

I Libri e le Monografie di VTDL

Diretta da

E. Gragnoli - J.A. Fernández Avilés - F. Marhold - M. Miscione - M. Ricci



Enrico Gragnoli

Il contratto nazionale nel lavoro privato italiano

MONOGRAFIE



G. Giappichelli Editore

Capitolo I

Il contratto collettivo e la crisi dello Stato italiano

SOMMARIO

1. La crisi dello Stato e le sue implicazioni sul sindacato. – 2. Le novità addotte dall'epidemia. – 3. L'esercizio della rappresentanza a livello nazionale. – 4. L'impresa e l'esercizio della rappresentanza. – 5. Il contratto collettivo immaginato dall'art. 39 cost. – 6. Esiste un dovere di trattare? – 7. L'attuazione dell'art. 39 cost. nelle ultime proposte e il controllo sulle associazioni come espressione delle risorse regolative del sistema sindacale. – 8. È necessaria una disciplina che comporti l'efficacia soggettiva obbligatoria del contratto di categoria? – 9. Il contratto nazionale quale espressione negoziale, non riconducibile fra le fonti del diritto oggettivo. – 10. Il contratto collettivo e il diritto oggettivo.

1. *La crisi dello Stato e le sue implicazioni sul sindacato.*

Uno studio della rappresentanza sindacale pone quesiti rilevanti, in specie se si cerca di collocarlo nella complessa e sconcertante parabola della moderna società economica. Le associazioni hanno sempre privilegiato un dialogo stretto con lo Stato¹ e subiscono l'impatto della sua crisi, a maggiore ragione in una fase di disequilibri, nei quali le opportunità rivendicative sono modeste, sia a livello nazionale, sia nel contesto locale o aziendale². Di fronte alla perdita di sovranità dello Stato italiano³, il diritto comunitario si dimostra ostile verso le manifestazioni di autotutela dei prestatori di opere e, così, condiziona la loro azione⁴. Se il negoziato fosse solo il frutto della collaborazione serrata con il sistema politico, perderebbe di risalto. Non a caso, è in imbarazzo chi ha sempre lodato il collegamento fra la funzione legislativa e la sintesi convenzionale degli interessi collettivi, poiché ci si chiede che senso potrebbe avere oggi

¹ V.: Grandi 2005, 872 ss.

² V.: Persiani 2004, 33 ss.

³ V.: Raveraira 2011, 325 ss.; Ferrajoli 1995, 48 ss.; S. Cassese 2002, 41 ss.

⁴ V. Corte di giustizia 11 dicembre 2007, causa C-438 del 2005, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union vs. Viking Line Abp, Viking Line Essti*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 765, e Corte di giustizia 18 dicembre 2007, causa C-341 del 2005, *Laval un partneri ltd. vs. Svenska bygnadsarbetareförbundet e altri*, *ibid.*, 2008, 777.

la concertazione⁵, quando la mediazione si sposta fuori dai confini, coinvolgendo istituzioni sovranazionali⁶, per quanto il negoziato transnazionale non abbia grande impatto sulle vicende italiane⁷.

La deriva del nostro Stato riporta in primo piano le responsabilità delle associazioni, non per il loro raccordo con lo Stato persona⁸, ma in nome della capacità di autogoverno negoziale e in una prospettiva privatistica⁹. Il concetto di autonomia collettiva non sottolinea solo la dimensione superindividuale delle ragioni manifestate, ma il potere, di matrice civilistica¹⁰, di porre regole convenzionali, all'insegna della forza di ciascun gruppo. In difetto, verrebbe meno la libertà contrattuale¹¹, con la centralità delle decisioni associative e dell'indipendenza (sempre relativa) rispetto ai condizionamenti esercitati dai modelli economici¹². Proprio la crisi della sovranità¹³ fa sorgere un interrogativo cruciale, che cosa significhi autonomia nella stagione del disagio occupazionale¹⁴, dell'acuirsi delle difficoltà per la sopravvivenza di molte aziende e della temuta emarginazione dei nostri processi produttivi, a paragone di una riallocazione planetaria delle opportunità di reddito e delle risorse tecnologiche¹⁵.

Se anche si può dubitare delle sorti progressive del nostro Paese, non sono sminuite la libertà e l'autoresponsabilità dei singoli e dei gruppi, poiché occorre una sufficiente capacità di assumere decisioni, consensuali, corrispondenti alla posta in palio. Una rinnovata concezione privatistica del contratto collettivo¹⁶ consente una regolazione razionale del negoziato nazionale e aziendale¹⁷. Poiché non può contare più sul benevolo appoggio del sistema politico, l'accordo è centrale nell'età della globalizzazione, nonostante sia oggetto della legge italiana¹⁸. Ferma tale dimensione, non destinata ad alcuna modificazione nel breve periodo, la logica privatistica si staglia con un profilo più evidente¹⁹.

Nel pensiero occidentale, fino da quello greco e, a maggiore ragione oggi, l'idea

⁵ V.: Treu 2018b, 371 ss.

⁶ V.: Persiani 2010, 328 ss.

⁷ Ci si riferisce ad accordi non inseriti nei procedimenti dell'Unione europea e, comunque, tali aspetti non sono oggetto di questa ricerca.

⁸ In merito, si pone il problema della sussidiarietà che a proposito della contrattazione collettiva; v. P. Olivelli 2008, 1387 ss.

⁹ V.: A. Zoppoli 2007, 345 ss.

¹⁰ V.: Tursi 1996, 25 ss.

¹¹ V.: Vallebona 2001, 393 ss.

¹² V.: F. Carinci 2008b, 1333 ss., sul fatto che "il lessico civilista non è solo quello appreso nell'aculturamento universitario e praticato nell'apprendistato accademico, ma è l'unico che sappiamo, ancor più che possiamo parlare nella nostra materia".

¹³ V.: Ferrarese 2000, 57 ss.

¹⁴ V.: Perone 2001, 389 ss.

¹⁵ V.: Romagnoli 1999, 209 ss.

¹⁶ V.: Romei 2011, 198 ss.

¹⁷ V.: Bellocchi 1998, 37 ss.

¹⁸ V.: Dell'Olio 2002, 61 ss.

¹⁹ In senso opposto, v. Caruso 2014b, 595 ss.

della priorità della persona²⁰ e quella opposta del carattere originario della prospettiva collettiva si sono combattute e persino intrecciate, senza che l'una o l'altra si possa dire prevalente, né è persuasivo andare alla ricerca di una anteriorità o di un dominio di una visione sull'altra. Se mai, vi è da chiedersi dove stiano le preferenze di ciascuno, di fronte a un problema eterno, tale da interpellare la comprensione della vita. L'idea privatistica del contratto collettivo rimanda al venire prima del singolo sul gruppo e alla concezione dell'associazione come espressione e portato della persona e della sua volontà²¹, manifestata con una libera adesione, costitutiva del momento superindividuale²². Questa affermazione si contrappone a quella sul predominio strutturale della socialità²³, con letture della vita etica e politica incompatibili. Oggi, la crisi²⁴ mette in secondo piano le capacità erogative dello Stato e fa discutere della sua razionalità. È più facile pensare all'anteriorità originaria della persona e dell'autoresponsabilità dei gruppi, quale portato dell'associarsi, con un percorso ascendente e con la creazione dei corpi sociali a causa delle valutazioni degli aderenti. Tuttavia, in un futuro, può cambiare la debolezza attuale del nostro sistema istituzionale, sebbene ciò sia poco probabile.

Per chi vede l'antecedenza della persona, l'approdo nel sistema civilistico è quasi obbligato, perché solo queste tesi danno ragione dell'interesse individuale e del suo aggregarsi²⁵, senza che assuma vesti autoritarie, ma in quanto antepone la persuasione alla pure necessaria manifestazione del potere sindacale. La rappresentanza è al punto di intersezione fra valori individuali e collettivi e al centro delle tensioni fra persona e gruppo²⁶. Essi non possono essere sullo stesso piano, per quanto abbiano entrambi uno spazio enorme nella vita quotidiana e, se si va al fondo delle convinzioni di ciascuno, uno dei due momenti deve essere anteposto all'altro, spiegandolo e qualificandolo. Dopo la rivoluzione industriale e a partire dai modelli ottocenteschi²⁷, il negozio sindacale è stato un altro tassello nella dialettica, da reputare infinita, sul senso della nostra esistenza, in una proiezione morale e politica, poiché ci si deve chiedere se si parta dall'originaria centralità dell'uomo o da quella del relativo contesto sociale.

In questo sta il fascino duraturo del contratto collettivo, una figura determinata sul piano storico²⁸, frutto di specifiche contingenze e inserita in un preciso modello di produzione industriale e in un assetto sorto in una fase dell'evoluzione del mondo occidentale. Insieme, il negozio sindacale è un emblema dell'esperienza professionale, con il confrontarsi di una visione dell'uomo basata sulla sua priorità e, al contrario, di una idea dell'anteriorità del gruppo, quale spiegazione della persona e luogo necessario

²⁰ V.: Ridola 1987, 219 ss.

²¹ V.: Grandi 1981, 355 ss.

²² V.: Ridola 1987, 219 ss.

²³ V.: Ferraro 1981, 75 ss.; Veneziani 1989, 373 ss.; Giorgio Fontana 2004, 24 ss.

²⁴ Sul suo impatto sul sistema sindacale, v. Mariucci 2013, 197 ss.

²⁵ V.: Dell'Olio 1980, 75 ss.

²⁶ V.: Persiani 1984, 3 ss.

²⁷ V.: Montanari 1979, 57 ss.

²⁸ V.: Tarello 1972, 37 ss.

di soluzione dei suoi problemi. La crisi attuale consente di vedere questa contrapposizione con qualche spiraglio di maggiore chiarezza.

La nascita del contratto collettivo è stata una risposta alla sfida proposta dalla rivoluzione industriale²⁹, con forme di produzione di massa tali da rendere indifferente per il livello competitivo delle imprese la qualità del fare del singolo prestatore di opere. Ciò ha reso insufficienti e persino obsolete le tutele offerte dal diritto privato classico, invocando disposizioni inderogabili, in grado di garantire una salvaguardia generale, che rendesse inutile la sostituzione dei diversi lavoratori. Si scrisse con notevole chiarezza: “quali sono (...) i costi di produzione della forza-lavoro? Sono i costi necessari per mantenere l’operaio come operaio o per formarlo come operaio. Quanto più breve è il tempo richiesto per apprendere un lavoro, tanto più bassi sono i costi necessari per produrre l’operaio, cioè il suo salario. Nei rami industriali, nei quali non è richiesto alcun apprendistato ed è sufficiente la mera esistenza fisica dell’operaio, i costi di produzione richiesti per formarlo si riducono quasi soltanto alle merci necessarie per mantenerlo in vita nella condizione di essere adatto per il lavoro. E così il prezzo del suo lavoro verrà determinato dal prezzo dei mezzi di sussistenza indispensabili”³⁰.

