

RECIPROCO RICONOSCIMENTO E RAPPRESENTATIVITÀ SINDACALE (SPUNTI RICOSTRUTTIVI DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 231 DEL 2013)

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale e il sostegno al sindacalismo confederale maggiormente rappresentativo. – 2. Il *revirement* della Consulta: la rappresentatività desunta dalla stipulazione del contratto collettivo aziendale. Critica. – 3. La sentenza n. 231 del 2013 e il nodo della rappresentatività. L'applicazione dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori. – 4. Libertà contrattuale e libertà sindacale.

1. – Secondo un approccio già divenuto di prammatica, la sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013 va letta alla luce dei suoi precedenti⁽¹⁾. Del resto è la stessa Corte che, per dare fondamento e coerenza al *decisum*, prende le mosse dalle sentenze che hanno affrontato il tema delle rappresentanze sindacali aziendali. Ed allora anche noi cimentiamoci in quest'esercizio di ricostruzione storica, nel tentativo di offrire un'interpretazione del testo che possa scioglierne i nodi problematici.

Punto di partenza dell'*excursus* è la sentenza n. 334 del 1988, forse quella ritenuta con più forte caratura ideologica per la sua enfaticizzazione del sindacalismo confederale e, nel contempo, per la valutazione negativa di quello autonomo monocategoriale. La Consulta si muove sul solco già tracciato dalla sentenza n. 54 del 1974, e quindi non asseconda le spinte verso la frammentazione del tessuto sindacale, in quegli anni in via di rapido sviluppo (emersione dei quadri, sindacalismo autonomo nel terziario), e caratterizzato da accenti fortemente conflittuali nei confronti della politica confederale, legittimando la centralità delle “confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale” al fine della costituzione della

(¹) Cfr. gli interventi di F. CARINCI, N. DE MARINIS, M. MAGNANI, R. PESSI, P. TOSI, A. VALLEBONA, L. ZOPPOLI al Convegno su “*Le rappresentanze sindacali in azienda – Contrattazione collettiva e giustizia costituzionale*”, Roma 16 settembre 2013, in *www.aidlass.it*, e A. MARESCA, V. BERTI, E. GIORGI, L. LAMA, R. LAMA, A. LEPORE, D. MEZZACAPO, F. SCHIAVETTI, *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *Adapt Labour Studies*, vol. 13, 2013 in *www.adapt.it*, G. SANTORO PASSARELLI, *La partecipazione alle trattative come criterio di misurazione della rappresentatività sindacale e l'applicazione dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, pag. 1143 e segg.; A. VALLEBONA, *L'art. 19 St. lav.: una sentenza che fa sorridere*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, pag. 646 e segg.; B. CARUSO, *La Corte costituzionale tra Don Abbondio e Il passero solitario: il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/13*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, pag. 901 e segg.

rsa. Queste, e solo queste, infatti, perseguono l'obiettivo solidaristico tra tutti i lavoratori (ed i disoccupati e i pensionati) in funzione dell'egualianza sostanziale. Da qui, per un verso, la marginalità (e quindi sussidiarietà) del criterio di cui alla lett. b) dell'art. 19, che comunque garantisce il pluralismo sindacale, e per l'altro il rifiuto di logiche "puramente aziendalistiche, estranee al ruolo... assegnato dalla Costituzione" all'azione sindacale (2).

La sentenza n. 30 del 1990 è in linea con la precedente, ma in essa si scorgono significativi segnali di insoddisfazione nei confronti dei criteri selettivi indicati dall'art. 19, anche se non al punto da metterne in discussione la *ratio*.

L'adesione agli argomenti indicati nella sentenza n. 334 del 1988 è piena laddove la Corte afferma che "la politica promozionale perseguita dal legislatore al fine di favorire l'ordinato svolgimento del conflitto sociale... comporta una selezione dei soggetti collettivi protetti fondata sul principio della loro effettiva rappresentatività... Il principale criterio selettivo adottato al riguardo è quello della 'maggiore rappresentatività' a livello pluricategoriale, finalizzato a favorire un processo di aggregazione e coordinamento degli interessi dei vari gruppi professionali, di sintesi delle varie istanze rivendicative e di raccordo con le esigenze dei lavoratori non occupati". Questo è dunque per la Corte il criterio più importante, perché realizza il principio solidaristico, ed è criterio di rappresentatività effettiva, anche se ovviamente è fondato su un dato storico (3). "Ma", prosegue la Corte, "accanto ad esso la tutela rafforzata è stata conferita anche al sindacalismo autonomo, sempreché esso si dimostri capace di esprimere - attraverso la firma di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva - un grado di rappresentatività idoneo a tradursi in effettivo potere contrattuale a livello extra-aziendale". Ed ha cura di precisare che il legislatore alla lett. b) nel fissare a tale livello la soglia minima della rappresentatività "ha inteso evitare... i pregiudizi che alla libertà ed autonomia della dialettica sindacale possono derivare dal potere di accreditamento della controparte imprenditoriale". Vero è che la questione sottoposta all'attenzione della Corte riguardava "l'accesso pattizio" (*id est*, per conces-

(2) Per l'esame critico della sentenza cfr. M. RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Bari, 1999; sul tema dei sindacati maggiormente rappresentativi G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981; M. NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, pag. 7 e segg.; B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992; P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998.

