

Lorenzo Zoppoli

Una nuova Costituzione per il sistema sindacale italiano?
 Riflessioni introduttive al convegno del 28/29 novembre 2013
 presso l'Università di Napoli Federico II

1. Il Convegno prende le mosse dalla difficile situazione delle relazioni sindacali in Italia: tanto dal punto di vista politico, quanto dal punto di vista giuridico. Abbiamo pensato che l'occasione fosse adatta per presentare anche il libro in onore di Mario Rusciano, che nei suoi studi ha dedicato molto spazio al sindacato, sempre con attenzione ai valori e agli equilibri costituzionali¹. Una riflessione come quella di oggi è il modo migliore per festeggiarlo e provocarlo a cimentarsi ancora con la complessa situazione del diritto sindacale dei nostri giorni, consentendoci di continuare ad avvalerci della sua cultura, della sua esperienza, della sua intelligenza e, profilo importantissimo per non farsi prendere dallo scoramento, della sua ironica saggezza. A chiederglielo non sono solo i suoi allievi, ma una parte consistente del diritto del lavoro in servizio permanente ed effettivo, al di là dello stato giuridico di ognuno. Come dimostra appunto il convegno che oggi comincia; come ha dimostrato il volume di Studi pubblicato in suo onore, un volume con moltissimi pregevoli scritti pieni di riferimenti a lui e al suo pensiero e pieno di affetto. Un volume per il quale ancora ringrazio tutti gli autori, a nome dell'intero gruppo dei promotori, dal profondo del cuore e con tutto l'apprezzamento intellettuale di cui sono capace. E un ringraziamento altrettanto sentito va “a scatola chiusa” ai relatori di oggi, solo in parte già autori del suddetto volume, tutti però legati a Mario e alla scuola napoletana da un'infinità di ragioni ed esperienze comuni.

2. Venendo a noi, è mio compito spiegare come mai la complessità del diritto sindacale italiano sia giunta a tal punto da farci organizzare un convegno sull'opportunità di pensare ad una nuova Costituzione per la nostra materia.

Innanzitutto voglio rispondere ad una possibile domanda preliminare: quale connessione con le riforme costituzionali di cui si discute in Parlamento, addirittura con una legge costituzionale che modifica, seppure marginalmente a mio modesto avviso, l'art. 138 Cost.²? È presto detto: nessuna connessione significativa nel merito, in quanto le norme di cui oggi ci occuperemo – cioè essenzialmente gli artt. 39, 40 e 46 – non sono nella parte II Cost. della quale si occupa oggi il nostro Parlamento (art. 2 ddl AC813-B). Anzi pare proprio che alle “nostre” norme nessuno abbia troppo voglia di pensare (ed io aggiungerei, purtroppo). Però, se si guarda oltre il dato squisitamente formale, una connessione c'è ed è giusto che ci sia. Infatti nel momento in cui il sistema politico sembra alla vertiginosa ricerca di un nuovo baricentro e, probabilmente, è sul punto di modificare profondamente gli equilibri politico-istituzionali della seconda Repubblica, inevitabilmente ci saranno ripercussioni sul sistema sindacale. Abbiamo già fatto questa esperienza, almeno due volte. Subito dopo la II guerra mondiale quando il mutamento di regime politico ci ha dato una nuova Costituzione formale, di rottura ma anche di trascinamento del precedente sistema corporativo; nei primi anni '90 quando è crollata la seconda Repubblica, rendendo necessario dotare

¹ Nel numero 2/2013 di *Diritti lavori mercati* si può appunto leggere un suo saggio intitolato *Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*, che riprende l'intervento alle giornate A.I.D.La.S.S. di Pisa, 7-9 giugno 2013, svolto in qualità di *discussant*.

² V. il ddl AC813-B, approvato, ancora non in via definitiva, il 23.X.2013 al Senato.

il sistema sindacale di quella che uno dei suoi principali artefici, Gino Giugni, definì la Costituzione materiale del diritto sindacale italiano, cioè il protocollo di luglio 1993 seguito dai successivi accordi istitutivi delle Rsu e dalla nascita di un nuovo sistema di relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni.

Queste due vicende costituzionali sono troppo note per insistere nel rimarcarle. Vorrei però ricordare che ancor più di recente il diritto sindacale è stato investito da un altro trauma di natura costituzionale: un trauma che ha toccato una delle sue istituzioni cruciali, quali il conflitto e il diritto di sciopero. E mi riferisco ancora un volta ad un trauma di origine anche formalmente costituzionale, qual è stato il rendersi conto che l'emergere e il consolidarsi di un *bill of rights* europeo, invece di armonizzare a livello dell'Unione il diritto al conflitto, ne ha indotto un riduttivo bilanciamento con le libertà economiche ad opera della CGUE, un'istituzione ritenuta fino a quel momento uno dei pochi punti di salvaguardia dei diritti dei lavoratori rispetto all'incedere dell'Europa dei mercati³. A ben guardare, e avvalendoci con moderazione del senno di poi, possiamo dire che anche questo trauma è connesso ad un mutamento di sistema politico: in fondo la vicenda *Viking* e *Laval* fa quasi da preludio alla grande crisi economico-finanziaria iniziata dal 2007, a seguito della quale i governi nazionali, e in particolare, quello italiano sono sempre più apparsi come articolazione di un sistema politico e giuridico multilivello, che non può certo tollerare differenze tra i sistemi di relazioni industriali che vadano oltre certi limiti. Segnalo al riguardo che le turbolenze di rango costituzionale potrebbero provenire anche in relazione ad istituti più saldamente radicati nel diritto europeo, magari derivato, come gli istituti del coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese (i c.d. diritti di partecipazione): in una causa ancora pendente dinanzi alla CGUE (C176/12), l'avvocato generale Pedro Cruz Villalon - in conclusioni (depositate il 18 luglio 2013) sicuramente impegnate nonché animate dalle migliori intenzioni di ampliare i diritti di informazione dei sindacati francesi - offre una ricostruzione dell'art. 27 della Carta di Nizza tale da degradare al rango di principi i diritti sociali fondamentali contemplati nel Titolo IV della Carta, intitolato alla "solidarietà". Questo, *mutatis mutandis*, significa più o meno che nella Costituzione europea la distinzione tra norme programmatiche e norme precettive dilagherebbe, con le conseguenti difficoltà di costruire nuovi argini ad iniziative legislative nazionali o sovranazionali poco attente ai diritti sociali costituzionalizzati: costringendo noi italiani ad un bel balzo all'indietro di oltre mezzo secolo, quando si discuteva alacramente della precettività di norme come l'art. 36 Cost.⁴

3. Ma le tensioni costituzionali nella nostra materia non derivano solo dai terremoti che hanno investito negli ultimi vent'anni il sistema politico italiano ed europeo. Anzi io penso che le cause principali vadano ricercate nelle trasformazioni socio-economiche che la politica ha rinunciato a governare. Come che sia, per quanto prima si è detto, il nostro diritto sindacale si è trovato ad affrontare una delle più gravi crisi sociali ed economiche degli ultimi cento anni con una pluralità di regole e principi di rango costituzionale, tra loro in una relazione assai problematica. In

³ Sulla vicenda v., per tutti, Carabelli, *Europa dei diritti e conflitto sociale*, Cacucci, 2009. In generale sui vari intrecci tra evoluzione delle dinamiche sovranazionali, sistema italiano di relazioni industriali e Costituzione v. Carrieri-Treu (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, Il Mulino, 2013; Cassese S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, 2013.

⁴ Su questa stagione v. Mengoni, *Ugo Natoli come giurista del lavoro*, in RGL, 1993, I, p. 15; e, di recente, Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, 2008; Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, Jovene, 2008.

sintesi si può dire che mentre sul piano delle Costituzioni formali abbiamo, alle spalle, una Costituzione nazionale inattuata e, dinanzi, una Costituzione multilivello in divenire, la Costituzione materiale, edificata alla meno peggio nei primi anni '90 con i materiali ricavati dall'esperienza dei precedenti decenni, si è progressivamente logorata. Fino a che la spallata proveniente dalle imprese – e in particolare dal *new brave world* di una Fiat in via di americanizzazione – l'ha mandata in frantumi dal 2009 in poi.