L’enorme differenza del contesto economico contemporaneo da quello cui pensava Marx induce a richiamare queste riflessioni sui processi che, per un verso, hanno evocato una legge inderogabile e, per altro verso, un contratto il quale, vincolando l’impresa nei riguardi di tutti i suoi collaboratori attuali e futuri³¹, potesse giungere allo stesso risultato di protezione sociale. Da un lato, il negozio sindacale è stata la più originale creazione giuridica della società ottocentesca, frutto della spontanea risposta alla sfida del mondo protocapitalistico. Dall’altro lato, questo contratto è nato con un accostamento precario alle iniziative eteronome e si è subito interrogato sul ruolo dello Stato, di possibile riequilibrio delle diseguaglianze³². Fino a quale punto, frutto dell’autonomia, il negozio può essere ancora stipulato davanti alla crisi dello Stato? O, al contrario, con un nesso fondativo, la dimensione collettiva rievoca non l’interesse settoriale del gruppo, ma quello pubblico³³, alla base dell’azione politica³⁴?

In parte, a tali quesiti la risposta è soggettiva e dipende dalle convinzioni sul valore intrinseco della rappresentanza³⁵, affinché si possa stabilire se sia un riflesso (forse sfuocato) della socialità politica o una manifestazione, intermedia, della vocazione comunitaria della persona, originario motore della vita, con le sue responsabilità di governo razionale dell’esistenza³⁶. Seppure collegato fino dalle origini al diritto statale, il contratto collettivo è stato stipulato con successo prima di essere compreso sul piano

²⁹ V.: Rusciano 1987, 229 ss.

³⁰ V.: Marx 2008, trad. it., 166 ss.

³¹ V.: A. Cataudella 1966, 544 ss.

³² V.: Montanari 1979, 57 ss.

³³ In questo senso, seppure in modo un po’ apodottico, v. Siotto 2018, 18 ss.

³⁴ V.: Persiani 2010, 328 ss.

³⁵ V.: Persiani 2019, 279 ss., sul valore non solo delle concezioni sulla rappresentanza, ma prima ancora sul sistema capitalistico.

³⁶ V.: Napoli 2004, 586 ss.

teorico³⁷. Questa spontanea genesi non contraddice una visione ascendente della rappresentanza, che parta dal lavoro e dai suoi valori per salire verso un gruppo prodotto dalla libera persuasione e dallo spirito di cooperazione, di fronte alle manifestazioni, persino brutali, dell'economia protocapitalistica³⁸.

2. Le novità addotte dall'epidemia.

Ci si può domandare se il quadro sia o possa essere alterato dall'epidemia e dal suo drastico influsso sulle condizioni di una larga parte delle imprese italiane e se, in questa emergenza, vi possa essere qualche nuova prospettiva per l'azione istituzionale. Nonostante le attese emozionali e l'interventismo confuso di queste settimane, con il rincorrersi di proposte e di decreti-legge, senza una visione strategica (peraltro difficile da immaginare), non lo Stato, ma le aziende devono trovare le risorse per proseguire l'attività e l'intervento pubblico apporta o illusioni (come per il temporaneo divieto di licenziamento, che addossa costi ingiusti ai datori di lavoro per rapporti compromessi e senza possibile prosecuzione nel medio periodo) o confusione (come per i tanti interventi di sostegno al reddito, che o si scontrano con l'inefficienza del sistema amministrativo, o introducono rimedi temporanei senza alcun impatto strutturale). Se l'epidemia ha messo a dura prova il nostro Paese, l'assistenzialismo potrebbe avere conseguenze prolungate e peggiori³⁹.

L'approccio alla crisi è stato tradizionalista⁴⁰, quindi sbagliato, con un patto neppure troppo sotterraneo fra le illusioni delle associazioni sindacali e quelle del sistema politico, ed entrambi meritano un giudizio negativo. Se, come vi è da temere, l'attuale situazione è strutturale, come certo lo era quella del trauma del 2008, i licenziamenti sono inevitabili e, in larga parte, già definiti, sulla base di processi immodificabili. A fronte di una contrazione significativa delle occasioni di occupazione, il sistema previdenziale deve puntare all'uguaglianza, imposta dal duro stato di bisogno, ma a costi compatibili con la riduzione del gettito fiscale, perché le imprese colpite abbiano una possibilità di rilancio. Gli interventi volti ad assicurare la loro persistenza devono muovere non dall'idea di tutelarle tutte, ma di scegliere quelle meritevoli.

Può essere conveniente dal punto di vista tattico, per vantaggi di immagine o elettorali, sminuire la gravità delle presenti contingenze. Peraltro, è illusorio pensare che, in breve, le imprese inefficienti possano ritrovare occasioni di profitto stabile, in nome di un recupero del nostro apparato produttivo, insidiato dalle sue intrinseche deficienze e

³⁷ V.: Castelvetti, 2010, 847 ss.; Martone 2008b, 505 ss.

³⁸ V.: Montanari 1990, 35 ss.

³⁹ V.: Vallebona 2019, 391 ss. Solo l'arguzia dell'A. può ricordare Celentano: "chi non lavora non fa l'amore". O, forse, oggi, è il contrario? Che cosa accade in tempo di epidemia? La ... produttività è trasversale o selettiva, cioè riguarda ogni attività vitale o, se attiene al lavoro, si ritorce in modo negativo sulle altre? La pigrizia ha effetti incentivanti su altre funzioni? La mia vocazione cattolica si ribella a questi ragionamenti e, forse, mi sono spinto troppo in là (mi perdonerà mia moglie). Al prof. Vallebona l'ardua sentenza.

⁴⁰ V.: Pisani 2019, 117 ss., persino più duro di me sul reddito di cittadinanza.

da una competizione esasperata a livello planetario⁴¹. La difesa della tradizione non aiuta e il sommarsi dei problemi, il loro carattere capillare, l'obsolescenza di varie organizzazioni produttive, un impoverimento dell'intero Paese, le perduranti tensioni nel settore edilizio, una riduzione della liquidità dei soggetti economici avrebbero dovuto suggerire un approccio più coraggioso, in luogo della difesa tenace, ma passiva delle imprese per come sono, nella convinzione per cui, ancora una volta, possa avere ragione il motto del Gattopardo. Per i pessimisti, fra i quali mi iscrivo, questa lode dell'abituale non nasconde solo timidezza, ma la sottovalutazione dell'avvenire, nel quale avranno spazio le sole aziende più organizzate e attente, quelle in grado di fronteggiare le sfide.

Una concezione universalistica della tutela del reddito è un punto irrinunciabile di una politica equa. Nelle proposte del Governo si trova molta mediazione, con poco coraggio e con la singolare convinzione per cui le porte del futuro sarebbero da costruire sul divieto di licenziamenti inevitabili. L'insicurezza genera una ostilità rispetto alle decisioni aziendali e, qualunque sia il regime, un recesso è destinato a essere il presupposto di uno scontro tanto aspro, quanto lungo, se è percepito come l'inizio di una condizione di stabile bisogno. Il diritto non può creare le premesse per un recupero del sistema produttivo e la strada maestra sarebbe la tutela delle persone fuori dal rapporto, ma nei limiti concessi dalla situazione finanziaria, con l'urgente riduzione della pressione fiscale.

La diffusione del bisogno in qualunque area sociale è uno dei segnali più sconcertanti della nostra condizione attuale e la stabilità del rapporto non è un simbolo ideale delle ragioni dei prestatori di opere, e lo sarà sempre meno, in un mondo dominato dalla competizione e dalla precarietà delle prospettive aziendali. Il diritto non si dovrebbe spaventare né di fronte alle novità annunciate, né davanti all'acuirsi della povertà. Se mai, vi è da dubitare delle capacità dello Stato di comprendere l'oggi e di affrontare il domani.

La politica ha dimostrato ancora una volta i suoi limiti e la ricerca della giustizia non consente né sintesi improvvisate, né affermazioni estemporanee. La fede nel ruolo del pensiero scientifico e nei suoi fondamenti è l'unica indicazione. In uno studio di una diversa disciplina, si è terminata una analisi sul sistema con frasi in parte sconsolate e, in parte, ispirate alla speranza. Si è detto che "un sistema (...) è sempre un sistema di tipo caotico nel senso che è impossibile la riduzione a un modello permanente che possa tenere conto di tutte le forze in esso agenti, salvo che in una visione meramente istantanea", con la precisazione per cui la "caoticità (...) non significa complessità: questa sta a significare la compresenza di più elementi sordinati fra loro ma tutti dello stesso segno, mentre nella caoticità i diversi elementi esprimono valori diversi e spesso confliggenti fra loro. E tale è la situazione concreta sulla quale si applicano i nostri studi"⁴². Le motivazioni dello sconforto sono evidenti e riportano alla precarietà della nostra condizione esistenziale. Però, tali parole celano un messaggio di speranza;

⁴¹ Per quanto si valorizzi il sostegno legislativo al contratto collettivo, i fenomeni sociali sono troppo imponenti per un controllo effettivo; v. Napoli 2012, 467 ss.

⁴² V.: F. Benvenuti 1996, 464 ss.

a fronte del caos, vi è una intelligenza che ricerca e in ciò compie la sua missione di vita.

Non a caso, poche pagine dopo, si legge: “chi si limitasse a una pura esegesi degli ordinamenti non farebbe opera di giurista, nel senso più alto dell’espressione, ma solo eserciterebbe una tecnica (...). Ma chi è chiamato a fare opera di giurista, e perciò a figurarsi un sistema generale, corre rischi che sono propri di un impegno personale e cioè i rischi della propria verità. In questa confessione di debolezza connessa al rischio, vi è anche una confessione di forza, connessa a quella inevitabile ricerca di verità e di certezza che è l’aspirazione più viva e profonda di ogni uomo”⁴³. A ciò è chiamato anche il contratto nazionale, il quale, nell’immediato futuro, dovrà rispondere a una necessità immanente, vale a dire la riduzione della retribuzione, a fronte di imprese non in grado di sostenere i livelli precedenti⁴⁴.

