



ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO DO TRABALHO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE
ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A cura di
Giuseppe Ludovico, Lucio Imberti,
Gilberto Stürmer, Thereza Christina Nahas

IL DIRITTO SINDACALE NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO E BRASILIANO

Studi in onore di Yone Frediani



Milano University Press

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO
E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A cura di
Giuseppe Ludovico, Lucio Imberti,
Gilberto Stürmer, Thereza Christina Nahas

IL DIRITTO SINDACALE NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO E BRASILIANO

Studi in onore di Yone Frediani

Il diritto sindacale nel sistema giuridico italiano e brasiliano / a cura di Giuseppe Ludovico, Lucio Imberti, Gilberto Stürmer, Thereza Christina Nahas: Milano University Press, 2025. (Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale; 5).

ISBN 979-12-5510-340-0 (print)

ISBN 979-12-5510-341-7 (PDF)

ISBN 979-12-5510-342-4 (EPUB)

DOI 10.54103/sdlps.262

Questo volume e, in genere, quando non diversamente indicato, le pubblicazioni della collana di Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, sono valutate, riviste e approvate dal Comitato Scientifico, che si fa garante dei contenuti scientifici delle pubblicazioni.

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 – CC-BY-SA, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
<https://libri.unimi.it/index.php/sdlps/index>.

© The Author(s) 2025

© Milano University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Milano University Press

Via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano

Sito web: <https://milanoup.unimi.it>

e-mail: redazione.milanoup@unimi.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da Ledizioni (www.ledizioni.it).

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO
E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Direttori

Prof.ssa Thereza Christina Nahas	Prof. Giuseppe Ludovico
Prof. Luciano Dorea Martinez Carreiro	Prof. Lucio Imberti

Comitato Scientifico

Prof. Alexandre Agra Belmonte	Prof. Ilario Alvino
Prof. Carlos Henrique Bezerra Leite	Prof. Guido Canavesi
Prof. Georgenor de Souza Franco Filho	Prof.ssa Maria Teresa Carinci
Prof.ssa Yone Frediani	Prof.ssa Silvia Ciucciiovino
Prof.ssa Maria Cristina Irigoyen Peduzzi	Prof. Stefano Giubboni
Prof. Vitor Salino de Moura Eça	Prof. Alberto Levi

Comitato di Redazione

Prof.ssa Alessandra Ingrao
Prof.ssa Naiara Posenato

Volumi della collana

1. G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T. C. NAHAS, *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2020
2. G. LUDOVICO, A. LEVI, L. DOREA MARTINEZ CARREIRO, T.C. NAHAS, *I contratti di lavoro flessibile negli ordinamenti italiano e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2023
3. G. LUDOVICO, A. LEVI, L. DOREA MARTINEZ CARREIRO, T.C. NAHAS, *Contratos de trabalho flexível nos sistemas jurídicos italiano e brasileiro*, Milano, Milano University Press, 2023
4. G. LUDOVICO, T.C. NAHAS, *Diritti fondamentali, lavoro e nuove tecnologie*, Milano, Milano University Press, 2025
5. G. LUDOVICO, L. IMBERTI, G. STÜRMER, T.C. NAHAS, *Il diritto sindacale nel sistema giuridico italiano e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2025

Indice

Prefazione di Giuseppe Ludovico, Lucio Imberti, Gilberto Stürmer, Thereza C. Nahas	9
Omaggio alla giurista Yone Frediani di Thereza Christina Nahas	13
PARTE I. IL DIRITTO SINDACALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO	
GIUSEPPE LUDOVICO, Dal sistema corporativo alla libertà sindacale dell'articolo 39 della Costituzione	19
SIMONE VARVA, La libertà sindacale dell'art. 39 della Costituzione	41
FRANCO SCARPELLI, L'efficacia soggettiva del contratto collettivo	53
MARIA GIOVANNONE, L'efficacia oggettiva del contratto collettivo: l'inderogabilità in <i>peius</i> e la derogabilità in <i>melius</i>	69
LUCIO IMBERTI, Il contratto collettivo di diritto comune e le regole del sistema contrattuale nel Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014	85
SIMONE PIETRO EMILIANI, Il contratto collettivo nella dimensione temporale	101
LAURA TEBANO, L'organizzazione sindacale nei luoghi di lavoro: le rappresentanze sindacali aziendali (RSA) e le rappresentanze sindacali unitarie (RSU)	127
ILARIO ALVINO, I rinvii legislativi al contratto collettivo	145
LORENZO GIASANTI, Il diritto di sciopero dell'articolo 40 della Costituzione: la titolarità del diritto e gli effetti del suo esercizio	159
MARTA GIACONI, Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali	177

PARTE II. IL DIRITTO SINDACALE NELL'ORDINAMENTO BRASILIANO

LUCIANO DOREA MARTINEZ CARREIRO, Il sindacalismo in Brasile	197
LUIZ EDUARDO GÜNTHER, Le funzioni del sindacato	219
ALEXANDRE DE SOUZA AGRA BELMONTE, L'organizzazione sindacale brasiliana	231
GILBERTO STÜRMER, DIOGO ANTONIO PEREIRA MIRANDA, La libertà sindacale in Brasile	263
MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE, THIAGO AZIZO DENARDI IBAGY, L'inquadramento sindacale	281
SERGIO TORRES TEIXEIRA, La garanzia della stabilità sindacale	297
MARCO AURÉLIO FERNANDES GALDURÓZ FILHO, RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES, La contribuzione sindacale in Brasile	319
TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, La negoziazione collettiva del lavoro	333
CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, BRUNO GOMES BORGES DA FONSECA, I conflitti collettivi di lavoro	349
ALMIR PAZZIANOTTO PINTO, Il diritto di sciopero	371
Notizie sugli Autori	387

Prefazione

La disciplina che regola i rapporti collettivi di lavoro risente, più di altre branche del diritto del lavoro, delle specifiche tradizioni nazionali, oltre a costituire la diretta espressione delle scelte di politica del diritto o delle prospettive ideologiche di determinati periodi storici. Se i diritti sindacali nazionali hanno in comune la regolazione delle organizzazioni sindacali e della negoziazione collettiva tra rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro o, a livello aziendale, i rapporti tra i primi e l'impresa, le prospettive regolative possono assumere contenuti notevolmente divergenti in merito alla libertà e autonomia concessa ai sindacati rispetto ai datori di lavoro e allo Stato nonché alla efficacia soggettiva e oggettiva dei contratti collettivi.

La scelta di dedicare questo volume alla comparazione del diritto sindacale italiano e brasiliano nasce da queste considerazioni, tanto più che tra questi due ordinamenti sussistono, seppure in maniera storicamente diacronica, alcuni importanti elementi di convergenza che rendono il confronto ancora più interessante per i giuristi di entrambi i paesi.

Nell'ordinamento italiano la reazione al sistema liberticida corporativo dell'epoca fascista ha condotto nell'immediato dopoguerra e poi in sede di Assemblea Costituente alla scelta diametralmente opposta di una regolazione del fenomeno sindacale fortemente improntata ai principi di libertà delle organizzazioni sindacali al punto da consentire, grazie alla elaborazione di autorevole dottrina, di ricostruire l'autonomia del sistema in termini di ordinamento intersindacale in quanto connotato da regole e sanzioni ulteriori ed autonome rispetto a quelle previste dall'ordinamento giuridico statale.

Se a partire da quel periodo il diritto sindacale italiano ha fermamente rifiutato qualunque intervento regolativo eteronomo, individuando nel diritto privato il terreno di massima espressione dell'autonomia sindacale tanto da impedire qualunque attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., l'ordinamento brasiliano, una volta adottato nel 1943 il modello corporativo italiano, non lo ha più abbandonato, caratterizzandosi tuttora per un ampio ricorso alla fonte eteronoma che ha fortemente compresso la libertà sindacale. L'ammissione di un solo sindacato in ciascun ambito territoriale e per ciascuna categoria definita dalla legge, la contribuzione sindacale obbligatoria, la rappresentanza legale ed esclusiva di tutti i lavoratori appartenenti alla categoria e, più in generale, la dettagliata e talvolta burocratica regolazione di qualunque aspetto dell'azione sindacale hanno impedito al Brasile di ratificare la Convenzione n. 87 del 1948 sulla libertà sindacale dell'Organizzazione Internazionale del lavoro, risultando la Convenzione incompatibile con un ordinamento nel quale è vietata la

costituzione di sindacati ulteriori e diversi rispetto all'unica rappresentanza collettiva ammessa e riconosciuta dalla fonte legale.

I fattori che hanno consentito al sistema corporativo brasiliano di mantenersi pressoché intatto dopo quasi un secolo dipendono, da un lato, dalla storia di questo Paese che solo nella parte finale del secolo scorso si è definitivamente evoluto in senso democratico dopo un lungo periodo di dittatura militare e, dall'altro, dalla strumentale inversione – tanto nell'immaginario collettivo quanto nella dottrina specialistica – del significato di quel modello al quale è stata attribuita – e continua tuttora a riconoscersi – una funzione addirittura di difesa e sostegno delle organizzazioni sindacali.

Il presente volume opera un confronto tra i due sistemi con riguardo ai diversi aspetti del diritto sindacale: dalla disciplina delle organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori e datori di lavoro alla libertà sindacale individuale e collettiva; dal rapporto tra contratto collettivo e individuale alla inderogabilità o meno della norma collettiva e della legge da parte dell'autonomia individuale; dalle garanzie apprestate da ciascun ordinamento in favore dei sindacati alla disciplina dello sciopero.

Per ognuno di questi profili ciascun Autore ha offerto una puntuale disamina della disciplina del proprio Paese, dando conto dell'evoluzione storica dei singoli istituti e dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

Dall'analisi di entrambe le discipline nazionali emerge in maniera evidente la particolare difficoltà di ciascun ordinamento di raggiungere un adeguato assetto delle fonti nella disciplina del diritto sindacale e, in particolare, nel rapporto tra fonte autonoma ed eteronoma.

Se nell'ordinamento italiano la scelta astensionistica del legislatore con l'assenza di una organica disciplina legale del fenomeno sindacale, ha generato i noti problemi in materia di efficacia soggettiva del contratto collettivo e di misurazione della rappresentatività di ciascun sindacato, nell'ordinamento brasiliano, al contrario, la minuziosa ed eccessiva regolazione del fenomeno ha condotto, al contrario, ad una forte contrazione degli spazi di autonomia delle organizzazioni sindacali che hanno storicamente assunto un ruolo di particolare contiguità con il potere pubblico.

Un altro aspetto che merita attenta considerazione e che può essere facilmente dedotto dalla lettura dei diversi capitoli del volume riguarda il finanziamento delle organizzazioni sindacali e il ruolo che la disciplina dei contributi sindacali gioca sul piano dell'azione rivendicativa dei sindacati.

Mentre nell'ordinamento italiano l'adesione ad una determinata organizzazione sindacale e la relativa contribuzione rimangono affidate alla libera scelta del lavoratore che può così revocare la propria adesione, aderendo eventualmente ad un sindacato diverso, nel sistema brasiliano la contribuzione sindacale obbligatoria per tutti i lavoratori appartenenti alla categoria rappresentata dall'unico sindacato legalmente riconosciuto ha garantito a quest'ultimo, fino

alla riforma del lavoro del 2017 che ha provveduto alla sua abolizione, risorse geneticamente e funzionalmente indipendenti dalla relativa azione rivendicativa, provocando di fatto un indebolimento della funzione negoziale delle organizzazioni sindacali brasiliane.

La contribuzione sindacale obbligatoria, che pure in teoria dovrebbe costituire una garanzia di rafforzamento dell'azione sindacale, ha finito così per rivelarsi un fattore di ridimensionamento della propensione rivendicativa del sindacato, oltre che una imposizione economica percepita dai lavoratori come priva di sostanziali ritorni patrimoniali.

Sarà il tempo ovviamente a dimostrare se l'abolizione della contribuzione sindacale obbligatoria costituirà un fattore di ulteriore indebolimento delle organizzazioni sindacali brasiliane o se quest'ultime saranno indotte a rafforzare la propria azione rivendicativa nell'intento di aumentare il numero dei propri affiliati.

Nell'attesa di verificare le conseguenze della riforma del lavoro del 2017 sulle organizzazioni sindacali brasiliane, rimane l'interesse per il confronto tra due sistemi che, pur accomunati in origine dallo stesso modello, sono andati nettamente divaricandosi nel corso del tempo al punto da collocarsi su estremi opposti della regolazione del fenomeno sindacale.

Non rimane a questo punto che lasciare spazio all'analisi del diritto sindacale italiano e brasiliano con un sincero e sentito ringraziamento a tutti gli Autori che hanno contribuito alla pubblicazione di questo volume che costituisce un'ulteriore e fondamentale prosecuzione della collana dedicata agli Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale.

Giuseppe Ludovico, Lucio Imberti, Gilberto Stürmer, Thereza C. Nahas

Omaggio alla giurista Yone Frediani

Era il 1996 o il 1997, se la memoria non mi inganna. Su suggerimento del controllore del Tribunale Regionale del Lavoro (TRT) di San Paolo, di cui faccio parte dal 1995, avrei dovuto incontrare la direttrice della Scuola della Magistratura. Aveva appena assunto la direzione e aveva progetti interessanti e molto all'avanguardia sulla formazione e su ciò che avrebbe dovrebbe essere, effettivamente, una scuola giudiziaria. Avevo intrapreso da poco la carriera in magistratura e, con tutto l'imbarazzo dei neofiti, mi recai dal controllore per riuscire a creare all'interno dell'Università in cui insegnavo (São Judas Tadeu) un laboratorio di pratica giudiziaria con processi "reali", cioè quelli che riempivano gli scaffali degli archivi del Tribunale e che potevano essere utilizzati dagli studenti di giurisprudenza invece di rimanere sugli scaffali in attesa di essere inceneriti.

È stato in questo contesto di preoccupazione per la formazione dei giovani e con un progetto innovativo rivolto agli studenti universitari, che il destino mi ha avvicinato alla nuova direttrice della Scuola Giudiziaria del Tribunale Regionale del Lavoro di San Paolo (TRT/2). Più che sviluppare corsi destinati ai giudici, avevo l'ambizione di realizzare progetti della Scuola rivolti ai funzionari e ai tirocinanti, dando un senso di unità alla formazione giurisdizionale realizzata dalle Scuole Giudiziarie. La sua preoccupazione era l'integrazione tra coloro che fanno parte del Tribunale e i vari organismi esterni, come la Scuola dell'Avvocatura e i Centri di Integrazione Azienda-Scuola, per esempio. La mia intenzione, nel mondo ristretto e modesto che conoscevo, era anche quella di promuovere opportunità per quei giovani a cui insegnavo Pratica Giudiziaria.

Tutto ciò che potrei scrivere per cercare di descrivere la dottoressa Yone Frediani sarebbe insufficiente per il lettore che non la conosce o la conosce superficialmente. Quello che potrei riassumere è che stiamo rendendo omaggio a quella che considero una delle più grandi giuriste del nostro Paese. La professoressa Yone ha accumulato nel corso della sua vita esperienze dentro e fuori dai tribunali, dentro e fuori dalle aule. Negli anni '90, le scuole giudiziarie non avevano il ruolo di primo piano che hanno oggi. Erano semplici e destinate praticamente alla formazione dei giudici. La proposta della nuova direttrice era quella di andare oltre i confini del TRT/2. Come mi avvertì all'epoca il Controllore, la dottoressa Maria Aparecida Pelegrina: «Devi portare il progetto della formazione universitaria in pratica lavoristica a una delle menti più brillanti di questo Tribunale, che ha appena assunto la direzione della Scuola Giudiziaria, la dottoressa Yone Frediani! Ha dei progetti che rivoluzioneranno la Scuola Giudiziaria».

Il suo carisma senza pari e le conoscenze acquisite nell'esercizio della professione forense e in altre attività prima di essere nominata giudice supplente presso il TRT/2 le hanno permesso di scalare tutti i gradini della carriera accademica,

soprattutto in ambito internazionale, porte che le sono state aperte in un periodo in cui gli scambi internazionali non erano così facili da realizzare. L'ambiente analogico e gli incontri accademici necessariamente in presenza finivano per ridurre le opportunità di portare la conoscenza in altri luoghi. L'impressionante creatività nel realizzare progetti senza alcun budget ha permesso, ad esempio, di ottenere una qualche forma di finanziamento con la vendita di cartucce per stampanti destinate a coprire le spese necessarie alla formazione. Yone ha organizzato per anni gli Atti del tradizionale Congresso dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro e in questo ambiente ha potuto intraprendere numerose azioni per realizzare i suoi obiettivi. Instancabile, impegnata e dotata di una capacità creativa e di esecuzione impressionante, sono forse questi gli aggettivi che meglio descrivono la sua immagine.

Il progetto della professoressa Yone al TRT/2 è stato pionieristico e ha segnato in modo definitivo la sua personalità: programma di tirocinanti, seminari, partnership, insomma, una miriade di azioni praticate dalla Scuola Giudiziaria che andavano dalla formazione dei giudici appena entrati in servizio, ai corsi di aggiornamento e perfezionamento, all'interno e all'esterno del TRT/2, aprendo la strada importante alle partnership con le scuole internazionali, in particolare quella italiana. La sua presenza nell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro e i rapporti con accademici come i professori Irandy Ferrari, Amauri Mascaro, Nelson Mannrich, Georgeton Franco Filho, tra gli altri nomi della nostra Accademia, gli hanno permesso di intrecciare in modo definitivo lo spazio nazionale e quello internazionale. La lingua italiana e inglese, la dedizione instancabile allo studio e l'intenzione di democratizzare la conoscenza hanno consentito, tra molti altri, tre progetti che considero principali: l'inserimento nei programmi di corsi e opportunità per i dipendenti; l'apertura di tirocini presso il TRT/2 attraverso accordi con diverse facoltà di giurisprudenza che non hanno lesinato sforzi per divulgare e aiutare gli studenti a partire dal 2° anno a frequentare l'ambiente del TRT, potendo partecipare a numerosi corsi di formazione; e l'apertura della strada al consolidamento delle relazioni internazionali.

Ciò che ritengo più importante è che le azioni di Yone Frediani non si sono mai limitate all'ambiente accademico o alla sede del Tribunale. Al contrario. Ha sempre offerto tutte le opportunità a chiunque fosse interessato allo studio del diritto del lavoro, dai non laureati, in ambito universitario, ai post-dottorandi: ha lavorato incessantemente per la democratizzazione dell'Accademia e dei percorsi di conoscenza e sviluppo della disciplina.

Una donna, di facile approccio, con il sorriso sulle labbra, ferma nelle sue posizioni, sempre disponibile e dotata di un'intelligenza e una conoscenza eccezionali. Posso affermare, senza voler offendere, sminuire o dimenticare altre donne non meno importanti nella nostra comunità giuridica, che è stata una delle pioniere nel nostro Paese nello sviluppo, in ambito lavorativo, di un diritto del lavoro internazionale, aprendo la strada a diverse università straniere, in

particolare all'Università di Modena, dove è stato piantato il seme del processo di internazionalizzazione che ne è seguito.

Nel mondo giuridico nazionale, la caratteristica maschile dominante, non per assenza di donne giuriste, ma per le peculiarità culturali del nostro Paese, rende difficile il protagonismo femminile. Yone ha aperto con grinta e coraggio spazi che hanno reso possibili le conquiste e le relazioni internazionali e nazionali di cui oggi possiamo godere. Non voglio qui dilungarmi o entrare nei dettagli della quantità di lavori accademici a cui si è dedicata in questo piccolo omaggio che, tra l'altro, ha lo scopo di mettere in evidenza l'importanza storica del suo lavoro, che è sempre stato orientato alla democratizzazione dell'inserimento dei nuovi giuristi e agli obiettivi intellettuali finalizzati all'apertura internazionale degli scambi giuridici, in particolare nell'ambito della Scuola Giudiziaria. Le informazioni sulla sua vasta produzione possono essere consultate sulla piattaforma Lattes o, in modo pratico e rapido, dalla generazione attuale tramite la ricerca semplificata su Google o ChatGPT.

Ciò che vorrei sottolineare di questa donna è che, al di là della sua produzione o della sua formazione documentata, Yone Frediani è priva di vanità, il che infastidisce coloro che potrebbero vedere il proprio splendore offuscato dal suo prestigio. La sua preoccupazione è sempre stata quella di rendere l'accademia democratica e aperta a tutti i ricercatori che desiderano contribuire allo sviluppo del diritto del lavoro, alimentando negli studenti l'entusiasmo per questa scienza che suscita amore, polemiche e che regola la vita di tutti noi. Aprire lo spazio alle nuove generazioni, in un'epoca in cui poche donne si dedicavano contemporaneamente alle funzioni della magistratura e dell'accademia. Le diverse collaborazioni che ha realizzato, come ad esempio con la defunta professoressa Luisa Galantino e il professor Alberto Levi della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena, sono state una delle pietre miliari che hanno sottolineato l'assenza di ostacoli per i giuristi e gli studenti brasiliani che hanno potuto attraversare l'Atlantico per avere un contatto diretto con lo scambio internazionale. Ciò che conta per Yone è contribuire allo sviluppo della scienza giuridica per quello che è, tornando al fondamento più puro della costruzione del diritto del lavoro: avere dignità ed essere utile alla società. Con questo obiettivo, si è sempre dedicata alla cooperazione tra gli accademici del diritto, democratizzando nel modo più trasparente possibile le informazioni e le discussioni teoriche con un orientamento rivolto all'applicazione pratica del diritto.

Questa ammirevole professionista si è sempre dedicata a non permettere che le difficoltà della barriera di genere e le vanità dell'ambiente giuridico accademico del nostro Paese avessero la meglio, una barriera che dobbiamo ancora superare, nonostante gran parte del cammino sia stato già compiuto. Più che giudice e docente, Yone Frediani ha nelle vene e nell'anima il senso esatto di cosa sia la dignità. Il raggiungimento dell'uguaglianza dipende da un lavoro continuo e instancabile, specialmente in Brasile, dove la formazione e la ricerca non

hanno il riconoscimento e l'importanza che dovrebbero avere e dove le risorse per la ricerca, oltre ad essere scarse, sono difficili da ottenere, il che finisce per scoraggiare molte iniziative.

La professoressa Yone Frediani merita il nostro rispetto e il nostro riconoscimento per tutto il lavoro che ha fatto, fa e continua a fare. È l'esempio che dobbiamo seguire: l'umiltà dei suoi passi e la grandezza della sua intelligenza, conoscenza e capacità di condividere tutto ciò che può apprendere e sviluppare, non solo nel campo della scienza giuridica del lavoro, ma anche nella costruzione di una società migliore. Senza vizi, senza vanità, solo con la saggezza di desiderare effettivamente lo sviluppo di una vita migliore con gli occhi puntati sul presente e aprendo spazi preziosi per il futuro.

Thereza Christina Nahas

PARTE I
IL DIRITTO SINDACALE
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Dal sistema corporativo alla libertà sindacale dell'articolo 39 della Costituzione

Giuseppe Ludovico

SOMMARIO: 1. La soppressione della libertà sindacale durante il periodo corporativo fascista. – 2. Il principio della libertà sindacale nei lavori dell'Assemblea Costituente e nell'articolo 39 della Costituzione. – 3. I commi 2, 3 e 4 dell'articolo 39 della Costituzione. – 4. Il modello costituzionale della contrattazione collettiva *erga omnes*. – 5. Le proposte di attuazione della seconda parte dell'articolo 39 della Costituzione. – 6. Il diritto privato come ambito di esercizio della libertà sindacale. – 7. La disciplina privatistica dell'associazione sindacale.

1. La soppressione della libertà di associazione durante il periodo corporativo fascista

Il passaggio dal sistema corporativo fascista al principio costituzionale repubblicano della libertà sindacale costituì – come è noto – un momento di profonda trasformazione dell'ordinamento italiano, il quale, abbandonati i limiti liberticidi dell'epoca precedente, evolse verso il riconoscimento della maggiore autonomia possibile degli organi di rappresentanza dei lavoratori, con la conseguente astensione del legislatore da qualsiasi intervento di regolamentazione del fenomeno sindacale, fermo restando il forte sostegno dell'attività sindacale anche e soprattutto nei luoghi di lavoro.

Per comprendere i diversi momenti di questo processo evolutivo è necessario partire dalla disciplina del fenomeno sindacale durante il periodo corporativo fascista (1926-1944), che, attraverso un sistema di controlli pervasivi e incompatibili con ogni forma di libertà, pose i sindacati all'interno della struttura dello Stato.

L'obiettivo era quello di poter disporre nella politica economica nazionale di sindacati unici di diritto pubblico e come tali funzionali alla creazione di un sistema di contrattazione a bassa conflittualità.

Il sistema corporativo fascista, ispirato ai principi della Carta del Lavoro del 1926, fu realizzato con la legge 3 aprile 1926 n. 563, che, confermando formalmente la libertà sindacale (art. 1), ammetteva in realtà un solo sindacato, riconosciuto dal Governo, di lavoratori e datori di lavoro per ciascuna categoria.

Nella situazione liberticida creata dal sistema corporativo, gli unici interlocutori del Governo furono i sindacati riconosciuti, i quali, esercitando la rappresentanza dell'intera categoria attribuita *ex lege* attraverso il riconoscimento (art. 5) e l'obbligatorietà *erga omnes* dei contratti collettivi (art. 10), poterono godere di una posizione di assoluto dominio rispetto alle altre organizzazioni sindacali. Le associazioni sindacali estranee al sistema corporativo, una volta private delle funzioni essenziali e imprescindibili per qualsiasi movimento sindacale, si sciolsero volontariamente o coattivamente.

Dal riconoscimento governativo derivava una posizione di intensa soggezione dei sindacati riconosciuti ai poteri di controllo dello Stato, il quale, nei casi ritenuti più gravi, fu in grado di comminare anche lo scioglimento e l'amministrazione forzata dell'associazione. Dalla personalità di diritto pubblico non derivarono soltanto controlli e limitazioni alla libertà sindacale, ma anche l'attribuzione di alcuni poteri nei confronti dei singoli lavoratori, iscritti e non iscritti, come quello di imporre ed esigere i contributi associativi.

Naturalmente anche le controversie collettive, anziché essere risolte nell'ambito dei rapporti intersindacali, furono demandate al controllo statale e più precisamente ad una sezione speciale della Corte d'appello, composta da giudici e specialisti della materia, competente a giudicare le controversie individuali e collettive, tanto giuridiche quanto economiche (art. 13).

In questa prospettiva interamente dominata dal diritto pubblico e dal controllo statale, la repressione penale dello sciopero venne attuata dal Codice penale c.d. Rocco del 1930, destinato a rimanere in vigore anche dopo la Costituzione repubblicana¹.

Il sistema corporativo rappresentò quindi un notevole arretramento sul piano della libertà sindacale rispetto alla disciplina precorporativa che era già orientata nel senso della generale tolleranza del fenomeno sindacale².

Dopo la caduta del fascismo, uno dei primi provvedimenti legislativi fu la revoca degli istituti tipici del sistema corporativo (Regio decreto legge 9 agosto 1943; decreto legge 20 luglio 1944, n. 162; decreto legge 23 marzo 1944, n. 369),

1 P. GASPARRI, *Le associazioni sindacali riconosciute*, Cedam, Padova, 1939, p. 125.

2 Questo nuovo modo di considerare il fenomeno sindacale si è verificato in tempi differenti nei diversi paesi europei, a seconda del grado di industrializzazione. In Italia, fino al 1889, lo sciopero era penalmente represso come reato secondo la disciplina prevista dal codice penale sardo, che dopo l'unificazione fu esteso a tutto il Regno d'Italia. Il sistema repressivo del fenomeno sindacale, di cui lo sciopero fu una delle manifestazioni originarie, si fondava sull'ostilità dell'ordinamento giuridico, ispirato a un forte liberalismo, nei confronti di associazioni per la tutela di interessi economici. Nel 1889, con il codice penale Zanardelli, si inaugurò un periodo di relativa tolleranza al fenomeno sindacale (e furono rimossi i divieti penali di conflitto e di organizzazione sindacale. L'astensione collettiva dal lavoro era, infatti, considerata legale, purché non fosse attuata attraverso "violenza o minaccia". È corretto, tuttavia, parlare di relativa tolleranza in ragione della resistenza giurisprudenziale a considerare legittimo lo sciopero attraverso interpretazioni restrittive che continuavano a utilizzare il requisito violenza o minaccia in funzione repressiva (G. GIUGNI, *Diritto Sindacale*, Cacucci, Bari, 1994, p. 213 ss.).

mentre furono mantenute provvisoriamente in vigore le previsioni dei contratti collettivi corporativi «salvo successive modifiche», al fine di garantire ai lavoratori un livello minimo di protezione economica e normativa.

2. Il principio della libertà di associazione nei lavori dell'Assemblea Costituente e nell'articolo 39 della Costituzione

L'immediata abolizione del sistema corporativo fascista condusse i sindacati, nell'immediato dopoguerra, all'autoregolamentazione, i cui principi ispiratori di libertà e autonomia furono poi recepiti e formalizzati nella Carta Costituzionale³.

È da queste premesse che iniziarono i lavori dell'Assemblea Costituente, la quale, sostenuta dalla convergenza di posizioni tra i maggiori partiti politici, diede vita ad un modello caratterizzato da un'accentuata partecipazione dei lavoratori alla vita produttiva ed economica del Paese.

L'art. 39, redatto dalla terza sottocommissione dell'Assemblea Costituente e presentato dal deputato Di Vittorio, segretario della Confederazione Generale Italiana del Lavoro – CGIL (il più grande sindacato italiano nato nel 1906 con il nome di Confederazione Generale del Lavoro e sciolto nel corso della periodo fascista), ha consacrato il principio generale di libertà di organizzazione sindacale – «L'organizzazione sindacale è libera» (comma 1) –, che ha rappresentato per molti anche l'imprescindibile criterio interpretativo per l'attuazione legislativa dei successivi commi dello stesso articolo.

Il timore di un ritorno ad una disciplina liberticida di tipo corporativo impose anzitutto l'esplicita garanzia nei commi successivi dell'inalterabilità di obblighi ulteriori rispetto alla *registrazione* – «Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge» (comma 2) – e il controllo unicamente sul carattere democratico dello statuto dell'associazione – «È condizione per la *registrazione* che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno democratico a base democratica» (comma 3) –.

L'ultimo comma della disposizione costituzionale attribuisce ai sindacati registrati la personalità giuridica e la capacità di stipulare, congiuntamente rappresentati in proporzione dei loro iscritti, contratti collettivi obbligatori per tutti gli appartenenti alla categoria («I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti delle categorie alle quali il contratto si riferisce», comma 4).

3 G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1987, p. 13.

Pur confermando il principio della libertà sindacale, l'ordinamento statale non sembra, dunque, rinunciare ad instaurare alcuni rapporti con l'ordinamento sindacale, anche se limitati al controllo del rispetto da parte degli statuti dei principi democratici su cui si fonda la stessa Repubblica⁴.

Secondo alcune opinioni l'art. 39 della Costituzione costituirebbe una soluzione intermedia tra due modelli opposti di rapporti tra Stato e sindacati: da un lato, la concezione corporativa, che riconosce nel sindacato solo uno strumento di controllo statale dell'economia; dall'altro, la concezione liberale, seguita in parte anche nel periodo pre-corporativo, secondo la quale il sindacato, ponendosi quasi in una posizione di antagonismo con lo Stato, gode di totale autonomia e indipendenza, senza alcuna minima ingerenza o controllo da parte dello Stato⁵.

Per quanto riguarda i molti significati e contenuti del principio di libertà di organizzazione sindacale si rinvia all'approfondimento del successivo capitolo di Simone VARVA⁶. Si può tuttavia affermare che tale libertà deve essere inquadrata all'interno del sistema dei principi costituzionali⁷, in conformità con l'obiettivo di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.), delle quali il sindacato costituisce senza dubbio uno degli esempi più importanti ed emblematici, rappresentando altresì tale libertà uno strumento di attuazione del principio di uguaglianza e di partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione economica del Paese (art. 3 Cost.)⁸.

Il primo comma dell'art. 39 costituisce, del resto, una specificazione della libertà sancita in generale per il fenomeno associativo dall'art. 18 della Costituzione, sebbene si differenzi da quest'ultima norma in quanto, riconoscendo la libertà di "organizzazione" e non semplicemente di "associazione", tutela anche tutte le forme non associative attraverso le quali spesso opera il sindacato⁹.

4 Sul requisito dell'ordinamento interno a base democratica richiesto dall'art. 39 Cost., sono emersi diversi orientamenti interpretativi. Da un lato, vi furono gli Autori che sostennero l'applicabilità del principio della democraticità anche ai sindacati non registrati (G. ZANGARI, *Principi di diritto sindacale nel sistema della costituzione formale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 96), mentre, dall'altro, coloro per i quali, anche in assenza di una norma espressa, i sindacati non potevano in ogni caso prescindere dal sistema interno a base democratica, posto che un sindacato non ispirato a tali principi perderebbe qualunque iscritto (R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, F. Angeli, Milano, 1978, p. 123).

5 G. MAZZONI, *La disciplina dei sindacati e dei contratti collettivi di lavoro nel sistema delineato dall'art. 39 Cost.*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1949, I, p. 17.

6 S. VARVA, *La libertà sindacale dell'art. 39 della Costituzione*.

7 G. ARDAU, *Corso di diritto sindacale*, Giuffrè, Milano, 1949, per il quale la protezione del lavoratore sancita dalla Costituzione è evidente per il carattere sovraordinato delle norme costituzionali e per la loro rigida procedura di modifica (art. 138 Cost.).

8 G. ZANGARI, *op. cit.*, p. 87.

9 M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, in *Enciclopedia Giuridica del Lavoro* di G. MAZZONI, Vol. I, Cedam, Padova, 1980, p. 15, e G. GIUGNI, *Sub art. 39, in Commento alla Costituzione* di G. BRANCA, *Rapporti Economici*, Tomo I, Artt. 35-40, Bologna, 1979, p. 265,

Inoltre, il principio di libertà di associazione sancito dall'art. 39 Cost. assume anche un contenuto più ampio rispetto al diritto di associazione che l'art. 18 attribuisce unicamente ai singoli individui, mentre la libertà di associazione è riconosciuta al tempo stesso all'organizzazione, che può così dare origine a strutture complesse costituite dall'unione di più associazioni¹⁰.

L'art. 39 Cost. non può però essere spiegato unicamente in termini di libertà organizzativa, imponendo la sua *ratio* anche la libertà di contrattazione collettiva¹¹ e, più in generale, il riconoscimento dell'autonomia collettiva come mezzo di risoluzione dei conflitti¹².

La dottrina ha pacificamente dedotto dal primo comma dell'art. 39 della Costituzione anche altri e non meno importanti significati: la libertà positiva o negativa dei singoli di aderire o meno al sindacato¹³; la libertà di azione contrattuale e di autotutela, rafforzata dal riconoscimento del diritto di sciopero (art. 40 Cost.) e dal suo eventuale utilizzo come strumento di pressione economica e politica¹⁴; la libertà di fare proselitismo e quella di individuare in maniera volontaria la categoria rappresentata attraverso i contratti collettivi.

L'importanza del primo comma dell'art. 39 della Costituzione è tale che nessuno ne ha mai messo in dubbio l'immediata precettività.

In materia di libertà di associazione, infine, le fonti internazionali assumono la stessa efficacia giuridica delle norme nazionali¹⁵ in ragione dell'art. 10 della Costituzione, che obbliga lo Stato al rispetto dei principi in esse contenuti. Tra le fonti internazionali, in particolare, le Convenzioni OIL n. 87 e n. 98 del 1948 e 1949 (ratificate dall'Italia con la legge 23 marzo 1958 n. 367) sulla libertà e protezione dei sindacati nei confronti dello Stato e nei rapporti intersoggettivi

evidenziano come la libertà di organizzazione sindacale escluda qualsiasi ingerenza da parte dell'ordinamento giuridico statale. Secondo R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 462, la libertà di organizzazione sindacale potrebbe giungere fino a consentire l'attività sindacale senza alcuna organizzazione di supporto.

10 V. SICA, *Le Associazioni nella Costituzione*, Jovene, Napoli, 1961, p. 71; M. DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 146; F. SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, vol. I, Jovene, Napoli, 1961, p. 131, per il quale l'art. 39 non poteva essere ridotto ad una mera duplicazione dell'art. 18, il primo rappresentando il risultato della lunga lotta del movimento sindacale per la libertà.

11 G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 41; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 133.

12 C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Diritto del Lavoro*, 1954, p. 190; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 112.

13 G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 42, i quali non concordavano sulla configurabilità della libertà sindacale negativa; *contra* G. PERA, *Lezioni di diritto del lavoro*, Ed. Il Foro It., Roma, 1970, p. 79 e la dottrina maggioritaria: M. RUSCIANO, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1985, I, p. 596 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 113.

14 Sul punto le pronunce della Corte Costituzionale del 15 dicembre 1967, n. 141, del 27 dicembre 1974 n. 290 e del 28 dicembre 1962 n. 123.

15 Secondo R. FLAMMIA, *op. cit.*, p. 38 ss., le fonti internazionali assumerebbero l'efficacia delle norme costituzionali in forza dell'art. 35, comma 3, Cost., secondo il quale la Repubblica «promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro».

tra lavoratore e datore di lavoro. Rispetto ad altri sistemi giuridici, tuttavia, l'importanza di tali fonti è decisamente minore nell'ordinamento italiano in ragione della già riconosciuta centralità del principio della libertà sindacale nell'art. 39 della Costituzione.

3. I commi 2, 3 e 4 dell'articolo 39 della Costituzione

Se il primo comma dell'art. 39 ha efficacia precettiva immediata, i commi successivi necessitano della relativa legge di attuazione.

Il secondo comma costituisce in parte una conferma del principio di libertà sindacale ove afferma l'inammissibilità nei confronti del sindacato di qualsiasi altro obbligo che non sia la registrazione, ma può essere visto anche come una negazione dello stesso, se per libertà viene intesa la totale estraneità dello Stato da qualsiasi intervento.

L'opera di delimitazione dei confini dell'obbligo di registrazione ha risentito dei diversi presupposti ideologici che hanno ispirato i progetti di attuazione della seconda parte della norma costituzionale. L'orientamento predominante era formato dai giuristi che, memori dell'esperienza corporativa, temevano che l'obbligo di registrazione potesse trasformarsi in un vincolo liberticida per il sindacato e per questa ragione ritenevano preferibile qualificare la registrazione in termini di onere anziché di obbligo, riconoscendo la libertà dei sindacati di registrarsi acquisendo in questo modo la capacità di concludere contratti collettivi validi *erga omnes* oppure di non registrarsi affatto, prefigurando così la coesistenza tra contratti collettivi con effetto generale e contratti di "diritto comune" per i sindacati che avevano rifiutato la registrazione¹⁶.

In termini diametralmente opposti si espressero gli Autori che in piena conformità con la formulazione letterale del secondo comma, non ebbero dubbi sulle reali intenzioni della Costituente, ammettendo unicamente la stipulazione dei contratti *erga omnes* da parte dei sindacati registrati¹⁷.

16 Sulla registrazione come onere: F. SANTORO PASSARELLI, *La legge sindacale*, Jovene, Napoli, 1952, p. 12; G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Feltrinelli, Milano, 1960, p. 73 ss.; G. ARDAU, *op. cit.*, p. 149; G. CHIARELLI, *L'organizzazione e l'azione sindacale nella Costituzione e nella legge futura*, in *Diritto del Lavoro*, 1948, I, p. 373; M. GHIDINI, *Il diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1985, p. 65; V. CARULLO, *Diritto sindacale transitorio*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 151 ss.; U. NATOLI, *La Costituzione e il progetto di legge sindacale*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1953, p. 15; F. PERGOLES, *Sul riconoscimento dei sindacati*, in *Diritto del Lavoro*, 1949, I, p. 282; G. ZANGARI, *Riconoscimento giuridico e rappresentatività delle attuali associazioni sindacali di diritto privato*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1958, I, p. 96; V. BACHELET, *Sul carattere sindacale delle associazioni di categoria*, in *Diritto del Lavoro*, 1957, I, p. 138-139; A. DI MARCANTONIO, *I sindacati registrati secondo l'art. 39 della Costituzione*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1958, I, p. 224; M. GIULIANO, *Le associazioni sindacali e i contratti collettivi*, Il Foro It., Roma, 1951, Vol. II, p. 8; G. BRANCA, *Le associazioni sindacali*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 54 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto Sindacale*, Utet, Torino, 1968, p. 211; C. MORTATI, *op. cit.*, p. 203.

17 Sulla registrazione come obbligo: L. BARASSI, *Diritto del Lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1957, p. 48; G.P. BOGNETTI, *Costituzione legislazione e sindacati*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 54 ss.; P. GASPARRI,

Relativamente al terzo comma, l'ordinamento interno a base democratica risultante dagli statuti è stato interpretato come l'unica condizione richiesta per la registrazione, escludendosi la possibilità che la legge di attuazione potesse ampliare tale condizione o disporre condizioni non previste dalla disposizione costituzionale¹⁸.

In assenza di ulteriori indicazioni esplicite, la dottrina aveva ritenuto che l'esigenza di democrazia interna dovesse essere intesa secondo il significato comune che consiste nella partecipazione effettiva degli associati alla designazione degli organi sociali, nella garanzia della partecipazione degli stessi associati, nella tutela delle minoranze e nell'eguaglianza dei criteri di ammissione¹⁹.

In ogni caso sarebbe stata la legge di attuazione a determinare le specifiche condizioni per l'accertamento di tale requisito, non potendo tale valutazione essere lasciata alla discrezionalità degli uffici locali o centrali in palese contrasto con la *ratio* della norma, la quale prevede soltanto un controllo di legittimità e cioè una valutazione di mera conformità al modello legale, restando così escluso un controllo di merito in quanto inconciliabile con il principio di libertà sindacale sancito dal primo comma della stessa norma.

Sul modello concreto di attuazione di questo comma furono avanzate numerose ipotesi: da un lato, coloro che sostenevano la necessità di una semplice enunciazione di principio; dall'altro, quanti pensavano ad uno statuto-tipo, al quale avrebbero dovuto conformarsi gli statuti delle associazioni sindacali, fatta salva la possibilità di applicare controlli e sanzioni²⁰.

Sull'ammissibilità di criteri ulteriori e diversi rispetto a quello della democraticità interna, il Consiglio nazionale dell'Economia e del Lavoro (CNEL) si espresse favorevolmente con riguardo alla consistenza numerica del sindacato al fine di evitare che la registrazione potesse essere concessa a sindacati privi di qualunque rappresentanza.

Inizialmente anche le principali associazioni sindacali si espressero favorevolmente sulla proposta di richiedere un numero minimo di iscritti per la registrazione.

I principi costituzionali del nuovo diritto sindacale, in *Diritto del Lavoro*, 1948, I, p. 23 ss.; G.F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1963, p. 586; V. SIMI, *L'obbligo di registrazione del sindacato e le associazioni non registrate*, in *Diritto del Lavoro*, 1953, I, p. 238.

- 18 In termini differenti M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 67, il quale ammetteva la possibilità che l'iscrizione potesse essere subordinata anche all'anzianità di costituzione dell'associazione onde evitare la registrazione di sindacati improvvisati.
- 19 G. MAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 17; secondo G. ZANGARI, *Principi di diritto sindacale nel sistema Costituzione formale*, cit., p. 87, attraverso questa condizione, l'Assemblea Costituente ha voluto garantire a tutti i cittadini il diritto di partecipazione al sindacato; A. DI MARCANTONIO, *op. cit.*, p. 231; F. PERGOLES, *op. ult. cit.*, p. 283; L. RIVA SANSEVERINO, *loc. ult. cit.*
- 20 G. ZANGARI, *op. ult. cit.*, p. 130 ss., ha evidenziato la difficoltà di realizzare un possibile sistema sanzionatorio, tenuto conto della inevitabile resistenza da parte sindacale; sul punto v. anche P. RESCIGNO, *Il controllo democratico dei sindacati*, in *Rivista delle Società*, 1961, p. 804, il quale riteneva possibile l'applicazione analogica delle norme sulle società in tema di controlli dei bilanci; nello stesso senso V. SIMI, *op. cit.*, p. 235 e L. RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 213.

La possibilità di introdurre ulteriori requisiti fu argomentata anche attraverso la formulazione del comma 2 dell'art. 39, il quale, a differenza del comma 3, vieta espressamente ogni altro obbligo oltre la registrazione, sembrando così ammettere che il legislatore possa prevedere requisiti aggiuntivi alla democraticità degli statuti²¹.

La registrazione si presentava comunque soltanto come una semplice valutazione di legittimità di natura costitutiva²² che attribuisce al sindacato la personalità giuridica e la capacità di concludere contratti collettivi con efficacia *erga omnes*²³. In questo senso non sono mancati autori che hanno qualificato la registrazione come un vero e proprio diritto sindacale²⁴.

4. Il modello costituzionale della contrattazione collettiva *erga omnes*

Il meccanismo disciplinato dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 39 della Costituzione non è mai stato attuato e la sua mancata attuazione è dovuta soprattutto al diffuso timore da parte delle organizzazioni sindacali che la registrazione, pur funzionale al riconoscimento della capacità di concludere contratti collettivi efficaci *erga omnes*, potesse comportare un pervasivo controllo da parte delle autorità pubbliche e una limitazione dell'autonomia sindacale; di conseguenza,

21 Un'indagine realizzata dalla *Rivista Giuridica del Lavoro* nel 1959 e nel 1960, in merito all'ammissibilità del requisito della consistenza numerica minima tra i requisiti ai quali subordinare la registrazione, aveva ottenuto molti riscontri positivi, pur con motivazioni diverse: favorevoli B. MAZZARELLI, C. LAVAGNA, V. SIMI, R. DE LUCA TAMAJO; possibilista L. RIVA SANSEVERINO, contrari G. MINERVINI, U. PROSPERETTI. Concordarono con questa possibilità: U. NATOLI, *Ancora sull'attuazione dell'art. 39 Cost.*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1961, I, p. 379-386; G. ZANGARI, *op. cit.*, p. 92-93; A. DI MARCANTONIO, *op. cit.*, p. 229; G. MAZZONI, *op. cit.*, p. 23, il quale riteneva che il requisito numerico fosse garanzia di democraticità del sistema sindacale; secondo C. MORTATI, *op. cit.*, p. 197, la funzione del limite numerico era principalmente quella di determinare la rappresentanza effettiva dei sindacati, escludendo quelle fittizie; nello stesso senso L. RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 212.

22 C. ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione Italiana*, in *Saggi sulla Costituzione*, Cedam, Padova, 1954, p. 163; G. ZANGARI, *op. ult. cit.*, p. 47-48; V. CARULLO, *La registrazione delle associazioni sindacali*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1953, I, p. 14; G. TOGNI, *Attualità dell'art. 39 della Costituzione*, in *Lavoro e Sicurezza Sociale*, 1965, p. 679.

23 G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 14. Secondo G.F. MANCINI, *op. cit.*, p. 574 ss., l'attribuzione ai contratti collettivi dell'efficacia *erga omnes* costituiva un indebito intervento dello Stato nei rapporti sindacali, posto che il sindacato avrebbe potuto avvalersi di particolare efficacia solo ove il proselitismo avesse raggiunto i suoi limiti; in questo modo, l'efficacia *erga omnes* costituirebbe esclusivamente il mezzo attraverso il quale il sindacato estenderebbe la contrattazione ai non iscritti.

24 G. ARDAU, *op. cit.*, p. 185-186, ha ritenuto che si trattasse di un diritto soggettivo tutelabile dinanzi alla giurisdizione ordinaria; P. RESCIGNO, *Sindacati e Partiti nel diritto privato*, in *Persone e Comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966, p. 179; *contra* P. GASPARRI, *op. ult. cit.*, p. 23 ss., che, invece, riteneva trattarsi di un semplice interesse.

nonostante le garanzie offerte dal principio della libertà sindacale sancito dal primo comma dell'art. 39, i commi successivi hanno sollevato da subito diffusi sospetti di limitazione della libertà sindacale²⁵. È innegabile, del resto, che in epoca corporativa il riconoscimento giuridico dei sindacati aveva costituito il principale strumento di controllo e di sottomissione del sindacato al potere pubblico.

È non meno evidente, d'altra parte, come l'Assemblea Costituente abbia definito un sistema sufficiente di garanzie per la libertà sindacale, giacché se avesse davvero cercato di introdurre attraverso la registrazione uno strumento di controllo, non avrebbe certo sancito in modo così emblematico il principio del primo comma dell'art. 39, e avrebbe potuto semplicemente avvalersi della comune disciplina del riconoscimento delle associazioni di cui all'art. 12 del codice civile; diversamente, definendo – come abbiamo visto – una procedura diversa e meno penetrante rispetto alla disciplina civilistica, ha confermato una particolare attenzione al fenomeno sindacale²⁶.

L'intento principale della Costituente in realtà era quello di dotare i sindacati della speciale capacità di concludere contratti collettivi efficaci *erga omnes* e questa speciale capacità evidentemente necessitava della verifica di requisiti democratici minimi.

Con l'ultimo comma dell'art. 39 della Costituzione, l'Assemblea Costituente diede vita ad un vero e proprio modello costituzionale di contrattazione collettiva che attraverso la formazione di una rappresentanza unitaria proporzionale agli iscritti avrebbe dovuto consentire la conclusione di contratti collettivi obbligatori per l'intera categoria al quale il contratto si riferisce. Scopo della norma costituzionale evidentemente è stato quello di introdurre nell'ordinamento sindacale i criteri di proporzionalità e di maggioranza tipici del sistema politico di rappresentanza parlamentare²⁷.

Questa trasposizione, tuttavia, non corrisponde alla logica storica dell'azione sindacale, dato che il principio maggioritario si fonda sulla sua accettazione da parte degli attori politici come regola fondamentale del sistema, mentre in ambito sindacale la tradizionale contrapposizione tra sindacati diversi potrebbe impedire l'accettazione del principio maggioritario²⁸.

L'attribuzione ai sindacati registrati della rappresentanza legale dell'intera categoria aveva indotto alcuni interpreti a sospettare la natura di diritto pubblico dei sindacati stessi²⁹, anche se la tesi predominante fu certamente quella

25 V. CARULLO, *Diritto sindacale transitorio*, cit., p. 72 ss., consideravano la registrazione una limitazione all'attività sindacale.

26 Secondo G. ZANGARI, *op. ult. cit.*, p. 49.

27 F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto sindacale*, Utet, Torino, 1994, p. 27.

28 CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *loc. ult. cit.*

29 Per C. MORTATI, *op. cit.*, p. 196, la natura pubblica dei sindacati deriverebbe dagli obiettivi perseguiti; nello stesso senso P. GASPARRI, *I principi costituzionali del nuovo diritto sindacale*, cit., p. 36.

che, riaffermandone la natura privatistica, considerava la capacità di concludere contratti collettivi *erga omnes* soltanto come una particolare efficacia attribuita dall'ordinamento statale alla contrattazione collettiva³⁰.

Gli stessi dubbi furono sollevati rispetto alla natura della rappresentanza unitaria prevista dal comma 4 dell'art. 39, che alcuni Autori avevano qualificato come un soggetto giuridico di diritto pubblico vincolato ad un interesse collettivo generale³¹, mentre altri ne riconobbero la natura privatistica, configurando la rappresentanza unitaria come un organo comune³² o di secondo grado³³ degli stessi sindacati.

Del resto, se si volesse seguire l'opinione che riconosce la natura pubblicistica della rappresentanza unitaria si dovrebbe, coerentemente, attribuire ai sindacati la duplice natura di diritto privato e pubblico, in evidente contraddizione con il primo comma, il quale, escludendo qualunque ingerenza dello Stato nel movimento sindacale, impedirebbe la qualificazione del sindacato come soggetto di diritto pubblico³⁴.

L'art. 39 mira in realtà a realizzare un assetto democratico tanto all'interno del fenomeno sindacale attraverso la rappresentanza unitaria formata in proporzione agli iscritti, quanto nel singolo sindacato tramite l'obbligo del rispetto della democraticità degli statuti³⁵. È in quest'ottica di democraticità che era stata altresì sostenuta la necessità che il contratto collettivo del modello costituzionale, estendendosi ai lavoratori non iscritti³⁶, fosse accompagnato dalla consultazione preventiva o successiva di tutti i lavoratori³⁷.

30 M. PERSIANI, *I soggetti del contratto collettivo con efficacia generale*, in *Diritto del Lavoro*, 1958, I, p. 101; U. PROSPERETTI, *Sulla posizione dei sindacati nello Stato*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1950, I, p. 35; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1948, p. 13; L. RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 215; V. SIMI, *L'art. 39 Cost. e il riconoscimento dell'autonomia sindacale*, in *Diritto del Lavoro*, 1954, I, p. 348.

31 Sulla natura di diritto pubblico delle rappresentanze unitarie: V. CARULLO, *op. cit.*, p. 88; P. GASPARRI, *op. cit.*, p. 111; G. CHIARELLI, *Dibattiti sulla legge sindacale*, in *Diritto del Lavoro*, 1949, I, p. 437; A. DI MARCANTONIO, *op. cit.*, p. 243 ss.

32 La nozione di organo comune è presa in prestito dal diritto internazionale: M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 110; U. PROSPERETTI, *I contratti collettivi di lavoro*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1953, p. 54; F. SANTORO PASSARELLI, *Verso la legge sindacale*, in *Diritto del Lavoro*, 1949, I, p. 277, riteneva che le rappresentanze unitarie dovessero essere strutture stabili preposte allo svolgimento di tutte le funzioni inerenti alla categoria; nello stesso senso L. RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 236.

33 G. MAZZONI, *op. cit.*, p. 31ss; C. MORTATI, *op. cit.*, p. 199, riteneva che, nell'ambito della rappresentanza unitaria, il *quorum* necessario per l'approvazione dei contratti collettivi dovesse essere superiore al 50% al fine di garantire una maggiore tutela ai lavoratori.

34 V. SIMI, *op. cit.*, p. 350.

35 M. DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 130.

36 Secondo G. ZANGARI, *op. ult. cit.*, p. 111, attraverso questo meccanismo, l'Assemblea Costituente presupponeva che fosse rappresentata la maggioranza della categoria.

37 G. CHIARELLI, *op. ult. cit.*, p. 437; secondo A. DI MARCANTONIO, *op. cit.*, p. 248, ciò avrebbe dovuto comportare l'istituzione di un'anagrafe dei lavoratori, sebbene di difficile applicazione; concordano G. MAZZONI, R. DE LUCA TAMAJO, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1959, p. 177,

5. Le proposte di attuazione della seconda parte dell'articolo 39 della Costituzione

Il meccanismo previsto dai commi 2, 3 e 4 richiedeva evidentemente l'intervento del legislatore ordinario ai fini della relativa attuazione e non sono mancati i tentativi in questa direzione, tutti falliti, inizialmente per l'insufficienza tecnica delle proposte, e successivamente per la scelta dei sindacati, condivisa dal potere politico, di evitare qualsiasi intervento legislativo, segnando così il definitivo distacco dalla tradizione legislativa italiana improntata al forte interventismo³⁸.

Le premesse teoriche di questa posizione possono essere rinvenute nella teoria della pluralità degli ordinamenti elaborata da Santi Romano³⁹, secondo la quale il sistema sindacale può essere inteso come un ordinamento giuridico autonomo e come un centro permanente di interessi distinto da quello statale⁴⁰.

Ad avviso di alcuni Autori, le ragioni della mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 della Costituzione dovevano essere ravvisate nella stessa norma costituzionale che imponeva la registrazione e il riconoscimento giuridico del sindacato, creando così una contraddizione tra la sua natura privatistica e la relativa sottomissione ai poteri di controllo della pubblica amministrazione⁴¹.

Questo clima determinò quella concezione assoluta della libertà sindacale⁴² che, enfatizzando l'astensionismo legislativo, rese improbabile qualsiasi attuazione della seconda parte dell'art. 39 della Costituzione.

La posizione contraria all'attuazione della norma costituzionale fu assunta inizialmente soltanto dalla Confederazione Italiana Sindacati Lavoratori (CISL) di ispirazione cattolica⁴³, la quale, numericamente inferiore, temeva che il meccanismo di rappresentanza proporzionale del quarto comma potesse agevolare il sindacato maggioritario, la Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), che per questo motivo fu inizialmente favorevole all'attuazione della norma costituzionale⁴⁴.

332; U. NATOLI in relazione a una inchiesta della Rivista Giuridica del Lavoro riteneva ammissibile la votazione anche dei non iscritti (*Ancora sull'attuazione dell'art. 39 della Costituzione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1961, I, p. 379).

38 F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto sindacale*, UTET, Torino, 1996, p. 27.

39 S. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1955, p. 221 ss.

40 G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1977.

41 A. SERMONI, *Il punto sull'attuazione degli artt. 39-40 della Costituzione*, in *Diritto del Lavoro*, 1959, p. 57; G. ZANGARI, *La revisione dell'art. 39 della Costituzione*, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 1985, p. 1401; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 129 riconosceva la contraddizione tra il principio di libertà sindacale e il meccanismo dei commi successivi che postulano l'ingerenza dello Stato nel sindacato.

42 G. ZANGARI, *Principio del diritto sindacale nel sistema della Costituzione formale*, cit., p. 30 ss.

43 Inizialmente la CGIL rispose positivamente al questionario inviato dal Ministero del Lavoro nel 1949 riguardante l'attuazione dell'articolo 39 della Costituzione.

44 G. GIUGNI, *Sub art. 39*, cit., p. 259.

Successivamente, nel clima di unità sindacale maturato a partire dagli anni '60 del secolo scorso, la posizione contraria all'attuazione dell'art. 39 della Costituzione divenne comune a tutte le organizzazioni sindacali.

Da queste vicende possono essere adeguatamente compresi i rapporti che in Italia si sono delineati tra i sindacati e il potere politico, il quale, inizialmente favorevole all'attuazione della norma costituzionale, assunse in seguito una posizione decisamente contraria anche in ragione delle pressioni provenienti dal mondo sindacale.

In questo clima di tendenziale sfavore nei confronti dell'attuazione della norma costituzionale, le diverse proposte elaborate in questo senso furono viste come un rischio di potenziale riduzione della libertà sindacale.

Nella prima legislatura della Repubblica (1948-1953), i progetti presentati dai deputati Fanfani nel 1949 e Marazza nel 1950 non giunsero neppure al dibattito parlamentare, mentre il successivo progetto presentato il 4 dicembre 1951 alla Camera dei Deputati dal ministro del Lavoro Rubinacci risvegliò nel sindacato la storica diffidenza nei confronti dell'intervento legislativo.

Il progetto, oltre a non soddisfare le aspettative del sindacato, fu ritenuto, ad eccezione di alcuni pareri favorevoli⁴⁵, sostanzialmente inadeguato e inopportuno⁴⁶, tanto da non essere mai discusso in Parlamento.

Nel progetto Rubinacci la registrazione era concepita come un vero e proprio obbligo pregiudiziale ai fini della capacità contrattuale e la competenza per il suo rilascio ma soprattutto per la sua revoca era attribuita al Ministero del Lavoro, il quale, come organo politico, non garantiva di certo la necessaria imparzialità della relativa valutazione⁴⁷.

A parziale tutela dei sindacati era prevista unicamente la possibilità di ricorso diretto al Consiglio di Stato contro le decisioni del Ministero di negazione o revoca della registrazione⁴⁸.

Era stata invece valutata positivamente la previsione di una percentuale minima di iscritti per richiedere la registrazione⁴⁹, mentre l'opinione maggioritaria fu da subito molto critica nei confronti della previsione che affidava al legislatore la determinazione della categoria, ritenendosi la definizione dell'ambito di rappresentanza un aspetto di intangibile competenza del sindacato sul quale il

45 Sul punto F. PERGOLESÌ, *Note e dibattiti d'attualità*, in *Diritto del Lavoro*, 1952, I, p. 226 ss. il quale era sostanzialmente favorevole al progetto specialmente per la sindacalizzazione del pubblico impiego.

46 U. NATOLI, *La costituzione e il progetto di legge sindacale*, cit., p. 13 ss.

47 F. SANTORO PASSARELLI, *La legge sindacale*, cit., p. 13; U. NATOLI, *op. cit.*, p. 18.

48 U. NATOLI, *Libertà sindacale e registrazione dei sindacati secondo il progetto di attuazione dell'art. 39 Costituzione*, in *Atti del Convegno di Firenze sulla disciplina giuridica dei rapporti di lavoro*, 1953, p. 81, il quale rilevava l'ineffettività sul piano pratico della possibilità di ricorrere al Consiglio di Stato.

49 A. DI MARCANTONIO, *op. cit.*, p. 232, il quale rilevò la difficoltà concreta di procedere a tale accertamento numerico.

legislatore non poteva intervenire in ragione del principio della libertà sindacale sancito dal primo comma dello stesso art. 39 della Costituzione⁵⁰.

Molte critiche furono sollevate anche nei confronti della obbligatorietà della registrazione che escludeva, di conseguenza, la possibilità di stipulare contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes* da parte dei sindacati non registrati.

Il progetto Rubinacci prevedeva infine la pubblicazione del contratto collettivo, che poteva essere rifiutata dal Ministero del Lavoro, con l'unica possibilità di presentare ricorso al Consiglio di Stato.

Nel clima particolarmente teso degli anni '50 del secolo scorso, il fallimento del Progetto Rubinacci costituì l'inevitabile risultato delle sue molteplici contraddizioni rispetto al principio di libertà sindacale, e identico esito subirono gli altri progetti che si collocavano nella medesima prospettiva.

Nella seconda legislatura (1953-1958) furono presentati altri progetti con contenuti limitati alla disciplina dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi.

Il progetto del deputato Di Vittorio del 1953, già presentato nella prima legislatura, era composto da soli tre articoli che prevedevano l'obbligatorietà unicamente dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni maggioritarie tra il 1944 e il 1953, mentre il progetto del deputato Pastore dello stesso anno e anch'esso già presentato nella prima legislatura, perseguiva il medesimo e limitato obiettivo di sancire l'obbligatorietà dei contratti collettivi nazionali per tutti i lavoratori appartenenti alla categoria⁵¹.

Dopo il 1953, la questione dell'attuazione dell'art. 39 cominciò a riscuotere minore attenzione nel dibattito parlamentare, tanto che i pochi progetti di questo periodo, presentati da un numero esiguo di parlamentari, furono valutati generalmente come tentativi inutili. Vale la pena citare il progetto presentato nel 1958 dal deputato Malagodi del Partito Liberale⁵², degno di nota perché rispetto a quelli immediatamente precedenti questo progetto tentava di offrire una regolamentazione completa della materia, facendo esplicito riferimento al progetto Rubinacci.

Anche questi progetti non ebbero seguito nel dibattito parlamentare anche in ragione dell'entrata in vigore della legge 14 luglio 1959, n. 741 (c.d. Legge Vigorelli), la quale risolse, in maniera efficace anche se poco ortodossa, il problema particolarmente avvertito dell'efficacia obbligatoria dei contratti collettivi attraverso l'attribuzione al Governo della delega a recepire in decreto le norme contrattuali. Questo *escamotage* – come noto – fu giudicato legittimo dalla Corte

50 N. PINTO, *La registrazione delle associazioni sindacali e problemi di inquadramento sindacale*, in *Atti del Convegno Studi di Firenze sulla disciplina giuridica dei rapporti di lavoro*, 1953, p. 120, il quale riteneva che tra il progetto Rubinacci e lo stesso articolo 39 della Costituzione vi fosse un insanabile contrasto.

51 A. NAVARRA, *Le speranze (sinora) deluse*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1955, p. 147.

52 La Relazione e il testo legislativo sono pubblicati in *Disposizioni per la disciplina giuridica dei rapporti di lavoro*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1958, III, p. 304.

Costituzionale soltanto in ragione della sua transitorietà, con la conseguente illegittimità del successivo tentativo di dare veste permanente alla delega tramite la proroga contenuta nell'art. 1 della legge 1° ottobre 1960, n. 1027⁵³.

Gli auspici per l'attuazione dell'art. 39 della Costituzione furono rinnovati con l'istituzione tramite la legge n. 33 del 5 gennaio 1957 del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (CNEL), previsto dall'art. 99 della Costituzione, con l'obiettivo, tra le altre funzioni, di formulare una proposta per l'attuazione della norma costituzionale. Una volta entrato in funzione, il Consiglio rilevò da subito la forte resistenza all'attuazione di alcuni consiglieri che ne sostenevano il rinvio *sine die* a causa di «gravi difficoltà politiche, economiche e giuridiche»⁵⁴.

Il Consiglio elaborò un documento articolato in diciotto punti ai quali avrebbe dovuto conformarsi la futura legge attuativa. L'obiettivo della proposta era quello di limitare il più possibile l'ingerenza dello Stato, escludendo la creazione di una specifica struttura amministrativa dedicata alla registrazione dei sindacati e limitando il requisito della consistenza numerica minima⁵⁵, mentre al contrario del progetto Rubinacci garantiva la piena e incondizionata autonomia dei sindacati nella determinazione della categoria professionale⁵⁶.

Pur particolarmente rispettoso dell'autonomia collettiva, anche questo progetto, tuttavia, non ottenne alcuna approvazione e, di fronte all'ennesimo fallimento, tanto la politica quanto i sindacati cominciarono a disinteressarsi dell'attuazione dell'art. 39⁵⁷.

In tempi più recenti, l'attenzione all'art. 39 è stata ispirata dalla possibilità di modificare i commi 2, 3 e 4⁵⁸, e non sono mancate proposte volte all'abrogazione di tali commi il cui meccanismo è ormai ritenuto inadeguato rispetto alla profonda evoluzione della situazione economica e sindacale⁵⁹ che ha condotto, pur in assenza di efficacia *erga omnes*, ad una generalizzata estensione dell'applicazione dei contratti collettivi di diritto comune⁶⁰.

53 Corte Costituzionale 19 dicembre 1962, n. 106 e 15 maggio 1963, n. 70 e, entrambe in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1963, p. 585 ss. e 820 ss., con nota G. GIUGNI (p. 822 ss.).

54 Vedi *Osservazioni e proposte sull'attuazione degli artt. 39 e 40 della Costituzione*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1960, III, p. 225.

55 A. BECCA, *Le osservazioni e le proposte del CNEL sull'attuazione dell'art. 39 della Costituzione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1960, I, p. 317 ss.

56 A. BECCA, *op. ult. cit.*, p. 322 ss..

57 In questo senso: S. SCIARRA, *L'orgoglio dell'inattuazione costituzionale*, in *Politica del Diritto*, 1985, p. 421 ss.; G. PERA, *I problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, cit., p. 14 ss.

58 S. GRASSELLI, *Per una regolamentazione legale degli artt. 39-40 della Costituzione*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1994, p. 3080.

59 T. TREU, *L'art. 39 è obsoleto ...*, in *Rassegna Sindacale*, 1984, n. 44, p. 17-18; G.F. MANCINI, *op. cit.*, p. 570 ss..

60 E. D'AVOSSA, *Il progetto di riforma dell'art. 39 della Costituzione*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1985, p. 477; M. D'ANTONA, *Nuove regole dell'organizzazione sindacale*, in *Lavoro e Diritto*, 1988, p. 8, considerava anacronistico procedere alla riforma dell'art. 39 utilizzando istituti vecchi

L'ipotesi di abrogare gli ultimi tre commi dell'art. 39 della Costituzione è stata talvolta sostenuta anche con l'argomento della maggiore libertà di intervento che il legislatore acquisirebbe con la formulazione limitata all'enunciazione del principio di libertà di associazione, risultando evidente, al contrario, come l'opposizione sindacale sarebbe in questa ipotesi ancora più forte in assenza dei limiti all'intervento legislativo di cui ai commi 2, 3 e 4⁶¹.

L'ultimo progetto in ordine di tempo fu presentato nel gennaio 1985 dalla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali presieduta dall'on. Bozzi, che riproponeva il contenuto dell'art. 39 della Costituzione, salvo modifiche di particolare rilevanza⁶². In particolare, il progetto ammetteva l'intervento del legislatore⁶³ ai fini della determinazione dei criteri di misurazione della rappresentatività⁶⁴ e del riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi⁶⁵, sebbene anche questo tentativo sia stato criticato e non abbia ottenuto alcun risultato⁶⁶.

Per questi motivi prevale ancora oggi la posizione contraria a ogni intervento di attuazione, modifica o abrogazione dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 39 della Costituzione⁶⁷.

6. Il diritto privato come ambito di esercizio della libertà sindacale

Una volta archiviata la possibilità di dare attuazione alla seconda parte dell'art. 39, la disciplina del sindacato è stata integralmente trasferita al diritto privato e più specificatamente alle poche norme sulle associazioni non riconosciute previste dagli articoli 36, 37 e 38 del codice civile, rifiutandosi fermamente ogni

di cinquant'anni; nello stesso senso G. GHEZZI, *Modificare l'art. 39 della Costituzione?*, in *Politica e Diritto*, 1985, p. 222.

61 E. D'AVOSSA, *op. cit.*, p. 477.

62 Nel progetto della Commissione il requisito della democraticità era stato richiesto non solo nell'ordinamento interno, ma anche esterno. Sul punto si veda G.P. BOGNETTI, *op. cit.*, p. 43 ss.. Secondo G. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 224, se per metodo democratico si intendessero stabili relazioni con le istituzioni pubbliche, la nuova formula avrebbe dato vita ad un inaccettabile neocorporativismo.

63 G. ZANGARI, *La revisione dell'art. 39 della Costituzione*, cit., p. 1413.

64 E. D'AVOSSA, *op. cit.*, p. 478. Sostanzialmente contrari alla proposta a causa della genericità della formulazione: L. MARIUCCI, *Contrattazione collettiva e proposte di riforma costituzionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1985, p. 173; G. ZANGARI, *op. ult. cit.*, p. 1049; G. GHEZZI, *op. cit.*, p. 224.

65 G. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 226-227.

66 L. MARIUCCI, *op. cit.*, p. 173 ss.; G. ZANGARI, *op. cit.*, p. 1049 ss.

67 G. PERA, *Il trentanovismo è nelle cose*, in *Politica del Diritto*, 1985, p. 503, ritiene che i sindacati abbiano comunque dato vita a un sistema di contratti obbligatori analogo a quello dell'art. 39; nello stesso senso G. TOGNI, *op. cit.*, p. 684; G. SANTORO PASSARELLI, *Nuove regole dell'organizzazione sindacale*, in *Lavoro e Diritto*, 1988, p. 14; G. ZANGARI, *Attuazione o revisione dell'art. 39 della Costituzione*, in *Diritto del Lavoro*, I, 1963, p. 169 ss..

possibilità di applicazione al sindacato degli artt. 12 e ss. del codice civile, che disciplinano le associazioni riconosciute di diritto comune⁶⁸.

Per quanto sostenuta da alcuni autori, l'estensione al sindacato degli artt. 12 e ss. del codice civile ha suscitato la stessa reazione che, in precedenza, aveva osteggiato l'attuazione ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 39 della Costituzione. Va osservato che la parte preponderante della dottrina si è espressa negativamente circa l'applicabilità al sindacato degli artt. 12 e ss.⁶⁹, motivando la propria opposizione con l'inammissibile soggezione del sindacato al controllo dei pubblici poteri.

A deporre nel senso dell'inapplicabilità al sindacato delle limitazioni contenute nella disciplina delle associazioni riconosciute è non solo il principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39 della Costituzione, ma anche la Convenzione OIL n. 87 del 1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, la quale all'art. 7 esclude che l'attribuzione della personalità giuridica possa compromettere il diritto delle associazioni sindacali di elaborare liberamente i propri statuti e regolamenti. Ciò significa che le informazioni richieste dall'art. 16, comma 1, del codice civile ai fini del riconoscimento (denominazione dell'ente, indicazione dell'oggetto sociale, patrimonio e sede legale), unitamente alle indicazioni obbligatorie richieste dall'art. 33, comma 2, del codice civile ai fini della registrazione e ai poteri attribuiti all'autorità dall'art. 23, commi 1 e 4, del codice civile (annullamento delle deliberazioni assembleari per contrasto con la legge, l'atto costitutivo o lo statuto e sospensione per violazione dell'ordine pubblico) si porrebbero in contrasto con il principio della libertà di organizzazione sindacale di cui all'art. 39, comma 1, della Costituzione.

Dal punto di vista pratico, tuttavia, il problema non sembra avere molta importanza dal momento che attraverso la registrazione di diritto comune di cui agli artt. 12 e ss. del codice civile il sindacato non acquisirebbe alcuna capacità contrattuale superiore rispetto a quella, limitata agli iscritti, che deriva dalla sua natura di associazione non riconosciuta. L'efficacia *erga omnes*, prevista dal comma 4 dell'art. 39 della Costituzione può essere acquisita in altri termini solo con l'attuazione di tale disposizione⁷⁰, sicché in assenza di quest'ultima non esistono meccanismi alternativi di registrazione e riconoscimento della capacità di concludere contratti collettivi *erga omnes*⁷¹.

68 Su questa proposta vedi V. BACHELET, *op. cit.*, p. 129, ritiene che, in assenza della legge sindacale, rifiutare l'applicazione dell'art. 12 c.c. vorrebbe dire costringere il sindacato a una condizione di inferiorità giuridica.

69 G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 72; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p. 28.

70 G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 190. Nello stesso senso: F. PERGOLES, *Sul riconoscimento dei sindacati*, cit., p. 283; L. RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 200; M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 68; P. RESCIGNO, *Il controllo democratico dei sindacati*, cit., p. 808.

71 Vedi gli Autori citati alla nota precedente.

In questo senso è significativo che nella storia dei sindacati italiani solo due associazioni di datori di lavoro e non di lavoratori abbiano chiesto il riconoscimento ai sensi dell'art. 12 del codice civile.

La prima richiesta fu presentata nel 1946 dalla Confcommercio, ma non fu accolta perché il Ministero del Lavoro, in attesa dell'attuazione dell'art. 39 della Costituzione, preferì ignorare la possibilità offerta dall'art. 12 del Codice civile, mentre nel 1957 l'Unione Industrie Dolciarie Italiane appena istituita ottenne il riconoscimento di diritto comune, ma solo dopo aver eliminato dallo statuto ogni riferimento all'attività sindacale.

La posizione assunta al riguardo dal Ministero del Lavoro era condivisa dalla parte dominante della dottrina, secondo la quale il fenomeno sindacale, per la sua particolarità, poteva essere destinatario soltanto di discipline specifiche, escludendosi l'applicazione delle norme generali del codice civile che si riferiscono a generiche associazioni privatistiche. In quanto applicabili a qualsiasi tipo di associazione, indipendentemente dallo scopo perseguito, le norme codicistiche non sarebbero dunque applicabili al sindacato, a meno che, rinunciando statutariamente alla propria attività sindacale, lo stesso accetti di diventare un'associazione "comune". L'applicazione della disciplina codicistica, d'altra parte, implica una valutazione molto discrezionale da parte delle autorità in assenza di criteri di individuazione e valutazione dello scopo sindacale.

I pochi autori favorevoli all'applicazione del diritto comune avevano fatto appello al carattere neutrale del sistema del codice civile, che non contiene alcuna distinzione riguardo allo scopo delle associazioni. Secondo tale opinione, anche le associazioni sindacali potrebbero essere soggette alle norme del diritto comune, essendo garantite contro eccessivi controlli da parte delle autorità pubbliche dal principio costituzionale della libertà sindacale⁷².

Vale la pena ricordare che la totale assenza di norme specifiche per i sindacati nel codice civile del 1942 è dovuta al fatto che a quel tempo l'unica registrazione dei sindacati era quella prevista dal sistema corporativo fascista⁷³, che escludeva i sindacati dal riconoscimento della personalità giuridica al di fuori della disciplina specificatamente dedicata al fenomeno sindacale⁷⁴.

72 V. CARULLO, *op. cit.*, p. 63 e 75, riteneva che la possibilità offerta dall'art. 12 c. c. rientrasse nella libertà di scelta del sindacato e quindi complementare con la norma costituzionale; G. ZANGARI, *Principi di diritto sindacale nel sistema della Costituzione formale*, cit., p. 50 ss.; V. BACHELET, *op. cit.*, p. 129; A. DI MARCANTONIO, *op. cit.*, p. 225; F. PERGOLES, *op. ult. cit.*, p. 283; P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, cit., p. 156.

73 Privati del potere di contrattazione i sindacati non registrati corporativi o furono sciolti o si sciolsero volontariamente.

74 G. ZANGARI, *op. ult. cit.*, p. 57, evidenziava che l'inapplicabilità dell'art. 12 del codice civile si fosse affermata solo nella prassi, non rinvenendo nel codice civile alcun elemento a sostegno di tale inapplicabilità.

Con la soppressione del sistema corporativo questo impedimento è venuto meno⁷⁵, mentre resta il problema della compatibilità degli artt. 12 e ss. del codice civile con il principio della libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1, della Costituzione⁷⁶.

La conclusione a questo punto sembra ovvia. La scelta di ricorrere al riconoscimento previsto dagli artt. 12 e ss. del codice civile spetta esclusivamente alle organizzazioni sindacali, le quali, stante l'assoluta libertà ed autonomia garantite dalla mancata attuazione dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 39 della Costituzione, non hanno evidentemente alcun interesse al riconoscimento del diritto comune.

7. La disciplina privatistica dell'associazione sindacale

Il sindacato, in quanto associazione non riconosciuta, è destinatario delle relative norme previste dal Codice civile⁷⁷, ritenute generalmente inadeguate a regolamentare un fenomeno di tale portata.

La completa estraneità di questa scarsa disciplina rispetto al fenomeno sindacale diventa più evidente esaminando le relative previsioni:

- l'art. 36 del codice civile stabilisce che la regolamentazione della vita interna dell'associazione è definita dai patti tra gli associati e la rappresentanza processuale è attribuita a coloro ai quali è conferita la presidenza o la direzione dell'associazione;
- l'art. 37 del codice civile vieta la divisione del fondo comune formato dai contributi associativi, prima dello scioglimento dell'associazione o del recesso del singolo associato;
- infine, l'art. 38 del codice civile prevede che i terzi creditori possono far valere i loro diritti sul fondo comune per le obbligazioni dell'associazione, delle quali rispondono personalmente e solidalmente anche coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione.

Dalla lettura di queste brevi norme è facile dedurre che la loro logica è unicamente quella di garantire i diritti dei terzi creditori che entrano in contatto con l'associazione.

75 Per G. ZANGARI, *op. ult. cit.*, p. 71 ss., l'unica differenza è costituita dal fatto che la registrazione dell'art. 33 c. c. ha carattere dichiarativo, mentre quella dell'art. 39 Cost. ha carattere costitutivo; concorde G. ARDAU, *op. cit.*, p. 188 e G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, cit., p. 76.

76 G. ZANGARI, *op. ult. cit.*, p. 78.

77 Secondo P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 191, la volontà di partiti e sindacati di restare nell'ambito del diritto privato rappresenta la prova della scarsa fiducia riposta nello Stato.

L'evidente inadeguatezza di tali norme ha portato la dottrina a configurare il sindacato, pur in assenza di personalità giuridica, come un soggetto di diritto⁷⁸ e come tale destinatario di tutte norme vigenti nell'ordinamento, comprese quelle riguardanti le associazioni riconosciute.

In questa logica, il sindacato è stato considerato a tutti gli effetti come un soggetto giuridico e, in particolare, come un soggetto collettivo risultante dalla somma di una serie di rapporti individuali⁷⁹. Partendo da questa concezione allargata della soggettività giuridica, altri autori sono giunti alla configurazione del sindacato come persona giuridica in forza del riconoscimento pieno e diretto contenuto nell'art. 39 della Costituzione⁸⁰.

Una parte della dottrina si è così espressa favorevolmente all'applicazione analogica della disciplina delle associazioni riconosciute di cui agli artt. 14 e ss. del codice civile secondo un giudizio di compatibilità basato sull'assenza del riconoscimento formale⁸¹, mentre un altro orientamento ha ritenuto superfluo il ricorso all'analogia, dal momento che la comune natura contrattuale dei due fenomeni associativi imporrebbe l'applicazione diretta e non analogica di tali norme⁸².

Nonostante il differente percorso argomentativo, entrambe le opinioni giungevano alle medesime conclusioni pratiche: il sindacato sarebbe soggetto alle regole dettate per le associazioni non riconosciute e a quelle relative alle associazioni riconosciute in quanto ritenute compatibili.

Alla stregua di qualunque altro fenomeno associativo, l'associazione sindacale viene ad esistenza con l'atto costitutivo, dal quale sorge il vincolo associativo nei confronti dei soci, e lo statuto che regola la vita interna dell'associazione⁸³.

L'altro elemento determinante è rappresentato dallo scopo associativo, individuabile espressamente nello statuto e tacitamente nell'attività svolta dall'associazione.

Per quanto la nostra Costituzione non contenga una definizione esplicita di sindacato, la collocazione della relativa disciplina nel Titolo III intitolato "Rapporti economici" induce a ritenere che il suo obiettivo principale sia

78 V. CARULLO, *La registrazione delle associazioni sindacali*, cit., p. 21 ss. concordava sull'attribuzione della soggettività giuridica visto il grande ruolo che il sindacato ha saputo conquistarsi nella società civile; nello stesso senso G. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 194 ss., mentre M. GIULIANO, *op. cit.*, p. 32 ss., riteneva che tale soggettività non fosse piena, ma imperfetta.

79 M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972, p. 188 ss., riteneva che la qualificazione di soggetto collettivo potesse applicarsi solo in relazione alla parte obbligatoria del contratto collettivo. Sul punto v. anche M. DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 72.

80 M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli, 1979, p. 157 ss.; G. GHEZZI, *La soggettività delle associazioni sindacali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1963, p. 79.

81 G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, cit., p. 209.

82 F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario al Codice Civile* di Scialoja e Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna, 1967, p. 183.

83 G. BRANCA, *op. cit.*, p. 19.

rappresentato dalla determinazione contrattuale delle condizioni di lavoro⁸⁴ e più in generale dalla rappresentanza degli interessi dei lavoratori.

In merito alla vita interna del sindacato, è importante evidenziare come, nonostante l'ampia autonomia concessa dall'art. 36 del codice civile, gli statuti delle diverse associazioni sindacali siano accomunate da analoghi contenuti, conformandosi al modello basato sulla tripartizione degli organi: assemblea degli associati, amministratori e rappresentanti.

A questi organi si aggiungono poi altre strutture con funzioni esecutive, di controllo o di giurisdizione interna.

Per quanto riguarda la disciplina dell'assemblea dei soci, il problema sul quale si è maggiormente dibattuto in passato riguarda la possibile applicabilità del metodo collegiale. Dal punto di vista pratico non vi è dubbio sulla necessità che gli associati abbiano un luogo nel quale esprimere la loro volontà collettiva; tuttavia, in virtù dell'autonomia concessa dall'art. 36 del codice civile, è sempre possibile che gli statuti stabiliscano diversamente o non dispongano nulla al riguardo.

L'esigenza di giungere ugualmente all'applicazione del metodo collegiale, considerato il naturale corollario del principio democratico, ha indotto alcuni interpreti a ritenere opportuno il ricorso all'art. 1374 del codice civile, il quale, obbligando le parti non solo a quanto espresso nel contratto, ma anche a quanto deriva dalla legge, usi o equità, renderebbe operante il principio di collegialità anche nelle associazioni non riconosciute come uso determinato dall'irrinunciabile esigenza pratica di consentire agli associati una partecipazione alla vita associativa⁸⁵.

Nello stesso senso sembra possibile concludere in merito all'applicazione del principio di maggioranza⁸⁶.

Le assemblee sindacali assumono generalmente la denominazione di congressi e possono essere composte da delegati espressi dalle assemblee di sezione. I congressi, tuttavia, non possono essere considerati organi permanenti, in quanto normalmente sostituiti nelle questioni di ordinaria amministrazione da ulteriori organi come il consiglio o il comitato centrale.

Un elemento significativo e fondamentale del fenomeno associativo è costituito dalla pluralità dei soggetti che sono generalmente accomunati da un elemento soggettivo, che nel sindacato è rappresentato dalla condizione professionale del lavoratore, presa in considerazione dagli statuti nella regolamentazione dei requisiti di ammissione.

84 Sul punto G. ARDAU, *op. cit.*, p. 164, il quale subordinava la registrazione al perseguimento delle finalità dell'associazione costituita dalla difesa degli interessi di categoria attraverso la contrattazione collettiva. Secondo G. PERA, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 75, l'obiettivo è la tutela degli interessi collettivi, mentre la contrattazione ne costituirebbe solo il mezzo; negli stessi termini F. SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, cit., p. 160.

85 G. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 209; D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 113.

86 Cfr. D. RUBINO, *loc. ult. cit.*

La necessaria appartenenza alla medesima categoria acquista nel fenomeno sindacale un significato particolare, posto che nell'attività negoziale il sindacato si presenta come portatore degli interessi di un determinato gruppo di lavoratori.

Nella determinazione della categoria rappresentata l'organizzazione sindacale gode ovviamente della più ampia libertà derivante dal principio di libertà sindacale che comprende anche l'autodeterminazione dell'ambito di rappresentanza.

In assenza di specifiche norme, gli unici limiti all'ammissione degli iscritti potranno così essere stabiliti negli statuti delle stesse associazioni sindacali.

Se le limitazioni basate sul sesso, sulla razza, sulla lingua e sulla religione e, in generale, su motivi discriminatori sono unanimemente ritenute inammissibili per l'inevitabile contrasto che ne deriverebbe con l'art. 3, comma 1, della Costituzione e con i principi generali dell'ordinamento, non sussiste invece unanimità di opinioni in merito alla legittimità delle limitazioni di accesso basate sulle opinioni politiche. Gli autori contrari hanno ritenuto tali limitazioni inammissibili non solo alla luce dell'art. 3 della Costituzione, ma anche per il potere discrezionale di esclusione che verrebbe altrimenti riconosciuto agli organi associativi qualora fosse accolta la soluzione positiva⁸⁷.

L'orientamento favorevole a queste limitazioni ha argomentato invece in questo senso in ragione della necessità che il sindacato possa contare sul pieno sostegno dei propri iscritti anche nell'ambito di quelle attività di natura più politica che contrattuale⁸⁸.

Nel dibattito sul diritto di ammissione, in realtà, si sono tradizionalmente contrapposti due diversi modi di intendere il rapporto tra i singoli lavoratori e il sindacato che li rappresenta. La contrarietà ad un'eccessiva discrezionalità degli organi associativi nasceva dall'esigenza di garantire una maggiore tutela ai singoli associati⁸⁹, mentre dal versante opposto si collocavano quanti ritenevano prevalente la tutela dell'interesse collettivo sulla posizione individuale.

Problemi analoghi hanno caratterizzato il dibattito sul potere degli organi sindacali di esclusione degli iscritti.

La tutela degli associati invero potrebbe essere assicurata dall'art. 24, comma 3, del codice civile, per il quale «l'esclusione d'un associato non può essere deliberata dall'assemblea che per gravi motivi», ma i sindacati si sono sempre opposti all'applicazione della norma, ritenendosi, sostenuti da un'ampia giurisprudenza, in una condizione di immunità da qualunque ingerenza dello Stato nella vita interna dell'associazione⁹⁰.

