il dato normativo che cancelli o attenui il rilievo della stessa. Sulla base delle precedenti osser-

(GRANDI, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *ED*, agg., I, Giuffrè, 1997, p. 115) – come tale peraltro estranea allo schema "diritto-equità" (GRANDI, *Arbitrato e processo. Profili di qualificazione degli arbitrati irrituali in materia di lavoro*, in *ADL*, 1999, p. 604) – ritiene che essa si traduca in "un nuovo regolamento sostanziale del conflitto d'interessi", producendo un "nuovo rapporto giuridico" (GRANDI, *L'arbitrato irrituale*, cit., p. 121).

⁵⁸ Cfr. da ultimi GHERA, *Il contratto collettivo*, cit., p. 225; SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 2012, p. 603. Nello stesso senso, dopo l'abrogazione dell'art. 5, commi 2 e 3, della l. 533/73, v., per tutti, BORGHESI, *op. cit.*, p. 1368; BOCCAGNA, *Artt. 36-39, II*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, Cedam, 1999, p. 1572; GRANDI, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel pubblico impiego (d.lgs. n. 80/1998)*, in *LPA*, 1998, p. 805.

⁵⁹ Si rammenterà come più di un autore si sia soffermato in particolare sull'individuazione dei "principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari": in verità, se è indubbio che pure il riferimento ai "principi regolatori della materia" non è affatto esente da risvolti problematici, ed ancor più in relazione all'elaborazione giuslavoristica – priva, allo stato, di una riflessione sufficiente al riguardo –, l'esatta entità della questione dipende dal rapporto tra equità e norma inderogabile.

vazioni, non è tale il richiamo ai detti principi, che hanno la funzione, gli uni e gli altri, di delimitare “in positivo” la decisione equitativa, rivolta al caso concreto, nell’ambito di quanto il diritto preserva all’autonomia delle parti (nell’ambito cioè delle norme dispositive); né lo è, più al fondo, l’“equità”, che deve comunque osservare la norma inderogabile, quale limite imposto all’autonomia individuale *ex art. 1418 cod. civ.*

In sintesi, l’espressa introduzione dell’arbitrato d’equità, di per sé, non cancella né riduce il rilievo della norma inderogabile nel diritto del lavoro⁶⁰.

4.2.3. *L'improprio richiamo dell'art. 2113, co. 4, cod. civ.*

Ma – si ricorderà – il legislatore ha stabilito che il lodo “produce tra le parti gli effetti di cui (...) all’articolo 2113, quarto comma, cod. civ.”⁶¹; il richiamo della norma codicistica, riferito – si badi – al lodo *tout court*, da un lato (paradossalmente) priva l’arbitrato equitativo del centro della scena, dall’altro apre un nuovo e più problematico piano di analisi⁶².

⁶⁰ Su quest’ultimo punto è opportuno spendere ancora qualche parola. Se il legittimo ricorso all’arbitrato di equità è insito nel sistema – salvo il limite della norma inderogabile – dalla sua “esplicita” previsione si potrebbe dedurre, seguendo un’argomentazione logica già in passato avanzata, proprio la volontà legislativa di superare quel limite (FLAMMIA, *A proposito della riforma dell’arbitrato per le liti di lavoro*, in *DRI*, 1992, p. 4; HERNANDEZ, *La via dell’equità per un arbitrato di lavoro più stabile*, in *DRI*, 1992, p. 21); o comunque di ridurne lo spazio (SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell’arbitrato nel “collegato lavoro”*, in questa rivista, 2010, p. 160). Benché meritevoli di attenzione, entrambe le tesi non convincerebbero. Come già per la derogabilità assistita, la questione è davvero cruciale e troppo complessa per essere così affrontata e risolta: anche in questo caso, un siffatto modo di ragionare (per dirla in sintesi) ammetterebbe quale logico presupposto la possibilità di riscrivere, in sostanza, l’attuale diritto del lavoro attraverso una stringata formulazione normativa, riferita soltanto all’arbitrato d’equità, concernente – come più volte sottolineato – un piano distinto da quello dell’inderogabilità; a fronte, peraltro, dell’inequivocabile e consistente ostacolo della “diversa disposizione”, necessaria per escludere la nullità dell’atto contrario a norma imperativa (art. 1418, co. 1, cod. civ.). Che la questione sia da affrontare in tutt’altro modo, lo dimostrano, d’altronde, pure alcuni interventi legislativi della seconda metà degli anni ‘90, anch’essi non proprio lineari, sì da generare soluzioni molto incerte e di segno profondamente diverso: che, in sostanza, hanno chiuso le porte del diritto del lavoro all’equità.

⁶¹ Il richiamo della norma codicistica è contenuto nei nuovi artt. 412, co. 3, e 412-*quater*, co. 10, cod. proc. civ., che – come prima ricordato – disciplinano, ciascuno, una specifica ipotesi di arbitrato. Anche il già citato art. 31, co. 12, richiama l’applicazione dei commi 3 e 4 del nuovo art. 412, cod. proc. civ., soltanto però “in quanto compatibile”. Al riguardo, invece, nulla si dice per le ipotesi di arbitrato previste dalla contrattazione collettiva, di cui all’art. 412-*ter* cod. proc. civ.

⁶² Borghesi (*L’arbitrato ai tempi del collegato lavoro*, in *Judicium*, in *www.judicium.it*, 2010, pp. 29 e 30), partendo anch’egli dalla pacifica considerazione secondo cui l’arbitrato equitativo

L'“effetto” di cui all'art. 2113, co. 4, cod. civ. non può che essere inteso per quello che esattamente è, secondo il suo inequivocabile dettato: la non applicazione dei precedenti tre commi, a cominciare inevitabilmente dal co. 1, che della norma definisce il contenuto prioritario⁶³. Ne deriva che: in primo luogo, *neppure l'art. 2113 c. c. “disinnesca” la norma inderogabile*, perché il suo co. 1, questa norma, mantiene ben salda, riferendosi ai diritti dalla stessa derivanti: già sorti, come dottrina e giurisprudenza pacificamente affermano; in secondo luogo (e di conseguenza), risulta, oltre che decisamente semplicistico, tecnicamente improponibile fare appello a un presunto senso logico del richiamo all'effetto del co. 4 dell'art. 2113 cod. civ. per dedurne la *voluntas legis* di affermare l'inoppugnabilità della pronuncia arbitrale per contrasto con precetti inderogabili: così opinando si consentirebbe all'autonomia individuale di far saltare l'architrave dell'inderogabilità andando ben al di là del contenuto dell'art. 2113 cod. civ., *in pratica (di certo, in questa ipotesi) snaturato*, con buona pace sia della “diversa disposizione” richiesta dall'art. 1418 cod. civ., sia della necessità di trasparenza, su cui il Capo dello Stato ha comprensibilmente assai insistito nel messaggio di rinvio già ricordato⁶⁴.

“non può disapplicare le norme inderogabili”, osserva che il lodo “non è sottratto all'impugnazione per violazione di norme inderogabili perché pronunciato secondo equità, ma semmai perché inoppugnabile *ex art. 2113, co. 4, cod. civ.*”. In proposito, v'è da osservare che il richiamo all'art. 2113, co. 4, cod. civ. – sul quale ci si sta per soffermare nel testo – da un lato finisce per essere, indirettamente, una conferma della permanenza della norma inderogabile e dell'irrelevanza, in proposito, dell'equità; dall'altro, per il lodo d'equità appare sin da ora tecnicamente discutibile e concretamente irrilevante: infatti, la richiesta di decisione equitativa delle parti, per definizione limitata dalla norma inderogabile, non attribuisce all'arbitro il potere di prescindere da tale norma; se ciò accade, il lodo è comunque impugnabile *ex art. 808-ter, co. 2, n. 4, cod. proc. civ.*

⁶³ Per questa ragione, da subito è il caso di dire che non si può condividere l'opinione secondo cui il richiamo dell'art. 2113, co. 4, cod. civ., “non implica che il lodo in commento non sia impugnabile per violazione di norme inderogabili, ma implica solo che esso non sia impugnabile nei modi indicati dagli altri commi della stessa norma” (BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 83)*, in *Judicium*, 2011, in www.judicium.it, p. 20, nota 35).

⁶⁴ Merita di essere ricordata l'opinione secondo cui vi sarebbe un “corto circuito” tra l'art. 808-ter, co. 2, n. 4, cod. proc. civ. (richiamato dai nuovi artt. 412, co. 4, e 412-quater, co. 10, cod. proc. civ.) e l'art. 2113, co. 4, cod. civ., in considerazione del quale non verrebbe meno la possibilità di impugnare il lodo contrario a norme inderogabili (SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., p. 26). Se è evidente e pienamente apprezzabile il tentativo di fornire un'interpretazione compatibile con il sistema, la tesi non convince: in effetti l'art. 808-ter, co. 2, indica ipotesi in cui il lodo è “annullabile” (v., per tutti, BERTOLDI, *op. cit.*, p. 87; MURONI, *op. cit.*, p. 396; RUFFINI,

Né a tali considerazioni si può opporre la distinzione tra norma inderogabile e (in)disponibilità del diritto – che, come rammentato, sostiene l'impostazione dell'art. 2113 cod. civ. – riferendola pure all'arbitrato: anche da questo punto di vista, infatti, il richiamo dell'articolo del codice è *del tutto improprio*. Al riguardo occorre però distinguere tra clausola compromissoria e compromesso. Per la clausola compromissoria il richiamo è improprio per i seguenti motivi. 1) La clausola, attenendo a controversie “nascenti” (art. 808 cod. proc. civ.), concernerebbe per definizione diritti futuri, come tali ancora non disponibili. 2) Essa riguarderebbe potenzialmente tutte le situazioni soggettive del lavoratore⁶⁵. 3) Il conseguente arbitrato, secondo quanto prima rilevato circa la sua struttura logica, conformerebbe il contenuto del regolamento contrattuale occupando lo spazio “liberato” dalle norme inderogabili: sicché, prima della pronuncia dell'arbitro, la disciplina del rapporto non potrebbe dirsi definita in modo compiuto, e quindi non potrebbe generare diritti “attuali” – neppure in astratto – né, tanto meno, disponibili⁶⁶.