Sappiamo bene però che il caso Fiat non è affatto isolato e che non è l'unico detonatore di una crisi che viene da lontano. Il sistema sindacale - che ha vissuto un periodo di solidità in verità alquanto breve (15 anni: 1970/1985?)⁵ e incontra difficoltà di varia intensità da una trentina di anni - non accenna infatti ad uscir di scena e anzi segue con una tenacia persino commovente - pari solo alle tortuosità dei percorsi giuridici - tutte le imprevedibili evoluzioni ordinamentali. Grazie a queste, la tipologia dei contratti collettivi si è enormemente dilatata. Solo per ricordare espressioni coniate negli ultimi vent'anni, abbiamo oggi : una contrattazione transnazionale; contratti traspositivi di direttive europee; contratti di diritto speciale settoriale (lavoro pubblico⁶), talora ricostruiti come contratti addirittura “necessari” (v. *infra*); una contrattazione privatistica aziendale o territoriale tipizzata dal legislatore con un particolare regime legale in quanto di “prossimità” (art. 8 d.l. 138/2011 conv. con l. 148/2011); una contrattazione utilizzata a vari fini come parametro legale (obbligatorio o eventuale) anche al di fuori del lavoro subordinato (v. art. 63 c. 1 d.lgs. 276/03, modif. dalla l. 92/2012) ed anche per trattamenti di tipo assistenziale o previdenziale (v., da ultimo, art. 3 c. 4 ss. della l. 92/2012); una contrattazione concertata; un'altra gestionale; senza dimenticare che la “violazione o falsa applicazione di accordi e contratti collettivi nazionali di lavoro” è motivo sufficiente per impugnare decisioni di merito dinanzi alla Corte di Cassazione (art. 360 c. 1 n. 3, come modif. da art. 2 del d.lgs. 40/2006). Per questa contrattazione continuiamo – dottrina e giurisprudenza – in massima parte ad utilizzare la categoria del “contratto collettivo di diritto comune”, ma con un sempre maggior ricorso a parole-concetto cui non corrisponde né una disciplina unitaria né una *ratio* unificatrice (fonte atto/fonte fatto/fonte *extra ordinem*/fonte vera e propria/fonte diretta-indiretta)⁷, salvo la comune valenza descrittiva di un'antica “vocazione”⁸ del

⁵ V., di recente, Sacco, *Il sindacalismo italiano tra gli anni cinquanta e sessanta*, in *Sociologia del lavoro*, 2013, n. 131 suppl., p. 247 ss.

⁶ V., appena uscito dalla “penna” dell'autore, F. Carinci, *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico privatizzato*, destinato al secondo volume del *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci.

⁷ V., per un'autorevole ed efficace sintesi critica di questi orientamenti Ghera, *Il contratto collettivo fonte nella dottrina*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, 2011, vol. I, p. 44 ss. Nello stesso volume v. anche M.G. Garofalo, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo*, p. 430 ss. Non a caso entrambi questi autori, che rilevano puntualmente le difficoltà di inquadramento giuridico-sistematico del contratto collettivo, continuano ad utilizzarne la “bivalenza normativa”, intesa come collocazione in due ordinamenti, quello statuale e quello intersindacale, attingendo all'uno o all'altro per risolverne i problemi giuridici concreti. Il risultato complessivo, a mio parere, esalta la discrezionalità del momento esegetico-interpretativo e non fa oggi fino in fondo i conti con la ancor più problematica multidimensionalità ordinamentale, che interessa anche la sfera sovranazionale, rendendo ancora più complesso risolvere delicatissimi problemi interpretativi (per una riprova relativa alla più recente legislazione v. Delfino, *Contratti collettivi di prossimità e deroga alle normative europee*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 255 ss.). Senza tacere che, pur riconoscendo alla teoria di Gino Giugni tutti i meriti che le sono dovuti (v. Treu, *Gino Giugni: politico del diritto e legislatore*, in *DLRI*, 2007, p. 329 ss.), già da anni circolano autorevoli epitaffi sull'attualità dell'ordinamento intersindacale (v. Romagnoli, *L'inutile necessità di una disputa*, in *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Donzelli, 2008, p. 73).

⁸ V. A. Zoppoli, in Esposito, Gaeta, Santucci, Viscomi, Zoppoli A., Zoppoli L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2013, vol. II, p. 80.

contratto collettivo ad essere fonte eteronoma (la famosissima “anima della legge” di cui parlava Carnelutti più di 80 anni fa).

Siamo lontani anni luce da quando Giuseppe Pera, nel suo bellissimo libro del 1960 sui *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*⁹, illustrò tutte le ragioni per cui l’ordinamento, salvo una revisione costituzionale, non poteva fare a meno di attuare l’art. 39 Cost. (anni dopo avrebbe scritto un articolo dal fantastico titolo “il trentanovismo è nelle cose”¹⁰). Invece nel giro di un biennio, anche se *obtorto collo*, la norma fu messa tra parentesi dalla giurisprudenza costituzionale (sent. 106/1962), che salvò la l. 741/59 solo come legislazione eccezionale e ad effetti limitati nel tempo, ma – occorre oggi riconoscerlo – aprendo in realtà le porte ad un sistema regolativo del lavoro, anche tramite contratti collettivi, alternativo alla strada maestra indicata dalla Costituzione¹¹. Sistema regolativo che ha ben funzionato fino a quando c’è stata piena sintonia tra azione sindacale e sistema politico, ma che ha cominciato ad incrinarsi una ventina d’anni dopo. E la Corte anche allora ha registrato puntualmente questa incrinatura, ricacciando la contrattazione collettiva in una (giusta) condizione di subalternità rispetto al sistema politico-legislativo, affermando la natura solo politica della concertazione e precisando che “sino a quando l’art. 39 non sarà attuato, non si può né si deve ipotizzare conflitto tra attività normativa dei sindacati e attività legislativa del Parlamento” (sentenza n. 34 del 1985). È vero che la Corte dice anche che “l’autonomia collettiva non può essere ... annullata o compressa nei suoi esiti concreti”; ma aggiunge che “compressione e annullamento possono verificarsi ... quando detta autonomia introduca un trattamento peggiore rispetto a quanto previsto dalla legge, ovvero, nell’ipotesi opposta, a salvaguardia di interessi generali” (oltre a Corte Cost. 34/85, v. 697/88, 124/1991, 143/1998 e 393/2000). E con questo il sistema si avvia sempre più verso modelli legge/contratto collettivo nei quali è possibile tutto, forse, o almeno fino a quando la Corte stessa ritiene che si sia passato un limite, come ha ritenuto proprio nel luglio scorso¹².

In effetti, a partire dagli anni ’60 con una vertiginosa crescita negli ultimi anni, abbiamo dovuto tutti cimentarci con interpretazioni acrobatiche, camminando su un filo che sappiamo essere sempre stato assai esile e sempre più teso da una legislazione sul lavoro che non ha mai potuto fare a meno della contrattazione collettiva, utilizzata nelle guise più varie. Queste acrobazie ebbero una interessantissima sistemazione teorica nel 1999 ad opera di Massimo D’Antona, purtroppo l’ultimo dono della sua fertile mente, che teorizzò l’esistenza nell’art. 39 Cost. di “una base costituzionale per due diversi progetti di legislazione sociale” (p. 406)¹³. Uno dei due – quello praticato fino a quel momento (con l’eccezione del lavoro pubblico) – era ricostruibile ad immagine e somiglianza della legislazione volta a valorizzare la contrattazione collettiva come “produzione sociale autonoma”,

⁹ Come ha scritto Umberto Romagnoli (op.cit., pp. 72-73) oggi si deve rendere “l’onore delle armi” a coloro che, cinquant’anni fa, “dalla costituzione si aspettavano tutto. Si aspettavano democrazia politica, democrazia nei partiti e nei sindacati, libertà individuali e di gruppo, rafforzamento parallelo dell’impresa privata e dello Stato, economia sociale e di mercato. Forse si aspettavano troppo”.