Nessuno può dire quanto durerà questa tensione, con una intensità inattesa anche solo a febbraio 2020. La risposta non può essere un rifiuto del problema, perché indifferibile e addotto dall’inesistenza di ricavi per vari mesi. Resta da stabilire come si potrà costruire su queste basi un interesse collettivo che raggiunga una sufficiente persuasione dei lavoratori e delle loro associazioni. Tuttavia, il tema deve essere presente a chi si accinga a concludere accordi sindacali, insieme alla convinzione per cui è necessario valutare l’attuale strategia del nostro Paese. Infatti, occorrerebbe fare ... l’esatto contrario. Se non si considera l’oggettivo andamento del mercato, il contratto nazionale deve essere al centro di una revisione profonda, che parta dalla protezione delle imprese in grado di salvarsi e, quindi, dalla loro selezione. Le malattie possono essere curate, seppure con difficoltà e senza certezza del risultato. Al contrario, l’assistenzialismo è letale; non è difficile trovare una strada razionale di uscita dall’attuale situazione. Basta fare ... il contrario dei provvedimenti del Governo e, cioè, tornare al diritto comune senza ulteriori indugi, prima che sia troppo tardi.

3. L’esercizio della rappresentanza a livello nazionale.

Sia nelle imprese industriali di maggiore livello tecnologico e di più elevata automazione, sia nelle funzioni di vendita e di contatto con clienti e fornitori, sia nell’area amministrativa, direttiva e di coordinamento, si estende il numero di lavoratori apprezzati per le loro qualità e in grado di chiedere la corrispondente remunerazione⁴⁵. Molto spesso ciò accade nel settore industriale, poiché, per la grande complessità dei beni strumentali, l’apporto individuale vede accresciuta la sua importanza e le competenze incidono sul risultato. In questo scenario, frutto del ricorso a tecnologie informatiche e telematiche sofisticate, la retribuzione non è più stabilita solo in sede collettiva, ma il negoziato individuale ha acquisito uno spazio significativo, se non

⁴³ V.: F. Benvenuti 1996, 492 ss.

⁴⁴ V.: Treu 2013a, 597 ss.

⁴⁵ Sull’influenza dell’evoluzione tecnologica sulle trasformazioni del diritto del lavoro, v. F. Carinci 2007, LXXIII ss.

preponderante⁴⁶. Si è assistito a una imponente modificazione delle risorse tecniche e la loro complessità ha reso non più fungibili le prestazioni, soprattutto in contesti industriali. Soltanto le persone competenti possono dare un contributo in linea con le attese e con quanto richiesto da una concorrenza frenetica.

L'affidamento al contratto individuale⁴⁷ dell'indicazione della retribuzione permette a molti di scegliere l'impresa che più remunererà le loro capacità⁴⁸, seppure con rischi indotti dall'età, da difficoltà personali, da condizioni fisiche. Per i livelli più elevati di conoscenze, si afferma una competizione fra gli stessi prestatori di opere nella ricerca delle opportunità più stimolanti, con il pericolo della rapida obsolescenza delle cognizioni di chi non sia lesto ad aggiornarle o in grado di adeguarsi agli incessanti mutamenti tecnologici e organizzativi. Anche per il progressivo trasferimento di molte funzioni in Paesi lontani⁴⁹, con sistemi di protezione sociale e di difesa del reddito più scadenti del nostro, la retribuzione è oggi al centro di una crescente tensione fra le categorie del diritto del lavoro classico e quelle di un nuovo modello⁵⁰, che sostituisce all'accordo collettivo quello individuale e alla remunerazione egualitaria il premio per le capacità⁵¹, con il rischio dell'invecchiamento delle competenze e dell'impossibilità di reperire una collocazione conforme alle aspirazioni. È diversa la condizione esistenziale e professionale di chi aspiri a negoziare per ottenere il riconoscimento del merito e di chi affidi al contratto collettivo e, pertanto, a una dimensione di socialità la tutela solidaristica della sua debolezza⁵². Nonostante le accese battaglie per il loro rinnovo, gli accordi nazionali o aziendali sono irrilevanti per coloro che percepiscano compensi di gran lunga superiori ai minimi; infatti, il loro innalzamento non altera quanto ricevuto, in virtù del principio dell'assorbimento⁵³.

Il confronto fra il negozio collettivo e quello individuale può assurgere a simbolo di una contrapposizione fra due concezioni, l'una imperniata sulle logiche del capitalismo classico e sulla fungibilità della prestazione, l'altra sulla diffusa valorizzazione delle competenze. I lavoratori che vogliono e possono mettere in risalto le loro qualità e invocare una corrispondente remunerazione sono talora in condizioni di difficoltà esistenziale non meno grave di quella dei dipendenti con prestazioni di minore livello. Anche per inquadramenti elevati, vi è un rischio di inoccupazione e, comunque, si registra una marcata competizione per l'acquisizione della fiducia delle imprese e delle posizioni più promettenti e solide.

I due descritti segmenti del mercato non comunicano, poiché non sono diverse solo le aspettative, ma lo è la prestazione resa da ciascuno. Chi punti alla valorizzazione del suo sapere rifiuta attività ripetitive, non è nelle condizioni psicologiche di eseguirle, né

⁴⁶ V.: Mazzotta 1991, 489 ss., e, dello stesso A., 2001, 219 ss.

⁴⁷ V.: D'Antona 1990a, 540 ss.

⁴⁸ V.: Dell'Olio 1995, 1 ss.

⁴⁹ V.: Hepple 2001, 29 ss.

⁵⁰ V.: Liso 1998, 220 ss.

⁵¹ V.: L. Zoppoli 1991, 157 ss.

⁵² V.: Magnani 2010, 769 ss.

⁵³ V. Cass. 29 agosto 2012, n. 14689, in *Giur. it. rep.*, 2012.

esse gli sono offerte. Chi cerchi un lavoro di modesto contenuto tecnologico e culturale e invochi la tutela solidaristica del contratto collettivo⁵⁴ non gareggia per posizioni per le quali occorran spiccate capacità; quindi, si frammentano le prospettive di vita e il mercato si scompone⁵⁵.

Se l'economia dei servizi e, in specie, della distribuzione, del turismo, delle prestazioni alla persona risente in misura minore o quasi non avverte l'impatto della "globalizzazione", l'industria assiste a una trasformazione progressiva dei metodi e delle tecniche. In tali ultimi ambiti, vi è una continua selezione del personale, chiamato a cimentarsi con compiti di maggiore impegno e i quali richiedono disponibilità allo studio, al sacrificio, al perfezionamento. Oltre a spiegare molti e concomitanti sforzi di "fidelizzazione" dei dipendenti con migliori capacità, questa svolta segnala una frattura nella concezione protocapitalistica del lavoro, di scarso significato nella moderna azienda manifatturiera, dove la valutazione delle competenze rende sempre meno promettente la difesa sindacale.

Possessore di abilità specialistiche, il prestatore di opere con elevate qualità tecniche chiede di essere giudicato per il suo "sapere fare", secondo le logiche dell'autonomia individuale. Questo spiazzamento del contratto collettivo⁵⁶ spiega il carattere frammentario del diritto del lavoro contemporaneo; in molte aree, il "sapere fare" si sostituisce alla produzione di massa, l'intraprendenza prende il posto della gerarchia, l'innovazione soppianta le visioni più tradizionali della diligenza⁵⁷. Però, almeno in Italia, non sono per tutti le opportunità occupazionali offerte dalle imprese di maggiore complessità intellettuale e produttiva. Proprio per la rigorosa selezione aziendale e per la crisi profonda del sistema scolastico, si distinguono vari livelli di capacità e di propensione al sacrificio, con l'inevitabile esclusione di alcuni dalle migliori opportunità, sulla base delle capacità, vere o pretese.

Almeno per i temi retributivi⁵⁸, le organizzazioni sindacali non riescono a rappresentare le fasce dinamiche del mercato e i tentativi di redistribuzione del reddito non soddisfano chi, impegnato nella competizione sfrenata e desideroso di vincerla, subisce nella vita familiare l'impatto oppressivo delle esigenze delle imprese. I moderni mezzi di comunicazione impongono ritmi spesso insostenibili, a fronte di vantaggi patrimoniali talora limitati, a paragone della maggiore sicurezza di coloro che, schivando queste sfide, trovino collocazioni più comode nelle pubbliche amministrazioni o nelle aziende di massa, organizzate secondo le vecchie categorie capitalistiche.

Per chi non riesca a ottenere la remunerazione individuale delle sue capacità, il principale e, spesso, l'esclusivo strumento di determinazione della retribuzione è il contratto di categoria, chiamato a sancire i minimi tabellari⁵⁹. La costante giurispru-

⁵⁴ V.: Persiani 1998, 31 ss.; Hernandez 1998, 9 ss.

⁵⁵ V.: Angiello 2003, 16 ss.

⁵⁶ V.: Bellomo 2018, 697 ss.

⁵⁷ V.: D'Antona 1990a, 540 ss.

⁵⁸ V.: Ferraro 2010, 695 ss.

⁵⁹ V.: Bellomo 2002, 53 ss.

denza di legittimità⁶⁰, sulla sufficienza della retribuzione⁶¹, ha avuto un ruolo fondamentale nel consolidare il risalto dell'accordo nazionale. Questa nota posizione ha alcuni meriti⁶², perché, in materia salariale, ha superato qualunque difficoltà indotta dalla mancata attuazione dell'art. 39 cost. e ha consentito a ogni dipendente, anche se parte di un rapporto irregolare, di invocare la tutela giudiziale⁶³ in ordine al suo trattamento economico, senza che sia rimesso alla discrezionalità del giudice stabilirlo in via equitativa. Proprio per queste benefiche implicazioni, è irrinunciabile la tesi tradizionale sull'art. 36 cost.⁶⁴.

I contratti aziendali e territoriali⁶⁵ non riequilibrano la retribuzione in relazione al successo delle imprese, a paragone del risalto crescente del negozio individuale⁶⁶. Gli accordi locali, per lo più provinciali, hanno gli stessi limiti di quelli nazionali, nonostante si rivolgano a un contesto più ristretto e omogeneo. Sebbene l'appartenenza alla medesima provincia possa rendere più compatte le condizioni organizzative e patrimoniali dei datori di lavoro, essi non sono mai in situazioni identiche e l'intesa trova con difficoltà un equilibrio. Se sono introdotti emolumenti aggiuntivi rispetto a quelli determinati in sede nazionale⁶⁷, sono di solito esigui e, comunque, calcolati sulla base di criteri i quali non possano mettere in crisi le imprese di minori risorse e di più incerto accreditamento sul mercato. Per converso, se gli accordi territoriali fossero troppo ambiziosi e comportassero un forte incremento delle retribuzioni, a paragone di quelle calcolate sulla base del contratto nazionale, sarebbe agevole per il datore di lavoro evitare la loro applicazione, recedendo dall'associazione stipulante.