BOCCAGNA, *Art. 827 c.p.c.*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 326), e inoltre le “condizioni di validità” contemplate nel n. 4 non si esauriscono nelle disposizioni attinenti al merito della controversia (anzi, v'è chi sostiene l'opposto, ossia che non vi rientrino affatto: cfr., sul tema, BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo arbitrale*, in CINELLI, FERRARO, *op. cit.*, p. 151): sicché, non si ravvisa inconciliabilità tra i dati normativi in questione; peraltro, la concreta applicazione delle norme inderogabili, che le parti dovrebbero porre “espressamente alla base del giudizio arbitrale” (SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., p. 27), risulterebbe rimessa comunque all'autonomia individuale. Partendo invece dall'applicazione dell'art. 2113, co. 4, cod. civ., Borghesi ritiene che, per non giungere a un risultato paradossale (rilevato anche da CESTER, *La clausola compromissoria*, cit. p. 264, nota 35), il rispetto dei principi regolatori della materia, previsto per l'arbitrato d'equità, “non può non valere, *a fortiori*”, per l'arbitrato secondo diritto (BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi*, cit., p. 28): la conclusione, indubbiamente ragionevole, è però totalmente contraria alla lettera della legge ed eloquentemente altera l'impianto del richiamato art. 2113, co. 4, cod. civ., confermando, in qualche misura, quanto al riguardo si sta per dire nel testo.

⁶⁵ Sono escluse le “controversie relative alla risoluzione del contratto”, per espressa previsione dell'art. 31, co. 10, della l. 183/10. La distanza rispetto all'art. 2113 cod. civ. è senza dubbio siderale: basti rammentare nuovamente che, per unanime giurisprudenza, anche il negozio dispositivo di un solo diritto futuro (è colpito da “nullità” ed) è del tutto estraneo all'art. 2113 cod. civ.

⁶⁶ Per meglio intendersi, anche rinvenendo nell'arbitrato natura esclusivamente dispositiva, nella prospettiva in parola vi è una sensibile differenza rispetto (non solo ovviamente alla rinuncia, dove il regolamento contrattuale è fuori discussione, rilevando soltanto la dismissione del diritto, ma anche) alla transazione. In quest'ultima è dal quadro normativo *dato* – sia pur soggettivamente ricostruito – che le parti muovono per individuare l'*aliquid datum aliquid retentum*, elemento identificativo della fattispecie (art. 1965 cod. civ.): è cioè sulla base di un quadro

Se così è, l'improprio richiamo dell'art. 2113 cod. civ. diviene assai preoccupante: la clausola compromissoria finirebbe per privare il lavoratore di un quadro di regole "certo" giacché immediata sarebbe la sua incidenza sull'*intero* diritto del lavoro, con inevitabili effetti sull'equilibrio delle parti nella relazione contrattuale, a dispetto anzitutto dell'art. 3, co. 2, Cost., norma chiave del binomio lavoro-cittadinanza. Dunque, l'interpretazione – *in primis* quella costituzionalmente orientata – induce a ritenere che, là dove la l. 183/10 contempla la possibilità di pattuire "clausole compromissorie (...)" che rinviino alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-*quater* del codice di procedura civile" (art. 31, co. 10), tra queste modalità non sia da includere l'attribuzione, al lodo arbitrale, degli effetti di cui all'art. 2113, co. 4, cod. civ. E sembra proprio che in tal senso si vada orientando l'opinione prevalente⁶⁷.

Parzialmente diverso è il discorso per il "compromesso", sinora meno considerato nel dibattito, eppure anch'esso nient'affatto da trascurare. In questa ipotesi, dovendo essere determinato l'"oggetto della controversia" (art. 807 cod. proc. civ.), l'arbitrato riguarda specifiche situazioni soggettive; ciò non toglie, però, che, anche per il compromesso, valga quanto appena detto circa la strutturale incidenza dell'arbitrato sul regolamento contrattuale (anziché sul solo diritto conseguente), non più presidiato dalla norma inderogabile: la controversia, se matura negli elementi di fatto, non lo è ancora in quelli "normativi", sì da andare, pure in tale ipotesi, oltre la disponibilità di una situazione soggettiva "attuale"; e non è certo l'incauto richiamo del legislatore all'art. 2113 cod. civ. a poter mutare la struttura logica dell'arbitrato⁶⁸. Ne deriva che il lavoratore, anche in virtù del compromesso, in sostanza si troverebbe a decidere della regolazione dell'assetto di interessi al di là della norma inderogabile e non, quindi, semplicemente della disposizione di un diritto. La differenza, rispetto alla clausola compromissoria, sta nel fatto che in gioco non

normativo definito – che pertanto ha un suo preciso rilievo giuridico e fattuale e dal quale derivano quindi diritti configurabili come "attuali" – che viene tracciata la "linea mediana delle reciproche posizioni di pretesa e di contestazione" (GRANDI, *L'arbitrato irrituale*, cit., p. 120).

⁶⁷ Cfr. BOCCAGNA *L'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., p. 156; CESTER, *La clausola compromissoria*, cit., p. 262; SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., p. 40, BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi*, cit.

⁶⁸ Pertanto, il legislatore non può essersi limitato a equiparare gli istituti in questione per il solo "effetto dispositivo", (così invece, SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., p. 41; v. anche CESTER, *La clausola compromissoria*, cit., p. 261), perché, per un simile risultato, avrebbe dovuto cambiare i tratti dell'arbitrato, ossia scrivere d'altro.

vi sarebbero, potenzialmente, tutte le situazioni soggettive del lavoratore, ma soltanto quella (o quelle) cui si riferisce il compromesso. Differenza significativa per salvare il richiamo all'effetto di cui al co. 4 dell'art. 2113 cod. civ.? Il punto è che un'eventuale risposta affermativa finirebbe comunque per "aggirare" l'inderogabilità, a prescindere dal numero di situazioni soggettive e di norme direttamente interessato: e ciò avverrebbe attraverso un ambiguo richiamo dell'art. 2113 cod. civ., anche in questo caso – a parere di chi scrive – snaturato.

Inevitabile osservare che, qualora tale richiamo si salvaguardasse, diverrebbe ancor più pressante, per non dire ineludibile, l'individuazione di quel "nucleo irrettrabile" di diritti⁶⁹ – su cui "si sono interrogati e confrontati con ricorrenza ciclica quasi tutti i giuslavoristi"⁷⁰ – sottratto anche all'applicazione dell'art. 2113 cod. civ. Il pensiero correrebbe anzitutto al piano costituzionale, in una prospettiva evidentemente di distinzione della natura delle tutele; ma è una prospettiva tutt'altro che semplice. Sulla questione si avrà modo di tornare; per il momento, in diversa ottica, preme rilevare come, a questo punto, appaia meritevole di attenzione, nonostante il suo carattere solo fattuale, la considerazione secondo cui "difficilmente, quando il conflitto è già in atto, il lavoratore accetterà di utilizzare gli arbitri", non potendo egli escludere la possibilità di una tutela "nettamente meno favorevole rispetto a quella ordinaria"⁷¹.

In definitiva, non v'è ombra di dubbio che la riforma dell'arbitrato pecca da ogni punto di vista: combina un ambiguo e confuso intervento di natura processuale, con un'altrettanta ambigua e marcata forzatura di una norma centrale nel diritto del lavoro di carattere anzitutto sostanziale, già di per sé assai problematica. Singolare connubio non sfuggito neppure al Capo dello Stato, nel più volte citato messaggio. Il risultato è un quadro normativo altamente incerto, se non del tutto illegittimo, finanche paradossale, comunque di assai improbabile praticabilità. Verrebbe da chiosare: un esito da far invidia alla derogabilità assistita.

Dunque, non si rimane certo stupiti leggendo che, sinora, le "norme sull'arbitrato non hanno avuto significative applicazioni nella pratica"⁷².

⁶⁹ MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, 2006, p. 72.

⁷⁰ TULLINI, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 477.

⁷¹ SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., p. 35.

⁷² DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, 2012, p. 320.

Come dire, neppure la riforma dell'arbitrato sembra in grado di segnare un reale indebolimento dell'inderogabilità, né, tanto meno, di garantirne il passo con i tempi.

4.3.1. Il potere derogatorio del contratto collettivo “di prossimità”: le ragioni del legislatore

Tra le critiche a impostazione e tecnica della l. 183/10 – che ora tornano comprensibilmente alla mente più vive che mai – particolarmente significativa risulta quella che, durante l'iter legislativo, aveva suggerito di rivedere l'una e l'altra a favore di un ruolo centrale della contrattazione collettiva⁷³. A distanza di circa due anni, con l'art. 8 del d.l. 138/11 (in seguito art. 8), il legislatore, sia pur mutando l'area di intervento, si è orientato in tal senso⁷⁴.

⁷³ Per tutti v. TREU, *Utilità indiscussa, regolazione indispensabile*, in Newsletter n. 44 del 27/4/2010, in <http://www.nuovi-lavori.it/newsletter>, 2010, p. 1.

⁷⁴ Sull'art. 8 si è già sviluppato un ricchissimo dibattito; tra i tanti contributi cfr. ALLEVA, *Titolarietà e usurpazione di poteri dispositivi e derogatori*, in RGL, 2012, I, p. 481; BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in RGL, 2012, I, p. 461; BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012; ID., *Art. 8 della legge n. 148/2011 e questioni giurisprudenziali sull'aziendalizzazione (a proposito di deroghe e sostituzioni del contratto nazionale)*, in RGL, 2012, II, p. 579; CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in RGL, 2012, I, p. 539; CARINCI, F. (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, 2012; DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in LD, 2012, p. 31; DELFINO, *Contratti di prossimità e vincoli europei*, in questa rivista, 2012, p. 441; FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, in RGL, I, 2012, p. 471; GARILLI, *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, in RGL, I, 2012, p. 485; ID., *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in ADL, 2012, p. 31; GOTTARDI, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in RGL, I, 2012, p. 521; LASSANDARI, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in LD, 2012, p. 55; ID., *Il limite del “rispetto della Costituzione”*, in RGL, I, 2012, p. 503; LECCESE, *op. cit.*; LISO, *Brevi note sull'accordo*, cit.; MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'art. 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in DRI, 2012, p. 41; NAPOLI, *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in DLRI, 2012, p. 467; NAPOLI, FERRANTE, CORTI, OCCHINO, *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138/Vita e Pensiero, 2012*; PUTATURO DONATI (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero?*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012; SARACINI, *Sulle nuove regole sindacali tra legge e contratto dopo il caso FLAT*, in questa rivista, 2012, p. 287; SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in RGL, I, 2012, p. 493; ALES, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-134/2011; CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-133/2011; FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del de-*

Anche in questo caso, però, il percorso scelto è assai tortuoso, sì da disegnare scenari, alla fin fine, non più confortanti. Nonostante ciò, l'apertura alla contrattazione collettiva conserva un profilo di indubbio interesse, dal quale è opportuno prendere le mosse.