¹⁰ *Pol. dir.*, 1985, p. 503 ss.

¹¹ Al riguardo Pera già nel 1960 aveva parlato di “legge in frode della Costituzione” (p. 350).

¹² Sull’importanza delle decisioni di metà anni ’80 v. più diffusamente Zoppoli L., *Contrattazione collettiva e Unità d’Italia*, in WP Massimo D’Antona.it, 130/2011. V. anche Ricci M., *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, 1999, p. 401 ss

¹³ *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi*, pubblicato in DRI, 1999, ma qui citato in Caruso-Sciarra (a cura di), *Massimo D’Antona. Opere*, Giuffrè, 2000, vol. II, p. 406.

senza regolare i meccanismi della rappresentanza sindacale di nessuna delle due parti¹⁴. L'altro riguarderebbe invece il legislatore che decidesse di individuare un soggetto cui attribuire il monopolio della rappresentanza negoziale: solo allora scatterebbe a pieno titolo il regime di cui all'art. 39 c. 4, con tutta la sua efficacia prescrittiva anche impeditiva. Molti hanno sottolineato questa bipartizione dell'art. 39 Cost.: essa a mio parere è la parte meno originale del contributo di D'Antona del 1999. Assai più apprezzabile ed attuale¹⁵ è l'ultima parte dell'articolo, in cui D'Antona, andando alla ricerca di "una metateoria come "ordinamento comune" ai due progetti (p. 409), analizza l'art. 39 c. 4 e ne individua valori, principi, regole irrinunciabili, distinguendo tra profilo riguardante i rapporti Stato/sindacati (essenzialmente registrazione e organismo unitario) e profili riguardanti i rapporti tra sindacati e tra sindacati e rappresentati (natura associativa, democraticità dell'azione, criterio proporzionalistico nelle decisioni, principio consensualistico nell'individuazione della "categoria"). E conclude affermando: "quei principi esprimono, al di là della loro inerenza al modello costituzionale di dettaglio, scelte di valore della Costituzione, dalle quali il legislatore non si può discostare quando opera sul terreno della seconda parte dell'art. 39 e, sia pure allo scopo di realizzare meccanismi alternativi al disposto costituzionale, influenza il funzionamento del pluralismo sindacale" (p. 426). La "seconda privatizzazione" del lavoro pubblico – di cui fu artefice com'è noto Massimo D'Antona, che si ispirò proprio a quei valori (avendo lavorato con lui proprio a quel progetto, posso testimoniarlo¹⁶) – fu l'occasione per rimettere in moto la parte ancora viva dell'art. 39 Cost. Non così invece la l. 146/1990 sullo sciopero nei servizi essenziali, che D'Antona descrisse come un tentativo di istituzionalizzare il sindacato più che di utilizzarne l'attività negoziale (quindi come una negazione dell'ordinamento sindacale autonomo: posizione criticata da Rusciano¹⁷) senza assicurarne rappresentatività e democraticità (e in questo Rusciano si dichiara d'accordo con D'Antona¹⁸). In ogni caso quei dibattiti segnano un primo faticoso recupero di interpretazioni costituzionali meno possibiliste e sibilline, volte ad avallare qualsiasi scelta del legislatore.

Dopo sono dovuti trascorrere quasi 15 anni prima che il tema fosse ripreso e in tutt'altro contesto e dimensione (sostanzialmente quello della contrattazione aziendale ablativa o concessiva)¹⁹. La sensazione è però che quindici anni dopo la dottrina non si sia cimentata con la prospettazione più moderna dei limiti costituzionali, preferendo muoversi in uno scenario di minimizzazione delle prescrizioni costituzionali. Né a fare da contrappeso potevano essere proposte dottrinali anche coraggiose, ma intempestive, di riscrittura dell'art. 39 Cost., come passo

¹⁴ Sul punto Caruso, *Nella bottega del maestro : "il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi" (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio)*, in DLRI, 2009, p. 69 nota che D'Antona valorizza "l'approccio normativista al problema dell'efficacia del contratto collettivo tipico degli allievi di Persiani" – e in particolare di Proia e Marazza - verso la quale aveva invece intenzioni critiche.

¹⁵ Ma v. al riguardo i contributi raccolti in Pascucci (a cura di), *Massimo D'Antona: attualità di un pensiero*, F. Angeli, 2009.

¹⁶ Qualche anno prima anche io avevo scritto (in modo molto meno efficace) della necessità di "attualizzare" l'art. 39 Cost.: v. Quad. ADL, n. 1, 1997, p. 543 ss. Ma v. già Pera, *Problemi*, cit., pp. 150-151, seppure nel contesto di una scrupolosissima analisi esegetica dei vincoli costituzionali.

¹⁷ In *Legge sullo sciopero e modello neo-istituzionale*, in DLRI, 2009, p. 127 ss.

¹⁸ Id., p. 133 ss.

¹⁹ V. soprattutto il convegno AIDLASS 2011 di Copanello con le relazioni di Paola Bellocchi e Fiorella Lunardon.

preliminare per un rilancio della legislazione di sostegno del sindacato e della contrattazione collettiva²⁰. Non erano anni per riportare in Parlamento il fondamento costituzionale per una nuova legislazione di sostegno.

Ecco dunque che, dopo 65 anni dall'entrata in vigore della Costituzione, siamo di nuovo dinanzi al vecchio dilemma: come conciliare le varie anime dell'art. 39, in cui convive il sostegno alle libere dinamiche del sistema sindacale con la necessità di garantire legittimazione ed efficacia di una contrattazione collettiva sempre più proteiforme e multifunzionale? Dopo la recente sentenza della Corte Cost. 231/2013, è ancor più chiaro di ieri che il quadro costituzionale ci impone il rispetto di valori, principi e norme irrinunciabili mentre il quadro legislativo è asistematico²¹ e ricorre continuamente al contratto collettivo per regolare rapporti di lavoro e vicende dell'impresa o delle organizzazioni in genere, spesso in situazioni di grande incertezza giuridica e fattuale che richiederebbero norme portatrici di certezze e solidità. Norme granitiche, dall'indubbio fondamento costituzionale, formale e sostanziale, quali potrebbero essere solo norme fondate su un grande consenso, parlamentare ma anche della comunità degli esperti e dei cittadini, degli operatori giuridici e degli operatori economici. E invece siamo ogni volta costretti a costruire stampelle interpretative o, addirittura, teorie volte a consentire qualche anno di vita ad *escamotage* normativi di matrice legale o negoziale. Anche la Corte Costituzionale, prima di arrivare ad usare i sacri principi per porre limiti a prassi di eclatante anti-giuridicità, ha ancora di recente inondato l'ordinamento di interpretazioni tappabuchi. Ricordo solo quelle sul lavoro pubblico, secondo cui i