Per le intese aziendali vi sono migliori prospettive solo in linea teorica⁶⁸. Messo di fronte alle richieste del suo personale, a conoscenza dell'effettivo andamento dell'impresa, il datore di lavoro può essere più portato ad accettare logiche redistributive, in specie se permettono buoni rapporti collettivi. Almeno negli ultimi due decenni, questa prospettiva tradizionale è stata spiazzata dagli accordi individuali⁶⁹, i quali coinvolgono una larga area di prestatori di opere, anche a livelli medi o bassi di inquadramento, nelle aziende di più elevato contenuto tecnologico e di accentuata visione meritocratica. Nell'industria e nei settori più evoluti dei servizi, il numero di lavoratori in grado di accedere a meccanismi premiali individuali⁷⁰ è così alto che il contratto aziendale corre

⁶⁰ V. Cass. 13 luglio 2009, n. 16340, in *Giust. it. rep.*, 2009.

⁶¹ V.: Treu 1970, 72 ss.

⁶² V.: Mortillaro 1984, 452 ss.

⁶³ V. Cass. 22 dicembre 2009, n. 26985, in *Giur. it. rep.*, 2009.

⁶⁴ V. Cass. 29 marzo 2010, n. 7528, in *Giur. it. rep.*, 2010.

⁶⁵ Sul contingente carattere storico, rimesso alla scelta degli stipulanti, del contratto di categoria, v. Perisiani 2011b, 9 ss.

⁶⁶ Sull'impatto della globalizzazione sulle strategie del diritto del lavoro, v. Treu 2000a, 471 ss.

⁶⁷ V. Cass. 26 gennaio 2009, n. 1832, in *Giur. it. rep.*, 2009.

⁶⁸ V.: De Luca Tamajo 1985, 32 ss.

⁶⁹ V.: Mazzotta 1991, 489 ss.

⁷⁰ V.: Treu 2010, 630 ss.

il rischio di essere interessante solo per gli esclusi da queste più vantaggiose opportunità. La propensione del datore di lavoro verso le intese sindacali decresce qualora migliorino la retribuzione di coloro che non abbiano competenze tali da giustificare incoraggiamenti.

La recente tendenza anche dei contratti nazionali a introdurre forme cosiddette di *welfare*⁷¹ corona l'obiettivo del sindacato degli anni '50 e '60 di trasformare in diritti le concessioni dell'impresa, su vari aspetti della vita dei prestatori di opere e, per converso, i vantaggi fiscali e contributivi rafforzano la disposizione aziendale, spesso positiva di per sé. Se sono più frequenti le esperienze dei contratti di secondo livello⁷², le indicazioni di quelle di categoria⁷³ hanno comunque risalto crescente, sebbene sia discutibile tracciare un nesso di consequenzialità fra queste esperienze e la crisi del sistema pubblico⁷⁴. La tendenza si consolida⁷⁵ e l'idea tradizionale di trattamento economico comincia a distinguersi in una componente retributiva e in misure differenti per matrice e storia, comunque inerenti a significativi bisogni del prestatore di opere. Molto dipende a tale fine da futuri atteggiamenti normativi, in specie sul versante tributario⁷⁶.

4. *L'impresa e l'esercizio della rappresentanza.*

Se la tutela solidaristica dei segmenti più deboli del mercato è negli obiettivi del contratto collettivo⁷⁷, anche aziendale, le imprese non guardano con favore a esso, se protegge solo i dipendenti considerati, a torto o a ragione, incapaci di arrivare a un superminimo⁷⁸. Diverso è nelle aree produttive nelle quali sia meno radicato il ricorso ai miglioramenti individuali e dove il dipendente non possa rivendicare la remunerazione dei suoi meriti e accampare le sue competenze. Per esempio, è comprensibile la relativa diffusione delle intese di secondo livello nelle imprese della grande distribuzione, se si riflette sull'indifferenza di molte mansioni rispetto al risultato finale. Infatti, il premio individuale è meno ricorrente e sono più forti le dinamiche collettive.

Poiché i contratti aziendali hanno una rilevante funzione sociale di redistribuzione del reddito, a ragione il legislatore li incentiva con sgravi contributivi e vantaggi fiscali⁷⁹, seppure in modo non sempre produttivo⁸⁰, per esempio con riguardo ai contratti azien-

⁷¹ V.: Tomassetti 2018a, 225 ss.

⁷² V.: Treu 2013b, 1 ss.; Caruso 2018, 369 ss.

⁷³ V.: Bavaro 2017, 729 ss., sull'esperienza del contratto delle imprese metalmeccaniche.

⁷⁴ V.: Fagnani 2013, 159 ss.

⁷⁵ V.: Tursi 2019, 95 ss.

⁷⁶ V.: Renella-L. Sanseverino 2017, 375 ss.

⁷⁷ V.: Caruso 1992, 238 ss.

⁷⁸ V.: Treu 2000a, 471 ss.

⁷⁹ V.: Proia 2002a, 74 ss.

⁸⁰ V.: F. Carinci 2013, 677 ss., per una forte critica alle soluzioni normative.

dali con il favore per le forme cosiddette di *welfare* aziendale⁸¹. Se mai, desta perplessità il ripetuto convincimento espresso dalla legge e dagli accordi interconfederali, i quali vogliono imporre o sollecitare un irrealistico nesso con pretesi recuperi di produttività o di efficienza. Di taglio spesso propagandistico, queste norme o clausole non hanno riscontro nei fatti; per lo più, le intese aziendali vogliono una redistribuzione del reddito, a beneficio delle persone più deboli, e l'incentivazione dell'efficienza e lo stimolo all'impegno personale hanno luogo con i negozi individuali e con i superminimi.

Le relative scelte del datore di lavoro si collocano a un delicato punto di equilibrio fra il contenimento dei costi, a maggiore ragione nei periodi di più intense tensioni produttive e finanziarie, e la creazione di sentimenti di fedeltà e di dedizione⁸². In particolare, per i dipendenti con migliori prospettive e destinatari di significative proposte di altre imprese, la remunerazione deve considerare la difesa della continuità del rapporto, ma con oneri patrimoniali ragionevoli⁸³. Se hanno ormai un forte connotato individuale, le politiche retributive presentano elementi opinabili e discrezionali, poiché sono contemperati interessi differenti. Per coloro che accedono a queste opportunità, seppure con percorsi informali la valutazione delle prestazioni prende il posto della tutela solidaristica. Così, le dinamiche professionali si spingono verso le logiche competitive del lavoro autonomo. Ciò non toglie nulla all'inderogabilità dei contratti collettivi⁸⁴ e, se mai, a fronte del superamento dei livelli di retribuzione previsti dagli accordi di categoria, l'inderogabilità cede di fatto la scena al principio dell'assorbimento. Vi è da chiedersi fino a quale punto i dipendenti debbano essere sereni nell'assistere al loro passaggio dal mondo della tutela collettiva a quello dei superminimi⁸⁵. Infatti, il rompere di una diffusa incentivazione non si sarebbe potuto accompagnare all'accettazione della parità di trattamento⁸⁶, con la proposta, sostanziale restrizione di tali emolumenti individuali a fattispecie limitate, con presupposti tipici o, comunque, sottoposti al controllo giudiziale. La visione dell'uguaglianza come limite all'autonomia contrattuale appartiene a una diversa fase del diritto del lavoro, nel segno della dimensione solidaristica⁸⁷.

L'organizzazione moderna valorizza le competenze⁸⁸. Pertanto, la ricerca dell'utile aziendale ha luogo con un dialogo articolato con il dipendente, i contratti collettivi non sono spesso neppure il punto di partenza delle trattative individuali e le richieste dei lavoratori richiamano parametri di mercato lontani dai minimi. Se le organizzazioni sindacali non sono i custodi credibili della parità di trattamento, non lo può essere il giudice, senza il potere di vietare clausole migliorative, sulla base di inevitabili valuta-

⁸¹ V.: Forlivesi 2020, 237 ss.

⁸² V.: Mariucci 1985, 409 ss.

⁸³ V.: D'Antona 1990a, 540 ss.

⁸⁴ V.: Tosi 1985, 374 ss.

⁸⁵ V. già Vardaro 1987, 229 ss.

⁸⁶ V.: Angiello 2003, 57 ss.

⁸⁷ V. Cass. 17 gennaio 2011, n. 896, in *Giur. it. rep.*, 2011.

⁸⁸ V.: Vigneau 2018, 871 ss.

zioni soggettive⁸⁹. Nel sistema dei superminimi, non tutti i bravi hanno successo e molte ingiustizie sono commesse in modo quotidiano. Tuttavia, questa logica non ha alcuna credibile alternativa e il corrispettivo non è in funzione delle vere qualità, ma di quelle percepite e riconosciute. L'equilibrio è raggiunto in uno spazio vuoto di diritto e tutti, i lavoratori e le imprese, vogliono che rimanga tale⁹⁰.

I meccanismi di determinazione della retribuzione non riescono più a evitare che, per una larga area di persone collocate nei segmenti più bassi dell'organizzazione, la remunerazione sia contenuta, spesso in misura eccessiva, al punto che è a rischio la stessa dignità, seppure per soggetti assunti con contratti legittimi⁹¹. Agli altri va ancora peggio. Ci si può chiedere se ciò dipenda dalla sfrenata competizione internazionale, che comprime i salari, in specie per chi è impegnato in funzioni elementari, o da una oggettiva difficoltà delle associazioni sindacali nell'esercizio della rappresentanza⁹². Esse dovrebbero cercare di raggiungere risultati meno insoddisfacenti nel riequilibrio delle opportunità di tutti i lavoratori⁹³.