L'origine dell'art. 8 è ampiamente conosciuta. La vicenda Fiat, nella sua *escalation* di eventi, e le pressioni a livello europeo, dominanti ormai la scena politica, hanno in sostanza condotto il Governo a emanare la norma in parola, la cui rilevanza finisce per andare ben al di là della specifica stessa vicenda Fiat, di cui peraltro è traccia "esplicita" il comma 3.

L'art. 8, al fine di perseguire determinati obiettivi⁷⁵, sancisce – come si sa – l'efficacia *erga omnes* e il potere derogatorio dei contratti collettivi "di prossimità" nei confronti della legge e del contratto collettivo nazionale, per quanto riguarda, in pratica, buona parte del diritto del lavoro⁷⁶, salvo "il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali".

La norma contiene una conferma e una novità (sia pur minore di quanto a prima vista possa apparire). In linea con la tradizione, conferma

creto n. 138/2011, in *ADL*, I, 2011, p. 1249; GALANTINO, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi Sezione Saggi*, n. 2 - V, 2011; LIEBMAN, *Sistema sindacale "di fatto", efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in *ADL*, I, 2011, p. 1281; MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, in *LD*, 2011, p. 451; PERULLI, SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione d'agosto" del Diritto del lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-132/2011*; ROMAGNOLI, *Per l'articolo 8 la mossa del cavallo*, in *EL on line*, 2011; RUSCIANO *L'art. 8 è contro la Costituzione*, in *EL on line*, 2011; SANTORO PASSARELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *ADL*, I, 2011, p. 1224; TOSI, *L'accordo interconfederale 20 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in *ADL*, 2011, I, p. 1212; VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi Sezione Saggi*, n. 2 - II, 2011; ZOPPOLI A., *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-131/2011*, p. 20; ZOPPOLI L., *Articolo 8, analisi di una norma mal scritta*, in *EL on line*, 2011.

⁷⁵ I contratti collettivi "di prossimità" sono finalizzati: "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".

⁷⁶ L'art. 8, co. 2, prevede che i contratti collettivi di prossimità "possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento" a un'elencazione tassativa ma ampia, che va dai contratti a termine finanche alla "disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA (...)".

l'inderogabilità della disciplina lavoristica da parte dell'autonomia individuale. In modo innovativo, fornisce una prospettiva dell'inderogabilità di carattere *problematico e dialogico*, conferendo alle parti sociali il ruolo di indiscusse protagoniste nella definizione del punto di equilibrio tra i valori in gioco, con l'attribuzione di poteri derogatori rispetto al precetto legale e al contempo dall'efficacia *erga omnes* (quest'ultima necessaria ai primi per esprimersi concretamente): in tal modo ridisegna il rapporto legge-autonomia collettiva. Se la conferma non va affatto trascurata – particolarmente in questa sede –, è sulla novità che occorre concentrare l'attenzione; segnatamente, sulla sua duplice “anima”: una esprime le ragioni del legislatore, l'altra i torti.

Cominciamo dalla prima.

In tanti hanno sottolineato la netta differenza tra i precedenti rinvii legislativi e l'odierna apertura alla contrattazione collettiva. Questa, con ogni evidenza, presenta una tale ampiezza da risultare incomparabile con quelli, anche qualora se ne accogliesse un'improbabile lettura restrittiva (pure comprensibile negli sforzi ma, invero, difficile da condividere per contrasto con il dato letterale e, più in generale, con l'impostazione della norma)⁷⁷. In realtà, a cambiare è la tecnica e, con essa, lo scenario normativo: nell'ambito del quale, invertendo il precedente schema, la deroga diviene, in sostanza, la regola. Tuttavia il *medium* di questo indiscutibile mutamento è il contratto collettivo; di conseguenza l'art. 8, nella misura in cui valorizza la contrattazione collettiva, si presta a esser letto in continuità, non in rottura, con i suddetti rinvii legislativi: ne costituisce uno sviluppo, certo accentuato.

L'art. 8 in effetti, del nostro diritto sindacale – nella sua “pressoché totale informalità (...) anomalo” nel contesto europeo⁷⁸ –, evidenzia, probabilmente come mai in precedenza, le carenze strutturali di fronte alla “contemporaneità”, sintetizzabili negli annosi nodi della rappresentanza sindacale e dell'efficacia del contratto collettivo: che, per la prima volta nell'esperienza

⁷⁷ Ritiene che il contratto collettivo di prossimità possa in pratica riguardare l'intera regolamentazione dei rapporti di lavoro sino a sostituire il contratto nazionale, senza peraltro dare alcun rilievo all'impianto complessivo dell'art. 8, Trib. Torino 23 gennaio 2012 (conf. da Trib. Torino 12 maggio 2012), in *RGL*, 2012, II, p. 759, su cui v., *amplius*, BAVARO *Art. 8 della legge*, cit.; esclude invece la integrale sostituzione del contratto nazionale Trib. Larino 23 aprile 2012, in *RGL*, 2012, II, p. 445.

⁷⁸ Segnatamente, osserva TREU (*Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *QDLRI*, 6, 1990, p. 9), il nostro sistema sindacale costituisce, tra i paesi europei, “l'esempio più significativo di pluralismo sindacale riconosciuto ma non regolato”.

post-costituzionale, regola. E, così, “salta il fosso”, approdando dall’ambito circoscritto di questa o quell’ipotesi di rinvio legislativo e dalla prospettiva pluriorientamentale, a un’area ben più ampia (estesa finanche alla “disciplina del rapporto di lavoro”), con il nuovo contratto di prossimità “legificato”. Da tale punto di vista, l’art. 8 (o meglio, la vicenda Fiat) ha messo a nudo la necessità di un qualche binario legislativo su cui l’attività sindacale, nelle sue molteplici espressioni, possa più agevolmente e solidamente esprimersi: necessità divenuta impellente dinanzi alla crescente complessità socio-economica e alla rottura dell’unità delle grandi confederazioni sindacali, perno del cd. sistema sindacale “di fatto”, da tempo invero traballante. Come dire, il “governo” della realtà richiede, una volta per tutte, piena legittimazione democratica e adeguati strumenti normativi⁷⁹.

Sicché, il tema posto al centro dell’attenzione dall’art. 8 – *rectius*, dalla “prima” anima dell’art. 8 –, nella nostra visuale è, anzitutto, la derogabilità *in peius* della legge da parte dell’autonomia collettiva (per queste pagine, un nuovo fronte di analisi) in seno ad una riscrittura delle fondamentali regole del diritto sindacale. Tematiche assai impegnative, su cui l’art. 8 induce a ritornare *funditus*, benché, alla fin fine, guardando più al futuro che al presente. Anche in tal caso, naturalmente, non si potrà andare oltre alcune linee di riflessione.

Il fondamento costituzionale dell’inderogabilità nel diritto del lavoro è stato ed è tutt’oggi un argomento importante per escludere il potere del contratto collettivo di derogare alla legge: l’accento è stato posto sul carattere “privatistico” dell’autonomia collettiva, espressione pur sempre di interessi particolari e di una logica compromissoria, anch’essa condizionata da possibili situazioni di debolezza e asimmetria informativa. È appena il caso di osservare come vada escluso che l’art. 8, proprio per superare tale ostacolo, sia intervenuto in modo *tranchant*, distinguendo, sulla falsariga di una risalente dottrina⁸⁰,

⁷⁹ In questa logica, neanche l’importante accordo interconfederale del 28 giugno 2011 cambia le carte in tavola, in quanto pur sempre prodotto contrattuale ed espressione del contingente. Specularmente, il “congelamento” dell’art. 8 – di cui alla nota “postilla” inserita nello stesso accordo interconfederale, in sede di ratifica, il 21 settembre 2011 –, sebbene da non sottovalutare, assume un significato giocoforza ridotto. Ben diversa sarebbe stata, ovviamente, la convergenza tra i due differenti percorsi normativi. Su queste problematiche v. anche quanto si dirà in seguito in merito all’accordo “di produttività” del 21 novembre 2012.