Questa posizione di privilegio è stata generalmente ritenuta legittima in ragione dell'autonomia contrattuale degli associati, i quali all'atto dell'ammissione

87 F. GALGANO, *op. cit.*, p. 159.

88 G. BRANCA, *op. cit.*, p. 88; G. PERA, *op. cit.*, p. 79.

89 D. RUBINO, *op. cit.*, p. 71 ss.

90 U. PROSPERETTI, *Sulla posizione dei sindacati nello Stato*, cit., p. 26 ritiene che, in uno Stato democratico, i sindacati e i partiti debbano godere di una sfera di autonomia intangibile.

rinunciano preventivamente ad agire davanti al foro ordinario contro i provvedimenti che l'associazione potrà adottare nei loro confronti, compresi quelli di espulsione⁹¹.

L'obiettivo di queste posizioni è evidentemente quello di preservare la libertà sindacale da possibili ingerenze esterne, garantendo il potere dell'associazione di escludere determinati associati per insanabili differenze ideologiche o politiche che, come tali, non potrebbero essere sottoposte alla valutazione dell'organo giudiziario⁹².

91 Secondo G. BRANCA, *op. cit.*, p. 189 tale potere deve essere riconosciuto dal sindacato in forza del principio della libertà di associazione.

92 U. PROSPERETTI, *loc. ult. cit.*.

La libertà sindacale dell'art. 39 della Costituzione

Simone Varva

SOMMARIO: 1. Libertà sindacale quale libertà di organizzazione. – 2. Lo Statuto dei lavoratori e le fonti sovra-nazionali. – 3. La natura “sindacale” dell’organizzazione. – 4. Pluralismo, libertà nella prospettiva individuale, libertà nella prospettiva collettiva. – 5. L’applicabilità della libertà sindacale ai datori di lavoro. – 6. L’applicabilità della libertà sindacale ai lavoratori autonomi. – 7. L’applicabilità della libertà sindacale ai lavoratori pubblici (la questione della polizia e delle forze armate).

1. Libertà sindacale quale libertà di organizzazione

Il principale riferimento normativo della libertà sindacale è contenuto nell’art. 39 Cost. il quale, al primo comma, riconosce che «l’organizzazione sindacale è libera». Ciò non significa che la tutela della libertà sindacale sia limitata al momento organizzativo. L’Assemblea costituente, evidentemente, volle focalizzare l’attenzione sull’organizzazione quale fase decisiva per garantire l’effettivo esercizio della “libertà sindacale” in tutte le sue articolazioni: ma senza limitare certo a questo momento la protezione. Alla luce di tale considerazione in questo contributo si farà dunque riferimento alla libertà sindacale, nozione più ampia e inclusiva, in luogo del più limitato concetto legato alla sola fase dell’organizzazione.

Quanto alla titolarità, la libertà sindacale è senza dubbio riconosciuta individualmente ad ogni lavoratore (e si tratta dunque di un diritto a titolarità individuale), ma che si esplica tradizionalmente in una dimensione collettiva, almeno sotto il profilo finalistico (un diritto a esercizio “essenzialmente” collettivo)¹.

1 Nel corso dei decenni successivi alla promulgazione della Carta costituzionale molti studiosi di diritto del lavoro si sono occupati di libertà sindacale. In considerazione dell’obiettivo ricognitivo di questo contributo, ci si limiterà a riportare qui solo alcuni dei contributi ritenuti più rilevanti, a cui vanno aggiunti quelli indicati nelle note a seguire: F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, in *Enciclopedia del diritto*, 1959, p. 369; G. PERA, *Libertà sindacale*, in *Enciclopedia del diritto*, 1974, p. 501; G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene, Napoli, 1984; U. CARABELLI, *Libertà e immunità del sindacato*, Jovene, Napoli, 1986; U. ROMAGNOLI, *Associazione. V). Associazioni sindacali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, p. 5; G. GIUGNI, *Libertà sindacale*, in *Digesto. Sezione commerciale*, IX, p. 17, Utet, Torino, 1993;

È da evidenziare come la Costituzione provveda a proteggere anche la libertà di associazione: l'art. 18 Cost. riconosce a tutti i cittadini «il diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale». Libertà di associazione che, oltre ai limiti penalistici, è sottoposta al divieto di costituire associazioni segrete o a carattere militare. Mentre l'esercizio della libertà di cui all'art. 39 Cost. non è condizionata: la scelta dell'Assemblea costituente è stata di riconoscere come lecita, e quindi meritevole di tutela, la ragione sindacale in sé². Si noti, sotto un altro profilo, come l'art. 39 Cost. non faccia riferimento all'associazione, ma all'organizzazione nelle sue molteplici manifestazioni. Le associazioni sono entità collettive, costituite dagli associati per uno scopo comune (non lucrativo), e godono di una certa stabilità. Il Codice civile prevede una diversa disciplina per le associazioni dotate di personalità giuridica perfetta e per quelle con personalità giuridica limitata (le cosiddette associazioni “non riconosciute”). I sindacati italiani odierni sono classificati come associazioni non riconosciute, non essendo stata data attuazione alla “seconda parte” dell'art. 39 Cost.³ Il rapporto tra organizzazione e associazione è quello di *genus a species*: tutte le associazioni sono organizzazioni, ma le prime non esauriscono la varietà e l'articolazione che può assumere il fenomeno organizzativo. Ad esempio, l'art. 39 Cost. protegge certamente una coalizione episodica di lavoratori, anche in assenza dei caratteri di stabilità e formalità tipici dell'associazione (ad esempio un comitato di lavoratori costituitosi in modo estemporaneo e spontaneo per organizzare proteste o scioperi). E protegge anche forme organizzative quali le rappresentanze sindacali aziendali o unitarie, che sono certamente enti sindacali dal punto di vista funzionale ma che ben potrebbero assumere una struttura diversa da quella associativa⁴.

L'art. 39 Cost. non contempla soltanto un diritto pubblico di libertà, che garantisce ai lavoratori la protezione nei confronti dell'ingerenza dello Stato; certamente contiene anche un precetto direttamente applicabile nei rapporti tra soggetti privati⁵ e deve essere letto alla luce dell'impianto valoriale costituito dal complesso delle previsioni costituzionali rilevanti. La libertà sindacale va interpretata in particolare alla luce: dell'art. 40 Cost., che proclama come lo sciopero

F. SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, Milano, 1993; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003.

2 Sulla questione dell'applicabilità all'attività di organizzazione dei datori di lavoro dell'art. 39 Cost. ovvero del mero riconoscimento della libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost. v. *infra* §5.

3 Su tale questione si rinvia *infra* all'approfondimento di F. SCARPELLI, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, *infra*.

4 G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, p. 26.

5 Già *self-executing* senza bisogno di norme di attuazione, secondo R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 206.

non sia solo una libertà ma, anche e soprattutto, un diritto⁶; dell'art. 2 Cost., che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo non solo individualmente ma anche nei "corpi intermedi" (nelle «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»); dell'art. 3, comma 2, Cost., che riconosce il compito della Repubblica di perseguire l'eguaglianza sostanziale (rimuovendo «gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»). La libertà sindacale è perciò inserita in «un progetto generale di democrazia sociale fondato sul riconoscimento del pluralismo e del conflitto come strumenti di emancipazione dei soggetti più deboli e di affermazione [...] della piena libertà ed eguaglianza dei lavoratori-cittadini, oltre gli ostacoli di ordine economico e sociale che le limitano»⁷.

Libertà, dunque, dal condizionamento dello Stato nella dimensione pubblico-verticale e da quello della parte datoriale nella dimensione privatistico-orizzontale. Ma non soltanto una libertà statica (libertà "da"), ma anche soprattutto una libertà dinamica (libertà "di"). Affermazione che assume particolare rilievo dinanzi all'introduzione nell'ordinamento degli artt. 14, 15, 16 e 17 Stat. lav., tesi a proteggere e favorire l'esercizio effettivo della libertà sindacale nei luoghi di lavoro.

2. Lo Statuto dei lavoratori e le fonti sovra-nazionali

La previsione costituzionale non esaurisce infatti le disposizioni rilevanti in tema di libertà sindacale: sono molte le fonti normative che si occupano del fenomeno, sia di diritto interno che di derivazione sovra-nazionale⁸. E di tali fonti, che pure hanno provenienze eterogenee e differente efficacia giuridica, è opportuno tenere conto per interpretare correttamente il significato della libertà qui analizzata. Senza pretesa di esaustività è utile richiamare alcune delle più significative.

Sul piano interno si rileva come lo Statuto dei lavoratori, l. 20 maggio 1970 n. 300, sia dedicato (oltre che alla protezione della libertà e della dignità dei lavoratori anche) alla tutela della libertà e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro. In particolare sono da ricordare: l'art. 1 Stat.lav., che riconosce ai lavoratori la libertà di opinione sindacale; l'art. 14 Stat.lav., che riconosce il diritto di associazione e di attività sindacale (e più precisamente il «diritto di costituire associazioni

6 Si rinvia infra all'approfondimento di L. GIASANTI, *Il diritto di sciopero dell'art. 40 Cost.: la titolarità del diritto e gli effetti del suo esercizio*.

7 F. SCARPELLI, *Sub. Art. 39 Cost.*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 208.

8 Per una ricognizione delle questioni della libertà sindacale in una prospettiva internazionalistica e comparatistica v. A. BAYLOS GRAU, L. ZOPPOLI (a cura di), *Libertà sindacale nel mondo: nuovi profili e vecchi problemi. Quaderni della rivista Diritti lavori mercati*. VI, 2019, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale»⁹; l'art. 15 Stat.lav., che vieta le discriminazioni fondate sull'esercizio della libertà sindacale; l'art. 16 Stat.lav., che vieta i trattamenti economici collettivi discriminatori (ovvero di maggior favore); l'art. 17, che si occupa dei sindacati di comodo¹⁰; l'art. 28 Stat.lav., che predispone un procedimento rapido ed efficiente per la repressione della condotta anti-sindacale, definita come qualsiasi condotta datoriale diretta «ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero»¹¹.

In ambito sovra-nazionale, l'agenzia specializzata delle Nazioni unite (ONU) per la tutela e la promozione dei diritti dei lavoratori è l'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL). Già nel preambolo alla Costituzione OIL del 1948 è riconosciuta la libertà sindacale. Libertà poi ripresa e specificata in alcune delle più importanti convenzioni OIL, quali la conv. n. 87/1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale e la conv. n. 98/1949 sull'applicazione dei principi del diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva. In sostanza le due convenzioni sono dedicate, rispettivamente, a garantire la libertà di organizzazione sindacale dall'intromissione dei pubblici poteri (prospettiva verticale o pubblicistica) e dall'ingerenza dei datori di lavoro (prospettiva orizzontale o privatistica). Già agli albori dell'attività OIL fu istituita una specifica commissione con il compito di esaminare le violazioni alla libertà sindacale¹². Anche nel più ampio ambito ONU la libertà sindacale è riconosciuta a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo (art. 20).

In ambito regionale, la libertà sindacale è riconosciuta e protetta dal Consiglio d'Europa attraverso gli strumenti della Carta sociale europea e della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali¹³. La

9 C. ASSANTI, *Sub art. 14*, in C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, p. 160, sottolinea il profilo dinamico della libertà di associazione, rilevando come l'art. 14 Stat.lav. garantisca che «all'interno del luogo di lavoro tutti i lavoratori hanno facoltà di compiere gli atti indirizzati a costituire o ad aderire ai sindacati o che siano altrimenti sindacali».

10 Per un approfondimento sull'art. 17 Stat.lav. v. infra 3.

11 M. BARBIERI, *Libertà sindacale e i suoi interpreti: i commentari dello Statuto dei lavoratori*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Introduzione al diritto sindacale. Letture e riletture*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2023, p. 204, sottolinea come prima dell'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori «la questione della libertà sindacale, pur garantita al più alto livello nel sistema delle fonti, era ciò nonostante riconosciuta a problematica sotto il profilo della tutela: cioè sul piano dell'effettività nei luoghi di lavoro».

12 *The ILO's Committee on freedom of association*, nel corso dei settanta anni della sua attività, ha sviluppato prassi e interpretazioni relative alla libertà di associazione sindacale che assumono indubbia rilevanza sia a livello internazionale sia nella prospettiva di armonizzazione delle normative nazionali dei numerosi Paesi aderenti all'Organizzazione <https://www.ilo.org/topics/freedom-association>.

13 Per quanto riguarda la Carta sociale europea si vedano in particolare l'art. 5 CES (che riconosce ai lavoratori la libertà di costituire organizzazioni «per la protezione dei loro interessi economici e sociali») e l'art. 24 CES (che vieta il licenziamento per affiliazione

Corte costituzionale italiana ha riconosciuto alla Carta sociale europea il ruolo di normativa interposta nel giudizio di costituzionalità, con la conseguenza che le relative previsioni della Carta sarebbero idonee a limitare, al pari delle altre disposizioni di rango costituzionale, l'esercizio del potere legislativo nazionale¹⁴.

Nell'ambito dell'Unione europea, l'art. 153 del Trattato sul funzionamento UE esclude dalle competenze legislative dell'Unione la libertà di associazione sindacale¹⁵. L'art. 12 della Carta dei diritti fondamentali UE prevede il diritto alla libertà di associazione, compreso «il diritto di ogni individuo di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi»: tuttavia il seguente art. 51 precisa come la Carta non modifichi le competenze dell'UE¹⁶. Una delle libertà fondamentali UE è quella di libera circolazione garantita a tutti cittadini dell'Unione; i cittadini UE hanno diritto a vedersi riconosciuta la parità di trattamento, che comprende il godimento dei diritti sindacali tutelati sul piano nazionale (tra i quali, in Italia, è certamente ricompreso l'esercizio della libertà sindacale).

3. La natura “sindacale” dell'organizzazione

Secondo la prospettiva tradizionale, il significato del termine “sindacale” utilizzato dall'art. 39 Cost. non può essere ricavato attraverso un'analisi semplicemente giuridica. Occorre piuttosto guardare al senso che esso assume su basi semantiche di comune esperienza, adottando una tecnica ermeneutica fondata su canoni storici, sociali, sistematici e teleologici. In definitiva, è da considerarsi sindacale qualsiasi attività di (auto)tutela degli interessi comuni ai lavoratori connessi a relazioni giuridiche in cui sia dedotta attività di lavoro¹⁷.

sindacale o per la partecipazione ad attività sindacali: EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS, *Statements of interpretation* <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/statements-of-interpretation1>). Con riferimento alla Convezione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali v. art. 11 Cedu, dedicato alla libertà di riunione e di associazione, che riconosce esplicitamente il «diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi»: L. WOODS, *Article 11: Freedom of Expression and Information*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights A Commentary*, Bloomsbury Publishing, London, 2021, p. 333 ss.

- 14 Corte Cost. 13 giugno 2018 n. 120 in cui la Corte, proprio in tema di libertà sindacale, riconosce come incostituzionale il divieto normativo posto ai militari nel costituire associazioni professionali a carattere sindacale, anche se autonome.
- 15 Si noti che nel medesimo art. 153 TFUE, appena prima, venga riconosciuta la competenza UE in tema di «rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro», ma venga “fatta salva” l'esclusione dalle competenze UE del diritto di associazione: è evidente come le due previsioni non siano di agevole coordinamento.
- 16 Sulla tutela della libertà di associazione a livello euro-unitario e sull'efficacia della Carta dei diritti fondamentali UE v. S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017 e M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 53 ss.
- 17 Si adotta qui il linguaggio più inclusivo di G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, p. 27, che intende perciò ricomprendere le attività «non solo di lavoro dipendenti»: sull'estensione

Uno dei rari tentativi di definire il fenomeno sindacale (benché non particolarmente pregnante) è reperibile all'art. 10, conv. n. 87/1948, secondo cui è organizzazione sindacale quella che «abbia lo scopo di promuovere e di difendere gli interessi dei lavoratori o dei datori di lavoro».

Per quanto la nozione di attività sindacale venga intesa in senso molto ampio (e autoreferenziale), resta in ogni caso circoscritta dal divieto in capo ai datori di lavoro di sostenere in qualsiasi modo una associazione sindacale di lavoratori, così come disposto dall'art. 17 Stat.lav. Trattasi del fenomeno dei sindacati di comodo (o “gialli”), considerato una modalità indiretta per limitare la libertà sindacale¹⁸. Non possono essere considerate organizzazioni sindacali, a norma dell'art. 39 Cost., quelle associazioni che siano sostenute dalla controparte datoriale: manca infatti l'elemento essenziale della genuina sindacalità dell'attività associativa¹⁹. Il divieto di sindacati di comodo implica l'impossibilità di concepire sindacati misti, composti da lavoratori e datori di lavoro²⁰. Si è osservato come non sia agevole nella prassi distinguere strategie genuinamente collaborative e di mediazione nei confronti della controparte dalle commistioni patologiche censurate dall'art. 17 Stat.lav.²¹. Ma tali difficoltà non hanno impedito alla giurisprudenza di considerare sindacato di comodo una organizzazione firmataria di un contratto collettivo per il settore del “food delivery”. Il preteso “sindacato” UGL Rider aveva stipulato un contratto nazionale di lavoro con l'associazione degli imprenditori del settore AssoDelivery; nel contempo i sindacati dotati di maggiore rappresentatività²² erano impegnati in un delicato negoziato, con la mediazione ministeriale, per ricondurre l'attività di food delivery al più ampio e sindacalizzato settore della logistica²³.

della libertà sindacale ai lavoratori autonomi v. *infra* §6.

18 G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 35.

19 M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 104, sottolinea che è organizzazione sindacale solo quella che si atteggia in modo antagonista nei confronti della parte datoriale e chiarisce che ciò «non significa che il sindacato, per essere genuino, non debba essere disponibile a contrattare ed eventualmente ad accettare le proposte della controparte; significa che il sindacato è autenticamente tale se tutela, mediante la negoziazione collettiva e il conflitto, gli interessi dei propri rappresentati»; sul punto già F. MANCINI, *Sub art. 17*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori. Artt. 14-18*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, p. 68.

20 Pret. Milano 15 giugno 1993 ha negato la natura sindacale ad una associazione, il “Sindacato padano”, che ammetteva nella veste di associati non solo i lavoratori subordinati, ma pure i piccoli imprenditori e altri professionisti: il giudice in particolare sottolinea come le finalità statutarie siano connotate dalla «mediazione di contrapposti interessi e quindi da una dimensione “politica” e non meramente “sindacale” dell'organizzazione».

21 R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 212; per G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 35 occorre evitare «di travisare il senso di comportamenti che rientrano nella normale dialettica delle relazioni industriali».

22 Sulla questione della rappresentatività si rinvia *infra* all'approfondimento di I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*.

23 Trib. Firenze 24 novembre 2021.

4. Pluralismo, libertà nella prospettiva individuale, libertà nella prospettiva collettiva

Come visto, l'affermazione della libertà sindacale nella Costituzione è storicamente legata al superamento del modello corporativo che aveva caratterizzato il sistema sindacale italiano nel ventennio precedente. Al sindacato unico corporativo riconosciuto e controllato dallo Stato, così come alla categoria professionale definita pubblicamente, si contrappone il disegno costituzionale che legittima la compresenza di più sindacati, anche in concorrenza tra loro (sistema pluralista). In questo disegno di libertà sono i sindacati a indicare i confini del gruppo professionale rappresentato e sono le parti sociali a individuare, nell'ambito dei propri poteri di negoziazione collettiva, quali siano i lavoratori a cui si applica la disciplina del contratto collettivo²⁴. In altri termini, la categoria non è una entità ontologica, preesistente all'organizzazione dei lavoratori, ma viene autonomamente individuata dai lavoratori nell'esercizio della libertà di organizzazione. Dopo la parentesi del controllo pubblicistico delle relazioni industriali, il riconoscimento della libertà di organizzazione sindacale in una prospettiva pluralista e privatistica implica perciò il ritorno all'attività sindacale nel sistema negoziale fondato sulle libere scelte dei soggetti coinvolti. Un modello connotato dalla concorrenza, dalla competizione, dal conflitto: sia tra i diversi sindacati dei lavoratori, sia tra le organizzazioni rappresentative degli interessi contrapposti del lavoro e dell'impresa²⁵.

Come visto, la libertà sindacale garantisce dunque il pluralismo sindacale²⁶. Sia nel senso, collettivo, della possibilità di costituire più associazioni che si candidano a rappresentare gli interessi di lavoratori impiegati nel medesimo settore o accomunati dallo svolgimento della medesima attività professionale. Sia nel senso, individuale, di poter scegliere a quale sindacato aderire (o non aderire)²⁷.

La prospettiva collettiva è stata valorizzata nei decenni successivi all'entrata in vigore della Carta costituzionale dagli studiosi di diritto sindacale. Essi hanno,

24 Sull'approfondimento della distinzione tra categoria in senso organizzativo e categoria in senso contrattuale v. F. SCARPELLI, *op. cit.*, 214. Sul rapporto tra categoria e libertà sindacale v. P. ALBI, *Sub art. 39 Cost.*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2022, p. 38.

25 P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova 1998, p. 6 ss.

26 Nozione chiarita nella prosa schietta e diretta di L. Di Vittorio, uno dei più importanti sindacalisti italiani, secondo cui il «principio della libertà sindacale [...] è collegato alla possibilità della molteplicità dei sindacati. Non è ammissibile, in regime di libertà sindacale, istituire un sindacato unico che sia obbligatorio per tutti i lavoratori. Il sindacato obbligatorio è, per sua natura, un sindacato burocratico, un sindacato di tipo fascista», intervento nella seduta del 10 maggio 1947 dell'Assemblea costituente: <https://comenascelacostituzione.it>.

27 M. BARBIERI, *op. cit.*, p. 236 osserva come «l'organizzazione sindacale è libera, vuol dire che è libera di organizzarsi (o di non organizzarsi) la singola persona che lavora, ma è libera anche l'organizzazione una volta che qualcuno si sia organizzato».

ad esempio, enfatizzato i fenomeni di coalizione quale strumento di autotutela effettiva degli interessi collettivi²⁸ e i profili dinamici dell'organizzazione quale forma di protezione dell'azione e dell'attività sindacale²⁹. È stato anche evidenziato come il principio di libertà sindacale si sia progressivamente arricchito di significati, tanto da abbracciare la protezione dell'autonomia collettiva: la libertà sindacale deve infatti garantire ("implicitamente ma inscindibilmente") «la libertà dei contenuti [...] e dei livelli di svolgimento dell'autonomia collettiva che, nel testo costituzionale come nella prassi delle relazioni industriali, assume la configurazione di un potere sociale non predeterminato nei fini e negli oggetti e perciò caratterizzato da una possibilità di esplicazione su una pluralità di versanti e nei confronti di una molteplicità di antagonisti»³⁰.

Nella prospettiva individuale si pone, tra le altre, la questione della cosiddetta libertà sindacale negativa, ovvero della prerogativa del singolo di poter decidere di non sindacalizzarsi e perciò di non essere rappresentato da alcuna associazione sindacale. Un tema che, da un lato, non ha assunto in Italia i toni conflittuali tipici di altri Paesi, ove per molto tempo il sistema delle relazioni industriali si è fondato sul rispetto delle clausole di "closed shop" e di "union shop" (clausole che obbligavano i lavoratori ad aderire al sindacato che aveva stipulato il contratto collettivo con l'impresa)³¹; ma che, dall'altro lato, assume qualche rilevanza anche nel nostro sistema nazionale (si pensi alle regole relative al contratto collettivo nel pubblico impiego privatizzato, alla contrattazione separata, alla stipulazione di accordi collettivi che introducono condizioni di lavoro "al ribasso" rispetto ai contratti precedenti).

Nell'ordinamento nazionale vi è un unico esplicito riconoscimento della libertà sindacale negativa: l'art. 15 Stat.lav. vieta di condizionare l'assunzione di un soggetto al fatto che «aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte». Una previsione agli albori del diritto antidiscriminatorio con cui il legislatore del 1970 sottolinea l'illegittimità di meccanismi che, più o meno direttamente, abbiano la funzione di raggiungere obiettivi analoghi a quelli dei tradizionali "closed shop". Nella medesima prospettiva, non sarebbe compatibile con il dettato costituzionale qualsiasi limite posto alla libertà del singolo di recedere dall'organizzazione di cui fa parte: una garanzia di non appartenenza, «un'elementare garanzia del diritto al dissenso»³² intrinsecamente

28 R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Giuffrè, Milano 1963.

29 M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in G. MAZZONI, M. DELL'OLIO, G. BRANCA, *Enciclopedia giuridica del lavoro. L'Organizzazione e l'Azione sindacale*, Cedam, Padova, 1980.

30 R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1985, I, p. 18 [16-57].

31 Sull'incompatibilità del sistema delle relazioni industriali basato sul meccanismo closed/union shop con l'art. 11 Cedu, Corte europea dei diritti dell'Uomo 13 agosto 1981 caso "Young, James e Webster c. Regno Unito".

32 G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 36 s.

legata alla concezione pluralista e volontarista del sistema di relazioni industriali tratteggiato dalla Costituzione.

Il rapporto tra libertà negativa e principio pluralista è stato evidenziato in un recente caso discusso dalla Corte di cassazione. È stato ritenuto in contrasto con la libertà sindacale un contratto collettivo stipulato tra una compagnia aerea con sede a Dublino e un sindacato irlandese; un contratto contenente una clausola che condizionava l'assunzione e il mantenimento del posto di lavoro al rispetto del divieto di avere rapporti con altre organizzazioni sindacali³³.

5. L'applicabilità della libertà sindacale ai datori di lavoro

Un tema classico nel dibattito scientifico italiano è quello dell'estensione del riconoscimento della libertà di organizzazione sindacale ai datori di lavoro. Un associazionismo, quello datoriale, che storicamente non nasce spontaneamente, ma in risposta alle forme di coalizione adottate dalla classe operaia.

Si potrebbe ritenere che la questione assuma allo stato una rilevanza più simbolica e valoriale di quanto lo sia sotto il profilo pratico-operativo. Ma non manca chi sottolinea come il mancato riconoscimento della libertà sindacale ai datori di lavoro sottoporrebbe le attività delle organizzazioni datoriali ai limiti a cui è assoggettata l'iniziativa economica³⁴: ciò, tra l'altro, impedirebbe «ogni trattamento privilegiato» in favore di tali forme di associazionismo. Specularmente, l'applicazione dell'art. 39 Cost. ai soli lavoratori fornirebbe «il fondamento per l'ammissione di condizioni più favorevoli per le organizzazioni dei lavoratori» nella logica della promozione dell'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost.³⁵

I commenti più recenti ritengono che prevalga la posizione favorevole all'estensione dell'ombrello protettivo dell'art. 39, comma 1, Cost. anche ai datori di lavoro. L'argomento principale in favore di tale lettura è quello che valorizza le numerose norme di diritto internazionale dedicate alla libertà di associazione sindacale. Tali atti internazionali si rivolgono infatti tanto ai lavoratori quanto ai datori di lavoro³⁶.

L'autorevole opinione che si contrappone a tale lettura sottolinea lo squilibrio socio-economico (oltre a quello tecnico-giuridico) delle parti: una condizione riconosciuta giuridicamente dal principio di eguaglianza sostanziale proclamato nell'art. 3, comma 2, Cost. In questa prospettiva si osserva come sia ineluttabile

33 Cass. 21 luglio 2021 n. 20819. Su una questione analoga v. anche Trib. Milano 28 marzo 2021.

34 Prima di tutto quelle previste all'art. 41 Cost. secondo cui la libertà di iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» inoltre è riservato alla legge il compito di determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

35 G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 39 s.

36 Pure Corte cost. 4 maggio 1960 n. 29 ritiene implicitamente che la libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost si applichi anche ai datori di lavoro.

la proiezione individuale dell'iniziativa economica privata anche nel momento organizzativo: in altri termini, mancherebbe un genuino interesse collettivo alla base dell'associazionismo datoriale "di risposta".

È stata proposta una mediazione alle due letture, fondata sulla distinzione del profilo "statico" (bilaterale) della libertà sindacale da quello "dinamico" (riconosciuto ai soli lavoratori)³⁷. In ogni caso resta pacifico che, anche qualora la libertà sindacale dell'art. 39 Cost. non riguardasse i datori di lavoro, il relativo diritto di associarsi sarebbe protetto dall'art. 18 Cost. E che, dall'altra parte, al riconoscimento della libertà di organizzazione non si accompagnerebbe certo l'equiparazione delle controparti: il diritto di sciopero è prerogativa dei lavoratori, così come lo sono i diritti dello Statuto dei lavoratori che promuovono la libertà e l'attività sindacale³⁸.

6. L'applicabilità della libertà sindacale ai lavoratori autonomi

La questione dell'applicabilità della libertà sindacale ai lavoratori autonomi assume rilievo soprattutto in relazione ai rapporti di collaborazione di natura coordinata e continuativa³⁹, ove tali collaboratori condividono con i lavoratori subordinati una analoga condizione di debolezza economico-sociale. Non si dovrebbe porre alcun problema di riconoscimento della libertà sindacale nei confronti dei collaboratori la cui attività è organizzata dal committente: per costoro l'art. 2, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, dispone infatti l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

In termini più ampi, tuttavia, dalla normativa nazionale non si traggono elementi decisivi per l'estensione della libertà sindacale alla generalità dei lavoratori

37 Così F. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 222 s. Per una illustrazione delle diverse tesi v. BALLESTRERO, *cit.*, p. 105 s. Sull'attività di organizzazione sindacale datoriale, L. BELLARDI, *Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva*, in M. CARRIERI, T. TREU (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 241 e V. PAPA, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, Giappichelli, Torino, 2017.

38 Per il dibattito nell'Assemblea costituente sull'estensione o meno ai datori di lavoro dei principi costituzionali che sarebbero stati introdotti con l'art. 39 Cost. v. L. LAZZERONI, *Libertà sindacale e contrattazione collettiva: una norma impegnativa*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, Roma, 2014, p. 153 ss. Osserva M. RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*, in *Diritti lavori mercati*, 2013, p. 271 che «la specialità del diritto del lavoro [...] segnata in termini non equivoci dalla Costituzione [è] imperniata [...] su una visione positiva del conflitto come mezzo legale di riscatto delle classi subalterne».

39 Quelli che sono definiti dall'art. 409 c.p.c. come «rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato»; con la precisazione, recentemente aggiunta, secondo cui «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa».

autonomi. Vi è da segnalare l'estensione settoriale riconosciuta dall'art. 2, l. 3 aprile 2001 n. 142: una disposizione che estende ai soci di cooperativa, che prestino attività lavorativa in forma autonoma, la tutela della libertà e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro.

Nella ormai risalente pronuncia del 12 dicembre 1975 n. 241 con cui la Consulta ha precisato che l'art. 39 Cost. riconosce a tutti i lavoratori, subordinati e autonomi, la libertà di organizzazione sindacale. Ma la peculiare tutela della libertà e attività sindacale nei luoghi di lavoro, prevista dallo Statuto dei lavoratori, sarebbe limitata ai dipendenti, in quanto solo questi «prestano con continuità la loro opera all'interno di una comunità organizzata di lavoro, caratterizzata da vincoli di dipendenza e subordinazione».

Occorre tenere conto della giurisprudenza della Corte di giustizia UE, che ha sottolineato come all'esercizio della libertà sindacale e dell'attività di contrattazione collettiva non si applichino le limitazioni derivanti delle regole sulla concorrenza (e in particolare della disciplina "antitrust") soltanto quando degli effetti restrittivi della concorrenza (come l'imposizione di retribuzioni minime) beneficino i lavoratori subordinati. Non sono protetti invece i lavoratori autonomi⁴⁰.

L'associazionismo dei lavoratori autonomi va tenuto distinto dall'obbligo di iscrizione dei liberi professionisti ai relativi ordini o collegi: trattasi di organi di diritto pubblico a cui chi esercita una determinata professione è tenuto ad iscriversi ed è perciò assente il requisito della libera volontà di adesione sancito dall'art. 39 Cost.

7. L'applicabilità della libertà sindacale ai lavoratori pubblici (la questione della polizia e delle forze armate)

Non v'è dubbio alcuno che la libertà sindacale sia riconosciuta in termini generali ai lavoratori della pubblica amministrazione, sia per gli obblighi internazionali sia per esplicite previsioni della legislazione interna⁴¹.

Non possono essere qui approfondite le peculiari caratteristiche dell'associazionismo nel pubblico impiego "contrattualizzato", derivanti dal bilanciamento

40 Salvo il caso in cui l'attività lavorativa non sia svolta in forma genuinamente autonoma e che perciò i lavoratori debbano essere riqualeficati come subordinati: v. in particolare Corte giust. UE 4 dicembre 2014 C-413/13 "Kunsten" ove il contratto collettivo era stato stipulato sia da musicisti subordinati sia da musicisti autonomi. A quest'ultima categoria, secondo la Corte, deve applicarsi l'art. 101 TFUE che vietano «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato».

41 Convenzione OIL 27 giugno 1978 n. 151. L'art. 42, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (testo unico sul pubblico impiego), prevede che «nelle pubbliche amministrazioni la libertà e l'attività sindacale sono tutelate nelle forme previste [dallo Statuto dei lavoratori]».

della libertà prevista all'art. 39 Cost. con il principio di buon andamento dell'organizzazione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. Basti rammentare che vi sono regole per la qualificazione e la selezione delle organizzazioni sindacali con cui la pubblica amministrazione negozia i contratti collettivi e che sono predefiniti i confini della categoria (definita "comparto" nel settore pubblico)⁴².

Le regole generali che disciplinano il lavoro dei pubblici dipendenti contrattualizzati sono contenute nel d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (testo unico sul pubblico impiego)⁴³. Ma ad alcune categorie di lavoratori pubblici non si applica tale statuto regolativo. Tra le categorie escluse vi sono i magistrati, gli avvocati e procuratori dello Stato, i professori universitari, il personale militare e delle forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia.

Spicca in questo secondo gruppo di professioni non contrattualizzate la questione del riconoscimento della libertà sindacale alle forze armate e alla polizia. In passato tali soggetti non godevano della libertà sindacale; con tempi e secondo traiettorie diverse si è giunti infine al riconoscimento di tale libertà alla polizia e, più recentemente, alle forze armate.

Con la precisazione che la libertà di associarsi deve essere esercitata in regime di separatezza rispetto al resto del mondo sindacale⁴⁴: i sindacati della polizia e i sindacati dei militari non possono perciò affiliarsi a organizzazioni più ampie e ad essi è vietato, in particolare, il collegamento con il sindacalismo confederale⁴⁵.

42 Si rinvia *infra* all'approfondimento di F. SCARPELLI, L'efficacia soggettiva del contratto collettivo.

43 M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova 2005, vol. XXXVIII.

44 Rileva M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 109 che l'associazionismo separato consente «il pluralismo sindacale [...] ma non è garantita la piena libertà sindacale».

45 Corte cost. 11 aprile 2018 n. 120 ha ritenuto incostituzionale il Codice dell'ordinamento militare ove prevede che i militari non possano «costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge» viene invece ritenuto costituzionale il divieto di «aderire ad altre associazioni sindacali». A seguito di tale pronuncia è stata emanata la l. 28 aprile 2022 n. 46 che regola «l'esercizio della libertà sindacale del personale delle Forze armate e delle Forze di polizia a ordinamento militare».

L'efficacia soggettiva del contratto collettivo

Franco Scarpelli

SOMMARIO: 1. Il problema dell'efficacia e del campo di applicazione del contratto collettivo. – 2. La contrattazione erga omnes impossibile e la soluzione transitoria della “legge Vigorelli”. – 3. L'efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune e le tecniche giurisprudenziali di sua estensione. – 4. Il sostegno legislativo ai contratti collettivi stipulati dai soggetti più rappresentativi: verso l'efficacia generale “di fatto”. – 4.1. Il caso del rapporto di lavoro dei soci di cooperativa. – 4.2. L'applicazione del CCNL negli appalti pubblici e privati. – 5. Le clausole retributive dei CC e l'art. 36 della Costituzione. – 6. Se il datore di lavoro non applica alcun CC. – 7. L'efficacia generale del contratto collettivo nel lavoro pubblico – 8. L'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale. – 9. L'efficacia soggettiva dei CC di prossimità.

1. Il problema dell'efficacia e del campo di applicazione del contratto collettivo

Il contratto collettivo (d'ora innanzi CC) rappresenta un peculiare fenomeno di autoregolamentazione dei contrapposti interessi tra capitale e lavoro; interessi che, almeno dalla parte dei lavoratori, sono sempre sintetizzati in una istanza collettiva e non sono invece mera espressione di posizioni individuali. Connaturata al CC è la propensione a dettare regole che riguardano un determinato ambito di attività (normalmente corrispondente al settore merceologico, o a un suo sottoinsieme, altre volte assegnando rilevanza ad altri fattori quale, ad esempio per la contrattazione dei dirigenti, l'appartenenza professionale). Nel CC convivono, da una parte, l'originaria funzione socioeconomica di contropotere alla soverchiante posizione dominante dell'impresa ma pure, dall'altra, la funzione squisitamente giuridica. Nella seconda prospettiva la dottrina ha da tempo introdotto la nozione di “ordinamento intersindacale” proprio per evidenziare l'autonomia giuridica che il sistema assume rispetto all'ordinamento legale statale, e il fatto che al suo interno il CC tende a porsi come regolazione generale delle relazioni di lavoro¹.

1 G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960, e U. CARABELLI, *Libertà e immunità del sindacato*, Jovene, Napoli, 1986.

L'efficacia del CC dipende, da un lato, dalla sua funzione tipica di predeterminare il contenuto dei contratti individuali di lavoro, tendendo a imporsi come regolazione inderogabile da parte dell'autonomia individuale². D'altro lato, l'area di efficacia del vincolo giuridico dipende dalle scelte dell'ordinamento. Ad eccezione della parentesi pubblicistica e corporativa rappresentata dal ventennio fascista, e stante l'inattuazione dell'art. 39, 4° comma Cost., il modello italiano si è fondato sulla qualificazione del CC quale contratto di natura privatistica (c.d. CC di diritto comune) e sulla prevalente identificazione del sindacato quale associazione non riconosciuta. Ne discende che gli effetti delle previsioni del CC sulle parti dei contratti individuali sono in prima battuta giustificati sulla base delle regole di diritto privato sulla rappresentanza volontaria. L'inquadramento privatistico e la conseguente efficacia soggettiva limitata erano già stati teorizzati all'inizio del XX secolo³, ma il modello è stato sviluppato compiutamente dopo la caduta del fascismo⁴.

L'immanente esigenza della contrattazione collettiva di ampliare il novero dei soggetti su cui ricadono gli effetti del CC si è tradotta nella naturale *vis expansiva* dell'efficacia del CC. In altri ordinamenti nazionali tale esigenza è stata soddisfatta attraverso meccanismi di intervento legislativo, come in Francia o in Germania⁵. In Italia ciò è avvenuto, una volta constatata l'impossibilità di attuare il sistema previsto dall'art. 39, comma 4, Cost.⁶, dapprima attraverso la disponibilità della giurisprudenza ad assumere posizioni interpretative favorevoli ad estendere l'efficacia del CC (o di parte dei suoi effetti), poi grazie a un complesso sistema di regole legislative mirante a sostenere, almeno indirettamente, l'efficacia tendenzialmente generalizzata dei CC (v. *infra*).

2. La contrattazione erga omnes impossibile e la soluzione transitoria della “legge Vigorelli”

Un problema di fondo di qualsiasi ipotesi di regolazione dell'efficacia generale in un contesto democratico e pluralistico è quello della selezione dei soggetti legittimati alla stipulazione, così come della valutazione della rispettiva rappresentatività secondo diversi criteri possibili. L'inattuato disegno costituzionale propende per un sistema proporzionale basato sul numero degli iscritti, pur se rimaneva irrisolto il problema della definizione degli ambiti nei quali valutare

2 Sul punto v. *infra*, M. GIOVANNONE, *L'efficacia oggettiva del contratto collettivo: l'inderogabilità in peius e la derogabilità in melius*

3 G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, ora in G. MESSINA, *Scritti giuridici*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 29 (ma originariamente pubblicato nel 1904).

4 F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 369.

5 M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, Torino, 2020.

6 Vedi *supra* G. LUDOVICO, *Dal sistema corporativo alla libertà sindacale dell'art. 39 della Costituzione*.

la rappresentatività associativa dei soggetti sindacali⁷. Più di recente, il modello adottato nell'ambito del pubblico impiego "contrattualizzato", al pari dei modelli di autoregolazione del settore privato introdotti con accordi interconfederali, si fonda sulla combinazione tra rappresentatività associativa e rappresentatività elettorale, la cui praticabilità è dovuta alla preventiva individuazione degli ambiti (comparti) nei quali misurare la rappresentatività e applicare il CC.

In assenza di attuazione del disegno costituzionale, l'esigenza di garantire in modo omogeneo gli standard previsti dai CC ha portato il legislatore del secondo dopoguerra a varare una disciplina «transitori[a] per garantire minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori» per mezzo della l. 14 luglio 1959, n. 741. Con la legge "Vigorelli" (dal nome dell'allora ministro del lavoro) il Governo è stato delegato ad adottare entro un anno decreti legislativi «uniforma[ti] a tutte le clausole dei singoli accordi economici e contratti collettivi, anche intercategoriale, stipulati dalle associazioni sindacali» prima dell'entrata in vigore della legge: cioè, i CC di fatto stipulati, il cui ambito di regolazione era ovviamente autodefinito. Una disciplina considerata dalla Corte costituzionale compatibile con la Costituzione soltanto in ragione della funzione «transitoria, provvisoria ed eccezionale» e per questo, al contempo, la Corte dichiara incostituzionale il provvedimento di proroga contenuto nella l. 1° ottobre 1960, n. 1027⁸.

3. L'efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune e le tecniche giurisprudenziali di sua estensione

L'espediente della legge Vigorelli di recepire i contenuti dei CC di diritto comune in atti aventi forza di legge, e così di realizzarne l'estensione *erga omnes*, è perciò rimasta una soluzione *una tantum* circoscritta nel tempo (i cui contenuti mantengono oggi rilevanza marginale, limitata a qualche aspetto normativo).

Essendo espressione di un atto di autonomia tra privati il CC di diritto comune ha efficacia inter-partes e i suoi effetti non si estendono ai terzi⁹, intesi come i datori di lavoro e i lavoratori che rimangono del tutto estranei alla stipulazione del CC. Il criterio tradizionale che fonda l'efficacia soggettiva del CC, dunque, viene tradizionalmente individuato nell'iscrizione dei lavoratori e dei datori di lavoro alle associazioni stipulanti, alle quali conferiscono mandato per la tutela dei propri interessi.

7 V. per primo G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Feltrinelli, Milano, 1960, p. 54.

8 Corte cost. 19 dicembre 1962 n. 106, in *giurcost.org*.

9 Cass. 23 aprile 1999 n. 4070, in *Orient. giur. lav.* 1999, I, p. 309, parla di «definitivo ancoraggio all'area del diritto privato delle organizzazioni sindacali» e di sottoposizione dei CC stipulati «alla regolamentazione dettata dal Codice civile per i contratti in genere».

Tuttavia, come anticipato, la giurisprudenza ha sviluppato nel tempo orientamenti favorevoli all'estensione dell'efficacia del CC, sulla base di tecniche interpretative comunque coerenti all'impianto privatistico.

L'intervento dei giudici è originato nei decenni dalle domande di lavoratori aventi ad oggetto l'applicazione di un CC diverso e più favorevole rispetto a quello scelto dal datore oppure, meno frequentemente, per via del rifiuto di quest'ultimo di applicare un qualsiasi CC. È proprio nell'ambito di tali controversie che i giudici hanno elaborato criteri che, fermo il riferimento all'impostazione privatistica del CC, hanno valorizzato l'effettività della contrattazione collettiva, contribuendo a determinare le condizioni per le quali si può parlare oggi di «efficacia tendenzialmente generale del contratto collettivo»¹⁰.

La prima di tali tecniche è quella di ritenere sufficiente che la sola impresa aderisca all'organizzazione datoriale stipulante perché le regole del CC si applichino a tutti i rapporti individuali di lavoro che con tale impresa intercorrono. Ciò avviene a prescindere che i singoli dipendenti siano iscritti o meno ai sindacati che hanno sottoscritto il CC¹¹. D'altra parte, l'eventuale trattamento differenziato sulla base dell'adesione sindacale potrebbe secondo alcune voci costituire un'ipotesi di discriminazione *ex art. 15 Stat. lav.*¹².

Vi è poi l'ipotesi in cui il datore di lavoro, pur non obbligato per vincoli associativi, manifesti espressamente la volontà di applicare un determinato CC. Ciò può avvenire per un impegno assunto in sede sindacale (ad es. quando vi siano accordi aziendali in tal senso), o per scelta unilaterale¹³.

In altri casi l'adesione è implicita, e avviene per fatti concludenti: è quanto accade nel caso in cui l'impresa applichi ai singoli rapporti di lavoro, in via di fatto e in modo costante nel tempo, previsioni significative del CC. La giurisprudenza ha da tempo ritenuto, infatti, che «la perdurante ed uniforme applicazione di clausole o di istituti tipici di un contratto collettivo post-corporativo, compiuta senza alcuna riserva e condizione, ha in sé una inequivoca significazione di volontaria assunzione di quel contratto come fonte giuridica generale, regolatrice del rapporto di lavoro»¹⁴. Occorre tuttavia che si verifichi una applicazione di

10 In questo senso G. PROIA, M. GAMBACCIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in *Trattato di Diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI, vol. II, a cura di G. PROIA, *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Cedam, Padova 2014, p. 595.

11 Cass. 8 agosto 1978 n. 3867, in *Foro It.* 1978, 101, I, p. 2431; già nel medesimo senso G. PERA, *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Cedam, Padova, 1958, p. 133.

12 M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino 2023, p. 254.

13 Cass. 23 aprile 1999 n. 4070, cit.

14 V. già Cass. 19 giugno 1969 n. 2171, in *Foro It.* 1969, 92, I, c. 2152; orientamento poi confermato nel corso dei decenni, v. ad es. Cass. 3 agosto 2000 n. 10213, in *Mass. giust. civ.* 2000, p. 1703; Cass. 6 agosto 2003 n. 11875, in *Mass. giust. civ.* 2003, 7-8; Cass. 8 maggio 2009 n. 10632, in *Mass. giust. civ.* 2009, 5, p. 741; Cass. 29 ottobre 2013 n. 24336, in *Dejure*; Cass. 6 settembre 2019 n. 22367, in *Dejure*.

una parte rilevante del CC¹⁵ e non basta che il datore di lavoro utilizzi alcune clausole, contestandone invece altre¹⁶.

Ciò detto, va tuttavia segnalato che nelle prassi del mercato del lavoro l'applicazione di un certo contratto collettivo (anche in assenza o nel mancato rilievo dell'adesione del datore di lavoro a un'associazione datoriale) si fonda in via prevalente sulle clausole del contratto individuale di lavoro di esplicito rinvio al CC, cioè sul reciproco impegno delle parti del rapporto di lavoro all'applicazione della disciplina collettiva: o di uno specifico CC nazionale di settore o delle regole poste nel tempo da un sistema di contrattazione collettiva articolato su più livelli. Ciò avviene con formule negoziali più o meno articolate¹⁷ e tale prassi è oggi valorizzata dalla previsione legale dell'obbligo del datore di lavoro di specificare per iscritto «il contratto collettivo, anche aziendale, applicato al rapporto di lavoro, con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto»¹⁸.

Tale manifestazione di autonomia negoziale – i cui concreti contenuti ed effetti devono essere accertati caso per caso, ma seguono generalmente prassi consolidate – pone il problema, in particolare dinanzi a una clausola di rinvio formulata in modo generico, se si tratti di un rinvio meramente formale ad uno specifico CC oppure (come è più consueto rilevare, anche in forza del comportamento tenuto dalle parti nella gestione del rapporto di lavoro) di un rinvio “mobile” al CC vigente e ai futuri rinnovi¹⁹.

4. Il sostegno legislativo ai contratti collettivi stipulati dai soggetti più rappresentativi: verso l'efficacia generale “di fatto”

Nel corso del tempo l'ordinamento ha messo in campo diverse tecniche che sollecitano o incentivano le imprese ad adeguarsi all'applicazione dei contratti collettivi (in particolare di quelli nazionali di settore) anche quando non siano associate alle organizzazioni di categoria stipulanti. L'obiettivo finale è quello di tornare a un impiego del CC quale strumento di tutela sociale e regolazione della concorrenza tra imprese: è evidente che ciò si basa (in collegamento con l'essenza dei disposti dell'art. 39 Cost.) su una visione positiva del CC – e in particolare dei CC frutto della negoziazione tra le parti sociali più rilevanti e genuine del sistema di relazioni industriali – come strumento di tutela sociale e di

15 Cass. 8 maggio 2009 n. 10632, cit.

16 G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Franco Angeli, Milano, 1989.

17 La più classica si configura in genere come segue: «per tutto quanto non previsto dal presente accordo si farà riferimento al contratto collettivo del settore...». Altre volte compare un più sintetico riferimento al CC in sede di determinazione dell'inquadramento delle mansioni assegnate (ad es. “impiegato di 6° livello CCNL Commercio”).

18 Art. 1, comma 1, d.lgs 152/1997, come modificato dal d.lgs 104/2022).

19 Cass. 14 aprile 2001 n. 5596, in *Mass. giust. civ.* 2001, p. 796; cfr. Cass. 3 novembre 2005, n. 21302, in 2005, *Mass. giust. civ.* 7-8. Ancora G. PROSPERETTI, *op. cit.*

definizione, potremmo oggi dire, di parametri di adeguata “sostenibilità sociale” delle dinamiche del sistema economico.

Il legislatore ha perciò adottato svariate soluzioni per sostenere l'applicazione dei CC. Da una parte, sono reperibili riferimenti in discipline di settore tra cui, per particolare importanza, vanno ricordate quella sugli appalti pubblici (art. 36 Stat. lav.; art. 11, d.lgs. 36/2023) e, più di recente, sugli appalti privati (art. 29, comma 1-*bis*, d.lgs 276/2003) (v. *infra*).

Ancor prima, simili tecniche si sono sviluppate nel settore del lavoro in cooperativa (art. 3, l. 3 aprile 2001 n. 142, e art. 7, l. 24 dicembre 2007 n. 247) (su cui tra breve) e, su un diverso ma importante piano, ai fini della retribuzione minima imponibile ai fini previdenziali (art. 1, comma 1, d.l. 8 ottobre 1989 n. 338). Tale parametro viene individuato nel trattamento retributivo previsto dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative su base nazionale; in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, poi, «la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali» sarà, in forza dell'art. 2, comma 25, della l. 28.12.1995, n. 549, «quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria»²⁰.

Più in generale l'art. 1, comma 1175, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, stabilisce che i benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro sono condizionati al «rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»²¹.

Al fine di contrastare il *dumping*, principalmente salariale, ma anche di limitare la rosa dei CC potenzialmente applicabili a quelli recanti condizioni normative ed economiche dignitose, sono stati dunque elaborati espedienti normativi in grado di far sorgere in capo al datore un vero e proprio obbligo o almeno un onere del loro rispetto, diretto o come parametro di adeguamento dei trattamenti ai dipendenti. Si tratta di scelte con le quali il legislatore assume i contratti qualificati in ragione del carattere rappresentativo delle parti sociali contraenti, esprimendo dunque la crescente tendenza a promuovere più o meno esplicitamente l'applicazione dei contratti leader²².

Tutte queste tecniche peraltro impongono, ai fini dell'individuazione del CC oggetto dell'obbligo od onere di rispetto, di valutare oggettivamente la categoria nel cui ambito occorre procedere alla selezione del CC stipulato dai soggetti più

20 Su cui v. Cass. 25 gennaio 2025 n. 1794.

21 Su tali ultime discipline v. le indicazioni fornite dallo INL nelle circolari 18 luglio 2017, n. 3, 25 gennaio 2018, n. 3 e 6 maggio 2019, n. 7.

22 R. DEL PUNTA, *Sindacato rappresentativo e selezione e del contratto collettivo ai fini retributivi e contributivi*, in *Il giurista del lavoro*, 2019, 11, p. 14 ss.

rappresentativi, alla stregua di quanto prevede l'art. 2070 c.c., che in linea generale non sarebbe applicabile al CC post-corporativo²³, e sempre che la specifica disciplina non preveda criteri più specifici (come nel caso delle citate disposizioni sugli appalti pubblici e privati).

Infine, ma non meno importante, va segnalata la diffusa tecnica normativa espressa nei molteplici casi di flessibilizzazione delle regole di specifici istituti di disciplina dei rapporti di lavoro (ad es. flessibilità di orari di lavoro e riposi, regole dei rapporti di lavoro non standard, dello *ius variandi*, ecc.), per cui la possibilità per il datore di lavoro di avvalersi di regole più flessibili, rispetto al modello base proposto dal legislatore, si realizza solo grazie all'integrazione della disciplina legale da parte di CC stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative e, per il singolo datore di lavoro, è condizionata all'effettiva applicazione di tali CC ai propri dipendenti. Su questo terreno ha oggi assunto valore sistematico l'art. 51, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81²⁴.

4.1. Il caso del rapporto di lavoro dei soci di cooperativa

Come sopra accennato, un'ipotesi di rinvio normativo alla contrattazione collettiva, anch'esso rilevante in ragione delle sopra evocate finalità selettive, è costituita dagli art. 3, l. 142/2001, e dal successivo art. 7, comma 4, d.l. 248/2007: ipotesi sulla quale è opportuno tornare anche perché ha costituito l'occasione in cui la descritta tecnica legislativa è stata oggetto di esame di compatibilità con l'art. 39 Cost., portando alla nota pronuncia della Corte costituzionale n. 51/2015²⁵.

Ai sensi del menzionato art. 7, comma 4, «in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese nell'ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori, ai sensi dell'art. 3, comma 1, l. n. 142/2001 i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria». La Corte costituzionale ha ritenuto che tale previsione non leda l'art. 39 Cost. perché il rinvio ai contratti collettivi costituisce «parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore ai sensi dell'art. 36 Cost.». Tale previsione,

23 L'art. 2070 c.c. dispone che «d'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore». Per l'applicazione dell'art. 2070 c.c. v. Cass. S.U. 26 marzo 1997 n. 2665, in *Giust. civ.* 1997, I, p. 1199, e il paragrafo successivo.

24 Su cui si rinvia infra ad I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*.

25 Corte cost. 11 marzo 2015 n. 15, in *giurcost.it*, su cui v. M. BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione proporzionata e sufficiente*, in *Riv. giur. lav.* 2015, 3, II, p. 493 ss.; nonché le considerazioni di F. BORGOGELLI, *Appalti pubblici e contrasto al dumping sociale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?* in *Lav. dir.*, 2016, 4, p. 987 ss.

infatti, non fa altro che individuare nel contratto collettivo seppur dotato di requisiti minimi la «fonte collettiva che meglio di altre recepisce l'andamento delle dinamiche retributive nei settori in cui operano le società cooperative», così da perseguire l'obiettivo di contrastare la competizione salariale al ribasso «in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative». Perché possa costituire un parametro utile alla quantificazione del trattamento retributivo, comunque, il contratto collettivo dovrà corrispondere al settore oggetto dell'attività e rispettare i parametri di rappresentatività per entrambe le parti stipulanti²⁶.

4.2. L'applicazione del CCNL negli appalti pubblici e privati

Un esempio particolarmente discusso di promozione dei CC leader in un settore connotato dalla presenza di enti pubblici in qualità di partner contrattuali, è costituito oggi dall'art. 11 del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 a norma del quale «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente». La norma, in un'ottica di crescente responsabilizzazione dei protagonisti del mercato delle commesse pubbliche (stazioni appaltanti e operatori economici privati), circoscrive la scelta dell'operatore economico a quei CC che siano accompagnati da specifici requisiti soggettivi e oggettivi ossia la rappresentatività delle organizzazioni stipulanti e la stretta connessione tra ambito applicativo del CC e oggetto dell'appalto: il rispetto di tali CC è dunque di fatto condizione per accedere al mercato degli appalti e nel contempo criterio ordinatore della competizione fra le imprese²⁷.

La medesima ratio di promozione dei CC leader, da un lato, e di CC che siano rispettosi di un principio di prossimità contenutistica rispetto all'attività esternalizzata è stata perseguita, successivamente, nel settore privato. Con il d.l. 2 marzo 2024 n. 19 (c.d. decreto PNRR), il legislatore ha modificato l'art. 29 d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, inserendo il comma 1-*bis*. La previsione stabilisce che al personale impiegato negli appalti (e subappalti) privati spetti un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore

26 Cass. 20 febbraio 2019 n. 4951, in *Dejure*; T. Milano 11 dicembre 2023, in *Onelegale*.

27 M. GIACONI, *Il nuovo codice e le tutele sociali dal punto di vista del giuslavorista. Verso un appalto pubblico socialmente sostenibile?*, in *Riv. giur. lav.* 2024, 1, I, p. 52.

e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto. L'imposizione (per la fase di esecuzione dell'appalto) del rispetto di trattamenti economici e normativi non inferiori a quelli stabiliti dai CC stipulati associazioni più rappresentative dello specifico settore appare dunque quale criterio impeditivo del dumping sociale nell'articolazione delle filiere produttive di beni e servizi e, almeno come finalità, di miglioramento della qualità delle imprese coinvolte (grazie anche alla combinazione di tali previsioni con la disciplina della responsabilità solidale dell'impresa committente per i trattamenti dovuti ai dipendenti degli appaltatori e sub-appaltatori).

5. Le clausole retributive dei CC e l'art. 36 della Costituzione

Un peculiare e consolidato meccanismo giurisprudenziale volto a garantire l'applicazione generalizzata (almeno) dei minimi retributivi previsti dai CC nazionali di categoria è quello legato alla valutazione giudiziale della compatibilità della retribuzione pattuita nel contratto individuale con il principio di sufficienza retributiva contenuto all'art. 36 Cost.²⁸.

Secondo i giudici, al fine di ritenere la retribuzione individuale rispettosa del precetto costituzionale sarà necessario che la stessa corrisponda almeno ai minimi previsti dal CC del settore dell'attività svolta dall'impresa²⁹. Se il datore di lavoro non applica alcun CC, o ne applica uno estraneo all'attività svolta selezionato proprio in ragione dei suoi minori costi, il lavoratore potrà sempre agire per esigere una retribuzione non inferiore a quella del CC stipulato per quel settore dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. L'obiettivo originario di tale orientamento è consistito nell'ottenimento dell'applicazione, se non altro indiretta, dei CC nei confronti di quei datori e in quei settori che si sottraevano alla regolazione sindacale. A tale finalità si è poi aggiunta col tempo (e di fatto sostituita) un'altra, divenuta una vera e propria tecnica *anti-dumping*, mirante a contrastare l'applicazione di contratti collettivi "al ribasso" (c.d. contratti "pirata" o contratti "minori") stipulati da associazioni sindacali datoriali e dei lavoratori di scarsa rappresentatività. Il lavoratore al quale vengono applicati tali contratti cercherà, insomma, di ottenere (non la disapplicazione degli stessi a favore di altri e diversi contratti, ma) le maggiori retribuzioni previste dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni più rappresentative.

28 Secondo cui «il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

29 Si tratta di orientamento consolidato ma si vedano *ex multis* Cass. 9 giugno 2017 n. 14457, in *Dejure*; Cass. 23 dicembre 2016 n. 26925, in *Dejure*; Cass. 22 giugno 2004 n. 11624, in *Dejure*, anche in relazione alla individuazione degli elementi che compongono il c.d. "minimo retributivo".

Tale orientamento, fondato – si è detto – sulla natura direttamente precettiva dell'art. 36 Cost., che comporta la nullità di qualunque clausola con essa contrastante³⁰, utilizza i riferimenti codicistici di cui all'art. 2099, comma 2, e 2070, comma 1³¹, per fissare i parametri salariali.

A tal fine i giudici possono utilizzare, quale parametro di raffronto, la retribuzione tabellare prevista dal contratto nazionale del settore corrispondente a quello dell'attività svolta dal datore di lavoro ovvero, in mancanza, da altro contratto che regoli attività affini e prestazioni lavorative analoghe, pur ritenendo di solito che si debbano considerare le sole componenti integranti il cd. minimo costituzionale – retribuzione base, indennità di contingenza, tredicesima mensilità – con esclusione di altre voci retributive legate all'autonomia contrattuale, come ad esempio i compensi aggiuntivi, gli scatti di anzianità e la quattordicesima mensilità³².

Con i più recenti arresti dell'ottobre del 2023 la Cassazione è giunta a ritenere che «ai fini della determinazione del giusto salario minimo costituzionale il giudice può servirsi a fini parametrici del trattamento retributivo stabilito in altri contratti collettivi di settori affini o per mansioni analoghe, ovvero, nell'ambito dei propri poteri *ex* art. 2099, comma 2 c.c., ad indicatori economici e statistici, anche secondo quanto suggerito dalla direttiva Ue 2022/2041 del 19 ottobre 2022, e ciò anche se il rinvio alla contrattazione collettiva applicabile al caso concreto sia contemplato in una legge, dovendo il giudice darne una interpretazione costituzionalmente orientata»³³.

6. Se il datore di lavoro non applica alcun CC

Sulla base della sintetica rassegna fin qui svolta può svilupparsi qualche considerazione con riguardo al caso in cui il datore di lavoro scelga di non applicare alcun CC per la disciplina dei rapporti di lavoro dei propri dipendenti (ipotesi del tutto marginale nell'economia matura³⁴, mentre è la norma nell'economia sommersa e nel fenomeno del lavoro “nero”, anzi ne è tra le ragioni).

30 Si tratta di una lettura giurisprudenziale ampiamente consolidata che prende il via da alcune decisioni degli anni '50 (Cass. 12 maggio 1951 n. 1184, in *Foro It.* 1951, 74, I, p. 691; Cass. 21 febbraio 1952, n. 461, in *Foro It.* 1952, 75, I, p. 718).

31 L'art. 2070 non è, infatti, applicabile al contratto collettivo di diritto comune per definirne la categoria di riferimento (Cass. SU 26 marzo 1997 n. 2665, cit.), ma è normalmente utilizzabile in via residuale “per la verifica della conformità costituzionale, *ex* art. 36, della retribuzione individuale” (M. FERRARESI, *Criteri di applicazione del contratto collettivo di categoria*, Tr. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2021, p. 14).

32 Cass. 26 luglio 2001 n. 10260, in *Riv. it. dir. lav.* 2002, II, p. 299; Cass. 20 gennaio 2021 n. 944, in *Dejure*.

33 Cass. 2 ottobre 2023 n. 27711, in *Riv. it. dir. lav.* 2023, 4, II, p. 657; Cass. 10 ottobre 2023, n. 28320, in *Dejure*. Nel merito, sulla nullità di una clausola di CC per violazione dell'art. 36 Cost., v. Trib. Milano 22 marzo 2022, in *Dejure*; Trib. Milano 30 giugno 2016, in *Dejure*; Trib. Torino 14 ottobre 2010, in *Riv. it. dir. lav.* 2011, 2, II, p. 409.

34 È capitato di leggere, nei contratti di lavoro stipulati dalla “branch” italiana di un noto gruppo industriale statunitense, la seguente clausola: «Lei ha diritto per legge di aderire ad un

Tale scelta, per quanto indice di scarsa sensibilità sociale, deve ritenersi ammessa dall'ordinamento e legittima³⁵, ma comporta una serie di limitazioni all'attività di impresa, in quanto l'ordinamento assegna al contratto collettivo (e segnatamente ai CC stipulati dalle oo.ss. comparativamente più rappresentative) un ruolo ormai centrale nella regolazione dei rapporti di lavoro. In primo luogo l'impresa che non applica alcun CC – così come quella che applica CCNL minori o 'pirata', stipulati da soggetti marginali – potrà essere chiamata dai singoli dipendenti a riconoscere loro una retribuzione minima rispettosa dei principi di sufficienza e adeguatezza, parametrata come si è visto sul CC di settore (che è ciò che avviene normalmente nelle controversie sul lavoro nero). Ma anche dove vengano riconosciute di fatto retribuzioni adeguate, la mancata applicazione di un CCNL implica la rinuncia ad avvalersi sia di benefici pubblici (ad es. ammortizzatori sociali) sia delle regole di flessibilità condizionate all'applicazione dei CC (o, nel caso vi si faccia egualmente ricorso, implica esporsi alla contestazione di legittimità di tali scelte di gestione dei rapporti di lavoro, anche eventualmente sul piano sanzionatorio³⁶).

7. L'efficacia generale del contratto collettivo nel lavoro pubblico

La questione dell'efficacia soggettiva del CC si pone in maniera strutturalmente diversa nell'ambito della disciplina del lavoro pubblico, che vede l'autonomia collettiva fortemente valorizzata dal legislatore, grazie alle riforme sulla c.d. privatizzazione (meglio: contrattualizzazione) del pubblico impiego, ma con profili di cedevolezza ad «una necessaria inevitabile funzionalizzazione agli interessi pubblico-generalisti»³⁷, cui è orientato l'art. 97 Cost., da porre necessariamente in bilanciamento con l'art. 39. Ne consegue che la disciplina della contrattazione collettiva nel settore pubblico si differenzia significativamente rispetto al CC in ambito privatistico, pur se ciò non ne mette in discussione la natura contrattuale e il ruolo, acquisito a partire dagli anni '90, di autorità salariale nel lavoro pubblico³⁸.

Il d.lgs. 165/2001 (TULP) disciplina i principali aspetti del sistema contrattuale. Appositi accordi tra le Confederazioni rappresentative e l'ARAN,

sindacato di sua scelta, o di non aderire ad alcun sindacato. La Società non riconosce alcun sindacato per fini di contrattazione collettiva, ed al suo rapporto di lavoro non sarà applicato alcun contratto collettivo di lavoro di diritto comune».

35 P. BELLOCCHI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato I*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 280.

36 Cfr. circolare INL 28 luglio 2020, n. 2.

37 G. NATULLO, *Contrattazione e partecipazione nel lavoro pubblico*, in U. GARGIULO, A. ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, ES, Napoli, 2024, p. 146.

38 M. BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni: un percorso storico-critico*, Cacucci, Bari, 2018, p. 76.

l'agenzia che ha il compito di rappresentanza di tutte le pubbliche amministrazioni, definiscono fino ad un massimo di quattro comparti di contrattazione collettiva (oggi Funzioni centrali, Istruzione e ricerca, Funzioni locali e Sanità), cui corrispondono le aree di contrattazione per la dirigenza, con la possibilità di costituire al loro interno apposite sezioni contrattuali per specifiche professionalità (art. 40, co. 2). La contrattazione collettiva disciplina, in coerenza con il settore privato, la struttura contrattuale, i rapporti tra i diversi livelli e la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi.

L'art. 43 si occupa di misurare e certificare la forza rappresentativa dei sindacati, definendo coloro che l'ARAN ammette alla contrattazione³⁹ e con cui sottoscrive i contratti collettivi⁴⁰. Per quel che concerne l'efficacia soggettiva del CC, tutte le pubbliche amministrazioni adempiono «agli obblighi assunti con i contratti collettivi nazionali o integrativi dalla data della sottoscrizione definitiva» (art. 40, co. 4), garantendo sul piano economico «trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi» (art. 45, comma 2).

In merito, la Corte Costituzionale (sentenza n. 309/1997) ha chiarito come l'efficacia del CC per le pubbliche amministrazioni si giustifichi su un piano diverso rispetto alla logica dell'art. 39 Cost. (e non ponga dunque problemi di coerenza alle previsioni di tale disposizione sull'*erga omnes*), poiché si fonda sull'obbligo imposto alle amministrazioni di osservare gli impegni assunti nei contratti collettivi al fine di garantire la parità di trattamento dei propri dipendenti.

8. L'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale

Il CC stipulato a livello aziendale assume una crescente rilevanza nel sistema di relazioni industriali italiano soprattutto a partire dagli anni '60, con lo sviluppo (in particolare in ambito industriale) della contrattazione articolata su due livelli, nazionale e decentrato, con prevalenza del livello aziendale rispetto a quello territoriale tipico di alcuni settori. Nel corso del tempo, la ripartizione di competenze e i rapporti tra contratti collettivi nazionali e aziendali sono stati oggetto di forte dibattito e tensioni, e di una significativa opera di

39 Le organizzazioni sindacali che abbiano nel comparto una rappresentatività non inferiore al 5%, considerando la media tra il dato associativo (percentuale di deleghe per il versamento dei contributi sindacali) ed il dato elettorale (percentuale di voti ottenuti nelle elezioni delle RSU). Secondo la Suprema Corte ove manchi uno dei dati la misurazione della rappresentatività «deve essere effettuata ricorrendo al solo dato esistente (associativo o elettorale)» (Cass. 31 maggio 2018 n. 13982, in *Dejure*).

40 L'ARAN sottoscrive il contratto collettivo previa verifica che le organizzazioni firmatarie rappresentino almeno il 51% come media fra il dato associativo ed il dato elettorale. Se per diverso tempo tale soglia era calcolata con riferimento a tutte le associazioni presenti nel comparto, con il parere del CdS 3 dicembre 2008 n. 4108, in *Dejure*, il calcolo è stato circoscritto alle sole associazioni che hanno superato il 5%, con un evidente abbassamento del quorum (in tal senso anche App. Roma 16 aprile 2014, in *Dejure*).

autoregolazione da parte degli stessi soggetti del sistema di relazioni industriali, nell'ambito di accordi interconfederali e degli stessi CC nazionali⁴¹.

La questione dell'efficacia soggettiva del CC aziendale si pone in termini peculiari rispetto al quadro teorico generale richiamato: sul lato datoriale la sottoscrizione del CC da parte del datore di lavoro lo rende ovviamente obbligato alla sua applicazione, mentre il problema dell'efficacia si pone in concreto dal lato dei lavoratori, soprattutto in caso di emersione di dissensi tra i soggetti sindacali o da parte di gruppi o singoli lavoratori.

Si ritiene in dottrina che per qualificare un accordo quale contratto collettivo aziendale, vista la difficoltà di definire cosa debba intendersi per interesse collettivo, «il solo criterio realmente utilizzabile è quello della qualificazione sindacale del soggetto stipulante»⁴².

Partendo da tali presupposti sono stati via via riconosciuti quali soggetti negoziali per i lavoratori, accanto alle associazioni sindacali (normalmente a livello provinciale, anche se non è escluso il livello nazionale⁴³), anche «organismi rappresentativi della generalità dei lavoratori dell'azienda senza distinzioni (come le Commissioni interne, i Consigli dei delegati, le RSA o, da ultimo, le RSU)»⁴⁴. L'orientamento maggioritario della giurisprudenza è stato invece quello di escludere la legittimazione a stipulare contratti collettivi aziendali di delegazioni di lavoratori formatasi ad hoc senza la partecipazione sindacale⁴⁵, ancorché l'accordo venga stipulato «tra il datore di lavoro e la totalità dei propri dipendenti [...] in conformità della volontà emersa in una loro precedente assemblea»⁴⁶.

La sottolineata specificità del CC aziendale ha comportato una serie di approcci interpretativi differenziati, in dottrina come in giurisprudenza, per quanto concerne la sua efficacia soggettiva.

È opinione dominante in dottrina che il contratto collettivo aziendale abbia un'efficacia tendenzialmente generale⁴⁷, seppur in via indiretta e con motivazioni diverse che fanno riferimento alla parità di trattamento in azienda⁴⁸, al divieto di discriminazione⁴⁹, all'indivisibilità degli interessi collettivi gestiti dal contratto⁵⁰, alla natura dei soggetti stipulanti⁵¹. È altresì diffusa l'idea che al 4° comma

41 Tra i molti v. V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012, p. 97 ss.

42 A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 45.

43 Sul punto si veda Cass. 12 febbraio 2000 n. 1576, in *Riv. it. dir. lav.* 2000, 4, p. 617.

44 P. BELLOCCHI, *op. cit.*, p. 285.

45 Cass. 6 luglio 1988 n. 4458, in *Riv. giur. lav.* 1988, II, p. 282.

46 Cass. 9 marzo 1999 n. 2022, in *Mass. giur. lav.* 1999, p. 358.

47 A. LASSANDARI, *op. cit.*, p. 244.

48 F. LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 274.

49 T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, Milano, 1974, p. 159.

50 M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Cedam, Padova, 1980, p. 170.

51 G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981, che attribuisce ai sindacati maggiormente rappresentativi la facoltà di contrarre accordi vincolanti.

dell'art. 39 Cost., inattuato ma considerato impeditivo di diverse soluzioni legislative fondanti l'efficacia generale del CC, sarebbe estraneo il CC aziendale⁵².

In giurisprudenza la questione sembra più controversa. Fra un primo orientamento che ha privilegiato una lettura privatistica del contratto collettivo aziendale escludendo di potervi riconoscere efficacia *erga omnes* «atteso il contrasto col fondamentale principio di libertà sindacale e con la procedura imposta dallo stesso art. 39 Cost.»⁵³, e un secondo orientamento tendente ad affermare «la natura sostanzialmente *erga omnes* del contratto aziendale che regola unitariamente indivisibili interessi collettivi dei lavoratori»⁵⁴, può ritenersi ormai prevalente un terzo orientamento che tenta esplicitamente di comporre il conflitto sull'efficacia del contratto aziendale, sostenendo «la efficacia soggettiva *erga omnes* dei contratti aziendali [...] come regola di carattere generale», ma avendo cura di precisare «in ossequio al principio di libertà sindacale ed in coerenza con il nostro sistema giuridico, che la stessa efficacia non può essere estesa, tuttavia, a quei lavoratori che – aderendo ad una organizzazione sindacale diversa da quella che ha stipulato l'accordo aziendale – ne condividano l'esplicito dissenso»⁵⁵. La giurisprudenza, in sostanza, sembra elaborare soluzioni attente alle caratteristiche del caso concreto, che impediscono di delineare con certezza una soluzione generale.

Sul tema è peraltro intervenuta la contrattazione collettiva, a partire dall'accordo interconfederale per l'industria del 2014 (c.d. TU sulla rappresentanza), il quale ha previsto che i CC aziendali siano efficaci ed esigibili per tutto il personale quando siano approvati dalla maggioranza dei componenti delle RSU, ovvero, in mancanza, dalle RSA che risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali. In tale ultimo caso è possibile, a fronte di una richiesta di un sindacato firmatario del TU o del 30% dei lavoratori, che i lavoratori dell'impresa siano chiamati ad un voto di ratifica. Trattandosi di regole procedurali di fonte autonoma, le stesse potranno utilmente governare il tema nella misura in cui, anch'esse, siano vincolanti nell'impresa interessata.

9. L'efficacia soggettiva dei CC di prossimità

Un ultimo cenno deve essere fatto all'art. 8 d.l. 13 agosto 2011 n. 138, dedicato alla c.d. contrattazione di prossimità: disposizione molto discussa quanto di scarsa applicazione (o la cui applicazione è raramente emersa all'attenzione degli interpreti), ma che costituisce l'unica disposizione di fonte legale che interviene espressamente sull'efficacia soggettiva del CC, segnatamente aziendale

52 A. LASSANDARI, *op. cit.*, p. 304.

53 Cass. 24 febbraio 1990 n. 1403, in *Riv. giur. lav.* 1991, II, p. 504; Cass. 10 febbraio 1992 n. 1504, in *Foro it.* 1992, I, p. 2727.

54 Cass. 2 maggio 1990 n. 3607, in *Mass. giur. lav.* 1990, p. 384.

55 Cass. 28 maggio 2004 n. 10353, in *Riv. it. dir. lav.* 2005, II, 312; Cass. 18 febbraio 2005 n. 3363, in *Mass. giust. civ.* 2005, p. 2; Cass. 2 novembre 2021, n. 31201, in *Dejure*.

e territoriale, stipulato dai soggetti e secondo le regole poste dalla stessa norma. Essa prevede che nell'ambito di alcune materie e per determinate finalità possano essere stipulate da soggetti qualificati per la loro rappresentatività «specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario», dotate altresì di efficacia derogatoria nei confronti sia dei CC nazionali sia della legge (con il limite del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e internazionali). Il terzo comma, poi aggiunge, che le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali già stipulati alla data di entrata in vigore della legge, «sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori».

Si tratta di una disposizione che ha provocato ampie discussioni in dottrina⁵⁶, lasciando aperte varie questioni interpretative. La Corte costituzionale, pur senza essersi pronunciata in merito alla compatibilità con l'art. 39 Cost., ha sancito il carattere “chiaramente eccezionale” della disposizione, che non può applicarsi “oltre i casi e i tempi” espressamente previsti⁵⁷. Anche in giurisprudenza si è avuto modo di ribadire il carattere eccezionale della norma, da cui discende la necessità che le parti esplicitino ex ante all'interno dell'accordo «il fine perseguito, le norme cui intende derogare e il nesso eziologico tra fini e deroghe»⁵⁸.

Rimane il tema della rilevanza sistematica della norma, che sia nelle disposizioni dettate per il futuro, sia in quella di valore apparentemente transitorio di cui al comma terzo, connette chiaramente l'efficacia generale degli accordi, nei confronti dei lavoratori, al principio maggioritario (definito genericamente nel primo comma, ricondotto a vere e proprie procedure referendarie nel terzo comma): sembra dunque legittimo interrogarsi sulla tenuta che, alla luce di tali indicazioni, possano avere le teorie sull'efficacia generale del CC, almeno di quello aziendale, sopra richiamate⁵⁹.

56 F. LISO, *L'accordo interconfederale del 2011 e la legge sulla contrattazione collettiva di prossimità*, in M. CARRIERI, T. TREU (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 293.

57 Corte cost. 4 ottobre 2012, n. 221, in *Riv. it. dir. lav.* 2012, 4, II, p. 903.

58 App. Firenze 20 novembre 2017, in *Riv. it. dir. lav.* 2018, 4, II, p. 982.

59 F. SCARPELLI, *Il contratto collettivo nell'art. 8 d.l. n. 138 del 2011: problemi e prospettive*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 2012, p. 726.

L'efficacia oggettiva del contratto collettivo: l'inderogabilità in *peius* e la derogabilità in *melius*

Maria Giovannone

SOMMARIO: 1. Il (dinamico) principio dell'inderogabilità. – 2. Il rapporto tra legge e contratto collettivo. – 2.1. Il passaggio al modello “flessibile”. – 3. Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale. – 3.1. L'art. 2113 c.c. e l'autonomia individuale. – 4. Il rapporto tra contratti collettivi di pari e di diverso livello.

1. Il (dinamico) principio dell'inderogabilità

Nel contratto collettivo, inteso come fonte regolativa del rapporto di lavoro, la dimensione dell'autonomia si intreccia con quella dell'eteronomia. Tale peculiarità impedisce al diritto dei contratti – regolatore dell'autonomia individuale – di risolvere pacificamente i conflitti con le fonti concorrenti (la legge e il contratto individuale).

Nondimeno, gli sforzi dottrinali e giurisprudenziali, assieme alla produzione legislativa, hanno in qualche modo sorretto l'efficacia *ultra partes* e l'efficacia reale del contratto collettivo: principi che, in linea teorica, sono incompatibili con la sua natura privatistica ma che valorizzano il sistema sindacale “di fatto” incardinato sull'effettività.

I poteri della legge e dell'autonomia individuale si intrecciano dunque con il potere sociale e “fattuale” dell'azione sindacale, plasmando un quadro ibrido in cui non è agevole ricavare i criteri ordinatori¹. Ci si trova di fronte ad un quadro di principi e di regole, per lo più di matrice dottrinale e giurisprudenziale, formatosi nel silenzio delle norme imperative di legge sul rapporto tra le fonti del diritto del lavoro.

In questo quadro, è noto che il principio della “inderogabilità in *peius*/derogabilità in *melius*” arbitra il rapporto tra legge e contratto collettivo e tra contratto collettivo e contratto individuale, diventando un «attributo genetico»² della ma-

1 R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, XV ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 210.

2 R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, n. 2, p. 229 e ss.

teria. Una caratteristica intrinseca che è pure una «connotazione assiologica»³, perché funzionale alla realizzazione della tutela del contraente debole nel rapporto di lavoro che anima la materia lavoristica

Ben presto, tuttavia, la tenuta di questa “regola aurea” ha iniziato a vacillare di fronte ai ricorrenti periodi di crisi economica e alle rivoluzioni (tecnologica, digitale, verde, ecc.) che hanno allontanato le tecniche di regolazione dal «modello di deroghe migliorative»⁴ di prerogativa dell'autonomia collettiva e individuale. In effetti, le crescenti istanze di flessibilità regolativa dei rapporti di lavoro hanno indotto il legislatore a prediligere percorsi di decentramento regolativo, talvolta anche con la possibilità di derogare *in peius* il trattamento economico e normativo dei lavoratori. Così la norma inderogabile (di legge o contrattuale) può cedere il passo alla derogabilità quale principio e tecnica di regolazione che risponde ad altri obiettivi generali come la salvaguardia dell'occupazione e l'efficientamento del mercato del lavoro.

Quella appena descritta è una tendenza in atto e, secondo molti, un tassello verso la rivisitazione dell'assetto delle fonti del diritto del lavoro che incide sul tradizionale rapporto tra autonomia ed eteronomia e tra i diversi livelli di contrattazione collettiva⁵. Ciò pone l'esigenza di ricercare, attraverso un rapporto più dinamico tra le fonti, un punto di equilibrio tra le istanze di tutela e le esigenze di flessibilità dal lato dell'impresa, salvaguardando la tenuta dell'apparato protettivo forgiato dal diritto del lavoro.

2. Il rapporto tra legge e contratto collettivo

Nell'ordinamento giuridico italiano, la legge e il contratto collettivo rappresentano le fonti principali del diritto del lavoro⁶. Tali fonti convivono sul presupposto che la legge, espressione della sovranità popolare, interviene nella materia per tutelare l'interesse generale in modo proporzionato, ossia perseguendo tale scopo senza comprimere l'autoregolazione collettiva protetta dall'art. 39, comma 1, Cost. Sennonché, nel corso del tempo, è divenuto sempre più chiaro

3 R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, n. 140, 4, p. 716.

4 R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, vol. I, 1985, p. 24.

5 Tra tutti, F. MARTELLONI, *Gerarchia “liquida” delle fonti del diritto del lavoro*, L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*, F. Angeli, Milano, 2012, p. 440 e ss.; F. SCARPELLI, *Il contratto collettivo nell'art. 8 d. l. n. 138 del 2011: problemi e prospettive*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 721, sia pur con riferimento ai contratti di prossimità, sostiene il rischio di un «radicale rivolgimento del rapporto tra le fonti». Si veda anche A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, n. 2, p. 165 e ss.

6 U. ROMAGNOLI, *Autonomia collettiva e legislazione*, in *Le ragioni del diritto*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1187.

che tra le due fonti esistono confini tutt'altro che netti, in ragione delle istanze economiche e sociali susseguitesi nel tempo e delle tecniche di regolazione che sono state adottate per farne fronte.

Quello tra legge e contratto collettivo è dunque un rapporto di concorso ovvero di conflitto, governato da principi che ne garantiscono la convivenza e impediscono lo stallo regolativo. È bene precisare che l'elaborazione di detti principi è avvenuta ad opera degli interpreti, non esistendo alcuna norma scritta che regola i conflitti tra le due fonti.

Il criterio tradizionalmente dirimente è quello della inderogabilità *in peius* della legge da parte del contratto collettivo (c.d. inderogabilità unilaterale), nel rispetto del rapporto gerarchico che vede prevalere le norme di legge. Tuttavia, questo c.d. modello rigido è attenuato dalla possibilità, accordata alla contrattazione collettiva, di derogare *in melius* alla legge, ossia di disporre trattamenti economici e normativi di maggior favore a beneficio dei lavoratori⁷. La fonte eteronoma, dunque, si impone solamente nella misura in cui l'atto di autonomia collettiva non si conforma agli obiettivi (minimi) che l'ordinamento giuridico persegue⁸.

In verità, esistono diverse disposizioni di legge che sanciscono tale principio ma, evidentemente, rilevano esclusivamente in relazione al loro campo di regolazione⁹. Sulla scorta di tali previsioni, è stata la dottrina, in modo pressoché unanime, ad indentificare tale principio generale quale «caso particolare del conflitto (ben presente al diritto privato) tra norma imperativa e contratto»¹⁰, stante la natura prevalentemente privatistica del contratto collettivo. La “specialità” del caso risiede nella ragione fondante il diritto del lavoro, ossia la necessità di tutelare il lavoratore quale contraente debole del rapporto di lavoro impedendo che l'eventuale debolezza negoziale del sindacato, o altre dinamiche fattuali, possano affievolire le tutele stabilite dalle norme imperative¹¹.

La valutazione circa la violazione della norma di legge è effettuata, di volta in volta, mediante la comparazione tra i singoli istituti (legale e contrattuale), mentre è esclusa una valutazione “complessiva” – dai parametri interpretativi incerti – dei livelli di tutela stabiliti per legge e per mezzo del contratto collettivo.

Sul piano sanzionatorio, la clausola collettiva che contrasta con una norma di legge è colpita dalla nullità (art. 1418, comma 1, c.c.). La nullità è pertanto parziale, perché non estesa al contratto collettivo per intero ma alla sola clausola,

7 *Ex multis*, Cass. 6 settembre 1980, n. 5156. Tra la prima dottrina sul tema, le riflessioni di A. CESSARI, *Il «favor» verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1966; V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1967.

8 V. SIMI, *op. cit.*, p. 96.

9 Ad esempio, l'art. 40, comma 2, l. n. 300/1970 (c.d. Statuto dei Lavoratori) sancisce l'inderogabilità *in peius* delle norme contenute nella legge, facendo salve «le condizioni dei contratti collettivi e degli accordi sindacali più favorevoli ai lavoratori».

10 R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 350.

11 R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1960, vol. I, p. 83.

sostituita di diritto dalla norma legale che ha violato (ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.)¹². Anzi, più precisamente, la nullità non colpisce direttamente la clausola del contratto collettivo, non potendo il giudice decidere sul conflitto virtuale tra fonti eteronome. Nella pratica, ad essere dichiarata nulla è la clausola del contratto individuale che integra la disposizione del contratto collettivo ritenuta in contrasto con la legge¹³.

Nell'ambito del lavoro pubblico, il rapporto tra contratto collettivo e legge è regolato da una chiara disposizione normativa. In particolare, l'art. 2, comma 2, d. lgs. n. 165/2001¹⁴ introduce la regola della derogabilità della legge, anche *in peius*, da parte del contratto collettivo nazionale. La disciplina derogatoria può riguardare specifiche materie (art. 40, comma 1), comunque nel rispetto dei principi stabiliti dallo stesso atto legislativo. Sul piano sanzionatorio, ai sensi dell'art. 2, comma 3-*bis*, le clausole dei contratti collettivi che derogano la legge oltre l'ambito oggettivo consentito sono colpite da nullità parziale, operando la sostituzione automatica con le norme di legge oggetto di violazione, ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c. Qui risiede la principale differenza con il settore privato, sprovvisto di norme imperative di legge di portata ordinatrice e di un prescritto apparato sanzionatorio.