(3) F. MANGINI, *Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 1976, pag. 209 e segg.

sione discrezionale dell'imprenditore) alla tutela rafforzata (4). Ma non v'è dubbio che la Corte, nel giustificare la scelta legislativa del livello extra-aziendale, si è espressa in termini ampi, affermando un principio di carattere generale.

La Corte afferma che "sono tuttora in larga misura valide... le ragioni che spinsero il legislatore del 1970 a scoraggiare la proliferazione di micro organizzazioni sindacali ed a favorire, secondo un'ottica solidaristica, la rappresentazione di interessi non confinati nell'ambito delle singole imprese o di gruppi ristretti". Tuttavia segnala con preoccupazione il fatto che entrambi i criteri indicati dall'art. 19 individuano l'effettiva rappresentatività soltanto all'esterno delle unità produttive, senza preoccuparsi di verificarla anche direttamente sui luoghi di lavoro, non tenendo conto della "più accentuata conflittualità" determinata dalle "incisive trasformazioni verificatesi nel sistema produttivo" con conseguente "divaricazione e diversificazione degli interessi" (5). Il modello risulta dunque deteriorato. Ma l'auspicato intervento del legislatore non può consistere "nell'espansione, attraverso lo strumento negoziale, del potere di accreditamento della controparte imprenditoriale", giacché questo "può non offrire garanzie di espressione della rappresentatività reale". È invece necessario che si introducano strumenti di verifica dell'effettiva rappresentatività delle associazioni di cui all'art. 19 dello Statuto e, nel contempo, che si garantisca l'accesso alle misure di sostegno anche ai sindacati estranei a quelli richiamati dalla norma, che, attraverso "una concreta, genuina ed incisiva azione sindacale", diano prova di "significativi livelli di reale consenso" (6). Non sembra dunque che sia il contratto collettivo aziendale l'auspicato strumento di verifica dell'effettiva rappresentatività, anche (e soprattutto) perché l'insieme dei criteri che dovrebbero essere messi in campo deve comunque salvaguardare gli "obiettivi solidaristici ed egualitari propri del sindacato".

Il monito non verrà raccolto dal legislatore. E a sua discolpa può osservarsi che, nel rinnovato clima sindacale, un intervento (al di fuori del settore pubblico) poteva apparire superfluo dopo che le parti sociali erano riuscite, con il Protocollo del 23 luglio 1993, a dare una risposta alla perdita di rappresentatività del sindacalismo confederale con l'introduzione delle

(4) Per la critica sul punto cfr. per tutti M. GRANDI, *Rappresentatività e costituzionalità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, I, pag. 6 e segg.

(5) Sulla crisi del sindacalismo storico come metafora della crisi del diritto del lavoro cfr. G. GHEZZI-U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, 4ª ed., Bologna, 1997, pag. 76; F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Il diritto sindacale*, 6ª ed., Torino, 2013, pag. 121; G.P. CELLA, *Il sindacato*, Bari, 1999.

(6) F. LISO, *Statuto dei lavoratori e recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Costituzionale. Alcuni spunti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, I, pag. 62 e segg.

RSU, strutture organizzate su base unitaria ed elette dall'intera collettività aziendale. Proprio per le sue caratteristiche di organismo inclusivo di associazioni prive dei requisiti di cui all'art. 19, le RSU valorizzano il consenso come metro di democrazia nell'ambito dei rapporti tra comunità dei lavoratori e sindacato, e quindi danno pienezza al principio di effettiva rappresentatività nei luoghi di lavoro. Le regole elettorali – pur con il discutibile tributo del terzo riservato (eliminato con il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013) – e la loro individuazione, assieme ai sindacati firmatari del contratto nazionale di categoria applicato in azienda, quali soggetti legittimati a negoziare al secondo livello, garantiscono il collegamento con il sindacato rappresentativo in ambito extra aziendale, e quindi il perseguimento di una più ampia solidarietà, come auspicato dalla Corte (7).