⁸⁰ ASSANTI, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo nella vigente legislazione italiana*, Giuffrè, 1967, pp. 42 ss.

tra norme inderogabili per ragioni oggettive (tutela di beni di rango costituzionale) e norme inderogabili per ragioni soggettive (tutela del contraente debole, rimessa alla legge), queste ultime ritenute superabili in ragione proprio del sostegno sindacale: la sovrapposizione/identificazione tra i due piani (soggettivo e oggettivo), da tempo rilevata⁸¹, rende impraticabile, già sotto il profilo teorico, l'ipotesi. Viceversa, è del tutto comprensibile che i già molti commentatori abbiano sottolineato la difficoltà di individuare i limiti costituzionali e la conseguente grande incertezza, tale da mettere in discussione la stessa concreta utilizzabilità della norma. Infatti, l'intero diritto del lavoro trova la sua ispirazione in valori/principi di carattere costituzionale, che costituiscono indicazioni per struttura dal "contenuto variabile"⁸²; ne consegue una fitta trama, al cui interno è sovente arduo tracciare graduazioni di tutele e distinzioni dell'apporto dei diversi atti normativi uniti da una relazione assai stretta. Ciò non significa, beninteso, che il diritto del lavoro sia interamente "costituzionalizzato": sarebbe una semplicistica forzatura. Piuttosto comporta – a mio avviso – che il problema assiologico vada considerato partendo da un diverso più ampio piano, che tenga ben presente sia il complessivo impianto costituzionale, intrinsecamente aperto al confronto tra valori/interessi in gioco – ancor più quando essi sono in stretta correlazione –, sia il ruolo del sindacato nell'assetto costituzionale come nell'evoluzione della nostra esperienza giuridica. Se così è, francamente risulta sterile affrontare la relazione legge-contratto prendendo le mosse dal carattere privatistico dell'autonomia collettiva. Non solo né tanto perché la ricostruzione privatistica non si può certo ritenere priva di contraddizioni e ibridazioni, teoriche e pratiche – emblematica la vicenda dell'inderogabilità "reale" del contratto collettivo "di diritto comune": in concreto sempre affermata, nel fondamento mai convincentemente dimostrata –, che finiscono per minarla alle sue stesse radici e per evidenziarne l'inadeguatezza a comprendere e realizzare appieno l'interesse collettivo; quanto perché l'art. 8 suggerisce di concentrarsi su una diversa prospettiva, *bon gré mal gré*: volta a superare proprio la ormai insostenibile situazione di "anomia" del diritto sindacale in cui quella ricostruzione ha preso consistenza, lontano dal modello costituzionale e in sostanziale antitesi rispetto all'effettiva successiva esperienza giuridica. Osservato da questa angolazione, l'art. 8, nella sua "prima" anima, sembra rievocare il nucleo del-

⁸¹ DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pp. 28-47.

⁸² ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 202.

l'art. 39, seconda parte, Cost.: l'attribuzione al sindacato di adeguati (per l'espressa efficacia) e solidi (sotto il profilo della legittimazione democratica) poteri giuridici, sì da farne, istituzionalmente, il principale soggetto di tutela del binomio lavoro-cittadinanza, architrave del progetto costituzionale. Forse è opportuno, allora, partire da qui per ritornare a interrogarsi sul rapporto tra legge e contratto collettivo.

4.3.2. *Legge e contratto collettivo nel disegno costituzionale*

La scelta del Costituente appare ispirata dalla consapevolezza della relazione inestricabile e intrinsecamente problematica che, nel progetto costituzionale, stringe il *sociale* all'*economico*. Per dirla in sintesi, della Costituzione il binomio lavoro-cittadinanza è, sì, valore fondante, ma ai fini della partecipazione a una comunità retta da un'economia che lo stesso Costituente vuole pur sempre di mercato: sicché, è difficile sfuggire a un processo circolare, dove le sorti della cittadinanza, ancorché sorrette dallo Stato, non possono essere del tutto disgiunte da quelle dell'economia. Evidentemente, proprio questo processo circolare è tra le ragioni per le quali il Costituente, accanto a un insieme di garanzie dirette (artt. 35-38), ha predisposto un sistema normativo *dinamico* delle relazioni di lavoro (artt. 39-40, compiutamente tracciato, sotto il profilo della legittimazione democratica e dei conseguenti poteri, nella seconda parte dell'art. 39), dove il ruolo centrale è riconosciuto al contratto collettivo, ossia ai medesimi soggetti portatori degli interessi coinvolti. Più precisamente, l'investitura istituzionale di cui alla seconda parte dell'art. 39, innestata nel regime di libertà sancito dal co. 1 dello stesso art. 39, fa del dialogo tra le parti sociali un essenziale strumento di realizzazione del fondamentale binomio lavoro-cittadinanza, collocandolo su un piano assiologico oggettivo (di rilievo generale, per riprendere la distinzione dapprima utilizzata); in tal modo lo elegge quanto meno a *sede privilegiata* della definizione dell'equilibrio tra il sociale e l'economico, in ragione vuoi di quell'istanza di libertà vuoi delle sue intrinseche doti di duttilità e competenza a individuare gli interessi di volta in volta da porre in equilibrio. Un siffatto quadro evidentemente ben tollera, se non predilige, il potere derogatorio del contratto collettivo rispetto alla legge, in seno a un rapporto tra le due fonti senz'altro più elastico di quanto consenta il principio dell'inderogabilità *in peius*; anzi, in determinate fasi storiche quel potere appare irrinunciabile, esprimendo appieno il carattere dinamico del sistema delineato

dal Costituente. In sostanza, l'investitura istituzionale, conferendo piena legittimazione democratica e conseguenti poteri e responsabilità alla sede sindacale – alla stregua di quella legislativa –, allontana i dubbi prima rammentati in merito al potere di derogare alla norma di legge in capo alle parti sociali, dubbi derivanti anzitutto dalla riconduzione dell'autonomia collettiva nel diritto comune dei privati. Al riguardo, torna alla mente la reiterata affermazione della Corte costituzionale circa il rapporto legge-contratto collettivo in riferimento alla diversa ma connessa questione della riserva normativa a favore del secondo: come si ricorderà, la Consulta ha sempre sostenuto che nella “situazione di inattuazione del precetto costituzionale non è ipotizzabile un conflitto tra l'attività sindacale e l'attività legislativa”⁸³: a Costituzione attuata, dunque, la prima ben potrebbe espandersi, all'interno di una nuova relazione tra i due ambiti, con immediate ripercussioni sul rigido schema dell'inderogabilità.

A questo punto l'ostacolo al conferimento di poteri derogatori al contratto collettivo rispetto alla legge sembra risiedere non nel carattere privatistico dell'autonomia collettiva, bensì nell'inattuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost.

In proposito, è il caso di precisare subito che l'inattuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost., e quindi l'assenza di una compiuta veste istituzionale del sistema sindacale su cui poggiare il potere di deroga alla legge, non devono far velo alla concreta esperienza, che non ha comunque contraddetto lo spirito del progetto del Costituente: è indiscutibile, su questo piano, il ruolo assolutamente fondamentale svolto dal dialogo tra le parti sociali ai fini del bilanciamento tra l'economico e il sociale, attraverso forme e contenuti diversi nel tempo e nello spazio, pure al di là di rigide barriere⁸⁴. In altri termini, la realtà dei fatti mostra soggetti sociali affidabili, anche per l'esercizio di prerogative istituzionalmente delicate come il potere di deroga al precetto legale. Nei già rammentati rinvii legislativi, all'autonomia collettiva non è per nulla estranea la valenza derogatoria rispetto alla legge. In relazione a essi la Consulta, *de iure condito*⁸⁵, ha – come già ricordato – espressamente sotto-

⁸³ Così C. Cost. 23 giugno 1988 n. 697; tra le altre v. C. Cost. 30. luglio 1980 n. 141 e n. 142; C. Cost. 9 luglio 1963 n. 120.

⁸⁴ Scrive GALLI, *op. cit.*, p. 141: l'equilibrio “dinamico, instabile e sempre da rinegoziare” fra i lavoratori e i datori di lavoro “previsto dalla Costituzione (...) è stato l'idea regolativa della storia repubblicana”.

⁸⁵ Con la già menzionata sentenza n. 344/96.

lineato anche le “esigenze ordinamentali” soddisfatte dal contratto collettivo, con “efficacia generale” e “in funzione di interessi generali”. Né si potrebbe obiettare che il legislatore ha confidato sull’effettività dell’azione sindacale perché è proprio questa effettività – tratto distintivo della nostra esperienza – a deporre a favore del ruolo fondamentale delle parti sociali nella dialettica socio-economica e, più in generale, politica (come dimostrano, *in primis*, la storia dello sciopero e la concertazione). Piuttosto è significativo che, là dove l’azione sindacale ha raggiunto una regolazione soddisfacente, per molti di attuazione del nucleo essenziale dell’art. 39 seconda parte Cost., come nel lavoro pubblico, il potere derogatorio del contratto collettivo rispetto alla legge ha assunto pieno (benché peculiare) spessore giuridico: si pensi all’art. 2, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, prima delle modifiche apportatevi dal d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150.

Dunque, a fronte del ruolo delle parti sociali nel progetto Costituente e dei paralleli percorsi della storia, v’è da chiedersi se abbia ancora senso, oggi, dinanzi a una realtà assai complessa, ritenere sottoposto rigidamente il contratto collettivo alla legge secondo lo schema dell’inderogabilità *in peius*, assunto (come dapprima si diceva) in una forzata concezione “a-storica”: uno schema consolidatosi durante anni (‘50-’60) di sviluppo socio-economico, da un lato a sostegno della funzione integrativa del contratto collettivo rispetto alla tutela minimale apprestata dalla legge – secondo un assetto gerarchico di corporativa memoria –, dall’altro in piena coerenza con il riduttivo e fuorviante carattere privatistico dell’autonomia collettiva, all’epoca unica alternativa giuridica alla seconda parte dell’art. 39 Cost., ormai allontanatasi all’orizzonte. Ed è eloquente che le voci critiche al riguardo vengono da chi sposerà la ben diversa prospettiva dell’ordinamento intersindacale, tutta incentrata sul protagonismo delle parti sociali⁸⁶: teoria, come si sa, molto distante dal diritto comune e non certo priva di influenza sui richiamati percorsi della storia.

In breve, gli argomenti prima indicati a sfavore del potere del contratto collettivo di derogare alla legge (carattere privatistico dell’autonomia collettiva e inadeguatezza soggettiva del sindacato) appaiono deboli sul piano sia tecnico-giuridico sia della concreta esperienza. Per converso, riproporre il mo-

⁸⁶ Cfr. GIUGNI, *I limiti legali dell’arbitrato nelle controversie di lavoro*, in RIDL, I, 1958, pp. 9 ss.; successivamente sul tema v. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981, p. 213; ID. *Profili costituzionali della disponibilità*, cit., p. 479.

nolitico schema dell'inderogabilità nella relazione tra legge-contratto collettivo vorrebbe dire privarsi, senza motivo, di una tecnica normativa oggi più che mai pressoché indispensabile per affrontare il rapporto tra il sociale e l'economico. Da questo punto di vista, il legislatore, con l'art. 8, sembra avere buone ragioni per configurare il potere derogatorio in parola nell'ambito di un più ampio intervento volto a superare l'anomia del diritto sindacale⁸⁷.