2.1. Il passaggio al modello “flessibile”

È evidente che il criterio della “inderogabilità *in peius*/derogabilità *in melius*” risolve il conflitto tra legge e contrattazione collettiva in modo assai rigido, a favore della fonte legale. D'altronde, la sua pacifica applicazione era assicurata dalla prassi “lineare” che vedeva il contratto collettivo intervenire in modo migliorativo rispetto alle disposizioni di legge, in un contesto economico favorevole e a beneficio della categoria omogenea del lavoratore subordinato.

È a partire dagli anni '70 e '80 che la crisi petrolifera prima, e quelle successive poi, iniziano a far vacillare il modello rigido percepito come una sorta di «uniformità oppressiva»¹⁵, perché di fatto limita la ponderazione, ad opera della contrattazione collettiva, degli interessi concreti da tutelare a seconda di molteplici fattori materiali, *in primis* le difficili contingenze economiche¹⁶.

12 M. C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Giuffrè, Milano, 2010.

13 Dubbi sull'applicabilità del meccanismo di nullità parziale al contratto collettivo sono stati sollevati da L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1980, p. 696, secondo cui «non ha senso porsi la questione se la clausola difforme del contratto collettivo sia sostituita dal precetto legale, bensì ha senso soltanto la questione di quale delle due norme in conflitto – la norma legale o la norma collettiva – prevalga come fonte di integrazione degli effetti del contratto individuale di cui è causa». Similmente, A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, n. 2, p. 192.

14 Così come modificato, da ultimo, dal d. lgs. n. 75/2017.

15 A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2011, pp. 682-687.

16 G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1985, pp. 392-393.

La legislazione di quegli anni comincia allora ad ammettere interventi regolativi *in peius* da parte della contrattazione collettiva mediante la tecnica del rinvio¹⁷. Più in particolare, le norme legali rinviando alla contrattazione collettiva non (solo) per integrare le disposizioni di legge¹⁸, ma anche per consentire una disciplina collettiva diversa, e non necessariamente più favorevole, rispetto alla disciplina legale. Nel bilanciamento degli interessi da tutelare, allora, la politica legislativa cambia prospettiva, guardando alla preordinata esigenza di governare il mercato del lavoro attraverso l'ammissione di trattamenti derogatori in senso peggiorativo sottoposti al beneplacito dei sindacati più rappresentativi¹⁹.

Nel corso degli anni, tali interventi emergenziali diventano un vero e proprio indirizzo legislativo: la disciplina derogatoria è infatti ammessa su molteplici fronti, come il calcolo del trattamento di fine rapporto (art. 2120 c.c., modificato dalla l. n. 297/1982) e la regolazione dell'orario di lavoro (d.lgs. n. 66/2003). Così come non sono mancati interventi legislativi di taglio c.d. autorizzativo, in forza dei quali la contrattazione collettiva ha potuto consentire l'impiego di tipologie contrattuali flessibili (c.d. flessibilità contrattata)²⁰. Una tecnica regolativa che potrebbe essere descritta come un «attacco indiretto»²¹ alla inderogabilità, ma anche come un'investitura legislativa dell'autonomia negoziale nella ricerca di un equilibrio tra istanze di tutela ed esigenze di flessibilità.

È noto che questa tendenza legislativa ha raggiunto la vetta più alta con l'art. 8 l. n. 148/2011, ai sensi del quale specifici contratti collettivi aziendali o territoriali (c.d. contratti di prossimità) possono derogare, anche *in peius*, alle disposizioni di legge e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, al ricorrere di determinate condizioni oggettive, soggettive e finalistiche.

L'intervento legislativo del 2011 deve essere contestualizzato²². Esso è stato infatti sospinto dalla rottura della «unità di azione» delle grandi confederazioni del sistema sindacale italiano, presagita nei primi anni Duemila e palestrata con il caso Fiat del 2009. In buona sostanza, il dissenso di Fiom-Cgil alla

17 Per un approfondimento sul tema della tecnica del rinvio legislativo al contratto collettivo, si rinvia *infra* a I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*. Si veda anche I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Jovene, Napoli, 2018.

18 Ad esempio, la legge affida alla contrattazione collettiva la disciplina delle modalità di fruizione del congedo formativo (art. 5, comma 4, l. n. 53/2000).

19 F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998, vol. 20, n. 2, p. 192.

20 È il caso, ad esempio, del lavoro intermittente, ai sensi del d. lgs. n. 276/2003. In tema, L. CALCATERRA, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, n. 6, p. 1287 e ss.

21 Mutuando le riflessioni sulla flessibilità in entrata di M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia Individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 389.

22 Per un approfondimento sul tema, tra tutti, A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, n. 4, pp. 919-960; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, vol. 136, n. 4, pp. 479-525.

sottoscrizione dell'accordo aziendale ha dimostrato lo smarrimento del reciproco riconoscimento tra gli agenti sindacali, generando uno squilibrio tra gli interessi in gioco. L'unità sarà poi ritrovata con l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e il Protocollo d'Intesa del maggio 2013, poi confluiti nel Testo Unico sulla Rappresentanza sindacale del gennaio 2014: qui, l'autoregolazione collettiva disciplina il potere di stipulare il contratto collettivo e i rapporti tra i livelli negoziali²³. Si tratta tuttavia di atti di natura contrattuale, un appiglio giuridicamente debole che ha messo in evidenza le fragilità scaturite dall'anomia del diritto sindacale e dal sotteso schema privatistico.

A valle di queste vicende, con l'art. 8 l. n. 148/2011, per la prima volta il legislatore disciplina a sua volta il potere di stipulare il contratto collettivo, sia pur nella sola veste del contratto di prossimità, conferendogli il potere di derogare alla legge e al contratto collettivo nazionale, al ricorrere di determinate condizioni ivi precisate²⁴ e, comunque, nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro. Qui risiede la portata rivoluzionaria della norma: la possibilità di derogare in senso peggiorativo non ha più carattere eccezionale e delimitato ad alcuni istituti, ma diventa regola generale²⁵. In tal modo, tra l'altro, neutralizzando il dissenso dei lavoratori e delle associazioni sindacali alla sottoscrizione di accordi decentrati derogatori, soprattutto nelle aule giudiziarie.

Inizia a scricchiolare, dunque, il tradizionale rapporto tra legge e contratto collettivo fondato sul principio dell'inderogabilità *in peius*, di fronte alla morden- te crisi economica e alla conseguente crisi del sistema sindacale "di fatto". Quel sistema che, sino ad allora, aveva garantito la tenuta dei principi che governano il diritto sindacale e il rapporto tra le fonti.

23 Si veda infra il contributo di L. IMBERTI, *Il contratto collettivo di diritto comune e le regole del sistema contrattuale del Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014*.

24 I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale ovvero dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda possono realizzare specifiche intese modificative finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione incluse quelle relative: a) agli impianti audiovisivi e all'introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alla modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le co.co.pro e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio.

25 F. DI NOIA, *Legge e contratto collettivo prima e dopo l'art. 8, l. n. 148/2011: storia di un rapporto in crisi*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2017, n. 3, p. 563.

Vale la pena evidenziare, inoltre, che non sono mancate disposizioni normative che hanno sancito l'inderogabilità *in melius* della legge da parte del contratto collettivo, a pena di nullità. Il riferimento va soprattutto ad una certa legislazione degli anni '70 e '80 che ha fissato dei "tetti massimi" ai trattamenti collettivi a tutela dei lavoratori, nel più ampio disegno riformistico finalizzato a contrastare la galoppante inflazione di quegli anni²⁶.

Si è trattato soprattutto di interventi emergenziali. E difatti la Corte Costituzionale li ha ritenuti legittimi, nonostante la evidente compressione della libertà negoziale costituzionalmente garantita, solo perché di carattere eccezionale, «a salvaguardia di superiori interessi generali»²⁷. La questione, tuttavia, rimane aperta. Da una parte, la Consulta ha rimarcato il carattere contingente dell'intervento legislativo legittimo affinché la libertà sindacale non sia irragionevolmente compromessa²⁸. Tuttavia, in precedenza, aveva legittimato tali provvedimenti eteronomi facendo leva sulla mancata attuazione dell'art. 39 Cost., che impedirebbe a prescindere il conflitto tra l'attività legislativa e l'attività normativa dei sindacati²⁹. Una motivazione discutibile che sminuisce la tutela costituzionale dell'agire sindacale sancita al comma 1 del dettame costituzionale, a prescindere dalla parte rimasta inattuata³⁰.

Ad ogni modo, l'evoluzione storica della materia ha segnato il passaggio dal modello rigido ad uno più "flessibile" che ha ridimensionato l'applicazione generalizzata dell'inderogabilità *in peius* (e della derogabilità *in melius*). Si può pertanto concludere che tale principio persiste come «regola di base»³¹, smussata tuttavia dalle sempre più numerose norme legali di rinvio che indirizzano verso la fungibilità tra legge e contratto collettivo per mezzo dell'intervento collettivo derogatorio³².

3. Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale

Nel solco delle categorie civilistiche, il contratto di lavoro individuale obbliga le parti alle previsioni ivi contenute, «ma anche a tutte quelle conseguenze che ne derivano secondo legge» (art. 1374 c.c.). Pertanto, la disciplina individuale è assoggettata alla fonte eteronoma, affinché i rapporti fra privati non inibiscano l'azione protettiva dell'ordinamento giuridico.

26 D.l. n. 12/1977, conv. in l. n. 91/1977; d.l. n. 70/1984, conv. in l. n. 219/1984.

27 Corte Cost. 26 marzo 1991, n. 124.

28 Corte Cost. 26 marzo 1991, n. 124. Più recentemente, Corte Cost. 23 giugno 2015, n. 178.

29 Corte Cost. 20 luglio 1980, nn. 141 e 142.

30 G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci editore, Bari, 2015, p. 212-213.

31 R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 355.

32 In tema, G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *Lavoro e diritto*, 2015, n. 3, p. 491-514.

Con riferimento al contratto collettivo, bisogna però ribadire che il diritto del lavoro è caratterizzato da una spiccata specialità rispetto al diritto civile perché, come già ricordato, il suo fondamento risiede nella tutela del contraente debole nel rapporto di lavoro. A tale scopo, la contrattazione collettiva rappresenta una fonte eteronoma rispetto al contratto individuale, in ragione della «rilevanza assegnata, sul piano giuridico formale, all'interesse collettivo dei lavoratori»³³. Tale assunto non mette in dubbio la natura contrattuale del rapporto di lavoro giacché la categoria del contratto, nel diritto civile moderno, non è incompatibile con l'intervento eteronomo³⁴.

Punto di caduta è il fatto che alle norme di legge ed al contratto collettivo non si possa derogare *in peius* ad opera del contratto di lavoro individuale. Nel rapporto tra fonti eteronome e contratto individuale, quindi, il principio dell'inderogabilità *in peius* scongiura l'egemonia contrattuale del datore di lavoro e garantisce il diritto alla contrattazione collettiva, contribuendo a realizzare la tutela e l'emancipazione dei lavoratori (artt. 3, comma 2, e 35 Cost.)³⁵.

È agevole risolvere il conflitto tra legge e contratto di lavoro individuale attingendo alle categorie del diritto civile. Nel dettaglio, un contratto è nullo se si pone in violazione alle norme imperative di legge, ai sensi dell'art. 1418 c.c. Pertanto, anche in questo caso, la clausola del contratto di lavoro che deroga *in peius* alla disciplina legale è colpita dalla nullità parziale ed è sostituita automaticamente dalla norma di legge con cui è in contrasto (artt. 1339 e 1419 c.c.). Anche in questo caso, ne consegue che sono sempre ammissibili le clausole contrattuali di contenuto migliorativo rispetto al trattamento di fonte legale.

Più complesso è invece il fondamento della inderogabilità *in peius* che regola il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale. Questo perché, nonostante il contratto collettivo sia investito di importanti compiti regolativi, esso preserva comunque la sua natura privatistica al pari dei patti individuali. In linea di principio, sarebbe dunque necessario l'intervento della legge per stabilire una gerarchia tra i due atti di natura privatistico-contrattuale.

In sintesi, il diritto comune è inadeguato ad assicurare un'efficacia reale al contratto collettivo, in forza della quale scatterebbe la sostituzione automatica della clausola individuale difforme. Nel tempo, si sono susseguite diverse teorie dottrinali volte a fondare la prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale, prendendo le mosse dal convincimento che l'interesse collettivo,

33 M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972, p. 167.

34 In passato, la natura contrattuale del rapporto di lavoro era stata messa in dubbio in forza del fatto che la disciplina esterna ne plasma il contenuto. Al di fuori delle categorie civilistiche, dunque, il diritto del lavoro – e dunque il contratto di lavoro subordinato – sarebbe governato da principi propri. Si veda, tra tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Rapporto di lavoro e contratto*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, n. 3, p. 675 e ss.

35 V. SPEZIALE, Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, vol. 135, n. 3, p. 366.

perseguito dall'autonomia privata collettiva, prevalga sull'interesse individuale³⁶. Soluzioni interpretative che però non sono riuscite a motivare in modo convincente il carattere "reale" dell'inderogabilità *in peius* da cui discende il meccanismo di sostituzione automatica³⁷.

Nondimeno, sin dagli anni '50 la giurisprudenza ha sempre trovato conforto nell'art. 2077, comma 2, c.c., secondo cui «le clausole difformi dei contratti individuali, preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro»³⁸. Si tratta, tuttavia, di una disposizione riferita al contratto collettivo di diritto corporativo, permeato da una concezione pubblicistica che stride con la natura privatistica del contratto collettivo di diritto comune dell'epoca post-costituzionale³⁹.

I dubbi sollevati dalla dottrina in tal senso sono stati sostanzialmente dissipati con l'approvazione della l. n. 533/1973, che ha novellato l'art. 2113, comma 1, c.c., secondo cui non sono valide le rinunce e le transazioni «che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi»⁴⁰. È vero che la novellata disposizione non sancisce l'inderogabilità *in peius* del contratto collettivo, ma la presuppone in modo piuttosto assertivo⁴¹. Tuttavia, si può dire che la norma obliteri un principio generale, ormai acquisito dall'ordinamento giuridico, «indispensabile dal punto di vista della tenuta del sistema del diritto del lavoro»⁴², in ragione delle finalità pubblicistiche perseguite dalla contrattazione collettiva.

36 Le teorie si ricollegano alla sistematizzazione dei concetti di autonomia privata collettiva e di interesse collettivo elaborata da F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, in *Studi in onore di F. Carnelutti*, vol. IV, Cedam, Padova, 1950, il quale sosteneva la teoria del mandato. Secondo altri autori, il rapporto di prevalenza era spiegato attraverso l'atto di adesione del lavoratore al sindacato. Cfr. A. CESSARI, *Il 'favor' verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1966; A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1966, p. 544. Contrario a questa tesi, R. ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, vol. 130, n. 2, p. 211.

37 Come fa notare G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 143-144.

38 *Ex multis*, Cass. 12 maggio 1951, n. 1184; Cass. 12 ottobre 1993, n. 10089; Cass. 25 febbraio 1988, n. 2032.

39 Critico, per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, ora in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, p. 217 e ss. A favore di tale soluzione interpretativa, M. GHIDINI, *I diritti indisponibili del lavoratore derivanti dai contratti collettivi e da altre fonti*, in *Contratti collettivi e controversie collettive di lavoro (Studi in memoria di L. Barassi)*, Cedam, Padova, 1965, p. 224 e ss.

40 La giurisprudenza ha accolto sin da subito la novità legislativa a sostegno della regola dell'inderogabilità. Cfr. Cass. 21 novembre 1977, n. 5084.

41 Critico, tra alcuni, G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1985.

42 R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 363.

Sulla scorta di tale principio, pertanto, qualsiasi patto individuale che regola un rapporto di lavoro è affetto da nullità qualora comporti un trattamento meno favorevole di quello previsto dal contratto collettivo, oltre che dalla legge. Anche in questa ipotesi opera il meccanismo di nullità parziale e del subentro della clausola contrattuale violata.

Parimenti, è sempre consentita la deroga *in melius* rispetto alla disciplina del contratto collettivo⁴³. La valutazione circa il trattamento più favorevole è generalmente operato dai giudici mediante la comparazione dei singoli istituti contrattuali, tramite un raffronto maggiormente meticoloso rispetto a quello tra “clausole” (criterio del c.d. cumulo) previsto dallo stesso art. 2077 c.c.⁴⁴. Tale orientamento interpretativo ha sostanzialmente soppiantato la teoria del c.d. conglobamento, foriero di approssimazione valutativa ed eccessiva discrezionalità interpretativa. In buona sostanza, in passato i giudici hanno proceduto ad una comparazione tra i trattamenti complessivi previsti dal contratto individuale e dal contratto collettivo, applicando la disciplina di maggior favore desunta da una valutazione globale⁴⁵. Ad ogni modo, tali soluzioni interpretative dovranno cedere il passo qualora i contratti collettivi prevedano le c.d. clausole d’inscindibilità, in forza delle quali le disposizioni contrattuali – riferite ai singoli istituti – sono correlate, inscindibili e non cumulabili con altri trattamenti previsti dalla fonte individuale.

Ulteriore questione si pone quando il contratto collettivo è scaduto. In questa ipotesi, un orientamento giurisprudenziale ammette che le pattuizioni individuali possono convenire a trattamenti peggiorativi rispetto al contratto scaduto⁴⁶. Tuttavia, si è sviluppata anche una tendenza contraria che riconosce l’ultrattività del contratto collettivo, ossia la conservazione della sua efficacia fino alla sottoscrizione del contratto collettivo successivo, specialmente per il trattamento retributivo ai sensi dell’art. 36 Cost.⁴⁷.

Il diritto dei contratti non offre una soluzione interpretativa, dal momento che l’art. 2074 c.c. dispone l’ultrattività dei contratti collettivi di diritto corporativo⁴⁸. Si può dire che, frequentemente, la soluzione al problema è fornita dagli stessi contratti collettivi di diritto comune che generalmente contengono clausole di ultrattività.

43 *Ex multis*, Cass. 3 marzo 2016, n. 4231; Cass. 18 dicembre 1998, n. 12716; Cass. 4 marzo 1998, n. 2363.

44 *Ex multis*, Cass. 13 maggio 1995, n. 5244; Cass. 22 febbraio 1992, n. 2205; Cass. 15 febbraio 1988, n. 1607; Cass. 1° agosto 1986, n. 4933; Cass. 5 marzo 1982, n. 1354.

45 Cass. 13 maggio 1995, n. 5244; Cass. 9 settembre 1999, n. 9545; Cass., 19 maggio 1987, n. 4593.

46 Cass. 2 febbraio 2009, n. 2590; Cass. 10 ottobre 2007, n. 21234.

47 Cass. 9 maggio 2008, n. 11602; Cass. 30 maggio 2005, n. 11325; Cass. 14 aprile 2003, n. 5908.

48 Cass. 25 maggio 2012, n. 8288; Cass. 7 ottobre 2010, n. 20784. All’opposto, la giurisprudenza riconosce pacificamente la legittimità di una clausola di retroattività, contenuta in un contratto collettivo, che prevede un trattamento meno favorevole al lavoratore. Cfr. Cass. 12 marzo 2004, n. 5141; Cass. 18 dicembre 1998, n. 2623.

Peculiare, anche in questo caso, è la disciplina del lavoro pubblico. In effetti, a differenza dell'ambito privato, il principio dell'inderogabilità opera anche *in melius*, allo scopo di tutelare l'interesse pubblico. In particolare, non sono ammessi trattamenti economici aggiuntivi rispetto a quelli individuati dal contratto collettivo (art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001), pena nullità parziale e sostituzione automatica della clausola violata (art. 2, comma 3-*bis*).

3.1. L'art. 2113 c.c. e l'autonomia individuale

La regola dell'inderogabilità potrebbe dimostrare una eccessiva rigidità di fronte alla ipotesi in cui, una volta acquisito un diritto, sorga una controversia circa la sua sussistenza o riguardo il suo esatto soddisfacimento. In linea teorica, infatti, il lavoratore non potrebbe decidere, in una sede conciliativa, di accettare il soddisfacimento parziale di tali diritti perché una siffatta transazione sarebbe nulla in violazione della regola dell'inderogabilità. Tuttavia, seppur, astrattamente, l'inderogabilità dovrebbe coprire tanto i diritti futuri quanto i diritti già maturati (e non soddisfatti), la finalità protettiva di detto principio comprimerebbe in modo sproporzionato l'autonomia del lavoratore di disporre dei propri diritti acquisiti. Senza tralasciare l'insostenibilità in cui rischia di incorrere la macchina giudiziaria di fronte alle numerose controversie giurisdizionali instaurate come unica via per soddisfare i diritti maturati.

Allo scopo di scongiurare tali conseguenze, l'art. 2113 c.c. disciplina la rinuncia (un negozio unilaterale dismissivo) e la transazione (un contratto ai sensi dell'art. 1965 ss., c.c.) aventi ad oggetto i diritti del lavoratore subordinato e parasubordinato che derivano dalle norme imperative di legge o di contratto collettivo. In linea generale, le rinunce e le transazioni sui diritti maturati non sono valide, conformemente al principio dell'inderogabilità⁴⁹. Si tratta di una invalidità sanabile attraverso una "agevole" impugnazione entro un determinato periodo di tempo (commi 2 e 3).

Ma la disposizione più rilevante ai nostri fini è contemplata nel comma 4 che contiene le eccezioni alla regola generale. In particolare, il regime di invalidità viene meno qualora la rinuncia o la transazione sia stipulata dal lavoratore in una sede protetta, ossia alla presenza di soggetti che assistono il lavoratore nella stipulazione dell'atto dispositivo⁵⁰. Questo meccanismo di c.d. autonomia individuale assistita è dunque finalizzato a formare la volontà "informata" del

49 Recentemente, Cass. 1° marzo 2022, n. 6664. In dottrina, P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, vol. 30, n. 3, p. 441.

50 Sul tema I. ALVINO, *La disponibilità dei diritti e il ruolo delle Commissioni di certificazione in funzione conciliativa*, pp. 33-44; F. LAMBERTI, *Rinunzie e transazioni: differenze e requisiti, tra reciproche concessioni e quietanze a saldo*, p. 431-448. Entrambi in S. CIUCCIOVINO, I. ALVINO, M. GIOVANNONE, F. LAMBERTI (a cura di), *Teoria e prassi della certificazione dei contratti, dell'autonomia negoziale assistita e della conciliazione delle controversie di lavoro*, Roma Tre Press, Roma, 2024.

contraente debole, salvaguardando la sua autonomia negoziale rispetto al patrimonio dei diritti già maturati e non soddisfatti⁵¹.

Si tratta di una disciplina che, a ben vedere, si inserisce in una tendenza evolutiva che valorizza l'autonomia individuale nella gestione del rapporto di lavoro⁵². Le disposizioni in questo senso sono molteplici: la stipulazione dei patti accessori, la devoluzione del TFR alla previdenza complementare, la stipulazione delle clausole elastiche nel lavoro a tempo parziale, le pattuizioni *in peius* delle mansioni, la centralità assunta dal patto individuale nel lavoro agile (e così via).

L'investitura dell'autonomia individuale, tuttavia, non comporta una attenuazione della inderogabilità della legge e del contratto collettivo da parte del contratto individuale. È pur sempre la legge che stabilisce gli spazi di manovra dell'autonomia individuale, anche nelle situazioni in cui il contratto collettivo e il contratto individuale sono ormai fungibili⁵³. È opinione comune, infatti, che l'affievolimento di tale principio nel rapporto tra fonti eteronome e contratto individuale sarebbe «improponibile»⁵⁴, perché le pattuizioni individuali sono inevitabilmente viziata dalla debolezza contrattuale che identifica il lavoratore. Si può quindi pacificamente concludere che la regola dell'inderogabilità, sottoposta alle dinamiche del rapporto legge/contratto collettivo, continua a rimanere un solido principio ordinatore nel rapporto contratto collettivo/contratto individuale⁵⁵.

4. Il rapporto tra contratti collettivi di pari e di diverso livello

È chiaro che la regola dell'inderogabilità *ex art.* 2077 c.c. non opera nel rapporto tra contratti collettivi, di pari o diverso livello, essendo la norma civilistica riferita al conflitto tra l'atto collettivo e il contratto individuale. Il diritto dei contratti, insomma, non può risolvere il conflitto interno a questa peculiare fonte regolativa, motivo per cui i criteri ordinatori sono stati elaborati dagli interpreti e dall'autoregolazione collettiva, ma anche dalla legislazione ordinaria.

La prima questione attiene alla successione temporale tra contratti collettivi dello stesso livello⁵⁶. In questo caso, è pacifico che il contratto collettivo successivo possa modificare *in peius* il contratto collettivo precedente di pari livello, di

51 A. GIULIANI, *Effettività della tutela del lavoratore nelle risoluzioni alternative delle controversie tra inderogabilità e autonomia*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 11; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007.

52 In tema, R. DEL PUNTA, *Verso l'individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 15 e ss.

53 Sulla crescente fungibilità tra le due forme di autonomia (individuale e collettiva), C. ZOLI, *Le recenti riforme del diritto del lavoro fra continuità e discontinuità*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 405.

54 R. DE LUCA TAMAYO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro*, cit., p. 723.

55 G. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, n. 1, p. 78.

56 Cfr. infra S. EMILIANI, *Il contratto collettivo nella dimensione temporale*.

nuovo considerando che l'art. 2077 c.c. non si applica ai rapporti tra contratti collettivi⁵⁷. Il contratto collettivo successivo, tra l'altro, assorbe anche i trattamenti *in melius* stabiliti dal contratto individuale, a meno che non intervengano contrarie pattuizioni individuali o rilevino le qualità personali del lavoratore⁵⁸. La derogabilità peggiorativa non si applica soltanto ai cc.dd. diritti quesiti, cioè ai diritti già entrati nel patrimonio del prestatore di lavoro, a prescindere del livello contrattuale della disposizione successiva⁵⁹.

La possibilità di apportare deroghe peggiorative chiarisce che le clausole dei contratti collettivi non sono "incorporate" nel contratto individuale. Dovrebbe altrimenti escludersi che il contratto collettivo successivo possa apportare modifiche *in peius* alle clausole entrate a far parte dei patti individuali. In altre parole, si tratta dell'ennesima conferma che il contratto collettivo conserva una natura eteronoma rispetto al contratto individuale, agendo "esternamente" su di esso (al pari delle norme di legge) e sostituendosi automaticamente in ipotesi di contrasto⁶⁰.

Allo stesso tempo, sul piano fattuale, si intuisce che impedire deroghe peggiorative significa costringere la contrattazione «a operare sempre "al rialzo"»⁶¹, inibendo la capacità negoziale sulle scelte realisticamente praticabili di volta in volta.

Più complesso è invece il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello, perché condizionato dall'efficacia reale del contratto collettivo. A maggior ragione, di fronte al progressivo decentramento della contrattazione collettiva che comporta il concorso o il conflitto tra discipline contrattuali differenziate⁶².

Dalla prospettiva sindacale, sin dagli anni '60 l'autonomia collettiva ha tentato di regolare, coordinandoli, i diversi livelli contrattuali. Si tratta comunque di atti negoziali, e come tali, hanno subito l'influenza dei mutevoli rapporti di forza tra gli agenti negoziali⁶³. Da ultimo, sull'onda delle vicende sindacali sopra descritte, il TU Rappresentanza del 2014 ha tentato di riaffermare la superiorità gerarchica del contratto collettivo nazionale di categoria. Nondimeno, sul piano

57 Cass. 5 aprile 2022, n. 11072; Cass. 26 novembre 2021, n. 36923; Cass. 19 giugno 2014, n. 13960; Cass. 10 ottobre 2007, n. 21234; Cass. 14 giugno 2007, n. 13879; Cass. 26 giugno 2006, n. 11939; Cass. 5 novembre 2003, n. 16635; Cass. 28 novembre 1992, n. 12751; Cass. 5 novembre 1990, n. 10581; Cass. 12 luglio 1986, n. 4517.

58 Cass. 13 maggio 1995, n. 5244; Cass. 22 marzo 1986, n. 2042; Cass. 15 gennaio 1986, n. 188.

59 Cass. 15 settembre 2014, n. 19396; Cass. 18 settembre 2007, n. 19351; Cass. 7 febbraio 2004, n. 2362.

60 Cass. 10 ottobre 2007, n. 21234; Cass. 24 agosto 2004, n. 16691. In dottrina, C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010, p. 502.

61 R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 208.

62 In tema di decentramento contrattuale, tra tutti, A. PIZZOFERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2015, vol. 147, n. 3, p. 411-453.

63 Sulle alterne vicende storiche che hanno influenzato gli assetti e livelli negoziali, G. SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 254/2015, p. 2 e ss.

dell'effettività, tale prevalenza non può che dipendere dalla forza contrattuale misurata in termini di rappresentatività sindacale: il contratto collettivo nazionale prevale fino a quando altri soggetti sindacali – estranei alle grandi confederazioni – non raccolgono abbastanza consenso tra i lavoratori ai livelli decentrati, tale da richiedere alla controparte l'apertura delle trattative.

Dal canto suo, l'ordinamento statuale ha conosciuto molteplici tesi giurisprudenziali che hanno tentato di risolvere il conflitto tra contratti collettivi di diverso livello. La tesi giurisprudenziale più risalente ha applicato l'art. 2077 c.c. stabilendo l'inderogabilità *in peius* dei contratti collettivi nazionali da parte dei contratti decentrati, nonostante la norma codicistica attenga al rapporto tra il contratto collettivo e il contratto individuale⁶⁴.

Altre pronunce hanno invece sottolineato la necessità di adottare un'interpretazione che tenga conto dell'intero sistema contrattuale, da cui dedurre i limiti alle discipline derogatorie decentrate⁶⁵. Un ulteriore orientamento ha riconosciuto la supremazia del livello nazionale sulla base della posizione gerarchicamente inferiore ricoperta dalle associazioni di livello decentrato, malgrado gli statuti associativi non forniscano chiare indicazioni in tal senso⁶⁶. Non sono mancate pronunce che sono giunte a conclusioni di segno contrario, ammettendo la derogabilità *in peius* da parte dei contratti decentrati perché espressione dell'effettiva volontà delle parti di far fronte a specifici interessi locali⁶⁷.

Sarà a partire dagli anni '80 che la giurisprudenza maggioritaria ha iniziato ad utilizzare il criterio della successione temporale, secondo cui a prevalere è il contratto collettivo successivo nel tempo, a prescindere dal trattamento migliorativo o peggiorativo rispetto a quello preesistente. È stata disconosciuta, in tal modo, una gerarchia tra contratti collettivi di diverso livello, in linea con l'orientamento dottrinale maggioritario⁶⁸: ne deriva pertanto che il contratto decentrato può derogare *in peius* a quello nazionale, non trovando applicazione l'art. 2077 c.c.⁶⁹.

In linea con questo orientamento, più recentemente la giurisprudenza ha legittimato le deroghe peggiorative nella successione dei contratti collettivi, sia pur di diverso livello, a meno che la nuova disciplina contrattuale sia in contrasto con norme inderogabili di legge oppure intacchi i diritti quesiti⁷⁰.

64 Cass. 31 marzo 1967, n. 721.

65 Cass. 18 maggio 2010, n. 12098; Cass. 12 luglio 1986, n. 4517; Cass. 5 marzo 1986, n. 1445.

66 Cass. 17 settembre 2003, n. 17377. Cass. 12 febbraio 2000, n. 1576.

67 Cass. 18 maggio 2010, n. 12098; Cass. 19 aprile 2006, n. 9052.

68 Tra tutti, P. TOSI, *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1988, n. 3, p. 449 ss.; V. LECCESE, *Gli assetti contrattuali delineati dal Protocollo del luglio 1993 e i rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997, n. 4, p. 265 ss.

69 Cass. 31 gennaio 2012, n. 1415; Cass. 20 settembre 2007, n. 19467; Cass. 19 giugno 2001, n. 8296; Cass. 2 aprile 2001 n. 4839; Cass. 4 marzo 1998, n. 2363, Cass. 3 febbraio 1996, n. 931; Cass. 4 ottobre 1985, n. 4819; Cass. 8 maggio 1984 n. 2808; Cass. 16 aprile 1980 n. 2489.

70 Cass. 26 gennaio 2009, n. 1832; Cass. 19 settembre 2007, n. 19351.

Ad ogni modo, in ipotesi di violazione derivata da qualsivoglia criterio adottato, la norma difforme non sarebbe invalidata ma scatterebbe la responsabilità contrattuale e il rimedio risarcitorio, dal momento che il vincolo attiene al rapporto privatistico tra soggetti collettivi⁷¹.

In questo quadro ricostruttivo, torna sulla scena l'art. 8 l. n. 148/2011, cartina di tornasole della esigenza di instaurare un rapporto più dinamico tra le fonti del diritto del lavoro. E non solo tra legge e contratto collettivo, ma anche tra contratti collettivi di diverso livello.

In effetti, il potere derogatorio dei contratti di prossimità si pone «a mezza strada»⁷² tra l'accentramento ricercato dal sistema intersindacale, sia pur promuovendo una liberalizzazione controllata della contrattazione decentrata, e l'approdo giurisprudenziale che disconosce il rapporto gerarchico tra i livelli di contrattazione. La norma, infatti, rappresenta il tentativo di dettare criteri eteronomi all'intervento derogatorio della contrattazione decentrata, rimediando alla debolezza giuridica e fattuale dell'autoregolazione collettiva.

Rimane il rischio che il potere derogatorio ora accordato dalla fonte legale possa trasformare gli accordi decentrati in uno strumento di concorrenza (al ribasso) tra imprese sul costo del lavoro, dismettendo la tipica funzione anticoncorrenziale del contratto collettivo⁷³.

In modo altrettanto incisivo è poi intervenuto l'art. 51 d. lgs. n. 81/2015, che ha stabilito quali contratti collettivi sono i destinatari delle norme di rinvio – molte di carattere derogatorio – contenute nell'atto legislativo. In particolare, la norma apre alla derogabilità delle disposizioni legali, anche *in peius*, da parte dei «contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» e dei contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro RSA o dalle RSU. Per quel che qui rileva, è quindi sancita l'equiparazione tra i diversi livelli di contrattazione collettiva ai fini derogatori⁷⁴. A dispetto delle disposizioni del TU Rappresentanza, allora, il livello decentrato diventa più chiaramente autonomo e alternativo rispetto al livello nazionale⁷⁵.

L'ultimo riferimento è al peculiare rapporto tra contratti collettivi di diverso livello nel lavoro pubblico, nell'ambito del quale la legge stabilisce che il contratto collettivo nazionale è gerarchicamente superiore ai contratti decentrati⁷⁶. Ad

71 Cass. 18 giugno 2003, n. 9784.

72 R. DE LUCA TAMAYO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro*, cit., p. 731.

73 S. SCARPONI, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, n. 1, p. 119. Sulla funzione anticoncorrenziale dei contratti collettivi, L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova, 1997, p. 143.

74 P. PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2016, n. 2, p. 275 e ss.

75 F. DI NOIA, *op. cit.*, p. 572-573.

76 In tema, M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, Cedam, Padova, 2005, p. 131 e ss.; L. FIORILLO, *Le fonti del lavoro pubblico nell'elaborazione*

esso è infatti affidato il compito di disciplinare la struttura contrattuale e dunque i rapporti tra i diversi livelli negoziali. Il d.lgs. n. 165/2001 dispone inoltre che le pubbliche amministrazioni non possono sottoscrivere contratti decentrati che contrastino con i vincoli posti dai contratti collettivi nazionali, anche con riguardo alle materie da questi non delegate. In tale ipotesi, le clausole difformi dei contratti integrativi sono colpite da nullità e sostituite di diritto *ex artt.* 1339 e 1419, co. 2, c.c. (art. 40 comma 3-*quinqüies*). Inoltre, allo scopo di salvaguardare la funzionalità dell'azione amministrativa, la pubblica amministrazione è dotata di un singolare potere unilaterale di intervento nel caso in cui le trattative negoziali siano in stallo. Essa infatti può provvedere, in via provvisoria, a disciplinare le materie oggetto del mancato accordo integrativo fino alla sua successiva sottoscrizione (art. 40, comma 3-*ter*).

di dottrina e giurisprudenza, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, n. 3-4, p. 569 e ss.

Il contratto collettivo di diritto comune e le regole del sistema contrattuale nel Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014

Lucio Imberti

SOMMARIO: 1. Le conseguenze della mancata attuazione dell'art. 39, seconda parte della Costituzione: il contratto collettivo di diritto comune, il principio del mutuo riconoscimento e il pluralismo contrattuale. – 2. La rottura dell'unità sindacale e gli “accordi separati”. – 3. Il tentativo di mettere ordine nel sistema contrattuale: l'accordo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 28 giugno 2011 e il Protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 31 maggio 2013. – 4. Il Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014: la rivendicazione dell'autonomia collettiva. – 5. Le regole della contrattazione collettiva nazionale e i relativi soggetti negoziali. – 6. Le regole della contrattazione collettiva aziendale e i relativi soggetti negoziali. – 7. L'emergere di nuovi soggetti sindacali e datoriali e il problema del *dumping* contrattuale.

1. Le conseguenze della mancata attuazione dell'art. 39, seconda parte della Costituzione: il contratto collettivo di diritto comune, il principio del mutuo riconoscimento e il pluralismo contrattuale

Si è già rilevato nei capitoli precedenti come le previsioni dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 39 della Costituzione non siano mai state attuate dal legislatore ordinario per una serie di ragioni storiche e politiche¹.

Dalla mancata attuazione di tali disposizioni costituzionali – e, in particolare, del comma 4 che avrebbe consentito di conferire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi – sono derivate una serie di conseguenze giuridiche in termini di limitazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi².

Tuttavia, tali potenziali elementi di incertezza in relazione all'efficacia della contrattazione collettiva si sono rivelati per lungo tempo essenzialmente teorici, almeno sinché le relazioni sindacali “di fatto” si sono rette su una sostanziale unità

1 Si veda *supra* il contributo di G. LUDOVICO, *Dal sistema corporativo alla libertà sindacale dell'art. 39 della Costituzione*.

2 Si veda *supra* il contributo di F. SCARPELLI, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*.

di azione tra le principali organizzazioni sindacali confederali (Cgil, Cisl e Uil), portate a firmare in modo condiviso – fatta eccezione per alcune sporadiche eccezioni – i principali accordi interconfederali e contratti collettivi nazionali di lavoro.

Nondimeno, l'astensione del Parlamento dall'approvazione di una normativa che conferisse efficacia generale ai contratti collettivi come previsto dall'art. 39, comma 4 della Costituzione ha determinato la conseguenza che l'attività contrattuale posta in essere dai diversi soggetti sindacali debba essere inquadrata nell'ambito della disciplina sui contratti in generale del libro IV del Codice civile (artt. 1321 ss.) e nella relativa autonomia delle parti contraenti, sia pure nei limiti imposti dalla legge (art. 1322 c.c.).

Tale autonomia contrattuale collettiva si esprime, quindi, sotto diversi profili. In primo luogo, ciò comporta, per le organizzazioni sindacali dei lavoratori e per quelle datoriali, il mutuo riconoscimento della controparte contrattuale con la quale sedersi al tavolo delle trattative ed eventualmente raggiungere un accordo³ (analoga considerazione riguarda il livello aziendale, anche se in tal caso la parte datoriale non è un soggetto collettivo, ma appunto un singolo datore di lavoro).

Ne deriva, ovviamente, che il contratto collettivo di diritto comune, essendo espressione di un atto di autonomia tra privati, ha efficacia tra le parti stipulanti e i suoi effetti non si estendono ai terzi (art. 1372 c.c.).

Il principio del mutuo riconoscimento, connaturato alla contrattazione collettiva di diritto comune, può peraltro essere modulato o regolato dalle stesse parti sociali, nell'ambito di accordi che comunque ancora una volta – è bene ribadirlo in modo chiaro ed esplicito – vincolano solo i soggetti stipulanti, in ossequio alla disciplina civilistica appena citata.

Come vedremo meglio nei §§ 3 e 4, ciò è avvenuto a livello interconfederale con l'accordo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 28 giugno 2011 ed il Protocollo tra le medesime parti del 31 maggio 2013⁴ (le cui previsioni sono poi confluite, con alcune integrazioni, nel Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014).

Corollario, giuridicamente ineccepibile di tali osservazioni in merito all'autonomia collettiva, è la legittimazione in capo a ciascun sindacato di poter stipulare contratti collettivi, con la ovvia e possibile conseguenza che al pluralismo sindacale faccia seguito il pluralismo contrattuale⁵.

3 Sulla centralità del principio del mutuo riconoscimento nella costituzione materiale delle relazioni industriali, U. ROMAGNOLI, *Sindacato e Costituzione: un incontro ravvicinato, ma non troppo*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 177.

4 Secondo V. PINTO, *Gli accordi interconfederali del 2013 e i persistenti problemi teorici (e pratici) della definizione autonoma della "categoria contrattuale"*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, Padova, 2014, p. 367, è opportuno osservare come gli assetti negoziali in discorso non limitino affatto la libertà e l'attività negoziale dei sindacati non aderenti alle Confederazioni stipulanti e in concreto ciò comporta che gli accordi interconfederali non inibiscano ad alcuna organizzazione sindacale che abbia forza sufficiente di concordare con la controparte un diverso c.c.n.l., in quanto riferibile ad una diversa "categoria contrattuale".

5 R. DE LUCA TAMAJO, *Le criticità della rappresentatività «misurata»: quale perimetro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 377, secondo cui, appunto, corollario del pluralismo sindacale è stato un

Tale possibilità, per quanto certamente legittima in punto di diritto, è stata per lungo tempo poco realizzata nella prassi delle relazioni collettive, almeno sino a quando le “tradizionali” organizzazioni sindacali e, soprattutto, datoriali hanno avuto la capacità di aggregare il consenso e influenzare le scelte contrattuali non solo degli iscritti, ma anche dei non iscritti alle rispettive organizzazioni, determinando così un’ampia e pressoché generale applicazione del contratto collettivo nazionale di riferimento in ciascuna categoria.

In tal modo e per un significativo periodo, il contratto collettivo ha svolto – nei fatti e pur in assenza di una disciplina di legge – la sua funzione tipica di fissazione delle condizioni economico-normative minime per i lavoratori e di regolazione tendenzialmente uniforme del costo del lavoro per le diverse imprese operanti nello stesso settore.

2. La rottura dell’unità sindacale e gli “accordi separati”

La rottura della appena citata, pluriennale e consolidata, “unità di azione” delle grandi confederazioni del sistema sindacale italiano si manifesta in tre principali occasioni nel 2009 e diviene ancor più evidente con il caso dell’accordo aziendale Fiat per il sito di Pomigliano d’Arco nel 2010.

Emerge, infatti, la divaricazione di posizioni tra Cgil, Cisl e Uil (o loro categorie), che porta le differenti organizzazioni ad individuare discrezionalmente interessi collettivi frutto di diverse opzioni di politica sindacale, peraltro tutte pienamente legittime ai sensi del principio di libertà sindacale di cui all’art. 39, comma 1 della Costituzione.

Tali opzioni trovano poi un esito pratico nella scelta che ciascuna di queste organizzazioni opera – a valle di lunghe e defatiganti trattative per lo più svolte sulla base di “piattaforme” non unitarie *ab origine* – di sottoscrivere (o non sottoscrivere) l’accordo interconfederale o il contratto collettivo su cui si è registrata la disponibilità alla firma della controparte datoriale. Si parla, quindi, in tali occasioni di “accordi collettivi separati”⁶, espressione entrata nell’uso comune proprio con il fine di descrivere i contratti collettivi scaturiti da fenomeni di rottura della storica unità sindacale⁷.

Sul punto, è opportuno precisare che, dal punto di vista giuridico, anche gli accordi “separati” sono pienamente legittimi e trovano presupposto e fondamento non solo e non tanto nelle disposizioni del codice civile in materia di contratti e obbligazioni che pure garantiscono, su un piano formale, la validità

esasperato pluralismo contrattuale-collettivo, sviluppatosi, nel contesto privatistico apprestato da dottrina e giurisprudenza, con fenomeni di frammentazione nell’ambito di una medesima categoria merceologica.

6 Sul punto, per tutti, v. A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 29 ss.

7 A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT – 124/2011, p. 6.

e l'efficacia dell'incontro di volontà tra i soggetti che si riconoscono reciprocamente quali parti negoziali, quanto piuttosto nel già citato principio di libertà di azione e organizzazione sindacale sancito dal primo comma dell'articolo 39 della Costituzione⁸, che affida alle organizzazioni sindacali la scelta di contrarre o non contrarre.

Nello specifico, il 22 gennaio 2009 viene siglato, tra Governo e alcune parti sociali, l'«Accordo quadro Riforma assetti contrattuali», nel quale si stabiliscono, in estrema sintesi, i seguenti principali assetti della contrattazione collettiva:

- punto 1, duplice livello di contrattazione (contrattazione collettiva nazionale di categoria e contrattazione di secondo livello decentrato come definito da ulteriori specifiche intese);
- punto 2, contrattazione collettiva nazionale di durata triennale, con la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori ovunque impiegati nel territorio nazionale;
- punto 9, secondo livello di contrattazione, come definito dalle specifiche intese, parimenti a vigenza triennale;
- punto 16, possibilità di deroga a livello decentrato del contratto collettivo nazionale di lavoro (c.d. “chiamata fuori” dal c.c.n.l.: «per consentire il raggiungimento di specifiche intese per governare, direttamente nel territorio o in azienda, situazioni di crisi o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale, le specifiche intese potranno definire apposite procedure, modalità e condizioni per modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale o temporanea, singoli istituti economici o normativi dei contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria»).

Il punto 16 dell'Accordo quadro suscita l'esplicito dissenso della Cgil, la principale confederazione sindacale italiana, che quindi non sottoscrive l'accordo, siglato invece da Governo, Confindustria, Cisl e Uil e da numerose altre sigle sindacali e datoriali minori.

Al riguardo, la dottrina da subito opportunamente rileva come «il problema rimane sempre quello dell'efficacia di un tale contratto rispetto ai lavoratori non iscritti alle oo.ss. stipulanti. Problema, questo, che qui appare alquanto aggravato dall'essere l'Accordo quadro un accordo “separato”, non partecipato né sottoscritto dalla Confederazione maggioritaria, la Cgil, che, fra l'altro, su questa partita della “chiamata fuori” non pare essersi mostrata particolarmente disponibile»⁹.

Anche il successivo «Accordo interconfederale 15 aprile 2009 per l'attuazione dell'accordo-quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009» viene sottoscritto da Confindustria, Cisl e Uil e non da Cgil. In tale accordo si precisano i profili applicativi dell'accordo-quadro del 22 gennaio 2009 e, in

8 Così M. TIRABOSCHI, *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 346-347.

9 L'osservazione è di F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT* – 86/2009, p. 16-17.

particolare, si regola la disciplina delle «Intese per il governo delle situazioni di crisi e per lo sviluppo economico ed occupazionale del territorio»¹⁰.

I riflessi di tale “spaccatura” sindacale a livello interconfederale non tardano a riverberarsi nelle singole categorie e ciò avviene, in particolare, nel settore metalmeccanico, ove il 15 ottobre 2009 viene sottoscritto un nuovo c.c.n.l. da Federmeccanica, associazione degli imprenditori metalmeccanici aderenti a Confindustria, e da Fim e Uilm, rispettivamente le categorie dei metalmeccanici aderenti a Cisl e Uil. Non firma tale c.c.n.l. la Fiom, categoria dei metalmeccanici aderente a Cgil, che rivendica l'applicazione del c.c.n.l. “unitario” (così definito in quanto sottoscritto anche dalla Fiom) stipulato nel 2008 e ancora vigente. Si genera così un rilevante contenzioso tra la Fiom e singole imprese del settore metalmeccanico che arriva dinanzi ai Tribunali del lavoro¹¹.

Nel medesimo settore metalmeccanico, si registra poi il c.d. “caso Fiat” di Pomigliano d'Arco: il 15 giugno 2010 viene, infatti, stipulato un accordo aziendale separato (firmato solo dalla Società datrice di lavoro, da Fim-Cisl, Uilm-Uil e altre organizzazioni sindacali minori del settore metalmeccanico, ma anche in questo caso non da Fiom-Cgil), che apporta deroghe al c.c.n.l., suscitando un vivace dibattito sia in termini sindacali che giuridici. Tale modello contrattuale viene poi riproposto in altri siti aziendali di società del gruppo Fiat, determinando la manifesta contrarietà della Fiom. Lo scontro tra Fiom e società del gruppo Fiat non trova una soluzione sindacale e approda a sua volta nelle aule giudiziarie in un numero rilevante di occasioni, che portano a pronunce non di rado divergenti tra loro. Anche in relazione a tali aspetti di incertezza giuridica, l'Amministratore delegato del gruppo Fiat, Sergio Marchionne, alla fine del 2010 manifesta l'intenzione di uscire da Confindustria per realizzare un sistema

10 Clausola 5: «Al fine di governare direttamente nel territorio situazioni di crisi aziendali o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'area, i contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria possono consentire che in sede territoriale, fra le Associazioni industriali territoriali e le strutture territoriali delle organizzazioni sindacali stipulanti il contratto medesimo, siano raggiunte intese per modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi disciplinati dal contratto collettivo nazionale di categoria. La capacità di modificare è esercitabile sulla base di parametri oggettivi individuati nel contratto nazionale quali ad esempio l'andamento del mercato del lavoro, i livelli di competenze e professionalità disponibili, il tasso di produttività, il tasso di avvio e di cessazione delle iniziative produttive, la necessità di determinare condizioni di attrattività per nuovi investimenti. In ogni caso le intese così raggiunte per essere efficaci devono essere preventivamente approvate dalle parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro della categoria interessata. Sono fatte salve diverse soluzioni già definite in materia dai contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria».

11 Cfr. i decreti Trib. Torino, 18 aprile 2011; Trib. Modena, 22 aprile 2011; Trib. Torino, 26 aprile 2011; Trib. Torino, 2 maggio 2011, pubblicati in *Arg. dir. lav.*, 2011, 607 ss.; v. anche i contributi dottrinali, i testi contrattuali, le pronunce giurisprudenziali e la rassegna stampa contenuti nel Bollettino speciale Adapt n. 32 del 2011, *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*, a cura di P. TOMASSETTI e R. SCOLASTICI, in https://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2013/09/boll_spec_2011_32.pdf.

contrattuale puramente aziendale che non comporti più l'applicazione del contratto collettivo nazionale del settore metalmeccanico (scelta che poi verrà formalizzata e compiutamente realizzata nel 2011)¹².

Parallelamente a questo fenomeno di rottura dell'unità sindacale comincia, peraltro, a registrarsi la stipulazione di una pluralità di contratti collettivi nazionali di categoria nell'ambito di alcuni rilevanti settori nei quali al c.d. "*contratto leader*", sottoscritto dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative, si affiancano altri contratti al ribasso (economico e normativo) firmati da organizzazioni sindacali e datoriali di minore rappresentatività.

Come si rileverà meglio infra nel §7, l'effetto pratico di tale fenomeno è la possibilità per talune imprese di effettuare una sorta di *shopping* contrattuale, tale da determinare un *dumping* sociale ai danni dei lavoratori e una concorrenza sleale ai danni delle imprese che applicano il contratto leader. Ciò detto, si deve rilevare che tali accordi, seppur si possa in alcuni casi dubitare che esprimano un effettivo e genuino interesse collettivo, sono legittimamente sottoscritti dalle parti stipulanti.

A fronte di tale farraginoso quadro delle relazioni sindacali e del sistema contrattuale "di fatto", a partire dal giugno 2011 Confindustria, Cgil, Cisl e Uil valutano congiuntamente l'opportunità di superare le divergenze e definire di comune accordo nuove e condivise regole¹³ per cercare di limitare le conflittualità, dare maggiori certezze dal punto di vista giuridico agli attori del mercato del lavoro, evitare la fuga dai contratti collettivi nazionali di lavoro leader (ovvero, sulla scia del "caso Fiat", la stipulazione di contratti collettivi meramente aziendali) e definire spazi di flessibilità definita e misurata per la contrattazione collettiva di secondo livello.

3. Il tentativo di mettere ordine nel sistema contrattuale: l'accordo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 28 giugno 2011 e il Protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 31 maggio 2013

Il primo passo verso una rinnovata unità sindacale si compie con l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011¹⁴, nelle cui premesse si afferma

12 Su tale vicenda, v. analiticamente, F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 124/2011.

13 Cfr. S. LIEBMAN, *Sistema sindacale "di fatto", efficacia del contratto collettivo (aziendale), principio di effettività*, in Arg. dir. lav., 2011, I, p. 1281, secondo cui si passa «da un conflitto apparentemente insanabile alla ricomposizione possibile: l'estate "di passione" del ... sistema di relazioni industriali».

14 Osserva M. RICCI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in Arg. dir. lav., 2012, I, p. 43: «il primo dato che colpisce l'osservatore è che con una "trattativa lampo" e in maniera quasi inaspettata rispetto al recente passato, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto un accordo interconfederale sulle

esplicitamente che «è essenziale un sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e quindi in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai livelli, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sull'affidabilità ed il rispetto delle regole stabilite», prefigurando così l'intenzione di realizzare finalmente un assetto maturo, responsabile e governato¹⁵.

Tale accordo fra le tre principali organizzazioni sindacali dei lavoratori (Cgil, Cisl e Uil) e la più importante associazione di rappresentanza delle imprese manifatturiere (Confindustria), pur ribadendo il ruolo fondamentale del contratto collettivo nazionale di lavoro, individua il comune obiettivo di favorire lo sviluppo e la diffusione della contrattazione collettiva di secondo livello e la necessità di promuoverne l'effettività e di garantire una maggiore certezza alle scelte operate d'intesa fra aziende e rappresentanze sindacali dei lavoratori, anche attraverso il riconoscimento dell'efficacia di tali contratti aziendali per tutto il personale in forza e per tutte le associazioni sindacali appartenenti a Cgil, Cisl e Uil se approvati a maggioranza delle rappresentanze sindacali (clausole 4 e 5, v. *infra* più specificamente il §6).

Nel medesimo accordo alla clausola 7 si stabilisce, inoltre, che i contratti collettivi aziendali possano attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi. I contratti collettivi aziendali possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative – più semplicemente accordi di deroga *in peius* attraverso le c.d. “clausole di uscita” – delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro.

Si ammette, quindi, la derogabilità del contratto nazionale da parte del contratto aziendale, sia pure nell'ambito di un sistema regolato dal contratto nazionale¹⁶, e si definiscono le condizioni di efficacia degli accordi in deroga nei confronti delle organizzazioni sindacali stipulanti e dei lavoratori¹⁷.

regole della rappresentatività sindacale e sulla contrattazione collettiva (...) A prescindere dall'effettiva portata dell'AI, l'aspetto di maggior rilievo è rappresentato dalla ritrovata unità sindacale».

15 Così F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 125/2011, p. 10, che rileva come Confindustria e Cgil avevano tutto l'interesse a disinnescare una spirale che stava per destabilizzarne la loro compattezza interna, esposta l'una alla secessione della Fiat – l'equivalente di un settore strategico come l'auto – e l'altra alla radicalizzazione della Fiom.

16 Cfr. il contributo di M. GIOVANNONE, *L'efficacia oggettiva del contratto collettivo: l'inderogabilità in peius e la derogabilità in melius*, § 4.

17 Secondo F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 127/2011, p. 3, «l'affermazione della “efficacia generale” del contratto aziendale, stipulato ai sensi dei punti 4, 5 e 7, si muove (...) nella logica autonoma delle relazioni intersindacali, e ciò anche per l'ovvia considerazione che un accordo sindacale, per quanto importante, non può disporre degli effetti giuridici secondo l'ordinamento statale».

Con il successivo Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013¹⁸, «le parti intendono dare applicazione all'accordo del 28 giugno 2011 in materia di rappresentanza e rappresentatività per la stipula dei Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro, fissando i principi ai quali ispirare la regolamentazione attuativa». In sostanza questo nuovo accordo si pone l'obiettivo di disciplinare gli assetti della contrattazione collettiva nazionale, i soggetti legittimati a partecipare al tavolo delle trattative, come pure le condizioni di efficacia degli accordi raggiunti, non necessariamente in modo "unitario" (v. *infra* più specificamente il §5).

Con questi due accordi interconfederali, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil intendono, quindi, ridefinire le regole della contrattazione collettiva nazionale e aziendale, offrendo agli attori del mercato del lavoro e in particolare alle imprese un sistema contrattuale che sia in grado di garantire un elevato livello di certezza e stabilità giuridica e, al contempo, un basso tasso di conflittualità.

Le parti stipulanti i due accordi avvertono, peraltro, la necessità di chiarire in modo organico il quadro delle relazioni sindacali e contrattuali e, pertanto, nell'arco di pochi mesi approntano e sottoscrivono il c.d. "Testo Unico sulla Rappresentanza"¹⁹, in cui confluiscono le previsioni di tre accordi precedenti, vale a dire l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 e l'Accordo interconfederale 20 dicembre 1993 sulla costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie.

4. Il Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014: la rivendicazione dell'autonomia collettiva

Il 10 gennaio 2014, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil sottoscrivono il "Testo Unico sulla Rappresentanza", con il quale intendono rivendicare la centralità dell'autonomia collettiva nel definire le regole della contrattazione nazionale ed aziendale e i relativi effetti, nonché disciplinare le forme di rappresentanza in azienda e gli strumenti di decisione e composizione degli eventuali conflitti tra le parti²⁰.

Il Testo Unico è stato efficacemente descritto come il primo storico e organico tentativo delle grandi Confederazioni di darsi un apparato di regole ordinamentali mirato a trasformare le relazioni intersindacali da conflittuali, e

18 Su cui v. F. CARINCI, *Adelante Pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'articolo 19, lettera b, St.)*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 598 ss.

19 Cfr. M. CARRIERI, *La lunga fuoriuscita dall'incerta rappresentanza: un approdo finalmente solido?*, in *Giorn. dir. lav.*, 2014, p. 549 ss.

20 Secondo G. ZAMPINI, *Il Testo Unico del 10 gennaio 2014. Misura e certificazione della rappresentanza sindacale Tra Costituzione e autonomia collettiva*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, p. 629, il Testo Unico ambisce a porsi come la disciplina, complessiva e definitiva, della rappresentanza sindacale nel settore privato.

distruttive, in razionalmente competitive se non cooperative²¹: il salto di qualità consiste, in particolare, nel passaggio da un'accezione "debole" di regolazione ad una concezione in virtù della quale le regole assumono un profilo normativo più forte, come tale capace di produrre una selezione tra vincitori e sconfitti a prescindere dagli aspetti di merito del confronto sindacale²².

Nel Testo Unico, le organizzazioni stipulanti, lungi dal limitarsi a recepire e cristallizzare quanto previsto dai tre accordi citati al termine del precedente paragrafo, hanno introdotto – oltre a una complessiva razionalizzazione della precedente disciplina in tema di contrattazione e rappresentanza – significativi elementi di novità sostanziale²³, realizzando un "patto costituente" tra i principali protagonisti del sistema sindacale attraverso una disciplina analitica ed auto-conclusa, che opportunamente contempla organi amministrativi e paragiurisdizionali, nonché tecniche sanzionatorie²⁴, e suddividendo la regolazione pattuita in cinque parti:

- «Parte Prima: misura e certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria» (v. *infra* il §5);
- «Parte Seconda: regolamentazione delle rappresentanze in azienda»²⁵;
- «Parte Terza: titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria e aziendale» (sulla contrattazione nazionale, v. *infra* il §5; su quella aziendale, v. *infra* il §6);
- «Parte Quarta: disposizioni relative alle clausole e alle procedure di raffreddamento e alle clausole sulle conseguenze dell'inadempimento». In questa parte, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil intendono garantire la "tenuta" effettiva degli accordi ed esercitare un ruolo di regia e controllo sulle singole federazioni di categoria: pertanto, convengono sulla necessità di definire disposizioni volte a prevenire e a sanzionare eventuali azioni di contrasto di ogni natura, finalizzate a compromettere il regolare svolgimento dei processi negoziali come disciplinati dagli accordi interconfederali vigenti nonché l'esigibilità e l'efficacia dei contratti collettivi stipulati nel rispetto dei principi e delle procedure contenute nelle intese citate. A tale riguardo, si prevede che i contratti collettivi nazionali di categoria debbano definire clausole e/o

21 S.B. CARUSO, *Testo Unico sulla Rappresentanza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 227/2014, p. 2, che aggiunge: «Laddove non ha potuto la razionalità cooperativa, ha potuto "la paura del baratro"; vale a dire la prospettiva, resa concreta dalla stagione degli accordi separati, di una implosione del sistema sindacale e di uno sbriciolamento del sistema contrattuale italiano, in larga misura basato sul principio del mutuo riconoscimento».

22 Così R. DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico sulla Rappresentanza*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 674.

23 Ancora S.B. CARUSO, *op.cit.*, p. 3.

24 G. FERRARO, *Sul rinnovato "sistema" di relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, p. 550.

25 V. il contributo di L. TEBANO, *L'organizzazione sindacale nei luoghi di lavoro: le rappresentanze sindacali aziendali (RSA) e le rappresentanze sindacali unitarie (RSU)*, nonché L. Zoppoli, *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 204/2014.

procedure di raffreddamento finalizzate a garantire, per tutte le parti, l'esigibilità degli impegni assunti con il contratto collettivo nazionale di categoria e a prevenire il conflitto²⁶;

- «Parte Quinta: Clausole transitorie e finali», parte nella quale le parti firmatarie si impegnano a far rispettare le regole concordate e si impegnano, altresì, affinché le rispettive organizzazioni di categoria ad esse aderenti e le rispettive articolazioni a livello territoriale e aziendale si attengano a quanto pattuito nello stesso Testo Unico. In via transitoria, ed in attesa che i rinnovi dei contratti nazionali definiscano la materia disciplinata dalla Parte Quarta, le parti contraenti concordano che eventuali comportamenti non conformi agli accordi siano oggetto di una procedura arbitrale da svolgersi a livello confederale²⁷.

Prima di affrontare in modo più specifico il contenuto del Testo Unico con riferimento alla contrattazione nazionale e a quella aziendale, va nuovamente ricordato che tali regole si riferiscono pur sempre ad una contrattazione collettiva privatistica, la cui efficacia è quindi circoscritta all'ambito delle imprese associate alle organizzazioni datoriali firmatarie e alle organizzazioni sindacali dei lavoratori aderenti alle confederazioni firmatarie del Testo Unico o che abbiano aderito ad esso²⁸.

5. Le regole della contrattazione collettiva nazionale e i relativi soggetti negoziali

La Parte Prima e la Parte Terza del Testo Unico definiscono la misurazione della rappresentanza dei diversi soggetti sindacali e i presupposti per la legittimazione a negoziare a livello nazionale, così stabilendo le regole a cui si debbono attenere le singole federazioni di categoria e gli interlocutori con cui possono contrattare.

26 M. BARBIERI, *Il Testo Unico alla prova delle norme giuridiche*, in *Giorn. dir. lav.*, 2014, p. 577-578, afferma, in modo critico, che il vero elemento di novità degli accordi interconfederali sfociati nel Testo Unico risiede nel fatto che per la prima volta appare baricentro dell'intera pattuizione il fatto che si nasconde sotto l'etichetta pretestuosa, ma fortunata, della c.d. esigibilità del contratto collettivo e che si pretende di ottenere la disposizione del diritto al conflitto anche dei soggetti sindacali che non abbiano partecipato allo scambio sotteso alla stipulazione contrattuale.

27 F. CARINCI, *Il diritto del lavoro che verrà*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, p. 668-669, osserva, però, che «anche a voler ravvisare in un Testo unico qualcosa di molto vicino a quell'ordinamento intersindacale teorizzato da Gino Giugni, rimane pur sempre assai forte l'intreccio con l'ordinamento statale. Certo la conclamata applicazione generalizzata della contrattazione collettiva nazionale ed aziendale è affidata non ad una efficacia di diritto comune inidonea a fondarla, ma a quella effettività di fatto legittimata dalla procedura maggioritaria seguita e assicurata dalla stessa compattezza delle tre grandi confederazioni. E certo, altresì, l'esigibilità è garantita da una giurisdizione intersindacale con a sua disposizione una strumentazione sanzionatoria».

28 R. DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, p. 681.

Al riguardo, nella Parte Prima – cercando un equilibrato dosaggio tra la dimensione del sindacato-associazione e quella del sindacato-movimento²⁹ – si stabilisce che, per la misura e la certificazione della rappresentanza³⁰ (*rectius*: della rappresentatività)³¹ delle organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni firmatarie Cgil, Cisl e Uil ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria, si assumono i dati associativi (deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori) e i dati elettorali ottenuti (voti espressi) in occasione delle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie.

In base a tale misurazione, nella Parte Terza si prevede che siano ammesse alla contrattazione collettiva nazionale le Federazioni di categoria di Cgil, Cisl e Uil che abbiano, nell'ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, una rappresentatività non inferiore al 5%, considerando a tale fine la media fra il dato associativo (percentuale delle iscrizioni certificate) e il dato elettorale (percentuale voti ottenuti su voti espressi nell'elezione delle r.s.u.): ciò nella logica di instaurare un unico tavolo di trattativa con le organizzazioni sindacali che hanno superato la soglia di rappresentanza, organizzazioni sindacali che hanno titolo e diritto di partecipare alla trattativa negoziale³². Come già rilevato *supra* nel § 1, con tale previsione le Confederazioni autolimitano, quindi, il principio del mutuo riconoscimento in capo alle Federazioni di categoria nell'ambito della contrattazione collettiva di diritto comune, individuando per via pattizia i soggetti ammessi al tavolo delle trattative.

Sulla base di quanto previsto nel medesimo Testo Unico, le organizzazioni sindacali favoriranno, in ogni categoria, la presentazione di piattaforme unitarie, ma in assenza di tale piattaforma unitaria, la parte datoriale favorirà, in ogni categoria, che la negoziazione si avvii sulla base della piattaforma presentata da organizzazioni sindacali che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività nel settore pari almeno al 50% +1.

Si prevede, inoltre, che i contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti formalmente dalle organizzazioni sindacali che rappresentino almeno il 50% +1 della rappresentanza, previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori, a maggioranza semplice – le cui modalità sono stabilite dalle categorie per ogni singolo contratto – siano efficaci ed esigibili per l'insieme dei lavoratori

29 P. LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione collettiva dopo il Testo Unico sulla Rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, p. 242.

30 F. SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 692, ritiene che la scelta di utilizzare il termine “rappresentanza”, invece che quello “rappresentatività”, sia indicativa della volontà di collegare il processo di accertamento alla concretezza dei poteri che derivano alle associazioni di categoria, in relazione quantitativa con i lavoratori rappresentati.

31 Secondo R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 676, termine più corretto di quello di “rappresentanza” utilizzato nel documento per echeggiare non tanto l'omonimo istituto civilistico quanto l'accezione sindacale della parola.

32 P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, p. 246-247.

e delle lavoratrici³³, nonché pienamente esigibili per tutte le organizzazioni aderenti a Cgil, Cisl e Uil³⁴. Conseguentemente le parti firmatarie e le rispettive Federazioni si impegnano a dare piena applicazione e a non promuovere iniziative di contrasto agli accordi così definiti.

Elemento di assoluta novità e rilevanza è costituito proprio dal riconoscimento da parte di Cgil, Cisl e Uil dell'effetto vincolante del contratto sottoscritto sulla base del principio maggioritario³⁵: in sostanza, le organizzazioni firmatarie del Testo Unico convengono che, all'interno della cerchia dei propri iscritti, il c.c.n.l. dominante, sotto il profilo dell'efficacia soggettiva verso i lavoratori, sia quello concluso dalle associazioni sindacali di categoria che superino, da sole o coalizzate, la soglia del 50% + 1 di rappresentatività, derivandone l'obbligo della/e sigla/e minoritaria/e dissenziente/i (anche se, in ipotesi, dotata/e della maggiore rappresentatività relativa) a sottostarvi³⁶.

6. Le regole della contrattazione collettiva aziendale e i relativi soggetti negoziali

La Parte Terza del Testo Unico regola anche i rapporti tra il c.c.n.l. ed il contratto aziendale e afferma che la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate e con le modalità previste dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge, stabilendo quindi un rapporto controllato di delega, e a certe condizioni di deroga, nei rapporti tra livello nazionale e aziendale³⁷.

Recependo il contenuto della clausola 4 dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, il Testo Unico stabilisce che i contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative sono efficaci ed esigibili per tutto il personale

33 R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 681-682 rileva il limite di portata non nettissima, e per certi versi in contraddizione con la regola appena introdotta: quello (di inconfondibile matrice Cgil) per cui l'efficacia generale del c.c.n.l. sarebbe comunque subordinata ad una consultazione certificata dei lavoratori, realizzando in qualche misura una deriva referendaria della contrattazione, che ridimensiona la coraggiosa scelta poco prima operata.

34 A. MARESCA, *L'esigibilità del contratto collettivo nazionale: enigma od opportunità praticabile?*, in *Giorn. dir. lav.*, 2014, p. 569, afferma che il cambiamento della disciplina del contratto collettivo nazionale di categoria realizzato con il Testo Unico si caratterizza (anche) perché quest'ultimo determina l'esigibilità, cioè un effetto, nuovo e diverso, da quello prodotto dal contratto collettivo di diritto comune secondo il regime generale dei contratti.

35 P. ALBINI, *A proposito di rappresentanza datoriale*, in *Giorn. dir. lav.*, 2017, p. 275, ritiene appunto si tratti di una novità straordinaria che rovescia la prospettiva di oltre cento anni di relazioni industriali. È la prima volta, infatti, che i sindacati rinunciano a parte della propria libertà e della propria autonomia, per rimettersi alle decisioni della maggioranza. Cfr. V. BAVARO, *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, in *Lav. dir.*, n. 1/2014, p. 3 ss.; M. CARRIERI, *op. cit.*, p. 551-553; S. LAFORGIA, *L'accordo interconfederale del 10 gennaio 2014: la riforma del sistema di relazioni sindacali e il principio di maggioranza*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2014, III, p. 663 ss.

36 Ancora R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 680.

37 F. SCARPELLI, *op. ult. cit.*, p. 698-699.

in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali, espressione di Cgil, Cisl e Uil, operanti all'interno dell'azienda, se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie. In questo caso, venendo le r.s.u. elette a suffragio universale da tutti i lavoratori, iscritti e non iscritti, si è ritenuto che la definizione dell'interesse collettivo sia esclusiva e "indiscutibile" prerogativa della maggioranza delle r.s.u. medesime³⁸, senza alcuna necessità o possibilità di intervento diretto dei lavoratori tramite referendum o altra forma di consultazione³⁹.

Il Testo Unico – recependo in questo caso la clausola 5 dell'Accordo Interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 28 giugno 2011 – afferma poi che, in caso di presenza delle rappresentanze sindacali aziendali costituite *ex art.* 19 della legge n. 300/70, i contratti collettivi aziendali esplicano pari efficacia generale se approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione. Tuttavia, in questo caso i contratti collettivi aziendali approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali con le modalità sopra indicate devono essere sottoposti al voto dei lavoratori promosso dalle rappresentanze sindacali aziendali a seguito di una richiesta avanzata, entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione sindacale espressione di una delle Confederazioni sindacali firmatarie dell'accordo (Cgil, Cisl e Uil) o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa⁴⁰. Per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza semplice dei votanti.

Anche da tale previsione, frutto dell'autonomia collettiva, emerge come siano stati gli stessi soggetti sindacali a valutare opportuno ricorrere ad un istituto di democrazia diretta per (eventualmente) fare esprimere tutti i lavoratori a fronte

38 P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, p. 267-268, ritiene che la consultazione elettorale costituisca il presupposto di legittimazione dell'azione contrattuale delle r.s.u. (nei confronti di tutti i lavoratori, partecipanti o non partecipanti alle trattative); F. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 690, rileva il rafforzamento del carattere direttamente rappresentativo delle r.s.u. (con la rinuncia al c.d. terzo riservato dei seggi).

39 R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011 e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 38-39, osserva – con riferimento alle clausole contenute nell'accordo interconfederale 28 giugno 2011 e riproposte nel Testo Unico – che non sono state raccolte le sollecitazioni di una parte dell'area Cgil a favore di un più esteso ricorso a verifiche di democrazia diretta, atteso che il *referendum* è previsto soltanto come strumento di seconda istanza, qualora non vi sia stata, a monte, un'investitura rappresentativa promanante dal voto dei lavoratori.

40 Sul punto, F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 362: «Riesce evidente la diversità delle procedure negoziali previste con riguardo alle RSU e alle RSA. (...) Il che pare spiegabile in ragione del loro differente grado di credibilità agli occhi dei lavoratori, essendo le RSU elette da tutti e le RSA composte dai soli iscritti».

di un interesse collettivo palesato da rappresentanti sindacali – quali sono gli r.s.a. di cui all'art. 19, l. n. 300/1970 – espressione dei soli lavoratori iscritti.

Si ribadisce poi – recependo la clausola 7 dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 – che i contratti collettivi aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi. I contratti collettivi aziendali possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, accordi in deroga alle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro. Le intese modificative così definite esplicano l'efficacia generale come sopra disciplinata.

7. L'emergere di nuovi soggetti sindacali e datoriali e il problema del *dumping* contrattuale

Come già rilevato *supra* al §2 e come osservato in un ulteriore accordo interconfederale stipulato da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil nel febbraio-marzo 2018⁴¹ a cavallo delle elezioni politiche, la regolazione del sistema contrattuale di diritto comune deve da alcuni anni fare i conti con la abnorme «proliferazione di contratti collettivi, stipulati da soggetti senza nessuna rappresentanza certificata, finalizzati esclusivamente a dare “copertura formale” a situazioni di vero e proprio “dumping contrattuale” che alterano la concorrenza tra imprese e danneggiano lavoratrici e lavoratori»⁴².

In sostanza, sono definitivamente emerse le carenze ed inefficienze della contrattazione collettiva di diritto comune e le ricadute negative di un pluralismo sindacale privo di regole in grado di selezionare i soggetti sindacali e datoriali più forti e rappresentativi e fare in modo che il prodotto della loro contrattazione possa, efficacemente ed uniformemente, stabilire le condizioni di lavoro in un determinato settore, assicurando così una migliore tutela per i lavoratori e, al contempo, evitando che la competizione tra imprese possa essere falsata dall'applicazione di contratti collettivi “al ribasso” da parte di alcuni datori di lavoro, con relativo risparmio sui costi della manodopera⁴³.

Alla luce di tali evidenze empiriche, Confindustria e Cgil, Cisl e Uil hanno condiviso nell'accordo interconfederale del 2018 l'opportunità di «rafforzare le misure di sostegno ad un modello di relazioni sindacali autonomo che (...)

41 Cfr. F. DI NOIA, *Sul “ritrovato” dinamismo del sistema di relazioni industriali: rappresentatività e assetti contrattuali dopo l'accordo interconfederale 28 febbraio 2018*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 2160 ss.

42 Così il punto 4 («Democrazia e misura della rappresentanza») dell'accordo denominato «Contenuti e indirizzi delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva di Confindustria e Cgil, Cisl e Uil» (noto anche come “Patto per la Fabbrica”), 28 febbraio-9 marzo 2018.

43 Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 185 ss.

favorisca, anche attraverso la diffusione della contrattazione di secondo livello, i processi di trasformazione in atto e il collegamento virtuoso fra innovazioni, produttività del lavoro e retribuzioni».

In questo contesto, le medesime organizzazioni sindacali e datoriali hanno confermato la validità delle regole e procedure fissate nel Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014 e, con specifico riferimento ai principi per regolare assetti e contenuti della contrattazione collettiva, hanno ritenuto opportuno «adottare nelle relazioni industriali un modello di “*governance* adattabile” (...) È convinzione comune, infatti, che la competitività delle imprese e la valorizzazione del lavoro si possano meglio conseguire affidando ai diversi livelli di contrattazione collettiva compiti e funzioni distinte entro un quadro regolatorio flessibile». Si è, peraltro, precisato che il contratto collettivo nazionale di categoria dovrà continuare ad assolvere la sua principale funzione di fonte di regolazione dei rapporti di lavoro e di garante dei trattamenti economici e normativi comuni a tutti i lavoratori del settore, ovunque impiegati sul territorio nazionale, e conserverà la sua funzione di regolatore delle relazioni sindacali del settore.

Anche quest'ultimo accordo interconfederale del 2018 sembrerebbe, peraltro, perpetuare le consolidate istanze di autoregolazione del sistema contrattuale fatte proprie dalle principali organizzazioni sindacali, ma in verità un significativo elemento di novità emerge laddove – modificando almeno parzialmente la risalente posizione di preferenza per l'astensione del legislatore da qualsiasi intervento in materia di contrattazione collettiva in favore dell'autonomia delle parti sociali nella regolazione del fenomeno – «Confindustria e Cgil, Cisl e Uil ritengono che l'efficacia generalizzata dei contratti collettivi di lavoro costituisca un elemento qualificante del sistema di relazioni industriali e che le intese in materia di rappresentanza possano costituire, attraverso il loro recepimento, il presupposto per l'eventuale definizione di un quadro normativo in materia»⁴⁴.

Autorevoli voci dottrinali hanno apprezzato questa presa di posizione: v'è, infatti, stato chi, pur rilevando che nell'accordo del 2018 «è presente una certa opacità», ha definito «una svolta storica» la scelta delle parti di dichiararsi «a favore dell'unico strumento capace di stroncare» le pratiche di *dumping* contrattuale: «il conferimento al contratto collettivo di una efficacia *erga omnes*»⁴⁵. Sostanzialmente nello stesso senso, si è espresso chi ha ritenuto di evidenziare una indubitabile esigenza, nel nuovo scenario delle relazioni sindacali, di intervento regolativo eteronomo e chiarificatore⁴⁶.

44 Così ancora il punto 4 del “Patto per la Fabbrica”.

45 Tutte le citazioni da F. LISO, *Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*, Bollettino Adapt 23 aprile 2018, n. 16, in <http://www.bollettinoadapt.it>.

46 R. DE LUCA TAMAJO, *Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano: è tempo di regolamentazione legislativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, p. 284.

L'inedita apertura da parte di Confindustria e Cgil, Cisl e Uil all'intervento legislativo in materia di efficacia della contrattazione collettiva è estremamente rilevante dal punto di vista politico-sindacale e (potenzialmente) giuridico, ma ad alcuni anni di distanza da tale affermazione nessuna normativa in proposito è stata emanata, per una serie articolata di motivazioni politiche e di veti incrociati che non è possibile ripercorrere in questa sede e di cui peraltro non è allo stato prevedibile il superamento.

Al contrario, si deve registrare che la moltiplicazione di sigle sindacali e datoriali ha comportato, di pari passo, l'ulteriore frammentazione della contrattazione collettiva e, in particolare, la frequente coesistenza di più contratti collettivi nello stesso settore ovvero la stipulazione di contratti collettivi con ambiti di applicazione parzialmente coincidenti.

Non essendo stati previsti modi e strumenti per mettere ordine nella giungla dei c.c.n.l.⁴⁷, bisogna ancor oggi amaramente constatare che tale proliferazione contrattuale ha determinato e continua a determinare – indipendentemente dalla maggiore o minore applicazione di ciascun c.c.n.l. – confusione ed incertezza nell'utilizzo dello strumento tradizionalmente destinato a regolare le condizioni di lavoro in un determinato settore, rappresentando il punto di equilibrio tra i contrapposti interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro.

47 S. CIUCCIOVINO, *Mettere ordine nella giungla dei ccnl: un'esigenza indifferibile*, in *Giorn. dir. lav.*, 2018, p. 227 ss.

Il contratto collettivo nella dimensione temporale

Simone Pietro Emiliani

SOMMARIO: 1. La questione dell'efficacia temporale dei contratti collettivi corporativi. – 2. Segue: la questione si è riproposta per i contratti collettivi di diritto comune. – 3. Il *dies a quo* dell'efficacia normativa e la questione della retroattività. – 4. Il *dies ad quem* dell'efficacia normativa. – 5. Segue: il recesso dal contratto collettivo. – 6. La questione dell'ultrattività.

1. La questione dell'efficacia temporale dei contratti collettivi corporativi

Quando nell'ordinamento corporativo italiano venne adottata una disciplina legislativa del contratto collettivo di lavoro¹, il legislatore stabilì che i contratti collettivi dovessero, «a pena di nullità, contenere la determinazione del tempo per cui hanno efficacia»². Tale previsione normativa non era, però, sufficiente a risolvere le diverse questioni che l'efficacia c.d. “normativa”³ del contratto collettivo poneva «rispetto al tempo»⁴.

1 Tale disciplina era contenuta nella l. 3 aprile 1926, n. 563 e nel suo regolamento di attuazione, adottato con R.D. 1° luglio 1926, n. 1130.

2 Art. 10, c. 2, l. n. 563/1926. Tale disciplina venne confermata dall'art. 2071, comma 3, del Codice civile del 1942 (d'ora in poi, per brevità, anche “c.c.”).

3 Ovvero l'efficacia del contratto collettivo quale fonte esterna (o eteronoma) di norme regolatrici dei rapporti individuali di lavoro, e quindi di obbligazioni per le parti di tali rapporti, che già all'epoca gli interpreti distinguevano dall'efficacia “obbligatoria” che il contratto collettivo poteva svolgere nei confronti dei soggetti che lo avessero stipulato, ponendosi quale fonte di obbligazioni per questi ultimi: G. ZANOBINI, *Corso di diritto corporativo*, Giuffrè, Milano, 5ª ed., 1940, p. 291 ss., 303 s., 321.

4 G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 321 ss. E v. anche G. MAZZONI, *Teoria dei limiti di applicabilità dei contratti collettivi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2ª ed., 1939, p. 171 ss. L'analisi della disciplina corporativa è considerata tuttora rilevante perché consente di evidenziare gli interessi in conflitto che la disciplina dei limiti temporali dell'efficacia normativa è diretta a regolare: M. ESPOSITO, *L'efficacia temporale del contratto collettivo nel sistema normativo corporativo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1994, n. 1, p. 133 ss. Per tale ragione le trattazioni istituzionali della disciplina si aprono ancora con l'analisi della disciplina corporativa: A. TOPO, *L'efficacia nel tempo del contratto collettivo*, in G. PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Cedam, Padova, 2014, p. 789 ss., spec. p. 793 ss.

Infatti, l'art. 51 R.D. n. 1130/1926 subordinava l'efficacia normativa dei contratti collettivi corporativi alla loro pubblicazione⁵. Pertanto, gli interpreti non trovavano difficoltà né nel ritenere che il *dies a quo* della efficacia normativa dovesse in principio individuarsi nella data di pubblicazione del contratto collettivo⁶, né nel riconoscere in capo alle associazioni stipulanti il potere di concordare il differimento, rispetto a tale data, della decorrenza di quella efficacia⁷.

Senonché, nel silenzio della legge⁸, rispetto alla determinazione del *dies a quo* della efficacia normativa si poneva la questione della «possibilità di un'efficacia retroattiva»⁹. I contratti collettivi corporativi contenevano, infatti, molto spesso «clausole di retroattività»¹⁰, così definite perché dirette ad estendere retroattivamente l'efficacia normativa di tali contratti rispetto a vicende e fattispecie perfezionatesi anteriormente non soltanto alla data della sua pubblicazione¹¹, ma anche alla data della sua stipulazione, e persino a rapporti di lavoro che a tali date risultassero già estinti, e gli interpreti si erano divisi sulla ammissibilità di tali clausole¹².

Per quanto riguarda, invece, la determinazione del *dies ad quem*, che in virtù della disposizione sopra ricordata era considerata un elemento essenziale del contratto collettivo corporativo¹³, gli interpreti non avevano difficoltà nel ritenere che le associazioni stipulanti avessero al riguardo «facoltà pienamente discrezionali»¹⁴.

La previsione essenziale di un termine finale era stata considerata da una parte della dottrina come diretta a garantire la costante aderenza della disciplina

5 La pubblicazione era stata prevista dall'art. 10, comma 4, l. n. 563/1926, e successivamente disciplinata dal R.D. 6 maggio 1928, n. 1251. A tali norme speciali rinviava la disposizione poi inserita nell'art. 2072, comma 1, c.c.

6 Per la efficacia obbligatoria il *dies a quo* veniva invece individuato nella data di stipulazione: G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 321, ove riferimenti.

7 In tal senso G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 321.

8 Il legislatore intervenne successivamente con l'art. 11, comma 2, disp. prel. al Codice civile del 1942, che autorizzò i contratti collettivi corporativi a «stabilire per la loro efficacia una data anteriore alla pubblicazione, purché non preceda quella della stipulazione». Senonché, come si sta per dire, neppure tale disposizione era sufficiente a risolvere ogni questione.

9 G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 321 s.

10 G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 322; v. anche M. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 139.

11 In virtù della disposizione contenuta nell'art. 51 R.D. n. 1130/1926, la questione della retroattività si era inizialmente posta anche per le clausole dirette a stabilire un'efficacia normativa del contratto collettivo per il periodo anteriore alla sua pubblicazione, anche se successivo alla stipulazione: G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 322, ove riferimenti alle contrastanti opinioni. Tale questione fu poi risolta dall'art. 11, comma 2, disp. prel., c.c.: cfr. *supra*, nota 8.

12 Una parte degli interpreti escludeva la validità di tali clausole ritenendo che il principio di irretroattività degli atti aventi efficacia normativa (già previsto dall'art. 2 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al Codice civile del 1865) fosse applicabile anche ai contratti collettivi corporativi. La giurisprudenza prevalente riteneva invece che le clausole di retroattività avessero piena efficacia: G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 321 s., ove riferimenti alle contrastanti opinioni di dottrina e giurisprudenza; G. MAZZONI, *op. cit.*, p. 185.

13 G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 322; v. anche A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 200; A. TOPO, *op. cit.*, p. 794.

14 G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 322.

collettiva alle variabili vicende dell'economia¹⁵, ma sembra doversi preferire la diversa opinione secondo la quale quella previsione era invece diretta, all'opposto, ad assicurare una minima stabilità temporale di quella disciplina, «per evitare che le parti potessero in qualsiasi momento mettere in discussione i contenuti dell'accordo»¹⁶.

Infatti, per soddisfare l'esigenza di garantire la possibilità di un adeguamento della disciplina collettiva alle mutate condizioni economiche, il legislatore aveva previsto sia lo strumento della «denuncia»¹⁷, con cui ciascuna delle parti stipulanti poteva impedire il tacito rinnovo del contratto collettivo alla scadenza¹⁸ in tal modo manifestando l'intenzione di rivederne il contenuto¹⁹, sia lo strumento del ricorso alla magistratura del lavoro²⁰, che poteva essere utilizzato per ottenere la modifica della disciplina prevista dal contratto collettivo «anche prima della scadenza del termine in questo stabilito per la sua durata, purché si sia verificato un notevole mutamento dello stato di fatto esistente al momento della stipulazione»²¹.