La fine della cosiddetta concertazione⁹⁴ è un effetto diretto degli ultimi sconvolgimenti finanziari e istituzionali⁹⁵. Però, le responsabilità del negoziato collettivo sono esaltate, non compresse, a fronte di dinamiche retributive quanto mai articolate e di un impoverimento complessivo di larghe fasce dei prestatori di opere. Il ritorno al diritto civile connota l'evoluzione recente, poiché chiama le associazioni a mediare sugli interessi dei loro aderenti in nome della libera partecipazione al gruppo⁹⁶. Poiché, oggi, la sintesi politica ha uno spazio ristretto e un valore sociale ed etico discutibile (a volere essere benevoli), quella sindacale se ne dovrebbe discostare.

L'associazione deve convincere gli iscritti⁹⁷ e la sua autorità non dipende dalla sola legge⁹⁸, ma si affida alla forza di persuasione e al dialogo, alla ricerca di soluzioni condivise, e la rappresentanza resiste alla crisi dello Stato, che ha regolato il negozio sindacale e i suoi effetti⁹⁹, ma ne ha attenuato il carattere originario, di libera manifestazione del consenso di un gruppo in grado di contrapporre le sue idee al potere economico capitalistico. Né l'attuale trasformazione della produzione ha eliminato l'importanza del contratto collettivo, sebbene quelli individuali siano sempre più incisivi in tema di retribuzione. La crisi mostra quanto gli interessi siano articolati¹⁰⁰ e la loro

⁸⁹ V. App. Roma 25 novembre 2008, in *Giur. it. rep.*, 2008.

⁹⁰ V.: Liso 1998, 220 ss.

⁹¹ V. Cass. 29 marzo 2010, n. 7528, in *Giur. it. rep.*, 2010.

⁹² Con grande incisività, in senso ostile alla funzionalizzazione del contratto collettivo, v. Napoli 2013, 215 ss.

⁹³ V.: G. Santoro Passarelli 1999, 136 ss.

⁹⁴ V.: A. Pessi 2007, 1267 ss.

⁹⁵ Per un diverso punto di vista, v. Perulli 1998b, 251 ss.

⁹⁶ V.: Tursi 1996, 25 ss.

⁹⁷ V.: Fusaro 1991, 79 ss.

⁹⁸ V.: Rusciano 1987, 229 ss., e, dello stesso A., 2003, 201 ss.

⁹⁹ V.: Napoli 1983, 27 ss.

¹⁰⁰ Per una ricostruzione dell'interesse collettivo che lo accosta a quello di classe, v. M.G. Garofalo 1976, 139 ss. Invece, per il nesso fra l'interesse collettivo e quello dell'organizzazione, v. Lambertucci 1990a, 156 ss.

composizione è precaria e richiede mediazione, e il passaggio dall'aspettativa individuale a quella collettiva non è solo nella prospettiva dell'imperio del gruppo e tanto meno può essere guidato dalla legge, ma richiede comprensione dei diversi destini coinvolti¹⁰¹.

Senza questo scambio continuo fra la sintesi critica e la valutazione delle esigenze delle persone, specie in questi tempi di accentuato disagio, il contratto collettivo perderebbe il suo raccordo con le esistenze dei prestatori di opere e il sindacato sarebbe condannato al disastro, non tanto perché avvinto nei rischi dello Stato persona, ma in quanto assumerebbe un ruolo ancillare, inconciliabile con una efficace posizione rivendicativa. Essa passa per la comprensione di quale equilibrio possa essere accolto dalle imprese e dai lavoratori¹⁰² e per una ricostruzione originale dell'interesse superindividuale, da contrapporre¹⁰³ e non da omologare a quello pubblico¹⁰⁴. Questi ultimi non coincidono¹⁰⁵, se della visione collettiva si preserva la dimensione settoriale, basata sul dialogo fra il gruppo e i suoi componenti.

Per quanta rilevanza abbia, l'interesse collettivo non può mai essere pubblico¹⁰⁶, se l'istituzione non vuole smarrire la sua imparzialità. Per un verso, a talune aspettative sindacali se ne contrappongono altre, di pari rilievo, nell'inevitabile dialettica fra datori e prestatori di opere. Per altro verso, se anche tali due ragioni in tensione reciproca arrivassero a una sintesi stabile, neppure questa ultima sarebbe di per sé l'obiettivo dello Stato, dei suoi apparati o degli enti strumentali, in quanto devono guardare oltre le rivendicazioni dei protagonisti del processo economico, per spingersi al di là dei confini del mercato e per comprendere come influenzarlo, a tutela degli acquirenti dei beni e dei servizi e dei cittadini in generale¹⁰⁷. Il lungo tentativo del nostro Paese di fare coincidere l'interesse pubblico e quello collettivo¹⁰⁸ ha comportato solo la negazione dell'uno e dell'altro¹⁰⁹ e la scarsa disponibilità dello Stato a regolare il sistema produttivo in modo equilibrato¹¹⁰.

L'attuale, drammatica crisi è anche la conseguenza di una confusione di fondo fra il pubblico e il collettivo, con la scarsa attenzione riservata alle aspettative diverse da quelle degli attori sindacali e con l'illusione per cui la loro parziale o completa soddi-

¹⁰¹ V.: D'Antona 1998, 325 ss.; Lassandari 2005, 973 ss.

¹⁰² V.: Persiani 1972, 185 ss.

¹⁰³ Però, per una manifestazione di scetticismo sulla contrapposizione fra interessi collettivi e pubblici, v. Gambaro 2019, 779 ss.

¹⁰⁴ V.: P. Rescigno 1999, 43 ss.

¹⁰⁵ In senso opposto, v. M.S. Giannini 1986, 18 ss.

¹⁰⁶ Sulla rappresentanza associativa quale fondamento teorico della stessa attività di contrattazione, cfr. Grandi 1971, 72 ss.; Romagnoli 1963, 35 ss.

¹⁰⁷ In senso opposto, v. B.G. Mattarella 2003, 204 ss.

¹⁰⁸ V.: Caruso 1992, 238 ss.

¹⁰⁹ In senso opposto, v. Romagnoli 1996, 7 ss.

¹¹⁰ Sul fatto che "il gruppo professionale, inteso come gruppo di lavoratori, che assume rilevanza giuridica è solo quello che si organizza in sindacato", v. Persiani 1971, 543 ss.; sulla distinzione fra originalità dell'interesse collettivo e sua assoluta prevalenza su quello individuale, cfr. Tremolada 1984, 35 ss.; Gitti 1994, 69 ss.

sfazione sarebbe stata sufficiente per una sintesi invece da ricercare più in là. Le parti dei rapporti di lavoro sono sempre miopi e considerano prioritario un vantaggio immediato¹¹¹, da paragonare con obiettivi di più lungo periodo, alla stregua della concorrenza internazionale. Sarebbe spettato allo Stato perseguire tali scopi o, almeno, porli in evidenza, senza esclusiva attenzione per le ragioni collettive, e proprio il fallimento dello Stato persona nel fare emergere il pubblico anche in contrapposizione al collettivo fa pensare che le organizzazioni sindacali debbano rivedere la loro strategia in modo innovativo.

Il contratto di categoria ha avuto una fondativa dimensione nazionale¹¹², con la limitazione strutturale della concorrenza e con l'implicito divieto impartito alle imprese di competere ai danni dei prestatori di opere e di abbassare il costo del lavoro sotto quanto previsto dalle clausole inderogabili, visto l'art. 36 cost.¹¹³. Tuttavia, il contratto resta nazionale, sia perché tale è l'area geografica di applicazione, sia perché individua condizioni omogenee per tutte le aziende del medesimo settore merceologico, guardando all'intero Paese. Questo è il problema nell'attuale struttura del negoziato, poiché le crescenti difficoltà dei datori di lavoro, in differenti parti del territorio, rendono precario un equilibrio riferito a tutta l'Italia.

Per converso, l'accordo aziendale è insidiato e quasi messo nell'angolo dall'autonomia individuale. Le diverse aree locali fanno fatica a esprimere esigenze coerenti e, almeno per i miglioramenti economici, i contratti si devono confrontare con le intese individuali e con una distribuzione del reddito imperniata sulle soggettive valutazioni dell'imprenditore. Il dialogo fra l'accordo nazionale, quelli territoriali e quelli aziendali rispecchia esigenze disomogenee, e la spietata concorrenza di questi anni e il suo incidere sui destini delle imprese mettono in crisi una mediazione di categoria. Inoltre, le difficoltà delle aziende pongono le premesse per intese locali basate su presupposti disomogenei e, senza molto ottimismo, vi è da chiedersi se le organizzazioni sindacali abbiano un livello culturale idoneo ad affrontare sfide di tale complessità.

Lo scenario nazionale è l'orizzonte massimo del contratto, se mai riuscisse a presidiarlo con sufficiente credibilità. Infatti, le esperienze sovranazionali hanno avuto scarso risalto in assoluto e, a maggiore ragione, rispetto al nostro Paese, né i comitati aziendali europei hanno assunto ruoli rilevanti¹¹⁴. Il fondamento delle intese collettive nel diritto nazionale è oggi un punto centrale e la loro considerazione da parte della giurisprudenza comunitaria ha sempre come presupposto la regolazione dello Stato, sebbene in uno scenario influenzato dalla disciplina europea. Questo è uno dei principali motivi della crisi del sindacato, il quale, seppure con aperture crescenti a questioni transnazionali, si impegna a livello di categoria, quando le premesse sono sfuggenti, per il carattere globale della lotta economica.

Viene meno una minima omogeneità fra gli interessi di aziende troppo diverse¹¹⁵.

¹¹¹ V.: Leccese 1994, 164 ss.

¹¹² V.: Rusciano 1985, 600 ss.

¹¹³ V. Cass. 14 dicembre 2005, n. 27591, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 556.

¹¹⁴ V.: Giubboni 2004, 4 ss.

¹¹⁵ V.: Giugni 1990, 275 ss.

Per ora, decrescono le risorse messe a disposizione del negoziato nazionale, in cui si discute di aumenti retributivi minimi, né si possono prevedere svolte nel breve periodo, di fronte alla disarticolazione delle prospettive delle imprese e al venire meno di un governo della concorrenza. Le alternative non sono molte e, a fronte di larghi settori della produzione connotati da meccanismi protocapitalistici di organizzazione e senza la valorizzazione del “sapere fare”, il contratto nazionale è, insieme, in crisi nei suoi fondamenti e l’unica forma di tutela solidaristica per i prestatori di opere.