²⁰ Roccella, *Le regole del gioco. Appunti per un dibattito*, in Andreoni (a cura di), *Nuove regole per la rappresentanza sindacale. Ricordando Massimo D'Antona*, Ediesse, 2010, p. 249 ss., secondo cui l'art. 39 si sarebbe dovuto riformulare così: "1. L'organizzazione sindacale è libera. 2 La legge determina condizioni, modalità e finalità di attribuzione del requisito della rappresentatività alle organizzazioni sindacali. 3. Alle condizioni stabilite dalla legge i contratti collettivi stipulati dai sindacati rappresentativi producono effetti nei confronti di tutti i rapporti di lavoro rientranti nel loro campo di applicazione" (p. 260). La proposta può costituire un fertile terreno di discussione (l'ho riproposta al dibattito in Loy, a cura di, *Lavoro, Europa, diritti. In ricordo di Massimo Roccella*, Editoriale scientifica, Ediesse, 2012, p. 274 ss.). Ma su un punto mi pare che sia fortemente peggiorativa rispetto alla formulazione attuale: omette di costituzionalizzare i principi di democraticità e oggettiva verificabilità della rappresentanza sindacale, lasciando un'eccessiva discrezionalità al legislatore. Proprio l'esperienza degli ultimi anni ci conferma che, in materia, è meglio non largheggiare nel dar fiducia al nostro legislatore. Infatti, a partire dal d.lgs. 150/09, è emersa una linea di regolazione legislativa diretta a cristallizzare le regole sulla rappresentanza nel lavoro pubblico. Ed è stato necessario un netto parere negativo del Consiglio di Stato (3 febbraio 2011) per invertire la tendenza, (anche per i dettagli di questa vicenda sia consentito rinviare al mio saggio, in DLM, 2011, 1, 21 ss.). Il massimo organo di giustizia amministrativa ha decisamente ritenuto in palese contrasto con gli attuali principi costituzionali il congelamento *sine die* delle RSU, sostenendo con forza e decisione il diritto dei lavoratori ad avere rappresentanze effettive ed attuali. Ha quindi ritenuto che tale diritto, temporaneamente e ragionevolmente compresso in vista di una rapida applicazione della riforma, si riespande a prescindere dalla definizione dei nuovi comparti di contrattazione e ferma restando la necessità di rinnovare le elezioni nel momento in cui dovessero essere definiti i nuovi ambiti dei contratti di comparto. Di tutto rilievo è che il Consiglio di Stato individua una serie di principi di primaria rilevanza costituzionali dai quali il legislatore non può deviare: a) esistenza di un "naturale ...dinamismo della rappresentanza sindacale", che è "costituzionalmente protetto" e "richiede verifiche periodiche e non ammette cristallizzazioni"; b) incomprimibilità del diritto dei lavoratori ad esprimere periodicamente la propria rappresentanza secondo scadenze liberamente stabilite dalla contrattazione collettiva. Particolarmente apprezzabile è la rassegna dei "punti di emersione specifica di tali principi", che sarebbero: 1. l'assetto delle relazioni sindacali, solo ove accompagnato da elezioni periodiche, può dirsi ispirato ad una logica ascendente e non discendente del potere"; 2. la legittimità delle prerogative sindacali può assumersi proprio in quanto essa è vincolata a dati oggettivi che vanno periodicamente misurati; 3. il sistema sindacale è legittimo in quanto è basato su un consenso sindacale, soggetto a verifiche; 4. la protezione del naturale dinamismo del principio di rappresentanza consente la maturazione del più ampio pluralismo sindacale; 5. le elezioni sono comunque lo strumento, per i lavoratori, per esercitare una funzione di indirizzo sulle organizzazioni sindacali; 6. le elezioni possono servire a cogliere il peso specifico dei sindacati nel corso delle trattative; 7. le elezioni assicurano una rappresentanza di sede pienamente legittimata.

²¹ Rusciano, *Lettura e rilettura dell'art. 39 Cost.*, in DLM, 2013 n. 2, parla al riguardo di "leggi sul lavoro" che sostituirebbero il vero e proprio "diritto del lavoro".

contratti vincolano tutte le amministrazioni ma non sono *erga omnes* (309/1997); sui contratti gestionali che sono *erga omnes* ma a regime speciale perché acquistano efficacia giuridica grazie al fatto che si acquistano dietro l'esercizio dei poteri datoriali (268/94; 344/1996); sui contratti di prossimità con efficacia *erga omnes* e con potenziale forza derogatoria delle leggi ma comunque appartenenti all'ordinamento civile (221/2012); sui contratti che, in quanto solo incentivati dal legislatore, condizionano l'accesso diseguale degli apprendisti a trattamenti previdenziali/assistenziali, ma non violano gli artt. 3,4 e 38 Cost. (108/2013)²²; sui contratti, sempre del lavoro pubblico, che, pur avendo una disciplina di legge speciale sempre più divaricante rispetto a quelli di diritto comune, prevalgono sempre e comunque sulle legislazioni regionali perché, rientrando nell'ordinamento civile, godono di uno statuto costituzionale affidato unicamente al legislatore dello Stato (v., tra le tante, 225/2013; 339/2011)²³. Senza considerare alcune perle della giurisprudenza di merito, in cui con grande disinvoltura si afferma che il contratto collettivo, in quanto “ossatura” di un determinato assetto delle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro (pubblico privatizzato) è un contratto retto da principi di libertà, deve poter essere stipulato dal datore di lavoro con chiunque ci stia, ma è al contempo contratto *necessario*, *id est* da stipulare obbligatoriamente (Corte Appello Roma del 16.4.2013)²⁴.

La mia netta impressione è che comunque siamo molto oltre un ordinamento in cui il contratto collettivo viene assunto dal legislatore come prodotto di autonome relazioni tra privati e non assurge alle soglie della fattispecie di cui all'art. 39 c. 4 (che era il cuore della proposta interpretativa razionalizzante di Massimo D'Antona: ma che, insisto, non intendeva sottrarre ai vincoli costituzionali la legificazione di questo sistema). Siamo sempre più dinanzi all'esercizio di un potere eteronomo affidato consapevolmente al consenso di associazioni privatistiche, anche di minima consistenza o rappresentatività²⁵, che possono esercitare - *rectius* avallare - scelte regolative che si impongono a soggetti estranei e magari contrari all'esercizio di quel potere. Circuiti di regolazione coattiva e inderogabile, giudiziariamente “esigibili” a tutti gli effetti, affidati senza alcuna legittimazione o con legittimazioni assai approssimative sotto il profilo sia civilistico sia pubblicistico. Siamo molto lontani anche da quell'integrazione armonica tra fonti statali e fonti di derivazione sociale di cui parlavano ancora D'Antona nel 1999 o Rusciano nel 2009, negli scritti citati (o, ancor prima Ferraro nel 1981²⁶). Non si può infatti escludere un'inquietante alterazione funzionale del contratto collettivo, non più strumento negoziale ma paravento di regole autoritarie, mascheramento di un potere che non ha più l'ardire di mostrare il suo vero volto, che deve assumere le sembianze di soggetto dialogante, disposto a negoziare, ma in grado di determinare con volontà unilaterale i contenuti dei precetti.

²² Un commento a questa sentenza di P. Sandulli, *Sostegno del reddito agli apprendisti ed incentivo allo sviluppo del sistema di enti bilaterali: legittimità costituzionale sperimentale?*, in DLM, 2013, n. 2.

²³ Da ultima Trojsi, *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, Giappichelli, 2013, p. 135 ss.

²⁴ In corso di pubblicazione in LPA, con nota di P. Monda.

²⁵ Del resto nelle migliori delle ipotesi gli iscritti ai sindacati nel settore privato arrivano al 30/35%. Che, in un panorama comparato, è comunque un tasso elevato.

²⁶ Nella sua originalissima, quasi “visionaria”, monografia su *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamiche contrattuali di tutela*, Cedam.

4. Dinanzi a queste dinamiche ordinamentali, si può però segnalare di recente (2009, 2011, 2012, 2013²⁷) vitalità proprio sul versante delle regole di funzionamento autoprodotte dal sistema sindacale. Regole che sono state accolte con un generale favore (Maresca, ad esempio, ha evocato il formarsi di una nuova costituzione materiale proprio nel volume di studi per Rusciano²⁸) e che, ancora una volta con paziente lavoro esegetico, ci stiamo affannando in tanti a far entrare a pieno regime²⁹. Anche a tal riguardo si impone però una domanda di fondo: pure con le nuove regole, il sistema sindacale garantisce oggi l'assolvimento di quelle che possono considerarsi le funzioni minime sotto il profilo costituzionale?

Questo versante del discorso è particolarmente ampio e complesso. Occorrerebbe innanzitutto approfondire quali sono tali funzioni minime. Ovviamente non è questa la sede per farlo. Ma una traccia di analisi si può provare a delineare, dal momento che veniamo da anni recenti di dibattito assai acceso al riguardo.