Per ovviare agli inconvenienti derivanti da tali strumenti e, quindi, per soddisfare l'esigenza di predisporre «garanzie per la stabilità del regime giuridico del rapporto di lavoro»²², il legislatore aveva successivamente previsto la possibilità della ultrattività del contratto collettivo corporativo, ovvero della conservazione della sua efficacia normativa pur dopo la scadenza del termine finale pattuito dalle associazioni stipulanti e nonostante l'eventuale «denuncia» nel frattempo intervenuta. A tal fine, l'originaria disciplina era stata modificata prevedendo espressamente che anche in caso di tempestiva denuncia così come in caso di mancato tempestivo rinnovo, il contratto collettivo avrebbe continuato ad avere efficacia di fonte esterna (o eteronoma) di regolamento dei rapporti individuali di lavoro anche successivamente alla scadenza del termine finale stabilito dalle associazioni stipulanti, fino a quando queste ultime non avessero stipulato un

15 A. Tursi, *op. cit.*, p. 205, ove riferimenti.

16 M. Esposito, *op. cit.*, p. 139, ove riferimenti.

17 Art. 53, comma 1, R.D. n. 1130/1926; art. 1, l. 25 gennaio 1934, n. 150.

18 Art. 53, comma 1, R.D. n. 1130/1926. La denuncia operava quindi quale ipotesi di disdetta: A. Tursi, *op. cit.*, p. 206; A. Topo, *op. cit.*, p. 794. Su tale disciplina G. Zanobini, *op. cit.*, p. 322 s., ove anche il riferimento alle altre ipotesi di cessazione della efficacia del contratto collettivo, diverse dalla denuncia.

19 M. Esposito, *op. cit.*, p. 139. La denuncia consentiva infatti di dare avvio alle trattative per il rinnovo: A. Topo, *op. cit.*, p. 794 s.

20 Art. 74 R.D. n. 1130/1926. Sul punto A. Topo, *op. cit.*, p. 810.

21 Art. 71, comma 2, R.D. n. 1130/1926. Le condizioni stabilite dalla sentenza potevano a loro volta essere modificate prima della scadenza del termine di durata in essa previsto ove fosse sopravvenuto «un notevole mutamento dello stato di fatto»: art. 89, comma 1, R.D. n. 1130/1926; art. 428, comma 1, del Codice di procedura civile del 1940. Su tale disciplina M. Esposito, *op. cit.*, p. 138, ove riferimenti.

22 M. Esposito, *op. cit.*, p. 139, che avverte come in quella fase storica tale esigenza corrispondesse alle istanze dei lavoratori.

nuovo contratto collettivo idoneo a porsi, allo stesso modo, quale fonte di quel regolamento²³.

2. Segue: la questione si è riproposta per i contratti collettivi di diritto comune

La Costituzione repubblicana entrata in vigore il 1° gennaio 1948 ha determinato, con il riconoscimento del fondamentale principio di libertà sindacale consacrato dal primo comma dell'art. 39 Cost., il «definitivo ed irreversibile superamento ad opera del legislatore costituente delle concezioni proprie dell'ordinamento corporativo»²⁴.

Per quanto riguarda, in particolare, i contratti collettivi, il principio di libertà sindacale ha determinato il rilevante effetto che tali contratti, che nell'ordinamento corporativo costituivano fonte di norme giuridiche²⁵ funzionali al perseguimento anche di interessi pubblici²⁶, sono stati restituiti all'area della libertà e, quindi, della autotutela di interessi privati²⁷. Tale circostanza ha giustificato, in base all'opinione tuttora prevalente, la qualificazione dei contratti collettivi di età repubblicana in termini di «negozi giuridici di diritto privato»²⁸ e, quindi, la loro definizione quali contratti collettivi «di diritto comune»²⁹.

Ciò nonostante, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, una parte anche autorevole della dottrina³⁰ aveva ritenuto possibile affermare che alcune delle regole previste dal Codice civile del 1942 per la disciplina dei contratti collettivi corporativi fossero ancora applicabili ai fini della disciplina dei contratti collettivi di diritto comune, nel presupposto sia di un'analogia della loro struttura contrattuale³¹, sia della possibilità di attribuire

23 Art. 3, l. 25 gennaio 1934, n. 150, che prevedeva anche la possibilità di ricorrere, ai fini della formazione del nuovo regolamento, alla magistratura del lavoro. Tale disciplina venne confermata dalla disposizione contenuta nell'art. 2074 c.c., anch'esso quindi espressione di un più generale principio di «continuità nella disciplina di categoria»: A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 205 ss., ove riferimenti.

24 M. PERSIANI, *Improbabile metamorfosi e supposta ambiguità del contratto collettivo*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 218 ss., spec. p. 226. Sulla incompatibilità fra «passato» e «presente» v. anche M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2ª ed., 2003, p. 26; M. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 140.

25 G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 281. Con le disposizioni sulla legge in generale premesse al Codice civile del 1942 i contratti collettivi corporativi vennero compresi fra le «fonti del diritto»: art. 1, n. 3), disp. prel. c.c.

26 Quali erano gli «interessi superiori della produzione»: dichiarazione IV della Carta del lavoro del 1927.

27 M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, I, p. 1 ss., spec. p. 4, 8, 19 s. Sul dibattito della dottrina cfr. anche E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, n. 2, I, p. 195 ss.

28 Cass., Sez. II, 16 maggio 1949, n. 1213, in *Foro it.*, 1949, I, c. 1069 s., spec. c. 1072 ss.

29 Per indicare che tali contratti sono soggetti all'applicazione del diritto comune dei contratti in quanto «espressione di autonomia negoziale ex art. 1322 c.c.» e: M. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 23.

30 Per i riferimenti A. TOPO, *op. cit.*, p. 797.

31 La circostanza che il contratto collettivo corporativo costituisse fonte di norme giuridiche non aveva impedito ad una parte degli interpreti di riconoscerne la struttura contrattuale: M.

anche ai contratti collettivi di diritto comune un ruolo di fonte eteronoma di regolamento dei rapporti di lavoro³².

In particolare, tale dottrina riteneva che potesse applicarsi anche ai contratti collettivi di diritto comune la regola della ultrattività dell'efficacia normativa prevista dall'art. 2074 c.c. per i contratti collettivi corporativi. Tale conclusione veniva giustificata affermando che in un sistema, quale quello derivante dall'art. 39, comma 1, Cost., in cui la disciplina collettiva dei rapporti di lavoro sarebbe stata in principio rimessa alle libere scelte delle organizzazioni sindacali, potesse considerarsi necessaria la «garanzia di continuità della disciplina collettiva data dall'ultrattività»³³, al fine di evitare che i rapporti di lavoro potessero trovarsi nel tempo privi di tale disciplina³⁴. Quest'ultima esigenza, che ha più volte trovato riscontro normativo³⁵, è stata valorizzata dalla dottrina che l'ha considerata coerente con i principi accolti dalla Costituzione repubblicana, nel presupposto che tali principi imponessero di contrastare la possibilità che i rapporti di lavoro subordinato, a causa della sopravvenuta mancanza di efficacia della disciplina collettiva, rimangano esposti «al potere della parte più forte, quella datoriale»³⁶.

ESPOSITO, *op. cit.*, p. 137, ove riferimenti. Tale struttura non era negata neppure da quanti lo riconducevano alla «categoria dei contratti di diritto pubblico»: G. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 277 ss. Una conferma della struttura contrattuale poteva ricavarsi sia dall'art. 16, comma 1, l. n. 563/1926, che stabiliva che per l'interpretazione dei contratti collettivi corporativi si applicavano le norme sulla interpretazione dei contratti (M. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 23), sia dall'art. 60 R.D. n. 1130/1926, che stabiliva che in mancanza di diversa disciplina prevista dalla l. n. 563/1926 o dal regolamento di attuazione, ai contratti collettivi corporativi si applicasse il «diritto comune» (M. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 136).

32 Ruolo che consentiva di qualificare il contratto collettivo di diritto comune come «regolamento in forma contrattuale»: F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 5ª ed., 1951, p. 38 s.

33 F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 39; tale opinione era condivisa da una parte degli interpreti: M. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 141 s., ove riferimenti.

34 Dunque per evitare una situazione di «vuoto normativo contrattuale»: V. BAVARO, *Sull'efficacia temporale del contratto collettivo nell'ordinamento giuridico sindacale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, n. 1, I, p. 51 ss., spec. p. 55, 67, 70 s.

35 Un primo riscontro si è già avuto alla caduta dell'ordinamento corporativo, quando l'art. 43 d.lg.lgt. 23 novembre 1944, n. 369 ha disposto, pur facendo salve «le successive modifiche», la conservazione dell'efficacia normativa delle clausole dei contratti collettivi corporativi a quel momento vigenti. In tal modo il legislatore ha previsto una speciale ultrattività di tali contratti, per evitare che i rapporti di lavoro restassero privi di regolamentazione collettiva: L. RIVA-SANSEVERINO, voce *Contratto collettivo di lavoro*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. X, 1962, p. 55 ss., spec. p. 71 s.; M. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 18 s., 33. Ulteriore riscontro si è poi avuto quando la l. 14 luglio 1959 n. 741 (c.d. legge Vigorelli) ha previsto un meccanismo di trasformazione delle clausole dei contratti collettivi in disposizioni aventi forza di legge, contenute in speciali decreti legislativi, anche al fine di conservarne l'efficacia *erga omnes* pur dopo la scadenza di tali contratti (art. 7, comma 1): L. RIVA-SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 72.

36 C. CARTA, *Principio di libertà delle forme e disdetta orale: ancora sulla disciplina civilistica applicabile al contratto collettivo*, in *Labor*, 2018, n. 4, p. 470 ss., spec. p. 472. La dottrina italiana ha infatti anche avvertito che in mancanza di una fonte eteronoma, quale la legge o la contrattazione collettiva, il regolamento del rapporto di lavoro è destinato a trovare la sua fonte nel potere unilaterale del datore di lavoro: L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Id.*, *Scritti di diritto*

Senonché, dopo alcune oscillazioni³⁷, la giurisprudenza ha respinto la tesi dell'applicabilità della regola della ultrattività *ex art.* 2074 c.c. ai contratti collettivi di diritto comune, ritenendo che l'efficacia temporale di questi ultimi debba in principio essere determinata, come per ogni altro atto di autonomia privata, dalla volontà delle parti stipulanti, e che quindi una norma di legge che ne disponesse in ogni caso l'ultrattività, ponendosi come limite a tale libera volontà sarebbe in contrasto con la garanzia di libertà sindacale prevista dall'art. 39 Cost.³⁸.

Tale vicenda è particolarmente significativa, per tre concorrenti ragioni. Anzitutto, perché è emblematica del fatto che la diversa natura giuridica dei contratti collettivi di diritto comune rispetto ai contratti collettivi corporativi, non esclude che anche per i primi si pongano le diverse questioni relative ai limiti temporali dell'efficacia normativa³⁹ che già avevano affaticato gli interpreti nell'ordinamento corporativo. In secondo luogo, quella vicenda è significativa perché conferma una peculiarità del diritto sindacale italiano di età repubblicana, che appare creato prevalentemente dai giuristi e dai giudici, oltre che dalla prassi sindacale, e solo in piccola parte dal legislatore⁴⁰. Infine, quella vicenda è significativa perché è anch'essa emblematica delle difficoltà che gli interpreti hanno dovuto affrontare per risolvere le questioni relative alla disciplina dei contratti collettivi di diritto comune in modo coerente con il principio di libertà sindacale *ex art.* 39 Cost. e, quindi, senza poter fare ricorso, neppure in via analogica, alle soluzioni che valevano per i contratti collettivi corporativi⁴¹.

del lavoro a cura di G.G. BALANDI, A.R. TINTI, I, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 17 ss., spec. p. 28. Cfr. anche *infra*, nota 126.

37 Per ampi riferimenti ai contrapposti indirizzi A. TOPO, *op. cit.*, p. 801 ss.

38 Cfr., *ex pluribus*, Cass., Sez. lav., 7 ottobre 2010, n. 20784; Cass., Sez. lav., 7 novembre 2013, n. 25062; Cass., Sez. lav., 31 ottobre 2013, n. 24575; Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2021, n. 3671; Cass., Sez. lav., ord. 16 dicembre 2021, n. 40409; Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26666. Per ulteriori riferimenti *infra*, §6. Anche in dottrina prevale l'opinione che ravvisa il contrasto fra l'art. 2074 c.c. e il principio di libertà sindacale, «sotto il profilo non solo contrattuale, ma anche organizzativo»: A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 207 ss., ove riferimenti; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Ultrattività, risoluzione, disdetta del contratto collettivo nella prassi e nella giurisprudenza*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, n. 2, I, p. 395 ss., spec. p. 408 s.; G. PROSPERETTI, *L'autonomia collettiva e i diritti sindacali*, Utet, Torino, 2ª ed., 2014, p. 163 s.; M. PERSIANI, F. LUNARDON, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 173; E. GRAGNOLI, *Il contratto nazionale nel lavoro privato italiano*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 222 ss.; *contra* V. BAVARO, *op. cit.*, p. 66 ss., 80 ss., secondo il quale l'ultrattività «non solo non lede la libertà sindacale, ma anzi la sorregge», garantendone l'effettività.

39 A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 194. Tali questioni, nei casi pratici, devono essere risolte ancor prima di quelle sull'efficacia soggettiva: V. BAVARO, *op. cit.*, p. 53.

40 G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale: l'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972.

41 Per il tentativo di valorizzare la disciplina in materia di accordi sulla concorrenza L. RIVA SANSEVERINO, *Sull'efficacia nel tempo della disciplina collettiva e della disciplina individuale del rapporto di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1961, I, p. 55 ss.

Come si dirà meglio tra breve, gli interpreti, nel presupposto della possibilità di attribuire ai contratti collettivi di età repubblicana la natura giuridica di negozi di diritto privato, hanno in prevalenza tentato di risolvere le questioni dell'efficacia temporale facendo ricorso ai principi del diritto civile che regolano l'autonomia dei privati e, in particolare, alla disciplina sui contratti in generale contenuta nel Codice civile⁴². Senonché, tale scelta metodologica inevitabilmente condiziona le soluzioni da dare a quelle questioni⁴³, e in alcuni casi le complica⁴⁴. Pertanto, il carattere a volte inappagante delle soluzioni individuate sulla base di tale metodo conferma⁴⁵ la difficoltà di conciliare regole e principi, quali quelli della disciplina dei contratti in generale, diretti a regolare conflitti d'interessi di natura individuale, con la «complessa peculiarità del fenomeno collettivo»⁴⁶ e, quindi, con conflitti che coinvolgono interessi collettivi⁴⁷.

3. Il *dies a quo* dell'efficacia normativa e la questione della retroattività

L'opinione dominante, che in virtù del principio di libertà sindacale attribuisce ai contratti collettivi di età repubblicana la natura giuridica di atti di autonomia privata⁴⁸, conduce ad affermare che le parti stipulanti possano liberamente individuare nella data della stipulazione del contratto collettivo il *dies a quo* della

42 Tale metodo è stato adottato anche dalla prevalente giurisprudenza: A. TOPO, *op. cit.*, p. 791 s. Una parte della dottrina ha avvertito che tale scelta metodologica può essere considerata obbligata se del contratto collettivo si accoglie una ricostruzione in chiave «negoziale», mentre diviene problematica, e non può essere accolta, se si adotta una ricostruzione in chiave «normativa»: A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 194 s., 241 s. La problematicità si rivela in particolare nella sistemazione della facoltà di recesso: *infra*, nota 109.

43 G. PACCHIANA PARRAVICINI, *op. cit.*, p. 395.

44 A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 240.

45 Un problema di compatibilità con i principi civilistici si pone per ogni aspetto della disciplina del contratto collettivo, e non soltanto per i limiti temporali della sua efficacia normativa: M. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 24, 63 ss.

46 A. MARESCA, *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, I, p. 35 ss. In tal senso v. anche A. TOPO, *op. cit.*, p. 790 s., ove ulteriori riferimenti.

47 M. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 63. Per tale ragione una parte della dottrina ha correttamente avvertito che la soluzione delle questioni relative ai limiti temporali della efficacia normativa del contratto collettivo non può prescindere dalla considerazione di quali siano gli interessi collettivi che in relazione a tali limiti vengono a fronteggiarsi e richiedono tutela: M. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 143; A. MARESCA, *op. cit.*, p. 36, 43; V. BAVARO, *op. cit.*, p. 55, 73 s., il quale (richiamando anche l'insegnamento di M.G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 515 ss.) segnala che quelle questioni, al pari di ogni altra questione relativa alla contrattazione collettiva, non possono essere risolte prescindendo dalle valutazioni del sistema di relazioni industriali in cui matura il «fatto socialmente tipico» che l'ordinamento giuridico statuale qualifica come «contratto collettivo», «a pena di appannamento della sua specifica funzione economico-normativa».

48 Cfr. *supra*, §2.

sua efficacia normativa⁴⁹. Allo stesso tempo, quella opinione esclude la possibilità di applicare a tali contratti il principio di irretroattività degli atti aventi forza di legge, tuttora sancito dall'art. 11, comma 1, disp. prel. c.c.⁵⁰. Pertanto, si ritiene che le parti stipulanti possano legittimamente convenire la retrodatazione degli effetti del contratto collettivo di diritto comune e, in particolare, stabilire un *dies a quo* della sua efficacia normativa anteriore alla data della sua stipulazione⁵¹.

La legittima possibilità di una clausola di efficacia retroattiva determina, quindi, la questione di valutarne le conseguenze nella ipotesi in cui i rapporti di lavoro rispetto ai quali il contratto collettivo è destinato a svolgere la sua funzione normativa siano già disciplinati da un diverso contratto collettivo⁵². Tale questione si pone perché, secondo l'opinione dominante, il contratto collettivo sopravvenuto può modificare per il futuro, sia *in melius* che *in peius*, per i rapporti di lavoro cui può trovare applicazione, la disciplina già prevista da un precedente contratto collettivo, anche quando quest'ultimo sia di livello diverso⁵³. Tale regola generale è, infatti, conseguenza sia della possibilità di estendere ai contratti collettivi di diritto comune il principio elaborato nell'ordinamento corporativo⁵⁴ secondo il quale le clausole dei contratti collettivi non si incorporano nei contratti individuali di lavoro ma integrano il regolamento contrattuale dall'esterno alla stregua di una fonte eteronoma⁵⁵, sia del principio di libertà sindacale previsto dall'art. 39 Cost. Quest'ultimo, infatti, giustifica la «flessibilità tipica»⁵⁶ della

49 La data della stipulazione è considerata *dies a quo* anche della efficacia obbligatoria: L. RIVASANSEVERINO, voce *Contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 71.

50 Cass., Sez. lav., 18 dicembre 1998, n. 12716.

51 Opinione sostanzialmente indiscussa: M. ESPOSITO, *L'efficacia nel tempo del contratto collettivo*, in R. SANTUCCI, L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 93 ss., spec. p. 94; G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2014, p. 197; A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 14^a ed., 2023, p. 117. Tale opinione è condivisa dalla giurisprudenza, che a tal fine valorizza anche l'avvenuta abrogazione del secondo comma dell'art. 11 disp. prel.: cfr. A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 239 s.; G. PROSPERETTI, *op. cit.*, p. 165.

52 In tale ipotesi occorre infatti verificare «i possibili conflitti di disciplina applicabile»: M. ESPOSITO, *L'efficacia nel tempo del contratto collettivo*, cit., p. 94; A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 238, 241 s., il quale in tal senso avverte come la «retroattività normativa» del contratto collettivo ponga questioni diverse dalla mera «retroattività negoziale».

53 Nella ipotesi in cui il contratto collettivo sopravvenuto non sia dello stesso livello del precedente, la possibilità di modifica *in peius* è subordinata al rispetto delle regole, anche pattizie, che disciplinano il «concorso-conflitto» fra contratti collettivi di diverso livello: G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 198 ss.

54 M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 3^a ed., 2010, p. 34.

55 In virtù di tale principio, ogni modifica della disciplina collettiva, migliorativa o peggiorativa, si riflette sul regolamento del rapporto di lavoro: Cass., Sez. lav., 8 maggio 2000, n. 5825; Cass., Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11325, ove il richiamo ad ulteriori precedenti; in dottrina G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 195 s.; M. PERSIANI-F. LUNARDON, *op. cit.*, p. 176 s.; A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 245 s., ove ulteriori riferimenti.

56 O. KAHN-FREUND, *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 70, il quale utilizza tale espressione per indicare che le organizzazioni sindacali, in base alle loro libere determinazioni, possono anche ritenere conforme all'interesse collettivo un adattamento *in peius* delle condizioni di lavoro

contrattazione collettiva e, con essa, la possibilità di un adattamento in *peius* della disciplina collettiva alla mutata situazione economica e quindi, esclude che quella flessibilità possa trovare ostacolo nell'aspirazione dei singoli lavoratori alla stabilità nel tempo della disciplina collettiva più favorevole⁵⁷.

Si tratta, quindi, di valutare se analoga possibilità di modifica valga anche per il passato, nella ipotesi in cui il contratto collettivo sopravvenuto contenga una clausola di efficacia retroattiva⁵⁸.

Non sembra in discussione, in base al principio del *favor*⁵⁹ e nel rispetto delle condizioni di efficacia soggettiva⁶⁰, l'ammissibilità di una retroattività *in melius* del contratto collettivo, secondo le libere determinazioni delle parti stipulanti⁶¹. Per quanto riguarda, invece, la retroattività *in peius*, vi è un contrasto di opinioni.

Infatti, un consolidato insegnamento giurisprudenziale esclude che il contratto collettivo sopravvenuto possa incidere negativamente sui diritti che i

stabilite dal contratto collettivo, ad esempio in presenza di una modificata situazione economica. La scelta dei sindacati di accettare una modifica in senso peggiorativo di un aspetto della disciplina dei rapporti di lavoro, potrebbe anche essere funzionale ad ottenere un contestuale miglioramento di un altro aspetto: G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 194 ss. La flessibilità tipica del contratto collettivo è quindi considerata conforme al principio di libertà sindacale: V. BAVARO, *op. cit.*, p. 64 ss.; M. PERSIANI, F. LUNARDON, *op. cit.*, p. 177. Anche secondo la giurisprudenza corrisponde ai «principi di autonomia sindacale» che i sindacati abbiano «la possibilità di regolare nel tempo l'assetto dei contratti individuali più consono al momento socio-economico al quale il contratto stesso è riferito»: Cass., Sez. lav., 18 dicembre 1998, n. 12716.

57 La regola secondo la quale la norma collettiva successiva incontra il limite della intangibilità dei «diritti quesiti o acquisiti» (v. *infra* nel testo) non può valere a tutelare l'interesse del lavoratore al mantenimento della disciplina collettiva che ha consentito la maturazione di quei diritti, perché tale interesse corrisponde ad «una mera aspettativa di fatto»: M. PERSIANI, F. LUNARDON, *op. cit.*, p. 177. In tal senso la giurisprudenza afferma che la garanzia d'intangibilità dei diritti quesiti non consente di tutelare né «mere pretese alla stabilità nel tempo di normative collettive più favorevoli», né «mere aspettative sorte alla stregua di tali precedenti regolamentazioni»: Cass., Sez. lav., 20 agosto 2009, n. 18548; nello stesso senso, fra le altre, Cass., Sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19351; Cass., Sez. lav., 18 dicembre 1998, n. 12716. Sul punto v. anche A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 243.

58 Analoga questione si pone nella ipotesi in cui il nuovo contratto collettivo contenga una clausola di interpretazione autentica del precedente contratto collettivo, dovendo attribuirsi a tale clausola, per il passato, un effetto in ogni caso dispositivo: A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 113.

59 Ovvero il principio della prevalenza, in ogni caso, della fonte di disciplina del rapporto di lavoro che sia più favorevole al lavoratore, sia essa la legge, il contratto collettivo o il contratto individuale, a prescindere da qualsiasi gerarchia (A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 219), salva l'ipotesi in cui la legge preveda che le norme collettive si applichino anche se peggiorative di quelle legali.

60 A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 250 s.

61 La libertà delle parti stipulanti riguarderebbe anche la definizione dell'ambito di applicazione della disciplina retroattiva, perché si ritiene che anche quando la loro rappresentanza sindacale si estenda a lavoratori non più in servizio al momento della stipulazione del contratto collettivo (su tale questione Cass., Sez. lav., 12 marzo 2004, n. 5141; A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 251 ss., ove ulteriori riferimenti), le parti stipulanti sarebbero libere di escludere tali lavoratori dall'applicazione retroattiva della disciplina migliorativa prevista dal nuovo contratto: A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 117.

lavoratori abbiano già pienamente maturato in virtù della efficacia normativa del precedente contratto collettivo⁶², e che sono definiti «diritti quesiti o acquisiti»⁶³ per indicare che, a seguito del perfezionamento della fattispecie genetica prevista da tale contratto, «sono già entrati a fare parte del patrimonio del lavoratore, quale corrispettivo di una prestazione già resa o di una fase del rapporto già esaurita»⁶⁴. La stessa giurisprudenza ritiene, infatti, che il nuovo contratto collettivo potrebbe incidere negativamente sui diritti individuali in tal modo già perfezionatisi in capo ai singoli lavoratori soltanto ove questi ultimi avessero conferito alle parti stipulanti tale contratto collettivo un idoneo potere dispositivo⁶⁵.

Tenendo, quindi, conto di tale consolidato insegnamento, le opinioni degli interpreti si sono divise in ordine alla qualificazione da dare al limitato effetto giuridico che può essere riconosciuto al nuovo contratto collettivo, di impedire che i lavoratori possano maturare nuovi diritti in base a fattispecie costitutive previste dal precedente contratto collettivo e non ancora interamente realizzate, in tutti i loro elementi di fatto e di diritto, al momento della entrata in vigore del contratto collettivo sopravvenuto. Infatti, mentre alcuni interpreti ritengono che si tratti pur sempre di una forma di retroattività *in peius*⁶⁶, altri lo negano, ritenendo che quell'effetto giuridico debba essere considerato, logicamente e giuridicamente, quale mera conseguenza della perdita di efficacia del precedente contratto collettivo a seguito della stipulazione del nuovo contratto collettivo, e non della retrodatazione degli effetti di quest'ultimo⁶⁷.

4. Il *dies ad quem* dell'efficacia normativa

Al pari della questione relativa alla determinazione del *dies a quo*, anche la questione della determinazione del *dies ad quem* dell'efficacia normativa è particolarmente rilevante, perché anch'essa destinata ad influire sulla definizione dei margini temporali di tutela della eventuale pretesa delle parti del rapporto

62 Ovvero in virtù di fattispecie genetiche già disciplinate dal precedente contratto collettivo e rispetto alle quali quest'ultimo abbia già definitivamente svolto, e quindi, esaurito la sua funzione normativa, per essersi definitivamente realizzati i presupposti di fatto e di diritto previsti da tale contratto per la genesi del diritto del lavoratore: A. MARESCA, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, p. 696 ss., 712 ss.; A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 256, 261 s.

63 G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 196.

64 Cass., Sez. lav., 20 agosto 2009, n. 18548. In senso conforme, fra le altre, Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2000, n. 1576; Cass., Sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19351; Cass., Sez. lav., 12 marzo 2004, n. 5141.

65 La possibilità di un'incidenza negativa sui diritti quesiti è, quindi subordinata al consenso individuale del lavoratore interessato, che può essere «preventivo e formale, o anche successivo ed informale», essendo ammessa anche la ratifica successiva, anche per fatti concludenti: A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 242 s., 246 ss., 254 ss., 259 ss., ove riferimenti anche alla questione dei diritti quesiti dei lavoratori già cessati dal servizio. V. anche A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 113, 117.

66 G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 198.

67 A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 212, 249 s.; A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 117.

individuale di lavoro alla conservazione, e quindi alla stabilità nel tempo, della disciplina collettiva applicata a tale rapporto⁶⁸.

Pertanto, anche in relazione alla questione della determinazione del *dies ad quem* gli interpreti si sono interrogati in ordine alla possibilità di applicare ai contratti collettivi di diritto comune la disciplina legislativa relativa ai contratti collettivi corporativi⁶⁹. L'interrogativo è stato risolto dalla giurisprudenza affermando che l'obbligo previsto per i contratti collettivi corporativi, di indicare a pena di nullità un termine finale di efficacia⁷⁰, non può trovare applicazione nei confronti dei contratti collettivi di diritto comune i quali, a differenza dei primi, operano «esclusivamente nell'area dell'autonomia privata», così che anche ai fini della determinazione della durata della loro efficacia deve applicarsi la disciplina «dettata per i contratti in generale»⁷¹. Da tali affermazioni di principio la stessa giurisprudenza ha tratto il corollario che per i contratti collettivi di diritto comune deve ammettersi la possibilità che «vengano stipulati senza indicazione del termine finale, siano cioè a tempo indeterminato, sebbene ciò non si verifichi frequentemente nella pratica»⁷².

Pertanto, secondo la giurisprudenza che appare prevalente, il *dies ad quem* della efficacia normativa dei contratti collettivi di diritto comune, coerentemente con la natura giuridica ad essi attribuita in base al principio di libertà sindacale, è in principio determinato dalle libere scelte delle parti stipulanti⁷³ e, quindi, o dalla scadenza del termine finale pattuito con lo stesso contratto⁷⁴, o dall'esercizio della facoltà di recesso unilaterale⁷⁵ o, infine, da un accordo di risoluzione consensuale⁷⁶.

Il riferimento della giurisprudenza alla scarsa frequenza dei contratti collettivi a tempo indeterminato tiene conto della circostanza che nell'ordinamento intersindacale italiano, in conformità all'esperienza degli altri paesi industrializzati⁷⁷, e da

68 A. TURSI, *op. cit.*, p. 202 ss.

69 Cfr. *supra*, §2.

70 Per la disciplina corporativa del termine finale cfr. *supra*, §1.

71 Cass., Sez. lav., 18 ottobre 2002, n. 14827, da cui sono tratte le citazioni. In tal senso v. già Cass., Sez. lav., 16 aprile 1993, n. 4507; Cass., Sez. lav., 1° luglio 1998, n. 6427. E v. anche Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2021, n. 3671. Per ulteriori riferimenti A. TOPO, *op. cit.*, p. 798.

72 Cass., Sez. lav., 16 aprile 1993, n. 4507. In senso conforme, fra le altre, Cass., Sez. lav., 1° luglio 1998, n. 6427; Cass., Sez. lav., 20 giugno 2001, n. 8429; Cass., Sez. lav., 18 ottobre 2002, n. 14827. La giurisprudenza ha in tal modo aderito all'opinione della dottrina assolutamente prevalente: A. TURSI, *op. cit.*, p. 199 s., ove riferimenti anche alla contraria opinione, rimasta minoritaria.

73 M. ESPOSITO, L'efficacia nel tempo del contratto collettivo, cit., p. 95, ove riferimenti.

74 Cfr., *ex pluribus*, Cass., Sez. lav., 10 novembre 2000, n. 14613.

75 Cfr. *infra*, §5.

76 In dottrina prevale l'opinione secondo la quale le parti stipulanti avrebbero la facoltà di risolvere, o comunque modificare, consensualmente il contratto collettivo anche prima della scadenza del termine finale di efficacia originariamente pattuito: A. TURSI, *op. cit.*, p. 203 ss., ove riferimenti.

77 M. PERSIANI, F. LUNARDON, *op. cit.*, p. 171.

epoca risalente⁷⁸, gli accordi sulla struttura contrattuale hanno previsto che i contratti collettivi nazionali di lavoro debbano essere stipulati a tempo determinato⁷⁹, in modo da poter affidare la dinamica salariale ad una regolare cadenza di rinnovi contrattuali, anche in funzione delle politiche sui redditi⁸⁰. Gli stessi accordi hanno quindi tradizionalmente disciplinato anche la procedura che consente alle parti contraenti di proporre, in vista della scadenza del termine di durata⁸¹ e in funzione del rinnovo del contratto collettivo, le opportune modifiche al suo contenuto, garantendo in tal modo la flessibilità tipica della contrattazione collettiva.

Nell'ipotesi in cui la trattativa per il rinnovo non si esaurisca prima della scadenza del termine finale di efficacia del contratto collettivo, si determina la fattispecie tipicamente definita di «vacanza (o carenza) contrattuale»⁸², rispetto alla quale si pone la rilevante questione di stabilire se, al fine di evitare un «vuoto di regolazione collettiva»⁸³, la disciplina già prevista dal contratto collettivo scaduto debba continuare ad applicarsi anche successivamente alla scadenza di quel termine e fino al momento in cui non sia sostituita da una nuova disciplina collettiva. Tale questione, che attiene alla c.d. ultrattività dei contratti collettivi di diritto comune⁸⁴, è complicata dal fatto che gli accordi sulla struttura contrattuale hanno nel tempo previsto forme di copertura economica del periodo di vacanza⁸⁵, con una disciplina suscettibile di una duplice lettura. Infatti, la scelta così compiuta da parte dei soggetti dell'ordinamento intersindacale potrebbe considerarsi o quale manifestazione della loro consapevolezza della mancanza di ultrattività dei contratti collettivi di diritto comune ovvero, all'opposto, quale manifestazione della volontà di tali soggetti di prevedere uno specifico effetto normativo nel presupposto di quella ultrattività⁸⁶.

78 G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 173 ss.; A. TOPO, *op. cit.*, p. 824.

79 Il Protocollo del 23 luglio 1993 aveva previsto il termine di durata di quattro anni, ridotto a due per la parte economica. Tale disciplina non impediva la stipulazione a tempo indeterminato per i contratti di livello inferiore: A. TOPO, *op. cit.*, p. 825. L'accordo quadro del 22 gennaio 2009 (c.d. *Riforma degli assetti contrattuali*) ha invece previsto una durata triennale, anche per la parte economica, sia per il contratto collettivo nazionale, sia per quello di secondo livello.

80 G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 174; V. BAVARO, *op. cit.*, p. 74.

81 Una parte della giurisprudenza ritiene che tale disciplina intersindacale avrebbe la funzione di assicurare, fino alla scadenza del termine di durata del contratto collettivo, un certo grado di stabilità temporale alla regolazione dei rapporti di lavoro: Cass., Sez. lav., 21 aprile 1987, n. 3899; Cass., Sez. lav., 22 aprile 1995, n. 4563. Dunque una funzione analoga a quella che poteva riconoscersi alla disciplina del termine finale dei contratti collettivi corporativi: cfr. *supra*, nota 16.

82 G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 196 s.; M. PERSIANI, F. LUNARDON, *op. cit.*, p. 173 s.

83 M. ESPOSITO, *L'efficacia temporale del contratto collettivo nel sistema normativo corporativo*, cit., p. 146. La possibilità del vuoto normativo è conseguenza anche del fatto che l'accordo di rinnovo potrebbe non contenere una clausola di retroattività tale da farne retrocedere gli effetti fin dalla scadenza del precedente contratto collettivo: M. PERSIANI-F. LUNARDON, *op. cit.*, p. 173.

84 Cfr. *infra*, §6.

85 G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 175, 179, 197.

86 Per questa seconda lettura, condivisa da Cass., Sez. lav., 22 aprile 1995, n. 4563, cfr. già M. ESPOSITO, *L'efficacia temporale del contratto collettivo nel sistema normativo corporativo*, cit., p. 146;

5. Segue: il recesso dal contratto collettivo

Il rinnovato interesse degli interpreti per la questione dei limiti temporali dell'efficacia normativa del contratto collettivo⁸⁷ è soprattutto legato alla più specifica questione che attiene all'ammissibilità, oltre che agli effetti, del recesso unilaterale⁸⁸ dal contratto collettivo, che ha assunto sempre maggiore rilevanza come conseguenza della crescente esigenza di assicurare la possibilità di un costante adeguamento della disciplina collettiva alle inevitabili variazioni delle condizioni della realtà economica⁸⁹.

Tale esigenza aveva, infatti, assunto rilievo già nell'ordinamento corporativo⁹⁰, ma è divenuta ancora più rilevante nel sistema di economia di mercato di tipo concorrenziale accolto dalla Costituzione repubblicana, nel quale gli adattamenti dell'organizzazione di lavoro alle variazioni della realtà economica si pongono quale condizione della conservazione della competitività dell'impresa sul mercato. Pertanto, quella esigenza di adattamento riguarda anche la disciplina collettiva per l'influenza che può avere sull'efficienza dell'organizzazione produttiva⁹¹, ed è divenuta nel tempo ancora più stringente quanto più è cresciuta la concorrenza sul mercato⁹², costringendo le imprese a ricercare sempre nuovi margini di competizione⁹³.

La giurisprudenza ha dato un contributo determinante al fine di soddisfare quell'esigenza quando, pur nel silenzio della legge⁹⁴, ha riconosciuto a ciascuna

nonché V. BAVARO, *op. cit.*, p. 75; ma sul punto v. anche A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 218 s.

87 Questione cui la dottrina italiana aveva per lungo tempo dedicato scarsa attenzione: A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 194 s., 221.

88 Nel diritto italiano il «recesso unilaterale» è l'atto, di natura negoziale, mediante il quale una parte manifesta la volontà di sciogliersi dal vincolo contrattuale e, quindi, di far cessare nei propri confronti gli effetti del contratto. L'art. 1372, c. 1, c.c., comprende anche l'atto unilaterale di recesso fra gli atti che possono legittimamente determinare lo scioglimento di un rapporto giuridico di natura contrattuale.

89 A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 222, nt. 111; A. TOPO, *op. cit.*, p. 810 ss., ove ulteriori riferimenti. Va, però, fin d'ora segnalato che la crescente rilevanza del recesso dal contratto collettivo è collegata, in considerazione degli effetti che a tale recesso si riconoscono e di cui si sta per dire, anche al fenomeno della «crescente “fuga” datoriale dal contratto collettivo meno vantaggioso verso quello più economico»: C. CARTA, *op. cit.*, p. 473.

90 Cfr. *supra*, §1.

91 L'efficienza dell'organizzazione produttiva è, infatti, influenzata dalle discipline destinate ad applicarsi a tutti i lavoratori dell'impresa, come è il caso di quelle contenute nei contratti collettivi: S.P. EMILIANI, *Usi aziendali ed efficienza dell'impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, p. 366 ss. In tal senso il contratto collettivo è anche «norma di organizzazione del lavoro»: V. BAVARO, *op. cit.*, p. 68.

92 La maggiore concorrenza è in particolare derivata, oltre che dall'evoluzione tecnologica e dalla globalizzazione dei mercati, anche dalle regole con cui l'ordinamento dell'Unione Europea persegue il funzionamento del mercato.

93 S.P. EMILIANI, *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, n. 2, p. 440 ss.

94 Silenzio della legge che in precedenza aveva indotto la giurisprudenza di legittimità a dare alla questione soluzione negativa: M. TIRABOSCHI, *L'efficacia temporale del contratto collettivo di lavoro*:

delle parti stipulanti la facoltà di recesso ordinario dal contratto collettivo di diritto comune privo di un termine finale di efficacia, anche laddove tale facoltà non sia prevista dal contratto⁹⁵.

Per giungere a tale conclusione, la giurisprudenza ha considerato connaturata alla funzione tipica del contratto collettivo di diritto comune la possibilità delle parti stipulanti di modificare nel tempo la disciplina dei rapporti di lavoro in esso contenuta, al fine di poterla adeguare alle mutevoli esigenze delle organizzazioni produttive cui quella disciplina è destinata ad applicarsi⁹⁶. La giurisprudenza ha in particolare affermato che il contratto collettivo di diritto comune dev'essere considerato come «tipico mezzo di composizione di conflitti sorti in uno specifico contesto economico produttivo, suscettibile spesso di improvvise e talora imprevedute variazioni di mercato, sicché si può dire ad esso connaturale una durata limitata nel tempo»⁹⁷. Pertanto, sempre secondo questa giurisprudenza, se non si riconoscesse alle parti del contratto collettivo stipulato a tempo indeterminato la possibilità di farne cessare l'efficacia nell'ipotesi in cui la disciplina in esso contenuta non appaia più adeguata al mutato contesto economico, finirebbero per essere frustrate «la causa e la funzione sociale della contrattazione collettiva, la cui disciplina - da sempre modellata su termini temporali non eccessivamente dilatati - deve parametrarsi su una realtà socioeconomica in continua evoluzione»⁹⁸.

In passato, per soddisfare l'esigenza di adeguamento nel tempo della disciplina collettiva, una parte degli interpreti aveva richiamato, con un singolare circuito ermeneutico⁹⁹, l'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., ritenuto applicabile per analogia anche al contratto collettivo di diritto

atipicità dello schema negoziale, giuridicità del vincolo e cause di scioglimento, in *Dir. Rel. Ind.*, 1994, p. 83 ss., spec. p. 115.

95 Non sembra esservi discussione sul fatto che il contratto collettivo possa contenere una disciplina patizia del recesso: V. BAVARO, *op. cit.*, p. 56.

96 Tale possibilità è conforme alla «flessibilità tipica» del contratto collettivo e, quindi, anche al principio di libertà sindacale: cfr. *supra*, nota 56.

97 Cass., Sez. lav., 18 ottobre 2002, n. 14827. In tal senso già Cass., Sez. lav., 16 aprile 1993, n. 4507; Cass., Sez. lav., 20 settembre 1996, n. 8360; Cass., Sez. lav., 25 febbraio 1997, n. 1694; Cass., Sez. lav., 1° luglio 1998, n. 6427. In senso conforme: Cass., Sez. lav., 20 settembre 2005, n. 18508.

98 Cass., Sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19351. In senso conforme: Cass., Sez. lav., 20 agosto 2009, n. 18548; Cass., Sez. lav., 28 ottobre 2013, n. 24268; Cass., Sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21537; Cass., Sez. lav., ord. 17 settembre 2019, n. 23105. La considerazione della specifica funzione svolta dai contratti collettivi istitutivi di forme di previdenza ha indotto gli interpreti a valutare in modo particolare la questione del recesso da tali contratti: A. TOPO, *op. cit.*, p. 819 ss., ove ampi riferimenti.

99 Secondo un'autorevole opinione, alla base dell'introduzione nel Codice civile del 1942 dell'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta vi sarebbe infatti stata la disciplina della denuncia del contratto collettivo corporativo: M. ESPOSITO, *L'efficacia temporale del contratto collettivo nel sistema normativo corporativo*, *cit.*, p. 138, ove riferimenti. Sul punto anche A. TOPO, *op. cit.*, p. 813.

comune in caso «di sopravvenuto notevole mutamento nello stato di fatto esistente al momento della stipulazione»¹⁰⁰.

Ed invece, la giurisprudenza più recente ha ritenuto possibile richiamare il diverso principio, ritenuto «di generale applicazione nei negozi privati»¹⁰¹, secondo il quale le parti di un contratto stipulato a tempo indeterminato avrebbero sempre la possibilità di farne cessare l'efficacia mediante l'esercizio della facoltà di recesso ordinario, a nulla rilevando la circostanza che tale facoltà non sia espressamente prevista dalla legge o dal contratto¹⁰². Secondo la giurisprudenza, infatti, l'esistenza di tale principio generale sarebbe confermata da alcuni principi relativi alle obbligazioni di fonte contrattuale¹⁰³, i quali consentirebbero di riconoscere la facoltà di recesso ordinario «come causa estintiva normale del rapporto di durata a tempo indeterminato» al fine di «evitare la perpetuità» dei vincoli obbligatori di origine contrattuale¹⁰⁴, senza che il riconoscimento di tale facoltà possa trovare ostacolo nella sua mancata previsione nel contratto¹⁰⁵.

100 L. RIVA-SANSEVERINO, voce *Contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 71; più di recente A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 117. Altra parte della dottrina ha, però, ritenuto l'istituto disciplinato dall'art. 1467 c.c., fondato sull'intervento del giudice, non adeguato a comporre conflitti di natura sindacale: A. TOPO, *op. cit.*, p. 812 ss. Anche la giurisprudenza tende ad escludere l'applicazione dell'art. 1467 c.c. al contratto collettivo di diritto comune: Cass., Sez. lav., 7 marzo 2002, n. 3296; Cass., Sez. lav., 19 aprile 2011, n. 8994; Cass., Sez. lav., 31 ottobre 2013, n. 24575; Cass., Sez. lav., 7 novembre 2013, n. 25062; Cass., Sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21537; Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26666. Sul punto C. CARTA, *op. cit.*, p. 471.

101 Cass., Sez. lav., 20 agosto 2009, n. 18548. La possibilità di riconoscere, in ambito civilistico, un principio generale avente tale estensione, è in realtà controversa: cfr., anche per i riferimenti, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 113 s.; A. TURSI, *op. cit.*, p. 223 ss., 229 ss.; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il recesso dal contratto collettivo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 9 ss.; A. TOPO, *op. cit.*, p. 828 s. Ma sul punto v. anche A. TURSI, *op. cit.*, p. 236 s.

102 Cass., Sez. lav., 16 aprile 1993, n. 4507. In senso conforme, fra le altre: Cass., Sez. lav., 9 giugno 1993, n. 6408; Cass., Sez. lav., 20 settembre 1996, n. 8360; Cass., Sez. lav., 25 febbraio 1997, n. 1694; Cass., Sez. lav., 1° luglio 1998, n. 6427; Cass., Sez. lav., 20 giugno 2001, n. 8429; Cass., Sez. lav., 7 marzo 2002, n. 3296; Cass., Sez. lav., 18 ottobre 2002, n. 14827; Cass., Sez. lav., 20 settembre 2005, n. 18508; Cass., Sez. lav., 28 ottobre 2013, n. 24268; Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2021, n. 3671. Per ulteriori riferimenti A. TOPO, *op. cit.*, p. 827.

103 Ovvero il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto previsto dall'art. 1375 c.c. e il principio della «naturale temporaneità dell'obbligazione»: cfr. Cass., Sez. lav., 16 aprile 1993, n. 4507, cui *adde* le sentenze citate alla nota seguente. Su tali principi P. RESCIGNO, *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 576 ss.

104 Cass., Sez. lav., 16 aprile 1993, n. 4507, da cui sono tratte le citazioni. In senso conforme, fra le altre: Cass., Sez. lav., 20 settembre 1996, n. 8360; Cass., Sez. Lav., 25 febbraio 1997, n. 1694; Cass., Sez. lav., 1° luglio 1998, n. 6427; Cass., Sez. lav., 7 marzo 2002, n. 3296; Cass., Sez. lav., 18 ottobre 2002, n. 14827; Cass., Sez. lav., 20 settembre 2005, n. 18508; Cass., Sez. lav., 18 dicembre 2006, n. 27031; Cass., Sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19351; Cass., Sez. lav., 20 agosto 2009, n. 18548; Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2021, n. 3671.

105 È stata in tal modo superata l'opinione di quanti avevano ritenuto che gli art. 1372 e 1373 cc. non consentirebbero il recesso dal contratto collettivo ove tale facoltà non sia prevista dallo stesso contratto: A. TOPO, *op. cit.*, p. 811 s., ove riferimenti. La giurisprudenza lavoristica ha, infatti, ritenuto che la disposizione contenuta nell'art. 1373 c.c. sia diretta a disciplinare

Nonostante tali principi civilistici siano stati nel tempo elaborati, nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, al fine di risolvere conflitti di interesse di natura individuale, la giurisprudenza lavoristica ha ritenuto possibile affermare che il principio generale in base al quale la facoltà di recesso ordinario costituisce una «causa estintiva normale del rapporto di durata a tempo indeterminato», «deve tanto più ritenersi operante con riferimento al contratto collettivo»¹⁰⁶, perché coerente con la funzione, ritenuta come detto tipica di tale contratto, di dettare una disciplina eteronoma dei rapporti di lavoro suscettibile di essere nel tempo modificata per tener conto dei mutamenti dello scenario socio-economico¹⁰⁷.

Pertanto, la giurisprudenza, confermando ancora una volta l'opzione di metodo basata sulla qualificazione del contratto collettivo come manifestazione di autonomia negoziale, non soltanto ha ritenuto possibile ricavare la disciplina della facoltà di recesso da tale contratto da quella considerata operante per i contratti in generale¹⁰⁸, ma ha anche considerato tale disciplina non in contrasto, ma coerente con la funzione tipica attribuita al contratto collettivo. Senonché, tale coerenza è stata contestata da una parte della dottrina, che ha segnalato la difficoltà di conciliare le regole civilistiche in materia di recesso con la funzione normativa tipica del contratto collettivo¹⁰⁹.

l'esercizio della facoltà di recesso nei casi in cui le parti del contratto abbiano espressamente previsto tale facoltà, e non ad escludere l'esercizio di tale facoltà in mancanza di tale espressa previsione: così già Cass., Sez. lav., 16 aprile 1993, n. 4507, che ha aggiunto che ove le parti stipulanti il contratto non abbiano espressamente previsto la facoltà di recesso, non può ritenersi che le stesse abbiano implicitamente manifestato la volontà di escludere tale facoltà. In senso conforme, fra le altre: Cass., Sez. lav., 20 settembre 1996, n. 8360; Cass., Sez. Lav., 25 febbraio 1997, n. 1694; Cass., Sez. lav., 20 giugno 2001, n. 8429; Cass., Sez. lav., 20 settembre 2005, n. 18508; Cass., Sez. lav., 18 dicembre 2006, n. 27031; Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2021, n. 3671. Per la critica di tale argomento V. BAVARO, *op. cit.*, p. 56, 59 s.

106 Cass., Sez. lav., 18 ottobre 2002, n. 14827, da cui sono tratte le citazioni. In tal senso già Cass., Sez. lav., 1° luglio 1998, n. 6427. Tale indirizzo, che sembrava essere stato contraddetto da Cass., Sez. lav., 22 novembre 2010, n. 23614 (la quale, però, a ben vedere si collocava nell'ambito dell'orientamento più restrittivo in materia di effetti dell'atto di recesso: cfr. *infra*, nota 112), è stato confermato dalla giurisprudenza successiva: Cass., Sez. lav., 7 novembre 2018, n. 28456; Cass., Sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21537.

107 Cfr. ancora le sentenze citate *supra*, alle note 98 e 99.

108 Sul punto A. TURSI, *op. cit.*, p. 223 ss., avverte che il richiamo della disciplina prevista per i contratti in generale costituiva un passaggio obbligato al fine di riconoscere l'ammissibilità del recesso unilaterale dal contratto collettivo privo di termine di durata, in quanto tale istituto avrebbe dovuto considerarsi incompatibile rispetto «alla logica (almeno a quella attuale)» dell'ordinamento intersindacale; per una diversa opinione G. PROSPERETTI, *op. cit.*, p. 166.

109 M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 99, 116 s.; A. MARESCA, *Contratto collettivo e libertà di recesso, cit.*, p. 35 ss.; C. CARTA, *op. cit.*, p. 472 s., 476 ss. Rispetto a tale funzione il recesso diviene infatti un'«abrogazione (unilaterale) di norme»: A. TURSI, *op. cit.*, p. 195, 225 s. Anche per tale ragione una parte degli interpreti ha seguito il diverso metodo del ricorso alle valutazioni dell'ordinamento intersindacale: M. ESPOSITO, *L'efficacia nel tempo del contratto collettivo, cit.*, p. 97 ss.; A. TOPO, *op. cit.*, p. 823 ss. In base a tali valutazioni il recesso si configurerebbe «come uno degli elementi di cui è composto il naturale processo di negoziazione sindacale», ovvero «come

Le criticità si sono manifestate quando la giurisprudenza è stata chiamata a stabilire se il recesso dal contratto collettivo potesse giustificare la pretesa del datore di lavoro di applicare ai lavoratori alle proprie dipendenze, per il periodo successivo alla data del recesso, una nuova disciplina¹¹⁰ a lui più favorevole, e quindi meno favorevole per i lavoratori, di quella già prevista da tale contratto¹¹¹.

Secondo l'indirizzo più restrittivo, il recesso non potrebbe avere l'effetto di far cessare l'efficacia normativa del contratto collettivo nei confronti dei rapporti di lavoro già esistenti alla data del recesso¹¹² per i quali, quindi, la disciplina prevista da tale contratto, ove più favorevole per i lavoratori rispetto a quella che il datore di lavoro vorrebbe applicare, conserverebbe la sua efficacia vincolante anche successivamente alla data del recesso.

La giurisprudenza che appare prevalente ritiene invece che il recesso ordinario dal contratto collettivo possa avere anche l'effetto giuridico di far cessare l'applicazione delle regole previste da tale contratto anche in relazione ai rapporti di lavoro già esistenti alla data del recesso, trovando i diritti dei lavoratori tutela nello «stesso limite che incontrano le modifiche *in peius* delle condizioni contrattuali di trattamento, precedentemente in vigore»¹¹³. Ne deriva, sempre secondo questa giurisprudenza, che i lavoratori nei cui confronti il contratto collettivo trovava applicazione non possono continuare ad invocarlo quale fonte di regolamento del proprio rapporto di lavoro anche per il periodo successivo al recesso¹¹⁴, se non per quanto riguarda i «diritti quesiti»¹¹⁵, da considerare intangibili perché già «entrati in via definitiva nel patrimonio dei lavoratori medesimi»¹¹⁶. Con l'ulteriore conseguenza che il datore di lavoro, esercitando la facoltà di recesso dal contratto collettivo, potrebbe immediatamente pretendere

l'input iniziale di una nuova fase di trattative finalizzate alla conclusione di un nuovo accordo»: F. SANTINI, *La Cassazione fa il punto sulla libertà di forma della disdetta del contratto collettivo* (nota a Cass., Sez. lav., 4 aprile 2018, n. 8379), in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, n. 3, II, p. 906 ss., spec. p. 911 s., ove ulteriori riferimenti; e v. anche V. BAVARO, *op. cit.*, p. 59, 63, 74 ss.

110 Nel rispetto delle condizioni di efficacia soggettiva, ove la nuova disciplina sia di fonte sindacale: G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Ultrattività, risoluzione, disdetta, cit.*, p. 405 s.

111 Sul punto A. TURSI, *op. cit.*, p. 213, ove riferimenti.

112 Cass., Sez. lav., 7 marzo 2002, n. 3296, secondo la quale il recesso unilaterale dal contratto collettivo «comporta solo che l'imprenditore non ne sia vincolato in sede di stipulazione dei nuovi contratti individuali». In tal senso sembra anche Cass., Sez. lav., 22 novembre 2010, n. 23614.

113 Cass., Sez. lav., 1° luglio 1998, n. 6427.

114 Con la rilevante conseguenza che il recesso ha in tal modo anche l'effetto di impedire ai lavoratori di acquisire i diritti derivanti da fattispecie costitutive a formazione progressiva previste dal contratto collettivo le quali, al momento in cui tale contratto perde efficacia a seguito del recesso, non si siano ancora interamente realizzate.

115 Cass., Sez. lav., 20 agosto 2009, n. 18548. In tal senso v. già Cass., Sez. lav., 1° luglio 1998, n. 6427; Cass., Sez. lav., 18 ottobre 2002, n. 14827; Cass., Sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19351.

116 Cass., Sez. lav., 28 ottobre 2013, n. 24268. In tal senso v. già Cass., Sez. lav., 1° luglio 1998, n. 6427; Cass., Sez. lav., 20 giugno 2001, n. 8429. In senso conforme: Cass., Sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21537. Per la definizione dei diritti quesiti nell'ipotesi in cui il recesso riguardi

di applicare ai lavoratori alle proprie dipendenze anche una disciplina a lui più favorevole, e quindi meno favorevole per i lavoratori, di quella prevista da tale contratto¹¹⁷, con il solo limite dei diritti quesiti.

Pertanto, nonostante le indicazioni ricavabili dall'ordinamento normativo¹¹⁸, al pari di quelle ricavabili dall'ordinamento intersindacale¹¹⁹, potessero condurre ad individuare nel recesso ordinario dal contratto collettivo uno strumento negoziale diretto ad assicurare la "flessibilità tipica" della contrattazione collettiva¹²⁰, l'indirizzo che sembra prevalere in giurisprudenza finisce per rendere quel recesso uno strumento idoneo a soddisfare la pretesa del datore di lavoro di determinare, con un suo atto unilaterale, un "vuoto normativo"¹²¹ tale da consentire anche l'immediata applicazione di una disciplina peggiorativa, da lui unilateralmente stabilita o contenuta in un contratto collettivo stipulato da soggetti diversi da quelli che avevano stipulato il contratto precedente¹²². Il che consente di comprendere come il fondamentale ruolo che il contratto collettivo è in principio chiamato a svolgere¹²³ in funzione di riequilibrio dell'asimmetria di potere¹²⁴ immanente al rapporto di lavoro subordinato¹²⁵, possa essere vanificato se i limiti temporali dell'efficacia normativa del contratto collettivo possono essere influenzati dall'esercizio del potere del datore di lavoro¹²⁶.

l'accordo collettivo istitutivo di una forma pensionistica integrativa Cass., Sez. lav., 1° luglio 1998, n. 6427; A. TOPO, *op. cit.*, p. 819 ss.

117 E. GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 225.

118 Cfr. *supra*, nota 35.

119 Cfr. *supra*, nota 109, e *infra*, nota 153.

120 Cfr. *supra*, nota 56.

121 Analogo effetto, sempre in base all'indirizzo prevalente, avrebbe anche il recesso comunicato dall'organizzazione sindacale dei lavoratori firmataria del contratto collettivo. Una parte della dottrina ha quindi segnalato come tale indirizzo determini una criticità anche in relazione alla garanzia della libertà d'iniziativa economica, perché il recesso del sindacato impedirebbe al datore di lavoro di continuare ad applicare il contratto collettivo in funzione di disciplina efficiente dell'organizzazione di lavoro: V. BAVARO, *op. cit.*, p. 67 s.

122 Ciò spiega la rilevanza assunta dal recesso quale strumento di 'fuga' dei datori di lavoro dal contratto collettivo: cfr. *supra*, nota 89.

123 Ovvero il ruolo di limite alla concorrenza al ribasso sul mercato del lavoro: V. BAVARO, *op. cit.*, p. 65, 73, ove riferimenti.

124 A. PERULLI, V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 68, 79; e v. anche G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 13 s., 31, 41; L. MARIUCCI, *op. cit.*, p. 40 s.; R. VOZA, *Poteri dell'imprenditore e tutele del lavoratore a cinquant'anni dalla legge n. 300/1970*, in R. DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze, 2022, p. 183 ss., spec. p. 186.

125 A causa della preminente posizione socio-economica del datore di lavoro che è derivata dalla rivoluzione industriale: O. KAHN-FREUND, *op. cit.*, p. 14, 185.

126 Sul punto v. anche V. BAVARO, *op. cit.*, p. 54 s., 64 ss., 71, 80 s., il quale avverte che l'opinione che fa discendere dall'esercizio della facoltà di recesso l'«unilaterale disapplicazione della norma comune contrattuale» e, quindi, un «vuoto normativo contrattuale», finisce anche per determinare un *vulnus* alla libertà sindacale, la cui effettività richiede che possa essere esercitata senza il condizionamento del «ricatto del vuoto normativo».

Le criticità dell'indirizzo giurisprudenziale appena ricordato erano accentuate dall'orientamento che, in presenza di clausole di ultrattività convenzionale¹²⁷, riteneva che nel periodo di tale ultrattività il contratto collettivo si trasformasse in contratto a tempo indeterminato, come tale suscettibile di recesso ordinario¹²⁸. Tale orientamento è stato, però, superato dalla più recente giurisprudenza che ha escluso quella trasformazione e, quindi, l'ammissibilità del recesso¹²⁹.

Va, infatti, anche ricordato che, in virtù del principio generale elaborato dalla giurisprudenza, la facoltà di recesso ordinario non può essere legittimamente esercitata in relazione ai contratti collettivi che siano stipulati a tempo determinato¹³⁰, se non nell'ipotesi in cui sia stata «convenzionalmente pattuita»¹³¹. In mancanza di tale pattuizione, i contratti collettivi a tempo determinato consentono il recesso *ante tempus* soltanto per giusta causa¹³², in quanto ipotesi di «recesso straordinario»¹³³.

Per le diverse ipotesi in cui la facoltà di recesso ordinario può essere legittimamente esercitata¹³⁴, la giurisprudenza ha chiarito che tale facoltà spetta «esclusivamente alle parti stipulanti»¹³⁵. Tale facoltà spetta, quindi, normalmente «alle organizzazioni sindacali e datoriali» che abbiano stipulato il contratto collettivo, non anche «alle parti del rapporto di lavoro individuale» disciplinato da tale contratto¹³⁶. Pertanto, il datore di lavoro che volesse sottrarsi all'obbligo di applicare un determinato contratto collettivo quale fonte di regolamento dei rapporti di lavoro di cui egli sia parte¹³⁷, non potrebbe utilizzare lo strumento

127 Sulle quali *infra*, §6.

128 Sulle problematiche che ne derivavano cfr. V. BAVARO, *op. cit.*, p. 52 ss.

129 Cfr. *infra*, nota 175.

130 Cass., Sez. lav., 20 settembre 2005, n. 18508. In tal senso v. già Cass., Sez. lav., 16 aprile 1993, n. 4507. Pertanto, il recesso *ante tempus* dal contratto collettivo a tempo determinato può integrare una condotta antisindacale: Cass., Sez. lav., 17 novembre 2022, n. 33982; per ulteriori riferimenti G. PACCHIANA PARRAVICINI, *op. ult. cit.*, p. 401.

131 Cass., Sez. lav., 20 settembre 2005, n. 18508.

132 Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26663; Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26666; Cass., Sez. lav., ord. 17 ottobre 2024, n. 26927. In dottrina G. PACCHIANA PARRAVICINI, *op. cit.*, p. 401, favorevole al recesso *ante tempus* anche in caso di sostanziale modifica della situazione di fatto considerata dalle parti al momento della stipulazione del contratto collettivo, in quanto «recesso causale» e, quindi, straordinario.

133 La dottrina distingue il «recesso ordinario» dal «recesso straordinario», quest'ultimo ritenuto idoneo ad estinguere *ante tempus* anche il rapporto contrattuale per il quale le parti abbiano già previsto un termine di durata: G. PACCHIANA PARRAVICINI, *op. cit.*, p. 396, ove riferimenti.

134 E, quindi, sia le ipotesi di contratto collettivo privo di termine finale di durata, sia le ipotesi in cui, pur essendo stato stipulato a tempo determinato, il contratto collettivo preveda la facoltà di recesso ordinario.

135 Cass., Sez. lav., 19 aprile 2011, n. 8994. In tal senso v. già Cass., Sez. lav., 7 marzo 2002, n. 3296. In senso conforme: Cass., Sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21537; Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26666.

136 Cass., Sez. lav., 19 aprile 2011, n. 8994, da cui sono tratte le citazioni. Su tale aspetto anche V. BAVARO, *op. cit.*, p. 62, 79.

137 Il datore di lavoro potrebbe soddisfare tale suo interesse mediante condotte idonee a rimuovere i presupposti dell'applicabilità nei suoi confronti del contratto collettivo (ad esempio,

del recesso da tale contratto al fine di farne cessare l'efficacia normativa, se non nelle ipotesi in cui egli stesso possa esserne considerato parte, per averlo direttamente sottoscritto¹³⁸.

Sempre secondo la giurisprudenza, la decisione del datore di lavoro di esercitare la facoltà di recesso ordinario dal contratto collettivo avrebbe carattere discrezionale¹³⁹. La stessa giurisprudenza ha, però, precisato¹⁴⁰ che tale discrezionalità dev'essere comunque esercitata nel rispetto del principio generale di buona fede e correttezza *ex art.* 1375 c.c.¹⁴¹.

Peraltro, secondo la dottrina, la valutazione della legittimità dell'esercizio da parte del datore di lavoro della facoltà di recesso ordinario dal contratto collettivo, non dovrebbe essere limitata al profilo della correttezza¹⁴², perché si porrebbe anche la questione di valutare l'eventuale profilo di antisindacalità della sua condotta¹⁴³. A tale riguardo la giurisprudenza ha chiarito che la valutazione di antisindacalità non potrebbe fondarsi sulla sola circostanza che il datore di

mediante il recesso dall'associazione stipulante: Cass., Sez. lav., 31 ottobre 2013, n. 24575; Cass., Sez. VI., ord., 3 aprile 2017, n. 8647; Cass., Sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21537; per il recesso dalle clausole di rinvio al contratto collettivo contenute nei contratti individuali S.P. EMILIANI, *La clausola di rinvio dinamico al contratto collettivo fra autonomia privata, libertà di impresa e libertà sindacale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, n. 2, p. 687 ss.). La definizione di tali condotte non attiene, però, alla questione dei limiti temporali dell'efficacia normativa del contratto collettivo, ma alla diversa questione dei limiti della sua efficacia soggettiva.

138 Cass., Sez. lav., 19 aprile 2011, n. 8994, che ricorda in particolare l'ipotesi dei «contratti aziendali, stipulati dal singolo datore di lavoro e dai sindacati locali dei lavoratori e dai quali, ricorrendone i presupposti, anche il datore di lavoro, quale parte contrattuale, può recedere». In tal senso v. già Cass., Sez. lav., 7 marzo 2002, n. 3296. In senso conforme: Cass., Sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21537; Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26666.

139 Non spetta, quindi, al giudice valutare se le ragioni di convenienza, in base alle quali il datore di lavoro ha scelto di esercitare la facoltà di recesso dal contratto collettivo, siano fondate oppure no: Cass., Sez. lav., 22 aprile 2004, n. 7706.

140 In conformità alle indicazioni ricavabili dalla dottrina e dalla giurisprudenza che hanno elaborato in ambito civilistico il principio della generale facoltà di recesso dai contratti privi di termine di durata: per i riferimenti G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il recesso dal contratto collettivo*, cit., p. 13 ss.

141 Cass., Sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21537. In tale prospettiva la giurisprudenza ha ammesso la possibilità di sindacare la motivazione alla base della scelta del datore di lavoro di esercitare la facoltà di recesso, al fine di accertare l'eventuale «sviamento del potere di recesso dallo scopo che gli è proprio e di un suo uso contrario ai canoni di buona fede e correttezza»: Cass., Sez. lav., 22 aprile 2004, n. 7706. La possibilità di un esercizio abusivo della facoltà di recesso era già stata segnalata da A. MARESCA, *Contratto collettivo e libertà di recesso*, cit., p. 50 ss.

142 Una parte degli interpreti ha richiamato il principio di buona fede e correttezza per riconoscere la necessità che il recesso sia preceduto da un preavviso: A. TOPO, *op. cit.*, p. 830 ss., ove riferimenti; C. CARTA, *op. cit.*, p. 477; ritiene in ogni caso necessario il preavviso E. GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 228. La giurisprudenza ha chiarito che la mancanza di preavviso del recesso può determinare unicamente conseguenze di natura risarcitoria: Cass., Sez. lav., ord. 11 dicembre 2023, n. 34512.

143 S. CIUCCIOVINO, *Sulla libertà di recesso dal contratto collettivo a tempo indeterminato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, p. 616 ss., che ravvisa tale profilo nell'ipotesi in cui il recesso impedisca al

lavoro abbia comunicato il recesso da un contratto collettivo «senza la previa consultazione del sindacato stipulante»¹⁴⁴.

La giurisprudenza ha infine precisato che l'atto di recesso dal contratto collettivo non richiede per la sua validità la forma scritta¹⁴⁵. Tale conclusione è stata raggiunta, ancora una volta, con un approccio strettamente civilistico¹⁴⁶, ritenendo che il principio generale di libertà della forma in materia contrattuale¹⁴⁷ sia applicabile anche ai contratti collettivi di diritto comune¹⁴⁸ e, quindi, estendo tale libertà all'atto di recesso dal contratto collettivo in base all'ulteriore principio civilistico¹⁴⁹ secondo il quale la stessa regola sulla forma applicabile ad un contratto deve valere anche per gli atti diretti ad estinguere i suoi effetti¹⁵⁰. Spetta, quindi, alla parte interessata l'onere di dimostrare l'esistenza di un atto verbale di recesso dal contratto collettivo¹⁵¹. In ogni caso, a prescindere dalla forma che abbia assunto l'atto di recesso, spetta al giudice valutare se tale atto contenga un'idonea manifestazione della volontà di recedere¹⁵².

6. La questione dell'ultrattività

È già stato sopra ricordato che il contrasto di opinioni che, per lungo tempo, aveva diviso la giurisprudenza e la dottrina¹⁵³ in ordine alla possibilità di ritenere

sindacato «di affermare la propria posizione nel conflitto»; sul punto v. anche E. GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 226 s.

144 Cass., Sez. lav., 22 aprile 2004, n. 7706.

145 Con conseguente validità del recesso anche quando sia manifestato oralmente o per comportamento concludente: Cass., Sez. lav., 2 febbraio 2018, n. 2600. In senso conforme, fra le altre: Cass., Sez. lav., 4 aprile 2018, n. 8379.

146 F. SANTINI, *op. cit.*, p. 907.

147 L'opinione prevalente ricava tale principio dall'art. 1325, n. 4, c.c.: F. SANTINI, *op. cit.*, p. 910. Una parte degli interpreti ha avviato la critica a tale principio: C. CARTA, *op. cit.*, p. 476.

148 L'originario contrasto di opinioni (ricostruito nella motivazione di Cass., Sez. lav., 2 febbraio 2018, n. 2600) è stato in tal senso risolto da Cass., Sez. Un., 22 marzo 1995, n. 3318. Sul punto C. CARTA, *op. cit.*, p. 475 ss., ove riferimenti anche al dibattito dottrinale; F. SANTINI, *op. cit.*, p. 907 ss.

149 Ritenuto anch'esso, secondo l'opinione prevalente, di generale applicazione in materia contrattuale: F. SANTINI, *op. cit.*, p. 911 s., ove riferimenti.

150 Cass., Sez. lav., 2 febbraio 2018, n. 2600; Cass., Sez. lav., 4 aprile 2018, n. 8379.

151 Cass., Sez. lav., 2 febbraio 2018, n. 2600.

152 Cass., Sez. lav., 7 novembre 2018, n. 28456. Sui requisiti di idoneità cfr. anche G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Ultrattività, risoluzione, disdetta*, *cit.*, p. 399.

153 Una parte della dottrina ha ricavato dall'ordinamento intersindacale indicazioni a favore dell'ultrattività dei contratti collettivi di diritto comune: in tal senso v. M. ESPOSITO, *L'efficacia temporale del contratto collettivo nel sistema normativo corporativo*, *cit.*, p. 142 ss., che ha ravvisato in tale ordinamento una regola di ultrattività applicabile in mancanza di diversa volontà delle parti stipulanti; V. BAVARO, *op. cit.*, p. 65 ss., 71, 74 ss., 81 s., il quale segnala come le clausole dei contratti collettivi che ne disciplinano la durata si collochino nella «dimensione intersindacale» e rivelino come l'ultrattività possa corrispondere alla volontà dei soggetti di tale ordinamento «di dare stabilità al sistema contrattuale».

vigente anche per i contratti collettivi di diritto comune un principio di ultrattività dell'efficacia normativa¹⁵⁴ analogo a quello già previsto per i contratti collettivi corporativi¹⁵⁵, si è infine risolto con la prevalenza¹⁵⁶ dell'indirizzo in base al quale l'efficacia normativa del contratto collettivo di diritto comune può legittimamente cessare¹⁵⁷ anche nelle ipotesi in cui, per la mancanza di una diversa disciplina collettiva applicabile ai rapporti di lavoro, si determini un vuoto di tutela¹⁵⁸.

L'esclusione di una regola legale di ultrattività è stata giustificata non soltanto con il principio di libertà sindacale¹⁵⁹, ma anche richiamando l'esigenza¹⁶⁰ di garantire alle parti sindacali la possibilità di introdurre i necessari adattamenti agli «assetti di interessi raggiunti con le pattuizioni» quando risulti «mutata la situazione contingente»¹⁶¹.

La contrapposta esigenza di evitare un «vuoto di regolazione collettiva»¹⁶² non ha, però, perduto ogni rilevanza, perché è alla base di alcune precisazioni fornite dalla giurisprudenza.

154 Ovvero «il principio di permanente vigenza della norma comune collettiva»: V. BAVARO, *op. cit.*, p. 55, 64, 67, 71, 80 ss.

155 L'indirizzo giurisprudenziale favorevole all'applicazione di quel principio anche ai contratti collettivi di diritto comune, ha adottato anche argomenti diversi da quello basato sull'applicazione analogica dell'art. 2074 c.c.: cfr. A. TOPO, *op. cit.*, p. 801 ss., 808. Sono stati richiamati, oltre all'esistenza di una «consuetudine» di ultrattività (Cass., Sez. lav., 11 giugno 1987, n. 5119), sia il principio di «intangibilità del livello economico raggiunto», ritenuto ricavabile da alcune disposizioni costituzionali, sia la considerazione che, alla luce della «funzione di fonte normativa» tipicamente svolta dal contratto collettivo, una situazione di vuoto normativo sul piano della disciplina collettiva «contradirebbe, in maniera intollerabile, l'assetto della tutela del rapporto di lavoro attualmente raggiunto indubbiamente caratterizzato dalla centralità della dignità umana del lavoratore e dalla promozione di una sua effettiva, paritaria, partecipazione al contesto politico - sociale»: Cass., Sez. lav., 14 aprile 2003, n. 5908.

156 In virtù di Cass., Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11325, seguita dalla giurisprudenza successiva: G. PACCHIANA PARRAVICINI, *op. ult. cit.*, p. 405 ss.; A. TOPO, *op. cit.*, p. 806 ss.

157 A. TURSI, *op. cit.*, p. 213. Come precisato dalla giurisprudenza, la cessazione di efficacia «non pregiudica diritti già acquisiti dai lavoratori, ma impedisce unicamente la maturazione di nuovi diritti alla stregua del contratto scaduto»: Cass., Sez. lav., 9 maggio 2008, n. 11602.

158 Tale conclusione è stata motivata anche ritenendo che non sia ravvisabile «nel nostro ordinamento attuale un principio di necessaria regolazione collettiva dei rapporti di lavoro»: Cass., Sez. lav., 9 maggio 2008, n. 11602. In tal senso v. già A. TURSI, *La pretesa «ultrattività» del contratto collettivo di lavoro e l'incerto statuto teorico dell'autonomia collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, n. 1, I, p. 201 ss., spec. p. 205. Una parte della dottrina esclude, però, che tale argomento sia sufficiente a giustificare un vuoto normativo contrattuale V. BAVARO, *op. cit.*, p. 72 s.

159 Cass., Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11325; cfr. anche *supra*, nota 38.

160 Cui era già stata attribuita rilevanza al fine di riconoscere la facoltà di recesso ordinario dal contratto collettivo privo di termine finale: *supra*, §5.

161 Cass., Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11325, da cui sono tratte le citazioni. Per la diversa opinione, rimasta finora minoritaria, secondo la quale l'interesse all'adattabilità nel tempo della regolazione collettiva potrebbe essere salvaguardato anche garantendo l'ultrattività, M. ESPOSITO, *L'efficacia nel tempo del contratto collettivo*, *cit.*, p. 101 s.; nonché V. BAVARO, *op. cit.*, p. 65 ss., che richiama in tal senso la disciplina intersindacale dei rinnovi contrattuali.

162 M. ESPOSITO, *L'efficacia temporale del contratto collettivo nel sistema normativo corporativo*, *cit.*, p. 144 ss.; v. anche V. BAVARO, *op. cit.*, p. 70 ss.; ma in senso critico E. GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 224.

La giurisprudenza ha, infatti, stabilito che anche successivamente al momento in cui, a causa della scadenza del termine di durata o dell'esercizio della facoltà di recesso, il contratto collettivo non possa più valere quale diretta fonte di regolamento dei rapporti individuali di lavoro, le sue «clausole di contenuto retributivo» possono conservare rilevanza ai sensi dell'art. 36 Cost., impedendo «una riduzione del trattamento economico rispetto al livello retributivo già goduto»¹⁶³. Una parte degli interpreti esclude, però, che si tratti di un'ipotesi di ultrattività¹⁶⁴, perché il giudice, utilizzando le clausole retributive del contratto scaduto quale parametro del minimo retributivo costituzionale, applica quale fonte del regolamento contrattuale la disposizione del primo comma dell'art. 36 Cost. e non direttamente tali clausole.

La giurisprudenza riconosce, però, anche la possibilità di un'ultrattività convenzionale in presenza delle clausole, divenute frequenti nella pratica¹⁶⁵, con cui le parti stipulanti il contratto collettivo disciplinano meccanismi diretti a conservare l'efficacia normativa di tale contratto pur dopo l'esercizio della facoltà di recesso¹⁶⁶ o la scadenza del termine finale in esso previsto. La giurisprudenza riconosce, infatti, la legittimità di tali clausole ritenendo che il contratto collettivo di diritto comune, coerentemente con la sua natura di manifestazione dell'autonomia privata, possa essere regolato dalla libera volontà delle parti stipulanti anche per quanto attiene alla previsione di meccanismi di ultrattività convenzionale¹⁶⁷.

Fra le clausole di ultrattività convenzionale assumono particolare rilevanza quelle c.d. di «tacito rinnovo»¹⁶⁸, che prevedono che alla scadenza del termine

163 Cass., Sez. lav., 31 ottobre 2013, n. 24575, da cui sono tratte le citazioni. In senso conforme v. già: Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2000, n. 1576; Cass., Sez. lav., 20 giugno 2001, n. 8429, che precisa che la garanzia di conservazione del livello retributivo rilevante ex art. 36 Cost. «non comprende automaticamente tutto il complessivo trattamento contrattuale, bensì solo quello che è stato definito il c.d. minimo costituzionale»; Cass., Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11325; nonché Cass., Sez. lav., 7 novembre 2013, n. 25062. Per ulteriori riferimenti A. TOPO, *op. cit.*, p. 804 s.

164 A. Tursi, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 215; E. GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 222 s.; C. Carta, *op. cit.*, p. 471.

165 M. ESPOSITO, *L'efficacia nel tempo del contratto collettivo*, cit., p. 95; non era così in passato: A. Tursi, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 212.

166 La giurisprudenza ha chiarito che il contratto collettivo, nel disciplinare gli effetti del recesso, può legittimamente stabilire che il contratto continui ad avere efficacia di fonte di regolamento dei rapporti di lavoro anche successivamente alla data del recesso, sino a quando non sia sostituito in tale ruolo da un altro contratto collettivo: Cass., Sez. lav., 19 aprile 2011, n. 8994.

167 Cass., Sez. lav., 5 maggio 1998, n. 4534; in senso conforme, fra le più recenti, Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2021, n. 3671; Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26666. Tale orientamento ha trovato ampio consenso nella dottrina tuttora prevalente, secondo la quale, in un sistema basato sul principio di libertà sindacale, va riconosciuta alle parti stipulanti anche la facoltà di disporre delle coordinate temporali degli effetti del contratto collettivo: per i riferimenti M. ESPOSITO, *L'efficacia nel tempo del contratto collettivo*, cit., p. 95; e v. anche G. PROSPERETTI, *op. cit.*, p. 165 s.; E. GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 225.

168 V. BAVARO, *op. cit.*, p. 58 nt. 17, ove riferimenti.

finale di efficacia il contratto collettivo si rinnovi per una durata temporale uguale a quella inizialmente pattuita e, allo stesso tempo, attribuiscono alle parti la facoltà di impedire tale rinnovo comunicando, anteriormente alla scadenza del termine, una «disdetta»¹⁶⁹. A quest'ultima lo stesso contratto collettivo può attribuire l'ulteriore effetto di conservarne l'efficacia normativa anche oltre la scadenza del termine, fino al momento in cui tale contratto sia sostituito da un nuovo contratto collettivo¹⁷⁰.

L'ultrattività dell'efficacia normativa che in tal modo si realizza, ha determinato due delicate questioni in ordine agli strumenti utilizzabili per farla cessare¹⁷¹. La prima questione attiene alla possibilità di ritenere che il contratto, pur se inizialmente stipulato a tempo determinato, per effetto del meccanismo di ultrattività convenzionale si trasformi in un contratto collettivo a tempo indeterminato, con la conseguente ammissibilità del recesso ordinario¹⁷². Nonostante l'opinione favorevole di una parte degli interpreti¹⁷³, la giurisprudenza, utilizzando ancora una volta il metodo della applicazione delle categorie del diritto generale dei contratti¹⁷⁴, ha accolto una soluzione negativa, affermando che la clausola diretta a conservare l'efficacia normativa di un contratto collettivo pur dopo la scadenza del termine e fino alla stipulazione di un nuovo contratto collettivo, manifesti la volontà delle parti stipulanti di fissare un nuovo termine finale di tale efficacia¹⁷⁵, con conseguente esclusione della facoltà di recesso ordinario prima della scadenza del nuovo termine¹⁷⁶. La seconda questione, non

169 V. BAVARO, *op. cit.*, p. 53, 59.

170 Su tali clausole v. anche G. PACCHIANA PARRAVICINI, *op. cit.*, p. 410 ss.

171 Una questione diversa da quelle di cui si sta per dire, pur se ad esse collegata, è quella che attiene alla possibile efficacia retroattiva del contratto collettivo *superveniens*, e quindi ai limiti entro cui può ammettersi che tale contratto modifichi la disciplina collettiva nel frattempo ultrattiva: A. TURI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, *cit.*, p. 250, nt. 209. Questione, quest'ultima, da risolvere in base ai principi già sopra ricordati: §3.

172 In base a tale interpretazione, la clausola di ultrattività sarebbe considerata «una mera clausola di conversione della durata del contratto collettivo», e l'originaria «clausola di apposizione del termine» come «una clausola temporaneamente limitativa della libertà di recesso unilaterale»: cfr., in senso critico, V. BAVARO, *op. cit.*, p. 54, 57, 60.

173 Per i riferimenti V. BAVARO, *op. cit.*, p. 53 s.

174 La giurisprudenza ha in particolare valorizzato la distinzione, propria del diritto civile italiano, fra termine finale di durata e condizione: Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2021, n. 3671; Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2021, n. 3672; Cass., Sez. lav., ord. 16 dicembre 2021, n. 40409; Cass., Sez. lav., 17 novembre 2022, n. 33982.

175 Cass., Sez. lav., 12 febbraio 2021, n. 3671, secondo la quale si tratta di termine finale «indeterminato nel “quando”», ovvero privo di una precisa collocazione cronologica. Tale soluzione, pur se criticata da una parte della dottrina (A. TURI, *La trappola dell'ultrattività: dal contratto collettivo a tempo determinato, scaduto e ultrattivo, non è possibile recedere?*, in *La Dir. Eur.*, 2021, n. 2) si è consolidata nella giurisprudenza successiva: Cass., Sez. lav., ord. 16 dicembre 2021, n. 40409; Cass., Sez. lav., 17 novembre 2022, n. 33982; Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26663; Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26666; Cass., Sez. lav., ord. 17 ottobre 2024, n. 26927.

176 Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26663; Cass., Sez. lav., ord. 14 ottobre 2024, n. 26666.

meno rilevante, attiene alla possibilità di ritenere che l'effetto di sostituzione del contratto collettivo, cui la clausola in esso contenuta colleghi la cessazione dell'ultrattività, si realizzi anche quando il nuovo contratto collettivo non sia stato sottoscritto dalle stesse parti che avevano sottoscritto quello ultrattivo¹⁷⁷.

Peraltro, la giurisprudenza ammette che la volontà negoziale di conservare l'efficacia normativa di un contratto collettivo possa essere manifestata anche tacitamente, e quindi per *facta concludentia*¹⁷⁸, come nel caso di persistente applicazione delle sue clausole «come se fossero vigenti»¹⁷⁹. Anche per questa ipotesi si pone, quindi, la questione di stabilire se il contratto collettivo che fosse stato stipulato a tempo determinato si trasformi, per effetto dell'ultrattività convenzionale tacitamente disposta, in un contratto collettivo a tempo indeterminato¹⁸⁰.

177 La giurisprudenza si è espressa in senso negativo, escludendo che il contratto collettivo *supervenienti* possa avere l'effetto di sostituzione quando non sia stato sottoscritto da tutte le organizzazioni sindacali che avevano aderito al precedente contratto: Cass., Sez. lav., ord. 16 dicembre 2021, n. 40409.

178 Come quando le parti abbiano «proseguito nella applicazione del contratto collettivo pur dopo la scadenza fissata»: Cass., Sez. lav., 25 maggio 2012, n. 8288; e v. già Cass., Sez. lav., 9 maggio 2008, n. 11602.

179 G. PACCHIANA PARRAVICINI, op. cit., p. 410; e v. anche A. TURSI, Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro, cit., p. 213; M. ESPOSITO, L'efficacia nel tempo del contratto collettivo, cit., p. 95; A. TOPO, op. cit., p. 802; V. BAVARO, op. cit., p. 57; E. GRAGNOLI, op. cit., p. 223.

180 La trasformazione è stata riconosciuta nell'ipotesi in cui dal comportamento concludente che determina l'ultrattività non si ricavi, neppure implicitamente, l'intenzione delle parti di prolungare l'efficacia del contratto soltanto per un'eguale durata di quella originaria: Cass., Sez. lav., 10 novembre 2000, n. 14613.

L'organizzazione sindacale nei luoghi di lavoro: le rappresentanze sindacali aziendali (RSA) e le rappresentanze sindacali unitarie (RSU)

Laura Tebano

SOMMARIO: 1. Il contesto storico e la *ratio* della scelta promozionale. – 2. La costituzione delle RSA. – 3. L'originaria formulazione dell'art. 19 St. Lav.: la rappresentatività presunta e quella effettiva. – 4. L'art. 19 St. lav. nella giurisprudenza costituzionale. – 5. Le rappresentanze sindacali unitarie: la disciplina contrattuale.

1. Il contesto storico e la *ratio* della scelta promozionale

Perno della normativa di sostegno dell'attività sindacale in azienda (di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori) è l'art. 19 dedicato alla costituzione di rappresentanze sindacali aziendali (d'ora in poi RSA). Con la legge 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori, d'ora in poi St. lav.), il legislatore ha inteso sostenere e promuovere l'attività del sindacato in azienda, intervenendo su due fronti: con le previsioni di cui al titolo II, ha ribadito l'operatività del principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1, Cost. nei luoghi di lavoro; con le previsioni contenute nel titolo III ha attribuito a soggetti collettivi selezionati (le RSA) prerogative ulteriori che implicano un vincolo di cooperazione in capo all'imprenditore.

La soluzione adottata in Italia non si traduce in una regolazione dell'attività sindacale, ma non si risolve neppure nel riconoscimento del diritto dei lavoratori di organizzarsi collettivamente e di agire liberamente nei luoghi di lavoro. A un primo livello di tutela, assicurato a qualsivoglia organizzazione sindacale (e condensato nel titolo II), si aggiunge il conferimento, a una cerchia ristretta di soggetti, di una serie di diritti specifici (e addizionali) che sono conferiti a prescindere dalle dinamiche dei rapporti di forza e che comportano, in capo al datore di lavoro, un vincolo di collaborazione al proficuo esito di alcune attività del sindacato all'interno del complesso produttivo.

Proprio in ragione della loro spiccata intrusività, i diritti sindacali di cui al titolo III non sono riconosciuti a qualsiasi organizzazione dei lavoratori presente in azienda, ma soltanto alle RSA la cui costituzione è riservata ai sindacati in possesso dei requisiti fissati nell'art. 19 St. lav. (norma di apertura del titolo III,

St. lav.). La delimitazione delle associazioni sindacali nel cui ambito possono essere costituite le RSA rappresenta il frutto di un complesso *iter* legislativo, specchio di una divaricazione profonda tra gli schieramenti politici sulla gestione delle lotte operaie e sul ruolo d'ordine del sindacato¹. La legge (preceduta da un dibattito decennale) si colloca, infatti, a ridosso di un periodo storico denso di fermenti e tensioni e poggia su alcune scommesse con la realtà: prima tra tutte quella di ritenere che il sindacato possa, anche per il tramite della promozione legislativa, garantire la "legalità" delle lotte di fabbrica².