5. *Il contratto collettivo immaginato dall’art. 39 cost.*

Paradigmatico nel suo essere norma inattuata, l’art. 39, commi secondo, terzo e quarto, ha fissato un modello tipico di contratto con efficacia generale, è stato un termine di paragone rispetto alle iniziative del legislatore ed è stato invocato in ordine alla legittimità costituzionale di soluzioni differenti¹¹⁶. L’art. 39, commi secondo, terzo e quarto, cost. era troppo legato alla logica corporativa¹¹⁷, immaginando una pesante ingerenza dello Stato, con la registrazione, sull’essere e sul fare delle associazioni¹¹⁸, con un negoziato unitario, regolato sul piano formale e destinato a portare a una sola intesa¹¹⁹. Purtroppo, il modello ha avuto successo nel lavoro pubblico, ma non si è potuto imporre in quello privato, dove, se mai, i primi decenni successivi alla fine del secondo conflitto mondiale hanno messo in evidenza la comprensibile aspirazione dei gruppi a sottrarsi a qualunque condizionamento statale e a godere infine della libertà riconquistata.

La difesa dell’art. 39 cost.¹²⁰ è stata più volte tentata¹²¹, ma senza successo, per il carattere incommensurabile delle ragioni individuali e l’impossibilità di una loro ponderazione, tanto meno in sede elettorale, poiché le aspettative sono inserite in pieno nella logica civilistica. Sorprende la tenace convinzione per cui la ricomposizione dei dilemmi sindacali sarebbe stata possibile ... in uno spazio pieno di diritto e, cioè, con un intervento prescrittivo volto all’ulteriore consacrazione del matrimonio fra lo Stato e i gruppi e alla legificazione del contratto, come se avesse bisogno non della capacità di persuasione e di comprensione delle difficoltà dell’economia, ma di un ancora più diretto sostegno pubblico¹²². Se mai, l’art. 39, commi secondo, terzo e quarto, cost. non ha compreso le implicazioni del primo comma¹²³, nella sua valorizzazione del dialogo fra le convinzioni individuali e la loro sintesi in una esperienza di gruppo.

¹¹⁶ V.: Proia 2007, 6 ss.

¹¹⁷ V.: Martone 2010, 87 ss.

¹¹⁸ V.: G.F. Mancini 1963, 571 ss.

¹¹⁹ V.: Giugni 1979, 257 ss.

¹²⁰ V.: Pera 1960, 299 ss.

¹²¹ V.: L. Riva Sanseverino 1948, 105 ss.

¹²² V.: Pera 1960, 299 ss.

¹²³ V.: Persiani 2014, 495 ss.

L'art. 39, commi secondo, terzo e quarto, cost. ha suscitato critiche così intense da fare dire che mai "inadempienza del legislatore ordinario" è stata "assistita da una maggiore dose di costituzionalità"¹²⁴. Si è replicato che, "con l'obbiettivo di garantire la massima espansione del principio di libertà sindacale, quella dottrina ha finito con il privilegiare una interpretazione della seconda parte dell'art. 39 che, anche essa, finisce con l'essere 'continuista', ossia (...) con l'accreditarne le possibili implicazioni autoritarie, piuttosto che quelle, altrettanto possibili (e, quindi, da preferire in via ermeneutica), maggiormente coerenti con il rinnovato sistema costituzionale"¹²⁵. Vi è stata una sorta ... di eccesso di zelo nella condanna dell'art. 39, commi secondo, terzo e quarto, cost.^{126?}

Sarebbe stato possibile leggere tali criteri in una visione liberale, preservare il collegamento con il primo comma e realizzare il modello costituzionale? È fondata l'accusa di eccessiva affinità dell'art. 39 cost. con le logiche corporative o questa conclusione sarebbe stata controvertibile, se dell'art. 39 cost. si fosse data una interpretazione non distruttiva, ma volta a segnalare pretesi punti positivi? Si può ricavare qualcosa dall'indicazione costituzionale? L'art. 39 cost. renderebbe indispensabile una codificazione imperativa delle categorie, perché "il riconoscimento di tale potere di autodeterminazione alle organizzazioni sindacali avrebbe, comunque, presupposto la necessità (...) di criteri legali di soluzione di eventuali conflitti"¹²⁷, sebbene l'art. 39 cost. sia stato considerato compatibile con una concezione privatistica, come, a ragione, si è detto a proposito dei negozi recepiti ai sensi della legge n. 741 del 1959¹²⁸.

L'art. 39 cost. non presuppone una logica pubblicistica e proprio la registrazione e la costruzione di un unitario procedimento, se anche fosse rimasto nell'alveo civilistico (e la risposta sarebbe spettata alla legge di attuazione), avrebbero imposto alle associazioni di sottostare non tanto ai controlli dello Stato, quanto alle categorie predefinite¹²⁹. Come è stato obiettato a ragione da tempo, in una visione vicina a quella corporativa il sindacato è stato concepito dall'art. 39 cost. quale "organo della categoria" e "strumento per la tutela degli interessi dei soci e dei non soci", mentre il suo "interesse primario" è quello di "difendere i soci, ossia se stesso e le proprie conquiste"¹³⁰.

Nell'art. 39 cost., il negoziato è diretto dallo Stato, non solo con la vigilanza, ma con la pianificazione delle categorie e la definizione delle forme del confronto, cioè del procedimento obbligato. Poco importa il fatto che le organizzazioni italiane siano state timide nell'esercitare il loro potere di stabilire in sede pattizia le categorie e di disegnare così l'ambito nel quale cercare una omogenea regolazione. Sarebbe opportuno se la stanca conservazione delle aree merceologiche tradizionali cedesse il passo a una più

¹²⁴ V.: Romagnoli 1967, 655 ss.

¹²⁵ V.: Proia 2007, 11 ss.

¹²⁶ Sulla tesi, a dire il vero molto opinabile, per cui la comparazione dovrebbe indurre a diffidare del carattere "volontario del fenomeno sindacale in Italia", v. Siotto 2018, 118 ss.

¹²⁷ V.: Proia 2007, 11 ss.

¹²⁸ V.: F. Santoro Passarelli 1956a, 1 ss.; Persiani 1958, 97 ss.

¹²⁹ V.: Pera 1974, 501 ss.

¹³⁰ V.: G.F. Mancini 1963, 571 ss.

incisiva sperimentazione, imposta dalla frammentazione dei mercati; però, altro è lamentare la passività dei protagonisti delle relazioni industriali¹³¹, altro proporre la delimitazione imperativa della categoria, se tale delimitazione non fosse più rimessa alle scelte strategiche del gruppo, cioè alla mediazione consensuale.

Si obietta che “il significato più profondo del principio di libertà sindacale comporta non soltanto il riconoscimento del pluralismo organizzativo, ma anche, e di conseguenza, la tutela della libertà di ciascuna organizzazione di individuare o seguire interessi collettivi diversi”¹³², e l’osservazione è ineccepibile¹³³. Poiché l’ordinamento deve accettare qualunque concezione dell’interesse collettivo, in quanto non preesiste, ma è il frutto delle determinazioni assunte da ogni associazione, la quale crea la sua visione strategica e la presenta al dibattito con la controparte, non si comprende perché lo Stato avrebbe dovuto codificare le categorie. Infatti, la libertà si esprime anche nel definire l’interlocutore e i rapporti individuali considerati.

La costruzione imperativa di un modello cogente di contratto e la selezione programmata dei destinatari avrebbero limitato l’autonomia del gruppo, il quale, al contrario, può decidere con chi debba sviluppare il negoziato. I suoi fondamenti non possono essere precostituiti dallo Stato e l’identificazione eteronoma delle categorie si tradurrebbe in una costrizione. In difetto, non si potrebbero regolare le procedure, che congelerebbero l’iniziativa sindacale, trasformata in funzione, perché governata dall’esterno in ordine all’oggetto, ai percorsi, agli interlocutori e anche ai fini, almeno in via indiretta. Non vale il pure intelligente tentativo di sminuire questa funzionalizzazione¹³⁴, insita nella programmazione immaginata dall’art. 39 cost.

La selezione delle categorie è sempre il riflesso di una opzione sui confini dell’iniziativa contrattuale e, anche a tacere del controllo sulle associazioni, la trasformazione del negoziato in un procedimento implica la pianificazione, e lo dimostra l’esperienza del lavoro pubblico. È necessario identificare un solo contratto perché possa avere efficacia generale, ma, a tale fine, le fonti eteronome devono chiarire su che cosa si possa negoziare, con quali interlocutori e in quale contesto. Non a caso, l’accordo in tema di impiego pubblico è in breve diventato un vuoto simulacro, dietro al quale si cela un disegno della stessa amministrazione, mai semplice garante delle intese, ma loro motore.

A difesa dell’art. 39, commi secondo, terzo e quarto, cost., si è affermato che “qualsiasi sistema legale di attribuzione di efficacia generale al contratto collettivo determina effetti che incidono non soltanto nella sfera giuridica dei ‘non soci’, ma anche in quella delle organizzazioni sindacali non stipulanti e dei lavoratori che vi fanno parte, limitando, così, *de iure* e non semplicemente in via di fatto, la loro autonomia negoziale, e soprattutto la stessa fondamentale posizione giuridica riconosciuta dall’art. 39, comma primo, cost.”¹³⁵; si aggiunge, “l’obbiettivo perseguito, sia pure con un mecca-

¹³¹ In senso diverso, v. Maresca 2019, 69 ss.

¹³² V.: Proia 2007, 12 ss.

¹³³ V.: A. Pessi 2005, 109 ss.

¹³⁴ V.: Proia 2007, 12 ss.

¹³⁵ V.: Proia 2007, 13 ss.

nismo un po' semplificato e di stampo illuministico, è in sostanza soltanto quello di garantire un contemperamento tra l'attribuzione di efficacia generale (...) e il principio di libertà"¹³⁶.

A prescindere dall'opportunità dell'assegnazione al negozio di effetti generali, se anche si volesse condividere questa scelta della Costituzione, vi si troverebbe comunque il potere dello Stato di erigere un vincolante sistema di rappresentanza. Ciò si giustificerebbe in nome del governo pubblico del negoziato o, almeno, della pianificazione dei suoi metodi, secondo lo schema legale, ma l'art. 39 cost. non regola solo l'efficacia del negozio, ma l'intera contrattazione e, anzi, parte dalla costituzione delle organizzazioni. Si ribatte che l'art. 39 cost. si discosterebbe dal modello corporativo, non solo per la tutela della democrazia interna alle associazioni, ma per la valorizzazione del criterio maggioritario, tanto che muoverebbe "dal principio opposto" rispetto ai canoni corporativi, "cioè dal parametro numerico, e dalla democraticità dei sindacati, per giungere, attraverso la proporzione alla rappresentanza unitaria, e solo così all'efficacia generale"¹³⁷. Del resto, sarebbe stata impensabile per la Costituzione una eccessiva aderenza alle logiche preesistenti e la difesa del metodo democratico e del vincolo maggioritario era inevitabile nel 1948. Tali garanzie sono un po' flebili perché si possa negare la continuità con il passato. Questa non poteva essere assoluta e una cesura deriva dall'art. 39, primo comma, cost.¹³⁸. Tuttavia, i commi successivi hanno ascendenze corporative, perché, nonostante il metodo maggioritario, postulano una costruzione legale del sistema di relazioni industriali.