2. – La svolta è segnata dalla sentenza che dichiara ammissibili i referendum sull'art. 19 (n. 1 del 1994) e da quelle che rigettano le censure di incostituzionalità sollevate sul testo emendato (nn. 294 e 345 del 1996).

Con la prima la Corte non esercita alcun vaglio di costituzionalità sulle possibili conseguenze degli esiti positivi dei referendum, limitandosi ad affermarne l'ammissibilità perché chiaro è l'intendimento (sia per quello "massimale", che per l'altro di abrogazione parziale) dei promotori ed inconvenienti applicativi della normativa di risulta. Non si interroga dunque se le richieste trovano ostacolo nei limiti impliciti al referendum che la giurisprudenza della stessa Corte ha individuato nei quesiti che investono leggi c.d. "a contenuto costituzionalmente vincolato", in quanto vertono su disposizioni la cui abrogazione si traduce in una lesione di principi costituzionali (cfr. ad esempio la sentenza n. 46 del 2000 sul referendum abrogativo dell'art. 18 St. lav.). Certo nel giudizio di ammissibilità non vi erano state costituzioni *ad opponendum*, a riprova della miopia delle stesse confederazioni maggiormente rappresentative che avrebbero dovuto difendere l'impianto originario dell'art. 19. Ma su materia così delicata e controversa una valutazione al riguardo avrebbe dovuto essere condotta d'ufficio dalla Corte. Comunque quale fosse l'intendimento della Corte risulta *a posteriori* chiaro dalle successive sentenze.

Con la sentenza n. 294 del 1996 la Corte afferma che "l'aver tenuto fermo, come unico indice giuridicamente rilevante di rappresentatività ef-

(7) M. D'ANTONA, *Il protocollo sul costo del lavoro e l'«autunno freddo» dell'occupazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, I, pag. 422 e segg.; P.G. ALLEVA, *L'accordo del 23 luglio 1993: un'analisi critica*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1993, I, pag. 250 e segg.; G. GHEZZI, *Considerazioni sull'accordo tra governo e parti sociali del 13 luglio 1993*, in *Pol. Dir.*, 1994, pag. 315 e segg.; L. MARIUCCI, *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in *AIDLASS*, stesso titolo, Atti delle giornate di studio di Pisa 26-27 maggio 1995, Milano, 1996.

fettiva, il criterio della lett. b), esteso però all'intera gamma della contrattazione collettiva, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell'ordinamento sindacale". Nessun rischio che possa prevalere il potere di accreditamento dell'imprenditore perché, a differenza del caso (esaminato dalla sentenza n. 30 del 1990) in cui il datore di lavoro conceda *sua sponte* le agevolazioni previste dal titolo III dello Statuto, la rappresentatività è una "qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi (nazionali, locali o aziendali) applicati nell'unità produttiva". Certo la Corte sottolinea che il criterio deve coincidere con "la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro... come controparte contrattuale", e quindi richiede la "sua partecipazione attiva al processo di formazione del contratto collettivo", che deve avere natura normativa, anche se integrativo di un contratto nazionale o provinciale applicato nella stessa unità produttiva. Ma ciò non è sufficiente a giustificare il brusco *revirement* rispetto alle precedenti decisioni, che avevano sottolineato la funzione solidaristica del sindacato, e la conseguente giustificazione (anche sul piano costituzionale) del criterio originario di cui alla lett. b), nonché i rischi che avrebbe potuto comportare la fissazione della soglia della rappresentatività a livello di contratto aziendale, rischi che andavano ben al di là dell'ipotesi di accesso pattizio alla tutela rafforzata e che, del resto, erano stati messi in evidenza dai primi commentatori della norma statutaria (8). Peraltro, la Corte sembra consapevole di una possibile lesione del principio di eguaglianza tra i sindacati rappresentativi, anche se allo stato non ritiene che ne sussistano concretamente gli estremi. E quindi chiama in causa il legislatore (per la seconda volta) affinché introduca altri criteri che rendano possibile dimostrare la rappresentatività sindacale "per altre vie". Ma non sono quelli indicati nella sentenza n. 30 del 1990: escluso che possa utilizzarsi l'indicatore (che la Corte non a caso ora qualifica presuntivo) dell'affiliazione alle confederazioni maggiormente rappresentative, perché condannato dal responso referendario, si suggerisce di fare ricorso al criterio di cui all'art. 39, comma 4, Cost., e quindi al numero degli iscritti al sindacato, o al numero dei voti riportati nelle elezioni a suffragio universale nelle unità produttive. Ma, prosegue la Corte si tratta di criteri che non possono trovare immediata applicazione senza un intervento del legislatore che introduca una "sorta di anagrafe sindacale", un sistema elettorale aperto a tutti i sindacati ("senza i limiti previsti dal-

(8) A. FRENI-C. GIUGNI, *Lo Statuto dei Lavoratori*, Milano, 1971, pag. 84; di GIUGNI cfr. inoltre *Due leggi per evitare quattro pericolosi referendum*, in *Lav. Inf.*, 1995, n. 1, pag. 5 e segg.

l'accordo interconfederale 20 dicembre 1993") e "fissi una soglia di voti il cui superamento conferisce al sindacato la qualità rappresentativa".