Né – sia detto qui per inciso – gioverebbe granché argomentare, in senso contrario, dalle difficoltà, interne ed esterne, in cui il sindacato versa nell'attuale fase storica e, più in generale, dalle tendenze individualistiche dominanti e dalla modernità “liquida” che abbiamo dinanzi: tanto le prime come le seconde pesano, ma è tuttora difficile credere che possano prevalere sulle tipiche ed esclusive caratteristiche dell'autonomia collettiva, di risorsa normativa duttile e vettore di consenso sociale, né, tanto meno, sul suo tratto di imprescindibile interlocutore socio-economico della “politica”, proprio delle società contemporanee. D'altronde, come ancora di recente è stato efficacemente scritto, l'istanza collettiva tutt'oggi “per la grande maggioranza delle persone rappresenta l'unico mezzo per raggiungere la ‘libertà di scegliere ciò che fa per te’”⁸⁸. Come dire, nonostante tutto, non sembra che

⁸⁷ Una più duttile relazione tra legge e contratto collettivo – vale la pena osservarlo – non troverebbe ostacolo nella cd. “inderogabilità” del tipo contrattuale, eloquentemente definita “variante semantica” del concetto di nderogabilità (ROMEI, *Tra politica e diritto: rileggendo “Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro”*, in *DLRI*, 2009, p. 87) e su cui più di un autore si è soffermato in riferimento all'art. 8 (tra gli altri, CARABELLI, *op. cit.*, p. 545; FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità*, cit., p. 477; MAZZOTTA *La contrattazione in deroga. Problematica*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 334; PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *RIDL*, I, 2012, p. 537; CARINCI F. *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-133/2011*, p. 72). La questione dell'inderogabilità del tipo attiene alla non “applicabilità della disciplina nderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato” (C. Cost. 13 aprile 1994 n. 115); sicché essa, se in riferimento all'art. 8 rileva nei limiti della ragionevolezza delle differenze introdotte dal contratto di prossimità rispetto a detta disciplina nderogabile (per tutti v. MAGNANI, *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 309; GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in *ADL*, 2012, p. 41), nel quadro su cui si sta riflettendo, invece, non avrebbe ragione di porsi perché il potere della contrattazione collettiva finirebbe per riguardare il precedente piano della determinazione di quella stessa disciplina.

⁸⁸ BAUMAN, *Cose che abbiamo in comune. 44 lettere dal mondo liquido*, Editori Laterza, 2012, p. 163; ed. orig. *44 Letters from the Liquid Modern World*, Polity Press, 2010.

“per i sindacati si possa usare con certezza l’immagine del declino”⁸⁹; un’immagine dal prezzo – occorre non dimenticarlo – con ogni probabilità molto alto, anzitutto in termini di regressione del livello di democrazia. Viceversa, proprio la necessità di percorsi di ricomposizione delle tendenze disgregatrici costituisce un’ulteriore e particolarmente valida ragione per regolare la descritta dimensione istituzionale del soggetto sindacale.

Quanto rilevato non implica evidentemente che il potere derogatorio del contratto collettivo rispetto al precetto legale debba esser privo di limiti. Al riguardo torna la questione già prima emersa a proposito dell’arbitrato: l’individuazione di un nucleo di tutele comunque rimesse alla legge, almeno nella definizione delle linee fondamentali. Ambito della riflessione giuridica, questo, ancora poco esplorato, specie nella prospettiva qui seguita, ossia in relazione a un sistema sindacale regolato. Volendosi incamminare su un simile impervio terreno, verrebbe immediatamente da pensare ad aree come la “garanzia della non discriminazione” o “della salute e della sicurezza”⁹⁰, di recente incluse in una nozione ristretta di inderogabilità del tutto intangibile, in quanto attinente, la prima, al “privato” modo di essere del dipendente, irrilevante nel rapporto di lavoro, la seconda alle “precondizioni” della relazione lavorativa. Ma non è questa la sede per intraprendere un simile cammino. Proficuo è invece rammentare l’opportuna esortazione a ricercare, sulla questione, “una vera condivisione, un’appartenenza giuridica comune”⁹¹: ché dà bene la misura della rilevanza dell’operazione e, di conseguenza, rimanda al metodo con il quale introdurre simili novità. Riportandoci, così, a ragionare *de iure condito*.

4.3.3. I (troppi) torti del legislatore

Purtroppo, da tale punto di vista l’art. 8 si pone in continuità con le recenti negative esperienze considerate nelle pagine precedenti. Volgendo lo sguardo alla seconda “anima” della norma, finiscono infatti le “ragioni” del legislatore e balzano, prepotentemente, in primo piano i suoi molti, decisamente troppi “torti”. Con il conseguente timore, non dell’inattuazione del dettato normativo – verso cui peraltro depone, sinora, il comportamento di

⁸⁹ CARRIERI, *I sindacati*, il Mulino, 2012, p. 104.

⁹⁰ CESTER, *La norma inderogabile*, cit., p. 409.

⁹¹ TULLINI, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 484.

Cgil, Cisl e Uil – bensì di vedere ancora consegnato al futuro un diritto sindacale “maturo”, non più ostaggio dell'estrema incertezza finanche sui suoi elementi fondanti.

Prendendo le mosse proprio dall'individuazione dei limiti al potere di deroga dell'autonomia collettiva, si ricorderà che, in base all'art. 8, l'interprete deve desumerli dal quadro costituzionale e sovranazionale. È, questa, una tecnica normativa sino a oggi sconosciuta al diritto del lavoro, e introdotta senza alcuna indicazione legislativa; per converso, calata dall'alto, in una fase inedita di altissima tensione sindacale, segnata dalla “divisione” tra le grandi confederazioni, e per di più ignorando l'inaspettato riavvicinamento tra le stesse, che ha generato l'accordo interconfederale del giugno 2011, cui certo il legislatore non si è ispirato. Siamo ben lontani – sul piano del metodo – anche da una minima “condivisione” del cambiamento. Ma, sotto questo profilo, l'art. 8 è, per così dire, coerente in tutta la sua impostazione.

Dunque, il vero nodo gordiano per un più elastico rapporto tra legge e contratto collettivo, che includa il potere di deroga del secondo rispetto alla prima, risiede nella compiuta dimensione istituzionale del sindacato, nel rispetto del disegno del Costituente.

Molte sono le voci alzatesi contro l'art. 8 e a difesa dell'art. 39 Cost., pure della seconda parte, a conferma, ancora una volta, della sua ben nota valenza “negativa”. Non sono mancate tuttavia letture di segno diverso, volte ad armonizzare l'art. 8 con il dettato costituzionale attraverso la valorizzazione del previsto “criterio maggioritario” a fondamento del potere sindacale. Si possono comprendere le une e le altre, dal momento che non appare convincente la posizione di chi delimita l'art. 39, seconda parte, Cost. al contratto collettivo nazionale: la necessità, anche a livello aziendale, di una solida legittimazione democratica del potere sindacale, inevitabilmente in conformità alle previsioni del Costituente, discende anzitutto dalla tutela dell'individuo apprestata, in generale, dall'art. 2 della Carta costituzionale e, specificamente per chi presta lavoro, dal co. 1 dello stesso art. 39⁹². E le interpretazioni favorevoli alla legittimità dell'art. 8 – o quanto meno “possibiliste” – se si fanno apprezzare in ragione dell'ormai improcrastinabile esigenza di un minimo di regole legali per l'azione sindacale, probabilmente dilatano oltre misura lettere e contenuti della norma,

⁹² La libertà del singolo può trovare limitazione solo attraverso un potere eteronomo legittimato nelle forme previste dal Costituente; cosicché la violazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. si riflette, automaticamente, sul suo stesso primo comma.

con risvolti invero non sempre compatibili anche soltanto con il “nocciolo duro” del precetto costituzionale⁹³ (come, ad esempio, la combinazione tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta⁹⁴ o la “legificazione” dei criteri di costituzione delle r.s.u.), e in ogni caso finiscono per seguire strade troppo insidiose per la delicatezza delle questioni in gioco. Comunque qui non è necessario addentrarsi nel raffronto tra l’art. 8 e l’art. 39 Cost. da questo punto di vista, essendovi, tra i due dati normativi, un diverso motivo di contrasto piuttosto evidente nella prospettiva adottata.

L’art. 8 *disattende* la nostra esperienza post-costituzionale perché ignora la dimensione contrattuale di livello confederale-nazionale, volano, sul piano storico, della statura macroeconomica e della conseguente affidabilità del soggetto sindacale, l’una e l’altra tessuto della sua veste istituzionale; e così, andando indietro nel tempo, va inesorabilmente a infrangersi contro l’esplicita indicazione dell’art. 39 seconda parte Cost., che, prima della effettiva esperienza, ha compiutamente disegnato detta veste. Al riguardo non possono esservi dubbi giacché l’art. 8 guarda esclusivamente al livello territoriale/aziendale della contrattazione collettiva⁹⁵, importante ma assolutamente non sufficiente almeno per due collegate ragioni: in quanto livello più distante da quello di “categoria”, espressamente contemplato in origine dal Costituente e rinverdito nel 2001 dall’art. 117 lett. *m*) in un’ottica sistematica, nonché meno indicato, in ragione del suo ridotto respiro, per assumere la responsabilità istituzionale insita nel potere di deroga alla norma di legge⁹⁶.

Ciò rende irrilevante, ai nostri fini, pure l’inevitabile estraneità del contratto collettivo “di prossimità” al diritto privato. Anzi, v’è da pensare che

⁹³ Secondo la terminologia di D’ANTONA, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, p. 690.

⁹⁴ Profilo, questo – giova ricordarlo – che incrocia la configurazione dell’interesse collettivo e del potere sindacale; al riguardo un cenno in BAVARO, *Azienda, contratto*, cit., p. 221.