Lo Statuto dei lavoratori rappresenta, quindi, uno strumento funzionale alla realizzazione di un piano riformista che, nonostante la difficile praticabilità, figurava impellente (per la necessità di una mediazione dello scontro di classe) e attendibile (per la disponibilità dei vertici sindacali alla formulazione concordata di un "efficiente" piano di sviluppo di lungo periodo).

Di qui l'adozione di una soluzione volutamente compromissoria e dettata da istanze contrapposte: conferire espressione normativa agli organismi sorti spontaneamente nei luoghi di lavoro nel corso dell'autunno caldo sindacale (1968-1969); e impedirne una degenerazione eversiva, facendoli rifluire nell'alveo del sindacato organizzato³. La scelta di politica del diritto sottostante l'art. 19 consiste, dunque, nel rafforzare la presenza e l'attività nei luoghi di lavoro di organismi collegati non già a qualsivoglia sindacato, bensì ad associazioni sindacali capaci di governare il conflitto sociale e di smorzare gli aspetti rivoluzionari dei movimenti di contestazione in quanto dotate di indubbia capacità rappresentativa. Come dire che l'attività sindacale dentro l'azienda viene promossa e sostenuta per via legislativa in quanto *guidata e indirizzata* da organizzazioni sindacali *esterne* all'azienda, particolarmente qualificate sul piano della rappresentatività.

Al contempo, il raccordo tra la RSA e l'associazione sindacale esterna, come attesta la genericità dell'indicazione normativa (condensata nell'espressione *nell'ambito*) e l'assenza di formalismi (v. *infra* § 2), figura elastico. Proprio l'indeterminatezza del collegamento conferisce originalità all'inquadramento dell'organismo di rappresentanza italiano che resta unico e di matrice sindacale. A differenza di quanto accade nei sistemi giuridici di alcuni Paesi europei continentali, ove

1 Sul contesto storico, il recesso dell'ondata eversiva e il ritorno in forze del sindacato tra la primavera e l'estate del 1969, G.F. MANCINI, *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *Politica del diritto*, 1970, p. 57 ss.; G.F. MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 187. E v. *La rappresentanza professionale e lo Statuto dei lavoratori. Atti del Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*, Perugia 22-23 maggio 1970, Milano, Giuffrè, 1971.

2 M. RICCIARDI, *Il processo di formazione dello Statuto dei lavoratori*, in T. TREU (coord.), *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro. L'uso politico dello Statuto dei lavoratori*, Bologna, il Mulino, 1975, 59 ss., spec. p. 111. Con riguardo al c.d. autunno caldo, che ripropone con violenza l'irrisolto problema della democrazia in azienda, scrive U. ROMAGNOLI: questa volta, è il legislatore ad assumersi il compito di sciogliere il nodo perché, se la democrazia non entra nelle fabbriche, uscirà dal Paese (*Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, p. 111).

3 R. DE LUCA TAMAJO, A. ALAIMO, *Rappresentanza sindacale aziendale*, in *Enc. Dir.*, 1987, p. 610.

coesistono, secondo la logica del c.d. *doppio canale*, due organismi (con una separazione di funzioni: ad esempio l'organo di rappresentanza generale di tipo elettivo svolge funzioni consultive e *lato sensu* partecipative, mentre il canale sindacale svolge funzioni di contrattazione collettiva), la RSA riflette un singolare modello a canale unico perché si tratta di una struttura di rappresentanza, agganciata al sindacato esterno, che cumula le funzioni di rappresentanza dei lavoratori (i quali assumono l'iniziativa di costituzione) e quelle tipicamente sindacali.

2. La costituzione delle RSA

Chiarito che le RSA sono *terminali dentro* l'azienda di *alcuni* sindacati esterni e che i diritti del titolo III sono circoscritti alle imprese che raggiungono determinate *soglie dimensionali* (indicate nell'art. 35 St. lav.⁴), va ribadito che la previsione statutaria non offre indicazioni in ordine alle modalità procedurali di costituzione della RSA: il sostegno legislativo risulta sprovvisto di qualsiasi ambizione di conformazione o irrigidimento strutturale⁵. Ciò che si richiede è “soltanto” un collegamento tra l'organismo sindacale che opera all'interno dei luoghi di lavoro e l'organizzazione sindacale esterna⁶. Tale collegamento può manifestarsi per esempio mediante un formale riconoscimento della RSA come struttura di base del sindacato esterno (fermo restando che, come si dirà, l'eventuale designazione del sindacato da sola non basta essendo sempre necessaria una qualche investitura dal basso e cioè dalla base dei lavoratori⁷); oppure può

4 La previsione statutaria è così formulata: «Per le imprese industriali e commerciali, le disposizioni del titolo III, ad eccezione del primo comma dell'articolo 27, della presente legge si applicano a ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupa più di quindici dipendenti. Le stesse disposizioni si applicano alle imprese agricole che occupano più di cinque dipendenti». Ai sensi del co. 2, poi si prevede che: «Le norme suddette si applicano, altresì, alle imprese industriali e commerciali che nell'ambito dello stesso comune occupano più di quindici dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano più di cinque dipendenti anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti. L'ultimo comma rimette alla contrattazione collettiva l'applicazione dei principi di cui alla presente legge alle imprese di navigazione per il personale navigante». Sulle diverse interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali delle articolazioni imprenditoriali ammesse a costituire un'unità produttiva secondo l'art. 35 St. lav., v. A. DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali: l'unità produttiva nell'impresa frammentata*, in *Labour & Law Issues*, Vol. 5, No. 2, 2019, p. 103 ss.

5 C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972, p. 243; G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 324.

6 R. DE LUCA TAMAJO, A. ALAIMO, *Rappresentanza sindacale aziendale*, cit., p. 609 s. secondo cui il riferimento sia al raccordo con l'associazione esterna sia all'iniziativa dei lavoratori riflette la volontà del legislatore di garantire un «*minimum* di istituzionalizzazione delle nuove realtà organizzative aziendali» e di evitare «costituzioni di rappresentanze sindacali aziendali o designazioni di rappresentanti provenienti esclusivamente da strutture sindacali esterne».

7 Occorre cioè la presenza di (non meglio definiti e formalizzati) collegamenti delle oo.ss. con i lavoratori dell'unità produttiva.

emergere dalla struttura organizzativa del sindacato esterno, di cui la RSA costituisce un'articolazione. Basta, insomma, la presenza di un qualche (non definito e non regolamentato) collegamento col sindacato esterno tanto nel momento genetico perché il suo assenso è condizione imprescindibile per la nomina della RSA, quanto con riferimento al momento funzionale perché la RSA può agire come tale «solo se la sua designazione è fatta propria da un sindacato»⁸. Al contempo quest'ultimo è libero di validarne (o di non validarne), nelle modalità più disparate, la costituzione perché manca una disciplina legale relativa alla comunicazione della nomina al datore di lavoro⁹.

L'assenza di formalismi connota anche il requisito dell'iniziativa dei lavoratori che figura elastico¹⁰: accanto a forme di collegamento che possono consistere in un formale atto propulsivo dal basso, si collocano ipotesi di iniziative della base che si risolvono in una richiesta o delega diretta alle organizzazioni esterne e persino in una non equivoca appropriazione dell'attività costitutiva proveniente da un sindacato. È sufficiente che ci sia *un qualche input* dal basso, con il duplice effetto che il datore di lavoro non potrà realizzare alcun controllo, né sindacare le modalità di interazione tra la base e le oo.ss.¹¹; e che la carenza di collegamento con i lavoratori non potrà desumersi da elementi come il mancato ricorso al metodo elettorale e la designazione delle RSA da parte delle oo.ss.¹².

8 Cass. 16 giugno 2000, n. 8207; Trib. Roma 13 giugno 2003; Trib. Milano 23 maggio 1993; Trib. Milano 29 ottobre 1994 e Trib. Milano 10 febbraio 1995. E v. Trib. Novara, 2 agosto 2019, n. 153. Nel senso del carattere condizionante del suggello sindacale per il perfezionamento e l'efficacia della nomina, M. GRANDI, G. PERA, *Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1985, p. 97. Sulla necessità della comunicazione al datore di lavoro della costituzione delle RSA ai fini dell'esercizio dei poteri conferiti dal titolo III, C. CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 1993, p. 202.

9 Pret. Reggio Emilia decreto 26 novembre 1977. Parallelamente, in difetto della richiesta comunicazione, la nomina non è opponibile al datore, v. Cass., 5 marzo 1998, n. 2458.

10 Tale condizione - frutto di un provvidenziale emendamento introdotto dal Senato - mirava, come sottolineato da Mancini, a evitare che la normativa sui sindacati apparisse autosufficiente, o meglio, tale da trovare in se stessa la propria giustificazione, per configurarla come unicamente funzionale alla tutela della libertà e della dignità dei lavoratori. Cfr. G.F. MANCINI, *Art. 19*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI (coord.), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, Zanichelli, 1972, p. 340. Diversamente ritiene che l'iniziativa dei lavoratori rappresenti un requisito «al quale solo le scelte organizzative dei sindacati che hanno diritto a costituire la rappresentanza possono dare identità», P. BELLOCCHI, *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *Giorn. dir. lav.*, 2011, p. 543.

11 In senso contrario Trib. Termini Imerese decreto 16 febbraio 2018, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 1235, con nota di L. TEBANO, *Costituzione di RSA: a chi spetta controllare la regolarità del procedimento?*

12 Nel senso che l'atto di iniziativa non dev'essere formalizzato Cass. 16 giugno 2000, n. 8207. E v. anche Cass. 23 maggio 1991, n. 5801.

3. L'originaria formulazione dell'art. 19 St. Lav.: la rappresentatività presunta e quella effettiva

L'originaria formulazione dell'art. 19 circoscriveva la costituzione delle RSA nell'ambito di associazione individuate in base a due requisiti di rappresentatività: a) associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale; b) associazioni, non aderenti alle predette confederazioni, ma che siano firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva.

Il filtro di cui alla lett. a) rispecchiava una rappresentatività storica o presunta nel senso che la selezione del sindacato esterno veniva fondata su un dato (l'affiliazione alle maggiori confederazioni) che si traduceva in una sorta di rappresentatività per luce riflessa (o "per induzione"¹³): la costituzione di RSA richiedeva il collegamento a sindacati esterni la cui rappresentatività non era diretta, ma scaturiva *automaticamente* dall'essere agganciati a una delle storiche confederazioni sindacali. Di conseguenza nessun rilievo veniva attribuito alla rappresentatività diretta dell'associazione e alle adesioni sul piano locale: neutro ai fini della costituzione di RSA era, cioè, il seguito in azienda; decisiva per contro l'adesione dell'associazione stessa alle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative.

L'accertamento della maggiore rappresentatività confederale passava attraverso un giudizio di tipo qualitativo e quantitativo. In assenza di un'indicazione normativa dei parametri di verifica della maggiore rappresentatività, dottrina e giurisprudenza avevano innanzitutto chiarito che il giudizio di rappresentatività non sottendeva una comparazione tra le diverse confederazioni sindacali, ma una verifica della reale forza rappresentativa dell'associazione sindacale¹⁴. E, sulla scorta di alcuni dati di esperienza, erano stati individuati una serie di criteri rivelatori da utilizzare congiuntamente: il numero degli iscritti, la presenza in una pluralità di categorie professionali, la diffusione sul territorio nazionale, l'effettivo esercizio dell'attività di contrattazione, la capacità di governare la mobilitazione in occasione degli scioperi¹⁵.

Quanto al criterio indicato nella lett. b), va innanzitutto rammentato che lo stesso riguardava quei sindacati dotati di una rappresentatività effettiva (o

13 M. GRANDI, *Il problema della «maggiore rappresentatività» sindacale davanti alla Corte costituzionale (nella questione del Sinquadri)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, p. 141 ss.

14 G. GIUGNI, P. CURZIO, *Commento all'art. 19*, in G. GIUGNI (coord.), *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 317. Di diverso avviso G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, Cedam, 1981, p. 75. Cass. 21 febbraio 1984, n. 1256; Cass. 18 luglio 1984, n. 4218; Cass. 28 ottobre 1981, n. 5664.

15 Per un quadro delle posizioni di dottrina e giurisprudenza sui criteri di identificazione della maggiore rappresentatività, V. DI CERBO, D. SIMEOLI, *Art. 19*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, M. MARESCA (coord.), *Diritto del lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2014, p. 1121 ss.

tecnica), cosiddetta perché ancorata al dato oggettivo della sottoscrizione di contratti collettivi di livello nazionale o provinciale applicati nell'unità produttiva. Il filtro residuale valeva, cioè, a scongiurare il rischio di "tagliare fuori" realtà sindacali prive di legami confederali (o comunque affiliate a confederazioni *non* maggiormente rappresentative¹⁶) e nondimeno dotate di una forza e di una rappresentatività dimostrate sul campo mediante la partecipazione al procedimento di formazione e alla firma di contratti collettivi di un certo livello (nazionale o provinciale).

Eppure, l'impianto originario dell'art. 19 St. lav. finiva comunque col penalizzare il sindacalismo aziendale: la formulazione originaria dell'art. 19 negava la legittimazione a costituire una propria RSA a quei sindacati la cui rappresentatività trovava evidenza esterna nella stipulazione di contratti collettivi di livello aziendale. Di qui la rivisitazione della norma statutaria mediante il referendum dell'11 giugno 1995, sfociato nell'integrale abrogazione della lett. a) e nella parziale modifica della lett. b) con la cancellazione dell'inciso «non affiliate alle predette confederazioni» e degli aggettivi «nazionali o provinciali»¹⁷. Corollario del referendum era, nelle intenzioni dei referendari, un allargamento della portata normativa della previsione legale perché da un lato veniva meno il criterio selettivo della maggiore rappresentatività delle confederazioni, dall'altro restava in piedi il filtro, ancorato al dato tecnico della sottoscrizione di un contratto collettivo, ma depurato del riferimento al livello contrattuale qualificato essendo sufficiente la firma di un contratto collettivo di qualsiasi livello (anche aziendale).

L'impatto dell'abrogazione parziale dell'art. 19 era, tuttavia, solo apparentemente dirompente perché, come rilevato da Gino Giugni, «i sindacati che firmano i contratti, normalmente appartengono alle confederazioni maggiormente rappresentative, le quali perciò escono dalla porta e rientrano dalla finestra»¹⁸. Al contempo il nuovo art. 19 risultava foriero di uno stravolgimento della *ratio* della normativa perché mentre «nell'originaria concezione statutaria l'attribuzione di diritti sindacali era indirettamente funzionale alla promozione delle RSA, nella veste di agenti negoziali, (...) ora le rappresentanze sindacali nascono sempre dopo la sottoscrizione del contratto, non prima, sicché la dote di diritti sindacali loro imputata servirà essenzialmente ad amministrarlo, piuttosto che a stipularlo»¹⁹.

16 R. DE LUCA TAMAJO, A. ALAIMO, *Rappresentanza sindacale aziendale*, cit., p. 614.

17 Invero, oltre al quesito referendario indicato nel testo e che ha avuto esito positivo, fu proposto un altro quesito (con esito negativo) diretto a eliminare qualsiasi filtro selettivo (diretto cioè ad abrogare tanto la lett. a quanto la lett. b dell'art. 19).

18 G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci, 2006, p. 68.

19 Cfr. P. CAMPANELLA, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 152 ss., spec. e ivi ampi riferimenti bibliografici.

4. L'art. 19 St. lav. nella giurisprudenza costituzionale

L'art. 19 è stato più volte vagliato dalla Corte costituzionale: la prima a distanza di pochi anni dalla sua entrata in vigore, l'ultima nel 2013 in un contesto di contrattazione collettiva c.d. separata; e nuovi dubbi di legittimità costituzionale si rinven- gono nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Modena del 14 ottobre 2024.

Muovendo dalla formulazione originaria dell'art. 19, nella prima sentenza (n. 54 del 1974) la Consulta ha escluso il contrasto dell'art. 19 con gli artt. 39 e 3 della Costituzione. Per un verso, infatti, si rileva che la libertà sindacale, garantita dall'art. 39, co. 1, viene attuata dall'art. 14 St. lav. che assicura a tutti i lavoratori il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sin- dicali all'interno dei luoghi di lavoro. Ne deriva che, rispetto al godimento dei diritti previsti dagli artt. 15, 16 e 18 da parte di *qualsiasi organizzazione sindacale* costituita in base all'art. 14, i diritti sindacali di cui al Titolo III figurano *ulteriori e aggiuntivi*. Per altro verso, la Consulta rigetta la censura relativa all'art. 3 Cost. in quanto i requisiti legali atti a selezione i soggetti privilegiati sono il frutto di una *scelta razionale e consapevole* diretta a «circoscrivere le rsa in un ambito nel quale ai poteri ad esse riconosciuti faccia riscontro un'effettiva capacità di rappresen- tanza degli interessi sindacali».

Anche successivamente la Consulta ha confermato la legittimità costituzio- nale dell'art. 19. In particolare, nella sentenza n. 334 del 1988 viene respinto il presunto contrasto con l'art. 39: è vero che la norma statutaria adotta il criterio della maggiore rappresentatività riferita al *livello confederale in luogo di quello cate- goriale*, ma è altrettanto vero che nella disposizione costituzionale l'individuazione del livello categoriale «è strettamente funzionale all'obiettivo di pervenire alla stipulazione di contratti collettivi dotati di efficacia *erga omnes*». Esclusa la con- trapposizione tra confederazione e sindacato di categoria, viene respinta pure la censura relativa all'indice di identificazione della confederazione maggiormente rappresentativa (vale a dire la presenza *pluricategoriale*) che mette fuori gioco le organizzazioni confederali di tipo *monocategoriale*. E ciò in quanto il legislatore del 1970, nel conferire diritti ulteriori rispetto a quelli assicurati alla generalità delle associazioni sindacali, ha compiuto una scelta ben precisa «favorire un processo di aggregazione di coordinamento degli interessi dei vari gruppi professionali, anche al fine di ricomporre le spinte particolaristiche in un quadro unitario»²⁰.

La legittimità costituzionale della formulazione originaria dell'art. 19 viene ribadita nella sentenza n. 30 del 1990, ma con l'occasione la Corte costituzionale segnala che la forte divaricazione e diversificazione degli interessi e le incisi- ve trasformazioni verificatesi nel sistema produttivo hanno *ridotto l'idoneità* del

20 Nonché di dotare le oo.ss. di strumenti idonei a pervenire a una sintesi tra istanze rivendica- tive di tipo microeconomico e di tipo macroeconomico ed, insieme, di ricordare l'azione di tutela delle classi lavoratrici con la considerazione di interessi potenzialmente divergenti, quali, in particolare, quelli dei lavoratori non occupati.

modello disegnato nella norma statutaria *a rispecchiare l'effettiva rappresentatività* delle associazioni sindacali. Di qui il monito al legislatore di apprestare *nuove regole* capaci di valorizzare l'effettivo consenso come metro di democrazia nei rapporti tra lavoratori e sindacato, così da allargare le maglie di accesso ai diritti sindacali di cui al Titolo III alle associazioni sindacali che, mediante un'incisiva azione, pervengano a significativi livelli di consenso.

Anche la versione post referendaria dell'art. 19 è stata più volte vagliata dalla Corte costituzionale. Nelle sentenze rese all'indomani del giugno 1995 (n. 492 del 1995, n. 244 del 1996 e n. 345 del 1996) l'attenzione si è concentrata su due aspetti: l'idoneità del filtro negoziale a misurare la forza dell'o.s. e il potere di accreditamento negoziale del datore di lavoro. Con riguardo al primo profilo si conferma la legittimità della norma che valorizza l'effettività dell'azione sindacale (desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva) e riflette la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale. Con riguardo al potere di accreditamento si paventa il rischio che, essendo ormai lo strumento negoziale unico requisito per il riconoscimento della rappresentatività, il datore di lavoro possa sostanzialmente decidere a chi aprire la porta di accesso ai diritti e alle prerogative di cui al Titolo III, così condizionando l'autonomia dei sindacati. In altre parole, dal momento che il riconoscimento di rappresentatività del sindacato (e della rappresentanza aziendale costituita nel suo ambito) finisce col dipendere dalla sottoscrizione di un contratto collettivo (di qualsiasi livello), il datore di lavoro, siglando il contratto con il sindacato X e non con il sindacato Y, accredita l'uno e non l'altro con la conseguenza che viene alterata la libera dialettica con il datore di lavoro (in violazione non solo dell'art. 39, ma anche dell'art. 3 Cost.). Nel respingere questi dubbi, la Consulta muove dalla delimitazione del concetto di "potere di accreditamento" (che individua il caso in cui il datore di lavoro, in assenza di previsioni normative, concede patteggiamente una o più agevolazioni previste dal titolo III) per chiarire che nell'art. 19 «la rappresentatività del sindacato non deriva da un riconoscimento del datore di lavoro, espresso in forma pattizia, ma è una qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi (nazionali, locali o aziendali) applicati nell'unità produttiva». Al contempo, per conferire oggettività al criterio legale di selezione la Corte ne offre un'interpretazione rigorosa. Bisogna verificare che non si tratti di una mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma che ci sia stata una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto; e che a essere firmato non sia un contratto qualsiasi, ma un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante²¹. A queste condizioni si rispetta il criterio selettivo del sindacato che può essere considerato ambito di riferimento per la costituzione delle RSA.

21 Nel senso che il contratto deve intervenire su diversi istituti che regolano i rapporti di lavoro e non su eventi contingenti come il contratto gestionale stipulato per gestire crisi aziendali, v. Cass.,

Una svolta rispetto al “salvataggio costituzionale” dell’art. 19 si registra in occasione di una vicenda che ha segnato la storia sindacale degli ultimi anni: la celebre società Fiat matura la decisione di “uscire” (cioè di recedere) da Federmeccanica e Confindustria, il che comporta il “disinnesco” del ccnl metalmeccanici e la possibilità di regolare i rapporti di lavoro mediante un nuovo *contratto collettivo aziendale di secondo livello* (CCSL) che figura autosufficiente nel senso che, in mancanza dei vincoli derivanti dal ccnl (non più applicabile), costituisce l’unica fonte regolativa dei rapporti di lavoro. Tale CCSL figura “separato” in quanto sottoscritto da Fim e Uilm, ma non da Fiom che manifesta da subito il proprio dissenso e rifiuta la sottoscrizione. Di fronte alle conseguenze di quest’atteggiamento negoziale (che, in base alla lettera dell’art. 19, preclude la costituzione di RSA in quanto o.s. non firmataria del contratto collettivo), la Fiom agisce in sede giudiziale chiedendo l’accertamento dell’antisindacalità della condotta datoriale. Alcuni giudici di merito ritenendo che la norma, per l’unicità del criterio selettivo, presti il fianco a dubbi di costituzionalità rimettono la questione alla Corte costituzionale.

La sentenza n. 231 del 2013 può essere idealmente scomposta in due parti: una prima in cui la Consulta si concentra sul mutato scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali, una seconda dedicata alle implicazioni sanzionatorie della mancata sottoscrizione del contratto collettivo. Con riguardo al primo profilo, la Corte rileva che l’indice selettivo della sottoscrizione di un contratto collettivo, per una sorta di eterogenesi dei fini, *si è trasformato in un meccanismo di esclusione* di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo: i sindacati «sarebbero privilegiati o discriminati sulla base non già del rapporto con i lavoratori, che rimanda al dato oggettivo (e valoriale) della loro rappresentatività, bensì del rapporto con l’azienda, per il rilievo condizionante attribuito al dato contingente di avere prestato il proprio consenso alla conclusione di un contratto». Come dire che, proprio in quanto la stipulazione del contratto collettivo costituisce l’unica premessa per il conseguimento dei diritti sindacali, di fatto il beneficio viene riservato ai sindacati che adottano un *atteggiamento consonante con l’impresa*. Di qui si snoda la seconda parte della sentenza che dichiara il *vulnus* all’art. 39, co. 1 e 4, Cost., per il contrasto che ne deriva ai valori del pluralismo e della libertà di azione dell’o.s. La Consulta rileva, infatti, che l’effetto legale di estromissione dalle prerogative sindacali per il sindacato che decide di non sottoscrivere il contratto «si traduce, per un verso, in una *forma impropria di sanzione del dissenso*, che innegabilmente incide, condizionandola, sulla libertà del sindacato in ordine alla scelta delle forme di tutela ritenute più appropriate per i suoi rappresentati; mentre, per l’altro verso, sconta il rischio di raggiungere un punto di equilibrio attraverso un illegittimo accordo *ad excludendum*».

11 novembre 2008, n. 19275. Nel senso della rilevanza anche di contratti gestionali, Cass., 11 gennaio 2008, n.520; Cass., 9 gennaio 2008, n. 212; Cass., 24 settembre 2004, n. 19271.

Per la prima volta viene, quindi, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti²². Quanto al passaggio ulteriore, ossia l'individuazione di un criterio selettivo della rappresentatività sindacale ai fini del riconoscimento della tutela privilegiata di cui al Titolo III in mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale, la Consulta rinvia a un intervento del legislatore che potrebbe valorizzare l'indice di rappresentatività costituito dal *numero degli iscritti*, o ancora introdurre un *obbligo a trattare* con le oo.ss. che superino una determinata soglia di sbarramento, o attribuire al requisito previsto dall'art. 19 carattere di *rinvio generale al sistema contrattuale* (e non al singolo contratto collettivo applicato nell'unità produttiva), oppure riconoscere il *diritto di ciascun lavoratore ad eleggere rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro*.

Nelle more di un intervento legislativo, per il riconoscimento dei diritti sindacali di cui al Titolo III risulta sufficiente la partecipazione alle trattative negoziali; requisito che, alla stregua del Testo unico sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014, si configura in capo alle oo.ss. che hanno raggiunto almeno il 5% di rappresentatività a livello nazionale, che hanno contribuito alla definizione della piattaforma sindacale e che hanno fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del ccnl.

Un nuovo capitolo della storia dell'art. 19 si profila all'orizzonte: il 14 ottobre 2024 il Tribunale di Modena, preso atto dell'inerzia del legislatore e delle persistenti distonie applicative della disposizione statutaria come riscritta nel 2013, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 nella parte in cui esclude che associazioni sindacali "maggiormente o significativamente rappresentative" possano costituire RSA. Proprio il concreto atteggiarsi delle dinamiche sindacali, dimostra la violazione del principio di uguaglianza perché il dato normativo sgancia la selezione dei beneficiari dalla rappresentatività reale del sindacato. Ad essere messo fuori gioco è, secondo l'ordinanza di rimessione, l'unico canone idoneo a fondare un trattamento differenziato tra sindacati, e cioè il consenso dei lavoratori.

Sulla scorta di tali premesse, il Tribunale chiede alla Consulta una pronuncia di tipo demolitorio, che implica l'affidamento alla giurisprudenza di merito di un gravoso ruolo di supplenza in via interpretativa, oppure (in subordine)

22 La decisione della Consulta non è demolitoria, bensì *additiva* perché consente di estendere la legittimazione alla costituzione di rappresentanze aziendali anche ai sindacati che abbiano attivamente partecipato alle trattative per la stipula di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, ancorché non li abbiano poi sottoscritti (in quanto ritenuti non idonei a soddisfare gli interessi dei lavoratori).

un'ennesima pronuncia additiva che consenta di estendere la legittimazione alla costituzione di RSA ai sindacati che abbiano acquisito una "significativa o maggioritaria rappresentatività" su base aziendale o comunque selezionati sulla base di criteri alternativi individuati dalla Corte e tali da garantire la conformità ai principi costituzionali.

L'ennesimo dubbio di legittimità costituzionale è senz'altro indicativo dell'improcrastinabilità di una regolazione legale della rappresentanza e della rappresentatività sindacale. E ciò non tanto perché tecnicamente non sia possibile identificare un ennesimo indice rivelatore della rappresentatività, come tale legittimante la costituzione di rsa, quanto per la precarietà storica delle soluzioni giurisprudenziali che risentono dell'usura dei pilastri del costituzionalismo moderno e degli (instabili) assetti sindacali.

5. Le rappresentanze sindacali unitarie: la disciplina contrattuale

Nate per far fronte al deficit di capacità rappresentativa delle RSA rispetto all'insieme dei lavoratori dell'unità produttiva e per recuperare il rapporto con la base, le rappresentanze sindacali unitarie (d'ora in poi RSU) sono nel tempo diventate «il fondamento del sistema sindacale italiano, sia di quello autoregolato – che le ha 'create' e disciplinate con larga autonomia – sia di quello legale – che, oltre ad averle fatte proprie per quanto riguarda il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ne ha sempre più tenuto conto negli interventi legislativi succedutisi negli anni»²³. L'iniziale trama negoziale figura articolata in più passaggi: dapprima previste nel "Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo" sottoscritto il 23 luglio 1993 dal Governo e dalla generalità delle confederazioni e associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro dei diversi settori produttivi²⁴, le RSU sono state poi regolate, per il settore dell'industria,

23 L. ZOPPOLI, *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, III, p. 67.

24 Il Protocollo del 1993 riprende sostanzialmente l'Intesa quadro raggiunta il 1° marzo 1991 tra CGIL, CISL e UIL, ma si allinea all'ipotesi di accordo sui Consigli Aziendali delle Rappresentanze Sindacali (CARS) del 19 maggio 1989 (su cui L. MARIUCCI, *La rappresentanza sindacale: dai progetti di legge all'ipotesi di accordo sui CARS*, in *Lav. dir.*, 1990, p. 136 ss.) nella misura in cui prevede la coesistenza di rappresentanze elette da tutti i lavoratori e rappresentanze legittimate dal vincolo associativo. Nell'Intesa del 1991, infatti, la RSU veniva concepita come una struttura interamente elettiva, nella quale la presentazione delle liste era riservata ai sindacati confederali, mentre ai soggetti diversi da questi ultimi era consentito l'accesso all'elettorato passivo, purché la lista raccogliesse il 5 per cento di firme sul totale dei lavoratori aventi diritto al voto. L'accordo prevedeva poi un complicato criterio di ripartizione dei seggi volto a conciliare il criterio proporzionale con un bilanciamento del peso delle tre confederazioni firmatarie (v. I. ALVINO, *Rappresentanze sindacali unitarie*, in *Enc. giur. Treccani on*

nell'Accordo Interconfederale del 20 dicembre 1993 in cui Confindustria e Cgil, Cisl e Uil hanno precisato, in via pattizia, "la disciplina generale in materia di rappresentanze sindacali unitarie, contenuta nel Protocollo stipulato fra Governo e parti sociali il 23 luglio 1993"²⁵. Successivamente la disciplina è stata modificata (per il settore dell'industria) dal Testo unico sulla rappresentanza (TU) del 10 gennaio 2014.

Al di là della fonte regolativa negoziale (e non legislativa), le RSU si distinguono dalle RSA per una serie di fattori:

- a. l'iniziativa per la loro costituzione;
- b. il ricorso al metodo elettivo;
- c. l'unicità dell'organismo e la previsione di durata massima del mandato;
- d. la prerogativa negoziale;
- e. l'assunzione di decisioni secondo il principio di maggioranza.

Muovendo dall'iniziativa (a), questa può essere assunta dalle associazioni sindacali o dalla stessa RSU (tre mesi prima della scadenza). In particolare le associazioni sindacali cui spetta il potere di iniziativa sono le stesse abilitate alla presentazione delle liste elettorali e cioè: 1) le oo.ss. di categoria *aderenti alle confederazioni* che hanno sottoscritto la regolazione di fonte negoziale (cioè da ultimo il TU del 2014); 2) le oo.ss. di categoria *firmatarie del ccnl applicato* nell'unità produttiva; 3) le *altre* associazioni sindacali formalmente costituite *con proprio statuto e atto costitutivo* a condizione che accettino, formalmente ed integralmente, i contenuti del TU del 2014, dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e del Protocollo del 31 maggio 2013, e che la lista sia corredata da un numero di firme di lavoratori dipendenti dall'unità produttiva pari al 5% degli aventi diritto al voto nelle aziende con oltre 60 dipendenti (oppure almeno tre firme nelle aziende di dimensione compresa fra 16 e 59 dipendenti).

Quanto alle elezioni (b), le stesse vengono indette almeno tre mesi prima della scadenza del mandato della RSU dai soggetti di cui sopra e vengono "gestite" da una commissione elettorale (costituita da lavoratori dell'unità produttiva non candidati) che riceve la presentazione delle liste, ne verifica la valida presentazione, costituisce i seggi elettorali, assicura la correttezza delle operazioni di scrutinio dei voti, proclama i risultati delle elezioni. Le votazioni, che si svolgono nel luogo e secondo il calendario stabiliti dalla commissione elettorale, sono a scrutinio segreto e a suffragio universale²⁶. Ciascun lavoratore esprime il voto

line, 2016). Al contempo, a differenza dell'accordo sui CARS, non è contemplata una riserva di rappresentanza di favore delle tre grandi Confederazioni, ma di tutti i sindacati firmatari del Ccnl (v. A. DI STASI, *Le rappresentanze dei lavoratori in azienda*, in *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, a cura di G. PROIA, Padova, Cedam, 2014, p. 270 s.).

25 Riprendono in larga parte il contenuto dell'AI del 1993, altri accordi stipulati tra il luglio 1994 e l'ottobre 1995 nei settori del commercio, turismo e servizi, della cooperazione, delle imprese di servizi pubblici degli enti locali.

26 Hanno diritto di votare tutti i lavoratori (iscritti e non iscritti) siano apprendisti, operai, intermedi, impiegati, quadri (non in prova) in forza nell'unità produttiva alla data delle elezioni.

direttamente (non per interposta persona) e può manifestare la preferenza solo per un candidato della lista da lui votata²⁷.

La validità delle elezioni è condizionata al raggiungimento del *quorum*: occorre, cioè, una partecipazione alle votazioni superiore alla metà dei lavoratori aventi diritto²⁸. Una volta concluse le operazioni, i seggi saranno ripartiti in proporzione ai voti ricevuti²⁹. L'applicazione del criterio proporzionale puro è il frutto del superamento di una regola (risalente all'AI del 20 dicembre 1993 e poi eliminata dal Protocollo del 2013) secondo cui mentre i 2/3 dei seggi venivano assegnati in proporzione ai voti ricevuti, il restante 1/3 era riservato ai sindacati firmatari del ccnl applicato nell'unità produttiva e distribuito secondo il criterio proporzionale. Una regola (c.d. del terzo riservato) che comportava un *annacquamento* del principio democratico e il cui superamento ha significato un'accentuazione del tasso di democrazia delle RSU che vengono *interamente* elette in ragione delle preferenze indicate dai lavoratori nell'ambito delle liste presentate dalle associazioni sindacali (senza il "vecchio" correttivo per i sindacati firmatari del ccnl).

Diversamente dalle RSA, le RSU sono un organismo unico per ciascuna unità produttiva (in ogni caso non inferiore a 15 dipendenti³⁰) con un numero di componenti variabile in ragione delle dimensioni occupazionali dell'unità stessa³¹. Come dire che alla pluralità delle RSA (che sono tante quanti sono i sindacati legittimati ai sensi dell'art. 19 St. lav.) si contrappone l'unicità dell'organismo di

gli operai, gli impiegati e i quadri non in prova in forza all'unità produttiva alla data delle elezioni. L'elettorato attivo spetta altresì ai lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo determinato che prestino la propria attività al momento del voto.

- 27 L'indicazione di più preferenze date alla stessa lista vale unicamente come votazione della lista, anche se non sia stato espresso il voto della lista. Il voto apposto a più di una lista, o l'indicazione di più preferenze date a liste differenti, rende nulla la scheda. Nel caso di voto apposto ad una lista e di preferenze date a candidati di liste differenti, si considera valido solamente il voto di lista e nulli i voti di preferenza.
- 28 Nei casi in cui detto quorum non sia stato raggiunto, la Commissione elettorale e le organizzazioni sindacali operanti all'interno dell'azienda prenderanno ogni determinazione in ordine alla validità della consultazione in relazione alla situazione venutasi a determinare nell'unità produttiva.
- 29 Nell'ambito delle liste che avranno conseguito un numero di voti sufficiente all'attribuzione di seggi, i componenti saranno individuati seguendo l'ordine dei voti di preferenza ottenuti dai singoli candidati e, in caso di parità di voti di preferenza, in relazione all'ordine nella lista.
- 30 Anche per le RSU opera lo sbarramento di oltre 15 dipendenti previsto per le RSA dall'art. 35 St. lav. Tale limite dimensionale può tradursi in uno sbarramento alla costituzione di forme di rappresentanza in imprese articolate in tante piccole unità produttive.
- 31 Il numero dei componenti le RSU varia in ragione delle dimensioni delle unità produttive: in quelle che occupano fino a 200 dipendenti la RSU dovrà avere almeno 3 componenti; in quelle che occupano fino a 3000 dipendenti, almeno 3 componenti ogni 300 o frazione di 300 dipendenti; nelle unità produttive che occupano più di 3000 dipendenti, in aggiunta al numero di componenti previsto fino a 3000 dipendenti, ci saranno 3 componenti ogni 500 o frazione di 500 dipendenti.

disciplina endo-sindacale i cui componenti restano in carica per tre anni³² (c). Al contempo le RSU, al pari delle RSA, rispecchiano un *modello di rappresentanza a canale unico* poiché in tale organismo convergono sia le funzioni di rappresentanza dei lavoratori che compongono il corpo elettorale sia le funzioni tipicamente sindacali.

Al legame con la base dei lavoratori derivante dal meccanismo elettivo si affianca un fattore di legittimazione sindacale che trova evidenza nelle liste dei candidati approntate, come anticipato, dai sindacati muniti di determinati requisiti. Il collegamento con il sindacato per il tramite della lista si evince pure dal sistema di sostituzione del dimissionario della RSU: in caso di dimissioni, il componente sarà sostituito dal primo dei non eletti appartenente alla medesima lista. Uno scorrimento interno alla lista che, tuttavia, non può concernere un numero superiore al 50% dei componenti, pena la decadenza dell'intera RSU e l'indizione di nuove elezioni.

Ma il punto di emersione più evidente della matrice sindacale è rappresentato dalla disciplina del c.d. cambio di casacca che costituisce un surrogato della regola del terzo riservato (ormai eliminata). Superando le oscillazioni giurisprudenziali, la fonte negoziale (e in particolare prima il Protocollo del 2013 e poi il TU del 2014) prevede, infatti, che il *cambiamento di appartenenza sindacale* da parte di un componente della RSU ne determina la decadenza dalla carica e la sostituzione con il primo dei non eletti della lista di originaria appartenenza³³.

Come anticipato, tra le funzioni della RSU figurano quelle sindacali e, tra queste, la competenza a stipulare il contratto collettivo aziendale. L'attribuzione della prerogativa negoziale (d) risale all'AI del 1993 ove tale competenza coesisteva con quella delle strutture territoriali dei sindacati firmatari del ccnl. Successivamente, prima l'AI del 2011 e poi il TU del 2014, senza negare la partecipazione al tavolo negoziale dei sindacati territoriali, hanno valorizzato il ruolo della RSU prevedendo che i contratti collettivi aziendali «sono efficaci ed esigibili per tutto il personale in forza (...) se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali»³⁴.

32 Quanto alla durata massima del mandato delle RSA manca, infatti, una previsione legale.

33 Nel senso della rilevanza del collegamento associativo solo nel momento genetico e del conseguente mantenimento della carica in forza della legittimazione derivante dalle elezioni Cass., 7 marzo 2012, n. 3545; Cass. 12 marzo 2012, n. 3868; Trib. Milano, 5 aprile 2007; Trib. Milano, 27 aprile 2006; Trib. Napoli, 27 maggio 2004. Sulla decadenza dalla carica del membro di RSU a fronte del cambio di casacca Cass., 12 agosto 2000, n. 10769; Trib. Brescia, 5 maggio 2014; Trib. Ferrara, 15 marzo 2005; Trib. Milano, 30 giugno 2003; Trib. Milano, 23 dicembre 2002.

34 Il che si spiega con la doppia legittimazione delle RSU: a quella sindacale (evidente nell'iniziativa per la costituzione) si affianca quella elettorale (derivante dalla partecipazione dei lavoratori alle elezioni).

Tale principio maggioritario (che conferisce rilevanza alla volontà espressa dalla maggioranza dei componenti della RSU) viene esplicitamente richiamato dal TU del 2014 non solo con riguardo alla menzionata prerogativa negoziale, bensì a tutte le decisioni relative a materie di competenza delle RSU (e). Tra queste vanno ricomprese quelle “ereditate” dalle RSA in virtù della previsione del TU del 2014 secondo cui «le RSU subentrano alle RSA ed ai loro dirigenti nella titolarità dei poteri e nell'esercizio delle funzioni ad essi spettanti per effetto di disposizioni di legge». Di conseguenza il tema del metodo decisionale non opera per i *diritti spettanti ai dirigenti delle RSA* che transitano *alle singole componenti* della RSU perché ancorati al sindacalista in quanto persona. Diversamente, una notevole incertezza si è registrata intorno all'attivazione del principio maggioritario in occasione dell'esercizio del potere di convocazione dell'assemblea. Schematicamente, già nella vigenza della disciplina pattizia precedente al T.U. sulla rappresentanza, la giurisprudenza si era pronunciata proponendo soluzioni antitetiche: secondo un primo orientamento il diritto di assemblea e il relativo potere di indizione transitava alla RSU complessivamente intesa (con la conseguenza che la convocazione dell'assemblea spettava all'organo collegiale sulla base di una delibera adottata a maggioranza³⁵); una diversa linea interpretativa sosteneva la titolarità del potere di indizione in capo alla singola componente della RSU³⁶. Un temperamento degli esiti di quest'ultima posizione si rinveniva in una pronuncia della Suprema Corte del 2014 in cui, pur ribadendo l'assenza di un vincolo unitario in seno alla RSU, si riconosceva il potere di esercizio disgiunto dei diritti sindacali (e in particolare il diritto di indire l'assemblea) solo al componente della RSU eletto nelle liste di un sindacato rappresentativo ai sensi dell'art. 19 St. lav.³⁷. E nello stesso senso si sono espresse le Sezioni Unite nel

35 Cass. 26 febbraio 2002, n. 2855, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 504, con nota di V. FERRANTE, *Collegialità della r.s.u. e principio di maggioranza*; Cass., 20 aprile 2002, n. 5765, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 426, con nota di G. BONI, *R.s.a., r.s.u. e diritto di assemblea: il difficile coordinamento tra gli artt. 19 e 20 St. lav., il Protocollo del 1993 e il referendum del 1995*; e v. anche Cass. 10 gennaio 2005, n. 269, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 806, con nota di F. FOCARETA, *L'esercizio dei diritti sindacali tra dimensione collegiale delle rappresentanze sindacali unitarie e prerogative delle singole componenti*. Nella giurisprudenza di merito Trib. Milano 14 marzo 2002; Trib. Crema 8 febbraio 2001. In dottrina, tra gli altri, L. RATTI, *Condotta antisindacale, legittimazione ad agire e titolarità del diritto di convocare l'assemblea*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 795 ss.; A. DI STASI, *Le rappresentanze dei lavoratori in azienda*, cit., p. 283 ss.

36 Cass. 1° febbraio 2005, n. 1892, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 549, con nota di R. ROMEO, *La rappresentatività frammentata*; Cass. 24 gennaio 2006, n. 1307, con nota di M. DE ROSA, *La Corte di Cassazione riapre la questione della legittimazione attiva ex art. 28 St. Lav.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 838 ss.; Cass. 27 gennaio 2011, n. 1955; Cass. 24 aprile 2013, n. 10001.

37 Cass. 7 luglio 2014, n. 15437, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 203 ss., con nota di P. FERRARI, *Ancora sul carattere (non) unitario della RSU ai fini della indizione dell'assemblea* e in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 139 ss., con nota di A. FEDERICI, *Limiti all'immunità del singolo componente della RSU*. Nel senso che nella pronuncia del 2014 i giudici di legittimità non prestano soltanto un formale ossequio alla decisione della Consulta n. 231 del 2013, ma ne fanno propria la *ratio decidendi*, v.

2017 secondo cui “Il principio di maggioranza è sicuramente proprio di quello democratico nel momento decisionale, ma è estraneo al momento del mero esercizio di diritti che non importino decisioni vincolanti nei confronti di altri”, come quello della convocazione³⁸.

Nonostante le Sezioni Unite avessero esplicitamente affermato che le conclusioni cui erano pervenute non mutavano neppure alla luce del T.U. sulla rappresentanza, nella successiva giurisprudenza di merito si registrano soluzioni interpretative difformi³⁹. Per converso risulta sintonica con l'impostazione della pronuncia del 2017, una più recente sentenza di legittimità che mette in correlazione la convocazione dell'assemblea da parte della componente “qualificata” della RSU (cioè quella eletta nelle liste delle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del ccnl) con la previsione che riserva alle suddette organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del ccnl il diritto di indire (singolarmente o congiuntamente) l'assemblea per 3 delle 10 ore annue retribuite (Cass. 6 febbraio 2020, n. 2862)⁴⁰.

I nodi interpretativi, tuttavia, non risultano completamente dipanati e non può escludersi l'insorgenza di un ennesimo contenzioso nel prossimo futuro. Resta, per esempio, aperto il dubbio relativo alla legittimazione alla convocazione da parte delle singole componenti della RSU soltanto per le 3 ore annue riservate alle organizzazioni sindacali firmatarie del ccnl oppure anche per la restante parte, con una conseguente potenziale (e pericolosa) “corsa all'assemblea”.

La disciplina negoziale delle RSU, come accennato in apertura, si affianca a quella legale che resta inalterata. Nondimeno le due fonti regolative sono (almeno in linea teorica) tra loro alternative. Anzitutto le parti contraenti (Confindustria, CGIL, CISL e UIL) concordano che in ogni singola unità produttiva con più di quindici dipendenti dovrà essere adottata una sola forma di rappresentanza. Al contempo, un *favor* per le RSU traspare dalla c.d. clausola di salvaguardia secondo cui le oo.ss. di categoria aderenti alle Confederazioni firmatarie dell'AI

G. FONTANA, *Note critiche sulla giurisprudenza in materia di RSU (dopo il T.U. del 10 gennaio 2014)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 557 ss., spec. p. 564.

38 Cass. Sez. Un. 6 giugno 2017, n. 13978, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 198 ss., con nota di M. AVOGARO, *Diritto di assemblea: dalle Sezioni Unite una pronuncia “di sistema” a tutela delle prerogative del singolo componente di RSU* e in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, p. 570 ss., con nota di A. DI STASI, *La natura “bifronte” della rsu e il diritto di assemblea delle singole componenti*. E v. anche Cass. 26 ottobre 2017, n. 25478, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 1216, con nota di P. TOMASSETTI, *La titolarità del diritto ad indire l'assemblea sindacale retribuita ex articolo 20, legge n. 300/1970*; Cass. 17 ottobre 2018, n. 26011, in *IUS Lavoro* 2019; Cass. 18 ottobre 2018, n. 26210.

39 Sull'indizione necessariamente congiunta Trib. Torino, decr. 12 marzo 2015 e Trib. Torino, decr. 10 marzo 2015 in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 768 ss., con nota di L. GIASANTI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza del 2014 e la facoltà di indizione da parte della RSU* e in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 1153, con nota di F. MAFFEI, *Il diritto di indizione dell'assemblea retribuita e le RSU. Quali novità dopo il 10 gennaio 2014?*; Trib. Venezia 29 febbraio 2016 in *IUS Lavoro* 2016, 2 maggio. In sintonia con la Cassazione, invece Trib. Torino 2 gennaio 2015, in *IUS Lavoro* 2015, 9 aprile.

40 Vedila in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 590 ss., con nota di M. MURGO, *Il diritto di indire l'assemblea nel T.U. sulla rappresentanza: una (prevedibile) conferma*.

del 28 giugno 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 e del TU del 2014 (o che, comunque, aderiscano alla disciplina in essi contenuta) *partecipando alla procedura di elezione della RSU, rinunciano formalmente ed espressamente a costituire RSA* ai sensi dell'art. 19 St. lav.⁴¹. Come dire che una volta intrapreso il percorso elettorale un'o.s. non può tornare indietro e imboccare la via legale delle RSA qualora il risultato, in termini di voti, non sia quello sperato.

Al contempo quest'inquadramento del rapporto tra i due modelli di rappresentanza non relega le RSA in posizione marginale: il *favor* per le RSU viene corredato da una più cauta regolazione del passaggio alle RSU sia nel caso in cui non siano *mai* state costituite forme di rappresentanza sindacale e inizialmente si opti per le RSA (1), sia nel caso in cui siano *già presenti RSA* e si intenda passare al modello delle RSU (2). Nel primo caso (1), infatti, si prevede che se poi alla scadenza della RSA, si intenda transitare alle RSU, tale passaggio potrà avvenire solo se deciso dalle oo.ss. sindacali che rappresentino, a livello nazionale, la maggioranza del 50%+1 (calcolata secondo le indicazioni del TU). Nel secondo caso (2), il passaggio dalle RSA alle RSU potrà avvenire solo con l'accordo *unanime* dei sindacati aderenti alle Confederazioni firmatarie del Protocollo del 31 maggio 2013⁴².

Tanto sul piano generale degli impegni a rinunciare alla costituzione di RSA, quanto sul piano delle regole che assistono il passaggio dalle RSA alle RSU, la fonte negoziale esclude la coesistenza dei due modelli di rappresentanza. Il che se è vero in linea teorica non lo è in pratica perché le oo.ss. che non partecipano alla competizione elettorale (o non aderiscono al modello convenzionale), ma sono munite dei requisiti previsti dall'art. 19 possono sempre costituire le proprie RSA (che, quindi, conviveranno con le RSU eventualmente presenti nella stessa unità produttiva da *altre* oo.ss.). Così come può verificarsi che la questione della coesistenza non si ponga proprio: si pensi ai settori diversi dall'industria in cui manca la fonte di disciplina negoziale e resta quella legale di cui all'art. 19 o alla presenza di forme di rappresentanza diverse dalle RSA o dalle RSU che sono "coperte" dall'art. 39, co. 1 Cost., come attuata dall'art. 14 St. lav. o ancora all'assenza di qualsivoglia forma di rappresentanza perché il datore di lavoro non è iscritto ad un'associazione datoriale e non applica nessun contratto collettivo.

41 In particolare, le organizzazioni sindacali di categoria aderenti alle Confederazioni firmatarie dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 e del presente Accordo, o che comunque ad essi aderiscano, si impegnano a non costituire RSA nelle realtà in cui siano state o vengano costituite RSU.

42 Nel senso che il passaggio alle RSU presuppone il consenso di tutti i sindacati anche in caso di precedenti elezioni indette d'intesa tra tutte le sigle sindacali e poi annullate v. Trib. Torino, ord., 5 febbraio 2019. Di conseguenza l'opzione per le RSU (preclusiva della successiva costituzione di RSA) si realizza solo in caso di elezione validamente tenute.

I rinvii legislativi al contratto collettivo

Ilario Alvino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contratto collettivo come atto di autonomia negoziale delle parti sociali. – 3. Rinvii necessari e rinvii facoltativi al contratto collettivo. – 4. Le funzioni attribuite al contratto collettivo oggetto di rinvio. – 5. I criteri di selezione del contratto collettivo attuativo del rinvio. – 6. Il contratto collettivo di prossimità. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il legislatore italiano, sin da tempo risalente, ha fatto un ampio ricorso alla tecnica del rinvio alla contrattazione collettiva, conferendo alle parti sociali la facoltà di dettare regole che, a seconda dei casi, possono derogare, sostituire o integrare e completare il precetto legale¹.

Attraverso l'impiego di questa tecnica, il legislatore italiano ha inteso “aprire” la regolazione legislativa al contributo che le parti sociali possono fornire, adattando la regola legale alle esigenze specifiche del settore, del territorio o della singola azienda a cui è destinato a trovare applicazione il contratto collettivo².

Non sono peraltro neanche mancati casi nei quali il rinvio è stato utilizzato per stimolare la contrattazione collettiva ad intervenire su determinate materie più che conferire facoltà normative³.

1 Cfr.: M. D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in M. D'ANTONA, *Lecture di diritto sindacale*, Napoli, Jovene, 1990, p. XVII, qui XXXVII; L. GAETA, “La terza dimensione del diritto”: legge e contratto collettivo nel Novecento italiano, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 573.

2 Sull'impiego della tecnica della devoluzione di competenze alla contrattazione collettiva nella legislazione del secolo scorso v.: A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 515; F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 191; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, Utet, 2003; M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle recenti riforme*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 581.

3 Si tratta di quei casi nei quali l'autonomia collettiva potrebbe comunque intervenire anche in assenza del rinvio legale, che dunque assolve piuttosto la funzione di esplicitare e segnalare alle parti sociali tale possibilità. Parte della dottrina definisce “impropri” tale tipo di rinvii per distinguerli da quelli propri, senza i quali la contrattazione collettiva non sarebbe abilitata a intervenire: cfr. V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 276.

L'importanza di questa tecnica di normazione è peraltro via via cresciuta sempre più negli anni recenti, sia in termini quantitativi (ossia in termini di numero delle disposizioni che demandano competenze alle parti sociali), sia in termini qualitativi, rendendo le norme legali, per molti istituti, meramente suppletive e quindi tali da poter essere integralmente sostituite dalle regole negoziali.

Proprio in ragione della numerosità, ampiezza ed importanza di tali rinvii, non è possibile in questa sede condurre un'analisi dettagliata che li esamini tutti, anche solo con riferimento ai diversi profili di regolamentazione del rapporto individuale di lavoro⁴.

L'analisi che segue verrà dunque circoscritta sulla base di due criteri.

Da un lato, ci si soffermerà in via esclusiva su quei rinvii legislativi che abilitano il contratto collettivo ad esercitare funzioni normative che altrimenti non gli competerebbero, trattandosi di materie regolate dalla legge sulle quali il contratto collettivo non potrebbe intervenire con disposizioni derogatorie, integrative o sostitutive.

Dall'altro lato, ci si limiterà a descrivere le principali tecniche attraverso le quali sono normalmente costruiti i rinvii legislativi.

Questo tipo di approccio si rivela utile a offrire elementi per riflettere sull'evoluzione, nell'ordinamento italiano, del rapporto tra legge e contrattazione collettiva nella regolamentazione del rapporto di lavoro.

Al fine di procedere su questa strada, è però opportuno brevemente ricordare due caratteristiche fondamentali del diritto sindacale italiano.

2. Il contratto collettivo come atto di autonomia negoziale delle parti sociali

La prima caratteristica è data dal fatto che il fenomeno della contrattazione collettiva non è regolato da una legge specifica. Detto altrimenti, al contrario di quanto avvenuto in altri ordinamenti (come ad esempio quello francese), il legislatore italiano ha scelto di astenersi dal dettare le regole volte a selezionare i soggetti della contrattazione collettiva, a definire le modalità di svolgimento delle trattative, a dettare le condizioni per la valida stipulazione del contratto collettivo e a precisare gli effetti giuridici degli accordi sottoscritti all'esito del procedimento di contrattazione.

Ciò ha comportato che la contrattazione collettiva si sia sviluppata nell'alveo del principio di libertà sindacale enunciato dall'art. 39 Cost., come parte e prodotto del conflitto tra la parte sindacale e la parte datoriale⁵.

4 Per una trattazione sistematica della tecnica del rinvio legislativo alla contrattazione collettiva mi sia consentito rinviare a I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Napoli, Jovene, 2018.

5 P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, Cedam, 1998.

La scelta del legislatore ordinario di astenersi dal regolare il fenomeno della contrattazione collettiva ha permesso il consolidamento dell'impostazione teorica che ha ricondotto l'azione dei soggetti sindacali nell'alveo del diritto privato. Sicché, secondo una ricostruzione ormai consolidata, anche perché recepita dalla giurisprudenza unanime, il contratto collettivo costituisce un atto di autonomia negoziale collettiva (assimilabile, dunque, ad un qualunque contratto sottoscritto tra privati).

Trattandosi di un atto di autonomia negoziale, il contratto collettivo ha un'efficacia giuridica che non è, quindi, comparabile a quella della legge, nel senso che lo stesso è destinato a vincolare esclusivamente i soggetti che lo abbiano firmato e quelli che volontariamente abbiano scelto di obbligarsi ad applicarlo. Eventualità, quest'ultima, che si verifica, ad esempio, nel caso in cui il datore di lavoro sia iscritto all'organizzazione datoriale che ha sottoscritto il contratto collettivo, nel qual caso a tale iscrizione consegue, nella maggioranza dei casi, l'obbligo di applicare a tutti i propri dipendenti il contratto collettivo sottoscritto dall'associazione. L'applicazione del contratto collettivo può altresì derivare dalla scelta compiuta dal datore di lavoro e dal lavoratore del singolo rapporto che, all'atto della stipulazione del contratto individuale di lavoro o in un momento successivo, abbiano deciso di comune accordo di sottoporre il proprio rapporto alla regolazione dettata da un certo contratto collettivo, pur laddove gli stessi non siano iscritti alle organizzazioni stipulanti.

Il contratto collettivo ha, dunque, per sua stessa natura, un'efficacia soggettiva limitata, sicché dovrà valutarsi, caso per caso, se il singolo rapporto di lavoro sia destinato o meno ad essere sottoposto alla regolazione di uno specifico contratto collettivo. Non è infatti da escludere che il rapporto di lavoro non sia soggetto all'applicazione di alcun contratto collettivo, non essendo il datore iscritto a nessuna organizzazione datoriale e avendo le parti del rapporto scelto di sottoporre la propria relazione esclusivamente alle regole di legge. Si tratta di un esito, questo, perfettamente compatibile con l'art. 39 Cost., il quale, nel momento in cui sancisce il principio di libertà sindacale, ammette la piena legittimità della scelta dei soggetti che decidano di non avvantaggiarsi dei prodotti dell'attività sindacale.

Di questo primo aspetto si deve tenere conto, nel valutare se alle clausole del contratto collettivo attuative di un rinvio legale possa, o meno, attribuirsi un'efficacia soggettiva generale.

La seconda caratteristica del diritto sindacale italiano che è necessario ricordare in premessa è che tra la legge e il contratto collettivo intercorre un rapporto di inderogabilità c.d. unilaterale.

Ciò comporta che la legge fissa il trattamento minimo spettante al lavoratore; trattamento che la contrattazione collettiva può modificare soltanto realizzando un miglioramento per il lavoratore destinatario della regola negoziale, sicché il

contratto collettivo è normalmente chiamato a svolgere una funzione acquisitiva per il lavoratore.

Tale rapporto può essere alterato in sede di rinvio alla contrattazione collettiva, potendo la norma rinviante attribuire alle parti sociali facoltà diverse di modifica, integrazione o sostituzione del precetto legale.

3. Rinvii necessari e rinvii facoltativi al contratto collettivo

Nel quadro dei principi appena ricordati, come si è anticipato, la legge italiana, in maniera sempre più frequente, demanda espressamente funzioni normative al contratto collettivo.

Pur non essendo possibile in questa sede una ricognizione completa di tali funzioni, le quali evidentemente variano anche in ragione della materia oggetto di regolazione e degli interessi che sono ad essa sottesi, è possibile tentare una catalogazione delle diverse tipologie di rapporti che vengono instaurati tra la regola legale e quella di fonte negoziale.

Catalogazione che, inevitabilmente, sconta un certo grado di approssimazione e che non può dirsi esaustiva di tutte le possibili interazioni che la norma di legge è in grado di impostare.

Svolta questa avvertenza, possiamo innanzitutto catalogare i rinvii legali in due grandi gruppi, distinti a seconda che l'intervento dell'autonomia collettiva sia impostato come *necessario* ovvero come *facoltativo*.

Parliamo di rinvio *necessario* con riferimento alla norma di legge che pone la stipulazione della regola dalle parti sociali come condizione per l'utilizzabilità dell'istituto regolato dalla legge. In queste ipotesi la disciplina legale appare incompleta, in quanto destinata ad essere integrata dalle regole definite dal contratto collettivo al quale la disposizione rinvia.

Un esempio dell'impiego di tale tecnica la si ritrova nell'art. 5 d.lgs. 66/2003, che demanda ai contratti collettivi il compito di determinare la maggiorazione retributiva dovuta al lavoratore che esegue lavoro straordinario, la quale è a sua volta posta come condizione imprescindibile per l'esercizio del lavoro straordinario. Sicché in assenza della previsione negoziale, l'esecuzione del lavoro straordinario è preclusa.

Analogamente, con un impatto ancor più significativo sul piano applicativo, in materia di contratto di lavoro a tempo determinato, l'art. 19, d.lgs. 81/2015 condiziona la possibilità di assumere un lavoratore a tempo determinato per un periodo superiore a 24 mesi, oltre che per esigenze di sostituzione di altri lavoratori, solo "nei casi previsti dai contratti collettivi di cui all'art. 51"⁶.

6 La disposizione, con regola transitoria destinata a produrre i propri effetti fino al 31.12.2024, stabilisce che in assenza delle previsioni dei contratti collettivi, l'assunzione a termine possa

Differiscono da questo modello – essendo riconducibili al diverso gruppo dei rinvii cd. *facoltativi* – le disposizioni di legge che qualificano come eventuale l'intervento della contrattazione collettiva, nel senso che la stipulazione di un accordo non è necessaria affinché possa farsi ricorso all'istituto.

A titolo esemplificativo dell'impiego di tale tecnica, possono essere ricordate le disposizioni in materia di contratto a tempo determinato e di somministrazione di lavoro che attribuiscono al contratto collettivo la facoltà di introdurre clausole di contingentamento. Il mancato esercizio di tale facoltà da parte della contrattazione collettiva non impedisce il ricorso a tali strumenti, che potrà avvenire nel rispetto nei limiti legali.

Sempre a titolo esemplificativo, si possono ricordare le norme in materia di orario di lavoro (d.lgs. 66/2003), le quali dettano una disciplina minima, che le parti sociali hanno facoltà di modificare in più punti in maniera significativa con l'intento di adattarla alle esigenze dello specifico contesto produttivo.

Le due diverse tecniche sono suscettibili di attribuire una forza diversa al sindacato. Ed invero, nel caso di rinvio necessario il sindacato viene investito di una funzione in senso lato autorizzatoria dell'impiego di un certo istituto; ciò poiché in mancanza di un contratto collettivo che dia attuazione al rinvio l'impiego dello strumento è precluso al datore di lavoro.

Al contrario, l'operatività dei rinvii facoltativi è subordinata alla dinamica delle relazioni sindacali. Il rinvio facoltativo offre infatti la regola alternativa che consente di rendere operativo l'istituto. Le disposizioni che dettano rinvii facoltativi possono infatti: a) dettare esse stesse la regola suppletiva destinata ad applicarsi in caso di mancanza di contratto collettivo; b) demandare all'autonomia individuale o c) all'intervento dell'autorità amministrativa la definizione della regola mancante.

Ne consegue che la scelta delle parti sociali di esercitare la facoltà conferita dalla legge diventa parte della dialettica negoziale, sicché l'accordo attuativo della delega sarà concluso in quanto utile alla realizzazione del bilanciamento tra le posizioni reciproche delle parti che permette il raggiungimento dell'accordo di rinnovo.

La seconda delle due tecniche appena individuate è quella indubbiamente prevalente nella legislazione più recente, all'interno della quale vengono previste amplissime deleghe alla contrattazione collettiva, ma evitando che le parti sociali siano dotate di un potere di disattivazione dell'istituto legale.

essere disposta “per esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva individuate dalle parti”.

4. Le funzioni attribuite al contratto collettivo oggetto di rinvio

Come si è avuto modo di illustrare, i meccanismi di rinvio necessario alla contrattazione collettiva finiscono di fatto per attribuire a quest'ultimo una funzione di autorizzazione all'impiego di un dato strumento.

Discorso diverso va fatto per i rinvii a cui abbiamo attribuito l'aggettivo di facoltativi, poiché, in tali ipotesi, l'intervento della contrattazione collettiva è eventuale, non costituendo una condizione necessaria per l'utilizzabilità dell'istituto regolato dalla legge.

In queste ipotesi, il prodotto dell'autonomia collettiva può essere investito dalla disposizione rinviante di molteplici facoltà di intervento.

Tra queste, quelle indubbiamente prevalenti sono le facoltà di *derogare* al precetto legale altrimenti imperativo ovvero quella di *sostituire* il precetto legale con una disciplina difforme.

Nel primo caso, la disposizione legale detta il trattamento economico e/o normativo minimo che spetta al lavoratore e che l'autonomia collettiva, a determinate condizioni ed entro certi limiti, è abilitata a ridurre o disattivare.

Nella legislazione dell'ultimo decennio sono in numero assolutamente prevalente i rinvii appartenenti al secondo dei due gruppi appena indicati.

Quando facciamo riferimento ai rinvii di carattere sostitutivo, intendiamo richiamare quelle ipotesi in cui la legge detta la regolamentazione dell'istituto offrendo la possibilità alla contrattazione collettiva di definire un equilibrio diverso degli interessi in gioco, attraverso la determinazione di una disciplina sostitutiva.

Il rapporto tra norma rinviante e norma attuativa della contrattazione collettiva non assume, dunque, le caratteristiche di una deroga ad una disposizione imperativa posta a tutela dei lavoratori subordinati, quanto piuttosto quello della creazione di un meccanismo sostitutivo in cui la disposizione di legge costituisce la disciplina destinata ad operare solo fino a quando le parti sociali non decidano di intervenire con una regolazione diversa.

Esempi di tale tecnica sono reperibili in larga parte all'interno del d.lgs. 81/2015⁷. Basti pensare al contratto di lavoro a tempo parziale con riferimento alla disciplina relativa alle clausole elastiche o alla disciplina volta a fissare limiti di contingentamento per il ricorso al contratto a tempo determinato o alla somministrazione di lavoro.

Nelle ipotesi considerate, la legge detta la regolamentazione che possiamo definire di *default*, abilitando la contrattazione collettiva a dettare una disciplina sostitutiva di quella legale che assume dunque carattere sostitutivo.

7 Cfr. M. FALSONE, *I rinvii alla contrattazione collettiva nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 1073.

L'ordinamento instaura così un rapporto di concorrenza fra la disciplina dettata dalla fonte legale e quella che le parti sociali possono definire esercitando l'autonomia negoziale collettiva della quale sono dotate.

5. I criteri di selezione del contratto collettivo attuativo del rinvio

Sin da tempo risalente il legislatore si è preoccupato di affidare le facoltà appena riferite solo ad alcuni contratti collettivi.

La stragrande maggioranza delle disposizioni di rinvio, e pressoché la totalità di quelle contenute nella legislazione di questi primi anni del nuovo millennio, si preoccupa di conferire la facoltà di intervento solo ai contratti siglati da determinati soggetti sindacali.

Come in numerose altre disposizioni del sistema normativo italiano, pur essendo consacrato il pluralismo sindacale attraverso l'affermazione del principio di libertà sindacale (art. 39 Cost.), anche nelle ipotesi di rinvio il legislatore si preoccupa di attribuire le facoltà di legge solo ai contratti stipulati dai sindacali più rappresentativi.

L'ordinamento ritiene infatti che facoltà delicate come quelle di autorizzare il ricorso ad un determinato istituto, di derogare ad un precetto legale in un'ottica di riduzione dei trattamenti dovuti al lavoratore o quella di sostituire la disciplina legale possano essere conferite solo a sindacati già forti all'interno del proprio ambito di azione, sicché si può avere una ragionevole aspettativa che la stipulazione dell'accordo attuativo consegua ad un reale confronto e al fatto che il sindacato ritenga che quell'accordo risponda al miglior interesse dei lavoratori.

Nell'ottica appena indicata, il punto di riferimento della costruzione dei rinvii legislativi è divenuto il meccanismo previsto dall'art. 51, d.lgs. 81/2015, il quale testualmente dispone che «salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

Tale disposizione, pur se volta a selezionare i contratti collettivi abilitati ad esercitare le facoltà normative previste dal d.lgs. 81/2015 è in realtà divenuta, nella legislazione successiva, modello di riferimento per la costruzione del sistema dei rinvii alla contrattazione collettiva⁸.

⁸ L'art. 51 d.lgs. n. 81/2015 ha suscitato un rilevante dibattito in dottrina, ad ulteriore conferma dell'importanza della disposizione in esame. Cfr., senza pretese di esaustività: L. ZOPPOLI, *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 284/2015; P. PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 2, p. 275; U. GARGIULO, *L'azienda come luogo "preferenziale" delle relazioni sindacali?*, in *Lav. dir.*,

Di ciò è facile avvedersi esaminando le disposizioni dettate nelle leggi successive, nelle quali l'art. 51 d.lgs. 81/2015 viene espressamente richiamato come regola a cui far riferimento per selezionare i contratti collettivi abilitati ad attuare il rinvio legislativo⁹.

È possibile così affermare che l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 detta il criterio di raccordo fra fonte legale e autonomia collettiva per l'integrazione del disposto normativo di un numero molto elevato di materie.

All'interno dei testi normativi che rinviando all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, il criterio da quest'ultimo dettato costituisce il punto di riferimento quasi esclusivo, pur con alcune eccezioni costituite dalle ipotesi nelle quali, come ammette lo stesso art. 51, il legislatore definisca, in relazione alle peculiarità della disciplina in questione un criterio di selezione diverso¹⁰.

2016, p. 391; M. FALSONE, *I rinvii alla contrattazione collettiva nel d.lgs. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 1073; P. TOMASETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 367; M. LAI, *Una "norma di sistema" per contrattazione e rappresentanza*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 45; D. COMANDÈ, *Dall'inderogabilità alla competenza*, cit., p. 134 ss. Mi sia consentito rinviare anche a I. ALVINO, *Il micro-sistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra i livelli della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, p. 657.

9 A titolo esemplificativo, si possono richiamare: a) gli artt. 21, comma 5, e 41, comma 1, d.lgs. n. 148/2015 stabiliscono che il contratto di solidarietà è stipulato dall'impresa attraverso contratti collettivi aziendali di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015; b) l'art. 1, comma 187, della c.d. legge di stabilità 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208) rinvia all'art. 51 citato per l'identificazione dei contratti aziendali che possono prevedere una disciplina della retribuzione di risultato soggetta alla tassazione agevolata prevista dai commi da 182 a 191 del medesimo articolo; c) l'art. 50, d.lgs. n. 50/2016, che ha recentemente riformato la materia dei contratti pubblici, prevede che «per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 d.lgs. n. 81/2015»; d) l'art. 20, l. n. 81/2017, in materia di c.d. lavoro agile, prescrive che «il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'art. 51 d.lgs. n. 81/2015, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda»; e) l'art. 8, co. 3, lett. b), d.lgs. n. 177/2017, il quale, nel vietare agli enti del Terzo settore la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate ai lavoratori, precisa che «si considerano in ogni caso distribuzione indiretta di utili [...] la corresponsione a lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del 40% rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015».

10 È quanto avviene, ad esempio, nella materia del contratto di apprendistato, per la quale, considerate le peculiarità di tale tipologia contrattuale, il legislatore ha scelto di riservare l'attuazione dei rinvii legislativi ad accordi collettivi siglati a livello nazionale. Anche se è bene precisare che le disposizioni del d.lgs. n. 81/2015 non fanno tutte esplicito riferimento ad accordi siglati a livello nazionale, ma in tali casi rinviando genericamente al contratto collettivo, ponendo dunque il dubbio se tali contratti vadano intesi come contratti stipulati ai sensi

Due sono gli elementi che caratterizzano il meccanismo di rinvio appena ricordato.

Il primo è rappresentato dalla scelta di conferire a tutti i livelli della contrattazione collettiva le facoltà normative previste dalla disposizione di rinvio.

La disposizione realizza dunque un'equiparazione dei livelli negoziali a cui consegue il riconoscimento della facoltà delle strutture sindacali decentrate di presentare rivendicazioni su tutte le materie che ne sono fatte oggetto, anche laddove quelle materie siano riservate, nel sistema intersindacale, al livello nazionale di negoziazione¹¹.

Una competizione della quale può eventualmente avvantaggiarsi il datore di lavoro, il quale potrebbe essere indotto dalla disposizione a cercare l'accordo volto ad attuare il rinvio legislativo al livello nel quale possa ottenerlo più velocemente e/o a condizioni più favorevoli.

Peraltro, l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 non impedisce che si verifichi l'eventualità che il rinvio legislativo sia attuato da contratti collettivi di livello diverso con disposizioni contrastanti e non fornisce regole per individuare la norma da applicare, riproponendo, così, i noti complessi problemi riguardanti la risoluzione dei conflitti fra contratti collettivi di diverso livello¹².

Il secondo elemento che caratterizza il meccanismo di rinvio definito dall'art. 51 d.lgs. 81/2015 è costituito dal criterio di selezione dei contratti collettivi sulla base del grado di rappresentatività posseduto dalle associazioni stipulanti.

L'art. 51, utilizzando il meccanismo assolutamente prevalente nella legislazione più recente, investe del compito di attuare i rinvii legali, ad ogni livello della contrattazione collettiva, le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative e, sul piano aziendale, le RSA o la RSU riferibile al soggetto di livello nazionale.

Il criterio di selezione appena richiamato pone il problema dell'esatta individuazione del contratto collettivo, attesa l'assenza di criteri legali di misurazione della rappresentatività sindacale delle organizzazioni sindacali.

dell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015. Ciò si riscontra negli artt. 43, comma 7, 45, comma 3 e 46, comma 3. Poiché tali disposizioni devono essere lette, a parere di chi scrive, in maniera coerente con la disciplina complessiva dedicata all'apprendistato, si può concludere che in tali ipotesi il rinvio al contratto collettivo debba essere inteso come rinvio al contratto collettivo siglato a livello nazionale da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

11 Ragionando sul rapporto fra art. 51, d.lgs. n. 81/2015, art. 19, l. n. 300/1970 e accordi interconfederali di disciplina della contrattazione collettiva, U. GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Padova, Cedam, 2017, p. 110 ss., argomenta dubbi di legittimità costituzionale della prima delle norme citate che realizzerebbe una lesione della libertà sindacale.

12 Sul tema, anche per la ricostruzione del dibattito e degli orientamenti giurisprudenziali, si vedano: F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *Dir. lan. rel. ind.*, 2012, p. 21; M. FALSONE, *La ricerca della volontà delle parti in caso di conflitto fra contratti collettivi di diverso livello: un approccio da approfondire o un cul-de-sac?*, in *Arg. dir. lan.*, 2016, p. 446.

Ciò comporta che l'univoca individuazione del contratto collettivo abilitato all'attuazione del rinvio può risultare molto difficile, soprattutto in quei settori nei quali più elevato è il numero dei contratti collettivi di categoria vigenti e meno evidente è la leadership sindacale.

6. Il contratto collettivo di prossimità

Una trattazione a parte merita la cd. contrattazione collettiva di prossimità.

Con questa espressione si fa riferimento alla facoltà che l'art. 8 d.l. 138/2011 (convertito in l. 148/2011) conferisce al contratto collettivo territoriale o aziendale di derogare alle previsioni di legge in alcune specifiche materie. Il varo di questa disposizione può essere fatto risalire ad uno specifico approccio di politica del diritto, secondo il quale il sistema delle tutele del lavoro subordinato dovrebbe essere fatto oggetto di una forte specializzazione in ragione delle esigenze della singola impresa, mentre al contratto collettivo nazionale di categoria andrebbe riservato il compito di definire la cornice delle regole di carattere generale¹³.

La disposizione, di cui a breve saranno illustrati i punti salienti, ha dato luogo ad un ampio dibattito ed è stata fatta oggetto di forti critiche sia nel dibattito scientifico, sia da parte delle organizzazioni sindacali più rappresentative.

Critiche che, con un estremo sforzo di sintesi, possono essere condensate nel timore di scardinare il sistema delle tutele predisposte dalla legge a protezione del lavoro subordinato. Detto altrimenti, l'attribuzione al contratto collettivo decentrato del potere di derogare alle previsioni di legge renderebbe possibile una "parcellizzazione" delle tutele di legge in tanti micro-sistemi normativi, destinati ad essere applicati nella singola impresa o nel singolo territorio. Con l'effetto ulteriore di realizzare un indebolimento delle tutele del lavoro subordinato, in particolare in quei contesti in cui vi è un maggior bisogno di una tutela legale, essendo la forza della parte datoriale preponderante rispetto alla parte sindacale.

13 Per approfondimenti sullo specifico tema della tendenza recente al decentramento della contrattazione collettiva, anche in prospettiva comparata, si vedano, tra gli altri: P. ICHINO, *A che cosa serve il sindacato? Le follie di un sistema bloccato e la scommessa contro il declino*, Milano, Mondadori, 2005; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Bari, Cacucci, 2012; E. ALES, *Dal "caso FLAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 134/2011; A. PERULLI, *La contrattazione collettiva "di prossimità": teoria, comparazione e prassi*, in Riv. it. dir. lav., 2013, I, p. 919; V. MAIO, *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, a cura di G. PROIA, Padova, Cedam, 2014, p. 419; L. BELLARDI, *Il decentramento contrattuale: vecchi problemi e ipotesi di riforma*, in Quad. rass. sind., 2016, p. 25; M. PALLINI, *Italian Industrial Relations: Toward a Strongly Decentralized Collective Bargaining?*, in Comp. Lab. Law & Pol. Journal, 2017, vol. 38, p. 1; S. BOLOGNA, *Il contratto aziendale in tempi di crisi. Esperienze euro-mediterranee a confronto*, Torino, Giappichelli, 2017.

Altra parte della dottrina ha invece evidenziato come l'adattamento del sistema delle tutele legali del lavoro subordinato a specifiche esigenze concrete costituisce un'esigenza fortemente avvertita da molte imprese ed in molti territori. La flessibilizzazione della disciplina legale del lavoro subordinato potrebbe, a titolo esemplificativo, facilitare l'attrazione di capitali, anche stranieri, in determinati territori ovvero permettere di affrontare e superare situazioni di crisi aziendali suscettibili di mettere a rischio l'occupazione.

Provando a sintetizzare i contenuti della disposizione¹⁴, va detto che l'art. 8 abilita i contratti collettivi stipulati a livello territoriale o aziendale a derogare alle disposizioni di legge e alle previsioni del contratto collettivo nazionale di lavoro.

La facoltà di derogare alla disciplina (altrimenti inderogabile) della legge non è però attribuita in termini generali alla contrattazione collettiva decentrata. Tale facoltà è infatti riservata in via esclusiva ai contratti collettivi aziendali e territoriali sottoscritti da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, purché l'accordo rispetti i seguenti requisiti:

- a. l'accordo non contenga norme contrastanti con la Costituzione, i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro;
- b. la stipulazione sia funzionale a perseguire uno dei seguenti obiettivi: realizzare una maggiore occupazione, accrescere la qualità dei contratti di lavoro,

14 L'art. 8, l. n. 148/2011 ha stimolato un complesso ed articolato dibattito, nel quale è stata da più parti anche messa in dubbio la stessa legittimità costituzionale della disposizione. Si veda, senza pretesa di completezza: E. GHERA, *L'art. 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI, M. DELFINO, (a cura di), *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, Napoli, ESI, 2014, p. 477; L. RATTI, *Le pedine e la scacchiera: la contrattazione collettiva di prossimità alla prova dei vincoli sovranazionali*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Padova, Cedam, 2014, p. 97; A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 958; F. SANTONI, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 91; M. NAPOLI, *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 453; M. BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 461; A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 31; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"TT, n. 133/2011; G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1249; A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"TT, n. 132/2011; F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"TT, n. 127/2011; O. MAZZOTTA, «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *Lav. dir.*, 2012, p. 19; F. LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 453; A. BOLLANI, *Contrattazione di prossimità e limiti costituzionali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 1219; F. OLIVELLI, *La contrattazione collettiva aziendale dei lavoratori privati*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 189. Si vedano anche i commenti ospitati da *Dir. rel. ind.*, nel n. 1/2012, di M. MAGNANI, R. DE LUCA TAMAJO, A. MARESCA, M. DEL CONTE, M. MARAZZA, R. PESSI, C. PISANI e M. TIRABOSCHI.

- adottare forme di partecipazione dei lavoratori, far emergere il lavoro irregolare, incrementare la competitività e il salario, gestire le crisi aziendali e occupazionali, rendere possibili investimenti e l'avvio di nuove attività;
- c. intervenga in via esclusiva su una delle materie incluse nel seguente elenco chiuso¹⁵: impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie; mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale; contratti a termine, contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, regime della solidarietà negli appalti e casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; alla disciplina dell'orario di lavoro; modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro¹⁶.

Nel caso in cui siano rispettate tali condizioni, il contratto collettivo di prossimità è dunque dotato di un potere derogatorio e ad esso viene attribuita, dal medesimo art. 8, un'efficacia soggettiva generale¹⁷.

La disposizione appena sintetizzata ha dato luogo a numerosi problemi interpretativi ed applicativi, in larga parte imputabili ad una scarsa perizia dei redattori del testo.

Problemi che appare poco utile riportare e approfondire in questa sede. Piuttosto, a distanza di quasi 15 anni dalla promulgazione della norma, si può tentare un bilancio dell'impiego che le parti sociali hanno fatto di tale strumento e valutare se lo stesso abbia avuto realmente l'effetto di scardinare il tradizionale rapporto tra le fonti del diritto del lavoro.

Per rispondere a tali quesiti è opportuno precisare che non è possibile conoscere tutti i contratti collettivi che sono stati stipulati ai sensi dell'art. 8. Ciò per almeno due ordini di ragioni: I) la legge pone un obbligo di deposito del contratto collettivo aziendale solo se necessario per accedere a determinati benefici fiscali o contributivi; II) nella maggior parte dei casi, le parti sociali sottoscrittrici dell'intesa derogatoria preferiscono omettere ogni esplicito riferimento all'art. 8¹⁸.

15 In tale senso si è espressa Corte cost. 4 ottobre 2012, n. 221.

16 Fatte salve, come previsto dalla disposizione in commento, le seguenti eccezioni: licenziamento discriminatorio, licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento, fino ad un anno di età del bambino.

17 La questione della compatibilità dell'efficacia soggettiva generale attribuita al contratto collettivo di prossimità non è stata ancora affrontata direttamente dalla Corte costituzionale. Nella sentenza 28 marzo 2023, n. 52, la questione è stata dichiarata inammissibile in ragione del fatto che il contratto collettivo aziendale censurato nel giudizio a quo non era riconducibile nell'alveo dell'art. 8.

18 Cfr. in particolare: P. TOSI, *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 506; L. IMBERTI, *A proposito dell'articolo 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*,

Fatta questa dovuta premessa, ricerche empiriche hanno dimostrato che nel corso di questi quasi 15 anni, vi è stato un effettivo ricorso ad accordi ex art. 8, anche da parte di quelle organizzazioni sindacali che maggiormente ne avevano avversato l'introduzione¹⁹.

Un impiego dello strumento che può dirsi tutto sommato contenuto, tale da non aver prodotto l'effetto di scardinamento del sistema delle fonti di diritto del lavoro paventato inizialmente, con buoni argomenti, da una parte della dottrina.

7. Conclusioni

L'indagine sin qui condotta ha messo in rilievo come il meccanismo principale a cui l'ordinamento italiano affida l'interazione tra la disciplina legale e i prodotti dell'autonomia collettiva insieme con la regola che autorizza la contrattazione collettiva di prossimità ad interventi derogatori, finisca per instaurare una competizione tra legge e regolazione collettiva, per un verso, e tra i livelli della contrattazione collettiva, per l'altro. Tale effetto consegue, come si è messo in rilievo, dal fatto che tanto il "centro" quanto la "periferia" presso le quali si svolgono le trattative vengono investite dalla legge delle medesime funzioni normative.

Il che comporta la possibilità che la contrattazione decentrata venga investita di funzioni che gli accordi di autoregolamentazione del processo negoziale invece riservano al livello nazionale²⁰.

Al riguardo, una parte della dottrina sembra ridimensionare i problemi connessi all'equiparazione dei livelli della contrattazione collettiva realizzata nell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, argomentando che in realtà quest'ultima disposizione realizzerebbe un rinvio pieno alle regole definite dalle stesse parti sociali per la regolamentazione della contrattazione²¹. Dal che può inferirsi che un'eventuale antinomia fra regole contrastanti dettate da contratti sottoscritti a livelli diversi

in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 255.

19 A. MATTEI, *Il grado di evoluzione della c.d. contrattazione di prossimità a partire dall'osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, in M. BARBERA – A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Padova, Cedam, 2014, p. 77.

20 Il che pone un problema di possibili antinomie tra regole poste ai diversi livelli della contrattazione collettiva e, quindi, a cascata, un problema di individuazione dei criteri interpretativi di risoluzione delle medesime antinomie. Sul tema dei criteri utilizzabili per l'interpretazione del contratto collettivo v. da ultimo, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, A. BOLLANI, *L'interpretazione del contratto collettivo*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Padova, Cedam, 2014, p. 839.

21 Cfr. S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, cit., 27 s., il quale osserva che l'art. 51 rinvierebbe «interamente al sistema sindacale la definizione delle regole e dei rapporti soggettivi/oggettivi fra i livelli abilitati alla contrattazione delegata» cosicché «il governo del sistema contrattuale definito in ambito sindacale riceverebbe, proprio grazie alla norma del decreto legislativo 81/2015, pieno impulso e piena legittimazione legale, giustificando una sua esigibilità in sede giudiziale».

in attuazione del rinvio legislativo andrebbe risolta sulla base delle medesime regole dettate a livello intersindacale²².

La conclusione appena indicata, per quanto suggestiva, non sembra però condivisibile, poiché non sembra possibile evincere dal tenore letterale della disposizione un rinvio alle regole di regolamentazione fra livelli della contrattazione collettiva definita autonomamente dalle parti sociali, così come tali ultime regole non possono essere utilizzate per risolvere il problema della individuazione dei soggetti collettivi comparativamente più rappresentativi.

Piuttosto, la tecnica impiegata nell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 appare funzionale ad offrire all'autonomia collettiva uno strumento di specificazione a livello decentrato della regolazione legislativa laddove richiesto da specifiche esigenze che le parti collettive potrebbero ritenere pregiudicate dall'applicazione della regolazione definita a livello nazionale.

Non v'è dubbio, però, che questo meccanismo è suscettibile di turbare l'armonia dello sviluppo della contrattazione collettiva ai vari livelli, minando il ruolo di fulcro del sistema delle regole di disciplina del rapporto di lavoro tradizionalmente rivestito dal contratto collettivo di categoria.

Inoltre, e per concludere, l'assenza di una regolazione legislativa della contrattazione collettiva lascia irrisolto il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo attuativo di un rinvio legale. Detto altrimenti, resta il dubbio se a tale contratto collettivo debba essere riconosciuta un'efficacia soggettiva limitata alle parti stipulanti e agli aderenti agli stessi, ovvero se si possa affermare che l'esercizio delle funzioni normative delegate dalla legge attribuisca alle relative clausole un'efficacia generale²³. Un'incertezza che è suscettibile di inasprire e rendere più difficile la gestione del conflitto proprio in quei contesti nei quali l'esigenza di regole chiare è maggiormente avvertita.