Con la sentenza n. 345 del 1996, la Corte si sbarazza della questione di legittimità costituzionale ancor più sbrigativamente, aggiungendo un nuovo argomento a quelli precedentemente esposti: la lesione dell'art. 39 Cost. sotto il profilo del condizionamento all'autonomia sindacale non sussiste in quanto l'alternativa cui si trova di fronte il sindacato tra sottoscrizione del contratto collettivo o non accesso ai diritti di attività sindacale è "fattore del calcolo costi benefici", che il sindacato, "come ogni contraente, deve compiere per valutare la convenienza a stipulare o meno". Risulta chiaro che la Corte parifica la funzione del sindacato a quella svolta da un contraente qualunque, che qui opera in virtù del mandato associativo, senza tenere conto che il criterio della rappresentatività, quale qualità originaria del sindacato ed indice della sua capacità a rappresentare gli interessi del gruppo (e non dei singoli), aveva ricevuto dall'ordinamento statale una particolare qualificazione mediante gli indici di cui alle lett. a) e b) al fine di accedere alla legislazione di sostegno che trova pur sempre il suo fondamento nell'art. 39 Cost. (in combinato disposto con gli artt. 2 e 3). Insomma, nella sentenza si intravede più una protezione del contratto, quale punto di equilibrio a garanzia dell'efficienza dell'impresa, che una tutela della libertà⁽⁹⁾.

Ed infatti, la più autorevole dottrina manifestò subito netto dissenso nei confronti dell'esito referendario: Giugni mise in evidenza l'autoreferenzialità del criterio del riconoscimento negoziale lapidariamente affermando che "oggi lo statuto, promuovendo ed agevolando la contrattazione a favore dei sindacati che hanno già fatto il contratto, sostiene, di fatto, chi già si è messo in piedi"⁽¹⁰⁾; Pera prevede, con lucida lungimiranza, le "sgradite sorprese" che avrebbe riservato l'applicazione dell'indice formale esterno, consentendo "esiti che certamente sono fuori e dalla legislazione statutaria e dai principi costituzionali in materia sindacale"⁽¹¹⁾; Chezzi-Romagnoli affermarono che l'esercizio del potere di accreditamento "è indispensabile per la determinazione del presupposto di fatto (= la firma di un contratto, anche aziendale) che consente la produzione degli effetti legali (= godimento dei diritti sindacali da parte del soggetto collettivo fir-

matario)"⁽¹²⁾. Non mancò peraltro chi, per aggirare la censura di costituzionalità, già allora ritenne che "il testo normativo" andasse interpretato nel senso di fare rientrare nella definizione "quelle organizzazioni sindacali che hanno effettivamente partecipato al processo contrattuale pur senza partecipare all'accordo"⁽¹³⁾.

Ma l'assetto allora vigente dell'ordinamento sindacale, se non giustificava adeguatamente sul piano giuridico l'infondatezza della questione (il principio di razionalità pratica sembra in questo caso un ingegnoso *escamotage* piuttosto che un valido argomento tecnico-giuridico), quanto meno ammortizzava l'impatto pratico della norma.

Tutto si è retto grazie al "riconoscimento della reciproca funzione rappresentativa"⁽¹⁴⁾ tra i sindacati confederali "storici": inteso non solo quale fonte per il regolamento collettivo⁽¹⁵⁾ ma anche garanzia dell'esercizio dei diritti di attività sindacale nei luoghi di lavoro. Tant'è che nel ccnl metalmeccanici "separato" del 2003 venne inserita una clausola che estendeva l'accesso a tali diritti al sindacato dissenziente, ma firmatario dell'accordo sulle RSU.