Innanzitutto è doveroso ricordare chi, non tanto tempo fa, sosteneva che la funzione macro-sistemica delle relazioni industriali, di sicuro rilievo costituzionale, è quella di garantire la società pluralista, “vale a dire quella società che ammette e talvolta valorizza l’apporto dei gruppi organizzati nella rappresentanza degli interessi, nella composizione o risoluzione delle controversie economiche, nelle decisioni di governo in tema di politiche economiche e sociali”³⁰. Con tutto quanto ne consegue anche nei rapporti con il sistema politico. Questo versante dell’analisi è, come in precedenza si è visto, di grandissimo interesse, ma anche in profonda sofferenza, proprio a seguito del fatto che gli intrecci tra sistema politico e sistema sindacale appaiono negli ultimi anni caratterizzati da debolezza cronica e, comunque, da grande discontinuità.

Per converso c’è chi ha messo l’accento sulla necessità di funzionalizzare assai radicalmente il sistema di relazioni sindacali alla massimizzazione della produttività aziendale³¹. E non mancano segnali importanti di una ampia sensibilità a rendere più perseguibile tale funzione. È però divenuto evidente che se questa funzione viene esasperata, fino al punto da riproporre una visione organicistica delle relazioni di lavoro in azienda, sorge un problema di contrasto con principi costituzionali. Al riguardo, dopo Corte Cost. 231/2013, possiamo considerare la vicenda Fiat come un serbatoio da cui attingere per individuare i limiti più concreti e attuali alla funzionalizzazione aziendalistica delle relazioni sindacali. Ma siamo ben lontani dall’aver chiarezza al riguardo.

Ci sono poi due classiche funzioni minimali di rilievo costituzionale. La prima è quella di garantire una gestione delle relazioni di lavoro in azienda (con effetti diffusivi al di fuori di essa) basati su un sufficiente se non proprio ampio consenso. Qui la rigenerazione dei canali rappresentativi in azienda, culminata nel 1993 con le RSU, ha mostrato la corda soprattutto con l’incedere della contrattazione separata, che ha fatto divenire sempre più grave il fenomeno del

²⁷ Il riferimento è, ovviamente, agli importanti protocolli/accordi siglati tra le principali confederazioni sindacali negli anni indicati, di cui due senza la Cgil (2009 e 2012) e due anche con la Cgil (2011, 2013).

²⁸ *Contratto collettivo nazionale di lavoro e “regole sulla rappresentanza” sindacale: verso l’attuazione negoziale dell’art. 39 co. 4 della Costituzione?*, in *Il contributo di Mario Rusciano all’evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 179 ss.

²⁹ Già ricca la bibliografia, per cui sia consentito rinviare al volume citato in nota 8.

³⁰ Cella, *Il sindacato*, Laterza, 1999, p. 13.

³¹ Il fenomeno è ben analizzato nei suoi effetti giuridico-sistematici da Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, spec. p. 30 ss.

dissenso. A questo provano a porre riparo gli accordi del 2011 e del 2013, incanalando il dissenso in rinnovati strumenti di rappresentanza aziendale rafforzati dal ricorso a procedure referendarie assai più formalizzate e rilevanti rispetto al passato. Si tratta di interessanti progressi, seppure parziali e non privi di delicati problemi giuridici (anche costituzionali) e organizzativi, in attesa di essere tradotti in norme e prassi sperimentati nelle varie articolazioni del sistema sindacale di fatto. Quello che mi preme qui sottolineare è che il dissenso viene comunque incorporato in soluzioni procedurali che tendono a configurarlo come minoranza interna con diritto di parola, di propaganda e di partecipazione alle trattative per il rinnovo dei contratti, però secondo una visione che a me pare in qualche modo statica o “micropolitica”³². Dubito che al riguardo siamo davvero dinanzi ad un’attuazione piena e moderna del sistema costituzionale. Mi pare che si rischi ancora una volta di finire nella morsa costituita dagli artt. 39 c. 1 e 40, con nuova marginalizzazione dell’art. 46.

Infine non si può trascurare che il sistema sindacale e contrattuale dovrebbe essere precipuamente volto a garantire l’art. 36 Cost., innanzitutto per quanto attiene al principio della sufficienza della retribuzione. Funzione che – smentita dai dati concreti, che segnalano un calo costante dei salari reali³³ - sembra messa in discussione dalle recenti evoluzioni della contrattazione collettiva tanto nel privato quanto nel pubblico.

5 Sul profilo richiamato da ultimo e' opportuno un approfondimento, anche a costo di una digressione.

Riguardo al privato va esaminato il quadro regolativo successivo all’accordo interconfederale del novembre 2012, che attribuisce una competenza specifica e abbastanza attentamente regolata proprio al CCNL che, "avendo l'obiettivo mirato di tutelare il potere di acquisto delle retribuzioni", deve "rendere la dinamica degli effetti economici...coerente con le tendenze generali dell'economia, del mercato del lavoro, del raffronto competitivo internazionale e gli andamenti specifici del settore". E non sembra da trascurare, in un approccio ermeneutico, la precisazione incidentale secondo cui la dinamica degli effetti economici va "definita entro i limiti fissati dai principi vigenti".

La sensazione complessiva è che con questa configurazione l’intesa del 2012 non si limiti a prendere atto della funzione general/garantista svolta dal CCNL, ma che intenda precisare, seppure utilizzando moduli sintattici incidentali e quindi normativamente "leggeri", che quella funzione ha assunto dei connotati nuovi e piuttosto definiti. La novità sembrerebbe da ricondurre ad una svolta storica nelle relazioni industriali italiane, cioè al fatto che si è "superato definitivamente con il protocollo del 1993 il sistema di indicizzazione dei salari". Probabilmente a seguito di questa svolta storica il CCNL ha acquisito (o deve acquisire) un "obiettivo mirato" che è quello "di tutelare il

³² Sulla problematicità dell’applicazione di regole maggioritarie in materia v. M.G. Garofalo, *Osservazioni sulla democrazia nei sindacati*, in *Lav.dir.*, 1988, p. 270 ss.; e, più di recente, Santoni, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in *RIDL*, 2013, I, p. 75 ss.; Bavaro, *Sul principio maggioritario nel diritto (inter)sindacale*, intervento al convegno *Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni sindacali*, Venezia Ca’ Foscari, 25-26 ottobre 2013.

³³ V. Aran, *Rapporto semestrale sulle retribuzioni dei dipendenti pubblici- giugno 2013*, in www.aranagenzia.it, p. 4, e ivi una chiarissima tabella da cui risulta che la dinamica retributiva annua pro-capite di fatto registra: nelle amministrazioni pubbliche per il 2011 un -0,7% e per il 2012 un -0,6%; nel settore privato per il 2011 un +2,1% e per il 2012 un +1,6%; mentre il tasso di inflazione effettivo è stato nel 2011 del 2,8% e nel 2012 del 3%. Sulle dinamiche salariali in generale v. anche il recente e interessantissimo *Global Wage Report 2012/2013* dell’OIL e, sulle indicazioni che se ne possono trarre in ordine a politiche e regole contrattuali, Zoppoli L., *Políticas europeas para la competitividad, salarios mínimos y tutela del poder adquisitivo de las retribuciones en Italia tras el acuerdo de noviembre de 2012*, in WP Massimo D’Antona.int 99/2013, nonché in www.insightweb.it, novembre 2013, e in *Documentacion Laboral*, 2013, n. 98.

potere d'acquisto delle retribuzioni". Proprio questa specifica finalizzazione viene dall'AI del 2012 assoggettata ad alcune regole cautelative ("rendere la dinamica...") e, con successiva proposizione su cui mi soffermo in una successiva nota, arricchita di una nuova tecnica, che potremmo definire dello "sdoppiamento funzionale" degli "aumenti economici" derivanti dai rinnovi dei CCNL.

Avendo ben presente tutte e tre le proposizioni normative richiamate si deduce, a mio parere, che l'intesa del 2012 persegue una riforma del CCNL ben lontana dall'assumere come dato non modificabile "la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori rientranti nel settore di applicazione del contratto". E anzi si può dire che uno degli aspetti più rilevanti di questo accordo è di regolare *ex novo* la principale delle funzioni svolte dal CCNL negli ultimi anni, cioè quella di tutelare il potere di acquisto delle retribuzioni.