22 Cfr. però l'opinione di M. RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, p. 263 qui 283, il quale argomenta che l'ultimo comma dell'art. 39 Cost. realizzerebbe la costituzionalizzazione del contratto collettivo nazionale di categoria, con la conseguenza che i contratti aziendali e/o territoriali sarebbero per loro natura gerarchicamente subordinati al livello superiore, potendo disporre liberamente soltanto negli spazi lasciati aperti da quest'ultimo.

23 Per approfondimenti su tale profilo sia consentito ancora una volta rinviare a I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, cit.

Il diritto di sciopero dell'articolo 40 della Costituzione: la titolarità del diritto e gli effetti del suo esercizio

Lorenzo Giasanti

SOMMARIO: 1. Art. 40 Cost. e contesto storico giuridico. – 2. La nozione e i limiti dello sciopero. – 3. La titolarità del diritto. – 4. Le finalità dello sciopero. – 5. Le forme dello sciopero. – 6. Gli effetti dello sciopero. – 7. Forme di conflitto diverse dallo sciopero.

1. Art. 40 Cost. e contesto storico giuridico

Nel momento in cui l'Assemblea costituente¹ si trovò davanti alla scelta della forma giuridica da assegnare alla condivisa necessità che «una legge riconosca il diritto di sciopero dei lavoratori, abrogando i divieti fascisti in materia»², il contesto giuridico di riferimento era piuttosto variegato.

Lo sciopero, quale «forma più incisiva di autotutela»³ degli interessi collettivi nell'ambito di un'economia di mercato, aveva avuto negli anni diversi problemi per un suo pieno riconoscimento giuridico, tanto sul piano sovranazionale, a partire dal ruolo giocato dalla c.d. loi Le Chapelier⁴, quanto su quello interno.

1 Come è stato ricordato «l'Assemblea costituente si interessò al diritto di sciopero in tutte le sue possibili sedi» (A. BELLAVISTA, *Il diritto di sciopero all'Assemblea costituente. Attualità di un dibattito*, in G. PINO (coord.), *L'assemblea costituente e il diritto di sciopero*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 69), chiarendo come la questione venne dibattuta soprattutto nella Prima e nella Terza sottocommissione.

2 Così l'ordine del giorno Fanfani del 24 ottobre 1946 nella Terza sottocommissione, che faceva, in realtà, seguito ad una posizione minoritaria tendente «a negare allo sciopero un posto nella Carta costituzionale» (L. GAETA, *Sciopero, potere decisionale e rappresentatività sindacale*, in G. PINO (coord.), *L'assemblea costituente e il diritto di sciopero*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 104).

3 G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, p. 213.

4 Approvata in Francia il 14 giugno 1791 durante la rivoluzione con l'intento di abolire le corporazioni di arti e mestieri dell'*Ancien regime* ed abrogata il 25 maggio 1864, la loi Le Chapelier puniva penalmente la mera esistenza di coalizioni professionali ed ebbe un ruolo molto rilevante nei divieti allo sciopero ampiamente diffusi per buona parte del XIX secolo tanto negli ordinamenti giuridici europei, ove nel corso dell'800 venne generalmente superata la punibilità penale dello sciopero ma non le sue conseguenze civilistiche, quanto negli Stati Uniti d'America, ove fu necessario attendere l'approvazione nel 1935 del National Labor

In Italia gli effetti della loi Le Chapelier si erano palesati all'interno del codice penale sardo-italiano del 1859 ove il "divieto di coalizione" comportava la punibilità penale di sciopero e serrata.

Il pur condiviso superamento «richiese tempi lunghi»⁵ e si palesò nel 1889 col codice penale Zanardelli in cui lo sciopero non era più considerato un reato salvo nel caso di violenza o minaccia⁶, con il conseguente riconoscimento dello «sciopero come mera libertà di fatto ma senza specifiche garanzie sul piano contrattuale»⁷.

Il codice penale del 1930, ancora in vigore, aveva successivamente provveduto a introdurre specifici reati di sciopero e serrata, con pene aggravate nel caso di finalità diversa da quella contrattuale (politica, di solidarietà, di protesta).

È soprattutto il dubbio su come gestire, e probabilmente contenere, lo sciopero proclamato per fini diversi da quelli meramente rivendicativi ad aver animato il dibattito in Assemblea costituente⁸, in cui, fra chi contemplava un riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero senza alcuna limitazione⁹ e chi puntava ad inserire specifici limiti in Costituzione¹⁰, nell'art. 40 Cost. era infine prevalso un testo di compromesso, desunto dal preambolo della Costituzione francese del 1946 secondo cui «*le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent*».

L'esplicito riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero nella Carta costituzionale italiana viene così ad inserirsi nel mutato panorama internazionale del XX secolo in cui lo sciopero, nella tradizione costituzionale di molti paesi così come in diverse convenzioni internazionali, rientra fra i diritti fondamentali.

In qualche caso tramite un riconoscimento esplicito, come nell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che contempla il diritto di ricorrere «ad azioni collettive ... compreso lo sciopero» ovvero nella carta

Relations Act e le pronunce della Suprema Corte del 1940 (Apex Hosiery co. v. Leader) e del 1941 (United States v. Huthcheson) che riconobbero la piena liceità dello sciopero.

5 M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 11.

6 Per un approfondimento sul punto v. G. DE SIMONE, *Il liberalismo illuminato di Zanardelli: legislazione sociale e libertà sindacale*, in *Lav. dir.* 2021, p. 623.

7 F. SANTONI, *La libertà e il diritto di sciopero*, in F. LUNARDON, *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Tr. PERSIANI, CARINCI, Cedam, Milano, 2011, p. 5, che ricorda la classica impostazione dello sciopero quale reato, libertà, reato, diritto impostata già da P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv.giur.lav.* 1952, p. 222.

8 Come prospettato in dottrina il dibattito sulle eventuali limitazioni si è soprattutto svolto in relazione alle finalità, ai soggetti ed alla garanzia dei beni essenziali, restando estranee le discussioni circa le modalità dello sciopero, che saranno invece al centro del dibattito successivo (F. BORGOGELLI, *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 43).

9 Secondo tale posizione, avanzata da TOGLIATTI nella Prima Sottocommissione e da Di Vittorio nella Terza Sottocommissione, lo sciopero avrebbe dovuto avere un riconoscimento costituzionale senza alcun limite.

10 Tale posizione era stata esemplificata nella posizione di LUCIFERO nella Terza Sottocommissione.

costituzionale francese (art. 7 Preambul Cost. 1946) o spagnola (art. 28.2). In altri quale implicito seppur necessitato corollario della libertà sindacale, come nel caso dell'art. 11 della CEDU¹¹, della Convenzione ILO n. 87/1948¹² ovvero della Costituzione tedesca (art. 9 Grundgesetz).

2. La nozione e i limiti dello sciopero

La norma costituzionale italiana, pur non contenendo un'esplicita nozione di sciopero, e rimandando in tal modo al fatto nella sua essenza ed agli elementi che emergono dall'esperienza economica e sociale¹³, ha in ogni caso fin da subito consentito di estrapolare diversi principi fondamentali generalmente condivisi da dottrina e giurisprudenza.

Lo sciopero, previsto dall'art. 40 ma strettamente connesso anche con l'art. 39 della carta costituzionale tanto per la sua specifica attitudine di agevolare la stipulazione di un contratto collettivo¹⁴ quanto per la sua autonoma capacità di garantire l'effettività della libertà sindacale¹⁵, è generalmente qualificato quale diritto soggettivo.

Nel corso del tempo lo sciopero è stato visto quale diritto pubblico di libertà¹⁶, posta la garanzia costituzionale che lo Stato non possa emanare norme contrastanti con tale diritto¹⁷, ovvero inquadrato quale diritto potestativo, in virtù del potere attribuito ai lavoratori che produce una sospensione del rapporto nei confronti del datore di lavoro¹⁸.

11 Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo lo sciopero va considerato quale corollario inscindibile del diritto di associazione sindacale di cui all'art. 11 CEDU (Corte Edu 12 novembre 2008 Demir and Bakara v. Turkey; Corte Edu 21.4.2009 Enerji Yapi v. Turkey; Corte Edu 30 luglio 2009 Danilenkov v. Russia; 29.10.2010 Trofimchu v. Ukraine), pur non violando l'art. 11 una norma che impedisca uno sciopero nei confronti di un differente datore di lavoro, che ha rapporti con il proprio, per produrre una pressione indiretta (Corte Edu 8 aprile 2014 National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom).

12 Tale è stata per anni l'interpretazione ampiamente diffusa. Nel 2012 era però emersa una differenza interpretativa in seno ai ILO Committee of Experts'. La questione è stata infine ricompresa nel febbraio 2015 in cui è stato solennemente affermato come «*The Government Group recognizes that the right to strike is linked to freedom of association, which is a fundamental principle and right at work of the ILO. The Government Group specifically recognizes that without protecting a right to strike, Freedom of Association, in particular the right to organize activities for the purpose of promoting and protecting workers' interests, cannot be fully realized.*».

13 R. SCOGNAMIGLIO, *Una nuova svolta nella giurisprudenza del Supremo Collegio in tema di limiti di legittimità dello sciopero*, in *Mass.giur.lav.* 1986 p. 473.

14 G. MAZZONI, *I rapporti collettivi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 175.

15 G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., p. 215. Su cui v. *supra* S. VARVA, *La libertà sindacale dell'art. 39 della Costituzione*.

16 G. GIUGNI, *Aspetti e problemi del diritto di sciopero*, in *Dir.lav.* 1950, I, p. 85.

17 P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 221.

18 F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, in *Riv.it.sc.giur.* 1949, p. 138.

Successivamente si è preferito parlare di diritto assoluto della persona¹⁹ o di libertà fondamentale²⁰, in relazione al collegamento con l'art. 3 Cost. quale strumento di emancipazione del cittadino lavoratore e di concreto perseguimento dell'equità sostanziale.

La norma costituzionale rimanda alla regolazione della legge ordinaria. Se è stato fin da subito chiaro come tale rinvio non possa in alcun modo mettere in discussione la "immediata precettività"²¹ dell'art. 40, consentendo così «la formazione nel tempo di un vero e proprio diritto giurisprudenziale tramite il quale i limiti all'esercizio dello sciopero sono stati tracciati»²², si è discusso in dottrina se tale riferimento dovesse intendersi quale riserva di legge assoluta o relativa. L'interpretazione maggioritaria ha tendenzialmente optato per la riserva relativa²³, visione consolidatasi soprattutto in virtù dei rimandi contenuti nella legge sugli scioperi nei servizi pubblici essenziali²⁴.

Nonostante non sia mai stata emanata una legge generale sullo sciopero, esistono tuttavia alcuni provvedimenti normativi che ad esso fanno riferimento. Accanto alla rilevante normativa in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali di cui alle leggi 12.6.1990 n. 146 e 11.4.2000 n. 83²⁵, in settori di particolare delicatezza sono state nel tempo emanate specifiche norme, atte ad assicurare comunque il funzionamento degli impianti come avviene nel caso dei servizi di assistenza al volo²⁶ o all'interno delle centrali nucleari²⁷, ovvero a vietare specificamente il diritto di sciopero come nel caso degli agenti appartenenti alla Polizia di Stato²⁸ e dei militari²⁹.

19 L. MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero. Atti del primo convegno di studi di diritto e procedura penali*, Giuffrè, Milano, 1964.

20 Su cui v. il recente contributo di V. BAVARO, *Sul fondamento ideologico della libertà di sciopero*, in *Rin. giur.lav.* 2019, I, p. 369, che enfatizza i legami con l'ordinamento UE.

21 Corte cost. 28 dicembre 1962 n. 123, in *giurcost.org*, e Corte cost. 4 maggio 1960 n. 29, in *giurcost.org*.

22 F. SANTONI, *op. cit.*, p. 11.

23 M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 388.

24 Come emerge chiaramente da Corte cost. 18 ottobre 1996 n. 344, in *giurcost.org*.

25 Su cui v. *infra* M. GIACONI, *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*.

26 L'art. 4 l. 23 maggio 1980 n. 242 contempla la necessità di assicurare sempre alcune tipologie di voli.

27 Successivamente all'abrogazione degli articoli artt. 49 e 129 del D.P.R. 13 febbraio 1964 n. 185, deve oggi farsi riferimento all'art. 91 d.lgs 31 luglio 2020 n. 101, ricalcato sull'art. 48 d.lgs 17 marzo 1995 n. 230, che impedisce ai lavoratori di allontanarsi per qualunque evenienza dall'impianto nucleare.

28 L'art. 84 l. 1° aprile 1981 n. 121 vieta lo sciopero ed eventuali azioni sostitutive.

29 Secondo l'art. 1475, co. 4, d.lgs 15 marzo 2010 n. 66 i militari non possono esercitare il diritto di sciopero. Tale divieto è stato, peraltro, confermato dalla l. 28 aprile 2022 n. 46 e dal d.lgs 24 novembre 2023 n. 192 che, successivamente all'intervento di Corte cost. 13 giugno 2018 n. 120, in *giurcost.org*, che aveva ritenuto illegittimo il divieto precedentemente previsto di formare proprie associazioni professionali, hanno disciplinato le modalità di esercizio della libertà sindacale per gli appartenenti alle forze armate.

In assenza di una precisa nozione di legge è stata la giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, ad assumersi fin da subito il compito di tracciare in concreto i confini della protezione costituzionale, attraverso la ricerca degli elementi che consentano di individuare una specifica definizione di sciopero precisandone concretamente i limiti³⁰.

Per lungo tempo ad essere stata recepita nelle decisioni dei giudici è la visione dello sciopero quale strumento di conflitto strettamente correlato alla logica economica dello scambio contrattuale nel rapporto lavorativo che si concreta in una astensione concertata e completa dal lavoro da parte dei lavoratori³¹. Venivano così a configurarsi precisi limiti interni a tale astratta nozione di sciopero che impedivano di considerare all'interno del dettato costituzionale quelle forme di lotta, pur diffuse ed utilizzate nella prassi sociale e sindacale, che tuttavia si distaccavano da tale formale accezione³².

I rilievi critici della dottrina e le posizioni della Corte costituzionale, intenta nei suoi interventi in materia di sciopero a soffermarsi più che altro sulle necessarie modalità di intervento per contemperare il diritto costituzionale di sciopero con gli altri diritti costituzionalmente tutelati³³, sono riuscite a fare breccia sulle posizioni della giurisprudenza a partire dalla nota pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione 30 gennaio 1980 n. 711³⁴, con cui si assiste ad un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale che pone le basi per un assetto interpretativo che andrà a consolidarsi negli anni.

Da quel momento in poi anche per la giurisprudenza non è possibile partire da una nozione precisa e predeterminata di sciopero, che invece corrisponde a

30 Per una rassegna sui più recenti approcci della giurisprudenza v. M. D'ONGHIA, *Il diritto di sciopero nell'interpretazione giurisprudenziale verso un arretramento della logica del conflitto?*, in *Riv.giur.lav.* 2019, I, p. 390.

31 Soltanto in tal modo si sarebbe realizzato «un equilibrio fra i sacrifici reciproci, e dunque una forma di lotta onesta e leale» (F. BORGOGELLI, *op. cit.*, p. 46).

32 In tale prospettiva la giurisprudenza riteneva non potessero rientrare nella nozione di sciopero quelle forme definite «abnormi, sleali e patologiche di lotta sindacale» come lo sciopero a scacchiera o a singhiozzo (Cass. 17 ottobre 1961 n. 2183, in *Riv.giur.lav.* 1961, II, p. 604).

33 Nella percezione del giudice costituzionale lo sciopero «deve svolgersi in modo da non ledere altre libertà costituzionalmente garantite» (Corte cost. 27 febbraio 1969 n. 31), e durante il suo svolgimento, oltre al dovere di garantire «la libertà di lavoro di chi non aderisca allo sciopero» o di perseguire una «rigorosa astensione da ogni violenza», emergeva la doverosa necessità «di non compromettere servizi pubblici o funzioni essenziali aventi carattere di preminente interesse generale costituzionalmente protetto» (Corte cost. 27 dicembre 1974 n. 290, in *giurcost.org*).

34 Secondo tale rilevante pronuncia, che può leggersi in *Foro it.* 1980, I, c. 25, «Il diritto di sciopero, quale che sia la sua forma di esercizio e l'entità del danno arrecato, non ha altri limiti, attesa la necessaria genericità della sua nozione comune, presupposta dal precetto costituzionale (art. 40 cost.), e la mancanza di una legge attuativa di questo, se non quelli che si rinvengono in norme che tutelino posizioni soggettive concorrenti, su un piano prioritario o quanto meno paritario, quali il diritto alla vita e all'incolumità personale nonché la libertà dell'iniziativa economica, cioè, dell'attività imprenditoriale».

ciò che è ritenuto tale nel contesto economico e sociale di riferimento, potendosi al più individuare soltanto limiti esterni al suo esercizio correlati alla necessità di salvaguardare diritti di pari o preminente rilevanza contemperandoli con la difesa del diritto di sciopero.

Se il contemperamento con i diritti costituzionali di coloro che sono estranei alla relazione lavorativa, inizialmente lasciato alla libera regolamentazione sindacale, verrà successivamente individuato direttamente dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, è invece la stessa giurisprudenza ad assumersi il compito di trovare un punto di equilibrio fra il diritto costituzionale di sciopero e la necessità di salvaguardia della libertà d'impresa.

Il libero esercizio del diritto di sciopero consente così di ritenere ammesso il danno alla produzione, quale mero risultato dell'attività produttiva, ma di considerare vietato il danno alla produttività, posto che lo sciopero, ed il necessario rispetto della sfera giuridica altrui tutelata dalla carta costituzionale, non deve pregiudicare irrimediabilmente la capacità produttiva aziendale.

La giurisprudenza ha, in particolare, ravvisato danno alla produttività nei casi in cui lo sciopero possa mettere a rischio la funzionalità o l'integrità degli impianti, comportando «la distruzione o una duratura inutilizzabilità degli impianti, con pericolo per l'impresa come organizzazione istituzionale, non come mera organizzazione gestionale, con compromissione dell'interesse generale alla preservazione dei livelli di occupazione»³⁵.

La necessità di preservare gli impianti aziendali durante lo svolgimento dello sciopero ha comportato la necessità di prevedere specifici accorgimenti, che gravano sui lavoratori scioperanti, nel caso in cui sussistano impianti a ciclo continuo. Accordi collettivi prevedono la comandata, cioè l'individuazione di un certo numero di lavoratori che resta in servizio durante lo svolgimento dello sciopero. In giurisprudenza le comandate unilateralmente imposte dal datore di lavoro sono state riconosciute come condotta antisindacale³⁶.

3. La titolarità del diritto

Nel dibattito che è emerso in epoca repubblicana, ed in mancanza di una legge generale sul diritto di sciopero, la questione della titolarità, individuale o collettiva, del diritto di sciopero ha avuto un certo peso, affiorando da un lato la necessità di garantire al singolo lavoratore il pieno esercizio della principale forma di autotutela della propria libertà sindacale, ma manifestandosi, dall'altro, l'esigenza di evitare «fenomeni di incontrollata microconfittualità»³⁷.

35 Cass. 14 marzo 2024 n. 6787, in *Giust.civ.mass.* 2024.

36 Trib. Trento 19 marzo 1996, in *Riv.crit.dir.lav.* 1996, p. 932.

37 F. SANTONI, *op.cit.*, p. 26.

L'opinione dominante ha tradizionalmente ritenuto di poter prediligere la garanzia che lo sciopero fornisce al singolo cittadino lavoratore quale rilevante strumento di salvaguardia dei propri diritti costituzionali, pur riconoscendosi lo stretto legame con la tutela di un interesse preminentemente collettivo, definendo quindi lo sciopero quale «diritto a titolarità individuale ma ad esercizio collettivo»³⁸.

Nella dottrina italiana non sono in realtà mai mancate le discussioni sulle implicazioni collettivo-sindacali dello sciopero³⁹. Il dibattito è fiorito soprattutto negli ultimi anni, a fronte di una più crescente e marcata frammentarietà del sistema sindacale italiano. Si è così avuto modo di inquadrare lo sciopero quale diritto a titolarità collettiva⁴⁰, a titolarità sindacale⁴¹, ma anche a doppia titolarità individuale e collettiva⁴² o a titolarità congiunta⁴³.

Una delle più dirette conseguenze di un eventuale provvedimento normativo inteso a riconoscere la titolarità collettiva dello sciopero sarebbe la possibilità che clausole esplicite di tregua sindacale possano avere efficacia diretta sui singoli lavoratori⁴⁴. Si tratta di un effetto al momento in realtà escluso dalla giurisprudenza⁴⁵ e dalle stesse parti sindacali⁴⁶.

Nonostante l'ampio dibattito sviluppatosi sul tema sembrerebbe piuttosto che «il nodo della titolarità, eternamente sospeso fra individuale e collettivo, o fra garanzia di libertà e pluralismo e istanze di stabilizzazione, non si può dire ancora sciolto»⁴⁷.

38 V. SIMI, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1956; L. MENGONI, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in *Sciopero e serrata nei paesi CEECA*, Giuffrè, Milano, 1961.

39 Già P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, cit., p. 221, sottolineava come lo sciopero rientrasse innanzitutto nel potere delle collettività professionali di proclamarlo, pur emergendo anche l'aspetto individuale del singolo lavoratore che può aderire o meno allo sciopero.

40 G. PINO, *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2005.

41 A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006; M. RUSCIANO, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2002, p. 151.

42 L. CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Franco Angeli, Milano, 2012.

43 L. NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, Bologna, 2014.

44 Su cui v. P. PASCUCI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero nell'ottica della l. 146/1990 e delle clausole di tregua* e R. ROMEI, *Esiste davvero la titolarità collettiva del diritto di sciopero?*, entrambi in A. LOFFREDO (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, Bari, 2008.

45 Tendente a ritenere che le c.d. clausole di tregua sindacale abbiano natura obbligatoria ed effetto soltanto nei confronti delle associazioni sindacali stipulanti, ma «non si rivolgono alle parti del rapporto di lavoro e non creano obblighi a carico di dette parti» (Cass. 5 maggio 2000 n. 5625, in *Notiz.giur.lav.* 2000, p. 551).

46 Il T.U. sulla rappresentanza sindacale del 10.1.2014, parte IV, afferma esplicitamente che eventuali clausole di tregua sindacale e sanzionatorie, pensate per garantire l'esigibilità dei contratti collettivi, hanno effetto vincolante solo sulle rappresentanze sindacali ma «non per i singoli lavoratori».

47 R. DEL PUNTA, *Lo sciopero*, in Tr. CARINCI, I, Giappichelli, Torino, 2009, p. 413.

In giurisprudenza prevale l'idea che lo sciopero sia «un diritto individuale del lavoratore ma suscettibile di collettivo esercizio, in quanto diretto alla tutela di un interesse collettivo»⁴⁸ con conseguenti e consolidati esiti.

Così non è ritenuta necessaria una formale proclamazione dello sciopero da parte delle organizzazioni sindacali⁴⁹, pur ampiamente diffusa nella prassi sindacale e la cui sussistenza comprova comunque l'esistenza di un interesse collettivo e può valere quale mero invito a scioperare.

Nello stesso senso non rileva il numero degli scioperanti⁵⁰ ma soltanto la concreta sussistenza di un interesse collettivo, ancorché meramente potenziale⁵¹.

Se lo sciopero ha una valenza normalmente associata all'interesse collettivo dei lavoratori subordinati, vi sono casi in cui è stata riconosciuta l'utilizzabilità di tale strumento di conflitto a tutela di una delle parti deboli del rapporto a prescindere dalla natura subordinata del rapporto.

In tal senso la Corte costituzionale aveva avuto modo di dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 506 c.p. che puniva la serrata degli esercenti privi di dipendenti in quanto in contrasto con l'art. 40 Cost., affermando che anche tale forma di autotutela dei lavoratori autonomi «non può non essere compresa in quel più ampio concetto di sciopero che ha trovato modo di esprimersi nell'attuale mondo del lavoro»⁵².

Nell'ambito di un tale approccio interpretativo l'esercizio dello sciopero è stato quindi riconosciuto «anche tutte le volte che si verifichi una posizione di parasubordinazione, e cioè una posizione di debolezza del prestatore d'opera nei confronti della controparte»⁵³.

Diverso è, invece, l'approccio utilizzato nei confronti dei lavoratori autonomi che non si trovino in una posizione di particolare debolezza, come nel caso del c.d. sciopero degli avvocati in merito al quale è stato affermato che «l'astensione da ogni attività defensionale non può configurarsi come diritto di sciopero e non ricade sotto la specifica protezione dell'art. 40»⁵⁴.

48 Cass. ord. 12 settembre 2024 n. 24473, inedita a quanto consta; CdS 12 ottobre 2000 n. 5414 in *Foro amm.* 2000, p. 10; Cass. 8 agosto 1987 n. 6831, in *Giust.civ.mass.* 1987, p. 8-9.

49 Trib. Milano 4 luglio 2007, in *Dir.crit.lav.* 2007, 3, p. 691; Trib. Palmi 15 marzo 2007, in *Red. Giuffrè* 2009; Cass. 17 dicembre 2004 n. 23552, in *Foro it.* 2005, I, p. 2774; Cass. 20 luglio 1984 n. 4260, in *Giust.civ.mass.* 1984, p. 7.

50 Trib. Milano 18 novembre 1985, in *Orient.giur.lav.* 1985, p. 1168, che escludeva uno sciopero individuale soltanto in quanto nel caso di specie non era configurabile «interesse sia pure indirettamente collettivo».

51 App. Firenze 24 aprile 2002, in *Foro toscano* 2002, p. 347, che riconosce la legittimità di uno sciopero che «pur se occasionato da una vicenda individuale e nell'interesse immediato di un singolo lavoratore, costituisce tuttavia strumento di difesa anche di tutti gli altri scioperanti "solidali" che un domani potrebbero trovarsi nella medesima situazione».

52 Cort cost. 17 luglio 1975 n. 222, in *giurcost.org*.

53 Cass. 29 giugno 1978 n. 3278, in *Mass.giur.lav.* 1979, p. 8.

54 Corte cost. 27 maggio 1996 n. 171, in *giurcost.org*, pur ritenendo illegittimo il mancato inserimento degli avvocati nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Da tali precetti

4. Le finalità dello sciopero

Nel dibattito italiano ampio spazio è stato dedicato nel tempo alle finalità dello sciopero, distinguendo fra differenti tipologie di sciopero in relazione alle diverse opzioni rivendicative avanzate, più o meno esplicitamente, dai lavoratori scioperanti.

La rilevanza delle finalità è strettamente correlata alle sanzioni penali dello sciopero che il codice del 1930 differenziava, graduandole, proprio in base allo scopo potenzialmente individuabile nel singolo sciopero e distinguendo a tal fine tra sciopero per fini contrattuali (art. 502 c.p.), per fini non contrattuali (art. 503 c.p.), coazione alla pubblica autorità (art. 504 c.p.), sciopero a scopo di solidarietà o di protesta (art. 505 c.p.), accanto ai reati di serrata dei piccoli esercenti, boicottaggio ed occupazione d'azienda. È stata poi la dottrina e la corte costituzionale a far emergere la distinzione tra sciopero contrattuale, economico-politico, politico⁵⁵.

La Corte costituzionale è intervenuta in diverse occasioni sulle norme del codice penale che punivano lo sciopero, eliminando però direttamente dall'ordinamento soltanto l'art. 502 c.p.⁵⁶ ed interpolando le ulteriori norme con altri principi direttamente tutelati dal testo costituzionale.

Così qualche anno più tardi, la Corte ebbe modo di ribadire la natura costituzionalmente tutelata del diritto di sciopero, specificando come tale tutela non possa tuttavia «rimanere circoscritta alle sole rivendicazioni di indole meramente salariale, ma si estende a tutte quelle riguardanti il complesso degli interessi dei lavoratori che trovano disciplina nelle norme racchiuse sotto il titolo stesso»⁵⁷ ed evidenziando la piena legittimità dello sciopero di solidarietà. Tuttavia non ritenne di poter dichiarare l'illegittimità degli articoli 504 e 505 perché le norme, data la genericità delle loro formulazioni, ben possono tutelare beni giuridici coerenti con lo stesso sistema costituzionale.

È con la successiva sentenza 27 dicembre 1974 n. 290 che la Corte costituzionale fece il passo decisivo, riconoscendo nello sciopero un valido strumento di pressione per realizzare in concreto quei rilevanti diritti garantiti dalla

si è ritenuto possa costituire comportamento valutabile dalla Commissione di garanzia «la violazione, da parte delle associazioni di categoria dei lavoratori autonomi, del dovere di dissociarsi pubblicamente ed in maniera inequivocabile da forme di protesta esercitate, da singoli associati o da gruppi di questi, senza il rispetto dei precetti a tutela degli utenti dei servizi pubblici essenziali» (Cass. 28 gennaio 2019 n. 2298, in *Giust.civ.mass.* 2019).

55 Già nell'approccio di L. MENGONI, *Sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero. Atti del I convegno di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 32.

56 Corte cost. 4 maggio 1960 n. 29, cit., ha dichiarato la radicale illegittimità dell'intero art. 502 c.p. «cioè una norma che fu ideata e imposta a tutela di un sistema che negava quella libertà» sindacale e di sciopero riconosciuti invece oggi dagli articoli 39 e 40 della Costituzione repubblicana.

57 Corte cost. 28 dicembre 1962 n. 123, cit.

Costituzione, ed in tal modo idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui al secondo comma dell'art. 3.

Secondo la Corte, quindi, deve considerarsi costituzionalmente illegittimo l'art. 503 c.p. «nella parte in cui punisce anche lo sciopero politico che non sia diretto a sovvertire l'ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare»⁵⁸.

Nella posizione del giudice delle leggi, tuttavia, non si rinviene un diretto ed esplicito riconoscimento dello sciopero politico come diritto, posto che nell'art. 40 «rientrano sicuramente gli scioperi proclamati in funzione di tutte le rivendicazioni riguardanti il complesso degli interessi dei lavoratori, che trovano disciplina nelle norme poste sotto il titolo terzo della parte prima della Costituzione»⁵⁹, e quindi quegli interessi che abbiano un'accezione prettamente economica.

In tale visione trovano certamente eco quegli approcci interpretativi che hanno correlato il diritto soggettivo di sciopero allo scambio contrattuale sinallagmatico del rapporto di lavoro, sul piano individuale, ed alla tutela del principio di libertà sindacale, sul piano dei rapporti collettivi.

Lo sciopero politico strettamente inteso parrebbe essere stato giustificato sul piano costituzionale soltanto indirettamente, non nella sua qualità di diritto fondamentale della persona correlato con gli articoli 2 e 3 della Carta costituzionale, ma quale mera libertà, con la conseguente impossibilità per l'ordinamento di prevedere la punibilità penale ma con la potenziale configurabilità di precise conseguenze civilistiche.

È stato, in realtà, il giudice di legittimità⁶⁰ a confutare tale visione, in un caso in cui, a fronte di uno sciopero prettamente politico e proclamato con la precisa finalità di protestare contro l'intervento militare delle forze armate italiane all'estero, l'assenza dei lavoratori dal posto di lavoro era stata valutata quale ipotesi di inadempimento contrattuale potenzialmente suscettibile di sanzione disciplinare.

Secondo la Suprema Corte, invece, è proprio dall'approccio interpretativo della Corte costituzionale ad evincersi come lo sciopero per fini non contrattuali, anche laddove si dovessero rilevare finalità non economiche, debba giocoforza ricadere nell'alveo della protezione dell'art. 40. Non soltanto perché esso era stato esplicitamente accostato dallo stesso giudice costituzionale agli strumenti utili per perseguire l'equità sostanziale di cui all'art. 3 Cost., ma anche in relazione alla facoltà prevista dall'art. 2 l. 12 giugno 1990 n. 146 che esclude dalle regole in materia di preavviso minimo e di durata sia lo sciopero a difesa dell'ordine costituzionale che lo sciopero per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori.

Tutto ciò comporta che «lo sciopero per fini non contrattuali consistenti nel contrasto e nell'opposizione all'invio di un contingente militare dello Stato

58 Corte cost. 27 dicembre 1974 n. 290, in *giurcost.org*.

59 Ivi.

60 Si tratta della nota sentenza 21 agosto 2004 n. 16515, in *Orient.giur.lav.* 2004, I, p. 509.

italiano sul territorio di altri popoli è legittimo e lecito sul piano non solo penale, ma anche civile, e conseguentemente atti o comportamenti del datore di lavoro diretti a contrastare l'iniziativa del sindacato che tale sciopero abbia proclamato, quale la valutazione come assenza ingiustificata al lavoro della partecipazione dei dipendenti allo sciopero con conseguente possibile idoneità di tale condotta ad essere sanzionata disciplinarmente, possono costituire condotta antisindacale»⁶¹.

5. Le forme dello sciopero

Dal consolidato approccio interpretativo della giurisprudenza, secondo cui «il diritto di sciopero, quale che sia la sua forma di esercizio e l'entità del danno arrecato, non ha altri limiti, attesa la necessaria genericità della sua nozione comune presupposta dal precetto costituzionale»⁶², ne è conseguentemente discesa una generale liceità dello sciopero in qualunque forma esso venga esercitato, comprese le c.d. forme anomale di sciopero parziale o articolato (singhiozzo, a scacchiera, misto) che «divengono in Italia la forma di lotta sindacale prevalente»⁶³.

In concreto rientra nella copertura dell'art. 40 Cost. la mancata esecuzione della prestazione lavorativa, in forma collettiva o comunque a tutela di un interesse anche solo potenzialmente collettivo, che si estenda per una determinata unità di tempo.

Nell'ambito applicativo della norma costituzionale rientrano normalmente anche i comportamenti strumentali rispetto allo sciopero stesso e normalmente diffusi nella prassi sindacale, come propaganda⁶⁴, cortei interni, pubbliche manifestazioni, forme di persuasione nei confronti dei lavoratori indecisi.

Fra le legittime tipologie di sciopero praticate con modalità particolari rientrano tipicamente lo sciopero a sorpresa⁶⁵, lo sciopero a singhiozzo⁶⁶ e lo sciopero a scacchiera⁶⁷.

61 Ivi.

62 Cass. 14 marzo 2024 n. 6787, in *Giust.civ.mass.* 2024; Cass. 3 dicembre 2015 n. 24653, in *Giust.civ.mass.* 2015; Cass. 31 luglio 2013 n. 18368, in *Giust.civ.mass.* 2013; Cass. 28 gennaio 1992 n. 869, in *Giust.civ.mass.* 1992, p. 1; Cass. 24 gennaio 1981 n. 568, in *Dir. e giur.* 1982, p. 425.

63 F. SANTINI, *Le forme dello sciopero*, in F. LUNARDON, *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Tr. PERSIANI, CARINCI, Cedam, Milano, 2011, p. 85.

64 Ma è da segnalare una recente decisione della Suprema Corte che ha censurato l'attività di proselitismo del c.d. uomo sandwich (Cass. 13 settembre 2024 n. 24595, in *Giust.civ.mass.* 2024).

65 Ma è stato ritenuto illegittimo lo sciopero a sorpresa degli orchestrali nel mezzo di un concerto «quando determini danni di natura diversa o più gravi di quelli che si sarebbero determinati in presenza del preavviso» (Pret. Roma 8 marzo 1982, in *Dir. lav.* 1982, II, p. 285).

66 La piena liceità dello sciopero a singhiozzo comporta la «carezza ad agire del datore di lavoro che richieda una pronuncia di accertamento negativo della legittimità di uno sciopero a singhiozzo e parziale, senza allegare la violazione dei predetti limiti esterni» (App. Firenze 6 marzo 2009, in *Riv.crit.dir.lav.* 2009, 4, p. 941).

67 Si considera «antisindacale il comportamento del datore di lavoro che, in previsione di uno sciopero parziale ed a scacchiera, sospende l'attività produttiva degli impianti a ciclo collegato» (Pret. Borgo 22 aprile 1989, in *Ringiur.lav.* 1990, II, p. 195).

Parzialmente diversa, e non sempre perfettamente coerente, è la posizione della giurisprudenza a fronte di quelle forme di astensioni lavorative in cui non si riscontri una totale astensione dal lavoro rispetto a tutte le mansioni affidate al lavoratore, come nel caso dello sciopero dello straordinario, dello sciopero del rendimento, dello sciopero del cottimo e dello sciopero delle mansioni.

Così è stato ritenuto tendenzialmente configurabile lo sciopero del rendimento attuato da lavoratori retribuiti a cottimo misto⁶⁸, con un riconoscimento di una trattenuta ai lavoratori scioperanti proporzionale alla riduzione del rendimento⁶⁹. E rientra fra le forme riconosciute come sciopero anche lo sciopero del cottimo, con una decurtazione per i lavoratori scioperanti proporzionale alla riduzione del rendimento se sotto il minimo convenuto⁷⁰.

È stato altresì affermato che anche il rifiuto dei lavoratori di garantire la propria reperibilità, in assenza di apposita regolamentazione contrattuale, costituisce una forma di agitazione sindacale legittima⁷¹.

Per quel che concerne l'astensione dal lavoro straordinario la giurisprudenza ne aveva generalmente riconosciuto la liceità, in particolare nel caso in cui l'astensione abbia una precisa delimitazione temporale e riguardi tutte le attività richieste al lavoratore⁷².

Recentemente si è invece ritenuto che nel caso sussista una specifica norma contenuta nel contratto collettivo di sostituire un collega assente anche con ore di straordinario «la relativa astensione collettiva da tale prestazione non attiene al legittimo esercizio del diritto di sciopero, ma costituisce inadempimento parziale degli obblighi contrattuali»⁷³.

La questione dell'astensione dal lavoro di una parte soltanto dei propri obblighi contrattuali, principali o accessori, ha comportato negli ultimi anni una significativa presa di posizione della Suprema Corte soprattutto nel caso del c.d. sciopero delle mansioni.

Se in un primo momento il consolidato approccio interpretativo introdotto negli anni '80 dello sciopero quale astensione dal lavoro a prescindere dalle concrete modalità di svolgimento aveva condotto a ricomprendere nell'accezione di sciopero anche l'eventuale «svolgimento dell'attività con prestazioni

68 Cass. 16 giugno 1987 n. 5340, in *Giust.civ.mass.* 2087, p. 6.

69 Cass. 13 dicembre 1982 n. 6850, in *Dir.lav.* 1984, II, p. 177.

70 Cass. 30 ottobre 1984 n. 5558, in *Orient.giur.lav.* 1984, p. 959, che non ritiene in tali casi vi sia il diritto al minimo di cottimo; Cass. 9.7. luglio 1980 n. 4263, in *Riv.giur.lav.* 1980, II, p. 909.

71 Trib. Milano 7 gennaio 2002, in *Riv.crit.dir.lav.* 2002, p. 82.

72 In tal senso Cass. 8 settembre 2015 n. 17770, in *Dir.giust.* 2015; Cass. 3 maggio 2011 n. 9715, in *Guida dir.* 2011, 22, p. 68. Lo sciopero dello straordinario è stato ritenuto lecito anche in presenza di una norma collettiva che rende lo straordinario obbligatorio (Trib. Milano 20 marzo 1990, in *Orient.giur.lav.* 1990, p. 8).

73 Cass. 26 gennaio 2016, n.1350, in *Riv.it.dir.lav.* 2016, 3, II, p. 683; Cass. 5 dicembre 2014 n. 25817, in *Guida dir.* 2015, 5, p. 68.

ridotte rispetto alle dovute»⁷⁴, negli ultimi anni si è consolidata una lettura parzialmente diversa.

A partire da un caso molto concreto, quello dello sciopero dei postini consistente nel rifiuto a coprire anche il percorso di colleghi assenti, la giurisprudenza ha ritenuto che non possa qualificarsi come sciopero e che, anzi, sia da configurare quale inadempimento contrattuale e comportamento disciplinarmente sanzionabile «il rifiuto di alcuni portalettere di effettuare la consegna di una parte della corrispondenza, di competenza di un collega assegnatario di altra zona della medesima area territoriale, in violazione dell'obbligo previsto dall'accordo sindacale del 27 luglio 2010, non costituisce astensione dal lavoro straordinario, né astensione per un orario delimitato e predefinito, ma rifiuto di effettuare una delle prestazioni dovute, sicché può dare luogo a responsabilità contrattuale e disciplinare del dipendente senza che il comportamento datoriale di irrogazione delle sanzioni sia qualificabile come antisindacale»⁷⁵.

6. Gli effetti dello sciopero

Una delle conseguenze immediate derivanti dallo svolgimento dello sciopero comporta, in base alla mera e diretta applicazione del principio sinallagmatico in materia contrattuale, la sospensione dell'obbligazione retributiva, mentre si conserva la «perdurante e piena vigenza dell'assetto obbligatorio sussistente fra le parti del rapporto individuale di lavoro»⁷⁶.

Diverse sono state nel corso del tempo gli interventi della giurisprudenza al fine di valutare gli effetti dello sciopero sul rapporto di lavoro dei lavoratori scioperanti e sui diversi istituti da cui è composta l'obbligazione retributiva, in particolare in materia di retribuzioni differite (tredicesima, ferie, festività e festività sopresse).

In tal senso si ritiene che alla sospensione dell'obbligazione retributiva consegue che, «salvo che sia diversamente disposto dalla contrattazione collettiva, anche la tredicesima mensilità, le eventuali ulteriori mensilità aggiuntive e gli altri istituti di retribuzione indiretta o differita devono essere ridotti in misura proporzionale alle giornate di sciopero»⁷⁷.

74 Cass. 6 ottobre 1999 n. 11147, in *Orient.giur.lav.* 1999, I, p. 873, in un caso in cui lo sciopero dei metronotte consisteva nell'omettere il rilascio alla clientela del biglietto di controllo o la ricarica degli orologi funzionalmente equivalente.

75 Cass. 3 dicembre 2020 n. 27747, in *Giust.civ.mass.* 2021; Cass. 26 gennaio 2016 n. 1350, cit.; Cass. 6 novembre 2014 n. 23672, in *Giust.civ.mass.* 2014; Cass. 16 ottobre 2013, n. 23528, in *Giust.civ.mass.* 2013; Cass. 14 giugno 2011, n. 12978, in *Foro it.* 2011, 10, I, p. 2690; Cass. 25 novembre 2003, n. 17995, in *Orient.giur.lav.* 2003, I, p. 799.

76 S. BELLOMO, *Gli effetti dello sciopero*, in F. LUNARDON, *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Tr. PERSIANI, CARINCI, Cedam, Milano, 2011, p. 158.

77 Cass. 26 maggio 2001 n. 7196, in *Notiz.giur.lav.* 2001, p. 554; Cass. 15 dicembre 1979 n. 6540, in *Giust.civ.* 1980, I, p. 1114.

In particolare, il periodo di assenza dal lavoro per sciopero non è utile ai fini del conseguimento del diritto alle ferie annuali retribuite, salve disposizioni della disciplina collettiva favorevoli ai lavoratori⁷⁸.

Non sono da corrispondere i permessi sostitutivi delle festività soppresse nel caso in cui in ragione di uno sciopero non sia stato corrisposto il trattamento economico⁷⁹.

Non può essere corrisposta la retribuzione per le giornate festive che siano ricadute nel periodo in cui sono rimaste sospese le obbligazioni contrattuali in ragione dello svolgimento di uno sciopero⁸⁰.

Lo sciopero ha un diretto ed immediato impatto sull'attività produttiva aziendale. Ci si è chiesti, quindi, quali comportamenti difensivi possano essere messi in atto dal datore di lavoro per lenire gli effetti dello sciopero.

In genere si ritiene che vi sia un generale divieto di sostituzione dei lavoratori in sciopero con altri lavoratori appositamente assunti⁸¹.

Ciò deriva direttamente dalla natura dello sciopero quale diritto individuale costituzionalmente tutelato, anche se nel corso del tempo sono state emanate diverse disposizioni che ribadiscono tale concetto⁸².

È invece possibile il c.d. *crumiraggio* interno consistente nella possibilità per il datore di lavoro di utilizzare personale già alle sue dipendenze per sostituire i lavoratori in sciopero.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire i limiti entro cui è possibile operare una tale sostituzione, con particolare riferimento alla necessità di rispettare la normativa in materia di *ius variandi* e mansioni.

Se, quindi, può considerarsi legittimo lo spostamento nelle mansioni degli scioperanti di lavoratori della stessa qualifica, nel pieno rispetto dell'art. 2103 c.c., o addirittura di lavoratori con qualifica inferiore, qualche problema in più è derivato dalla possibilità dell'impiego in mansioni inferiori.

In tali casi il consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che «l'impiego di un lavoratore in mansioni inferiori non viola l'art. 2103 c.c., solo se tali

78 Cass. 11 giugno 1987 n. 5104, in *Giust.civ.mass.* 1987, p. 6; Cass. 15 febbraio 1985 n. 1315, in *Giust.civ.mass.* 1985, p. 2. Ma *contra* Pret. Milano, 16 maggio 1988, in *Orient.giur.lav.* 1988, p. 737, secondo cui è illegittima la trattenuta di ratei di ferie e tredicesima mensilità relative al periodo di sciopero.

79 Cass. 8 luglio 1992 n. 8327. Ma è illegittimo il comportamento aziendale che abbia proporzionalmente decurtato il numero dei permessi retribuiti (Trib. Milano 28 aprile 1990, in *Notiz.giur.lav.*, 1990, p. 367).

80 Cass. 16 settembre 2016 n. 18195, in *Dir.giust.* 2016; Cass. 16 novembre 2000 n. 14828, in *Orient.giur.lav.* 2001, 1, p. 18. Anche se nel caso di sciopero in giorno festivo la trattenuta sulla retribuzione “non può comprendere anche la retribuzione della festività inglobata nella paga mensilizzata” (Trib. Milano 31 marzo 2003, in *Orient.giur.lav.* 2003, I, p. 15).

81 Cass. 16 novembre 1987 n. 8401, in *Foro it.* 1988, I, c. 1937.

82 In particolare v. artt. 15, 16 e 28 l. 300/1970; art. 14, co. 1, lett. a), d.lgs 81/2015 (lavoro intermittente); art. 20, co. 1, lett. a), d.lgs 81/2015 (contratto a termine); art. 32, co. 1, lett. a), d.lgs 81/2015 (somministrazione di lavoro).

mansioni sono oggettivamente marginali e funzionalmente accessorie e complementari alle sue»⁸³.

L'ulteriore questione che si è generalmente posta in giurisprudenza per limitare gli effetti dello sciopero è la possibilità per il datore di lavoro di rifiutare la prestazione lavorativa offerta dal lavoratore non scioperante, astrattamente giustificabile secondo quanto previsto dall'art. 1206 c.c. per cui il creditore non è in mora se il rifiuto è imputabile a un motivo legittimo.

Ciò che i giudici hanno riconosciuto è la facoltà per il datore di lavoro di rifiutare la prestazione lavorativa quando questa sia inferiore ad una "minima unità tecnico temporale", al di sotto della quale l'attività lavorativa non ha significato esaurendosi in una erogazione di energie senza scopo.

Il rifiuto della prestazione parziale, ed il conseguente esonero dal pagamento dell'obbligazione retributiva, è giustificato non tanto dalla mancanza di convenienza economica bensì «dall'assoluta impossibilità di utilizzare in qualsiasi modo la prestazione stessa»⁸⁴.

Si ritiene, in particolare, che l'impossibilità di ricevere la prestazione da parte del datore di lavoro debba avere una sua connotazione oggettiva e che si traduca nella concreta irrealizzabilità dell'utilità della prestazione e non semplicemente in una sua minore proficuità per l'impresa, senza che, in ogni caso, l'imprenditore sia tenuto a modificare la propria struttura organizzativa in conseguenza dello sciopero⁸⁵.

Nello specifico caso di impianto produttivo a ciclo continuo, poi, l'inutilizzabilità della prestazione «potrà essere ravvisabile quando la necessità di operare variazioni al ciclo produttivo comporti o la possibilità di danni per gli impianti ovvero spese tali da rendere la prestazione del tutto antieconomica per l'azienda»⁸⁶.

7. Forme di conflitto diverse dal diritto di sciopero

Nelle dinamiche dei rapporti di forza fra capitale e lavoro sono sempre esistite forme conflittuali diverse ed alternative allo sciopero e, come si è avuto modo di notare, «la frequenza e il ricorso alle forme più estreme s'intensificano nelle

83 Cass. 22 maggio 2018 n. 12551, in *Foro it.* 2018, 7-8, I, c. 2398; Cass. 3 giugno 2009 n. 12811, in *Riv.it.dir.lav.* 2010, 1, II, p. 164.

84 Cass. 13 gennaio 1988 n. 150, in *Orient.giur.lav.* 1988, p. 13, posto che altrimenti sarebbe legittimato "un diritto di serrata, che non è ammesso dall'ordinamento quale causa giustificatrice della sospensione del rapporto di lavoro e del rifiuto della retribuzione contrattualmente prevista".

85 Cass. 4 marzo 2000 n. 2446, in *Orient.giur.lav.* 2000, I, p. 327; Cass. 3 novembre 1992 n. 11905, in *Orient.giur.lav.* 1993, p. 201; Cass. 7 febbraio 1987 n. 1331, in *Foro it.* 1988, I, c. 1228.

86 Cass. 1° settembre 1997 n. 8273, in *Riv.it.dir.lav.* 1998, II, p. 235, secondo cui in tali casi l'azienda «subirebbe esborsi superiori all'utilità ricavata dalle prestazioni stesse, e non semplicemente non conveniente cioè tale da annullare il margine di profitto che potrebbe trarre dalle prestazioni rifiutate».

fasi storiche caratterizzate da recessione economica e/o crisi di rappresentatività sindacale»⁸⁷.

Se vi sono forme di conflitto che possono essere strettamente correlate all'esercizio del diritto di sciopero, e quindi da considerarsi lecite, vi sono però modalità di lotta sindacale considerate illecite dall'ordinamento giuridico, che consente l'utilizzo dei normali rimedi civilistici, come le azioni di spoglio⁸⁸, e che prevede una serie di norme penali poste a tutela di beni giuridici rilevanti come la libertà e l'incolumità personale ovvero la tutela del patrimonio aziendale.

L'art. 507 c.p. che punisce tuttora il boicottaggio a fini sindacali è stato oggetto di un ampio intervento manipolativo da parte del giudice costituzionale che ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui possa colpire il diritto di propaganda come «espressione di quella manifestazione del pensiero garantita e pietra angolare dell'ordinamento democratico»⁸⁹.

Anche il successivo art. 508 c.p. che punisce l'occupazione d'azienda è stato oggetto di un intervento della Corte costituzionale che ha riconosciuto in via di principio la legittimità della norma, con l'importante precisazione, però, che visto che la norma punisce chi invade o occupa l'azienda altrui con il solo scopo di impedire il normale svolgimento del lavoro, essa non si applica se al momento dell'occupazione «lo svolgimento del lavoro era già sospeso per effetto di una causa antecedente e indipendente rispetto all'occupazione stessa, come, ad esempio, nel caso di serrata e finché questa perduri»⁹⁰. Tale decisione ha successivamente portato la giurisprudenza ad escludere l'applicabilità del reato in questione «nel caso di lavoro sospeso per sciopero»⁹¹.

È stato altresì ritenuto che all'occupazione aziendale durante uno sciopero non sia applicabile né l'art. 614 c.p. sulla violazione di domicilio, in quanto i locali dell'impresa «non rientrano tra i luoghi di privata dimora»⁹², né l'art. 633 c.p. che punisce l'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, posto che durante lo svolgimento di uno sciopero manca il fine di occupare i terreni o gli edifici o di trarne altrimenti profitto.

Le forme di conflittualità sindacale diverse dallo sciopero che più sono state oggetto di discussione sono il picchettaggio ed il blocco delle merci.

87 V. LUCIANI, *Le forme di conflitto diverse dallo sciopero*, in F. LUNARDON, *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Tr. PERSIANI, CARINCI, Cedam, Milano, 2011, p. 187.

88 Secondo parte della giurisprudenza, posto che l'occupazione della fabbrica costituisce spoglio violento da parte dei dipendenti, è esperibile l'azione di reintegrazione ex art. 1168 c.c. (Pret. Ficarolo 29 marzo 1983, in *Orient.giur.lav.* 1983, p. 796; Pret. Brindisi 9 aprile 1982, in *Orient.giur.lav.* 1982, p. 655). Ma *contra* Pret. Gardone Val T., 13 giugno 1979, in *Orient.giur.lav.* 1979, p. 904, posto che l'occupazione durante uno sciopero è priva dell'*animus spoliandi*.

89 Corte cost. 17 aprile 1969 n. 84, in *giurcost.org*.

90 Corte cost. 17 luglio 1975 n. 220, in *giurcost.org*.

91 Cass. pen. 19 giugno 1979 n. 5804, in *Ced Cass.pen.* 1979.

92 Pret. Milano 7 maggio 1984, in *Riv.giur.lav.* 1984, IV, p. 451.

Si tratta di attività finalizzate ad impedire l'entrata in azienda di persone ovvero l'entrata o l'uscita delle merci, che possono essere espletate con modalità diverse, attraverso il mero convincimento verbale ovvero attraverso un impedimento materiale o l'utilizzo della forza.

La difficoltà di valutare tali rilevanti aspetti nelle singole vicende che emergono dal conflitto sindacale aveva condotto ad un orientamento giurisprudenziale non sempre univoco, posto che il giudice di legittimità se da un lato aveva riconosciuto come il diritto di sciopero «comprende anche il diritto di persuadere altri a scioperare e quello di muovere critiche o rimproveri a chi rifiuti di aderire all'agitazione»⁹³, aveva comunque ritenuto illegittimo «il picchettaggio anche non violento o intimidatorio che determini, comunque, l'impedimento dell'attività produttiva e l'interruzione dell'attività dei lavoratori non aderenti allo sciopero, contro la loro volontà»⁹⁴, ritenendo configurabile il reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. nel caso in cui il picchettaggio sia stato realizzato con spinte e calci⁹⁵.

Nell'approccio interpretativo della giurisprudenza successiva si era fatta strada una posizione più aperta e tendente a ricomprendere nell'ampia nozione di sciopero anche tali attività, ritenendo che «il blocco delle merci e il picchettaggio costituiscono forma legittima di lotta qualora siano strutturalmente connessi a un'azione sindacale e non siano violate posizioni soggettive, almeno paritarie, con l'interesse collettivo dei lavoratori»⁹⁶, pur con qualche remora in più nel caso di blocco delle merci e degli accessi al cantiere, condotta ritenuta illecita «perché lede i diritti dell'imprenditore nonché dei dipendenti non aderenti alla manifestazione di protesta, di svolgere la propria attività lavorativa»⁹⁷.

Le vicende degli ultimi anni, in cui soprattutto nel settore della logistica sono emerse condotte spesso poste in atto da sindacati autonomi che hanno in molti casi acuito il conflitto sindacale, sono emerse posizioni più restrittive da parte della giurisprudenza.

Così se permane l'idea che il picchettaggio sia da considerarsi lecito, qualora sia inteso come quel complesso di attività poste in essere dagli scioperanti per convincere i lavoratori a scioperare, «rappresentando una forma di legittimo esercizio del diritto di sciopero, purché non avvenga con modalità violente o minacciose tali da condizionare la libertà dei lavoratori non scioperanti o da mettere a repentaglio la pubblica sicurezza»⁹⁸, diversa sembrerebbe la percezione dei giudici qualora il conflitto sindacale non si limiti ad un mero picchettaggio

93 Cass. 26 ottobre 1982 n. 5618, in *Giust.civ.Mass.* 1982, p. 9.

94 Cass. 16 novembre 1987 n. 8401, in *Foro it.* 1988, I, c. 1937, in un caso in cui alcuni scioperanti avevano impedito facendo ostruzione con i propri corpi la manovra di un carrello.

95 Cass. pen. 30 dicembre 1982 n. 1979, in *Ced Cass.pen.* 1982.

96 Pret. Milano 25 luglio 1997, in *Riv.crit.dir.lav.* 1998, p. 80.

97 Trib. Cagliari 14 novembre 1994, in *Giur. merito* 1995, p. 1.

98 Consiglio di Stato 6 novembre 2019 n. 7575, in *Red. Giuffrè* 2020.

passivo ma si estenda a diverse attività che impediscano coattivamente l'entrata o l'uscita di persone, merci o mezzi.

In tali casi si è ritenuto di poter distinguere fra condotte compiute con violenza e minaccia, configurabili all'interno del reato di violenza privata ex art. 610 c.p., e attività che per la modalità con cui sono state espletate, pur non configurando un illecito penale, non possono comunque essere considerate scriminate dall'art. 40 Cost. e sono quindi da considerarsi, oltre che comportamenti disciplinarmente valutabili, anche come un illecito civile extracontrattuale.

Secondo tale approccio interpretativo, infatti, non rientrano «nel legittimo esercizio del diritto di sciopero o della libertà sindacale i picchettaggi attuati con modalità coattive, tra cui appunto i blocchi delle merci, trattandosi di forme di lotta che comprimono indebitamente i diritti paraordinati dei soggetti non partecipanti allo sciopero»⁹⁹.

Nello stesso senso è stato considerato illegittimo il picchettaggio, non meramente persuasivo, ma che attraverso il blocco di mezzi e persone effettuato presso le piattaforme di carico e scarico impediva materialmente l'attività dei trasportatori¹⁰⁰.

99 Trib. Brescia 5 ottobre 2019, inedita a quanto consta.

100 Trib. Milano 21 dicembre 2023, in *Riv.it.dir.lav.* 2024, 2, II, p. 347.

Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali

Marta Giaconi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I confini della legge: tra elenco tassativo dei diritti ed elenco esemplificativo dei servizi. – 3. Il ruolo della contrattazione collettiva e dei codici di autoregolamentazione. – 4. Le incombenze procedurali: tra procedure di raffreddamento e conciliazione e obblighi di preavviso. – 5. La Commissione di Garanzia. – 6. Profili sanzionatori. – 7. Il ricorso alla precettazione.

1. Premessa

La disciplina dello sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali costituisce un esempio efficace della distanza che ancora oggi separa due mondi, quello del lavoro pubblico e del lavoro privato, nonostante i ben noti sforzi di estensione di paradigmi privatistici alla Pubblica Amministrazione. Il coinvolgimento di un'entità terza rispetto alle parti del rapporto di lavoro, ossia l'utenza e l'interesse pubblico di cui la stessa è portatrice, si riflette anche sui diritti sindacali avendo determinato, a partire dal 1990, la predisposizione di un quadro normativo *ad hoc* destinato primariamente a bilanciare l'esercizio del diritto di sciopero dei lavoratori operanti nel settore pubblico, da un lato, con i diritti dotati di un rilievo parimenti costituzionale, dall'altro.

Nel ripercorrere rapidamente le regole che oggi governano il conflitto collettivo nel settore pubblico non si può prescindere, peraltro, da una considerazione che potrebbe apparire scontata. Il tasso di conflittualità nell'ambito dei servizi pubblici – nel nostro Paese particolarmente elevato soprattutto nei trasporti – rappresenta un indice sintomatico del benessere generale della collettività. Come evincibile anche dalla Relazione 2024 della Presidente della Commissione di Garanzia, prof.ssa Paola Bellocchi, attraverso lo sciopero vengono espresse (alcune del) le più rilevanti preoccupazioni che affliggono la società attuale. Dall'incertezza economica, ai conflitti dentro e fuori dall'Europa e al conseguente aumento del costo della vita con contestuale riduzione del potere d'acquisto, alle riduzioni di investimenti pubblici (e, quindi, dei servizi erogati) per esigenze di tenuta finanziaria sino ad arrivare alle iniziative motivate dai ritardi nei rinnovi contrattuali e dalle condizioni di sicurezza sui luoghi di lavoro¹.

¹ Si veda la Relazione della Commissione di Garanzia 2024 in cui si dà atto del nesso esistente tra conflitto e fattori scatenanti ancora esistenti, primo tra questi l'aumento

Se questa è la premessa i dati relativi al numero di conflitti proclamati, puntualmente resi noti dalla Commissione di Garanzia, non sono molto confortanti².

2. I confini della legge: tra elenco tassativo dei diritti ed elenco esemplificativo dei servizi

La fonte regolatrice dello sciopero nei servizi pubblici essenziali è costituita principalmente dalla l. 146/1990, oggetto di modifiche normative e di interpretazioni che ne hanno progressivamente ampliato i confini applicativi e che, come ci ricorda Massimo D'Antona, originariamente ambiva ad una gestione consensuale del conflitto³ piuttosto che ad una sua regolazione⁴. Questa seconda missione regolatrice appare, invece, oggi prevalente e tutta orientata a garantire che lo sciopero sia esercitato nel rispetto dei diritti altrui, senza alcuna indicazione – al pari di quanto avviene nel privato – di quelli che dovrebbero essere gli elementi costitutivi dell'astensione. L'approccio è, insomma, coerente con la “teoria generale sullo sciopero” fatta propria dalla giurisprudenza⁵ e, in particolare, dalla nota sentenza n. 711/1980 della Corte di cassazione ad esito della quale si è ribadita la sola esistenza nel nostro ordinamento di limiti esterni all'esercizio del diritto di sciopero⁶.

In particolare, il legislatore del 1990, nel tracciare l'ambito del provvedimento, utilizza come parametro non tanto la natura pubblica del soggetto datoriale quanto piuttosto – privilegiando un approccio sostanzialista - quella del servizio

del costo della vita a fronte di una ridotta capacità delle retribuzioni di adeguarsi. Commissione di Garanzia, pres. P. Bellocchi, Relazione annuale 2024, Relazione 2024 Commissione Garanzia Sciopero.

- 2 Come emerge dalla Relazione della Commissione di Garanzia relativa al 2024, lo scorso anno sono stati proclamati 1633 scioperi mentre 522 sono stati revocati. Nel 2025 sono già stati proclamati 351 scioperi e ne sono stati revocati 124 (sito consultato da ultimo il 6 marzo 2025).
- 3 M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, 1991, p. 417.
- 4 La bibliografia sul tema è molto estesa ragione per cui, senza alcuna pretesa di esaustività, oltre ai riferimenti menzionati nel prosieguo ci si limita a richiamare: G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea*, Torino 2003; G. PINO, *Conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir. Ann.*, Vol. X, Milano 2017, p. 265; M. RUSCIANO, *Sciopero, servizi essenziali, moral suasion della Commissione di garanzia*, in *Quaderni Arg. dir. lav.*, 2018, p. 41.
- 5 Secondo G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Torino, 2003, p. 60 la disciplina normativa ha, infatti, tratto benefici determinati dalla giurisprudenza formatasi in materia di sciopero proprio negli stessi anni (v. C. cost. 290/1974 e Cass. 711/1980) e secondo la quale le sole restrizioni ammissibili sono quelle dettate dalla necessità di tutelare valori dotati di pari dignità costituzionale.
- 6 v. L. GIASANTI, *Il diritto di sciopero dell'art. 40 Cost.: la titolarità del diritto e gli effetti del suo esercizio*, in questo volume.

erogato dall'ente stesso, sia esso pubblico o privato (società partecipate, imprese di diritto privato, lavoratori autonomi ove erogatori di un servizio sulla base di una concessione o mediante convenzione⁷). La l. 83/2000, di modifica della l. 146, ha ripercorso lo stesso sentiero "sostanzialista", regolando le astensioni collettive dal lavoro di quanti pur non essendo lavoratori subordinati sono tenuti a svolgere prestazioni indispensabili nell'ambito di un servizio essenziale⁸. A seguito della modifica intervenuta nel 2000⁹, infatti, la l. 146 è stata estesa ad astensioni collettive che in senso stretto non sono attraibili nell'art. 40 Cost. essendo, piuttosto, finalizzate a «protesta o di rivendicazione di categoria dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori» ed espressione, quindi, di «coalizione del gruppo professionale organizzato»¹⁰. In effetti, se le limitazioni procedurali fossero state limitate ai lavoratori subordinati la legge avrebbe finito con l'offrire una protezione insufficiente ai diritti costituzionalmente tutelati degli utenti¹¹.

L'art. 1 della l. 146/1990 sancisce che debbano essere considerati essenziali i servizi pubblici volti a garantire il godimento dei diritti della persona: alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione, tutti costituzionalmente tutelati. Tali diritti, individuati tassativamente, sono garantiti attraverso una molteplicità di servizi, questi ultimi invece indicati a titolo esemplificativo, e nel corso dei decenni ulteriormente ampliati. Ad esempio, sono attratti nell'ambito applicativo della legge 146/1990 perché riguardanti la tutela della vita, della salute, della libertà e della sicurezza della persona, dell'ambiente e del patrimonio storico-artistico: la sanità; l'igiene pubblica; la protezione civile; la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani e di quelli speciali, tossici e nocivi; l'amministrazione della giustizia, in particolare i provvedimenti restrittivi della libertà personale, quelli cautelari ed urgenti, i processi penali con imputati detenuti; i servizi di protezione ambientale e di vigilanza sui beni culturali; l'apertura al pubblico regolamentata di musei e altri istituti e luoghi della cultura, *ex* art. 101 comma 3 del D.lgs. 42/2004 (Codice dei beni culturali). In relazione ad assistenza e previdenza sociale, nonché agli emolumenti retributivi o comunque a quanto economicamente necessario al soddisfacimento dei bisogni attinenti

7 Cons. Stato, 11 febbraio 2019, n. 996, iusexplorer.it.

8 A. PILATI, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Sez. I, Il campo di applicazione della legge e i requisiti di legittimità delle astensioni collettive*, in *Trattato di diritto del lavoro diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI*, vol. III, *Conflitto, concertazione e partecipazione* a cura di F. LUNARDON, Padova, 2011, p. 287.

9 La necessità di estendere ai lavoratori autonomi coinvolti nell'erogazione di servizi pubblici essenziali quanto previsto dalla l. 146/1990 era stata già sottolineata dalla Consulta in due pronunce di poco precedenti alla l. 83/2000 ossia la sent. Corte cost. 31 marzo 1994, n. 114 e Corte cost. 27 maggio 1996 n. 171, iusexplorer.it.

10 G. PINO, *Sub. art. 2 bis l. 146/1990*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI, *Codice del lavoro commentato*, Milano, 2019.

11 A. PILATI, *op. cit.*, p. 287.

a diritti della persona costituzionalmente garantiti, sono considerati essenziali i servizi di erogazione di tali importi, anche effettuati a mezzo del servizio bancario.

Per quel che riguarda invece i settori maggiormente impattanti sulla quotidianità degli utenti, ossia circolazione e scuola, sono soggetti alla legge 146 i trasporti pubblici urbani ed extraurbani autoferrotranviari, ferroviari, aerei, aeroportuali¹² e quelli marittimi, limitatamente al collegamento con le isole. Quanto all'istruzione pubblica, deve essere assicurata la continuità dei servizi degli asili nido, delle scuole materne e delle scuole elementari, nonché lo svolgimento degli scrutini finali e degli esami e l'istruzione universitaria, con particolare riguardo agli esami conclusivi dei cicli di istruzione. La libertà di comunicazione si intende invece garantita attraverso il servizio di poste, telecomunicazioni ed informazione radiotelevisiva pubblica. Come si accennava si tratta in realtà di un'elencazione arricchita dalla Commissione di Garanzia (d'ora in poi anche Commissione), organo preposto al rispetto della l. 146/1990 e su cui si tornerà nel prosieguo¹³, ma anche dallo stesso legislatore¹⁴.

Grazie allo sforzo interpretativo della Commissione, infatti, anche i servizi strumentali e accessori rispetto a quelli essenziali sono stati assoggettati alle regole della legge 146/1990 «in quanto direttamente suscettibili di modificare l'erogazione dei servizi essenziali, con evidente potenziale compromissione dei diritti costituzionalmente tutelati dell'utenza»¹⁵ in un lento ma costante ampliamento della nozione di servizio pubblico e, inevitabilmente, del sacrificio al diritto di sciopero. Eppure, si è dell'avviso che abbia ragione chi ha osservato come nell'attuale mercato «la complessità delle filiere e l'interdipendenza delle singole attività arricchisce per un verso e complica per altro la nozione stessa

12 Così come alla sicurezza aeroportuale Cass. 2 ottobre 2019, n. 24633.

13 Ad esempio, è stata attratta nell'ambito della disciplina normativa l'attività svolta da Equitalia S.p.A. (società per azioni a totale capitale pubblico), vista la natura di servizio pubblico essenziale del servizio di riscossione che l'Agenzia delle Entrate esercita per il tramite di Equitalia S.p.A., ai sensi dell'articolo 3, legge 2 dicembre 2005, n. 248 (Verb. n. 862 del 17 maggio 2010); il servizio di assistenza alla balneazione poiché mediante tale attività sono tutelati e garantiti i diritti dei cittadini alla vita, alla salute ed alla sicurezza (Delibera n. 12/333 del 12 luglio 2012). Ciò vale anche per l'attività del call center tecnico svolta per strutture sanitarie e ospedaliere e connessa a servizi volti a garantire sia la funzionalità delle centrali termoidrauliche e degli impianti tecnologici (luce, acqua, gas, servizi sanitari, informatici), sia per gli interventi urgenti di manutenzione di tali impianti (Verb. n. 987 del 15 aprile 2013).

14 Con la l. 182/2015 l'elenco è stato integrato attraendovi espressamente l'apertura al pubblico dei musei o di altri luoghi di cultura, al punto che, si è osservato, il legislatore avrebbe di fatto mutato il proprio metodo di individuazione dei servizi anche perché nel testo sarebbero richiamate tutta una serie di attività non tutte connotate da "essenzialità" o da una condizione di "indifferibilità", v. M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, Torino, 2016, p. 201. A commento della legge v. C. ZOLI, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il d.l. 20 settembre 2015*, n. 146 in tema di sciopero, Biblioteca '20 Maggio' – 2/2015.

15 Comm. garanzia attuat. legge sciopero, Delibera, 27 gennaio 2014, n. 42/14.

di servizio pubblico essenziale»¹⁶, diventando così assai complesso isolare un singolo settore che sia di per sé in grado di soddisfare la necessità di garantire il godimento di un diritto fondamentale della persona. Sarà quindi sempre più opportuno che venga affidato proprio alla Commissione il compito di adattare il concetto stesso di essenzialità alle esigenze che volta per volta possono emergere, per consentire il godimento effettivo dei diritti fondamentali¹⁷, anche in ragione dell'inevitabile mutamento della sensibilità sociale.

Occorre ricordare, infine, che un'altra spinta verso l'estensione, sempre nell'ottica della maggior tutela della collettività, è giunta poi dalla giurisprudenza che, da un lato, ha esteso l'applicazione della procedura prevista dalla legge 146 all'esercizio del diritto di assemblea sindacale¹⁸ (nel corso della quale, ai sensi dell'art. 4 comma 6 dell'accordo quadro del 2017 in materia di prerogative sindacali deve comunque essere garantita la continuità delle prestazioni indispensabili)¹⁹, dall'altro lato ha proceduto, non restando immune da critiche, ad una riqualificazione in termini di sciopero di condotte astensive formalmente imputate ad altra motivazione. In proposito è interessante ricordare la sentenza della Corte di cassazione 14 maggio 2024, n. 13220 secondo la quale deve essere considerata sciopero l'astensione dal lavoro realizzata «a fini di rivendicazione collettiva, mediante presentazione di certificazioni mediche che, secondo l'accertamento del giudice del merito, risultino fittizie e finalizzate a giustificare solo formalmente la mancata presentazione al lavoro, senza reale fondamento in un sottostante stato patologico, ma in realtà siano da collegare ad uno stato di agitazione volto all'astensione collettiva dal lavoro nella sostanza proclamato dalle OO.SS. in modo "occulto"». Va detto, peraltro, che tale pronuncia – preceduta da casi isolati che hanno suscitato l'interesse di commentatori e media²⁰

16 L. CORAZZA, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dell'emergenza sanitaria*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, n.4, p. 799 ss.

17 L. CORAZZA, *op. cit.*

18 Si vedano le riflessioni di G. PINO, *op. cit.*, laddove ricorda che la stessa Commissione di Garanzia ha ricordato in più occasioni che l'assemblea sindacale non possa essere utilizzata quale sostituto dello sciopero. Secondo i Garanti l'assemblea in orario di lavoro sfuggirebbe alla l. 146/1990 se svolta nel rispetto e secondo le modalità dell'art. 20 stat.lav. e garantendo i servizi minimi. Qualora l'assemblea si svolga fuori dal monte ore indicato dal Ccnl o comunque con modalità differenti da quanto indicato nello Statuto dei lavoratori e nel Ccnl deve essere considerata sciopero (delibera 17/108, 6 aprile 2017; e precedentemente delibere n. 15/62, 2 marzo 2015; e n. 04/212, 1 aprile 2004).

19 Ci si riferisce al Ccnl sulle modalità di utilizzo dei distacchi, aspettative e permessi nonché delle altre prerogative sindacali reperibile sul sito dell'Aran.

20 M.R. IORIO, *Regole e conflitto: note critiche sul caso Alitalia*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 135 ss.; Delibera n. 03/123 Alitalia - astensione collettiva dal lavoro degli assistenti di volo nei giorni 1, 2 e 3 giugno 2003 (pos. 16049) (seduta del 23 luglio 2003); R. ROMEI, *Sciopero e responsabilità delle organizzazioni sindacali*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, 565 ss.; A. ZOPPOLI, *Responsabilità per sciopero illegittimo e potere sanzionatorio della commissione di garanzia*, in *Lav. pubb. amm.*, 2014, p. 910 ss.; M. ALTIMARI, *Il potere sanzionatorio della commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 1078 ss.; A. ROTA, *Dovere d'influenza sulle*

– ha anche generato perplessità²¹ tra gli studiosi. Ad avviso delle voci critiche, infatti, il nesso tra influenza sindacale (e quindi induzione all'illecito) e condotte individuali di abuso del periodo di malattia da parte dei dipendenti sarebbe infatti «debolmente argomentato» da parte della Corte di cassazione. Eppure, è su questo nesso che si sono fondate le sanzioni a carico delle organizzazioni sindacali poi ritenute legittime²². Secondo l'interpretazione adottata dalla Suprema Corte, e ribadita in una sentenza dal contenuto simile e di poco successiva, è per l'appunto sanzionabile anche il comportamento omissivo dei sindacati che non abbiano vigilato e non si siano dissociati pubblicamente ed in modo inequivoco «da forme di protesta che, inserendosi nella rivendicazione di categoria, siano esercitate senza il rispetto delle misure dirette a garantire l'erogazione delle prestazioni indispensabili nei servizi pubblici essenziali»²³.

3. Il ruolo della contrattazione collettiva e dei codici di autoregolamentazione

La l. 146/1990 rinvia, quale fonte decisiva al raggiungimento dell'ambito bilanciamento tra sciopero ed altri diritti di rango costituzionale, alla contrattazione collettiva poiché una «equilibrata limitazione dello sciopero non può avvenire che mediante regole minute, impossibili da produrre per il legislatore senza l'ausilio delle stesse parti del conflitto, e mediante regole accettate (in quanto poste) dagli stessi destinatari della disciplina (lavoratori potenziali scioperanti)»²⁴.

La legge prevede che i sindacati proclamanti o quanti vi aderiscono, i lavoratori, le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi siano tenuti all'effettuazione delle prestazioni indispensabili, nonché al rispetto delle modalità e delle procedure di erogazione e delle altre misure previste proprio nel Contratto collettivo. Le menzionate prestazioni minime indispensabili possono poi avere un contenuto variabile, il quale assume, ad esempio nel settore del trasporto, la forma di c.d. fasce di garanzia²⁵. La crucialità del rispetto delle prestazioni

astensioni collettive dal lavoro: una "maliziosa" strategia smascherata o una rigorosa decisione? in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 456 ss.

21 L. OLIVIERI, *Tra buon senso e senso comune. L'origine dello sciopero occulto. Il processo alle intenzioni? Esiste un dovere di influenza anche nel caso di sciopero occulto?*, in *Lav. giur.*, 2025, n. 2, p. 147.

22 Secondo L. OLIVIERI, *op. cit.*, la questione della «imputazione delle conseguenze del comportamento dei singoli in capo all'organizzazione viene risolta in maniera sbrigativa attraverso l'identificazione del nesso causale tra le iniziative fino ad allora attuate e le condotte successive (legittime) poste in essere dai lavoratori. Una connessione senz'altro temporale, ma un salto logico-argomentativo che può, al più, rispondere a un criterio di senso comune: la protesta camuffata può produrre alterazioni nella dinamica conflittuale e ledere diritti costituzionalmente garantiti, aggirando le regole».

23 Cass. 15 maggio 2024, n.13537 in continuità con Cass. 28 gennaio 2019, n. 2298, *iusexplorer.it*.

24 M. RUSCIANO, *Legge sullo sciopero e modello neo-istituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, 1, p. 121.

25 Le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi di trasporto sono tenute a comunicare agli utenti, contestualmente alla pubblicazione degli orari dei servizi ordinari, l'elenco dei

indispensabili ai fini della corretta applicazione della l. 146 emerge dalla possibilità, riconosciuta dal legislatore, di imporre l'astensione dallo sciopero di quote di dipendenti adibiti alle già menzionate prestazioni. A questo riguardo il Contratto collettivo nazionale²⁶, il codice di autoregolamentazione o anche specifici protocolli sottoscritti a livello decentrato svolgeranno una funzione decisiva. Tali fonti dovranno, infatti, contenere i parametri attraverso i quali individuare il contingente di lavoratori²⁷ (si pensi a categorie e profili professionali che formano i contingenti, criteri e modalità da seguire per articularli a livello di singolo ufficio o sede, numero di lavoratori contingentati, verosimilmente proporzionato a dati oggettivi quali, nelle strutture sanitarie, i posti letto) così come prevedere l'applicazione di un criterio di rotazione sulla base del quale il dirigente incaricato dovrà volta per volta individuare i singoli nominativi²⁸ di quanti compongono il contingente²⁹.

Adottando la prospettiva dell'utenza, i Contratti collettivi dispongono forme di erogazione periodica del servizio indicando il rispetto di una c.d. rarefazione tra le astensioni, ossia la previsione di intervalli minimi da osservare tra uno sciopero e la proclamazione del successivo³⁰. Tale criterio, che si è osservato sia determinante «nel processo di civilizzazione del conflitto»³¹, è infatti previsto *ex lege* dall'art. 2 comma 2 l. 146 per essere poi specificato dalla fonte collettiva.

L'obiettivo di tali misure è evidente. Il rischio di scioperi ravvicinati consiste nel fatto che, benché proclamati da soggetti diversi, di fatto gli stessi finiscono con l'incidere sullo stesso servizio finale o sullo stesso bacino d'utenza, così compromettendo oggettivamente la continuità dei servizi pubblici. Il rispetto dell'evocato principio è monitorato dalla Commissione di Garanzia. Quest'ultima, qualora dovesse riscontrare la violazione del principio di rarefazione oggettiva come prevista dalla contrattazione o dai codici, potrà ad esempio invitare le organizzazioni a riformulare la proclamazione, escludendo dallo

servizi che saranno garantiti comunque in caso di sciopero e i relativi orari, come risultano definiti dagli accordi previsti dal medesimo comma.

26 Si veda l'Accordo sui servizi pubblici essenziali e sulle procedure di raffreddamento e conciliazione in caso di sciopero del personale del 2005 sulla base del cui art. 3 vengono poi stipulati singoli accordi per la determinazione dei contingenti minimi necessari.

27 Comm. garanzia attuas. legge sciopero, 4 aprile 2019, n. 105/19.

28 Normalmente i contratti collettivi in materia di sciopero prevedono la possibilità per il lavoratore contingentato di chiedere di essere sostituito entro 24 ore dal ricevimento della comunicazione da parte del dirigente.

29 Su cui Comm. garanzia attuas. legge sciopero, 4 aprile 2019, n. 105/19.

30 Sempre l'accordo sui servizi pubblici essenziali e sulle procedure di raffreddamento e conciliazione in caso di sciopero del personale del 2005, all'art. 4 comma 3 prevede che in caso di scioperi distinti nel tempo, sia della stessa che di altre organizzazioni sindacali, incidenti sullo stesso servizio finale e sullo stesso bacino di utenza tra l'effettuazione di un'azione di sciopero e la proclamazione della successiva deve intercorrere un intervallo minimo di tempo pari a 48 ore.

31 G. PINO, *op. ult. cit.*.

sciopero il bacino di utenza interessato dagli altri scioperi già precedentemente proclamati, oppure invitare i sindacati al differimento dell'agitazione³². La stessa Commissione, in caso di silenzio della contrattazione collettiva, è chiamata – godendo di un'ampia discrezionalità decisionale – ad esercitare il proprio potere di regolamentazione provvisoria del periodo di rarefazione oggettiva «con particolare cautela e attenzione, assumendo decisioni che siano il frutto di una accurata istruttoria e di una motivazione puntuale, affinché sia possibile verificare la proporzionalità delle misure adottate rispetto all'interesse pubblico che si intende salvaguardare»³³.

Il Ccnl dovrà anche recepire e regolare l'obbligo di preavviso a datore ed organo di governo pari a dieci giorni (a cura dei proclamanti) nonché all'utenza (a cura della Pubblica Amministrazione o dell'impresa) pari a cinque giorni, specificando in questo caso tempi e modi dell'erogazione del servizio³⁴ previsti all'art. 13 della l. 146 e sul rispetto dei quali la Commissione è chiamata a vigilare anche qualora si tratti di mera adesione allo sciopero proclamato da un'altra Organizzazione sindacale.

I contratti collettivi possono, inoltre, prevedere dei periodi di c.d. franchigia, ossia una o più giornate in cui le astensioni non possono essere dichiarate in ragione di intuibili motivazioni: tratta, infatti, normalmente del mese di agosto, del periodo di festività natalizie e di quelle pasquali³⁵. Poiché lo sciopero in periodo di franchigia integra l'ipotesi di mancata prestazione indispensabile³⁶, la Commissione di Garanzia potrà intervenire in ragione della violazione di tale periodo ai sensi dell'art. 13 comma 1 lett. d) della l. 146/1990 invitando le

32 Si veda tra i tanti il recente invito 209/2025 relativo allo sciopero indetto tra i dipendenti di Gruppo Ferrovie dello Stato, Italo - Ntv, Trenitalia Tper, Trenord reperibile sul sito della Commissione di Garanzia.

33 Cons. Stato, 1 marzo 2023, n. 2116 con cui, tra l'altro, il Giudice Amministrativo ha ritenuto illegittimo un provvedimento di regolazione provvisoria. In particolare secondo il Consiglio di Stato «prima di poter comprimere un diritto costituzionalmente garantito, quale è il diritto di sciopero, raddoppiando il periodo di rarefazione, che peraltro perdurava inalterato da moltissimi anni» il Garante avrebbe dovuto accertare nel corso dell'istruttoria, «con un'evidenza maggiore, se fosse tendenzialmente aumentato nel corso degli ultimi anni il disagio effettivo arrecato all'utenza, la cui salvaguardia costituisce poi l'obiettivo della L. n. 146 del 1990 e del potere di intervento regolatorio e limitativo attribuito alla Commissione». Meno stringente è TAR Lazio, 9 dicembre 2019, n. 14078.

34 È previsto, peraltro, l'esonero dell'obbligo del preavviso e della predeterminazione della durata, per scioperi proclamati «in difesa dell'ordine costituzionale o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori» (art. 2, comma 7).

35 Si veda ad esempio l'art. 6 dell'Accordo collettivo nazionale in materia di norme di garanzia del funzionamento dei servizi pubblici essenziali nell'ambito del comparto regioni – autonomie locali ma anche l'art. 4 co. 5 dell'Accordo collettivo nazionale in materia di norme di garanzia del funzionamento dei servizi pubblici essenziali del Comparto del SSN. A quest'ultimo riguardo si veda Comm. Garanzia Protocollo 0018017 del 20 dicembre 2024

36 Delibera del 15 gennaio 2004, n. 04/03

Organizzazioni sindacali a rinviare la proclamazione dello sciopero e ad agire conseguentemente in caso di violazione dell'invito.

Quanto alla natura dei contratti collettivi redatti in attuazione della l. 146/1990, si è detto che gli stessi non acquisiscono valore normativo bensì di mera ricognizione³⁷ volta a tradurre operativamente le soprarichiamate “prestazioni indispensabili” nei singoli settori (art. 2 comma 2). Il Ccnl dovrà, quindi, essere rispettoso del precetto normativo, ferma la sua contestabilità in giudizio in caso di divergenze con la fonte legale³⁸. Tale lettura ha trovato negli anni conforto nella giurisprudenza della Consulta secondo la quale, poiché tali accordi sono assoggettati alla c.d. valutazione di idoneità della Commissione di garanzia, in assenza della quale sarebbero privi di efficacia, gli stessi sfuggono al modello costituzionale di contratto collettivo di cui all'art. 39 Cost³⁹ ed anzi sono destinati a produrre effetti generali proprio solo a partire dal momento in cui la Commissione li abbia valutati positivamente⁴⁰. Del resto, nel caso in cui le prestazioni indispensabili e le altre misure suggerite dalla legge non siano previste dai contratti o accordi collettivi o dai codici di autoregolamentazione, oppure siano state ritenute inadeguate dalla Commissione di Garanzia, occorrerà far invece riferimento alla disciplina provvisoria adottata da quest'ultima⁴¹.

Per quel che riguarda il lavoro autonomo, i Codici di autoregolazione adottati nell'ambito degli organismi di rappresentanza competenti dettaglieranno le regole in materia di proclamazione e durata delle astensioni, prestazioni indispensabili ed eventuale controllo deontologico nell'ambito degli organismi competenti all'esercizio del potere disciplinare⁴². Anche i codici, al pari di quanto avviene per i Contratti collettivi, al fine di poter sortire gli effetti previsti dalla l. 146/1990, dovranno essere oggetto di una valutazione di idoneità da parte della Commissione di Garanzia.

37 Ci si limita a ricordare come la funzione dei Ccnl sia stata anche definita criticamente “definitoria” del diritto di sciopero G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 87 ma anche integrativa del dato normativo (G. PINO, *op. cit.*).

38 G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 87.

39 Corte Cost. 18.10.1996, n. 344, iusexplorer.it.

40 Si veda M.V. BALLESTRERO, La Commissione di Garanzia dieci anni dopo, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2001, n. 5, p. 34.

41 Disciplina, comunque, eventualmente censurabile innanzi al Giudice Amministrativo. Sul punto si veda A. LOFFREDO, G. ORLANDINI, *Il Consiglio di Stato censura la provvisoria regolamentazione della commissione di garanzia relativa al trasporto pubblico locale*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2023, p. 429.

42 Si veda a titolo esemplificativo il Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati predisposto dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura (O.U.A.) e dall'Associazione Nazionale Giovani Avvocati (AIGA), Associazione Nazionale Forense (A.N.F.), Unione Nazionale Camere Civili (U.N.C.C.), Unione Camere Penali Italiane (U.C.P.I.), anch'esso reperibile sul sito della Commissione di Garanzia.