La libertà è piena rispetto agli esiti del negoziato se è governato solo dalle concordi convinzioni degli stipulanti, a partire dalle modalità del confronto, fino ai suoi risultati, frutto di ragionamenti condivisi e non imposti. Non a caso, del dialogo fra i soggetti collettivi si è discusso in termini di ordinamento, almeno nel passato, e il suo valore fondativo è stato ravvisato nel consenso. Proprio su questo, cioè sulla libertà di decidere come si debba discutere, quali siano gli interlocutori e quali le traiettorie della dialettica, il diritto comune si discosta dall'art. 39 cost.; più intenso negli anni cinquanta e sessanta, tale divario sarebbe stato da difendere, come spazio di libertà. Per l'art. 39 cost., l'attribuzione dell'efficacia generale "anche nei confronti di (membri di) organizzazioni che perseguono (o possono perseguire) diversi fini egoistici è stata collegata a un procedimento volto a favorire la mediazione tra le diverse istanze e, soprattutto, volto a garantire, nei casi di insuccesso di questa ultima, che la soluzione del conflitto avvenga attraverso la verifica del diverso 'peso rappresentativo' di ciascuna organizzazione"¹³⁹. La centralità del procedimento espropria i soggetti collettivi di una delle tipiche forme della loro libertà, la scelta sull'attività, non solo sull'atto e, cioè, anche sul "farsi" delle finali decisioni.

Nell'art. 39 cost., tale "farsi" è per intero attratto nella sfera dell'intervento statale, mentre non vi può essere libertà piena se non concerne l'intero comportamento, a co-

¹³⁶ V.: Proia 2007, 13 ss.

¹³⁷ V.: Dell'Olio 1990, 269 ss.

¹³⁸ V.: Persiani 2014, 495 ss.

¹³⁹ V.: Proia 2007, 14 ss.

minciare dalle premesse del negozio, soprattutto se si considerano le continuative relazioni sindacali. Occorre evitare qualunque confusione fra il procedimento pubblico¹⁴⁰ e l'autonomia privata. Nel primo caso, la funzione è disciplinata per legge e, presupponendo spesso il coordinamento di più centri decisionali, diviene la traiettoria dovuta di realizzazione del potere¹⁴¹. Qualora vi sia contrasto fra i diversi uffici coinvolti, solo all'esito del procedimento si può assumere la determinazione, condizionata dall'osservanza di quanto previsto. Non soltanto l'amministrazione deve agire con razionalità, ma le regole sulla procedura incidono sulla decisione¹⁴², e sia le norme sul "farsi", sia quelle sulla determinazione ultima corrispondono a una selezione imperativa degli scopi, con indicazioni prescrittive vincolanti¹⁴³.

Se anche quelli dell'art. 39 cost. fossero rimasti contratti, sarebbero stati inseriti in un procedimento; non a caso, l'amministrazione avrebbe dovuto garantire il rispetto della regola maggioritaria, come accade nel lavoro pubblico. Il fascino del contratto privato consiste nella sua integrale sottoposizione non a una disciplina cogente, ma alle decisioni strategiche dei protagonisti, non soltanto in ordine alla selezione dell'interesse finale, ma ai modi del dialogo, fuori da una procedura precostituita, se mai regolata con clausole obbligatorie, a opera degli stessi negozi. La matrice corporativa dell'art. 39 cost. non coincide solo con la fiducia nel procedimento e con la definizione legale della categoria, ma con la convinzione per cui esisterebbe un oggettivo interesse e, secondo criteri maggioritari, questo potrebbe essere sancito in nome e per conto di tutti i prestatori di opere. Infatti, il nostro diritto ha espresso la "tradizione teorica della 'collettivizzazione' del fenomeno organizzativo sindacale, configurato come soggetto a sé stante, dotato di una propria 'alterità', come struttura rappresentativa, rispetto alla base degli organizzati", tanto che "anche il sindacato, più che una esperienza di libero associazionismo, è teorizzato (...) come un fenomeno di rappresentanza (...) che assume una ragione di priorità, nell'organizzazione della tutela, come espressione di interessi solidali già in natura collettivi e indivisibili"¹⁴⁴.

L'art. 39 cost. è una espressione tipica della pretesa priorità del momento collettivo su quello individuale, non perché voglia un contratto con efficacia generale, ma in quanto lo immagina come risultato di una procedura; spogliate del governo del "farsi" del loro atto, le associazioni potrebbero o, meglio, sarebbero indotte a definire l'interesse nel perimetro di quello pubblico, espresso dallo Stato, garante del procedimento e dell'ordinato esplicarsi non della libertà, ma della discrezionalità. A prescindere dal fatto che, nella crisi della sovranità, è illusoria questa fiducia nella mediazione dell'amministrazione, l'art. 39 cost. rinuncia alla più allettante sfida della libertà, quella per la

¹⁴⁰ V.: Casetta 1957, 305 ss.; ma cfr. Berti 1968, 422 ss., e, dello stesso A., 1990, 197 ss., sulla "sproporzionata rilevanza" attribuita dal nostro pensiero giuridico al procedimento amministrativo.

¹⁴¹ Sull'attività come "farsi" del provvedimento, cfr. Ledda 1987, 83 ss.; M.S. Giannini 1958, 989 ss.

¹⁴² Sul raccordo fra potere e dovere di ufficio, v. Ledda 1964, 94 ss.

¹⁴³ V.: Pugliatti 1935, 73 ss.; sulla funzione intesa quale "attività che si costituisca come realizzazione dell'ordinamento, nella logica della produzione ed applicazione del diritto o anche di semplice obbedienza", v. G. Marongiu 1989, 5 ss.

¹⁴⁴ V.: Grandi 2005, 872 ss.

quale, a seguito dell'adesione del singolo, il gruppo è protagonista del suo destino e costruttore del reticolo di obblighi e oneri nei quali opera. L'art. 39 cost. rigetta quanto di grande e di pericoloso sta nell'edificare, ogni giorno, la propria posizione negoziale, fuori da un assorbente governo eteronomo dell'economia. Nelle sue manifestazioni autentiche, l'autonomia non sopporta procedimenti predefiniti¹⁴⁵.

6. *Esiste un dovere di trattare?*

Dalla mancata attuazione dell'art. 39, commi secondo, terzo e quarto, cost. è derivata la voluta e consapevole riconduzione del contratto di categoria (e non solo) al diritto privato e fuori dall'influenza pubblica, la quale, in difetto, non si sarebbe manifestata con riguardo solo all'assetto del negoziato, ma anche alla vita dei gruppi, con possibili limitazioni della loro dialettica interna. La storia e la teoria del contratto sono state basate su uno strutturale rifiuto del modello costituzionale¹⁴⁶. Purtroppo, ciò non ha significato una fuga dall'influenza statale, ma, almeno, il tentativo di trovare un raccordo più equilibrato fra l'azione istituzionale e l'ordinamento intersindacale¹⁴⁷. Per lungo tempo, il nesso è dipeso da una concertazione neocorporativa¹⁴⁸, che non è stata espressione dell'art. 39 cost. e, almeno fino alle ultime evoluzioni, non ha ripreso neppure canoni maggioritari, a differenza di quanto accaduto nel lavoro pubblico¹⁴⁹.

Una ardita, ma avvincente ricostruzione¹⁵⁰, per nulla assolutoria nei confronti dei limiti concettuali dell'art. 39 cost., ha cercato di trarne una direttiva per il diritto contemporaneo, cioè la pretesa necessità di attuare quel criterio maggioritario che, seppure riferito dalla Costituzione a un sistema mai realizzato, dovrebbe sopravvivere alla sua mancata attuazione. Vi è da chiedersi se l'art. 39 cost. abbia espresso una preferenza per simili meccanismi di composizione dei conflitti e se allo stesso risultato si potrebbe giungere sulla base di un ragionamento sistematico o, per altro verso, se tali soluzioni siano plausibili nella futura, eventuale trasformazione del nostro diritto¹⁵¹.

Nel testo costituzionale, nulla porta a riconoscere un principio maggioritario quale valore generale, vincolante per il legislatore ordinario, poiché tale riferimento inerisce a uno specifico esercizio dell'autonomia (se anche i contratti dell'art. 39 cost. avessero mantenuto connotazioni privatistiche). In difetto, la rappresentanza non subisce alcun condizionamento ed è definita dalla Costituzione in un solo modo e, cioè, con la fissazione dello statuto di libertà dell'art. 39, primo comma, cost. Tale garanzia non conosce eccezioni e, in carenza dell'attuazione dei successivi commi, resta solo questa tute-

¹⁴⁵ V.: P. Rescigno 1987b, 190 ss.

¹⁴⁶ V.: R. Scognamiglio 1971, 162 ss.; S. Liebman 1979, 538 ss.

¹⁴⁷ V.: Carabelli 1986, 127 ss.

¹⁴⁸ V.: G. Vardaro 1983, 768 ss.

¹⁴⁹ V. già F. Carinci 2000a, 86 ss.

¹⁵⁰ V.: D'Antona 1999a, 404 ss.

¹⁵¹ V.: Marazza 2005, 59 ss.

la completa e il gruppo può agire nel diritto comune, senza alcun controllo pubblico, nemmeno in ordine alla maggioranza dei consensi al momento della stipulazione di un negozio¹⁵². Ciò significa sottrazione a qualunque verifica¹⁵³, compresa una sulla maggioranza. Se realizzato, il modello costituzionale avrebbe visto un ruolo ancora più dominante dello Stato e avrebbe risolto i conflitti a favore delle organizzazioni maggioritarie¹⁵⁴. Oggi, l'art. 39 cost. pone un solo principio, non quello di maggioranza, ma quello di libertà.