Solo che di lì a qualche anno anche quella clausola di *fair play* verrà abbandonata e, a sottolineare la rottura con la Fiom Cgil da parte di Fim Cisl e Uilm, nei contratti collettivi con il gruppo Fiat si inserirà una clausola di segno opposto che subordina al consenso di tutte le parti stipulanti l'eventuale successiva adesione ai contratti medesimi. Non solo. Perché, anche al fine di evitare che il sindacato non firmatario possa costituire proprie RSA invocando l'applicazione dell'accordo del 20 dicembre 1993, la Fiat esce da Confindustria⁽¹⁶⁾ "con l'intento di costruire un distinto sistema contrattuale, definito autoconcluso ed autosufficiente"⁽¹⁷⁾. La rottura del patto fondamentale che reggeva il quadro delle relazioni sindacali e contrattuali, sia tra le tre organizzazioni dei lavoratori, sia (per quanto riguarda il

⁽¹²⁾ G. CHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, op. cit., pag. 89.

⁽¹³⁾ M.G. GAROFALO, *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pag. 665. Per la costituzionalità del nuovo requisito di rappresentatività cfr. C. SANTORO PASSARELLI, *La nuova disciplina delle rappresentanze aziendali dopo i referendum*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1996, pag. 1 e segg.; A. MARESCA, *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1996, pag. 28 e segg.; P. ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum: problemi di applicazione della nuova norma e dibattito sulla riforma*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, I, pag. 113 e segg.

⁽¹⁴⁾ Così C. CIUCNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, 1960, pag. 107.

⁽¹⁵⁾ Su tale fronte com'è noto non sono mancati momenti di rottura dell'ordinamento intersindacale: cfr. G. GIUGNI, op. ult. cit., pag. 112, nota 19; L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985, pag. 93 segg.

⁽¹⁶⁾ A. LASSANDARI, *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, I, pag. 55 e segg.

⁽¹⁷⁾ U. ROMAGNOLI, *Un verdetto della Consulta sulla legalità costituzionale*, in *www.dirittosocialicittadinanza.org* (luglio 2013), pag. 4.

⁽⁹⁾ Parafrasando E. GRAGNOLI, *Il sindacato in azienda, la titolarità dei diritti sindacali e la crisi del modello dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 587 e segg.

⁽¹⁰⁾ G. GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pag. 359.

⁽¹¹⁾ G. PERA, *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 447 e segg.

caso Fiat) all'interno della Confindustria, fa emergere la manifesta fondatezza dell'incostituzionalità dello strumento selettivo di cui alla lett. b) dell'art. 19, la cui applicazione consente di escludere dai diritti di cui al titolo III dello Statuto sindacati che inequivocabilmente hanno le stigmate della maggiore rappresentatività⁽¹⁸⁾.

3. – L'eloquenza dei fatti grida vendetta. E la Corte, con la sentenza in commento, è costretta a tornare sui suoi passi. Ma, per non smentire se stessa, si appella al “mutato scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali, quale diffusamente descritto ed analizzato dai giudici *a quibus*”. E tuttavia riconosce che “lo sbilanciamento in difetto” era “già presente nel sistema della lett. b)”. Solo che esso era “oscurato dalla esperienza pratica di una perdurante presenza in azienda dei sindacati confederali”. Venuta meno tale esperienza, nella concretezza di fattispecie denunciata dai remittenti, risulta evidente “la negazione di una rappresentatività... che esiste nei fatti e nel consenso dei lavoratori addetti all'unità produttiva”.

Il punto centrale dell'argomentazione è dunque il collegamento tra l'effettiva rappresentatività sindacale e la titolarità dei diritti di cui al titolo III dello Statuto. Se la disposizione censurata perde la “sua funzione di selezione dei soggetti in ragione della loro rappresentatività e... si trasforma invece in un meccanismo di esclusione di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo, **si da non potersene giustificare la stessa esclusione dalle trattative**, il criterio della sottoscrizione dell'accordo applicato in azienda viene inevitabilmente in collisione con i precetti di cui agli artt. 2, 3 e 39 Cost.” Palese è dunque l'irragionevolezza della disposizione per disparità di trattamento tra le organizzazioni sindacali; ed evidente è il contrasto con i “valori del pluralismo e della libertà di azione del sindacato”, poiché la fruizione dei diritti sindacali è condizionata da un atteggiamento consonante con l'impresa. Chiaro è il rifiuto di logiche puramente aziendalistiche, che intendono premiare un sindacato dialogante e non conflittuale.

La Corte emana una sentenza “additiva” – o manipolativa additiva⁽¹⁹⁾ – “in coerenza con il *petitum* dei giudici e nei limiti di rilevanza della questione sollevata”, e pertanto essa dichiara l'illegittimità costituzionale della lett. b) “nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni che, pur non fir-

⁽¹⁸⁾ M. PERSIANI, *Ancora sulla sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 1093 e segg.

⁽¹⁹⁾ E. GHERA, *L'articolo 19 dello Statuto, una norma da cambiare*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, pag. 185 e segg.; A. MARESCA, cit. alla nota 1.

matarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori in azienda”.