4. Le incombenze procedurali: tra procedure di raffreddamento e conciliazione e obblighi di preavviso

I contratti collettivi sono, altresì, chiamati a prevedere specifiche procedure di raffreddamento e conciliazione da esperire prima della proclamazione dello sciopero (anche queste, quindi, oggetto di giudizio di idoneità) le quali sono dirette, secondo certa dottrina, rispettivamente nel primo caso a prevenire il conflitto e nell'altro a comporlo⁴³. Si tratta di procedure che devono essere attivate in caso di insorgenza di una controversia sindacale che possa portare alla proclamazione di uno sciopero. La procedura di raffreddamento viene esperita tra le parti secondo più fasi previste dal Contratto collettivo mentre l'iter di conciliazione prevede il coinvolgimento dell'Amministrazione. In particolare, questa si svolge presso l'autorità amministrativa competente territorialmente (nazionale, regionale o locale) in ragione della rilevanza dello sciopero. Nel corso della procedura di conciliazione l'Amministrazione tenterà di trovare una combinazione che eviti la proclamazione dello sciopero⁴⁴. Il rifiuto datoriale ad una richiesta di convocazione della controparte datoriale nell'esercizio di tale attività sindacale costituisce una condotta antisindacale perseguibile ai sensi dell'art. 28 Stat.lav.⁴⁵.

Alternativamente all'iter procedurale previsto dalla contrattazione collettiva le parti potranno eventualmente richiedere che il tentativo preventivo di conciliazione si svolga presso la Prefettura, in caso di rilievo locale dello sciopero, o presso la competente struttura del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, in caso di rilievo nazionale del medesimo. Qualora la procedura di conciliazione abbia esito negativo le amministrazioni/imprese erogatrici del servizio dovranno dare comunicazione agli utenti almeno cinque giorni prima dell'inizio dello sciopero, dei modi e dei tempi di erogazione dei servizi nel corso dello sciopero e delle misure per la riattivazione degli stessi.

Nella consapevolezza che la comunicazione stessa di uno sciopero sia in grado di determinare sulla collettività un danno derivante dal c.d. effetto annuncio, la revoca spontanea dello sciopero proclamato dovrà essere considerata forma sleale di azione sindacale e verrà valutata dalla Commissione di garanzia ai fini dell'eventuale comminazione di sanzioni ai sensi dell'art. 4, commi da 2 a 4-*bis*. Ciò, sempre che, ovviamente, la revoca non sia dovuta al raggiungimento di un accordo tra le parti oppure in ragione della richiesta da parte della Commissione di garanzia o dell'autorità pubblica.

43 V. BAVARO, *Le procedure di raffreddamento e conciliazione*, in M. RICCI (a cura di), *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, p. 109.

44 Si veda ad es. l'art. 5 dell'Accordo servizi pubblici essenziali e procedure di raffreddamento e conciliazione in caso di sciopero.

45 E questo indipendentemente dal fatto che poi venga comunque riconosciuto l'esercizio del diritto di sciopero v. «rientrando nella scelta discrezionale delle organizzazioni sindacali operare per l'una o per l'altro degli strumenti posti a salvaguardia degli interessi degli associati», Cass. 17 giugno 2014, n. 13726, iusexplorer.it.

Il fatto che nei servizi pubblici lo stesso annuncio dello sciopero sia in grado di creare di per sé un disagio, prescindendo poi dall'effettuazione dello stesso o dal suo effettivo successo in termini di adesione, è dimostrato anche dai c.d. "scioperi di accreditamento"⁴⁶. Con questa espressione si allude, come osservato in dottrina, a scioperi connotati da una palese sproporzione tra numero di aderenti agli stessi⁴⁷ e, quindi, capacità del sindacato di farsi portatore degli interessi dei lavoratori, ed elevato livello di disagio a carico dell'utenza⁴⁸. Si tratta di un fenomeno particolarmente presente nel settore di trasporti e scuola, ambito quest'ultimo in cui il danno è ulteriormente aggravato da una spesso generica e insoddisfacente comunicazione all'utenza da parte della dirigenza⁴⁹. In dottrina si è osservato come in tali comparti, le cui peculiarità (soprattutto in relazione alla scuola) potrebbero giustificare l'introduzione di un ulteriore obbligo in capo ai lavoratori di dichiarazione anticipata dell'intenzione di aderire o meno allo sciopero, la complessità risieda nel fatto che tra ente ed utenza vengono instaurati dei "*life time contracts*"; contratti, cioè, in cui è in gioco non solo l'avere ma anche il tempo di vita, quindi l'essere della persona⁵⁰. Dalla corretta e puntuale informazione agli utenti deriverebbe, pertanto, la possibilità per questi

46 O. RAZZOLINI, *Adesione preventiva e informazione degli utenti: problemi aperti in materia di sciopero nei Spe*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2019, p. 541. Affronta il tema degli scioperi con scarsa adesione ma disagio elevato anche G. SANTORO PASSARELLI, *Il contemperamento del diritto di sciopero con i diritti della persona costituzionalmente garantiti nei servizi pubblici essenziali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, p. 751, laddove auspicava ad una responsabilizzazione dei manager a guida di partecipate locali. Questi, ricordava G. SANTORO PASSARELLI, dovrebbero assumersi «la responsabilità di formulare giudizi prognostici sull'impatto dello sciopero, sulla base dei dati raccolti nel corso del tempo, predisponendo, di conseguenza, servizi maggiori in caso di scioperi con prevedibili adesioni minime».

47 Secondo V. BAVARO, *op. cit.*, in realtà questa considerazione non incide sulla sua legittimità dello sciopero avvenendo questi scioperi nel rispetto delle prestazioni indispensabili. L'A. osserva infatti come «il fatto che la concreta organizzazione dello sciopero minimizzi i danni economici degli scioperati massimizzando il danno a datore e utenti (se non integra una violazione delle prestazioni indispensabili minime) rientra nella fisiologia del conflitto collettivo».

48 O. RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 541.

49 Le proposte dirette a ridurre l'impatto dell'effetto annuncio riguardano da un lato l'introduzione di una soglia minima di rappresentatività volta a selezionare i sindacati proclamanti, dall'altro lato la previsione di maggiori informazioni a beneficio degli utenti. In particolare, si tratta di suggerimenti recepiti nella proposta di modifica della l. 146/1990 presentata in Senato nel 2018 in linea con quanto suggerito dalla Commissione di Garanzia nella propria Relazione del Presidente della Commissione di Garanzia G. Santoro Passarelli per l'anno 2016, pubblicata il 26 giugno 2017. Quanto alla possibilità di introdurre tecniche di misurazione della rappresentatività dei sindacati proclamano, oggetto anche di una proposta di modifica del dettato normativo, si vedano le perplessità di R. SANTUCCI, *Efficacia o inadeguatezza della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (in margine allo sciopero dei docenti universitari)*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, n. 3, p. 662; G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentatività sindacale e legittimazione al conflitto*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, p. 81 e ss.

50 Così O. RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 541.

ultimi di esercitare diritti fondamentali ma altresì di gestire senza restrizioni e difficoltà il proprio tempo.

Eppure, occorre rammentare come per altri autori già gli attuali vincoli procedurali sarebbero esorbitanti rispetto al fine, senza alcuna necessità - è dato dedurre - di introdurre altre incombenze procedurali di sorta. Anzi, secondo questa prospettiva la legge 146/1990 si sarebbe dovuta limitare a garantire il contemperamento tra sciopero e diritti costituzionali attraverso l'erogazione di prestazioni indispensabili⁵¹. Gli obblighi ulteriori, dal preavviso all'assolvimento di procedure di raffreddamento e conciliazione, di fatto avrebbero finito con l'ampliare il contenuto essenziale del diritto degli utenti con conseguente e speculare sacrificio dello sciopero. Più precisamente, secondo questa tesi più cauta nei confronti delle limitazioni procedurali, insomma, la sola restrizione legittima al diritto di scioperare - legittima in quanto «necessaria ad assicurare il contenuto essenziale dei diritti delle persone, non ad assicurare l'integrale servizio pubblico» - sarebbe quindi costituita dall'assicurazione delle prestazioni minime indispensabili⁵².

Come si è già anticipato, successivamente all'esperimento della procedura di raffreddamento e conciliazione i sindacati dovranno dare comunicazione scritta di data, modalità e motivazione al datore di lavoro e all'autorità amministrativa titolare del potere di precettazione (su cui si tornerà infra) ossia rispettivamente il Ministro competente o il Prefetto che, a sua volta, la trasmetterà senza indugio alla Commissione di Garanzia.

5. La Commissione di Garanzia

La Commissione di Garanzia è un'Autorità amministrativa indipendente⁵³ istituita dalla l. 146/1990 la cui attività è orientata principalmente alla tutela di un costante bilanciamento tra l'esercizio del diritto di sciopero e l'esercizio di altri diritti costituzionali mirando a «garantire tanto l'interesse generale alla continuità dei servizi essenziali, quanto l'interesse sindacale a non vedere compresso al di là del necessario l'esercizio del diritto di sciopero»⁵⁴.

La Commissione persegue questa missione esercitando varie funzioni. Tra queste primeggia senz'altro una funzione "preventiva" diretta a valutare l'idoneità del contenuto dei contratti collettivi e dei codici di autoregolamentazione.

51 V. BAVARO, *Contro la titolarità maggioritaria del diritto di sciopero (una critica a proposito dei servizi pubblici essenziali)*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 3, p. 621.

52 V. BAVARO, *op. cit.*

53 Su cui P. FERRARI, *La Commissione di Garanzia*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, vol. III, *Conflitto, concertazione e partecipazione*, F. LUNARDON (a cura di), Cedam, Padova, 2011, p. 419.

54 M. RUSCIANO, *Legge sullo sciopero e modello neo-istituzionale*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 2009, n. 121, p. 1.

In particolar modo è valutata la capacità delle prestazioni indispensabili nonché delle procedure di raffreddamento e conciliazione di garantire il richiamato contemperamento tra i diritti. I provvedimenti di idoneità sono adottati a valle di un procedimento tipizzato dal legislatore «che prevede una partecipazione funzionale alla determinazione del contenuto dell'atto da parte degli attori sociali»⁵⁵.

In caso di inidoneità la Commissione sottoporrà alle parti una proposta su cui le stesse saranno chiamate a pronunciarsi. Di fronte al silenzio e all'appurata indisponibilità delle associazioni sindacali e imprenditoriali a recepire le indicazioni, la Commissione adotterà una delibera di regolazione provvisoria, comunicandola alle parti interessate che sono tenute ad osservarla fino al raggiungimento di un accordo valutato idoneo. L'intervento provvisorio della Commissione potrebbe anche avere ad oggetto una mera modifica dell'Accordo collettivo, diretta ad esempio ad adeguare la disciplina alle eventuali nuove esigenze di tutela dell'utenza. Con una recente delibera, ad esempio, il Garante, dopo aver consultato le parti sociali, ha intensificato il sistema di fasce di garanzia anche nei giorni festivi (7-10 e 18-21) previsto nell'Accordo del Gruppo Ferrovie dello Stato del 1999 e ha rafforzato il livello di servizi minimi garantito per la media e lunga percorrenza⁵⁶. Anche in tal caso l'intervento provvisorio della Commissione è dovuto alla mancanza di accordo tra le parti sociali a fronte, invece, della necessità impellente di garantire un equilibrato contemperamento tra sciopero e mobilità anche nei giorni festivi (invece già garantito in altri settori quali trasporto aereo, marittimo e pubblico locale).

Alla funzione principale se ne aggiunge una interpretativa/applicativa di supporto all'attività di parti sociali e datori oltre che di interlocuzione costante con i protagonisti delle iniziative conflittuali, nonché una che ben potrebbe essere definita punitiva. A quest'ultimo proposito la Commissione è tenuta in primis ad indicare senza indugio ai soggetti interessati eventuali violazioni delle disposizioni in materia di preavviso, durata massima dello sciopero, esperimento delle procedure preventive di raffreddamento e di conciliazione, periodi di franchigia, intervalli minimi tra successive proclamazioni ed ogni altra prescrizione riguardante la fase precedente all'astensione collettiva. La Commissione può rivolgere le proprie iniziative sia nei confronti delle amministrazioni o imprese che erogano servizi, le cui condotte non siano rispettose di norme e procedure invitandole con delibera a desistere dal comportamento e ad osservare gli obblighi derivanti dalla legge o da accordi o contratti collettivi, sia nei confronti delle parti sociali. In caso di riscontrata violazione delle prescrizioni previste dalle fonti (dalla legge, ai contratti collettivi, ai codici di autoregolamentazione) la Commissione delibererà, poi, le sanzioni previste dall'art. 4 e prescriverà

55 A. LOFFREDO, G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 429.

56 Delibera n. 25/20 del 30 gennaio 2025.

al datore di applicare le sanzioni disciplinari a carico, va da sé, dei lavoratori inadempienti.

Come si è già accennato, in dottrina si è sottolineato come l'equilibrio tra diritti costituzionali perseguito nel 1996 (già, si è detto, incrinato a partire dal 2000)⁵⁷ sia stato di fatto sovvertito proprio a causa dell'attivismo della Commissione e delle parti sociali, responsabili di aver esteso esponenzialmente il concetto di servizio essenziale finendo col giustificare lo sciopero solo quando integrante una *extrema ratio* e riducendo al minimo l'incidenza del conflitto⁵⁸. Secondo tale impostazione in ragione del progressivo ampliamento (giurisprudenziale ed *ex lege*) delle funzioni della Commissione quest'ultima avrebbe in qualche modo agito sempre più quale rappresentante dell'utenza, così perdendo la sua neutralità⁵⁹, sottraendo la "scena" alle parti sociali che – da disegno originario – avrebbero dovuto essere co-protagoniste della regolazione del conflitto⁶⁰.

Al di là di tali obiezioni è indiscutibile, però, che il Garante abbia svolto un ruolo negli anni sempre più incisivo nella tutela degli interessi della collettività. Emblematica è l'azione della Commissione nel periodo pandemico⁶¹. In pochi mesi i Garanti si sono dovuti misurare con il dubbio che l'emergenza sanitaria potesse incidere, tra i tanti profili lavoristici e sindacali, anche sull'equilibrio tra sciopero e diritti costituzionali così come regolato dalla 146/1990 ed interpretato sino a quel momento. L'intervento della Commissione è stato netto: con una nota del 24 febbraio 2020, n. prot. n. 2796, la Commissione ha rivolto un fermo (e preventivo) invito a tutte le Organizzazioni sindacali ed alle Associazioni professionali affinché non fossero effettuate astensioni collettive dal 25 febbraio al 31 marzo 2020, proprio in ragione dello stato di emergenza epidemiologica dichiarato sul territorio nazionale dovuto al diffondersi del ceppo SARS-COV2. Monito che, poi, veniva rinnovato con successiva comunicazione del 17 marzo 2020⁶². La complessità della valutazione posta a fondamento degli interventi della Commissione emerge, però, dalla circostanza per cui le ragioni di salute venivano richiamate anche dalle Organizzazioni sindacali proprio al fine di giustificare la proclamazione di scioperi nel settore dei servizi pubblici essenziali, in forza

57 Secondo G. ORLANDINI, *op. cit.*, la legge 146 così come modificata nel 2000 e interpretata successivamente avrebbe determinato, insomma, la crisi del postulato della natura assoluta del diritto allo sciopero e della titolarità individuale attribuendo al gruppo organizzato la regolazione dell'esercizio dello sciopero ed al lavoratore la sola possibilità di decidere se aderire o meno.

58 Sempre G. ORLANDINI, *op. cit.*, anche considerando il fatto che secondo il medesimo Autore l'interesse pubblico tutelato dalla l. 146 non sarebbe tanto l'interesse di cui sono titolari gli utenti, quanto piuttosto il prodotto del temperamento tra interessi di utenti e lavoratori.

59 G. ORLANDINI, *op. cit.*.

60 A. LOFFREDO, G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 429.

61 L. CORAZZA, *op. cit.*, p. 800.

62 Sulla base della quale la Commissione ha sanzionato USB per aver comunque proceduto alla proclamazione dello sciopero (del. 129/2020, sulla cui legittimità si è pronunciato il T. Roma 5.11.2020).

dell'art. 2 comma 7 della l. 146/1990⁶³. Ci si limita a ricordare che sulla base della prima delibera la Commissione ha, poi, sanzionato USB per aver comunque proceduto alla proclamazione dello sciopero (del. 129/2020). La sanzione è stata, poi, ritenuta legittima dal Tribunale di Roma con la sentenza 5.11.2020, n. 7237.

Un intervento accomunato alle delibere sopra citate dalla sua finalità preventiva, ma distinto dalle stesse in ragione della sua natura negoziata, è il recente Protocollo recante le regole di svolgimento del conflitto nel Giubileo 2025. In tal caso la Commissione ha optato per il raggiungimento di un quadro condiviso di regole per l'esercizio del diritto di sciopero durante l'evento religioso, fonte di impegni sia per le parti sociali sia per aziende e pubbliche amministrazioni. Ciò nella consapevolezza che il Giubileo costituisca un evento internazionale eccezionale che determina «un impatto straordinario sulla funzionalità dell'intero sistema dei servizi pubblici essenziali, in particolare nella Città di Roma Capitale». Va, peraltro, segnalato come tale Protocollo non sia stato sottoscritto da CGIL, suscitando così perplessità sulla sua effettività.

6. Profili sanzionatori

La complessità della disciplina dello sciopero, come si è più volte detto proprio connessa al coinvolgimento di interessi terzi rispetto a quelli delle parti in causa, «ed anzi interessi di carattere generale», emerge anche dalla peculiarità delle regole in materia di sanzioni⁶⁴.

Nei confronti delle organizzazioni sindacali che disattendano le indicazioni della Commissione di Garanzia o vengano meno alle prescrizioni della stessa legge 146/1990 (art. 2) sono, infatti, previste specifiche misure sanzionatorie⁶⁵ tra cui la sospensione dei permessi sindacali retribuiti o dei contributi sindacali comunque trattenuti dalle retribuzioni degli iscritti⁶⁶, oppure entrambe le misure per tutta la durata dell'astensione stessa e comunque per un ammontare minimo tra i 2.500 e i 50.000. Le stesse organizzazioni sindacali possono altresì essere escluse dalle trattative alle quali partecipino per un periodo di due mesi dalla cessazione del comportamento.

63 Come ricorda L. CORAZZA, *op. cit.*, occorre insomma chiarire, ricorrendo a parametri oggettivi (che potrebbero essere costituiti, con riferimento all'emergenza sanitaria, dal Protocollo del 14 marzo 2020) quale sia il confine oltre il quale l'inadempimento determina gravi rischi per la salute dei lavoratori così determinando la legittimità dello sciopero. Ricorda l'A. come l'art. 2 comma 7, rappresenta infatti una norma di chiusura, che consente di superare i limiti all'esercizio del diritto di sciopero quando è in gioco un bene superiore, in particolare in questo caso la salute ma che comunque esige sia individuata «una soglia di valutazione oggettiva dell'inadempimento».

64 R. ROMEI, *Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, in *Lav. dir.*, 1999, n. 2, p. 221.

65 Su cui M. ALTIMARI, *op. cit.*, p. 1063.

66 I contributi sindacali trattenuti sulla retribuzione sono devoluti all'Istituto nazionale della previdenza sociale, gestione dell'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria.

Sarà comunque la Commissione di Garanzia ad avviare il procedimento di valutazione della condotta e a concludere con l'eventuale adozione della sanzione a carico dei sindacati. Similmente la Commissione di Garanzia ha il potere di sanzionare l'organismo di rappresentanza dei lavoratori autonomi che non si sia dissociato da proteste illegittime dei singoli lavoratori aderenti all'astensione, restando ferma l'eventuale azione di regresso da parte dello stesso organismo nei confronti dei lavoratori inadempienti per il recupero di quanto versato⁶⁷.

Per quel che attiene alla reazione sanzionatoria nei confronti dei dipendenti, invece, la legge prevede che questa - necessariamente esercitata dal datore di lavoro - debba essere proporzionata e che comunque non possa portare ad un licenziamento. Sul punto la giurisprudenza ha chiarito come in tal caso il potere disciplinare, nella normalità dei casi rimesso alla discrezionalità del datore, sia invece doveroso qualora i lavoratori aderiscano ad uno sciopero proclamato dalle organizzazioni sindacali senza il rispetto delle modalità e delle procedure di erogazione e delle altre misure previste dalla legge e già oggetto di valutazione negativa da parte della Commissione di Garanzia⁶⁸. In tal caso, infatti, il potere disciplinare sarebbe finalizzato alla tutela di interessi altri rispetto a quelli normalmente limitati alla relazione contrattuale⁶⁹.

7. Il ricorso alla precettazione

A seguito della modifica intervenuta nel 2000 è stata introdotta la possibilità per l'autorità pubblica di intervenire, in presenza di specifici presupposti, per limitare forzosamente l'astensione o posticiparla⁷⁰.

In particolare, qualora sussista il fondato pericolo che lo sciopero o l'astensione possano determinare un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati, su segnalazione della Commissione di garanzia, nell'ambito di un rapporto di stretta collaborazione tra gli enti⁷¹, ovvero, nei casi di necessità e urgenza, di propria iniziativa, il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato (se il conflitto ha rilevanza nazionale o interregionale) oppure il Prefetto invitano le parti a desistere dai comportamenti che determinano la situazione di pericolo, esperiscono un tentativo di conciliazione, da esaurire nel più breve tempo possibile, e se il tentativo non riesce, adottano con ordinanza le misure riconosciute dalla stessa legge.

Quanto alla procedura di conciliazione precedente all'adozione dell'ordinanza, la giurisprudenza amministrativa ha più volte sottolineato come si tratti di

67 Cass., 28 gennaio 2019, n. 2298, iusexplorer.it.

68 *Ex multis* Cass., 7 aprile 2022, n. 11365, iusexplorer.it.

69 R. ROMEI, *op. cit.*, p. 228.

70 M.V. BALLESTRERO, *La precettazione tra disciplina legale e prassi applicativa. Questioni aperte*, in *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo Esperienze e prospettive*, a cura di G. PINO, Milano 2015, p. 413.

71 M.G. MONACO, *Sub art. 8 l.146/1990*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI, *op. cit.*

fase connotata da una elevata flessibilità. Da un lato non sono pretesi adempimenti formali specifici, dall'altro lato si tratta di «passaggio obbligatorio ove sia compatibile con l'urgenza della situazione e vi sia una ragionevole previsione di buon esito»⁷². Si tratta di una lettura coerente con l'interpretazione della Suprema Corte secondo la quale benché il procedimento di cui all'art. 8 comma 1 della l. 146 sia cadenzato in più fasi lo stesso deve essere considerato flessibile per via della «mancata previsione di tempi rigidi, sicché nulla esclude che, ove l'imminenza del grave pregiudizio sia particolarmente accentuata possa svolgersi secondo cadenze in rapidissima successione»⁷³. In particolare, le misure possono consistere nel differimento dello sciopero, nella riduzione della sua durata, nell'osservanza di misure idonee ad assicurare livelli di funzionamento del servizio pubblico compatibili con la salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui all'articolo 1, comma 1. Misure che, stando a quanto previsto dall'art. 13 comma 1 lett. f, possono essere suggerite dalla stessa Commissione di Garanzia nell'esercizio di «specifici poteri propositivi riguardo al contenuto dell'ordinanza, riconosciuti espressamente dal legislatore»⁷⁴.

In ragione della sua incisività così come della specifica circoscrizione dei presupposti che ne giustificano l'adozione, la precettazione ben può essere concepita come misura estrema cui ricorrere qualora non siano praticabili altre soluzioni a tutela dei diritti della persona costituzionalmente garantiti⁷⁵.

Sulla eccezionalità della precettazione, ascrivibile alla categoria dei provvedimenti amministrativi d'urgenza, è intervenuto in più occasioni il giudice amministrativo. Recentemente, ad esempio, con la sentenza n. 6084, del 28 marzo 2024, il TAR del Lazio ha annullato l'ordinanza con cui il Ministero dei Trasporti aveva ridotto a quattro ore il numero massimo di ore di uno sciopero del trasporto pubblico locale indetto per il 15 dicembre precedente. Secondo il Tribunale, infatti, il provvedimento del MIT risultava «affetto da violazione di legge [...] e da eccesso di potere per carenza di presupposto, con riferimento alla fase di impulso dell'esercizio del potere». L'azione del Ministero dei Trasporti è stata poi nuovamente censurata il successivo 12 dicembre 2024. In particolare, decidendo in via di urgenza, il Tar Lazio ha censurato il provvedimento con cui era stato ridotto a quattro ore lo sciopero generale proclamato da U.S.B. per una durata di 24 ore, nei vari settori dei trasporti pubblici per il giorno 13 dicembre 2024. Il Tribunale, considerato che il sindacato proclamante aveva accolto le indicazioni della Commissione di Garanzia e che questa non aveva formulato al

72 Cons. Stato, Sez. VI, 19 agosto 2009, n. 4985, su cui G. CANAVESI, *La precettazione*, in F. LUNARDON (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Cedam, Padova, 2011, p. 587.

73 Cass. 6 novembre 1997, n. 10889, iusexplorer.it.

74 G. PINO, *Breve storia della precettazione nei servizi pubblici essenziali, tra prerogative della Commissione di garanzia e del potere esecutivo*, in *Lav. dir. eur.*, 2024.

75 Cass. 5 maggio 1999, n. 4466 iusexplorer.it.

Ministero alcuna proposta di intervento forzoso, e ancora considerato che l'ordinanza non enunciava alcuna ragione per ritenere che i disagi discendenti dallo sciopero potessero andare oltre la dimensione fisiologica delle astensioni (tenuto conto del fatto che sono comunque garantite fasce orarie di pieno servizio), ha annullato l'ordinanza. L'interpretazione del Giudice resta quindi fedele alla necessità di considerare la precettazione *in primis* condizionata alla necessaria sollecitazione della Commissione e, solo in via residuale - ove gli stringenti requisiti previsti dalla l. 146 lo richiedano - rimessa alla mera iniziativa dell'organo governativo. Se così non fosse vi sarebbe il rischio di una deriva verso l'esercizio di un (incisivo) potere in modo illimitato⁷⁶.

76 G. PINO, *op. cit.*.

PARTE II
IL DIRITTO SINDACALE
NELL'ORDINAMENTO BRASILIANO

Il sindacalismo in Brasile

Luciano Dorea Martinez Carreiro

SOMMARIO: 1. Introduzione: elementi di base sulla storia del sindacalismo in Brasile. – 2. Il sindacalismo nella “fase della resistenza”: dall’organizzazione del lavoro libero fino al 1934. – 3. Il sindacalismo nella “fase del controllo”: dal 1934 al 1945. – 4. Il sindacalismo nella “fase della competizione” ideologica: dal 1945 al 1988. – 5. Il sindacalismo in “fase del compromesso”: dal 1988 in poi. – 6. Conclusione.

1. Introduzione: elementi di base sulla storia del sindacalismo in Brasile

Il sindacalismo in Brasile sarà esaminato, come generalmente avviene in altri paesi, sulla base della progressione dei movimenti sindacali politici, che si sono evoluti da strutture rurali-arcaiche a strutture urbano-industriali. In questo contesto, ovviamente, verranno esplorate le trasformazioni nella natura del potere – da statale a statale-economico e da questo a stato-economico-comunicativo. A tal fine verrà presa come riferimento la sistematizzazione adottata da José Albertino Rodrigues nella sua opera classica “Sindicato e Desenvolvimento no Brasil” (1979), dato il suo sforzo di individuare i punti caratteristici più salienti dei movimenti sindacali in ciascuno dei blocchi temporali.

Anche da questo versante si seguirà un parallelo riguardo al *modus faciendi* delle pratiche antisindacali adottate da vari soggetti nel corso della storia brasiliana come esaminate nell’opera di chi scrive dal titolo *Condutas Antisindicais*, pubblicata nel 2013¹.

Le fasi di seguito esaminate considerano esclusivamente il predominio esercitato sull’azione delle associazioni dei lavoratori per quanto tale aspetto abbia assunto contenuti variabili. In tutte queste fasi, in misura maggiore o minore e indipendentemente dalla denominazione attribuita, si avranno manifestazioni che non esauriscono la multiforme realtà sindacale. Ciò significa che, anche se si parla di predominio, ci saranno sempre momenti di “resistenza” da parte dei soggetti titolari della libertà di associazione contro le ingerenze dei poteri statali ed economici. Lo stesso si può dire per il “controllo” esercitato sugli organismi

1 L. MARTINEZ, *Condutas Antisindicais*, San Paolo, Saraiva, 2013.

sindacali che costituirà in tutti i momenti storici uno dei principali obiettivi perseguiti dai poteri contrari alle manifestazioni operaie.

Infine, in ogni fase, i lavoratori e i loro rappresentanti, come ovvio contro-potere, sono sempre stati (e rimarranno tali) suscettibili alla concorrenza ideologica da parte di gruppi politici che tendono a cooptarli come alleati nelle loro rivendicazioni.

Pertanto, nonostante le riconosciute difficoltà nella classificazione del fenomeno sindacale, la prima fase, ai fini dello studio del sindacalismo in Brasile, verrà identificata con il termine “resistenza”². Ciò è dovuto al fatto che, in senso stretto, questa prima fase – che si estende dalle forme di organizzazione libera dei lavoratori fino al 1934 – è stata caratterizzata da condotte tese ad ostacolare le prime manifestazioni del conflitto collettivo dei lavoratori e da atti, soprattutto legislativi, che miravano ad attenuare e controllare qualsiasi intento rivendicativo.

L’obiettivo dell’analisi di questo primo periodo è proprio quello di dimostrare che i poteri statali ed economici hanno agito, fin dai primi momenti della storia dell’Unione brasiliana, per contrastare il conflitto in modo da instaurare un clima artificialmente armonioso.

La seconda fase del sindacalismo in Brasile sarà esaminata alla luce della parola “controllo” perché, in effetti, la prepotente affermazione del movimento sindacale ha occupato la scena politica e giuridica nel periodo che iniziò nel 1934 e terminò nel 1945.

Ciò invero non significa che la fase del controllo abbia sortito gli effetti generalizzati e ciò in quanto la resistenza ai controlli ha continuato ad essere visibile in alcuni gruppi sindacali nonostante l’organizzazione eteroimposta. La Costituzione del 1934, del resto, aveva già sollevato, sin dalla stesura del suo progetto, diversi contrasti di opinione, certamente dovuti all’influenza dei movimenti politici e sociali dell’epoca. In quel periodo storico si manifestarono diverse tendenze,

[...] nel cui alveo scorrevano correnti partitiche provenienti da versanti opposti, in mezzo al quale si rifugiavano gli interessi più antagonisti, nelle cui fila si calpestavano le idee più avverse in una scala cromatica, che andava dal rosso delle rivendicazioni marxiste al nero della reazione clericale³.

In questo periodo emersero tanto gli ideali democratici derivanti dalle Costituzioni di Weimar (1919) e di Spagna (1931), quanto le idee fasciste corporative e interventiste nell’economia statale che finirono per risultare predominanti nel lungo periodo.

Questa seconda fase, caratterizzata dall’antisindacalismo di Stato, si estese, come accennato, fino al 1945, quando la fine della seconda guerra mondiale e la sconfitta simbolica del fascismo permisero la democratizzazione dei paesi

2 J.A. RODRIGUES, *Sindicato e desenvolvimento no Brasil*, San Paolo, Símbolo, 1979, 2ª ed., p. 5-25.

3 J. MANGABEIRA, *Em torno da Constituição*, San Paolo, Cia Editora Nacional, 1941, p. 13.

fino ad allora dominati da scenari dittatoriali e l'ascesa di una nuova era sindacale caratterizzata dalla coesistenza competitiva di correnti ideologiche che rappresentavano capitale e lavoro sotto le più diverse etichette politiche. Non va dimenticato che questo cambiamento non è stato accompagnato da modifiche del quadro legislativo in materia di associazioni sindacali dei lavoratori e questo anacronismo ha esacerbato le molte contraddizioni che già caratterizzavano il movimento sindacale brasiliano.

La parola “competizione” identifica la terza fase del sindacalismo brasiliano, iniziata nel 1945 e conclusasi nel 1988, con la promulgazione del testo costituzionale di quell'anno. Dalla fine della seconda guerra mondiale, il movimento sindacale ha beneficiato del dialogo democratico, ma di conseguenza è stato coinvolto in numerose dispute ideologiche. Diverse correnti politiche cominciarono a competere per il suo controllo, senza però raggiungerne concretamente l'egemonia. I comunisti furono i primi a dotarsi di una politica sindacale, ma il “*peleguismo*” governativo e imprenditoriale⁴ riuscì a mantenere forti radici e influenze nell'apparato statale, soprattutto grazie al già citato mantenimento della legislazione di origine corporativa⁵. Il sindacalismo assunse allora lo status di “fatto politico” e, come tale, avanzò sul piano della discussione di generali questioni economiche e sociali, assumendo un ruolo decisamente più ampio rispetto a quello tradizionalmente assunto dai movimenti sindacali.

La quarta fase del sindacalismo in Brasile può essere esaminata utilizzando il termine “compromesso”, poiché questa era la prospettiva aperta dopo la pubblicazione del testo costituzionale del 1988.

Sebbene la suddetta Carta mantenga alcune strutture prodotte nella “fase di controllo” – come l'unità sindacale, i contributi sindacali obbligatori e il potere normativo della magistratura del lavoro –, essa manifesta espressamente, tra l'altro, l'impegno politico dello Stato brasiliano, con evidente irradiazione sui singoli individui, a non ingerirsi e a non intervenire nell'organizzazione sindacale (vedi art. 8, I), rispettando la libertà sindacale individuale negativa (vedi art. 8, V).

Ulteriori dettagli su ciascun periodo della storia del sindacato brasiliano verranno analizzati nei paragrafi seguenti.

4 Il termine “peleguismo” deriva da “pelego”, nome attribuito alla pelle della pecora utilizzata tra la sella e il dorso degli animali per rendere la cavalcata più confortevole, tipico pezzo dei finimenti degli allevatori gauchos utilizzato nel sud del Brasile e in Argentina. Per metafora, la stessa idea è stata utilizzata per creare, nel gergo sindacale, la figura del “pelego”, un sindacalista che, tradendo gli interessi della categoria, agiva, in verità, con lo scopo di smorzare, di appianare i conflitti tra dipendenti e datori di lavoro. Il “peleguismo” descrive, quindi, la pratica dei sindacalisti che collaborano con le autorità o con i datori di lavoro, spesso cercando vantaggi personali. Questo termine ha acquisito importanza a partire dagli anni '30 del secolo scorso soprattutto nel contesto delle politiche del lavoro pubblico del governo Getúlio Vargas. Da allora, il “pelegismo” si riferisce all'atteggiamento dei dirigenti sindacali che agiscono in conformità con gli interessi dello Stato e/o dei datori di lavoro, trascurando gli interessi dei loro rappresentanti.

5 J.A. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 22-23.

2. Il sindacalismo nella “fase della resistenza”: dall’organizzazione del lavoro libero fino al 1934

A causa dell’influenza esercitata dal liberalismo francese e britannico, anche le corporazioni professionali furono bandite nel territorio brasiliano. Questo divieto, previsto dalla Costituzione dell’Impero (1824), rendeva sospette e conseguentemente vietate le confraternite, che si proponevano di discutere questioni legate al lavoro inteso come condotta libera e priva di restrizioni⁶.

Il divieto previsto dalla Costituzione, sebbene avesse ostacolato lo sviluppo delle organizzazioni di natura sindacale, non le aveva eliminate. È un dato di fatto che, nonostante il divieto di cui sopra, alcune coalizioni operaie guidarono importanti movimenti di protesta, come, ad esempio, lo sciopero dei tipografi a Rio de Janeiro nel 1858, considerato da molti storici come il primo sciopero del Paese⁷. Le leghe operaie sorsero, in contraddizione con le limitazioni imposte dalla Costituzione imperiale, con il chiaro scopo di difendere gli interessi della classe operaia, sia pure sotto le spoglie di società mutualistiche, come nel caso della Lega Operaia del 1870 e dell’Unione dei Lavoratori del 1880.

Era evidente l’impossibilità di contenere lo sviluppo delle coalizioni sindacali stimolato dagli echi socialisti provenienti dall’estero – “i Congressi dell’Associazione Internazionale dei Lavoratori (1866), l’impatto della Comune di Parigi (alcuni profughi chiesero l’esilio in Brasile) e la dichiarazione dello sciopero generale a New York (1871) annunciarono tempi nuovi per il proletariato”⁸ – o dagli stessi lavoratori provenienti dall’Europa che migrarono nel territorio brasiliano nella seconda metà del XIX secolo⁹ e nel primo quarto del XX secolo per sostituire il lavoro degli schiavi nelle fattorie¹⁰.

6 Vedi un estratto dalla Costituzione del 1824, con l’ortografia aggiornata: Art. 179. L’inviolabilità dei diritti civili e politici dei cittadini brasiliani, che si basano sulla libertà, sulla sicurezza individuale e sulla proprietà, è garantita dalla Costituzione dell’Impero, nel modo seguente: [...] XXIV. Nessun tipo di lavoro, di coltura, di industria o di commercio può essere vietato, purché non sia contrario alle consuetudini pubbliche, alla sicurezza e alla salute dei Cittadini. XXV. Sono abolite le corporazioni di lavoro, i loro probiviri, impiegati e maestri.

7 E. RODRIGUES, *Os pedreiros da anarquia 2*, in *Revista Verve*, San Paolo, Núcleo de Sociabilidade Libertária/ Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP, n. 8, 2005, p. 68.

8 E. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 69-70.

9 Il governo imperiale ridusse drasticamente i requisiti di accesso degli stranieri nel paese. Il decreto 291 del 30 agosto 1843, ad esempio, ridusse il tempo di soggiorno degli immigrati ai fini della naturalizzazione.

10 Per quanto riguarda la facilità di accesso al territorio brasiliano, Carvalho Ramos afferma che il comma 10 dell’art. 72 della Costituzione del 1891 stabiliva addirittura il diritto di entrare e uscire dal territorio nazionale per tutti, anche senza passaporto, diritto che venne eliminato solo dalla riforma costituzionale del 1926. L’abolizione del passaporto era stata già attuata nel 1890, in nome della libertà individuale e anche della esplicita necessità di aumentare gli ingressi nel paese come riconosciuto nel “considerando” del decreto 512 del 1890, secondo il quale la vastità territoriale del Brasile esigeva per la sua popolazione, ricchezza e

Sebbene nel 1888 nel territorio brasiliano la schiavitù fosse stata teoricamente abolita, erano ancora presenti pratiche assolutamente equivalenti che, in senso stretto, riducevano i “lavoratori liberi”, soprattutto immigrati, alla condizione di schiavi a causa di debiti insostenibili contratti per saldare il costo dei contratti conclusi per ottenere opportunità di lavoro nelle aziende agricole. Per portare la questione all'attenzione dell'opinione pubblica, gli immigrati iniziarono a far circolare periodici anarchici con l'obiettivo di cercare un ampio consenso sulla necessità di raggiungere l'unità della classe operaia al fine di ottenere migliori condizioni di lavoro.

Non vi sono dubbi sul fatto che attraverso le valigie degli immigrati non arrivarono soltanto ricordi della terra d'origine, ma anche gli ideali di libertà che avrebbero progressivamente contaminato la nascente classe operaia brasiliana fino a determinare la nascita delle prime associazioni sindacali basate sul diritto riconosciuto dalla Costituzione repubblicana del 1891¹¹. Gli scioperi ideologicamente guidati dal pensiero anarco-sindacale divennero comuni¹² e servirono da sfondo ai movimenti dei lavoratori per il riconoscimento formale delle associazioni sindacali.

L'idea del legislatore, tuttavia, non fu quella di fomentare ma al contrario di placare gli animi. In questo scenario fu pubblicato il decreto n. 979 del 1903 – la prima legge sindacale brasiliana – che consentì la formazione di sindacati rurali da parte dei lavoratori agricoli e delle industrie rurali di qualsiasi tipo, proprio l'ambito delle attività in cui erano più attivi gli immigrati. Queste disposizioni rivelavano un intento molto più cooperativistico («senza scopo di promuovere l'unità di classe») piuttosto che autenticamente sindacale¹³. Per le sue radici

progresso gli afflussi migratori da tutti i paesi. Sul punto A. DE CARVALHO RAMOS, *Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (a cura di), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2008, p. 727.

- 11 La Carta Costituzionale del 1891, seppure di carattere generico, garantiva, a favore dei brasiliani e degli stranieri residenti nel Paese, il diritto alla libera associazione: Art. 72 - La Costituzione garantisce ai brasiliani e agli stranieri residenti nel Paese l'inviolabilità dei diritti relativi alla libertà, alla sicurezza individuale e alla proprietà, nei seguenti termini: [...] §8 - È lecito a tutti associarsi e riunirsi liberamente e senz'armi; la polizia non può intervenire se non per mantenere l'ordine pubblico.
- 12 Per frenare lo spirito rivendicativo dei lavoratori, il codice penale dell'11 ottobre 1890, prevedeva all'art. 206 la pena della reclusione da uno a tre mesi per chiunque cagionasse o provocasse «la cessazione del lavoro, per imporre ai lavoratori o ai datori di lavoro un aumento o una diminuzione del servizio o della retribuzione». Le manifestazioni delle coalizioni dei lavoratori condussero tuttavia il governo ad abrogare quanto previsto dall'art. 206 del suddetto Codice, mediante la pubblicazione del decreto n. 1162 del 12 dicembre 1890, che depenalizzava la condotta, fatte salve le manifestazioni violente. Il tema dello “sciopero”, pertanto, non venne toccato nella prima Costituzione repubblicana, né nella Carta del 1934, esprimendo in questo modo l'intento di non riconoscerlo come diritto dei lavoratori.
- 13 J.C. AROUCA, *O sindicato em um mundo globalizado*, San Paolo, LTR, 2003, p. 56.

ideologiche nel socialismo cattolico¹⁴, questa norma rappresentò il primo passo, seppur con discrezione, verso il corporativismo e, di conseguenza, verso il sindacalismo controllato.

Il decreto n. 1637 del 1907 – la seconda legge sindacale brasiliana – anch'esso di ispirazione cattolica e con la stessa base ideologica, estese il diritto di istituire le associazioni di lavoratori, ammettendo la creazione di sindacati per qualsiasi professione simile o affine, comprese quelle che esercitavano libere professioni. Emergeva, ancora una volta, l'intenzione di dare alle strutture sindacali un aspetto pacifista e fraterno, completamente diverso dalle organizzazioni rivoluzionarie che scuotevano l'Europa e che erano identificate con il nome di "sindacato".

Nella relazione esplicativa del citato decreto n. 1637 del 1907 si esprimeva la forte preoccupazione di disciplinare l'organizzazione professionale prima che le influenze straniere diffondessero l'ideologia comunista nel paese¹⁵ e si riteneva che ciò dovesse avvenire nel più breve tempo possibile, affinché «il mare si mantenesse calmo e le raffiche del vecchio mondo non sollevassero manifestazioni di odio e di antagonismo»¹⁶.

L'intero quadro legislativo brasiliano costituiva una reazione allo sviluppo delle associazioni sindacali, «i cui congressi gettarono basi e proclamarono rivendicazioni e lotte rivoluzionarie». Queste richieste diedero origine alla risposta dello Stato attraverso l'artificiale «creazione di altre associazioni che agivano per la pace e l'armonia sociale»¹⁷.

L'artificiosità del decreto n. 1637 del 1907 era tale da prevedere la possibilità di istituire organismi sindacali misti, stabilendo all'art. 8¹⁸ che i sindacati formati nello spirito di armonia tra datori di lavoro e lavoratori sarebbero stati

14 Il decreto n. 979 del 1903 è stato il risultato dell'azione dei cattolici che, secondo Arouca, ha ispirato il progetto presentato dal deputato federale baiano Joaquim Ignácio Tosta (J.C. AROUCA, *op. cit.*, p. 54). Conferme in questo senso si rinvencono nell'opera di C.A. DE MENEZES, *Ação social católica no Brasil: corporativismo e sindicalismo*, San Paolo, Loyola, 1986, p. 20-22 e 93-118.

15 J.A. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 51.

16 Questo era il testo della relazione esplicativa del progetto n. 49 del giugno 1905 che fu approvato come decreto legislativo n. 1637 del 5 gennaio 1907: «È tempo di occuparsi del Congresso nazionale dell'organizzazione professionale del Paese, mentre il mare è calmo e le raffiche del vecchio mondo non vedono sorgere focolai di odio e di antagonismo che, per fortuna del nostro Paese, non esistono tra noi, né troveranno alimento per lungo tempo nella classe operosa e onorabile degli operai brasiliani» (J.A. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 51).

17 M. DI LACERDA, *A evolução legislativa do direito social brasileiro*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1980, p. 46.

18 Si veda la formulazione dell'art. 8 della Legge 1637/1907, con ortografia aggiornata: «Art. 8. I sindacati che si costituiscono con spirito di armonia tra datori di lavoro e operai, come quelli riuniti in consigli permanenti di conciliazione e arbitrato, destinati a risolvere le divergenze e controversie tra capitale e lavoro, saranno considerati come rappresentanti legali dell'intera classe dei lavoratori e, come tali, potranno essere consultati su tutte le questioni inerenti alla professione».

considerati rappresentanti legali dell'intera categoria dei lavoratori e, come tali, potevano essere consultati in tutte le questioni di lavoro.

Dal momento che la legge non può controllare la realtà concreta, i conflitti sociali esplosero ugualmente. In questo contesto, merita di essere ricordato, per la sua intensità, lo sciopero generale del luglio 1917, che paralizzò completamente l'industria e il commercio brasiliani attraverso un movimento organizzato da entità sindacali operaie di ispirazione anarco-sindacale con il sostegno della stampa libertaria.

L'azione fu giustificata come *extrema ratio* tenendo conto della lunga crisi che la classe operaia stava attraversando. Il congelamento dei salari, l'insufficienza delle retribuzioni a coprire il minimo esistenziale e la brutale azione della polizia contro gli atti rivendicativi delle organizzazioni sindacali avevano generato ondate di reazione che culminarono con la morte del giovane anarchico spagnolo José Martínez durante la repressione delle proteste esplose all'ingresso della fabbrica Mariângela, nel quartiere di Brás della città di San Paolo¹⁹.

L'impatto del suddetto movimento fu tale che il governo, da quel momento in poi, cominciò ad agire in modo preventivo nei confronti dei movimenti sindacali nazionali²⁰ e in modo persecutorio nei confronti degli anarchici. Basti ricordare che, venendo meno alla promessa di non ricorrere a ritorsioni, il governatore dello stato di San Paolo, Altino Arantes, adottò un provvedimento di espulsione nei confronti degli anarchici stranieri²¹, che violava non solo la sua stessa parola, ma anche la libertà di associazione dei partecipanti al movimento che aveva organizzato lo sciopero e i diritti costituzionali allora vigenti, che tutelavano, tra le altre libertà individuali, quella di espressione²².

Il quotidiano *Estado de São Paulo*, in merito alla reazione contro gli scioperanti, pubblicò un articolo del periodico socialista *Avanti!* che metteva in guardia i lavoratori dalle provocazioni degli imprenditori e delle pubbliche autorità, rilevando come il periodo fosse ben lungi dall'essere favorevole all'azione collettiva

19 Un importante contributo informativo si trova nell'opera di C. CHAGAS, *O Brasil sem retoque, 1808-1964: a história contada por jornais e jornalistas*, Editora Record, 2001, volume 1, p. 270, ove sono disponibili significativi resoconti che consentono di comprendere questo rilevante episodio storico nella vita sindacale brasiliana.

20 J. PIMENTA, *Sociologia econômica e jurídica do trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, p. 190.

21 «L'espulsione sommaria fu una "misura profilattica" necessaria per estirpare il "fastidioso tumore" che tormentava la popolazione brasiliana e che doveva scomparire. Con essa, si sosteneva, sarebbe stato possibile espellere i rivoltosi che avevano tentato di "anarchizzare" il paese. Coloro che difendevano l'atteggiamento del governatore di San Paolo giustificavano il provvedimento non solo come un diritto sovrano, ma come un dovere dello Stato, incaricato di realizzare l'opera di "sanificazione sociale", di porre fine all'"infezione sociale" che rischiavano di contaminare il Paese». C.R. LOPREATO, *O espírito das leis: anarquismo e repressão política no Brasil*, in *Revista Verve*, San Paolo, Núcleo de Sociabilidade Libertária/ Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC-SP, n. 3, 2003, p. 87.

22 C.R. LOPREATO, *op. cit.*, p. 168.

che intendevano sviluppare²³. «Si usa l'astuzia contro l'organizzazione» ammoniva il giornale per chiarire che, con il consenso della polizia, alcune fabbriche intendevano adottare misure disciplinari interne durissime.

Si cercava un pretesto per trascinare la massa operaia, che aveva appena costituito la propria organizzazione (non ancora consolidata), verso una prova superiore alle proprie forze e alla conseguente disgregazione²⁴.

Il governo di San Paolo fu del resto accusato di aver utilizzato astutamente la tregua solo per preparare un atto di revanscismo concretizzatosi nella proposta di deportazione basata sull'allora vigente decreto n. 1641 del 1907, che, nel suo primo articolo, prevedeva la possibilità di espulsione degli stranieri che, per qualsiasi motivo, avessero compromesso la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico.

Il provvedimento di espulsione – che rivelava un'indubbia natura antisindacale – fu adottato nonostante l'intensa attività degli organi di stampa e la calorosa difesa degli avvocati che assunsero la causa in nome della libertà di espressione e dei diritti sociali dei lavoratori.

Gli immigrati, evidentemente, scuotevano lo scenario delle relazioni socio-economiche. Il loro atteggiamento rivendicativo li rendeva vittime di molte altre esplicite reazioni antisindacali che fino ad allora non avevano avuto precedenti nel territorio brasiliano²⁵. Il governo, sotto la pressione degli imprenditori che ricordavano chiaramente lo sciopero generale del 1917, iniziò a controllare l'ingresso degli stranieri nel paese²⁶ in conformità con il rigoroso decreto n. 4247 del 6 gennaio 1921, noto come “Legge degli Indesiderabili”, che aveva nel mirino, tra gli altri, coloro che, a causa della loro condotta, erano considerati dannosi per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale.

Le azioni anarchiche furono formalmente dichiarate criminosi con il decreto n. 4269 del 17 gennaio 1921, e non sussistono dubbi sul fatto che l'obiettivo del decreto fossero proprio i conflitti di lavoro. L'art. 12 di tale decreto statale prevedeva la possibilità che il governo disponesse la chiusura a tempo determinato

23 J.C. AROUCA, *op. cit.*, p. 50-51.

24 A. SIMÃO, *Sindicato e Estado*, San Paolo, Ática, 1981, p. 156.

25 Come ha sottolineato Carvalho Ramos, «la visione generosa ed egualitaria sugli stranieri in Brasile ha presto lasciato il posto alla paura e alla sfiducia, alimentate da ondate di immigrati italiani politicizzati desiderosi di cambiamento in un Brasile agrario e disuguale». A. DE CARVALHO RAMOS, *op. cit.*, p. 727. Nello stesso senso: «dopo essere stati oggetto di grandi speranze per le élite nazionali alla fine del XIX secolo, gli immigrati europei perderanno progressivamente la loro aura di portatori di progresso e di civiltà. L'ascesa sociale di alcune famiglie immigrate e, soprattutto, le sfide alla supremazia delle élite tradizionali finirono per disilludere la classe dirigente rispetto all'immigrazione europea, un processo che avrebbe raggiunto il suo apice alla fine degli anni Dieci». T. DE MELO GOMES, *Problemas no paraíso: a democracia racial brasileira frente à imigração afro-americana (1921)*, in *Revista de Estudos Afro-Asiático*, Rio de Janeiro, Universidade Candido Mendes, n. 2, 2003, p. 311.

26 L'immigrazione non fu vietata, ma cominciò ad essere controllata attraverso trattati internazionali come, ad esempio, quello firmato con l'Italia l'8 ottobre 1921, approvato con decreto n. 4469 del 14 gennaio 1922.

di associazioni, sindacati e società civili in caso di atti lesivi del bene pubblico, tra i quali, senza dubbio, l'astensione collettiva dal lavoro. L'autoritarismo statale legittimava l'imposizione di soluzioni: lo sciopero non era un reato, ma, pur essendo lecito, non poteva essere svolto.

Oltre all'attribuzione di responsabilità per la formazione ideologica delle azioni di rivendicazione dei diritti dei lavoratori, gli stranieri divennero vittime di una campagna xenofoba condotta sulla base della presunta sottrazione di posti di lavoro che avrebbero dovuto essere riservati ai lavoratori nazionali.

La stampa dell'epoca era divisa. Alcuni giornalisti «si congratulavano con il governo che ha fatto tutto il possibile per impedire l'ingresso di europei "parasitari, che volevano vivere qui senza lavorare", così come di "professionisti del disordine politico"» (*"Lei e Imigração"*, Correio da Manhã, 22 febbraio 1921). Altri giornalisti difesero invece la continuità dell'immigrazione, affermando che la maggioranza di coloro che erano entrati nel Paese erano lavoratori e che la semplice difesa dei loro interessi lavorativi attraverso gli scioperi non poteva renderli indesiderabili (*"A Liga Nacionalista de São Paulo contra o Jacobinismo"*, O Imparcial, 7 marzo 1921)²⁷.

Stava emergendo un contromovimento che merita, quindi, di essere identificato come vero e proprio antisindacalismo. La repulsione verso gli stranieri si basava sull'idea che le loro azioni compromettevano l'equilibrio dei rapporti capitale-lavoro per insediare pretese e conflitto negli animi dei lavoratori brasiliani.

Le misure adottate dagli imprenditori e soprattutto dal governo, come si vedrà in seguito, diventeranno molto più devastanti all'inizio degli anni '30, quando lo Stato totalitario inizierà a incorporare gli organismi sindacali nelle proprie strutture con l'obiettivo di ridurre i conflitti collettivi e risolvere eventuali controversie di lavoro ancor prima che potessero sfociare in astensioni collettive dal lavoro.

Sempre riguardo alla xenofobia motivata dalle condotte antisindacali praticate dallo Stato brasiliano, è importante notare la stessa era resa evidente nella Costituzione del 1934 il cui art. 121, al paragrafo 6, chiariva che l'ingresso degli immigrati nel territorio nazionale avrebbe subito «restrizioni necessarie per garantire l'integrazione etnica e la capacità fisica e civile dell'immigrato» e che il flusso migratorio da ciascun paese non avrebbe potuto superare, annualmente, il limite del 2% (due per cento) sul numero totale dei rispettivi cittadini stabilitisi in Brasile negli ultimi cinquant'anni.

Il timore degli stranieri come minaccia ideologica emergeva in maniera evidente anche nel paragrafo 7 del citato articolo 121, il quale dichiarava che «la concentrazione degli immigrati è vietata in qualsiasi punto del territorio dell'Unione» e che la legge avrebbe avuto il compito di «regolamentare la selezione, localizzazione e assimilazione dello straniero». Come se ciò non bastasse, il paragrafo 9 dell'art. 23 del citato testo costituzionale del 1934, in materia di voto

27 T. DE MELO GOMES, *op. cit.*, p. 311.

per i “deputati delle professioni”, negava espressamente il diritto di voto agli stranieri, indipendentemente dal fatto che fossero o meno legalmente residenti nel Paese.

Nonostante la dura repressione dei movimenti sindacali durante il cosiddetto “periodo di resistenza”, soprattutto durante lo sciopero generale del 1917, furono compiuti importanti progressi in termini di diritti minimi riconosciuti dallo Stato. Azis Simão ha ricordato che, fino al 1917, vi furono pochi interventi dello Stato sulla “questione sociale”. Secondo l’Autore, è stato solo dopo lo sciopero generale dello stesso anno che hanno cominciato a manifestarsi preoccupazioni (e timori) al riguardo, testimoniati, tra l’altro, dalla creazione, presso la Camera dei deputati federale, di una Commissione speciale di legislazione sociale che elaborò una serie di norme mai viste prima²⁸. Ciò, quindi, dimostrò il lato positivo delle lotte sindacali e riaffermò l’idea che la paura della rivoluzione sociale, sulla falsariga di quella che instaurò il comunismo in Russia nel 1917, spinse i governi a concentrarsi sul raffreddamento dei conflitti sociali.

3. Il sindacalismo nella “fase del controllo”: dal 1934 al 1945

Al culmine delle tensioni operaie, al presidente Washington Luiz viene attribuito il merito di un’affermazione che, in un certo senso, chiarisce il tono del trattamento riservato allora ai lavoratori: «la questione operaia è un caso di polizia». Tra le righe era evidente la natura della condotta antisindacale che guidò l’attività politica nei primi decenni del Novecento.

Niente di quanto si era visto fino ad allora nella storia dell’antisindacalismo nazionale poteva però essere paragonato alle azioni intraprese nel corso del governo Vargas. Questo perché la sua politica del lavoro ha dato chiari segnali dell’intenzione di assorbire le organizzazioni dei lavoratori proprio al fine di impedire la loro affermazione. Non per altro motivo lo storico e politologo Boris Fausto ha concluso così:

[.] Negli anni ‘30, l’“incorporazione del proletariato” aveva molto più a che fare con la percezione che la nascente massa operaia urbana, invece di lasciarsi incantare dalla “sirena del comunismo”, avrebbe potuto essere un’importante risorsa politica per il governo se avesse ricevuto alcuni vantaggi e fosse, al tempo stesso, strettamente controllata²⁹.

E così è stato. La sensazione dei lavoratori era che il miglioramento delle loro condizioni sociali non sarebbe più dipeso dalle associazioni sindacali. Avrebbero anche potuto non affiliarsi o rimanere estranei ai gruppi di altri

28 A. SIMÃO, *op. cit.*, p. 74.

29 B. FAUSTO, *Getúlio Vargas: o poder e o sorriso*, San Paolo, Companhia das Letras, 2006, p. 50.

lavoratori e alle relative dispute. Erano sufficienti il governo e le sue regole con efficacia generale, mentre i sindacati assumevano funzioni meramente burocratiche e assistenziali. In questi termini:

[.] la direzione era presa, favorita dagli eventi: la pubblicizzazione dei sindacati, trasformando il leader operaio in agente designato, il *pelego*, sostituto urbano del colonnello, e il leader industriale in un palese e umile cliente del Tesoro e delle sue agenzie³⁰.

Queste trasformazioni si produssero gradualmente nel quadro della seconda legge sindacale brasiliana (pubblicata, come riportato, nel lontano 1907), ma raggiunsero il loro apice nella costruzione di un sentimento rivoluzionario anti-sindacale e interventista sociale a partire dagli anni Trenta.

Come ha giustamente affermato Pazzianoto, «il 19 marzo 1931, con il decreto n. 19770³¹, il Capo del Governo Provvisorio assunse il compito di prendere in mano la vita sindacale, in una progressiva escalation interventista che culminò con la promulgazione della Carta Costituzionale del 10 novembre 1937, e nel decreto legge n. 1402³² del 5 luglio 1939, rifiuto nel Testo Unico delle Leggi sul Lavoro (CLT), approvato con decreto legge n. 5452 del 1 maggio 1943»³³.

L'idea che le leggi sul lavoro esistenti all'epoca fossero state concesse dal governo Vargas, e non come risultato dell'accumulo di lotte operaie nei decenni precedenti, ha guadagnato lo status di verità, anche senza essere una verità. Getúlio Vargas emerse allora come un benefattore e destinatario della lealtà e del sostegno delle masse, cancellando, con questo profilo artificialmente costruito, il periodo di lotte tra le classi popolari che precedettero il suo governo.

30 R. FAORO, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, San Paolo, Globo, 2001, 3^a ed., p. 855.

31 Si tratta della prima legge brasiliana che utilizza la parola “sindacato”, precedentemente riservata ai lavoratori, anche per designare l'associazione dei datori di lavoro. Vedi il contenuto dell'art. 10 del citato decreto-legge: «Art. 10. Oltre a quanto previsto dall'art. 7, i sindacati dei datori di lavoro, degli impiegati e dei lavoratori hanno il diritto di concludere tra loro accordi e convenzioni per la difesa e la garanzia dei reciproci interessi e tali accordi e convenzioni devono, prima della loro esecuzione, essere ratificati dal Ministero del Lavoro, dell'Industria del Commercio».

32 Una chiara dimostrazione dell'influenza della Carta del Lavoro italiana di epoca fascista si è avuta nel decreto legge n. 1402 del 1939 e con maggiore forza nella CLT. Nelle parole di Evaristo de Moraes Filho, «Un'altra ispirazione italiana – ci si riferisce alla Carta Del Lavoro del 21 aprile 1927, decretata da Benito Mussolini – è visibile nella terminologia adottata: categoria economica e categoria professionale. Nell'art. 1 del decreto n. 1402, si conservava ancora il nome classico e generico di origine francese: professione, nel senso di attività economica, sia per il lavoratore dipendente che per il datore di lavoro. Nel Testo Unico compaiono quelle espressioni ripugnanti che si trovano in ogni pagina dei libri italiani di diritto sindacale o societario» (E. DE MORAES FILHO, *O problema do sindicato único no Brasil*, San Paolo, Alfa-Omega, 1978).

33 A. PAZZIANOTO PINTO, *Sindicalismo no Brasil – Breve História - Convenção 87 da OIT*, in *Revista Cordis. Dossiê: História e Direito – Representações e Perspectivas*, San Paolo, n. 24, v.1. 2020, p. 27, disponibile su <https://revistas.pucsp.br/index.php/cordis/article/view/51586/33673>.

Evaristo de Moraes Filho ha fortemente criticato questa prospettiva, ricordando la lotta delle masse lavoratrici come fonte materiale della creazione degli standard lavorativi che gradualmente emersero: «ci furono scioperi, lotte, sangue, disperazione, arresti, morti. Come parlare di poveri diavoli, senza leader, senza idee, senza aspirazioni, che hanno ricevuto tutto ciò che si voleva fosse dato loro come favori spontanei e unilaterali?»³⁴.

Nonostante quanto realmente accaduto, e nonostante siano stati gli stessi lavoratori gli autentici stimolatori dell'azione legislativa statale del governo Getúlio Vargas, «questo processo ha finito per sfociare gradualmente in un rapporto materiale e simbolico che ne ha fatto un mito e che ha permesso che la sua immagine resistesse alle vicissitudini e alla prova del tempo»³⁵.

Tra le strategie volte a ostacolare il sindacalismo in Brasile, vale la pena evidenziare la determinazione, attraverso la legislazione, a dividere i lavoratori in categorie e a sottoporre i loro sindacati, purché amministrativamente riconosciuti come tali, al controllo statale³⁶. Questa organizzazione del lavoro per categorie era il risultato dell'assorbimento dell'ideologia corporativa che sosteneva la rimozione o la neutralizzazione degli elementi di conflitto attraverso la creazione di un'artificiale solidarietà tra soggetti naturalmente in conflitto.

L'organizzazione del lavoro per categorie, creata dal modello corporativo, era in contrasto con il modello sindacale. Il modello corporativo – come accennato – ha impedito la formazione di elementi di conflitto, esaltando la collaborazione tra la classe operaia e quella capitalista all'interno di ciascuna delle categorie.

Il modello sindacale, invece, favoriva la formazione di elementi conflittuali e di lotta nella contrapposizione di interessi tra due classi antagoniste, i lavoratori e i datori di lavoro, complessivamente intese e non suddivise al loro interno per categorie.

Vale la pena ricordare che, nella legislazione italiana dell'epoca (Carta del Lavoro, 1927), da cui venne l'ispirazione per l'organizzazione sindacale brasiliana, il corporativismo veniva presentato come una richiesta dei settori politici di controllare il progresso dell'evoluzione industriale. L'obiettivo era quello di riunire, in un unico fascio, le categorie che componevano le forze produttive in un'ottica di sviluppo della ricchezza. Di fatto, il corporativismo dirigista ha portato i gruppi sociali nello Stato con l'obiettivo di tenerli lontani dai conflitti.

34 E. DE MORAES FILHO, *op. cit.*, p. 214.

35 B. FAUSTO, *op. cit.*, p. 51-52.

36 Sul punto il pensiero di Oliveira Vianna, uno degli ideatori del modello di interventismo statale nella vita sindacale: «tutta la vita delle associazioni professionali comincerà a gravitare attorno al Ministero del Lavoro: nasceranno lì; così come cresceranno; accanto a lui si svilupperanno; in esso si estingueranno. Alla Commissione è sembrato più ragionevole [...] che le associazioni professionali venissero istituite all'interno del Ministero, che ha come scopo supremo la tutela di tutte le attività lavorative nel Paese, piuttosto che all'esterno di esso, fuori dalla portata della sua assistenza e tutela», F.J. DE OLIVEIRA VIANNA, *Problemas de direito sindical*, Rio de Janeiro, Max Limonad, 1943, p. 209.

Nella legislazione brasiliana questo dirigismo era evidente al punto che la formulazione primaria dell'art. 521, lett. a), del CLT, vieta «qualsiasi propaganda di dottrine incompatibili con le istituzioni e gli interessi della Nazione [ovvero il comunismo], nonché candidature a cariche elettive al di fuori del sindacato» e alla lett. d) proibisce «qualsiasi attività non rientrante nelle finalità di cui all'art. 511, ivi compresi quelli di carattere politico e partitico».

Il dirigismo corporativo giunse al punto estremo di ritenere non idonei a ricoprire incarichi amministrativi o di rappresentanza economica o professionale e, come tali, incapaci di permanere in questi incarichi coloro che professavano «ideologie incompatibili con le istituzioni o gli interessi della Nazione» (art. 530 CLT)³⁷.

La restrizione delle libertà individuali e collettive si intensificò dopo la pubblicazione, nel 1935, della Legge sulla Sicurezza Nazionale (Legge 38 del 4 aprile 1935), che, per la sua severità, fu soprannominata “Legge Mostro” dagli oppositori. Dal 1935 al 1937 il Paese fu coinvolto in gravi disordini interni, con la sospensione delle garanzie costituzionali. Il culmine dei disordini sociali si ebbe il 10 novembre 1937, quando Getúlio Vargas promulgò una nuova Costituzione e cominciò a legiferare attraverso decreti-legge, senza che l'opposizione potesse esprimersi legalmente.

La Costituzione del 1937 dichiarava, all'art. 139, gli scioperi e serrate come fattori antisociali dannosi per il lavoro e il capitale e incompatibili con l'interesse superiore della produzione nazionale, e questa prospettiva fu realizzata dai successivi decreti-legge n. 431 del 18 maggio 1938, n. 1237 del 2 maggio 1939 e n. 2848 del 7 dicembre 1940 (che istituì il codice penale brasiliano). La stessa CLT (anch'essa emanata tramite decreto-legge), nei suoi articoli da 723 a 725³⁸,

37 Questo comma fu rifiuto nel paragrafo I del decreto legge n. 229 del 28 febbraio 1967 e la sua formulazione è stata modificata al fine di sancire l'ineleggibilità e l'incapacità di assumere l'incarico di amministratore sindacale per coloro che avevano omesso l'approvazione dei conti di esercizio negli uffici di amministrazione, che tra l'altro, come si vedrà in seguito, confliggeva con la libertà del sindacato di creare propri statuti e di sottomettersi ad essi.

38 Art. 723. «I dipendenti che, collettivamente e senza previa autorizzazione del tribunale competente, abbandonano il servizio o disobbediscono a qualsiasi decisione presa in sede di controversia, incorrono nelle seguenti sanzioni: a) Sospensione dal rapporto di lavoro fino a sei mesi o licenziamento; b) Perdita dell'incarico di rappresentanza professionale in cui prestano servizio; c) Sospensione, per un periodo da due a cinque anni, del diritto all'elezione ad incarichi di rappresentanza professionale» (Articolo abrogato dalla Legge n. 9842 del 7 ottobre 1999).

«Art. 724. Quando la sospensione dal servizio o la disobbedienza alle decisioni dei tribunali del lavoro è disposta da un'associazione professionale, sindacale e non, di dipendenti o datori di lavoro, la pena è: a) Se il provvedimento è un atto dell'assemblea, cancellazione dell'iscrizione all'associazione, oltre alla sanzione pecuniaria di Cr\$ 5.000,00 (cinquemila cruzeiros), applicata al doppio, in caso di servizio pubblico; b) Se l'istigazione o l'ordine è atto esclusivo degli amministratori, decadenza dall'incarico, ferma restando la sanzione prevista dall'articolo successivo» (articolo abrogato dalla legge n. 9842 del 1999).

esprimeva al suo interno, così come altri atti legislativi di carattere repressivo, una evidente intolleranza verso lo sciopero, soprattutto ove esercitato contro gli interessi pubblici.

È interessante notare, tuttavia, che le ispirazioni politiche nazifasciste che guidarono alcune delle azioni più esplicite dei protagonisti dell'Estado Novo iniziarono a svanire dal momento in cui il Brasile fu costretto a rompere le relazioni diplomatiche con l'Asse (Germania, Italia e Giappone) e ad aderire alle forze alleate e ai loro scopi democratici³⁹. Da quel momento in poi divennero evidenti comportamenti statali di minore contrarietà nei confronti delle proteste organizzate, tra le quali⁴⁰ spiccava simbolicamente il cosiddetto Manifesto Mineiros, pubblicato il 24 ottobre 1943, che si batteva, tra l'altro, per il diritto a «vivere in libertà una vita dignitosa»⁴¹. La pubblicazione dell'Atto Aggiuntivo n. 9 del 28 febbraio 1945, invece, produsse una riforma liberale della Costituzione del 1937 e aprì la strada al processo di democratizzazione dello Stato, nonostante la forza della figura mitica di Getúlio Vargas.

4. Il sindacalismo nella “fase della competizione” ideologica: dal 1945 al 1988

La fine della Seconda guerra mondiale segnò un momento di richiesta di apertura democratica. Non si poteva immaginare diversamente, data l'opposizione ideologica fermamente presentata contro i regimi autoritari delle nazioni sconfitte. Non esisteva il clima politico per posizionarsi pubblicamente a favore della democrazia e poi, contraddittoriamente e pubblicamente, per agire contro di essa. Nonostante ciò, in modo nascosto, l'atteggiamento repressivo continuava a prosperare e, con esso, giunse anche la persecuzione politica.

«Art. 725. Chiunque, dipendente o datore di lavoro, o anche al di fuori delle categorie in conflitto, istiga alla commissione delle infrazioni previste nel presente Capo o si è posto a capo di una coalizione di datori di lavoro o di dipendenti, incorre nella pena detentiva prevista dalla legislazione penale, ferme restando le altre sanzioni irrogate. §1 - In caso di servizi pubblici, o in caso di violenza contro persona o cosa, le sanzioni previste dal presente articolo saranno raddoppiate. §2 - Lo straniero soggetto alle sanzioni di cui al presente articolo, dopo aver scontato le rispettive pene, sarà espulso dal Paese, fatte salve le disposizioni della legislazione comune» (articolo abrogato dalla legge n. 9842 del 1999).

39 Riguardo a questi episodi si vedano le opere di R. SIETENFUS, *O Brasil vai a guerra: o processo do envolvimento brasileiro na Segunda Guerra Mundial*, Barueri, Manole, 2003, 3ª ed., e di R. SANDER, *O Brasil na mira de Hitler: a história do afundamento de navios brasileiros*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2007.

40 A cui si aggiungono, evidentemente, altri episodi particolari, come, ad esempio, l'allontanamento di Getúlio Vargas dalle sue attività a causa di un incidente stradale nel 1942, i disaccordi tra ministri, gli intrighi e le esclusioni che spesso scossero lo spirito di molti affiliati e la distanza crescente dei precedenti simpatizzanti.

41 Disponibile su: www.dhnet.org.br/direitos/anthistbr/estadonovo/mineiros_1943.htm

In questo processo di transizione, i sindacati furono direttamente colpiti poiché, nonostante fossero immersi in un ambiente che, in teoria, consentiva l'espressione di proprie scelte, erano ancora soggetti alla volontà dello Stato e alle norme di legge. Molti di loro subirono così interventi ministeriali a causa della loro adesione alla causa comunista.

È opportuna a questo punto una breve digressione per evidenziare una delle tante contraddizioni del dopoguerra: pur essendo alleati, gli Stati Uniti e l'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche avevano progetti politici antagonisti. La fine della guerra e la vittoria comune non li avevano ravvicinati, né avevano ridotto il profondo divario di idee che li separava; al contrario, li aveva resi ancora più distanti e nei paesi capitalisti l'avversione al comunismo era fortemente aumentata.

In Brasile l'illegalità del Partito Comunista Brasiliano (PCB) fu decretata nel 1947 con decisione della Corte Superiore Elettorale (TSE), che ne cancellò in seguito la registrazione con la Risoluzione n. 1841 del 7 maggio 1947⁴². Nell'aprile del 1948 venne presentato al Supremo Tribunale Federale (STF) un ricorso straordinario contro la suddetta decisione del TSE, ma non fu accolto. Tutti i parlamentari eletti dal PCB furono privati del mandato elettorale ed è fondamentale in questo contesto e dal punto di vista della storia dell'antisindacalismo ricordare che:

[...] questo partito [il PCB] aveva stabilito le sue basi più grandi nell'ambiente sindacale, così che la persecuzione politica divenne anche persecuzione sindacale. Il Ministero del Lavoro, affidato ai diretti rappresentanti della borghesia industriale, sviluppò una chiara azione antisindacale, facilitata dall'esistenza del cosiddetto "attestato di ideologia", abolito solo nel 1952. Fu un periodo di rinascita del *peleguismo*, che, se prima era stato prevalentemente governativo, ora diventa governativo-datoriale. Le rivendicazioni dei lavoratori vengono sminuite anche perché gli stessi sindacati, dominati dal *peleguismo*, non le accoglievano, limitandosi soprattutto ad azioni legali⁴³.

Grazie alla politica di lotta alla "sovversione" comunista, lo Stato brasiliano cominciò a considerare ancora più utile l'asservimento dei dirigenti sindacali "*pelegos*". Dopotutto, in quanto traditori di classe, erano sempre pronti a segnalare le deviazioni comportamentali dei compagni di lavoro e a consegnarli, quando necessario, alla polizia di stato.

In questa fase di competizione ideologica, lo Stato è riuscito a rendere contraddittorie anche le dichiarazioni dei sindacati dell'opposizione, che comunque non potevano sopravvivere senza il sostegno finanziario realizzato attraverso il sistema tributario. Si è notato chiaramente che:

42 Vedi: www.tse.gov.br/hotSites/julgados_historicos/Cancelamento_Partido_Comunista.html.

43 J.A. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 131.

[.] una certa corrente sindacale, quando è in minoranza o all'opposizione, combatte violentemente l'imposizione del contributo, imputando ad essa tutti i mali dell'organizzazione professionale; tuttavia, se per qualsiasi circostanza, questa corrente diventa dominante o prevalente, abbandona completamente la sua posizione contro la contribuzione sindacale e comincia a godere delle relative entrate⁴⁴.

Il mantenimento dei contributi sindacali obbligatori si è quindi rivelato uno dei modi più significativi per mantenere le entità sindacali accomodanti e, in una certa misura, disinteressate al processo di proselitismo e organizzazione.

Il trattamento giuridico riservato alle astensioni collettive del lavoro aveva rivelato anche la diffusa situazione di vera e propria "parvenza" democratica nel dopoguerra. Lo sciopero era ammesso con il decreto legge n. 9070 del 15 marzo 1946, ma solo nelle attività considerate non essenziali (all'epoca definite attività accessorie)⁴⁵ e, comunque, soggetto al controllo del Ministero del Lavoro e della magistratura del lavoro. Peggio ancora: lo sciopero era ammesso al pari della serrata e la sua legittimazione era legata al rispetto delle decisioni della Magistratura del lavoro, pena il licenziamento per giusta causa di chi vi aveva semplicemente aderito^{46,47}. In questo contesto, è anche importante notare che la suddetta norma ordinaria ha convissuto per alcuni mesi con il testo della

44 J.A. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 154.

45 Vedasi il combinato disposto degli artt. 3 e 9 del decreto-legge 15 marzo 1946, n. 9070: «Art. 3 Sono considerate fondamentali ai fini della presente legge le attività professionali svolte nei settori dell'acqua, dell'energia, delle fonti energetiche, dell'illuminazione, del gas, delle fognature, delle comunicazioni, dei trasporti, del carico e scarico; negli esercizi commerciali che vendono servizi o beni essenziali alla vita delle popolazioni; nei macelli; nell'agricoltura e nell'allevamento; nelle scuole, negli istituti scolastici, nelle banche, nelle farmacie, nelle farmacie, negli ospedali e nei servizi funebri; nelle industrie di base o essenziali per la difesa nazionale. §1 Il Ministro del lavoro, dell'industria e del commercio, con proprio decreto, può includere tra quelle fondamentali altre attività. §2 Le attività non qualificate come fondamentali sono considerate accessorie [...]».

«Art. 9 I soggetti che svolgono attività accessorie hanno diritto, dopo la proposizione della controversia, di cessare l'attività o chiudere lo stabilimento. In questo caso saranno soggetti al giudizio della Corte sia per gli effetti della perdita dello stipendio che per il relativo pagamento in fase di chiusura» (corsivi dell'Autore).

46 In tal senso, il testo dell'unico comma degli artt. 9 e 10 del decreto legge n. 9070 del 15 marzo 1946: «Art. 9 I soggetti che svolgono attività accessorie hanno diritto, dopo la proposizione della controversia, di cessare l'attività o chiudere lo stabilimento. In questo caso, saranno soggetti al giudizio della Corte sia per gli effetti della perdita dello stipendio sia per il relativo pagamento durante la chiusura. Paragrafo singolo. L'astensione o la chiusura saranno considerate giustificate qualora la parte soccombente non si attenga immediatamente alla decisione.

Art. 10. La cessazione dal lavoro, nonostante le procedure e i termini di conciliazione o decisione previsti dalla presente legge, da parte dei dipendenti delle attività accessorie, e, comunque, l'astensione dal lavoro da parte dei lavoratori delle attività fondamentali, sarà considerata mancata grave ai fini dovuti e autorizzerà la risoluzione del rapporto di lavoro» (corsivi dell'Autore).

47 Il dibattito sulla configurazione della giusta causa in caso di semplice partecipazione allo sciopero ha condotto il STF ad affrontare la questione in diversi ricorsi straordinari dopo la pubblicazione della Costituzione del 1946. La Corte ha poi pubblicato il precedente n.

Costituzione del 1937, uscita di scena solo il 18 settembre 1946, data di promulgazione della nuova Carta Costituzionale. E ciò ha dimostrato, in un certo senso, che la prospettiva in materia di sciopero era fundamentalmente la stessa, dal momento che i legislatori avevano ritenuto il suo esercizio, nonostante fosse inevitabile, un elemento antisociale.

Nella Carta del 1946, l'astensione collettiva dal lavoro venne riconosciuta come diritto dei lavoratori, ma il suo esercizio fu espressamente condizionato alla pubblicazione di una norma regolamentare⁴⁸ che fu emanata soltanto quasi diciotto anni dopo, con la legge n. 4330 del 1° giugno 1964. Questa normativa, elaborata durante il governo militare dell'ex presidente Castello Branco, per le numerose limitazioni che imponeva, fu più spesso disattesa che accettata, ma rivelò chiaramente la prospettiva di antisindacalismo di Stato praticato in quel periodo, che trovava formale espressione nel divieto di sciopero nei servizi pubblici e nelle attività essenziali, previsto dalla legge⁴⁹, dal comma 7 dell'art. 157 della Costituzione del 1967 e dall'art. 162 della modifica costituzionale del 17 ottobre 1969, n. 1.

Ai fini di un bilancio generale del periodo, è utile osservare che i dirigenti sindacali, coinvolti nella struttura corporativa istituita a partire dall'inizio degli anni '30, sostenevano ancora il governo e, in un certo senso, facevano affidamento su di esso. Le istituzioni messe in pratica dall'Estado Novo furono integralmente mantenute dalle Costituzioni del 1946 e del 1967 e, come ha sottolineato Paulo Sérgio Pinheiro, si rivelarono di fondamentale valore per il regime autoritario instaurato dopo il colpo di stato del 1964. Secondo il citato Autore, le suddette norme furono strumenti talmente utili che «non fu necessario che i giuristi di turno sostenitori dell'autoritarismo si prodigassero per redigere norme ulteriori: era sufficiente che il Testo Unico delle Leggi sul Lavoro (CLT) emanato in pieno vigore dell'Estado Novo, fosse applicato alla lettera. Era già tutto previsto in quelle norme»⁵⁰.

316 negli anni '60 per chiarire che «la semplice adesione allo sciopero non costituisce colpa grave».

48 Costituzione del 1946: [...] «Art. 158 - È riconosciuto il diritto di sciopero, il cui esercizio sarà regolato dalla legge».

49 Il decreto legge n. 1632 del 4 agosto 1978, in nome della sicurezza nazionale, ha regolato la materia vietando espressamente gli scioperi nelle attività considerate essenziali, relative ai servizi idrici e fognari, all'elettricità, al petrolio, al gas e agli altri combustibili, alle banche, trasporti, comunicazioni, carico e scarico, ospedali, ambulatori, reparti maternità, farmacie e parafarmacie, nonché le industrie definite con decreto del Presidente della Repubblica.

50 P.S. PINHEIRO, *Prefácio à 2ª edição*, in E. MORAES FILHO, *op. cit.*, p. 18-19.

5. Il sindacalismo nella “fase del compromesso”: dal 1988 in poi

Con la promulgazione del testo costituzionale del 1988 si è avviato un processo di compromesso tra un passato caratterizzato dal marcato intervento statale e un asserito nuovo presente, a partire dal quale la pubblica amministrazione si è formalmente impegnata a rispettare, tutelare e promuovere le libertà sindacali individuali e collettive.

Si sarebbe cioè verificato un processo di compromesso perché, nonostante la Carta del 1988 abbia esplicitato l'impegno politico di attuazione della democrazia (art. 1, *caput*), di rispetto del pluralismo politico (art. 1, IV), di non ingerenza/non intervento nell'organizzazione sindacale (vedi art. 8, I) e di rispetto della libertà sindacale individuale negativa (vedi art. 8, V), sono state mantenute intatte alcune strutture che contraddicono direttamente queste aspirazioni, come il concetto legale di categoria, il modello sindacale monista, il sistema confederale, la base territoriale minima corrispondente all'area di un Comune, la contribuzione sindacale obbligatoria e il potere normativo della magistratura del lavoro.

Quando si parla di compromesso sorge inevitabilmente una domanda: compromesso con cosa?

Per quanto sconcertante possa essere la risposta, la stessa costituisce una indicazione per gli stessi sindacati. Sono stati loro, nella loro stragrande maggioranza, che, cercando di mantenere privilegi ingiustificabili, si sono opposti ai cambiamenti che il nuovo ordine costituzionale potrebbe apportare, ricercando, attraverso le lobby dei loro leader, il mantenimento di strutture incompatibili con lo spirito democratico della Carta del 1988.

I testi giornalistici dell'epoca in cui si svolsero i lavori dell'Assemblea nazionale costituente sono unanimi nell'indicare non solo le pressioni esercitate sui parlamentari, ma anche la convenienza della posizione di alcuni dirigenti sindacali particolarmente interessati a mantenere le prerogative passate⁵¹. L'insieme di questi fattori ha prodotto un testo costituzionale dall'esegesi complicata che, da un lato, esprime un regime di piena libertà sindacale, mentre, dall'altro, conserva le strutture di epoca corporativa.

Pertanto, nel periodo del compromesso, le pulsioni antisindacali si manifestano con due modalità fondamentali.

La *prima*, praticata dallo Stato attraverso le omissioni del potere legislativo e dagli organismi sindacali dotati di maggiore forza politica e vocazioni reazionarie,

51 Vedi le dichiarazioni tratte dai giornali: “Gazeta Mercantil”, San Paolo, p. 7, 02-03-1987, disponibile in <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/114428>; “O Globo”, Rio de Janeiro, p. 8, 16-10-1987, disponibile in <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/135045>; “O Globo”, Rio de Janeiro, p. 3, 02-03-1988, consultabile in <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/126384> e, soprattutto, l'articolo pubblicato su “O Estado de São Paulo”, São Paulo, p. 4, 14-05-1988, disponibile in <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/107453>.

che tende a perpetuare un modello che, per la sua aperta contraddizione con i fondamenti della legge del 1988 Carta, dovrebbe essere solo transitorio.

Proprio per la necessità di correggere tali incongruenze, lo stesso testo costituzionale ne ha previsto la revisione (art. 3 della Legge sulle Disposizioni Costituzionali Transitorie – ADCT), anche se – come sappiamo – nulla di significativo, soprattutto in ambito sindacale, è stato finora prodotto sul tema⁵².

Pertanto, non più con finalità compromissorie, ma con intenti protezionistici, è stato conservato un sistema sindacale la cui nocività è riconosciuta da ogni cittadino che consideri ragionevolmente i fatti sociali. Basti notare che il mantenimento di un'organizzazione sindacale ancora basata su reminiscenze corporative è la causa principale della mancata ratifica della Convenzione n. 87 dell'OIL da parte del Brasile⁵³.

Questa situazione si pone in contrasto con la volontà di cambiamento espressamente enunciata nelle parole del Presidente dell'Assemblea Nazionale Costituente, Ulysses Guimarães, nel discorso tenuto in occasione della promulgazione della Costituzione del 1988: «la Nazione vuole cambiare. La Nazione deve cambiare. La nazione cambierà». Questo grido, purtroppo, non ha avuto eco nell'ermetico mondo sindacale.

La *seconda*, perpetrato dagli interpreti giuridici, deriva dall'insistenza nel considerare le eccezionalità derivanti dai retaggi sindacali corporativi come qualcosa di naturale, come una realtà parallela che continua ad esistere, indipendentemente

52 A questo proposito, soprattutto riguardo al fallimento della revisione costituzionale del 1993, si consulti l'eccellente ricostruzione di D. SARMENTO, *21 anos da Constituição de 1988: A Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988*, in *Direito Público*, Porto Alegre, 2009, n. 30, p. 7 ss., disponibile in <http://www.portalde-periodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1659>, nel quale in cui vengono analizzati gli antecedenti prossimi e le dinamiche di funzionamento dell'Assemblea Costituente del 1987/1988, i contenuti fondamentali della Costituzione e i tratti più salienti del suo impatto sui rapporti politici e sociali.

53 A questo proposito vale la pena citare un testo di Almir Pazzianoto che rivela l'indignazione per il trattamento riservato al processo di ratifica della Convenzione 87 dell'OIL: «Inviato dal Presidente Eurico Dutra alla Camera dei Deputati come Messaggio n. 256, del 31/05/1949, firmato dal Cancelliere Ciro de Freitas Valle [vedi: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01SET1967.pdf>], il trattato internazionale attende da allora una manifestazione conclusiva. La richiesta di autorizzazione è stata approvata dalla Camera dei Deputati il 26 luglio 1984 e trasmessa al Senato il 19 ottobre, dove è in attesa di essere inserita all'ordine del giorno, dopo essere stata approvata dalle Commissioni Relazioni Estere e Costituzione, Giustizia e Cittadinanza». Il parere redatto dal relatore, senatore Eduardo Dutra, del Partito dei Lavoratori, ha esaminato la questione di costituzionalità in relazione all'articolo 8 della Costituzione e, esaminando nel merito, ha evidenziato: «La proposta in esame è, certamente, la più antica in corso nel Congresso Nazionale, al punto che è stato necessario ricomporre l'iter per la perdita di documenti. Da più di mezzo secolo sfida il Parlamento brasiliano, diviso tra l'imbarazzo di respingerlo, per incostituzionalità, cedendo alle pressioni di organismi costituiti sotto l'egida del corporativismo e dell'eteronomia, e le rivendicazioni interne ed esterne per l'adozione di uno dei principi guida fondamentali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro». A. PAZZIANOTO PINTO, *op. cit.*, p. 27.

dall'intero apparato normativo costituzionale; come se i fondamenti della Carta valessero solo per determinate parti del testo, e non per la sua interezza.