⁹⁵ L’impostazione e la lettera della norma – di carattere “eccezionale” – sono al riguardo chiare, non consentono altre interpretazioni (ossia l’estensione delle prerogative ivi previste alla contrattazione di livello nazionale) anche in ragione del carattere “eccezionale” del disposto normativo: sul punto cfr. C. Cost. 19 settembre 2012, n. 221; in dottrina, ZOPPOLI L., *Articolo 8, analisi di una norma*, cit.

⁹⁶ L’assenza della cornice nazionale mina, alla radice, pure la prospettiva di una ragionevole modulazione delle regole in relazione alle caratteristiche delle differenti realtà da disciplinare (professionali, organizzative, merceologiche, ambientali). Da questa angolazione, detta cornice costituisce un vettore del principio di eguaglianza (sottolinea il punto, peraltro in riferimento anche alle imprese di uno stesso settore, RUSCIANO, *L’art. 8 è contro*, cit.).

l'art. 8, in proposito, segni addirittura un passo indietro, ridando linfa ai vecchi timori sull'affidabilità del soggetto sindacale: l'ambito decentrato, specie aziendale, è notoriamente il luogo dove l'organizzazione sindacale è intrinsecamente più debole ed ha minor visuale, oggi più che mai dinanzi a scenari socio-economici privi anche di confini nazionali⁹⁷. Da questa angolazione, l'art. 8 è espressione avanzata del pensiero liberista, al punto da toccare due estremi opposti: da un lato, tradisce più di una vena nostalgica, riportandoci all'impianto codicistico, dove la cieca fiducia nella razionalità tecnica dell'imprenditore sconsigliava una puntuale regolazione dei poteri datoriali⁹⁸, ritenuta evidentemente superflua anche per orientare le imprese verso una sana competizione; dall'altro lato, ignora le "sperimentazioni" che pure vanno emergendo, a fronte delle quali "appare angusta la prospettiva di una contrattazione aziendale isolata rispetto alle tendenze che caratterizzano la dimensione transnazionale delle relazioni sindacali"⁹⁹. Del tutto diverso, ovviamente, sarebbe stato ispirarsi a un modello di "decentramento organizzato" – tuttora il più diffuso in Europa – dove azienda e territorio sono sì, come i tempi richiedono, valorizzate, ma all'interno di una cornice regolativa nazionale¹⁰⁰.

⁹⁷ Osserva ZAGREBELSKY, *Lectio magistralis*, cit. che: a) il "principio di generalità, che si esprime nel contratto collettivo nazionale (...), è espressamente contraddetto" dall'art. 8; b) a questo consegue l'"effetto di spezzare il fronte sindacale e di spostare il baricentro della contrattazione nella dimensione prossima alle esigenze vitali immediate dei lavoratori: dove si tratti di ciò, le resistenze evidentemente diminuiscono, e così la capacità contrattuale nei confronti dell'azienda". Su un piano analogo si è scritto (GALLI, *op. cit.*, p. 146) che "la Costituzione esige (...) che il lavoro non sia considerato un fatto privato tra il lavoratore e l'imprenditore ma una questione sociale, in un orizzonte politico".

⁹⁸ V., per tutti, MENGONI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, in ID, *Diritto e valori*, il Mulino, 1985, p. 378.

⁹⁹ SCIARRA, *Automotive e altro: cosa sta cambiando nella contrattazione collettiva nazionale e transnazionale*, in DLRI, 2011, pp. 348 e 354, con riguardo alle relazioni sindacali in Fiat; *amplius*, ID., *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013, p. 50, dove, in riferimento alle esperienze di contrattazione tra grandi imprese, Cae e sindacati internazionali, si delinea una "giuridificazione transnazionale" del diritto del lavoro, dalle "caratteristiche peculiari" perché connessa "a sistemi di norme nazionali e sopranazionali che si fondano sul rispetto dei diritti fondamentali"; giuridificazione di cui, tuttavia, non si manca di evidenziare i profili problematici, a cominciare dalla carenza di "una piena legittimazione quanto agli effetti dei processi deliberativi che intraprende e alla vincolatività degli stessi".

¹⁰⁰ Da ultimo, sul tema, cfr. CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, FrancoAngeli, 2012, p. 22. Né soccorre quanto l'art. 8 prevede circa la legittimazione a stipulare il contratto collettivo di prossimità. La norma fa ri-

L'art. 8 finisce dunque per ritorcersi contro se stesso, allontanandosi bruscamente dalla norma costituzionale, che pure sembrava rievocare, e riproponendo una “de-costituzionalizzazione” del diritto del lavoro¹⁰¹ ben più pregnante di quella cui siamo stati abituati sinora: la sua apertura a una concezione problematica e dialogica della inderogabilità del diritto del lavoro, potenzialmente feconda, trova una traduzione normativa assolutamente insoddisfacente.

In realtà, l'art. 8 – preso sul serio – prevede una precisa struttura del potere sindacale, decisamente diversa da quella delineata dal Costituente. La norma, espressamente e strettamente, finalizza il contratto di prossimità a determinati obiettivi: la correlazione potere-finalità è fuori discussione ed è essa a sostenere le inedite prerogative, per il contratto collettivo di prossimità, dell'efficacia *erga omnes* e della deroga alla legge. Rispetto ai precedenti rinvii legislativi – dove una simile correlazione non vi è mai stata – il quadro è completamente diverso. E non ha gran senso porre l'accento sul carattere generico delle finalità: poiché quelle delineate sono le classiche sembianze di un potere funzionalizzato – del tutto distinto dall'abituale potere tanto datoriale quanto sindacale –, il suo esercizio è, per definizione, sottoposto al controllo giudiziale in relazione al fine per il quale è attribuito. La presunta scarsa precisione dell'elenco delle finalità, peraltro disomogeneo, potrebbe stimolare come inibire il controllo, si vedrà; comunque, non dovrebbe comportare dubbi sulla necessità di un'adeguata e sostanziale motivazione degli obiettivi di volta in volta concretamente perseguiti dal contratto di prossi-

ferimento a “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 vigente e degli accordi interconfederali, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011”. Sicché, in primo luogo, anche ai fini della verifica della rappresentatività, il piano territoriale rileva ancora già di per sé; in secondo luogo, per quanto attiene alla rappresentatività sul piano nazionale, non v'è raccordo con la sottoscrizione del contratto collettivo di categoria; in terzo luogo, una propria legittimazione negoziale hanno le rappresentanze sindacali in azienda, nell'attuale quadro normativo non riducibili, in ogni caso né da alcun punto di vista, all'organizzazione sindacale esterna (al riguardo v., da ultimo, CARUSO, ALAIMO, *Diritto sindacale*, il Mulino, 2012, p. 113; DE MOZZI, *La rappresentanza sindacale in azienda: modello legale e modello contrattuale*, Cedam, 2012, p. 44 ss. e p. 247 ss.; quadro normativo richiamato peraltro confusamente dallo stesso art. 8, co. 1, e non modificato dall'“estemporaneo” aggettivo possessivo *loro* ivi contenuto, con ogni evidenza irrilevante per la questione). Sull'argomento cfr. FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità*, cit., p. 475.

¹⁰¹ ROMAGNOLI, *Per l'articolo*, cit.

mità, secondo appunto lo schema giuridico del potere funzionalizzato, non essendo di sicuro sufficiente una semplice “trasposizione” formale delle finalità dalla legge al contratto. E neppure il rilievo secondo cui le finalità sono quelle classiche perseguite dalla contrattazione muta i termini del discorso, giacché esse, ora, hanno altra veste giuridica, essendo la ragione della peculiare fattispecie legislativa. Piuttosto, il rilievo richiama l’attenzione sulla sovrapposizione tra la specifica fattispecie dell’art. 8 e la contrattazione collettiva “di diritto comune”: evidenziando la volontà del legislatore di non confidare più nelle spontanee dinamiche sindacali, con ripercussioni anche sul rapporto tra contratto collettivo nazionale e contratto di prossimità. Il che ci riporta, per altra via, al problema dell’illegittimità costituzionale dell’art. 8 in riferimento all’art. 39 Cost., a cominciare dal suo comma 1.

Tutto ciò non può che far leggere con piacere il punto 7 del recente, già citato accordo del 21 novembre 2012, dedicato alla cd. contrattazione collettiva “per la produttività” (dalla denominazione dello stesso accordo). Ancora dunque una “nuova” contrattazione collettiva: che si svolge – si legge nel testo – “fra le organizzazioni comparativamente più rappresentative, nei singoli settori, su base nazionale, (...) con piena autonomia, su materie oggi regolate in maniera prevalente o esclusiva dalla legge che, direttamente o indirettamente, incidono sul tema della produttività del lavoro”¹⁰². In relazione ad essa le parti chiedono che “vengano assunti a livello legislativo, anche sulla base di avvisi comuni, provvedimenti coerenti con le intese intercorse e con la presente intesa”. Sembrerebbe quindi dedursi un’ulteriore conferma dell’intenzione di congelare l’art. 8; si potrebbe aggiungere (nonostante la genericità del dato letterale), recuperando la prospettiva di un fecondo rapporto legge-autonomia collettiva: ma, se per un verso sarebbe il caso, in quanto l’attenzione al tema ne ribadisce il rilievo attuale, per altro verso il carattere (nuovamente) “separato” dell’accordo – non firmato dalla Cgil – complica il quadro, invitando alla cautela.

¹⁰² Di seguito l’accordo indica “in via esemplificativa”: equivalenza delle mansioni, integrazione delle competenze, ridefinizione dei sistemi di orari e della loro distribuzione, modalità attraverso cui rendere compatibile l’impiego di nuove tecnologie con la tutela dei diritti fondamentali.

5.1. *Inderogabilità bilaterale e sistema sindacale*

Sin qui si è detto esclusivamente dell'inderogabilità *in peius* nel diritto del lavoro, profilo più rilevante dal punto di vista tanto teorico quanto pratico. Tuttavia, l'analisi non sarebbe completa se non si desse almeno uno sguardo all'interrogativo di partenza da una diversa angolazione. Sappiamo infatti che la questione dell'inderogabilità, sebbene raramente, si è posta anche in senso "bilaterale": allorché il dettato legale è stato prospettato come limite intangibile dal contratto collettivo anche *in melius*, in contrapposizione alla sua tradizionale immodificabilità *in peius*. Ciò è accaduto pure in relazione a importanti normative del nuovo millennio, precisamente dei suoi primissimi anni.