Al riguardo è senz'altro vero che il sistema di indicizzazione dei salari incentrato sulla c.d. scala mobile è stato superato ormai da vent'anni. Come pure è senz'altro vero che il Protocollo del 23 luglio del 1993 attribuiva al CCNL una funzione che riecheggia, più o meno inalterata (la questione è da approfondire), nell'AI del 2012, nel quale vengono riprese le medesime espressioni utilizzate nel 1993 (v. il paragrafo 2 di quell'accordo dedicato agli "assetto contrattuali"). Però la regola chiave alla quale conseguiva una determinata funzione del CCNL era che "la dinamica degli effetti economici del contratto sarà coerente con i tassi di inflazione programmata (TIP) assunti come obiettivo comune". Poi per determinare il TIP si indicavano gli elementi di cui tener conto (tra cui l'obiettivo mirato alla salvaguardia del potere d'acquisto delle retribuzioni, le tendenze generali ecc.), che erano dunque vincoli per i soggetti ai quali toccava di individuare, con procedure essenzialmente concertate, il parametro a cui i CCNL dovevano poi ancorare gli aumenti retributivi. Inoltre nel 1993 il Protocollo famoso prevedeva l'allora nuovo istituto dell'indennità di vacanza contrattuale, unico per tutti i lavoratori, che non reintroduceva la scala mobile, ma comunque garantiva una qualche automatica copertura dopo la scadenza del CCNL in caso di vacanza contrattuale (pari al 30% del TIP dopo i primi tre mesi e al 50% dopo 6 mesi). Il senso complessivo di questa disciplina rimaneva in fondo la predisposizione di un sistema di salvaguardia del potere d'acquisto delle retribuzioni centralizzato e semiautomatico per un buon 50% della svalutazione salariale; al CCNL restava un considerevole spazio contrattuale grazie al quale l'altra metà della svalutazione salariale era oggetto di una contrattazione libera nei contenuti ma vincolata nei tempi (era prevista una cadenza biennale per la contrattazione nazionale sulla parte economica).

Questo sistema viene di nuovo profondamente modificato nel 2009, con un AI al quale, come si è detto, non aderisce la CGIL. Con tale AI si introduce testualmente per il CCNL la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore. Si porta poi la cadenza contrattuale al triennio, superando la distinzione tra parte normativa quadriennale e parte economica biennale, e si sceglie come indicatore per la dinamica degli effetti economici l'IPCA (indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l'Italia), elaborato da un soggetto terzo (ISTAT) al quale viene affidato anche il compito di monitorare eventuali "scostamenti tra l'inflazione prevista e quella reale effettivamente osservata". In tal caso si prevede che "il recupero degli eventuali scostamenti sarà effettuato entro la vigenza di ciascun contratto collettivo nazionale di lavoro in termini di variazione dei minimi". Inoltre l'indennità di vacanza contrattuale viene sostituita dalla "previsione di un meccanismo che, alla data di scadenza del contratto precedente, riconosca una copertura economica, che sarà stabilita nei singoli contratti collettivi, a favore dei lavoratori in servizio alla data di raggiungimento dell'accordo". Tutte queste indicazioni vengono definite dall'AI "principi...per un modello comune nel settore pubblico e privato".

Il successivo accordo interconfederale del giugno/settembre 2011 non interviene affatto su questi aspetti. Pertanto l'intesa del 2012 costituisce la prima rilevante modifica delle tecniche di

tutela del salario reale profondamente riformate nel 2009 e parzialmente implementate dalla contrattazione collettiva nazionale intervenuta tra il 2009 e il 2013. Anzi, se si considerano le travagliate vicende delle relazioni industriali italiane sotto il profilo dei soggetti e dell'efficacia soggettiva dei contratti, non si può non parlare di un tentativo di riformare la funzione salariale del CCNL di cui al giurista tocca verificare almeno la conformità ai vincoli derivanti dal sistema giuridico complessivo e, segnatamente, dall'art. 36 Cost..

Al riguardo occorre innanzitutto chiarire quali sono i limiti derivanti dal sistema giuridico complessivo. Viene essenzialmente in considerazione l'art. 36 Cost., che, a partire dagli anni '80, è stato oggetto di molteplici interpretazioni evolutive. La principale, perciò da premettere ad ogni ragionamento, è che "i meccanismi di indicizzazione...non hanno ormai alcuna rilevanza di rango costituzionale"³⁴. Per una formulazione della massima significatività di questa interpretazione, che vale però a fornire anche indicazioni in positivo sui persistenti vincoli costituzionali, si può far riferimento a Corte Cost. 126/2000, secondo cui "gli strumenti di adeguamento perequativo non devono garantire un costante allineamento (stante il necessario bilanciamento nel quadro della politica economica e della disponibilità finanziaria), ma solo assicurare che non si verifichi un macroscopico scostamento che sarebbe indice sintomatico di violazione del principio di sufficienza retributiva".

Dunque i vincoli del sistema giuridico consistono essenzialmente nel rispetto dell'art. 36 nella parte in cui la norma garantisce al lavoratore una retribuzione sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa. La retribuzione sufficiente viene identificata dalla giurisprudenza costituzionale come il nucleo duro della retribuzione da garantire indipendentemente da dinamiche aziendali o di mercato, anche se per realizzare tale garanzia non è necessario arrivare ad un "allineamento costante" dei valori salariali reali.

Stando così le cose, si può concludere nel senso che appare costituzionalmente legittimo il superamento sia della scala mobile sia dell'indennità di vacanza contrattuale. Più dubbia è l'opportunità, non la legittimità, dell'eliminazione di ogni meccanismo volto a tutelare il salario reale nei periodi di vacanza contrattuale (anche quello del 2009 potrebbe andar bene). Mentre la regola contenuta nell'AI 2009, secondo cui vanno recuperati in un periodo congruo (tre anni sono anche troppi) gli scostamenti tra copertura garantita dal sistema sindacale ai minimi contrattuali e perdita del potere d'acquisto imputabile all'inflazione reale, può ritenersi una buona esplicitazione

³⁴ G. Ricci, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Giappichelli, 2012, p. 29.

del nucleo precettivo minimo rinvenibile nel principio garantistico della retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 Cost.³⁵

Nel pubblico il sistema di contrattazione collettiva incontra limiti anche più drastici, essendo operante un blocco vero e proprio della contrattazione nazionale "per la parte economica" dal 2010 fino a tutto il 2014, disposto prima per legge (art. 9 d.l. 78/2010) e poi con un decreto delegato dalla medesima legge (art. 16 d.l. 98/2011; DPR 122/2013). A tacere di vari altri problemi pure di rilevanza costituzionale (perché una legge limitativa della contrattazione privatistica se esiste un sistema di contrattazione con rappresentanza legale necessaria in capo ad un unico soggetto, cioè l'Aran?), va però segnalato che, mentre nel 2010 veniva comunque corrisposta l'indennità di vacanza contrattuale (art. 9 c. 17 del d.l. 78), con il recentissimo dpr 122/2013 è stata bloccata "senza possibilità di recupero" l'indennità di vacanza contrattuale per gli anni 2013 e 2014 e fino a quando non sarà dovuta quella "relativa al triennio contrattuale 2015/2017" (art. 1 lett.d). Quindi gli stipendi tabellari sono per tutti i dipendenti pubblici congelati per un periodo sicuramente superiore ai due anni, con una sorta di cancellazione *ex lege* della erosione salariale verificatasi nel periodo indicato. Non saremo in epoca di inflazione galoppante, ma così si espunge dall'ordinamento nazionale qualsiasi strumento per mantenere le retribuzioni ancorate al parametro della sufficienza imposto dall'art. 36 Cost.