Invero, i giudici remittenti avevano sollevato la questione di legittimità costituzionale del criterio di cui all'art. 19 dello Statuto non solo (e forse non tanto) perché prescinde dalla partecipazione al negoziato, ma anche in quanto esso non tiene conto “della misurazione dell'effettiva rappresentatività”⁽²⁰⁾. In realtà la Corte non ha ritenuto di andare oltre, ed ha rinviato al legislatore l'opportunità di dettare regole generali sulla “rappresentatività sindacale (ai fini del riconoscimento della tutela privilegiata di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori in azienda nel caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale”⁽²¹⁾. Ed è questo il limite più vistoso della sentenza, la quale in tal modo resta ancorata al discutibile collegamento tra la funzione contrattual-collettiva e l'esercizio dei diritti di attività sindacale in azienda⁽²²⁾.

Secondo la scelta operata dalla Consulta, l'ammissione ai diritti sindacali resta dunque legata alla partecipazione alle trattative. Ecco perché anche questa sentenza opera una specie di “restauro conservativo”⁽²³⁾ che tampona un'emergenza, ma che lascia aperti problemi di fondo.

Il più rilevante riguarda il diritto di un sindacato rappresentativo a partecipare alle trattative⁽²⁴⁾; e non solo per la stipula di un contratto aziendale, ma anche di livello superiore, che la costituzione di rsa è riconosciuta con riferimento ai contratti applicati nell'unità produttiva a qualsiasi livello appartengano. Parte della dottrina nega che ciò sia possibile, e al riguardo si appella ad un principio ritenuto fondamentale: quello della garanzia co-

⁽²⁰⁾ Trib. Modena, 4 giugno 2012, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 996 e segg., con note di P. BELLOCCHI e B. CARUSO, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 821 e segg., con note di V. LECCESE e A. BOLLANI e in *Giur. It.*, 2013 pag. 1833 e segg., con commento adesivo di M. PERSIANI; Trib. Vercelli, 25 settembre 2012, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 996 e segg.; Trib. Torino, 12 dicembre 2012, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, pag. 709 e segg.

⁽²¹⁾ Infatti, l'intervento manipolativo della Corte fa sì che, pur essendo la partecipazione alle trattative requisito in sé sufficiente, è però necessario, per costituire rappresentanze aziendali, che vi siano “contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva”. È comunque ipotesi residuale, perché, se si escludono le micro imprese dove non si applica il titolo III dello Statuto, è davvero raro il caso in cui non venga applicato (almeno) un contratto nazionale di categoria.

⁽²²⁾ M. MAGNANI, *La rappresentatività. Il protocollo d'intesa e la sentenza sull'art. 19 st. lav.*, in *Il libro del diritto Treccani 2013*, Roma, 2014, pag. 20 e segg. (del dattiloscritto).

⁽²³⁾ L'espressione è di U. ROMAGNOLI, op. cit., pag. 7, con riferimento alla sent. 244/1996.

⁽²⁴⁾ Sulla difficoltà di applicare concretamente tale criterio, e cioè di stabilire che cosa debba intendersi per partecipazione attiva alle trattative negoziali, cfr. C. SANTORO PASSARELLI, op. cit., pag. 1146 e B. CARUSO, *La Corte costituzionale ecc.*, op. cit., pag. 913 e segg.

stituzionale della libertà contrattuale che sarebbe espressione dello “stesso principio fondante dell’ordinamento intersindacale, e cioè del reciproco riconoscimento”⁽²⁵⁾. Ma, seguendo il ragionamento della Corte, una volta che si qualifica la rappresentatività un “dato oggettivo e valoriale”, e la partecipazione sindacale alle trattative soltanto un suo indice presuntivo sufficiente, si deve convenire che il rifiuto della controparte di ammettere alle trattative un sindacato dotato di tali caratteristiche ripropone a monte il problema dell’accreditamento datoriale. La Corte è a mio avviso sufficientemente chiara al riguardo, quando afferma che “il sindacato... dotato dell’effettivo consenso da parte dei lavoratori” ha accesso “non eludibile” alle trattative; e, per non essere fraintesa chiarisce che l’organizzazione sindacale “in ragione di una sua acquisita rappresentatività” ha “la tutela dell’art. 28 dello Statuto nell’ipotesi di un eventuale, non giustificato, suo negato accesso al tavolo delle trattative”. Dove il non giustificato sta a significare un comportamento della controparte che, anche in violazione del principio generale di correttezza (art. 1337 c.c.), intenda con l’esclusione precludere al sindacato rappresentativo la costituzione di rsa. Al riguardo Pera (nel citato commento) aveva osservato che “il rifiuto di dare ingresso a un sindacato consistente integra automaticamente gli estremi della condotta antisindacale lesiva della libertà garantita di azione sindacale”⁽²⁶⁾.