Anche stavolta, non a caso, è dagli anni '70 che occorre prendere le mosse: è il '77 quando, per far fronte alla negativa congiuntura economica, scelte di politica dei redditi imposero "tetti" alla contrattazione collettiva in funzione di contenimento del costo del lavoro. Ed è interessante notare come, nell'84, il ripetersi dell'esperienza coincise con uno dei momenti di tensione tra le grandi confederazioni più intensi dello scorso secolo: non diversamente dal suo recente ritorno di attualità, che si accompagna alla odierna grave crisi nei rapporti tra i nostri sindacati storici.

La questione è stata risolta in riferimento alla legislazione sui lavori flessibili del nuovo millennio: quando, nei rinvii all'autonomia collettiva, si è ridotto sensibilmente il ruolo del contratto collettivo. Particolarmente significativi sono il d.lgs. 368/01, che priva le parti sociali della posizione di primo piano nella disciplina del contratto a termine ad esse attribuita dall'art. 23 della l. 28 febbraio 1987 n. 56, e il d.lgs. 276/03, che da un lato amplia il ventaglio dei rapporti di lavoro di impiego flessibile e dall'altro riserva uno spazio circoscritto al contratto collettivo. In questi provvedimenti non vi sono espliciti limiti all'autonomia collettiva, ma è la loro *ratio* – ossia la correlazione lavori flessibili/quantità-qualità dell'occupazione – espressa in precisi dati normativi, di carattere comunitario e interno, a far pensare a una "disciplina assolutamente inderogabile dalla contrattazione collettiva"¹⁰³.

Emblematico è l'art. 1, co. 1, del d.lgs. 276/03, secondo il quale le disposizioni dello stesso decreto "sono finalizzate ad aumentare ... i tassi di

¹⁰³ ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, 2011, p. 198.

occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro ...”. La specifica rilevanza normativa dell’interesse all’occupazione risulta quindi *per tabulas*: un interesse francamente difficile da non considerare “dotato di un’intrinseca valenza generale”¹⁰⁴. Sicché, in relazione a esso, nelle fattispecie in parola, v’è da pensare che la legge, di volta in volta e con un diverso criterio, anzitutto individui lo spazio da dare a questo o a quell’impiego flessibile, definendo in tal modo il primo essenziale livello di equilibrio tra gli interessi in gioco; solo in seguito, nei limiti così tracciati, attribuisca poi uno specifico ruolo alla contrattazione collettiva, differente da fattispecie a fattispecie, a seconda del profilo interessato. In questo contesto, lo schema classico della derogabilità *in melius*/inderogabilità *in peius* risulta riduttivo e fuorviante per due ragioni collegate: a) in una prospettiva in qualche misura nuova, la ormai nota tensione tra *insiders* e *outsiders* complica l’utilizzazione del criterio del *favor* (potendo una deroga risultare migliorativa per i primi e peggiorativa per i secondi, o viceversa); b) secondo un’ottica più consona ai termini tradizionali del problema, nel quadro legislativo emerge con chiarezza – in base, evidentemente, ad “apprezzamenti politici discrezionali”¹⁰⁵ – la presenza dell’interesse all’occupazione quale interesse generale, idoneo anche a giustificare, secondo la già ricordata giurisprudenza della Corte costituzionale, limitazioni “bilaterali” all’autonomia collettiva, senza violazione dell’art. 39, co. 1, Cost.¹⁰⁶.

Questo atteggiamento dell’inderogabilità, diverso dal tradizionale eppure non certo esclusivo di questi ultimi anni, si pone su uno specifico piano concernente, non tanto le intangibili tutele del lavoro in funzione della cittadinanza, quanto la più generale manifestazione della libertà sindacale. Anche in tal caso, però, v’è da domandarsi se alla sua origine non vi sia, almeno in parte, l’assenza di un sistema sindacale al passo con i tempi. La domanda sorge spontanea se si ripensa, nuovamente, a quanto affermato dalla Consulta, proprio in relazione alla questione in parola, circa l’incidenza dell’inattuazione dell’art. 39, seconda parte, Cost. sull’esclusione del conflitto tra legge e contratto collettivo¹⁰⁷. In effetti, un appropriato sistema sindacale, fondato su una solida legittimazione democratica e adeguati poteri, potrebbe costituire, sotto

¹⁰⁴ RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia*, cit., p. 196; da ultimo GHERA, *Il contratto collettivo*, cit., p. 217.

¹⁰⁵ Così C. Cost. 23 giugno 1988 n. 697.

¹⁰⁶ Oltre alle sentenze citate in nota 83, cfr. C. Cost. 28 luglio 2000 n. 393 e 23 aprile 1998 n. 143.

¹⁰⁷ Cfr. ancora nota 83 e testo corrispondente.

ogni profilo, una base istituzionalmente più solida per il raccordo con il potere politico/legislativo, sì da contenerne anche gli interventi finalizzati a comprimere le scelte verso l'alto delle parti sociali laddove il quadro socio-economico sia particolarmente delicato in relazione agli interessi generali implicati. D'altro canto, non è un caso che l'inderogabilità bilaterale sia stata più di una volta figlia di esperienze sindacali caratterizzate da tensioni, in primo luogo, interne alle organizzazioni sindacali, in secondo luogo, tra una parte del sindacato e il soggetto politico.

6.1. *Inderogabilità bilaterale e processo di “privatizzazione” del lavoro pubblico*

Nell'ottica dell'inderogabilità bilaterale v'è infine un altro versante da tener presente: il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, da anni – inclusi gli ultimi – in cima ai pensieri del legislatore. In verità, la problematica, da tale visuale, assume una sua netta specificità, per le peculiari caratteristiche che quest'area del lavoro dipendente ha da sempre presentato in relazione alla presenza dell'interesse generale, benché la “privatizzazione”, in atto ormai da un ventennio, abbia decisamente mutato lo scenario di fondo.

La “privatizzazione” è soggetta, ancora oggi, a interventi che non sono di semplice assestamento; siamo cioè dinanzi a un processo tuttora in corso e dall'andatura non proprio sicura: è noto che gli ultimi anni segnano una sostanziale battuta di arresto della convergenza tra “privato” e “pubblico”. In tale contesto vanno collocati i più recenti, significativi eventi qui da considerare.

Il d.lgs. 150/09 – terza, per alcuni quarta fase della riforma – si è caratterizzato per un rafforzamento tanto della legge rispetto all'autonomia collettiva quanto dei poteri unilaterali delle amministrazioni rispetto alle prerogative sindacali. Le novità normative concernenti l'inderogabilità sono rivolte a dare solidità giuridica ad entrambe le finalità.

Una prima novità, di più ampio respiro, consiste nell'attribuzione del “carattere imperativo” alle “disposizioni” sia del d.lgs. 165/01 “diverse” da quelle del rapporto di lavoro subordinato nell'impresa (art. 2, co. 2, dello stesso decreto)¹⁰⁸, sia del titolo III del d.lgs. 150/09¹⁰⁹. Non era mai accaduto che il legislatore connotasse espressamente e in modo perentorio le specifiche

¹⁰⁸ Come modificato dall'art. 33, co. 1, lett. “a”, del d.lgs. 150/09.

¹⁰⁹ Art. 29 sempre del d.lgs. 150/09.

norme (ora) contenute nel d.lgs. 165/01, sebbene – inutile anche dirlo – il problema della natura imperativa della disciplina si sia posto sin dall'originaria formulazione del citato art. 2. Adesso l'esplicita indicazione ha un carattere “generale”, incentrato tuttavia sull'elemento della “diversità” rispetto alla normativa “privatistica”¹¹⁰. Non dovrebbero esservi molti dubbi sul fatto che la *ratio* della previsione, come di quella concernente il titolo III del d.lgs. 150/09, si raccordi, ancora oggi, direttamente alla volontà di rafforzare la tutela dei peculiari interessi sottostanti al lavoro pubblico, secondo quanto disposto dall'art. 97 Cost. In particolare – si è osservato¹¹¹ – essa risponde all'esigenza di rimettere ordine nella confusione determinata da alcuni interventi legislativi, emergenziali e frammentari, nel rapporto legge-contratto collettivo. Esigenza da inquadrare nella più generale finalità di “condurre”, dall'alto, l'attività delle amministrazioni, sì da porle al riparo dalle degenerazioni della politica e dalle indebite pressioni sindacali. Se lo scopo è nobile, la tecnica non è nuova, e di certo non è coerente con l'ispirazione di fondo della privatizzazione, volta a riscoprire poteri e responsabilità delle amministrazioni nonché valutazione dei relativi risultati.

Precipuamente al rapporto legge-contratto collettivo è dedicata una seconda novità, che riguarda la micronormazione in materia di lavoro pubblico. Capovolgendo la precedente impostazione (già prima ricordata), ora l'art. 2, co. 2, del d.lgs. 165/01¹¹², dispone che la contrattazione collettiva può derogare alle disposizioni legislative, di statuto o di regolamento “solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge”. Anche in questo caso lo sguardo è sostanzialmente rivolto al passato, con il palese intento di ripristinare una più classica relazione tra le due “fonti”. Ma è un intento scarsamente consapevole dell'esperienza, neppure lontana, che aveva fatto del pubblico impiego la ben nota “giungla normativa” a causa delle pressioni di questo o quel gruppo di interessi sulla “politica”, tradottesi per l'appunto in interventi normativi settoriali e corporativi. La delegificazione, introdotta dalla versione originaria della riforma, tali patologie mirava a combattere.

Le menzionate novità si inseriscono dunque in una fase della privatiz-

¹¹⁰ A cui l'altro si aggiungono ulteriori singole previsioni, sempre del d.lgs. 165/01, di uguale tenore (artt. 19, ult. co.; 35, co. 5-bis; 55, co. 1).