³⁵ Quanto alla legittimità dello sdoppiamento funzionale degli aumenti retributivi ex CCNL, se ne può dubitare, dal momento che quello sdoppiamento non solo continua a sovrapporre e confondere la retribuzione obbligazione-sociale e la retribuzione obbligazione-corrispettivo (su questa distinzione v. Zoppoli L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, 1991), ma configura in modo del tutto ibrido gli aumenti retributivi del CCNL, considerato alla stregua della funzione che a tale livello contrattuale viene esplicitamente assegnata. Se infatti quegli aumenti sono garanzia generale e comune a tutti i lavoratori e servono a conseguire l'obiettivo mirato della salvaguardia del potere di acquisto, come possono essere distinti in una quota fissa e un'altra da destinare "alla pattuizione di elementi retributivi da collegarsi ad incrementi di produttività e redditività definiti dalla contrattazione di secondo livello"? E la confusione viene solo alimentata dalla successiva previsione secondo cui "tale quota resterà parte integrante dei trattamenti economici comuni per tutti i lavoratori rientranti nel settore di applicazione dei contratti nazionali laddove non vi fosse o venisse meno la contrattazione di II livello". Infatti questa disposizione vale a confermare che la quota di aumenti previsti dal CCNL connessa alla produttività o redditività sarebbe ex se destinata a tutelare le retribuzioni in generale, ovvero la retribuzione sufficiente "coperta" dalla garanzia rigida dell'art. 36 Cost., seppure senza un "allineamento costante". Nell'intesa del 2012 vi è in effetti un amo al quale si vorrebbe agganciare il pesce del salario fisso che si trasforma in variabile: si tratta della detassazione/decontribuzione riservata al salario di produttività definito dal II livello di contrattazione. Ma questo "allettamento" (o esca), suggerito e incoraggiato dalle promesse del governo in carica, enfatizza ancor più l'ambiguità della normativa: infatti o l'aumento sarebbe dovuto a prescindere da ogni variazione produttiva e, allora, si tratta di una *fiction* attraverso la quale si sottraggono redditi alla fiscalità generale; oppure l'aumento salariale cambia natura, venendo subordinato ad incrementi di produttività/redditività, e allora, legittima la detassazione, ma decurta la copertura dei salari reali (per di più senza alcuna verifica del risultato realizzato: v. Campanella, *Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro*, in WP Massimo D'Antona.it 185/2013, p. 13 ss.). Senza considerare che proprio i lavoratori delle aziende più produttive (*id est* più ricche) diventerebbero quelli che meno alimentano la fiscalità generale (v. Boeri, in la Repubblica del 22 novembre 2012). Prima (o invece) di approfondire la prospettiva critica, si può però prospettare un'interpretazione sistematica di questa nuova disciplina negoziale. Essa infatti deve muoversi all'interno dei "principi" di cui all'AI del 2009; come s'è visto, di quei principi fa parte (direi: necessariamente) la regola dell'integrale copertura degli scostamenti tra l'IPCA e l'inflazione reale. Poiché non sembra che l'intesa del 2012 possa (né voglia) superare il ruolo dell'IPCA, si può sostenere che la quota di salario dirottata dal CCNL verso il salario aziendale di produttività / redditività è solo quella che residua dopo aver garantito tale copertura. Dunque sarebbe sempre necessario, nel ponderare gli equilibri complessivi del CCNL, tener conto di tali oneri a carico delle imprese del settore interessato. Questa interpretazione è avvalorata anche dalla esplicita precisazione contenuta nell'AI 2012 secondo cui "le parti firmatarie...confermano, per quanto concerne lo stato delle relazioni industriali e degli assetti della contrattazione collettiva, le scadenze di verifica già precedentemente concordate". Tali scadenze, fissate appunto nell'AI del 15 aprile 2009 attuativo dell'accordo quadro del 2009, sono: 15 aprile 2013, previa verifica semestrale (e non risulta che il protocollo 2012 equivalga alla prevista verifica). Quindi fino a quella data la funzione di tutela del salario reale si presume assicurata da un aggancio all'IPCA con ogni annesso e connesso.

6. Dinanzi a questo insieme notevole di problematiche vecchie e nuove, c'è da porsi un serio interrogativo: fino a che punto la dottrina giuslavoristica può limitarsi ad analizzare il quadro regolativo senza connetterne i vari frammenti, tutti più o meno giustificabili solo in una logica emergenziale, settoriale, casistica o addirittura causidica? E se lo snaturamento dell'istituto costituzionale del contratto collettivo come potere di eteroregolazione negoziato assume caratteri troppo evidenti, può la dottrina giuslavoristica - teorica o di matrice giurisprudenziale - evitare di far sentire con compattezza e profondità la sua voce critico-costruttiva? I giuristi sono solo consiglieri del "principe" come del resto, secondo il filosofo e psicanalista Slavoj Žižek, sono in fondo tutti i tecnici? Oppure, mi chiedo io, si dividono tra chi è chiamato a consigliare il "principe" e chi ne è escluso? Nel caso riuscissimo a dare risposte negative alle domande che precedono, potremmo formularne un'altra: sono i giuristi italiani (nella specie i giuslavoristi) anche capaci di elaborare, pure con le divisioni e le problematichità inevitabili, un pensiero collettivo del limite invalicabile, capaci di vedere e magari tracciare una linea di orizzonte costituzionale, oltre la quale nelle relazioni sindacali e contrattuali si avverte l'esercizio del mero, vecchio potere del più forte sciolto da ogni rispetto di valori, principi, regole riferibili ad una comunità di persone?

7. Anche se la trattazione che precede è rapida ed impressionistica, credo basti a spiegare perché il giurista del lavoro – teorico ma anche progettuale – debba dare un contributo alla riflessione su un nuovo assetto costituzionale del diritto sindacale. Non possiamo infatti continuare a raccontarci di averne ancora uno chiaro e riconoscibile, confondendo memorie o desideri (in primis di quieto vivere e prosperare) con la realtà, anche ordinamentale. Inoltre la storia semisecolare che ci raccontiamo nei momenti di ottimismo, secondo cui Costituzione formale e costituzione materiale nel diritto sindacale possono convivere senza grandi problemi, ha subito una recente, clamorosa smentita dalla Corte costituzionale, che ha fissato a quella convivenza alcuni paletti piuttosto chiari, sebbene meritevoli di ulteriori approfondite riflessioni e di altrettante precisazioni³⁶. Infine è chiaramente aperta una discussione dai contorni non del tutto chiari su quali siano oggi i nodi e i percorsi per dotare il diritto sindacale italiano di una base giuridica all'altezza delle sfide da affrontare: e questa discussione tocca sovente, anche se malvolentieri, il livello costituzionale. E lo tocca in tutti i suoi aspetti: riproponendo interpretazioni e innovazioni della Costituzione del 1948³⁷; rileggendo la carta fondamentale italiana alla luce di quella europea; ricercando nuove frontiere per costruire un tessuto di diritti e libertà in grado di rivestire una realtà in rapidissima evoluzione; intravedendo il nascere di un nuovo ordine costituzionale ancora fondato sulle gambe, pure più gracili di una volta, delle principali forze sociali.

8. Il convegno di oggi vuole intenzionalmente ripercorrere tutte le problematiche che appaiono di livello costituzionale, senza mettere alcuna sordina e anzi con l'esplicito intento di trarne indicazioni per alimentare una progettazione essenzialmente culturale e ideale che ponga al centro la verifica della base costituzionale della nostra materia e la sua revisione.

³⁶ Per ora v. i contributi di Carinci F., De Marinis, Magnani, Pessi R., Tosi, Zoppoli L. e Vallebona, in www.aidlass.it, cui *adde* Baylos Grau, Carinci F., Lassandari, Proia, Vallebona, in DLM (in corso di pubblicazione); Rusciano, in RGL, in corso di pubblicazione.

³⁷ V., anche sulle concrete prospettive di interventi legislativi, G. Santoro Passatelli, Gottardi, Pessi, Tosi, Gragnoli, Ferraro, Maresca, Proia, Santoni, Marazza, Carabelli, Cester, Garilli, Mazzotta, Ricci, Leccese, De Luca Tamajo, Del Punta, Tiraboschi, in *Ordinamento sindacale e ordinamento statale*, Seminari di Bertinoro, IX edizione, Bologna, 24-25 ottobre 2013; nonché i molti interventi di giovani studiosi pubblicati sul sito del convegno citato in nota 32.