4. – Il richiamo al principio del “pluralismo libero” deve essere inteso correttamente. Esso infatti si è inverato nell’ordinamento intersindacale con il patto di azione tra le tre grandi confederazioni e le principali associazioni imprenditoriali. Il che ha comportato, come già messo in evidenza da Giugni nella sua celebre Introduzione, e poi da Mancini⁽²⁷⁾, la prassi della contrattazione a tre e, nel contempo, ha evitato la frammentazione sindacale. Ma, nel momento in cui il patto fondativo del reciproco riconoscimento viene meno, e comunque laddove esso sia “denunciato” da uno degli attori (come nel caso Fiat), è indispensabile trovare un nuovo bilanciamento tra libertà contrattuale e libertà di azione del sindacato, nel senso che la prima deve ritrarsi di fronte alla seconda, in presenza del dato valoriale dell’effettiva rappresentatività⁽²⁸⁾. Ciò è necessario, non tanto a causa della manca-

⁽²⁵⁾ Così F. CARINGI, *Il buio oltre la siepe*, op. cit. alla nota 1, pag. 51.

⁽²⁶⁾ Nello stesso senso U. ROMAGNOLI, op. cit., pag. 11.

⁽²⁷⁾ F. MANCINI, *Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, op. cit., pag. 187 e segg.

⁽²⁸⁾ Cfr. M.G. CAROFALO, *Crisi del sistema di relazioni industriali e legittimazione della rappresentanza*, in *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, 2010, pag. 39 e segg. e spec. pag. 47 dove si invoca un intervento legislativo sulla rappresentanza a causa del venir meno del “reciproco riconoscimento di legittimazione contrattuale tra tutte le organizzazioni

ta attuazione della seconda parte dell’art. 39 Cost. (come afferma la Corte), ma soprattutto in conseguenza della riduzione ad opera del *referendum* del 1995 dei criteri di accesso ai diritti di attività sindacale.

Peraltro, il collegamento tra reciproco riconoscimento, che legittima l’esclusione dalle trattative, e diritto alla costituzione di rappresentanze aziendali limitato ai sindacati che assumono il ruolo di controparte contrattuale spiega effetti riflessi anche sull’applicazione dell’art. 8 della legge n. 148 del 2011, disposizione di cui poco si parla ma che ha una portata dirimpante nel sistema delle relazioni industriali⁽²⁹⁾. Infatti, se condizione di legittimità per l’efficacia *erga omnes* del contratto aziendale è che questo venga sottoscritto dalle maggioranze delle rappresentanze sindacali operanti in azienda, il denegato diritto ad un sindacato maggiormente o, per dirla con la Corte, significativamente rappresentativo a costituire una propria rappresentanza travisa completamente i rapporti di forza e consente dunque la stipulazione di un contratto aziendale con efficacia generale e dismissivo di diritti di legge (e di contratto nazionale) a organismi che non rappresentano la (effettiva) maggioranza dei lavoratori⁽³⁰⁾.

L’art. 28 dello Statuto assume in questo contesto un ruolo fondamentale, assurgendo a chiave di volta del sistema in quanto “strumento di supplenza e di sostegno” in assenza di regole legali e di applicazione di quelle pattizie⁽³¹⁾. E poiché la legittimazione ad agire spetta agli “organismi locali delle associazioni nazionali” – e la nazionalità va verificata nella sua concreta esistenza secondo un criterio di effettività dell’azione sindacale⁽³²⁾ – con esso si crea un raccordo tra la rappresentatività dei lavoratori dell’impresa e la rappresentatività extra aziendale, ripristinando, certo in modo non del tutto soddisfacente, la logica statutaria⁽³³⁾.

A questo punto si ripropone però il problema dell’individuazione dei criteri di rappresentatività sindacale, e quindi delle tecniche di mi-

effettivamente rappresentative” (“il pluralismo non è più idoneo a giustificare che l’ordinamento statutale gli conceda autonomia”).

⁽²⁹⁾ Cfr. AA.VV., *Contrattazione in deroga – Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, a cura di F. CARINGI, Milanofiori Assago, 2012.

⁽³⁰⁾ Cfr. V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Bari, 2012, pag. 197 e segg.

⁽³¹⁾ C. ESPOSITO, *La legittimazione dell’azione sindacale nelle dinamiche negoziali*, in *Le relazioni sindacali nell’impresa*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Copanello, 24-25 giugno 2011, Milano, 2012, pag. 222.