¹¹¹ ZOPPOLI L., *La “riforma Brunetta” due anni dopo: relazioni sindacali, dirigenza e valutazione*, in ID. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 30.

¹¹² Come modificato dall'art. 1, co. 1, della l. 4 marzo 2009, n. 15.

zazione contraddistinta palesemente da un ritorno di “dirigismo” del legislatore. Sulla sua coerenza rispetto all’impianto complessivo della riforma si sono avanzati molti dubbi, e le ragioni sono intuibili¹¹³. Non va poi trascurato che sulle prerogative sindacali nei luoghi di lavoro il legislatore è ancora intervenuto, ma, in questa circostanza, con una nuova apertura alle parti sociali¹¹⁴. Così come, per altro verso, non può dimenticarsi del vigente blocco della contrattazione collettiva¹¹⁵, ennesima conseguenza dell’attuale ardua contingenza economico-finanziaria.

Insomma, l’impiego pubblico si presenta ancora come il classico cantiere aperto. Le due novità qui prese in esame, meritano di essere considerate, non tanto in sé, ma per ciò che sottintendono. L’irrigidimento “bilaterale” della inderogabilità della norma di legge richiama l’attenzione, più che su scelte tutto sommato contingenti, su antiche carenze ancora adesso ben presenti: sulla difficoltà, cioè, di attivare, per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, un’effettiva e affidabile dinamica negoziale, a causa della carenza di soggetti in grado di interpretare le esigenze datoriali, nei luoghi di lavoro come ai livelli negoziali più alti. Ciò delinea, per l’inderogabilità nel “pubblico”, anzitutto un proprio destino a sé stante, indissolubilmente legato al più generale processo di privatizzazione.

7.1. Costituzione, inderogabilità e percorsi di definizione delle tutele

Allargando nuovamente la prospettiva per tirare le fila di queste pagine, sembra possibile affermare che, nonostante tutto, l’inderogabilità risulti, tutt’oggi, l’asse portante del diritto del lavoro. Il suo sostegno appare solido, trat-

¹¹³ Sul tema cfr., tra gli altri, NAPOLI, GARILLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato* (d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150), in *NLCC*, 2011, p. 1073; RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in questa rivista, 2011, p. 187; ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit.; CARABELLI, CARINCI M. T., *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010. CARINCI, F., MAINARDI. (a cura di), *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Ipsoa, 2010; CARUSO, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta” (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *LPA*, 2010, p. 235.

¹¹⁴ V. le modifiche all’art. 5, co. 2, del d.lgs. 165/01 apportate dall’art. 2, co. 17, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012 n. 135.

¹¹⁵ V. art. 9, co. 17, del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, conv. in l. n. 30 luglio 2010 n. 122 e la successiva proroga di cui all’art. 16, co. 1, del d.l. 6 luglio 2011 n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011 n.

tandosi del binomio persona-lavoro, nucleo distintivo del concetto di cittadinanza alla base del progetto costituzionale. Ciò ovviamente non vuol dire che i contenuti delle tutele non siano, nel tempo, mutati; né che il “pacchetto di tutele” raggiunto al termine del “trentennio d’oro” del secolo scorso non sia, negli anni, divenuto meno consistente. Quel pacchetto non è stato un rigido punto di arrivo, e difficilmente poteva esserlo. Non lo è stato perché – verrebbe da pensare – non lo ha consentito la realtà, manifestatasi pressoché da subito e negli ultimi tempi in modo più pressante; ma, in effetti, non lo è stato perché in tal senso indirizza già lo stesso progetto di società disegnato dalla Costituzione. Un progetto il cui cardine è sì, indiscutibilmente, il binomio lavoro-cittadinanza, ma pur sempre all’interno di uno stretto circuito che lega il sociale all’economico. Ed è in funzione di questo circuito che il Costituente, con l’art. 39 Cost. seconda parte, ha predisposto un compiuto sistema *dinamico* di produzione di norme a tutela del lavoro. L’*effettivo* sviluppo dell’esperienza giuridica – con al centro le storiche confederazioni sindacali –, se ha seguito solo parzialmente il disegno costituzionale, ne ha in sostanza rispettato lo spirito, benché non senza sforzi. Così, tutto sommato, il processo circolare tra sfera sociale e sfera economica ha tenuto, anche durante difficili congiunture, garantendo una sostanziale continuità del diritto del lavoro, anzitutto della sua chiave di volta, l’inderogabilità: come dire, ancor prima dei contenuti, sono stati i percorsi di definizione delle tutele a segnare la strada.

È all’indomani del nuovo secolo, con una marcata intensificazione negli ultimi anni, che quel processo è sottoposto a pressioni inusuali e mostra un’insostenibile insofferenza anche sul piano dell’effettività. Tuttavia, se questo piano da solo sembra ormai inadeguato a governare la complessità del presente, non sono gli “incauti” (sotto ogni profilo) interventi normativi del nuovo millennio, di sostanziale aggiramento della norma inderogabile a favore del rafforzamento del potere datoriale, a delineare un quadro più roseo. Questi interventi, in primo luogo, peccano di condivisione e trasparenza: entrambe imposte, se non altro, da un’elementare esigenza di rispetto dei circuiti democratici e dal rischio di generare più problemi di quanti se ne possano risolvere, come eloquentemente sottolineato dal Capo della Stato nell’*incipit* del messaggio di rinvio alle Camere del d.d.l. 1167/B/bis A.S.; in secondo luogo, perdono di vista il modello di società a cui, nel tempo, ci lega la nostra Costituzione e nel quale il binomio lavoro-cittadinanza costituisce il crocevia della dialettica tra il sociale e l’economico. Sicché, il loro cedimento al pen-

siero liberista, in questo periodo (oggi meno di ieri) dominante, è irrimediabilmente arrestato dai “vincoli di sistema”.

Che il diritto del lavoro sia dinanzi a una svolta è, comunque, possibile. Ma, a ben vedere, non c'è granché da stupirsi. La “discontinuità” è stata la cifra della nostra materia¹¹⁶, per almeno una buona metà della sua esistenza; ha evidentemente condizionato, poi, gli anni a seguire, allontanando, probabilmente, una piena maturità. Sotto questo profilo l'art. 8, nell'intento di introdurre regole per l'azione sindacale, deve far riflettere: sarebbe un errore fermarsi alle sue tante e pure decisive debolezze. Trascurare il carattere problematico dell'inderogabilità, dinanzi alla “contemporaneità”, può comportare un prezzo alto: potrebbe spingere verso epoche passate, ridando all'inderogabilità i tratti di un vuoto contenitore anziché di affidabile scudo del binomio lavoro-cittadinanza, al contempo determinando la perdita di una preziosa se non unica risorsa per governare i cambiamenti sociali. Questo, senza ombra di dubbio, sarebbe un declino, naturalmente prima di tutto del nostro livello di civiltà e di democrazia. Sinora non ha preso consistenza, ma è alto il rischio che accada. E sicuramente non tranquillizzano le ultimissime vicende, contrassegnate dalla (se non altro) confusa e miope rivisitazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori¹¹⁷ anziché dalla rimozione dell'art. 8 e dal serio tentativo di dare finalmente vita a un solido sistema di regolazione del lavoro, come indicato dal Costituente: con ogni evidenza, si è preferito intervenire sui contenuti delle tutele, per avere un risultato “politico” immediato ma dai successivi esiti a dir poco incerti, invece che sui

¹¹⁶ Così GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica (a proposito de Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana - Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo)*, in RIDL, I, 2009, p. 9; ROMAGNOLI, *Il dopo-statuto: un testimone, un interlocutore*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, I, Giuffrè, 2004, p. 1345.

¹¹⁷ Sull'argomento v., tra gli altri, BALLESTRERO M.V., *Habemus legem!*, in questa rivista, 2012, p. 229; CARINCI F., *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_615784860.pdf; CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all'italiana” a confronto*, in DLRI, 2012, p. 527; CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in DPL, suppl. al n. 33, 2012, p. 30; MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf, 2012, p. 1; MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in RIDL, I, 2012, p. 415; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, I, 2012, p. 521; VALLEBONA *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 53 ss.; ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 82.

relativi percorsi di definizione, tracciando con lungimiranza binari su cui provare a procedere tra le difficoltà, presenti e future. Non esistono – è chiaro – certezze, ma, a questo punto, invitare a voltarsi verso la Costituzione non può sbrigativamente essere considerata l'ennesima inascoltata invocazione di un quadro di regole; piuttosto, pone l'accento sulla responsabilità di accantonare, ancora oggi, a fronte di una realtà assai complessa, un disegno di sicuro meno "improvvisato" (non solo sul piano tecnico) delle soluzioni con cui ci stiamo misurando: come tale – paradossalmente, se si vuole – forse utile a riannodare i fili della storia del nostro diritto del lavoro e a dare risposte alle domande del nostro tempo.

Abstract

Nonostante i mutamenti degli ultimi quarant'anni, pure rilevanti, l'inderogabilità costituisce tutt'oggi l'asse portante del diritto del lavoro. Anche i più recenti ambigui interventi legislativi finiscono, di fronte ai vincoli "di sistema", per non incidere su questa fondamentale caratteristica della materia. Al contempo, però, il (debole) tentativo di introdurre nuove regole sindacali (art. 8 d.l. n. 138/11) mostra, dinanzi alla complessità del presente, la natura *problematica* dell'inderogabilità e la conseguente necessità di un solido sistema *dinamico* di regolazione del lavoro – coerente con l'art. 39, seconda parte, Cost. –, risultando ormai insoddisfacente il tradizionale assetto sindacale incentrato sull'effettività.

Despite the (even) important changes of the last forty years, still today "inderogability" represents a basic feature of labour law. Also the latest ambiguous legislative interventions do not affect this peculiarity of labour law, owing to the binding force of the whole "system". At the same time, however, the weak attempt to introduce new union rules (Article 8, d.l. 138/11) shows, before the complexity of the present situation, the *problematic* nature of "inderogability" and, consequently, the necessity of a solid *dynamic* system of labour regulation – consistent with Article. 39, second part, of the Constitution –, since the traditional union system centred on actuality proves to be unsatisfactory nowadays.