Siamo dinanzi a “problemi che si possono definire costituzionali nel senso più incisivo dell’espressione, cioè come problemi della presenza sindacale nell’ordinamento italiano e della sua effettiva sfera d’azione, e non per un mero riferimento all’esistenza di un disposto della costituzione formale in proposito”³⁸. Sempre parafrasando il libro di Pera, pubblicato oltre mezzo secolo fa, in questa situazione “compito del giurista è quello soprattutto di richiamare le forze sociali alla esigenza di esprimersi mediante una organicità, di esprimersi attraverso un ordine” (p. 15-16). Dopo 65 anni sappiamo bene che si tratta di un richiamo spesso caduto nel vuoto, essendo la realizzazione di un ordine, per non dire di un’organicità, sempre più ardua; al massimo si intravedono effimere sistemazioni. Però credo che il giurista ancora possa e debba provare a dare un contributo nel senso di favorire un’organicità delle regolazione, tenendo naturalmente in massimo conto idee ed esperienze di mezzo secolo.

Insomma si può assumere un orizzonte, almeno dialettico, di scienziati e studiosi. Non ignorando la politica e le forze sociali, ma puntando soprattutto ad elaborare interpretazioni, ricostruzioni, idee e proposte calate in un dibattito scientifico dal quale i circuiti normativi possano risultare comunque rafforzati se non nelle premesse almeno nei risultati. Senza peraltro escludere che potremmo anche noi giovarci di un nuovo livello di problematicità da frequentare quando ci troviamo ad affrontare questioni che sembrano – e sono - antiche ma che oggi si ripresentano con sembianze tali da essere sostanzialmente nuove.

E allora, in conclusione, solo alcune proposizioni, stringate ed essenzialmente di sintesi, su cui continuare a sviluppare una riflessione critico-costruttiva che non tema l’organicità, anche impopolare:

- a) il sistema italiano del lavoro produttivo è sottorappresentato in un sistema politico sempre più polarizzato, da un lato, da vincoli sovranazionali politico-finanziari e, dall'altro, dalla rincorsa quotidiana (ma che dura da decenni) alle “malattie professionali” del ceto politico nazionale o locale. Si allarga una lacuna grave, in quanto si tratta di dare rappresentanza e regole adeguate e moderne a circa 20 milioni di italiani, che, pur essendo una minoranza (gli altri sono sotto i quindici anni o sono pensionati o sono Neet, *not in education, employment or training*), portano sulle proprie spalle gli altri 40.
- b) Si rilevano però da tempo veti e/o inerzie nel medesimo sistema del lavoro produttivo, di varia provenienza ma ben distribuite tra tutti i principali attori sociali³⁹, che impediscono o rallentano innovazioni reali.
- c) Vi è quindi una sostanziale stagnazione o addirittura crisi dei canali della rappresentanza sociale, nonché degli specifici strumenti di *governance* e regolazione con il riemergere di soluzioni ripetitive o con variazioni minime che richiedono tempi lunghissimi per essere introdotte e, soprattutto, applicate.
- d) Ne deriva la necessità di maggiore eteroregolazione, sia su istituti cruciali sotto il profilo costituzionale (artt. 36/38 Cost.) sia per sostenere circuiti di *governance* e regolazione innovativi.
- e) Le problematiche mondiali ed europee richiederebbero inoltre un più robusto sistema sindacale di livello sovranazionale, di cui non si intravede un vero e proprio motore. Almeno

³⁸ Pera, *Problemi*, cit., p. 16.

³⁹ Per veti e inerzie delle organizzazioni datoriali v., di recente, Bellardi, *Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva*, in Carrieri-Treu, op.cit., p. 265 ss.. Vetì e inerzie riguardanti i sindacati dei lavoratori sono più noti: per tutti v. Ichino, *Inchiesta sul lavoro*, Mondadori, 2011, p. 163 ss.

occorrerebbe, a livello nazionale, dare una nuova "anima costituzionale"⁴⁰ alla trasposizione delle direttive Ue in materia sindacale, finora trasposte in Italia in modo piuttosto pedissequo e burocratico.

- f) La contrattazione nazionale nel privato appare non solo in crisi funzionale, ma decisamente sovradimensionata (a che servono 400 CCNL nel privato sui quali da anni ci si propone di intervenire?); mentre preferibile sarebbe, anche in applicazione di un principio di sussidiarietà verticale e orizzontale, una contrattazione territoriale con efficacia *erga omnes* meno frammentata di quella nazionale ma più diffusa, che non basta però evocare, perché andrebbe delineata ex novo con basi istituzionali e organizzative oggi inesistenti o quasi.
- g) La contrattazione aziendale - ora invocata dalle imprese, in passato dai sindacati dei lavoratori - è e sarà di cruciale importanza e merita un'attenta regolazione, di matrice negoziale e legislativa, regolazione che negli ultimi anni è anche emersa, sebbene in modo tortuoso e disorganico e soprattutto poco rispettosa di principi e regole costituzionali (c.d. "nocciolo duro" dell'art. 39), che devono trovare piena applicazione anche al contratto aziendale, in quanto espressione di eteronomia⁴¹, e che non possono ridursi ad un generico rinvio al criterio maggioritario (come nell'art. 8 del d.l. 138/2011)⁴². Tuttavia il contratto aziendale non può essere l'epicentro del sistema sindacale italiano per due fondamentali ragioni: 1. la contrattazione è anche tecnica di regolazione della concorrenza tra imprese e lavoratori, che non può esaurirsi e nemmeno incentrarsi a livello aziendale; 2. In Italia il 95% delle imprese sono micro-imprese (si colloca nella fascia di dipendenti 1-9) e non può essere interessata, per ragioni oggettive e soggettive, da questo livello contrattuale.
- h) Nel lavoro pubblico, si ha una sospensione legale emergenziale della contrattazione collettiva nazionale, perno di un sistema fortemente piramidale, che dura ormai da troppi anni e richiede una chiarificazione anche regolativa in linea con la costituzionalizzazione delle relazioni sindacali nel settore verificatasi, nei fatti prima ancora che nelle leggi, da circa 60 anni.
- i) Sembra matura l'attivazione, anche coattiva (l'art. 46 Cost. può benissimo esserne il fondamento), di meccanismi di *governance* partecipata nelle aziende sia per generare una nuova tipologia di impresa medio-grande e una nuova generazione di operatori sindacali, all'insegna della responsabilità e della coesione sociale, sia per alleggerire la funzione della contrattazione collettiva⁴³.
- j) Il diritto al conflitto rimane la base di una società pluralista e democratica e va garantito anche con eventuali rivisitazioni di norme fondamentali come l'art. 28 St. lav.; il ricorso allo sciopero può però essere ricondotto a strumento per ripristinare l'ordine in un sistema sindacale realmente efficace nel tutelare tutti gli interessi da contemperare e, dunque, in

⁴⁰ Per il significato che attribuisco all'espressione rinvio a *Lavoro, impresa e Unione europea. La tutela dei lavoratori nell'Europa in trasformazione*, Angeli, 2006, p. 125.

⁴¹ Per maggiori argomentazioni al riguardo v. il mio intervento negli atti del convegno Aidlass 2011, cit. in nota 19, e lo scritto cit. in nota 36.

⁴² V. al riguardo Leccese, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, in DLRI, 2012, p. 490 ss.

⁴³ Su questa tematica, sotto varie angolazioni, v., di recente, Corti, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e pensiero, 2012; Durante, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa tra libertà economica e democrazia industriale*, Universitas studiorum, 2013; Campanella, op.cit., p. 19 ss.

primo luogo quello dei lavoratori in condizione di dipendenza sociale, economica ed organizzativa.

Forse, riprendendo spunti e suggerimenti che non sono mai mancati, ma che si intensificano negli ultimi tempi⁴⁴, tutti i problemi che queste tematiche evocano sono risolvibili a Costituzione formale invariata. Di certo la loro soluzione simultanea e innovativa darebbe davvero vita ad una nuova Costituzione materiale del diritto sindacale italiano.

⁴⁴ V., da ultimo, Vallebona, *Rappresentanza: prime osservazioni sul protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil*, in DRI, 2013, p. 649 ss.