⁽³²⁾ Cfr. Cass., 9 gennaio 2008, n. 212, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, pag. 528.

⁽³³⁾ Nel senso invece che tra l’art. 19 St. lav. (emendato) e l’art. 28 St. lav. sussista una sfasatura di dubbia costituzionalità, laddove per la legittimazione ad agire con il procedimento di repressione della condotta antisindacale è richiesto il requisito della nazionalità, mentre anche un sindacato aziendale può avere titolo a costituire una rsa, cfr. M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, 2a ed., Torino, 2013, pag. 87.

surazione del consenso⁽³⁴⁾ in assenza di un auspicabile intervento del legislatore.

Problema che va affrontato nei limiti della ricostruzione qui svolta, e quindi con esclusivo riguardo al diritto di un'organizzazione sindacale di partecipare alle trattative contrattuali. Sotto tale profilo, ad avviso di chi scrive, il criterio non può essere quello della maggiore rappresentatività o della rappresentatività comparata (che presuppone una selezione tra i soggetti negoziali), ma di una rappresentatività "sufficiente"⁽³⁵⁾, secondo le indicazioni provenienti dalla disciplina contenuta nell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011⁽³⁶⁾ e nel protocollo d'intesa del 31 maggio 2013. Quindi si tratterà di applicare il criterio che garantisce l'accesso alle trattative a quelle organizzazioni sindacali che abbiano una rappresentatività non inferiore al 5 per cento, considerando a tal fine la media tra dato associativo (numero certificato degli iscritti) e dato elettorale (percentuale dei voti ottenuti sui voti espressi nell'elezione delle r.s.u.) e tenuto conto che in mancanza di r.s.u. "sarà rilevato il solo dato degli iscritti (deleghe certificate) per ogni singola organizzazione sindacale".

Nel caso in cui il contratto collettivo nazionale sia sottoscritto "dalle organizzazioni sindacali che rappresentino almeno il 50 per cento più 1 della rappresentanza", la sua efficacia *erga omnes* (che impedisce gli accordi separati e consente quindi di regolare il dissenso all'interno delle regole di democrazia sindacale) e il principio della "piena esigibilità per tutte le organizzazioni aderenti alle parti firmatarie" dovrebbero comunque garantire l'accesso ai diritti di attività sindacale anche ai soggetti non stipulanti il contratto aziendale. In questo senso la limitazione (contenuta nel protocollo del 2013) del criterio della rappresentanza sufficiente al livello nazionale è ininfluente. Del resto, è difficile ipotizzare il caso di un datore di lavoro che applichi il solo contratto aziendale e non anche quello nazionale di categoria: la stessa Fiat ha concordato con la Fim e la Uilm la costituzione di una nuova categoria contrattuale (il settore auto) ed ha oggi due livelli di contrattazione⁽³⁷⁾. Certo essa si è tirata fuori dagli accordi interconfedera-

⁽³⁴⁾ V. BAVARO, op. cit., pag. 183 e segg. (anche per i riferimenti bibliografici).

⁽³⁵⁾ Così, per il settore del lavoro pubblico, F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Il diritto sindacale*, 6^a ed., op. cit., pag. 137.

⁽³⁶⁾ Cfr. F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, pag. 457 e segg.; P. TOSI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autocomposizione del sistema contrattuale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, pag. 1212 e segg.; M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, pag. 454; T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2011, pag. 635 e segg.

⁽³⁷⁾ Cfr. F. CARINCI, *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo statuto dei lavoratori all'accordo di Pomigliano*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 3, pag. 581 e segg.; AA.VV., *Il caso « Fiat »: una crisi di*

li, uscendo da Confindustria. Il caso non è l'unico, perché si va diffondendo la frammentazione della rappresentanza anche sul fronte dei datori di lavoro. L'unica soluzione al riguardo, se non dovesse intervenire il legislatore, è di utilizzare la rappresentatività sufficiente quale criterio legale desunto dalla realtà sociale e dallo stesso ordinamento giuridico che la contempla per il lavoro pubblico all'art. 43 del d. lgs. n. 165 del 2001⁽³⁸⁾.

sistema?, in *Lav. Dir.*, 3, 2011; R. DE LUCA TAMAJO, *I quattro accordi collettivi del gruppo Fiat: una prima ricognizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, III, pag. 113 e segg.

⁽³⁸⁾ Per il riferimento al contesto sociale (nel caso di specie utilizzato per individuare la nozione di sciopero), cfr. Cass., 30 gennaio 1980, n. 711, in *Giust. Civ.*, 1980, I, pag. 1088 e in *Mass. Giur. Lav.*, 1980, pag. 176.