Tale conclusione è confermata dall'evoluzione dell'azione collettiva, se si eccettua il lavoro pubblico. Negli anni '50 e '60, il ripiegamento delle organizzazioni verso il diritto privato è stato in nome della libertà, intesa quale condizione complessiva del sindacato, e solo con qualche approssimazione si può parlare di anomia delle relazioni collettive¹⁵⁵, poiché esiste un tessuto regolativo, quello sul contratto in generale. L'art. 39 cost. non fonda la sovranità della maggioranza, ma, al di fuori del suo irrealizzato modello, la libertà dell'associazione di sottrarsi a qualunque condizionamento, compreso quello maggioritario, il quale può trovare un presupposto negoziale, mai legale.

Da un lato, per l'art. 39, commi secondo, terzo e quarto, cost., vi è un solo percorso per la regolazione dell'autonomia. Dall'altro lato, l'art. 39, primo comma, cost. impedisce di imporre un alternativo esercizio della rappresentanza. Poiché non è mai stato attuato, l'art. 39 cost. è il perno della concezione del contratto¹⁵⁶, non perché esprima una preferenza per strumenti maggioritari di composizione del conflitto industriale, ma per la ragione opposta, per l'impossibilità della legge di frapporre ostacoli al diritto comune. Questa opzione non è sorta dal nulla, ma dalle preferenze manifestate dai primi detentori del potere decisionale nel sistema di relazioni industriali¹⁵⁷. Pertanto, il ricorso al diritto comune e il rifiuto del modello costituzionale sono in sintonia con il riconoscimento del carattere incommensurabile degli interessi dei singoli e dei gruppi, espressi dai loro uffici di vertice e frutto non della scoperta di quanto esisterebbe nella natura, ma di un potere di selezione degli obiettivi e di definizione delle strategie.

La mancata realizzazione del modello costituzionale ha avuto importanza sul versante negativo¹⁵⁸, poiché l'art. 39 cost. non garantisce la maggioranza, ma la libertà completa individuale e collettiva, quindi la sovranità del contratto. La sorte dell'art. 39 cost. sarebbe stata dovuta alla "precisa e, via via, sempre più consapevole opzione maturata nel dopoguerra dal sindacato italiano per l'inattuazione e, dunque, verso un sistema che consentisse alle diverse centrali sindacali di 'contare allo stesso modo' riconoscendosi 'pari dignità'"¹⁵⁹. Si può discutere di simili decisioni strategiche, ma esse hanno trovato pieno avallo nell'art. 39, primo comma, cost. e sono inattaccabili dal le-

¹⁵² V.: Dell'Olio 1980, 37 ss.

¹⁵³ V.: F. Santoro Passarelli 1949, 138 ss.

¹⁵⁴ V.: Dell'Olio 1990, 269 ss.

¹⁵⁵ V.: Proia 2007, 14 ss.

¹⁵⁶ V.: Vardaro 1983, 768 ss., seppure in una diversa prospettiva.

¹⁵⁷ V.: Giugni 1979, 257 ss.

¹⁵⁸ Da un differente punto di vista, v. G. Prosperetti 1989, 150 ss.; F. Scarpelli 1993, 46 ss.

¹⁵⁹ V.: Proia 2007, 14 ss.

gislatore¹⁶⁰. Se i commi secondo, terzo e quarto dell'art. 39 cost. sono una deroga al canone di libertà del primo e se l'accettazione dei principi maggioritari ha luogo solo nei limiti dell'art. 39, commi secondo, terzo e quarto, cost., la devoluzione al negozio del compito di regolare la collaborazione fra le associazioni è il segno del carattere incommensurabile dell'interesse individuale e di quello collettivo¹⁶¹. L'accordo civilistico ricompona ragioni in contrasto, ma prescinde dalla misurazione delle aspettative, poiché non esiste una unità di misura.

Se la persona viene prima del gruppo¹⁶², cioè della comunità dei datori o dei prestatori di lavoro o, se si preferisce, della classe, il passaggio alle aspettative superindividuali ha luogo con il sacrificio razionale e basato su decisioni opinabili del *proprium* del singolo a favore di una dimensione più articolata¹⁶³. Tale transito non presuppone una logica maggioritaria, ma determinazioni creative, e sarebbe opposta la conclusione se vi fosse una originaria e prevalente posizione del gruppo e l'organizzazione lo impersonasse, espressione di una preesistente esigenza collettiva. In tale caso, sarebbe naturale la votazione, all'insegna della parità fra i componenti. Ancora una volta, ci si deve chiedere se sia anteriore la dimensione individuale o quella collettiva.

La ricerca torna sempre allo stesso punto e qui si deve arrestare, poiché si passa alle valutazioni morali incoercibili. Se l'uomo è il primo custode del suo destino e creatore della sua vita e della sua presenza attiva nella società, e non componente di una antecedente struttura, all'associazione non si può imporre una votazione. Il gruppo esprime le esigenze oggetto di deliberazione e il criterio maggioritario non è un completamento del sistema civilistico, ma è l'opposto, se le associazioni non ricorrono di loro iniziativa a elezioni, nell'esercizio dell'autonomia. Sarebbe stato possibile introdurre un percorso legale maggioritario se l'art. 39 cost. fosse stato diverso, ma esso impedisce la riedizione del modello del pubblico impiego, perché ciò si tradurrebbe nella limitazione della libertà, invece assoluta.

Non è possibile rinnegare i valori protetti dall'art. 39 cost. e pretendere che, a seguito della mancata realizzazione del sistema costituzionale, la stessa disposizione confermi la pretesa priorità delle istanze collettive. Una simile visione è legittima sul piano della valutazione del destino umano e del raccordo morale fra singolo e gruppo, ma è distonica dall'art. 39 cost., da cui deriva l'intangibilità della sfera individuale e di quella dell'associazione. Non vi è altro contratto se non quello imperniato sul libero consenso e la sottovalutazione dell'art. 39, primo comma, cost. porta all'esaltazione del fatto e del comportamento delle organizzazioni; persino la sentenza sull'art. 19 St. lav. è ambigua¹⁶⁴. La questione rimessa alla Corte non atteneva alle trattative¹⁶⁵, ma alla legittimità dell'art. 19 St. lav., secondo cui potevano costituire rappresentanze aziendali

¹⁶⁰ V.: Bortone 1992, 42 ss.

¹⁶¹ Peralto, sul nesso fra legge e autonomia collettiva, v. Proia 1994, 22 ss.

¹⁶² V.: Ridola 1987, 219 ss.

¹⁶³ Per la tradizionale, seppure forse non del tutto felice immagine del contratto collettivo "che ha il corpo del contratto e l'anima della legge", v. Carnelutti 1927, 108 ss.

¹⁶⁴ V. Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231, in *Giur. it. rep.*, 2013.

¹⁶⁵ V.: Garilli 2014a, 26 ss.

solo soggetti i quali avessero stipulato contratti applicati nell'unità produttiva, a prescindere dalla loro consistenza. La pronuncia ha ritenuto l'art. 19 St. lav. illegittimo "nella parte in cui non prevedeva che la rappresentanza (...) potesse essere costituita anche nell'ambito di associazioni che, pure non firmatarie dei contratti (...) applicati nell'unità produttiva, avessero comunque partecipato alla negoziazione"¹⁶⁶.

Destano interesse due passaggi della motivazione, invero oscuri¹⁶⁷. Si legge un riferimento all'illegittimità della "esclusione di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo, sì da non potersene giustificare la stessa esclusione dalle trattative"¹⁶⁸. Si parla ancora della "tutela dell'art. 28 St. lav. nell'ipotesi di un eventuale, non giustificato, negato accesso al tavolo". Per giurisprudenza consolidata ed esatta, non esiste un diritto a partecipare, a prescindere dal successo riscosso da una organizzazione¹⁶⁹. Infatti, "nell'attuale sistema non vige il principio della necessaria parità (...) tra le varie associazioni; il datore di lavoro non ha (...) l'obbligo assoluto di aprire le trattative (...) con tutte (...), e si può configurare l'ipotesi dell'art. 28 St. lav. soltanto quando risulti un uso distorto della sua libertà"¹⁷⁰. Dunque, "malgrado non sussista alcuna parità di trattamento, è antisindacale il rifiuto, a danno di taluni sindacati, di forme di consultazione, di esame congiunto o di instaurazione di trattative, previste in via espressa da clausole o da disposizioni, allorché ciò si traduca in discriminazioni"¹⁷¹. Anzi, "non opera la (...) parità e il datore di lavoro non ha l'obbligo assoluto di aprire le trattative con tutti (...), ma ha il diritto di scegliere l'interlocutore"¹⁷².

A tacere di un possibile comportamento scorretto, ci si deve chiedere se, oggi, un sindacato abbia il diritto di partecipare al negoziato¹⁷³ oppure (se mi si permette l'espressione un po' fantasiosa) debba ... conquistare sul campo l'esercizio di tale potere, per esempio con lo sciopero¹⁷⁴. Neppure nel caso di accordi separati chi abbia lamentato la conclusione di un contratto da parte di altri organismi ha rivendicato il diritto a stipulare in forza di un ordine giudiziale e in virtù della pretesa parità. La definizione dei soggetti chiamati a concludere l'intesa è rimessa alla loro scelta¹⁷⁵ e le trattative sono regolate dal diritto privato, in particolare a proposito della responsabilità precontrattuale. Tali riferimenti bastano per guidare i comportamenti preparatori e la simmetria fra i negoziati individuali e quelli collettivi non lede l'azione sindacale, perché il diritto comune tutela la libertà negoziale anche nelle relazioni industriali.

¹⁶⁶ V. Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231, in *Giur. it. rep.*, 2013.

¹⁶⁷ Per un giudizio diverso, v. Tosi 2014a, 1 ss.; A. Zoppoli 2014b, 333 ss.

¹⁶⁸ Sottolinea questo aspetto Garilli 2014a, 26 ss.

¹⁶⁹ V. Pret. Roma 19 marzo 1992, in *Not. giur. lav.*, 1992, 165.

¹⁷⁰ V. Trib. Torino 23 luglio 2009, in *Giur. it. rep.*, 2009.

¹⁷¹ V. Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, in *Giur. it. rep.*, 2008.

¹⁷² V. Pret. Milano 25 febbraio 1999, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, 36.

¹⁷³ Sul persuasivo concetto di reciproco riconoscimento, v. Garilli 2014a, 19 ss.

¹⁷⁴ V. Trib. Milano 4 giugno 1994, in *Not. giur. lav.*, 1994, 447.

¹⁷⁵ V.: Leccese 2013, 539 ss.