Queste abitudini interpretative legittimano l'inosservanza del dovere di protezione che le entità sindacali hanno nei confronti dei loro rappresentati e, di riflesso, intensificano, come vediamo fino ad oggi, il loro disinteresse nei riguardi di rivendicazioni impegnative.

Ci si aspetta qualcosa – non sappiamo esattamente cosa⁵⁴ – per modificare alcune strutture che insistono a rimanere nel sistema sindacale brasiliano in conflitto con i valori democratici e pluralisti che la stessa Costituzione del 1988 ha difeso in maniera così intensa.

6. Conclusione

L'evoluzione storica del sindacalismo in Brasile che è stata esaminata nel dettaglio, rivela la complessità delle interazioni tra lavoratori, Stato e forze economiche in periodi diversi. Dai primi movimenti di resistenza e lotte per i diritti in un contesto di limitazioni legali e repressione, ai cambiamenti apportati dalla legislazione del periodo di Vargas che, seppure con intenti di controllo, stabilì una nuova forma di rapporto tra Stato e sindacati, segnata da un'ambigua assimilazione delle rivendicazioni lavoristiche.

La fase di competizione ideologica successiva alla seconda guerra mondiale introdusse nuove sfide per i sindacati, che dovettero far fronte sia alla persecuzione politica sia allo scontro tra diverse correnti ideologiche che cercavano di influenzarne la direzione. Questo periodo è stato cruciale per la formazione di una più ampia consapevolezza circa le potenzialità e i limiti dell'azione sindacale, in un contesto globale di ridefinizioni politiche e sociali che spingevano verso cambiamenti nella struttura e nelle attività dei sindacati.

La promulgazione della Costituzione del 1988 ha aperto un nuovo capitolo per il sindacalismo brasiliano, introducendo in teoria i principi di libertà e

54 In modo non sistematico, ma osservando un discorso che mirava più di ogni altro agli interessi imprenditoriali, la legge n. 13467 del 2017, la cosiddetta Riforma del Lavoro Brasiliana del 2017, ha prodotto alcune modifiche specifiche nell'assetto sindacale, come *l'eliminazione dell'obbligatorietà dei contributi sindacali*, che cominciavano ad essere richiesti in onore della libertà sindacale negativa individuale (art. 8, V, della Costituzione del 1988), *l'eliminazione dell'obbligo di assistenza dei sindacati a partecipare obbligatoriamente alla ratifica delle risoluzioni dei contratti del lavoro*, *l'autorizzazione preventiva dei lavoratori contribuenti e l'istituzione della prevalenza della contrattazione collettiva rispetto alla legge statale*, ad eccezione dei diritti del lavoro assolutamente indisponibili (vedi il Tema 1046 della tabella dei ricorsi straordinari con efficacia generale del Tribunale Supremo Federale). Nulla, però, ha scosso l'unità dei sindacati, la necessità dell'iscrizione dei sindacati al Ministero del Lavoro, l'organizzazione per categorie professionali ed economiche, la sistematizzazione sindacale in senso confederativo e il potere normativo del Tribunale del Lavoro, quest'ultimo già fortemente mitigato dall'emendamento costituzionale n. 45 del 2004. Per maggiori dettagli vedi L. MARTINEZ, *Curso de Direito do Trabalho*, San Paolo, Saraiva, 2024.

autonomia sindacale, ma, in pratica, ha mantenuto le strutture precedenti che hanno continuato a influenzare le dinamiche interne dei sindacati e i loro rapporti con lo Stato e la società. Questo periodo di compromesso, sebbene rappresenti un progresso formale nella garanzia dei diritti, mette in luce le contraddizioni e le sfide persistenti che i sindacati devono affrontare per adattarsi e rispondere efficacemente alle richieste dei loro iscritti e della società in generale.

Guardando al futuro, è necessaria una riformulazione che allinei maggiormente le prassi sindacali agli ideali democratici e pluralisti evidenziati nella Costituzione del 1988. Questo processo di trasformazione non sarà semplice o immediato e richiederà un impegno continuo da parte di tutti i settori coinvolti al fine di superare i retaggi del controllo e dell'intervento statale e procedere verso un modello sindacale che realmente rappresenti e difenda gli interessi dei lavoratori in un contesto di piena libertà sindacale. Questo cambiamento non dipende essenzialmente dallo Stato, ma dalle stesse organizzazioni sindacali che, abituate alla forte tutela statale, hanno dimenticato il modo di condurre la propria esistenza, in modo indipendente, come catalizzatori del progresso sociale.

Le funzioni del sindacato

Luiz Eduardo Güntber

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La funzionalità del diritto. – 3. Il sindacato ha natura giuridica di diritto pubblico o di diritto privato? – 4. Le funzioni del sindacato. – 5. Considerazioni finali.

1. Introduzione

Un aspetto rilevante per comprendere il diritto è la sua funzionalità. Quali sono effettivamente le funzioni della Legge?

In questo panorama di analisi si colloca l'opera fondamentale di Norberto Bobbio "Dalla struttura alla funzione".

Esaminando l'opera del pensatore italiano emerge una posizione focalizzata sulla funzione promozionale del diritto, che ci porta a problemi importanti del mondo odierno e delle sue dinamiche trasformative, come, ad esempio, l'uso sempre crescente della tecnologia ed anche dell'intelligenza artificiale.

Vi è poi una questione molto antica, che permea la creazione delle stesse organizzazioni sindacali, coinvolgendo la dottrina italiana del corporativismo.

Il sindacato è un soggetto pubblico o privato? Quali sono gli aspetti che possono essere raccolti per individuare questi collegamenti? Nel caso brasiliano, il sindacato, sin dalla sua nascita, ha avuto importanti legami con lo Stato, che vanno dalla sua creazione, all'esclusione dei dirigenti sindacali, al controllo sulla struttura e ai contributi sindacali.

Il modello sindacale brasiliano dell'unicità, dell'ambito territoriale minimo – il comune –, del concetto legale di categoria, del divieto dei sindacati d'azienda e dell'estensione dei vantaggi concessi agli iscritti (attraverso la contrattazione collettiva) e non iscritti, si compone di tutti questi punti di forza che permettono di comprendere la funzione del controllo statale sui sindacati – maggiore prima del 1988 e minore dopo la Costituzione del 5 ottobre del 1988.

La questione della rappresentanza sindacale appare importante in questo contesto, poiché la rappresentatività della categoria include sia gli iscritti che i non iscritti.

Recentemente, in Brasile, la Corte Suprema di Giustizia si è pronunciata sulla questione dell'addebito del contributo sindacale di assistenza, dovuto attraverso

la contrattazione collettiva, inizialmente riservata agli iscritti, ma estesa anche ai non iscritti, fermo restando il riconosciuto diritto di opposizione del singolo.

Occorre quindi analizzare quali siano effettivamente le funzioni del sindacato, soprattutto in Brasile, dove la Costituzione garantisce uno Stato di diritto democratico.

Sebbene la Convenzione n. 87 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro non sia stata recepita, la Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro, del 1998, emessa da questa stessa organizzazione, obbliga tutti i suoi Stati membri (compreso il Brasile, dal 1919), anche se non hanno ratificato questo strumento normativo, a rispettare in buona fede e in conformità con la Costituzione dell'OIL, i principi relativi ai diritti fondamentali che sono oggetto di questa normativa internazionale.

Attraverso questi elementi, fin qui citati, arriviamo al problema principale di questa ricerca: quali sono le funzioni del sindacato?

Come si possono comprendere le funzioni del sindacato? Dove si collocano queste funzioni e come possono fondare e diventare principi di esistenza dell'organizzazione sindacale?

Questi gli aspetti principali trattati in questo contributo.

2. La funzionalità del diritto

L'esistenza della società, per consentire la convivenza tra gli esseri umani, doveva basarsi sulla legge. In principio il diritto naturale e poi le sue varianti, fino ad arrivare al diritto contemporaneo.

Secondo Daniela Ribeiro Mendes Nicola, tenendo conto della tradizione del pensiero giuridico che conosciamo, il diritto veniva trattato «come una forma temporizzata di giustizia (diritto naturale), come uno strumento di regolazione della forza fisica, come una tecnica di pacificazione sociale e di risoluzione dei conflitti»¹.

Gli aspetti evidenziati presentano una sorta di evoluzione del diritto, cioè di come il diritto veniva conosciuto, trattato, utilizzato e rispettato.

Nella società moderna, però, si può dire che la funzione del diritto è diversa. Si tratta, infatti, di un sistema sociale che stabilizza le aspettative comportamentali riguardo al futuro. Tuttavia, questa stabilizzazione, operata dalla legge, presenta essa stessa «una particolare precarietà, che può essere individuata attraverso il ricorso alle possibilità offerte dal diritto». In questo senso si può dire che il diritto «implica la possibilità di trasformazione strutturale; cioè non c'è certezza sul diritto futuro». Come afferma Daniela Ribeiro Mendes Nicola,

1 D. RIBEIRO MENDES NICOLA, *Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade*, Tesi di Master presentata al PPGD dell'UFSC, a Florianópolis, nel 1994, su <https://core.ac.uk/download/pdf/30386544.pdf> Accesso effettuato il 20/05/2024.

«l'unica certezza è che possiamo normativamente aspettarci che le trasformazioni del diritto avvengano sotto forma di diritto»².

In questo panorama non si può dimenticare il ruolo dello Stato, con l'enorme incremento delle sue funzioni, nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale.

In questo senso, con l'aumento e la modificazione delle funzioni del diritto, cioè del diritto dello Stato, si verificano «l'improvvisa emersione e la rapida diffusione della prospettiva funzionalista»³.

Bobbio ritiene che lo scarso interesse per il problema della funzione sociale del diritto, nella teoria generale del diritto dominante, si associ, appunto, all'enfasi che i grandi teorici del Diritto, da Hering a Kelsen, «hanno dato al diritto come strumento proprio, la cui specificità non deriva dai fini ai quali serve, ma dal modo in cui i fini, qualunque essi siano, vengono perseguiti e raggiunti»⁴.

Il problema della funzione del diritto apre la strada a due risposte diverse. Studiando gli effetti che derivano dall'uso di un certo mezzo di coercizione e di promozione sociale a cui attribuiamo il nome di diritto, oppure studiando gli effetti che derivano da comportamenti che, attraverso quel mezzo, sono stati imposti o vietati, incoraggiati o scoraggiati, o, ancora più in generale, «degli istituti sociali che, essendo regolati da norme giuridiche, chiamiamo consensualmente diritto di un determinato gruppo sociale»⁵.

In una società complessa e profondamente tecnologica, ci si aspetta sempre il supporto del diritto per la sua regolamentazione. Proprio nel momento in cui questa normatività è data, apportando altri influssi provenienti dalla scienza, come l'economia, l'antropologia, la sociologia, possiamo occuparci della funzione del diritto.

Il che corrisponde a un certo spazio di comprensione del fenomeno sociale, che regola le attività delle persone fisiche e giuridiche e, oggi, anche del mondo animale, in quello che oggi viene chiamato diritto degli animali.

3. Il sindacato ha natura giuridica di diritto pubblico o di diritto privato?

Si può dire, con sufficiente certezza, date le sue origini storiche, che il sindacato è nato più come forza sociale che giuridica. I suoi primi passi non furono standardizzati, anzi furono addirittura vietati in quanto fuori legge.

Le pressioni della classe operaia, dei movimenti intellettuali e le prime promesse dei legislatori portarono ad una regolamentazione del diritto del lavoro,

2 D. RIBEIRO MENDES NICOLA, *op. cit.*

3 N. BOBBIO, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, Trad. di Daniela Beccaccia Versiani, Barueri -SP, Manole, 2007, p. 83.

4 N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 85.

5 N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 109-110.

cosa che effettivamente avvenne, in modo più profondo, all'inizio del XX secolo, con le Costituzioni del Messico e di Weimar.

Una volta riconosciuta l'importanza e il ruolo del sindacato, si sono formate due visioni opposte sulla sua esistenza. Uno di questi estende la mano dello Stato per controllare le attività sindacali, fortemente rappresentate dal corporativismo italiano.

Dall'altro lato, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, con le Convenzioni numero 87 e 98, che esprime il pluralismo sindacale e nega la possibilità di ingerenza dello Stato nelle attività sindacali.

Sono poi emerse teorie che spiegavano la natura giuridica del sindacato, tenendo sempre conto di come ciascuno Stato ha trattato o governato le attività sindacali. In generale, gli veniva attribuita natura pubblica o privata in base a come lo Stato interferisce nella vita sindacale.

Come si vede, non è la personalità giuridica del sindacato a suscitare profonde controversie sul piano dottrinale, ma piuttosto la natura di tale personalità giuridica, talvolta di diritto pubblico, talvolta di diritto privato.

Tuttavia, la posizione delle associazioni professionali, e, tra queste, in particolare, dei sindacati, dipende essenzialmente dalle funzioni per essi delineate nell'assetto politico-economico, sia dello Stato che delle forze produttive, cioè dalla loro maggiore o minore integrazione nella stessa organizzazione statale, che varia quindi da Paese a Paese, da un sistema politico-sociale a un altro.

In tempi di transizione, quando l'evoluzione politica di un popolo è ancora alla ricerca della sua formazione definitiva, può diventare difficile, se non dubbio, determinare il carattere giuridico delle associazioni professionali ed economiche.

Spesso è lo stesso legislatore a collocarli in una situazione non ben definita e incerta rispetto ai principi di buona tecnica giuridica. L'interprete, in tali circostanze, si trova di fronte a un compito delicato e la responsabilità della correttezza scientifica lo costringe a fare una riserva riguardo al risultato presentato, riserva che è giustificata solo nelle scienze sociali, «a causa della complessità dei fenomeni, che indicano in molti casi non uno stato già perfettamente costituito nei suoi elementi, un essere, ma una trasformazione ancora in pieno progresso, un divenire»⁶.

Affermando la *natura giuridica di diritto pubblico* del sindacato, stiamo certamente deviando dal punto centrale della sua attività, che è la libertà di azione, per collegarlo all'apparato statale.

José Augusto Rodrigues Pinto registra come premessa indiscutibile la natura di diritto pubblico che il sindacato assume in ogni regime totalitario e chiuso, sia di destra che di sinistra, all'interno del quale perde la sua caratteristica di gruppo per diventare una emanazione del potere politico⁷.

6 E.F. GOTTSCHALK, *Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho: um ensaio sobre as tendências e princípios fundamentais do direito do trabalho*, San Paolo, Saraiva, 1944, p. 75-76.

7 JA RODRIGUES PINTO, *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*, San Paolo, LTr, 1998, p. 125.

Anche altri rinomati autori brasiliani percorrono la stessa strada. Russomano mette in guardia dal considerare la struttura politica del Paese come bussola per questa analisi, affermando con enfasi:

Per quanto riguarda il diritto positivo, la risposta corretta dipenderà dalla legislazione nazionale. Ma, per noi, il punto rilevante è che il diritto nazionale, quando delinea la fisionomia giuridica del sindacato, conferendole il carattere di soggetto di diritto pubblico o privato, è fortemente radicato nella struttura politica del Paese⁸.

Nella stessa prospettiva Amauri Mascaro Nascimento mette in guardia contro la cooptazione del sindacato brasiliano da parte dello Stato, affermando che la concezione del sindacato come soggetto giuridico di diritto pubblico trova ampio fondamento nel diritto corporativo italiano per il semplice motivo che l'attuale ordinamento giuridico dispone chiaramente in questo senso, riconducendo il sindacato nella sfera dello Stato come finalità del sistema politico⁹.

Per quanto riguarda il Brasile, la Costituzione del 1937 faceva riferimento all'esercizio di funzioni delegate dai poteri pubblici, che hanno fatto del sindacato un organo di collaborazione con lo Stato, privandolo delle attività di rivendicazione¹⁰. Le successive Costituzioni del 1946, 1967 e 1969 conservarono questo orientamento.

Solo a partire dal 1988, con la Costituzione del 5 ottobre, i sindacati riuscirono a liberarsi dell'abbraccio "amichevole" dello Stato e cominciarono a godere di autonomia¹¹.

Si rileva, in modo impressionante e poco ricordato, che l'organizzazione sindacale imposta dal decreto-legge n. 1402 del 1939, aveva le caratteristiche descritte nella dichiarazione III della Carta del Lavoro e, per effetto del recepimento del testo del suddetto decreto-legge nel Testo Unico delle Leggi sul Lavoro del 1943 (CLT), è stata mantenuta fino ad oggi.

Anche con l'avvento della Costituzione "cittadina" del 1988, tutte le disposizioni di indole corporativa risalenti all'Estado Novo furono recepite.

Come si ricorderà, con la nuova Magna Carta furono revocate solo le norme incompatibili con il principio di autonomia sindacale sancito dal comma I dell'articolo 8¹².

Trattando del carattere politico della costituzione dei sindacati, José Augusto Rodrigues Pinto afferma che la stessa osservazione fatta riguardo al fascismo italiano o al nazionalsocialismo tedesco, vale per il socialismo sovietico, poiché si

8 M.V. RUSSOMANO, *Princípios Gerais de Direito Sindical*, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 220.

9 A.M. NASCIMENTO, *Direito Sindical*, San Paolo, LTR, 1982, p. 158.

10 A.S. ROMITA, *O fascismo no Direito do Trabalho brasileiro: influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira*, San Paolo, LTR, 2001, p. 54.

11 A.S. ROMITA, *op. cit.*, p. 54-55.

12 A.S. ROMITA, *op. cit.*, p. 54-55.

tratta, in tutti i casi, di «regimi centralizzatori di Stato, distinguendosi, infine, solo per la collocazione a destra o a sinistra nello spettro dell'ideologia politica»¹³.

Il sindacato ha anche la *natura giuridica di diritto privato*.

Esiste una tendenza generale da parte dei sistemi di tradizione democratica a considerare il sindacato come un soggetto giuridico di diritto privato.

In questa concezione, lo Stato non può creare o autorizzare la creazione di sindacati, poiché solo gli individui (lavoratori interessati) hanno la legittimità e l'iniziativa per formarli.

In questo approccio, i sindacati non sono incorporati nell'apparato amministrativo statale né sono subordinati alle autorità pubbliche.

È opportuno precisare che il potere di rappresentanza della categoria, che alcune normative attribuiscono ai sindacati, non implica una trasformazione della sua natura essenzialmente privatistica.

In determinate circostanze, il sindacato può rappresentare e difendere gli interessi collettivi dell'intera categoria professionale.

Tuttavia, esercitando tale rappresentanza, non assume la natura pubblicistica «perché gli interessi della categoria sono interessi “di gruppo” e non si identificano con gli interessi “generali”, ovvero con quelli della comunità, che costituiscono, invece, l'ambito nel quale si collocano le persone giuridiche di diritto pubblico»¹⁴.

Nella prospettiva della natura giuridica privatistica, il sindacato è qualificato come un'associazione di privati diretta alla difesa degli interessi dei singoli. Questa affermazione rimane valida anche se i singoli sono legati da interessi omogenei, derivanti dall'affinità della professione (lavoratori) o dell'attività economica (datori di lavoro), assumendo tali interessi una rilevante importanza sociale.

Si può anche aggiungere che il sindacato è una persona giuridica di diritto privato non solo perché si fonda su un gruppo di persone (un'associazione) e costituita di loro iniziativa per rappresentarne e difenderne gli interessi, «ma anche perché non assume alcuna delle prerogative e limitazioni protettive che caratterizzano lo status degli enti pubblici»¹⁵.

Nonostante tutte le varianti di controllo dello Stato che abbiamo avuto in Brasile, tutte queste caratteristiche non esistono più, come, per esempio, la carta sindacale, l'intervento nei sindacati, i contributi sindacali obbligatori.

Sebbene esista ancora il principio di unità, il concetto di categoria e la rappresentatività di tutti i suoi membri, si può affermare, in base all'art. 8 della Costituzione del 1988, che anche il sindacato brasiliano costituisce una persona giuridica di diritto privato.

13 J.A. RODRIGUES PINTO, *op. cit.*, p. 125.

14 R. FALCHETTI MIGNONE, *Los Sindicatos: curso introductorio a su régimen jurídico*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernandez, 1982, p.98.

15 J.A. RODRIGUES PINTO, *op. cit.*, p. 121-122.

4. Le funzioni del sindacato

Le organizzazioni sindacali sono naturalmente soggette alla Costituzione del Brasile, ai Trattati Internazionali sui Diritti Umani incorporati nel nostro Paese e anche alla legislazione ordinaria.

Dall'insieme di queste norme emerge che il modello delle relazioni sindacali si fonda su alcuni elementi fondamentali.

In primo luogo, una concezione dialettica dei rapporti di lavoro e un ruolo funzionale dei sindacati. Occorre muovere in particolare dal principio fondamentale che lavoratori e imprenditori sono portatori di interessi differenziati, in opposizione o in conflitto che il sistema giuslavoristico si propone di regolare o integrare.

In secondo luogo, l'autonomia collettiva come parte essenziale del sistema normativo. Il modello delle relazioni sindacali poggia essenzialmente sulla funzione regolatrice delle condizioni di lavoro in cui agiscono gli interlocutori sociali in ragione della loro autonomia collettiva.

In terzo luogo, l'intervento promozionale ed incentivante del sistema da parte dello Stato. Il ruolo dello Stato nel sistema democratico dei rapporti di lavoro non scompare, ma ne trasforma solo il significato.

Non regolerà più direttamente il contenuto del rapporto di lavoro, missione che ora corrisponde primariamente all'autonomia collettiva e alla contrattazione collettiva, ma assume una duplice e insostituibile funzione: «a) determinazione e definizione generale del sistema; b) promozione dei diritti e delle libertà riconosciute in funzione della particolare gerarchia delle situazioni regolate»¹⁶.

Quali sarebbero allora le funzioni del sindacato?

La dottrina ha espresso opinioni divergenti sulle funzioni del sindacato.

Luciano Martinez ritiene che le funzioni del sindacato siano: rappresentanza, negoziazione, assistenza e politica. Quanto alla funzione di rappresentanza, che è considerata la più importante tra tutte le attribuzioni istituzionali degli organismi sindacali, essa avrebbe due campi di azione: stragiudiziale e giudiziale. La prima rientrerebbe nell'ambito delle azioni dinanzi alle autorità amministrative, nel dialogo con la categoria avversaria e nei confronti della società nel suo complesso. Quanto alla seconda si tratta dell'esercizio della rappresentanza dinanzi all'autorità giudiziaria, nel corso di processi nei quali rileva l'interesse della categoria.

Sussistono – come anticipato – anche la funzione negoziale e quella di assistenza. Nel primo caso il sindacato mira a produrre diritti aggiuntivi e più vantaggiosi di quelli previsti dalla legge. Nel secondo che ha ampie ripercussioni in Brasile, la funzione si concentra nell'emissione e fornitura della *Carteira de Trabalho e Previdência Social* (CTPS), nell'assistenza legale e nell'assistenza nelle risoluzioni contrattuali. Si discute sulla possibilità di configurare una vera e

16 M.C. PALOMEQUE LOPEZ, *Derecho Sindical Español*, 2 ed. rev. Madrid: Editoriale Tecnos, 1988, p. 65-67.

propria imposizione, con forza di legge, delle funzioni di assistenza delle associazioni professionali.

Il suddetto autore considera anche la funzione politica, che sarebbe una sottospecie della funzione di rappresentanza, poiché, in un modo o nell'altro, «quando il sindacato agisce politicamente rappresenta gli interessi della categoria»¹⁷.

È possibile attribuire ai Sindacati, in modo più ampio, le seguenti funzioni: normativa, economica, politica, assistenziale ed etica. Sebbene la funzione normativa possa essere spiegata come emanazione del potere statale risultante dalla relativa delega ai sindacati, essa costituisce, al contrario, la manifestazione della sua autonomia collettiva. Per quanto riguarda la funzione economica, si riferisce ai mezzi utilizzati dal sindacato per soddisfare i suoi bisogni, definiti anche fonti di finanziamento.

Per quanto riguarda la funzione politica, vi sono molte polemiche in materia, ma si può comprendere che «lo sviluppo tecnologico e la produzione di massa, dando origine a grandi unità economiche, hanno causato uno squilibrio nei rapporti di forza, che può essere solo compensato dall'azione politica del sindacato»¹⁸.

Fin dalle sue origini l'organizzazione sindacale si è manifestata perseguendo due obiettivi: migliorare o mantenere le condizioni di lavoro; e la trasformazione della società per ottenere un cambiamento definitivo nella situazione dei lavoratori.

Questi due obiettivi, o queste due forme di azione, pongono il seguente problema: se l'azione sindacale debba svilupparsi esclusivamente nella sfera professionale, agendo solo sui datori di lavoro; oppure se detta azione debba necessariamente essere integrata da un'azione politica sugli organi governativi o agendo direttamente sul governo.

Anche qualora si optasse per un'azione mirata esclusivamente al miglioramento delle condizioni di lavoro, senza voler trasformare l'organizzazione della società, si porrebbe la questione se tale obiettivo possa essere raggiunto solo attraverso l'azione e la negoziazione con i datori di lavoro, o se, al contrario, sarebbe anche necessario collaborare con gli organi di governo e i partiti politici, per giungere all'approvazione di leggi e ad azioni amministrative e politiche volte a migliorare la condizione dei lavoratori.

Se il fondamento dell'azione del sindacato fosse quello di realizzare una diversa organizzazione della produzione e della società nel suo complesso, si porrebbe il dilemma riguardo a questo scopo ovvero se il sindacato debba continuare ad agire direttamente sui datori di lavoro o imprenditori, o debba agire politicamente in maniera diretta.

In quest'ultimo caso, «la questione relativa all'azione politica sarebbe se questa debba essere svolta dalla stessa organizzazione sindacale, oppure se il

17 L. MARTINEZ, *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho*, 14.ed. San Paolo, Saraiva, 2023, p. 1119-1125.

18 O.B. MAGANO, *Organização sindical brasileira*, San Paolo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 181-189.

sindacato debba agire condizionato dall'azione dei partiti o di altri protagonisti della vita politica»¹⁹.

Vanno menzionate anche le funzioni assistenziali ed etiche. A questo proposito il Testo Unico delle Leggi sul Lavoro (CLT) ne elenca diversi, come l'assistenza legale, medica, dentistica, ospedaliera, farmaceutica, ecc. Gli ampi elenchi contenuti negli articoli 514 e 592 del CLT inducono a considerare che il soggetto incaricato di svolgere tali funzioni di assistenza debba essere un ente governativo e non propriamente il sindacato. E la funzione etica, che impone alle parti di negoziare in buona fede, e di non commettere atti di violenza contro persone o cose, né danneggiare terzi estranei alle controversie in cui sono coinvolte²⁰.

La partecipazione dei sindacati alle controversie collettive di carattere economico, ma anche a quelle di carattere giuridico, può indurre a pensare che questa sarebbe la funzione preponderante.

Un autore, tuttavia, respinge con veemenza questa affermazione nei seguenti termini:

la partecipazione alla contrattazione collettiva come funzione principale dei sindacati comporta una sottovalutazione del loro ruolo di associazione per trasformarli in organi di governo tesi alla soluzione di problemi che spetterebbero al Ministero del Lavoro. L'importanza dell'intervento che i sindacati devono svolgere nella risoluzione delle controversie collettive non può essere enfatizzata come viene riconosciuto in questi commenti. Altri compiti di indiscutibile importanza smettono la fondamentale importanza attribuita a questa funzione²¹.

È importante segnalare che la modifica costituzionale n. 45 del 2004 ha alterato la formulazione del comma 2 dell'articolo 144 della Costituzione esigendo «il comune accordo delle parti per la proposizione giudiziale di una controversia collettiva di natura economica»²².

Questa modifica costituzionale è stata riconosciuta valida ed efficace dal Supremo Tribunale Federale, che ha stabilito la seguente tesi (Tema 841 STF): il requisito del comune accordo tra le parti per avviare una controversia collettiva di natura economica ha rilevanza costituzionale ai sensi dell'art. 114, comma 2,

19 O. DURANTE DE SAN VICENTE, *Derecho Sindical*, Montevideo, Fundacion de Cultura Universitaria, 2004. p. 49-50.

20 O.B. MAGANO, *op. cit.*, p. 189-190.

21 A. NOGUEIRA DA GAMA, *Posição do Sindicato brasileiro em face dos seus deveres, prerrogativas e prestação de assistência social supletiva*, in *Revista de Informação Legislativa*, v.1, n.1, p. 49-54, marzo 1964.

22 BRASILE, *Emenda Constitucional n.45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências*. Disponibile su https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Accesso effettuato il 27/05/2024.

della Costituzione federale, come modificato dall'emendamento costituzionale 45/2004²³.

José Cairo Jr, nel suo "Corso di diritto del lavoro", presenta le seguenti funzioni spettanti al sindacato: rivendicativa, negoziale, istituzionale, politica e assistenziale.

In primo luogo, il sindacato è autorizzato a promuovere azioni collettive a proprio nome per la difesa non solo dei suoi iscritti, ma di tutti i soggetti che rappresenta, cioè lavoratori o datori di lavoro, in qualità di sostituto processuale. È la caratteristica principale del sindacalismo riformista dal momento che non sono utilizzati mezzi violenti per raggiungere i relativi obiettivi.

In secondo luogo, spetta al sindacato condurre la contrattazione collettiva al fine di evitare e/o risolvere i conflitti collettivi di lavoro e, in caso di controversia collettiva, proporre una soluzione attraverso la conciliazione.

In terzo luogo, i sindacati sono chiamati a nominare persone da inserire nell'amministrazione degli enti pubblici competenti in materia di lavoro.

In quarto luogo, si ritiene che non sussista un espresso divieto per i sindacati di esercitare funzioni politiche, poiché l'art. 521, lett. a), del CLT, non è stato recepito dal nuovo ordinamento costituzionale.

In quinto luogo, sono considerate funzioni di assistenza quelle che dovrebbero essere assicurate dallo Stato attraverso organismi creati a questo scopo. Ciò comporta l'esercizio di funzioni che rivelano un retaggio del sindacato corporativo attraverso la delega di funzioni eminentemente pubbliche²⁴.

José Martins Catharino qualifica come funzioni e finalità fondamentali del sindacato quelle relative allo studio, alla difesa e al coordinamento degli interessi sindacali, economici (degli imprenditori) e professionali (dei lavoratori, delle categorie costituite in ragione della solidarietà derivante dall'esercizio di attività identiche, differenziate, simili o correlate). Sulla base di queste affermazioni propone questa una visione del sindacato nel nostro Paese: «a quanto pare, l'associazione sindacale brasiliana non è riformista, almeno sul piano giuridico. Il suo ruolo non è sfidare lo *status quo*, ma piuttosto coordinarsi con esso, rimanendo ove possibile in una posizione semplicemente difensiva»²⁵.

5. Considerazioni finali

Si è cercato di affrontare il significato della funzionalità del diritto e di comprendere cosa rappresentano le funzioni del Diritto.

23 BRASILE, *Comum acordo deve preceder instauração de dissídio coletivo de natureza econômica. Processo relacionado RE 1.002 295*. Disponibile su <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452373&ori=1>. Accesso effettuato il 27/04/2024.

24 J. CAIRO JR., *Curso de Direito do Trabalho*, 15.ed. rev. e attuale, Salvador, Ed. Juspodium, 2018, p. 1193-1196.

25 J.M. CATHARINO, *Tratado Elementar de Direito Sindical*, San Paolo, LTR, 1977, p. 153.

In particolare, si è tenuto conto del fatto che l'emergere e la rapida diffusione della prospettiva funzionalista possono essere spiegati con la dilatazione e il cambiamento delle funzioni del diritto (statale).

Come il diritto qualifica le funzioni del sindacato? Con la natura giuridica di diritto privato o pubblico?

Questa questione centrale è strettamente legata a come ciascuno Stato ha interferito (o meno!) nell'attività sindacale. Le organizzazioni sindacali tendono ad avere natura giuridica privata in ordinamenti democratici e natura pubblica in regimi totalitari o con limitazioni democratiche.

Per quanto riguarda le funzioni sindacali, non vi è convergenza tra gli autori brasiliani. Si possono però individuare alcuni punti di contatto, come le funzioni che comprendono: la difesa dei diritti e degli interessi della categoria, che sono esercitate dal sindacato come sostituti processuale; la funzione rappresentativa; la funzione negoziale; di conciliazione; politica; economica.

Altre funzioni dei sindacati potrebbero essere individuate in quelle legate alla collaborazione con lo Stato, all'ambito assistenziale e alla loro qualità di attori in giudizio.

L'organizzazione sindacale brasiliana

Alexandre de Souza Agra Belmonte

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La libertà di associazione professionale o sindacale (art. 8, caput, CF). – 3. La registrazione delle organizzazioni sindacali (art. 8, comma I, CF). – 4. Organizzazione sindacale, inquadramento e unicità del sindacato (art. 8, comma II, CF). – 4.1. L'organizzazione sindacale. – 4.2 L'inquadramento sindacale. – 4.2.1. Specificità *versus* aggregazione. – 4.2.2. Specificità, aggregazione, anzianità e territorialità. – 4.2.3. La dissociazione. – 4.3. L'unicità sindacale. – 5. Le funzioni di competenza del sindacato (art. 8, comma III, CF). – 6. I contributi sindacali (art. 8, comma IV, CF). – 6.1. La contribuzione sindacale. – 6.2. Contributo confederativo. – 6.3. Contributo associativo (*mensilità sindacale*). – 6.4. Contributo di solidarietà o di assistenza. – 7. Libertà di associazione (art. 8, comma V, CF). – 8. Partecipazione dei sindacati alla contrattazione collettiva di lavoro (art. 8, comma VI, CF). – 9. Iscritti pensionati e diritto di voto (art. 8, comma VII, CF). – 10. La tutela del mandato sindacale (art. 8, comma VIII, CF). – 11. Sindacati rurali e delle colonie di pescatori (art. 8, comma unico, CF). – 12. Lo sciopero (art. 9, CF).

1. Introduzione

Il diritto del lavoro individuale corrisponde all'insieme di principi, norme e istituti giuridici volti a regolare i rapporti di lavoro individuali, stabilendo diritti e obblighi legali tra lavoratori e datori di lavoro.

Il diritto del lavoro collettivo corrisponde all'insieme dei principi, regole e istituti giuridici applicabili ai rapporti di lavoro collettivi.

Il diritto del lavoro collettivo ha la funzione di pacificare i rapporti di lavoro collettivi attraverso la contrattazione collettiva al fine di adattare le condizioni di lavoro alla realtà sociale ed economica, in base alle caratteristiche delle aziende, al settore produttivo in cui le stesse operano e alle condizioni del lavoro.

Lavoratori e datori di lavoro sono suddivisi in categorie professionali ed economiche, rappresentate dai rispettivi sindacati.

Il risultato della negoziazione collettiva, che è obbligatoria, proviene attraverso l'azione dei sindacati dalla stipulazione dei contratti collettivi interaziendali e intersindacali, temporaneamente validi.

A meno che le parti non scelgano il Tribunale del lavoro come arbitro del conflitto economico collettivo, l'insuccesso della contrattazione collettiva può sfociare nello sciopero come mezzo di pressione sulla categoria economica

affinché soddisfi parzialmente o interamente le richieste dei lavoratori e, in questo caso, condurre all'intervento della Magistratura del lavoro su richiesta del Pubblico Ministero del Lavoro o di una delle parti.

Qualora sussistano dubbi interpretativi in merito alle clausole del contratto o accordo collettivo, le parti possono avvalersi dell'intervento dirimente della magistratura del lavoro. Pertanto, i conflitti collettivi di lavoro possono essere di natura giuridica, in materia di interpretazione delle norme collettive, di abuso o liceità dell'esercizio del diritto di sciopero, oppure di carattere economico (o di interessi), coinvolgendo le richieste in materia di condizioni di lavoro avanzate dalle parti o modificate rispetto alla legge.

I conflitti relativi all'assetto sindacale, alla rappresentanza sindacale, alla legittimità, alla legalità e alla riscossione delle fonti di finanziamento, pur riguardando enti collettivi, assumono natura individuale e sono di competenza del 1° grado di giudizio. Tuttavia, i conflitti riguardanti la nullità del contratto collettivo o di una clausola contrattuale sono di competenza del secondo grado o del Tribunale Superiore del Lavoro (TST), a seconda della portata regionale, multiregionale o nazionale del conflitto.

2. La libertà di associazione professionale o sindacale (art. 8, caput, CF)

Amauri Mascaro Nascimento¹ insegna che i sindacati «sono associazioni stabili, che rappresentano i lavoratori legati da comuni vincoli professionali e sindacali, al fine di affrontare i problemi collettivi delle rispettive basi rappresentate, difendendone gli interessi lavorativi e connessi, con l'obiettivo di conseguire migliori condizioni di lavoro e di vita».

La normativa brasiliana consente anche l'istituzione di sindacati dei datori di lavoro, come sottolinea questo studioso, e sebbene i commi dell'articolo 8 della Costituzione Federale (CF) parlino di *sindicato*, il termine è inteso in senso lato per indicare anche le federazioni e confederazioni datoriali.

In sintesi, il *sindicato*, secondo l'ordinamento giuridico nazionale, è un soggetto giuridico di diritto privato costituito per rappresentare i lavoratori e i datori di lavoro con lo scopo di difenderne gli interessi professionali o economici.

Il Brasile, storicamente, ha adottato la forma di organizzazione per categoria come criterio per la formazione dei sindacati. La legislazione del lavoro e, in particolare, quella sindacale tendono a riflettere il contesto politico del periodo storico in cui sono entrate in vigore. La disciplina del diritto collettivo del lavoro attuata dal governo Vargas e inserita nel Testo Unico delle Leggi sul Lavoro (CLT) costituisce l'espressione del periodo autoritario in cui è stata creata.

1 A. M. NASCIMENTO, *Compêndio de Direito Sindical*, San Paolo, LTR, 2000, p. 242-245.

Per molto tempo la legislazione sindacale è rimasta invariata. In seguito, tuttavia, l'avvento della Nuova Repubblica ha comportato, tra le altre cose, la cessazione del divieto delle Centrali Sindacali, avendo le ordinanze n. 3100/85 e 3117/85 consentito ai sindacati di approvare i propri statuti, che in precedenza erano invece predisposti dal Ministero del Lavoro. Ma l'inizio del cambiamento del modello corporativo deve essere individuato nel cosiddetto nuovo sindacalismo, inaugurato nell'ABC di San Paolo alla fine degli anni '70, sotto la guida di Luiz Inácio Lula da Silva. Oltre ai grandi scioperi degli anni '70, il movimento sindacale emergente aveva portato ad un nuovo atteggiamento: il nuovo sindacalismo era contrario alla struttura sindacale autoritaria e divenne attore nella lotta per la democratizzazione politica, il diritto di sciopero, la contrattazione collettiva e l'autonomia sindacale.

Sorprendentemente, pur garantendo il diritto di riunione pacifica e di associazione senza carattere paramilitare (articolo 5, XVI, XVII, XX), la Costituzione del 1988, nel testo originario, manteneva il sistema confederativo verticistico, l'unicità sindacale e il potere normativo della Giustizia del lavoro, tutti retaggi dell'era Vargas.

L'emendamento costituzionale n. 45/2004 ha tempestivamente modificato la formulazione dell'art. 114 CF, rendendo meramente facoltativa l'azione in giudizio per le controversie collettive di natura economica. Da allora la presentazione in giudizio della controversia non è più obbligatoria, e la sua ammissibilità è condizionata alla comune volontà delle parti di eleggere il Tribunale del Lavoro come arbitro del conflitto (§2)².

Al contrario spetta evidentemente al Tribunale del Lavoro decidere le controversie di natura giuridica, comprese quelli in materia di sciopero e di natura mista.

Tuttavia, la libertà di associazione garantita dalla Costituzione resta ancora fragile, perché non gode della stessa ampiezza raggiunta a livello internazionale dalla Convenzione OIL n. 87/48, dal momento che la norma costituzionale ancora impone l'unicità obbligatoria per categoria (art. 8, III, CF che ha recepito gli artt. 511, 570 e 558 CLT). L'organizzazione per categorie impedisce la libera scelta del modello (per azienda, per settore, per attività, per categoria)³ e l'unicità impedisce la libera scelta del sindacato rappresentativo degli interessi dei lavoratori o delle imprese, ovvero la pluralità dei sindacati nella stessa base territoriale ai fini della libera concorrenza e della scelta della migliore azione sindacale nel medesimo territorio.

2 La Sezione Controversie Collettive del TST ammette il tacito accordo, derivante dalla non contestazione del mancato accordo. La non contestazione si estende anche alla mancata comparizione in giudizio.

3 La STF ha deciso, nell'ADI n. 1861-MC, in una sentenza pubblicata nel 2007, di cui era relatore il Ministro Sepúlveda Pertence, che la Costituzione non ammette il sindacalismo di impresa, il che permette di affermare che sono vietate le negoziazioni tra gruppi di lavoratori e la rispettiva impresa, senza la partecipazione del sindacato.

È vero che la legge privilegia la negoziazione, sollecitando la produzione autonoma di norme rispondenti agli interessi collettivi, ma: a) è possibile garantire la dignità della persona umana e la prevalenza del valore sociale del lavoro senza attribuire una reale rappresentanza ai sindacati e senza compromettere il processo negoziale? b) esiste, in questo contesto di limitazioni, legittimità per lo sviluppo di un'efficace attività sindacale?⁴

Arnaldo Süssekind⁵, sulla base della Convenzione OIL n. 87 (non ratificata dal Brasile) e del Patto internazionale delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali (NY 1966), definisce tre profili fondamentali della libertà sindacale: 1. profilo *collettivo* (art. 2 Convenzione n. 87): «diritto dei gruppi di imprenditori e di lavoratori legati da un'attività comune, simile o affine, di costituire il sindacato di loro scelta con la struttura che loro conviene»; 2. profilo *individuale* (art. 2 Convenzione n. 87): «diritto di ogni lavoratore o imprenditore di aderire al sindacato di sua scelta, rappresentativo del gruppo al quale appartiene, e di cessare di farne parte»; 3. *autonomia sindacale*: «libertà di organizzazione interna e di funzionamento [...] e possibilità di formare federazioni e confederazioni o di aderire a quelle esistenti, sempre nel perseguimento delle finalità sottese alla relativa istituzione – questa garantita dall'art. 8, comma 1, CF/88»⁶.

3. La registrazione delle organizzazioni sindacali (art. 8, comma I, CF)

Secondo il Comitato sulla libertà sindacale dell'OIL, l'obbligo di registrazione non costituisce interferenza o intervento dello Stato nella vita delle organizzazioni sindacali: «è opportuno definire chiaramente nella legislazione le condizioni precise che i sindacati devono soddisfare per essere registrati e prescrivere criteri specifici per determinare se tali condizioni siano soddisfatte o meno», a

4 Il sindacato ha un monopolio qualitativo sulla rappresentanza (rappresentanza per categoria) e un monopolio quantitativo (base territoriale comunale). Data la diversità di attività, professioni e interessi e senza l'esistenza di un organismo che, in un sistema di unità sindacale, possa organizzare le rappresentanze delle categorie su base territoriale, si pone la questione: come individuare l'unico sindacato rappresentativo della categoria? e come identificare le diverse categorie? Al riguardo il TST intende che solo quelli previsti dalla legge hanno tale natura e lo stesso vale anche per la STF, ritenendo che i piloti civili non costituiscono una categoria differenziata, essendo già esistente la categoria differenziata degli aeronauti. Tuttavia, la stessa STF ha consentito, in diverse decisioni (RE 207.858, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 14.05.99; RE 178045, Rel. Ministro Octavio Gallotti), la scissione dei sindacati, sia dal lato delle categorie che da quello dei base territoriale, menzionando *l'esistenza di un'unità sindacale mitigata*, in cui la specificazione dell'attività dei lavoratori viene utilizzata per autorizzare il loro spostamento dall'entità più organica e la frammentazione della base territoriale, purché il limite massimo di un Comune sia verificato.

5 A. SÜSSEKIND, *Direito Constitucional do Trabalho*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 328.

6 Sui principi particolari del diritto del lavoro collettivo, v. anche M. G. DELGADO, *Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2008, p. 40-62.

condizione che tali «condizioni non siano tali da mettere in pericolo le garanzie previste dalla Convenzione»⁷.

Sono sorte molte polemiche su quale sarebbe l'organo competente a gestire la registrazione, preservando l'autonomia del sindacato. Prima della Costituzione del 1988 era necessaria l'autorizzazione del Ministero del Lavoro, secondo le norme del CLT (lettera di riconoscimento sindacale prevista dagli artt. 519 e ss.). La registrazione costituiva il risultato dell'esercizio del potere discrezionale del Ministero del Lavoro. Dopo la Costituzione del 1988, la registrazione è diventata un atto dovuto ed ha un contenuto meramente formale per consentire la verifica dell'unicità sindacale da parte degli interessati (art. 8, I, CF).

Il registro è stato istituito presso il Ministero del Lavoro. In questo senso si è pronunciato il Supremo Tribunale di Giustizia a seguito del mandato esecutivo n. 29/DF⁸, e il mandato di ingiunzione n. 1448/SP⁹.

È importante altresì rilevare che, dopo la Costituzione del 1988, non è più necessaria l'autorizzazione del Ministero del Lavoro per la suddivisione (ad esempio, un sindacato comunale costituito dopo essersi distaccato dal sindacato statale, che non rappresenta più in quel comune la categoria, determinando una riduzione della base territoriale del sindacato originario) e la dissociazione (che si verifica quando parte del settore o della professione rappresentati da un sindacato di categorie simili o affini, forma un nuovo sindacato).

Tanto la suddivisione quanto la dissociazione dipendono ora dalla mera volontà degli interessati, purché sia rispettato il limite minimo della base territoriale (il comune).

7 A. SÜSEKIND, *A OIT e o Princípio da Liberdade Sindical*, San Paolo, LTR, 1998, p. 48-60.

8 «Azione di tutela costituzionale. Organizzazione sindacale. Registrazione di un'entità sindacale. Attribuzione. Costituzione federale, artt. 8, punti I e II. La Costituzione federale ha istituito come postulato la libera associazione professionale e sindacale, stabilendo che la legge non può richiedere l'autorizzazione dello Stato per la fondazione di un sindacato, salva la registrazione presso l'organo competente, e che alle autorità pubbliche è vietato intromettersi e intervenire nel sindacato. Organizzazione. Persistenza, nel campo della disciplina normativa, di norme giuridiche preesistenti che non si discostano dalla nuova realtà costituzionale, ma anzi le danno fondamento e operabilità. Competenza residua del Ministero del Lavoro per promuovere la registrazione sindacale, finché la legge ordinaria non prevede diversamente. Azione ristretta, in questo caso, alla verifica del rispetto o meno della riserva costituzionale che vieta l'esistenza di un'organizzazione sindacale della stessa categoria professionale su identica base territoriale. Azione in parte concessa» (STJ - MS: 29 DF 1989/0007283-8, Relatore Miguel Ferrante, Data della sentenza: 14/11/1989, S1 - Sezione Prima, Data di pubblicazione: DJ 18/12/1989 p. 18454).

9 «Libertà e unità sindacale e competenza a registrare gli enti sindacali (CF, art. 8 I e II); accoglienza, per quanto di competenza del Ministero del Lavoro, fatta salva la possibilità che la legge crei un regime diverso» (STF, Atto di ingiunzione 144-B SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 8/3/92).

4. Organizzazione sindacale, inquadramento e unicità del sindacato (art. 8, comma II, CF)

4.1. L'organizzazione sindacale

L'organizzazione sindacale in Brasile è definita in base alla distribuzione dei lavoratori e datori di lavoro in categorie professionali ed economiche.

La categoria economica è costituita dalle imprese che svolgono attività identiche, simili o connesse (art. 511, comma 1, CLT).

Ai fini, in particolare, dell'inquadramento di un'impresa in una determinata categoria economica, viene considerata l'attività prevalente dell'impresa e non la natura delle mansioni del lavoratore, posto che l'attività secondaria dell'impresa può implicare diverse affiliazioni.

Ai sensi del § 2 dell'art. 511 CLT

la somiglianza delle condizioni materiali risultanti dalla professione o dal lavoro in comune, in una situazione di impiego nella stessa attività economica o in attività economiche simili o affini, costituisce l'espressione sociale elementare intesa come categoria professionale.

Il legislatore parte dal presupposto che lo svolgimento del lavoro, in un'attività economica in condizioni materiali simili e affini, fa sì che i lavoratori abbiano un medesimo interesse comune o collettivo. Ad esempio, muratori, servitori, guardiani, falegnami, puntatori, magazzinieri e impiegati di imprese edili.

Pertanto, poiché è l'attività principale dell'impresa a condurre i lavoratori che vi lavorano a condizioni lavorative simili, la categoria professionale è direttamente collegata all'attività economica del datore di lavoro. L'una è conseguenza dell'altra.

Infine, il criterio per ricondurre i lavoratori ad un sindacato è l'attività economica svolta dal datore di lavoro e solo eccezionalmente la prestazione svolta. Quindi, in generale, esiste una corrispondenza tra le categorie economiche e professionali (chiamata *parallelismo simmetrico* da Magano)¹⁰.

L'eccezione all'inquadramento nella categoria professionale generale dei lavoratori corrispondenti all'attività economica dell'impresa o alla categoria economica riguarda le categorie differenziate, previste dall'art. 511, comma 3, del CLT: «Una categoria professionale differenziata è quella formata da dipendenti che esercitano professioni o mansioni differenziate in forza di uno speciale *status* professionale o in conseguenza di peculiari condizioni di vita», cioè indipendentemente dall'attività economica in cui viene svolta la prestazione lavorativa¹¹.

10 O. BUENO MAGANO, *Direito Coletivo do Trabalho*, San Paolo, LTr, 1993, p. 109.

11 DSC-TST GU 36: «Dipendenti di società di elaborazione dati. Riconoscimento come categoria differenziata. Impossibilità. È per legge e non per decisione del tribunale che le categorie differenziate sono riconosciute come tali. Per quanto riguarda invece i professionisti

Vi sono aziende che hanno nel proprio organico dipendenti appartenenti a diverse professioni (guardie, avvocati, tecnici informatici, addetti alle pulizie, motociclisti) che non corrispondono all'attività prevalente delle aziende per le quali lavorano.

Ne fanno parte gli esponenti di categorie diverse in relazione alle condizioni di vita della professione o del lavoro svolto nell'attività economica prevalente dell'impresa nonché dipendenti che esercitano professioni o funzioni differenziate in ragione di uno *status* professionale speciale o in conseguenza di particolari condizioni di vita (§ 3 dell'art. 511 del CLT).

Ai sensi della Indicazione giurisprudenziale n. 36 della Sezione sulle Controversie Collettive del TST:

È per legge e non per decisione del tribunale che le categorie differenziate sono riconosciute come tali. Per quanto riguarda invece i professionisti informatici, il lavoro che svolgono cambia a seconda dell'attività economica svolta dal datore di lavoro.

Per quanto riguarda gli avvocati, il TST ha riconosciuto che hanno un proprio statuto e, di conseguenza, a questa categoria differenziata si applicano le norme collettive specifiche e non le norme collettive della categoria professionale alla quale appartengono gli altri dipendenti dell'azienda. Gli esempi includono lavoratori delle compagnie aeree, gli insegnanti, i venditori e gli autisti.

Le diverse categorie professionali sono descritte nella tabella delle attività e professioni allegata all'art. 577 del CLT.

La contrattazione collettiva svolta tra i sindacati della categoria professionale dell'attività prevalente di aziende con attività identiche, simili o connesse e la corrispondente categoria economica non coprono gli interessi delle categorie differenziate, che sono diversi da quelli riguardanti i lavoratori accomunati dalle stesse condizioni materiali della professione o del lavoro svolto nell'ambito dell'attività economica predominante dell'impresa.

Pertanto, le norme collettive ad essi applicabili non saranno quelle della categoria professionale riguardante l'attività economica.

Tuttavia, le aziende che hanno nel proprio organico dipendenti di diverse categorie devono partecipare, attraverso un'organizzazione della loro categoria economica, alle trattative con i diversi sindacati professionali, in modo che siano obbligate a rispettare le norme collettive concordate tra loro (Precedente vincolante n. 374, TST). Pertanto, se le imprese di una determinata categoria economica non hanno partecipato alla formazione delle norme collettive per le categorie differenziate, non saranno obbligate a rispettarle.

dell'informatica, il lavoro che svolgono cambia a seconda dell'attività economica svolta dal datore di lavoro».

Poiché l'inquadramento dell'attività del lavoratore segue l'attività prevalente dell'impresa, i sorveglianti dello stabilimento sono iscritti nel corrispondente sindacato professionale all'attività dell'azienda.

Sistematicamente abbiamo quanto segue:

- a. Categoria economica: organizzazione di datori di lavoro (o datore di lavoro), il cui criterio di inquadramento è l'esercizio di attività economiche identiche, simili o connesse. Es.: Sindacati dell'industria grafica di Rio de Janeiro; Federazione del Commercio al Dettaglio dello Stato di Rio de Janeiro; Unione di enti che sostengono gli istituti di istruzione superiore nello Stato di Rio de Janeiro.
- b. Categoria professionale: associazione di lavoratori il cui criterio di affiliazione segue l'attività svolta dal datore di lavoro (parallelismo simmetrico), indipendentemente dalla mansione svolta dai lavoratori. Quindi, il portiere di una banca è un banchiere, il portiere di un cantiere è un metalmeccanico, un informatico in banca è un banchiere, in un cantiere navale è un metalmeccanico, ecc.
- c. Categoria differenziata: associazione di lavoratori il cui criterio di inquadramento è la professione svolta, purché la loro professione sia regolamentata, come, ad esempio, i segretari, commessi e viaggiatori di commercio, ecc.

La categoria differenziata si distingue da quella derivante dall'attività prevalente dell'impresa, e ad essa non si applicano le convenzioni collettive e le norme sottoscritte dai sindacati della categoria prevalente.

Esiste una consolidata giurisprudenza del TST in materia¹².

Professionisti autonomi: i professionisti autonomi sono coloro il cui esercizio della professione è vigilato da un Consiglio Professionale, che stabilisce gli standard etici di condotta professionale nell'esercizio delle proprie attività. Tali Consigli, pertanto, esercitano il potere di vigilanza e sono considerati

12 Precedente vincolante n. 117 del TST: Bancario. Categoria differenziata. (RA n. 140/80, *DJ* 18.12.1980) I dipendenti degli istituti di credito appartenenti a diverse categorie professionali non beneficiano del regime giuridico relativo ai dipendenti delle banche. Precedente n. 369, III, del TST: Il dipendente di una categoria diversa eletto dirigente sindacale gode di stabilità solo se svolge nell'azienda attività attinenti alla categoria professionale del sindacato per il quale è stato eletto dirigente (ex-GU n. 145 – pubblicata il 27/11/1998). Precedente vincolante n. 374; Regola collettiva. Categoria differenziata. Copertura. (Conversione delle linee guida giurisprudenziali n. 55 del SDI-1 – Ris. n. 129/05, *DJ* 20.04.2005) Un lavoratore dipendente appartenente ad una categoria professionale diversa non ha diritto di ricevere dal suo datore di lavoro i vantaggi previsti da un contratto collettivo nel quale l'impresa non era rappresentata da un organismo professionale della sua categoria (ex-GU n. 55 – pubblicata il 25/11/1996). Indicazione giurisprudenziale n. 315, SDI-I: Autista. Azienda. Attività prevalentemente rurale. Classificazione come lavoratore rurale (*DJ* 11.08.2003). Un autista che lavora per un'azienda la cui attività è prevalentemente rurale è considerato un lavoratore rurale, considerando che, in generale, non affronta il traffico sulle strade e nelle città.

autarchie corporative (ad eccezione dell'Ordine degli Avvocati). I compiti di questi Consigli vengono talvolta confusi con quelli dei sindacati, poiché agiscono anche in difesa dei professionisti che rappresentano. I sindacati però non hanno poteri di vigilanza, non sono enti locali, ma associazioni di diritto privato. D'altro canto, i Consigli professionali non possono stipulare convenzioni e contratti collettivi, né avviare una controversia collettiva o indire uno sciopero.

I liberi professionisti sono autenticamente autonomi: l'espressione indica coloro che lavorano liberamente, senza subordinazione giuridica, per conto proprio (medici, avvocati, ingegneri, tra gli altri, che lavorano senza subordinazione giuridica).

La Confederazione nazionale delle libere professioni (decreto n. 35575/54, statuto sindacale) adotta un concetto più ampio:

sono tali quei professionisti che possono esercitare la professione con libertà ed autonomia, derivante da una specifica formazione tecnica o superiore specifica, legalmente riconosciuta, che deriva da studi e conoscenze tecnico-scientifiche. L'esercizio della professione può essere svolto con o senza rapporto di lavoro, ma è sempre regolamentato da organismi di vigilanza sull'esercizio professionale.

L'inquadramento del libero professionista assunto come dipendente ha sollevato un acceso dibattito: sarà rappresentato dal sindacato della categoria prevalente oppure si distinguerà da esso, essendo rappresentato dal sindacato delle libere professioni?

Non vi è consenso né in dottrina né in giurisprudenza. Alcuni ritengono che dopo la legge n. 7316/85, che ha garantito ai sindacati rappresentativi delle libere professioni la legittimità a rappresentare i lavoratori dipendenti, questi dovrebbero essere equiparati ai lavoratori appartenenti alla categoria professionale differenziata¹³.

Viceversa, altri ritengono che il libero professionista assunto come dipendente debba essere inquadrato nella categoria prevalente del datore di lavoro, purché la professione liberale non abbia uno *status* proprio¹⁴.

13 In questo senso, secondo una decisione del TST del 1986, Rel Min. Marcelo Pimentel, RO-DC n. 754/84 – «devono essere considerati membri della categoria professionale differenziata, dopo l'entrata in vigore della legge n. 7316/85».

14 «Ricorso di revisione. CEF. Lavoro straordinario. Architetto. Categoria differenziata. Giorno lavorativo. La controversia riguarda la questione se l'architetto, assunto per lavorare presso un istituto bancario, abbia diritto all'orario di lavoro previsto dall'art. 224, del CLT o se appartiene ad una categoria diversa, applicandosi la giornata contrattuale di otto ore. Nel modello sindacale adottato nel Paese, l'appartenenza al sindacato si basa sull'attività principale del datore di lavoro, ad eccezione di quelle categorie professionali che la legislazione disciplina come differenziate n. 4.950-A, de 22.04.1966 non stabilisce soltanto il livello salariale dei professionisti laureati in Ingegneria, Architettura, tra le diverse aree, con l'intento di prevedere una retribuzione minima per l'orario giornaliero di durata pari o superiore a 6 (sei) ore, non avente quindi natura di statuto regolamentare della professione, affidando al contratto

Sempre con riguardo all'organizzazione di categoria, vale la pena citare un'interessante osservazione di Valentin Carrion¹⁵.

È difficile armonizzare la libertà di associazione sindacale (parziale nella Costituzione) con l'inquadramento sindacale ufficiale e anche con il principio secondo cui, salvo eccezioni, è l'attività prevalente dell'impresa a qualificare i suoi dipendenti. È la casistica e la forza della realtà fattuale che hanno prevalso.

Le caratteristiche dell'organizzazione sindacale brasiliana sono il parallelismo simmetrico, la verticalizzazione, l'unità e la bilateralità.

Per parallelismo simmetrico si intende la formazione della categoria professionale attraverso il parallelismo simmetrico alle attività svolte dalla categoria economica.

Per verticalizzazione si intende la rappresentanza dei lavoratori e dei datori di lavoro da parte delle organizzazioni di livello superiore (confederazioni e federazioni) e inferiore (sindacati).

di lavoro la determinazione della durata giornaliera. Ricorso di revisione noto e non fornito» (RR – n. 1164/2006-011-17-00, Rel. Min. Dora Maria da Costa, *DJ* –28.11.2008).

«Bancario. Lavoro straordinario. Ingegnere. Inquadramento sindacale. Categoria professionale differenziata. 1. L'inquadramento sindacale nel diritto del lavoro brasiliano si fonda sull'attività economica preponderante dell'impresa, a meno che il lavoratore non faccia parte di una categoria differenziata, che non equivale al lavoro che, se esercitato in modo autonomo, costituisce una professione liberale. 2. L'ingegnere, dipendente della Banca, proprio perché non risulta dall'elenco della tabella allegata di cui all'art. 577, del CLT, non integra, ai sensi del §3 dell'art. 511, gli estremi della categoria professionale differenziata. Egli è un banchiere, a tutti gli effetti di legge, al massimo può essere inquadrato come impiegato. 3. Beneficia, pertanto, della giornata lavorativa ridotta di 6 (sei) ore, prevista dall'art. 224 del CLT per i dipendenti bancari, l'ingegnere che presta, in qualità di dipendente, la propria attività in favore dell'istituto bancario. Interpretazione rafforzata dal parere vincolante n. 117, del TST con applicazione riservata agli appartenenti alla categoria differenziata. 4. Ricorso conosciuto e accolto per ristabilire la decisione territoriale» (E-RR n. 569.155/99.7, Rel. Min. João Oreste Dalazen, *DJ* 18.02.2005).

Nella dottrina, secondo Octávio Bueno Magano, «I professionisti autonomi, come avvocati, medici, ingegneri e altri, avendo uno *status* proprio, soddisfano le condizioni per costituire categorie differenziate. Ma fino a quando tale riconoscimento non avverrà, essi resteranno soltanto liberi professionisti, formando un ramo di attività diverso da quello delle categorie differenziate. Non vi è dubbio che i liberi professionisti, titolari di un rapporto di lavoro, possono scegliere di farsi riconoscere la propria contribuzione sindacale dall'ente professionale rappresentativo della rispettiva professione, purché dimostrino di esercitarla. Ma ciò non fa altro che evidenziare il nesso di rappresentanza di cui all'art. 513, lett. *a*, del CLT. Da ciò non si deve tuttavia dedurre che lo stesso sindacato abbia il potere di concludere un contratto collettivo o di avviare una controversia collettiva, in nome della professione. Tali prerogative continuano ad applicarsi al sindacato professionale corrispondente all'attività economica del datore di lavoro dal quale dipende il libero professionista» O. BUENO MAGANO, *op. cit.*, p. 107-108. In questa prospettiva, un medico che lavora in un'industria metallurgica è considerato un metalmeccanico ai fini della contrattazione collettiva.

15 V. CARRION, *Comentários à CLT*, San Paolo, Saraiva, 2008. Art. 511.2.

Per unicità si intende una rappresentanza unica dei lavoratori e dei datori di lavoro all'interno dello stesso ambito territoriale costituito dal comune.

Bilateralità significa che ad ogni rappresentanza dei datori di lavoro deve corrispondere una rappresentanza dei lavoratori onde favorire la promozione del dialogo tra le parti.

4.2 L'inquadramento sindacale

Scopo dell'inquadramento sindacale è organizzare i sindacati in categorie economiche e professionali in base alla disciplina delle attività e delle professioni di cui agli artt. 570, *caput*, e 577 CLT.

L'osservanza del parallelismo simmetrico (corrispondenza della categoria professionale con l'attività svolta dalla categoria economica), che in precedenza era verificata dalla Commissione per l'Inquadramento sindacale, incompatibile con la Costituzione del 1988, cominciò ad essere controllata dagli stessi interessati.

Il meccanismo utilizzato è l'inquadramento sindacale automatico (e non spontaneo) in specifiche categorie corrispondenti all'attività economica o all'attività di lavoro, a partire dalla costituzione del sindacato, osservando il criterio della specificità in relazione all'attività prevalente (art. 570, *caput*, CLT).

Tuttavia, quando coloro che esercitano qualsiasi attività o professione non possono costituire sindacati sulla base di criteri di specificità (a causa del numero ridotto dei lavoratori, della natura delle attività o delle professioni, affinità esistenti), la sindacalizzazione è consentita, per aggregazione, in unioni eclettiche (considerando non solo l'identità, ma anche la somiglianza o la connessione di categorie, *ex-vi* del comma unico dell'art. 570, CLT).

Qualunque attività o professione concentrata secondo i criteri della categoria simile o connessa può dissociarsi dal sindacato principale, costituendo un sindacato specifico o su base territoriale minore (art. 571 CLT).

Il raggruppamento dei sindacati in federazioni seguirà le stesse regole stabilite per il raggruppamento di attività e professioni in sindacati (art. 573, CLT).

4.2.1. Specificità versus aggregazione

Il principio di specificità riguarda la classificazione dei lavoratori e dei datori di lavoro in specifiche categorie professionali ed economiche (identiche secondo la legge). Il principio di aggregazione corrisponde alla classificazione in categorie professionali ed economiche simili o affini, quando coloro che esercitano una qualsiasi attività o professione non possono sindacalizzarsi efficacemente sulla base dei criteri di specificazione dell'attività (numero ridotto dei lavoratori, natura delle attività o delle professioni, affinità esistenti).

L'attività prevalente è quella che caratterizza l'unità del prodotto, dell'operazione o dell'obiettivo finale, per il raggiungimento del quale tutte le altre attività confluiscono, esclusivamente, sotto un regime di collegamento funzionale (art. 581, comma 2, CLT).

4.2.2. Specificità, aggregazione, anzianità e territorialità

Se in un determinato territorio esiste un sindacato più risalente delle imprese di telecomunicazioni che comprende ulteriori sindacati delle società di telemarketing, il primo sarà il sindacato rappresentativo.

Tuttavia, in base all'art. 571 del CLT, se la rappresentanza sindacale è a livello statale, è possibile costituire un sindacato con base territoriale più piccola (in questo senso specifico) a livello comunale.

D'altro canto, poiché la specificità è la regola, quando la categoria economica è formata non solo da attività identiche, ma anche da attività simili e affini, è consentito lo smembramento per costituire sindacati rappresentativi di specifiche categorie professionali o economiche (che poi non potranno più essere aggregati per somiglianza o connessione).

Pertanto, ai sensi dell'art. 571 del CLT, le aziende di teleservizi potrebbero costituire un apposito sindacato e, di conseguenza, anche i lavoratori di tali attività.

4.2.3. La dissociazione

Poiché l'interesse del legislatore è l'efficacia della rappresentanza su base territoriale, qualunque attività o professione aggregata secondo il criterio della somiglianza o affinità di categoria potrà dissociarsi dal sindacato principale, costituendo un sindacato specifico dell'attività o professione ovvero un sindacato specifico o eclettico con base territoriale minore (art. 571 CLT).

La legge non stabilisce i requisiti per valutare la rappresentanza necessaria per la dissociazione, sicché devono ritenersi applicabili i principi di proporzionalità e ragionevolezza (percentuale significativa di lavoratori o imprese che desiderano ottenere una rappresentanza specifica o su base territoriale ridotta) e sussistere un'assemblea appositamente designata allo scopo di discutere e assumere la relativa decisione. Questo perché, se l'assemblea è essenziale per determinare la volontà categoriale di formare un sindacato, è necessaria anche per determinare la volontà rappresentativa di dissociarsi, che, in pratica, determina la formazione di un nuovo sindacato.

4.3. L'unicità sindacale

L'unicità presuppone l'esistenza di un unico sindacato che rappresenti gli interessi dei lavoratori o datori di lavoro di una categoria professionale o economica sulla stessa base territoriale. La pluralità consiste nella diversità dei sindacati, sulla stessa base territoriale, che rappresentano gli interessi dei lavoratori o dei datori di lavoro. Nell'unicità il sindacato rappresenta l'intera categoria, indipendentemente dall'appartenenza, mentre nel pluralismo rappresenta solo i suoi iscritti.

In base all'unicità, le norme collettive applicabili a un farmacista che svolge la sua attività nelle farmacie sono gli stessi di un farmacista che lavora nei laboratori o nell'industria, così come sono bancari gli ingegneri, architetti e avvocati che, in tale veste, lavorano in un'istituzione bancaria.

L'unicità sindacale differisce dall'unità sindacale. Mentre quest'ultima è il risultato della volontà degli interessati, la prima è il risultato di un'imposizione legale. L'imposizione dell'unicità sindacale in Brasile contraddice il testo della Convenzione n. 87 dell'OIL, mentre l'unità è con essa compatibile, poiché la Convenzione garantisce il pluralismo sindacale, ma non lo impone¹⁶.

La base territoriale è l'area geografica complessiva di rappresentanza del sindacato nonché della federazione o confederazione. Da notare che, secondo la Costituzione del 1988, la base minima che deve rispettare il sindacato è quella del comune, cioè può comprendere più di un comune, essere statale o nazionale, ma non può essere, ad esempio, di quartiere. La base territoriale sarà specificata negli statuti sindacali.

5. Le funzioni di competenza del sindacato (art. 8, comma III, CF)

Il sindacato ha il compito di difendere i diritti e gli interessi collettivi o individuali della categoria, anche in sede giudiziaria o amministrativa.

La categoria non ha personalità giuridica, il sindacato sì. Il sindacato è la categoria organizzata ed è il soggetto dell'attività sindacale. Difende i diritti e gli interessi della categoria astrattamente considerata, cioè degli associati e dei non associati al sindacato.

Il Tribunale federale ha deciso, in un giudizio sui ricorsi straordinari n. 193503, 193579, 208983, 210029, 211874, 213111 e 214668 (Sessione plenaria del 12/6/2006, tutte pubblicate in DJ 24/8/2007, Relatore della sentenza l'eminente giudice Joaquim Barbosa), che la sezione III dell'articolo 8 della Costituzione federale conferisce ai sindacati un'ampia legittimazione attiva *ad causam* per la difesa dei diritti e interessi collettivi o individuali dei membri della categoria che rappresentano.

In questa linea di interpretazione, sia la giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale (STF) che quella del Tribunale Superiore del Lavoro (TST) hanno riconosciuto ai sindacati, nella qualità di sostituti processuali, la suddetta

16 «Il pluralismo sindacale consiste nella possibilità che più organizzazioni sindacali concorrano a rappresentare lo stesso gruppo di lavoratori e datori di lavoro, in proporzione ai rispettivi iscritti, ovvero secondo il criterio di rappresentatività stabilito dalla normativa [...]. Il pluralismo sindacale è una possibilità e non un obbligo, è espressione della libertà di scelta [...]. Combinato con la libera sindacalizzazione, costituisce l'essenza della libertà sindacale e l'espressione più perfetta della Convenzione n. 87 dell'OIL [...]. Il sistema proposto dall'OIL non implica che la legge imponga la pluralità sindacale [...] sostiene che non spetta alla legge regolare la struttura e l'organizzazione interna dei sindacati, ma spetta agli stessi scegliere, da soli, il modo migliore per affermarsi (potendo, di conseguenza, stabilire l'unità organizzativa e pratica come già accennato)» (cfr. J.F. Siqueira Neto, *Liberdade Sindical e Representação dos Trabalhadores nos Locais de Trabalho*, San Paolo, LTr, 2000).

legittimazione a proporre qualsiasi azione che miri a tutelare i diritti e gli interessi collettivi e individuali della categoria professionale. In questo modo i sindacati, in qualità di sostituti processuali, possono agire in giudizio per qualunque diritto individuale del singolo appartenente alla categoria e per i diritti individuali eterogenei degli appartenenti alla categoria¹⁷; nonché proporre un'azione collettiva per difendere diritti individuali, collettivi e diffusi omogenei della categoria rappresentata.

Spetta anche ai sindacati, tra l'altro, promuovere le azioni che riguardano l'esercizio del diritto di sciopero (art. 114, comma II, CF); la rappresentanza sindacale, tra sindacati, tra sindacati e lavoratori, e tra sindacati e datori di lavoro (art. 114, comma III, CF); di comune accordo tra i sindacati professionali e di categoria economica, avviare una controversia collettiva di natura economica (art. 114, §2°, CF); intentare una controversia di natura giuridica, chiedendo l'interpretazione di una clausola contrattuale o di una convenzione collettiva; proporre ricorso per la nullità di un accordo o di una convenzione collettiva stipulata con un sindacato senza rappresentanza di categoria.

6. I contributi sindacali (art. 8, comma IV, CF)

Possono o devono essere addebitati i seguenti contributi:

6.1. La contribuzione sindacale

Fino all'entrata in vigore della legge n. 13467 del 2017, l'interpretazione consolidata era nel senso che gli artt. 8, comma IV, 2a parte («[...] indipendentemente dal contributo previsto dalla legge») e 149 della Costituzione federale, avevano recepito gli artt. 545, 548 e 570 e seguenti del CLT. In altre parole, restava inteso che il versamento di tale contributo era obbligatorio per tutta la categoria, comprendendo tanto gli associati quanto i non associati al sindacato.

L'art. 545 del CLT stabiliva nella sua precedente formulazione che «I datori di lavoro sono tenuti a trattenere dalle buste paga dei propri dipendenti, purché da questi debitamente autorizzati, i contributi dovuti al sindacato, quando da questo notificati, ad eccezione del contributo sindacale, la cui trattenuta è indipendente da tali formalità». Come contropartita, i sindacati non potevano, ad esempio, richiedere alcun contributo per l'omologazione della cessazione del contratto di lavoro (art. 477, comma 7, CLT, abrogato).

La citata legge ha abrogato la contribuzione sindacale obbligatoria e l'omologazione della cessazione del rapporto di lavoro, rendendola facoltativa, attraverso una nuova formulazione all'art. 545, il quale dispone ora che «I datori di lavoro sono tenuti a trattenere dalle buste paga dei propri dipendenti, purché

17 Nel caso in cui si postulino diritti soggettivi eterogenei, sarà necessario limitare il numero dei sostituiti.

da questi debitamente autorizzati, i contributi dovuti al sindacato, quando da questo notificati».

Pertanto, il contributo sindacale previsto dall'art. 548, comma I, CLT, è diventato facoltativo e non deve essere confuso con il contributo di assistenza del sindacato agli iscritti e ai lavoratori che lo autorizzano.

Pur essendo facoltativo, il contributo sindacale incide sulle attività obbligatoriamente svolte dal sindacato per la categoria: la partecipazione a convenzioni o contratti collettivi, nonché la partecipazione a scioperi e altri interventi obbligatori, come la presentazione di una controversia collettiva di comune accordo con un sindacato avversario.

6.2. La contribuzione alla confederazione

Si tratta della contribuzione istituita dall'art. 8, comma IV, 1a parte, della Costituzione del 1988 che è norma pienamente efficace che interpretata congiuntamente al comma V deve essere intesa come produttiva di obblighi nei soli confronti degli iscritti al sindacato al fine di contribuire al finanziamento del sistema federativo.

Ai sensi del Precedente vincolante n. 40 del STF, «Il contributo confederale di cui all'art. 8, comma IV, della Costituzione federale è richiesto soltanto agli iscritti la rispettivo sindacato».

Nella stessa ottica, il Precedente normativo n. 119 della Sezione sulle Controversie Collettive del TST:

Contributi sindacali. Inosservanza dei precetti costituzionali. La Costituzione della Repubblica, agli articoli 5, XX e 8, V, garantisce il diritto alla libera associazione e sindacalizzazione. Si pone in conflitto con questo tipo di libertà la clausola contenuta in un contratto collettivo o convenzione o sentenza normativa che stabilisce un contributo a favore di un organismo sindacale a titolo di imposta per il costo del sistema confederale, assistenziale, il rinvigorismento o il rafforzamento dei sindacati e di altri organismi dello stesso tipo, obbligando i lavoratori non sindacalizzati. Risultando nulle le clausole che non rispettano questo limite, gli importi irregolarmente trattenuti sono passibili di restituzione.

E nello stesso senso anche l'orientamento giurisprudenziale n. 17 della Sezione sulle Controversie Collettive del TST:

Contributi ai sindacati. Incostituzionalità della sua estensione anche ai non iscritti. Le clausole collettive che stabiliscono contributi a favore di un ente sindacale, a qualsiasi titolo, obbligando i lavoratori non sindacalizzati, violano il diritto di libera associazione e sindacalizzazione, costituzionalmente garantito, e, pertanto, sono affette da nullità, con conseguente restituzione dei rispettivi valori eventualmente trattenuti.

6.3. Contributo associativo (mensilità sindacale)

Obbligatorio per gli iscritti al sindacato, il contributo associativo serve a finanziare i servizi offerti dal sindacato, come i soggiorni feriali, l'assistenza medica, ecc. L'importo deve essere approvato dall'Assemblea Generale, ai sensi dello Statuto (art. 548, CLT).

Si prega di notare che, una volta autorizzata dal dipendente, la trattenuta salariale deve essere effettuata dall'azienda, che è tenuta a versarne l'importo al rispettivo sindacato (art. 545, CLT) (cfr. TST-PN n.119 e TST-OJ-SDC n. 17, sopra menzionate).

6.4. Contributo di solidarietà o di assistenza

Questa tipologia di contribuzione ha lo scopo di finanziare le attività di assistenza del sindacato, come le azioni del sindacato nella difesa individuale o collettiva dei diritti della categoria.

Previsto dall'art. 545 del CLT, questa contribuzione obbliga soltanto i soci ed i dipendenti non soci che autorizzano la trattenuta.

Secondo la giurisprudenza del STF, e in particolare il Precedente vincolante n. 666, e del TST (Precedente normativo n. 119 e Guida giurisprudenziale n. 17 della DSC/TST), l'obbligo di trattenere i contributi di assistenza per i dipendenti non sindacalizzati viola il principio costituzionale della libertà di associazione, previsto dall'art. 5°, comma XX, della Costituzione federale.

Tuttavia, il Supremo Tribunale Federale, in una recente decisione, ha conferito effetto modificativo alle dichiarazioni depositate nell'ARE 101859, *leading case* del Tema 935 (contributi assistenziali), stabilendo la seguente tesi giuridica: «La previsione, mediante accordo o convenzione collettivo, di contributi di assistenza imposti a tutti i dipendenti della categoria, anche non sindacalizzati, è costituzionale purché sia garantito il diritto di opposizione».

Secondo le informazioni tratte dal sito della Corte Suprema, l'Eccellentissimo Giudice Gilmar Mendes, relatore, nell'esaminare le suddette questioni, ha ritenuto che:

la cessazione della contribuzione sindacale obbligatoria abbia inciso sulla principale fonte di finanziamento delle organizzazioni sindacali. Di conseguenza, i sindacati si sono ritrovati privi di risorse e i lavoratori, di conseguenza, hanno perso l'accesso a questa istanza di deliberazione e negoziazione collettiva. Pertanto, la possibilità di creare contributi di assistenza, destinati innanzitutto a finanziare la contrattazione collettiva, insieme alla garanzia del diritto di opposizione, assicura l'esistenza del sistema sindacale e la libertà di associazione.

La tesi giuridica stabilita dal STF affronta, quindi, solo i contributi di assistenza o tassa assistenziale (art. 513, CLT), che hanno lo scopo di assicurare il finanziamento della contrattazione collettiva, trattandosi di una finalità diversa

dai contributi confederali, che sono destinati a finanziare il sistema confederale di rappresentanza sindacale o professionale (art. 8, comma IV, CF).

Tale sentenza, di carattere vincolante, ha reso inefficace l'orientamento delineato nel Precedente Normativo 119 del TST e nella GU n. 17 della DSC, limitatamente al contributo di assistenza.

Resta però da vedere come il non iscritto potrà esercitare il diritto di opposizione, se entro un termine concesso al singolo lavoratore o alla maggioranza dei lavoratori che, anche senza essere associati, si oppongono alla contribuzione nell'assemblea generale della categoria.

È importante sottolineare che, pur senza confondere Consigli Professionali e sindacati, la legge n. 8906 del 1994, all'art. 47, ha stabilito un'esenzione per gli avvocati: «il pagamento del contributo annuale all'Ordine Brasiliano degli Avvocati esonera i relativi iscritti dall'obbligo di pagamento del contributo sindacale». Questa disposizione è stata considerata costituzionale dal STF nella sentenza ADI n. 2522/DF (DJ 18.08.2006), nell'azione promossa dalla Confederazione nazionale delle libere professioni, il cui voto principale è stato dato dal giudice Eros Grau¹⁸.

Gli altri liberi professionisti hanno la facoltà di versare il contributo sindacale al sindacato rappresentativo della categoria prevalente nell'azienda in cui lavorano o a quello della loro professione (art. 585, CLT).

Il contributo sindacale facoltativo è ripartito tra più enti, e la legge stabilisce che sia così suddiviso:

- 5% (cinque per cento) per la confederazione corrispondente;
- il 10% (dieci per cento) alla centrale sindacale;
- il 15% (quindici per cento) alla federazione;
- il 60% (sessanta per cento) al rispettivo sindacato;
- il 10% (dieci per cento) per il «Conto Speciale per l'Occupazione e il Salario» (CEES).

7. Libertà di associazione (art. 8, comma V, CF)

Il comma V dell'art. 8 è espressione della libertà di riunione e di associazione, entrambe previste dall'art. 5, commi XVI e XVII, della Costituzione Federale.

18 «Azione diretta di incostituzionalità. Art. 47 della legge federale n. 8906 del 1994. Statuto della professione forense e contributo annuale all'Ordine Brasiliano degli Avvocati. Esenzione dal pagamento obbligatorio della quota sindacale. Violazione degli artt. 5, commi I e XVII; 8, commi I e IV; 149; 150, §6; e 151, della Costituzione del Brasile. Non sussistenza. [...] Il testo in questione non costituisce una violazione dell'indipendenza sindacale, in quanto non è espressivo di ingerenza e/o intervento statale nell'organizzazione dei sindacati. La tesi secondo cui la norma impugnata sottrae al sindacato la sua fonte essenziale di finanziamento non la suffraga. Occorre rimuovere la violazione al precetto della libertà di associazione. Il testo impugnato non ostacola la libertà degli avvocati. Richiesta respinta in quanto infondata».

Nessuno è obbligato ad aderire o a rimanere associato ad un sindacato. Ma, una volta che sei affiliato, come iscritto sei obbligato alla contribuzione dell'organismo al quale hai aderito.

Nell'ambito dei sindacati di categoria ai quali gli iscritti sono affiliati per ragioni di identità o connessione a fini della difesa dei rispettivi interessi, è ammessa la possibilità di dissociarsi per la formazione di ulteriori e distinti sindacati (art. 571, CLT).

8. Partecipazione dei sindacati alla contrattazione collettiva di lavoro (art. 8, comma VI, CF)

A livello internazionale, il contratto collettivo è ampiamente riconosciuto dalla Raccomandazione n. 91 dell'OIL, come lo strumento:

concluso tra un datore di lavoro, un gruppo di datori di lavoro o più organizzazioni che rappresentano i lavoratori o, in mancanza di tali organizzazioni, rappresentanti dei lavoratori interessati, debitamente eletti e autorizzati da questi ultimi, conformemente alla legislazione nazionale.

Sul piano nazionale, il concetto adottato dalla Costituzione del 1988 è espresso nell'art. 611 del CLT. La valorizzazione contemporanea delle soluzioni negoziate per i conflitti collettivi di lavoro è in linea con quanto stabilito nella Convenzione n. 98 dell'OIL, ratificata dal Brasile, e in particolare:

Art. 4. Ove necessario, devono essere adottate misure adeguate alle condizioni nazionali per incoraggiare e promuovere lo sviluppo e l'uso più vasti di procedimenti di negoziazione volontaria di convenzioni collettive fra i datori di lavoro e le organizzazioni di datori di lavoro da un lato, e le organizzazioni di lavoratori dall'altro, allo scopo di regolare con questo mezzo le condizioni di impiego.

La Convenzione n. 154 dell'OIL sulla promozione della contrattazione collettiva, in vigore a livello nazionale dal 1993, definisce la contrattazione collettiva nel suo articolo 2:

Art. 2 Ai fini della presente Convenzione, il termine *contrattazione collettiva* si applica a tutti i negoziati che avvengono tra un datore di lavoro, un gruppo di datori di lavoro o una o più organizzazioni dei datori di lavoro da una parte, e una o più organizzazioni dei lavoratori dall'altra, al fine di determinare le condizioni di lavoro e di impiego; o regolare i rapporti tra i datori di lavoro e i lavoratori; o regolare i rapporti tra i datori di lavoro o le loro organizzazioni e una o più organizzazioni dei lavoratori, o perseguire questi obiettivi congiuntamente.

Questo strumento può esprimersi mediante negoziazioni promosse dai cosiddetti rappresentanti aziendali (Convenzione n. 135), purché «l'esistenza di questi rappresentanti non sia utilizzata a scapito delle organizzazioni dei lavoratori interessate».

In Brasile, il nome di “convenzione collettiva” o “accordo collettivo” viene dato al risultato della negoziazione diretta tra lavoratori, o della negoziazione assistita da un mediatore.

La convenzione collettiva è il risultato delle negoziazioni tra i sindacati delle categorie economiche e professionali ed è intersindacale, mentre gli accordi collettivi sono stabiliti tra un sindacato di categoria professionale e una o più aziende di categoria economica e sono infraimprese (art. 611 CLT).

Secondo Délio Maranhão:

ciò che è importante affinché si possa parlare di convenzione collettiva è che, nel conflitto di interessi risolto dall'accordo, siano coinvolti gli interessi collettivi di un gruppo di lavoratori in quanto tale e che, quindi, la soluzione abbia carattere normativo, a vantaggio di coloro che partecipano o parteciperanno a questo gruppo ancora limitato

La Costituzione Federale del 1988, oltre a sottolineare nel preambolo l'impegno dello Stato brasiliano per la risoluzione pacifica dei conflitti, riconosce espressamente la validità degli accordi e delle convenzioni collettive (art. 7, comma XXVI), stabilendo inoltre che il tentativo di utilizzare questi strumenti normativi è requisito di ammissibilità della controversia collettiva e di non abusività dello sciopero.

La Costituzione federale ha escluso la possibilità che gli accordi collettivi possano essere conclusi da gruppi di lavoratori, come comitati sullo sciopero, commissioni sui salari, ecc., intendendo in questo modo non recepire quanto previsto dall'art. 617, § 1, della CLT quando autorizza gli interessati proseguire direttamente nelle trattative in assenza od omissione del sindacato, della federazione e della confederazione.

Non è necessario richiedere la partecipazione del sindacato dei datori di lavoro per stipulare un accordo collettivo, così come nel caso in cui il datore di lavoro sia un ente pubblico, poiché l'art. 7, comma XXVI, della Costituzione riconosce gli accordi collettivi di lavoro e recepisce l'art. 611, § 1, del CLT nel quale è garantita la possibilità di stipulare contratti collettivi tra sindacati rappresentativi di categorie professionali e una o più imprese della corrispondente categoria economica.

Le convenzioni e gli accordi collettivi sono atti giuridici formali, richiedono la forma scritta (*ad substantiam*), hanno carattere normativo, in considerazione delle clausole che regolano con efficacia *erga omnes* le condizioni di lavoro per una determinata categoria (sindacalizzata e non) su determinate basi territoriali di rappresentatività dei sindacati stipulanti o aderenti. Si tratta, in sintesi, di fonti

formali del diritto del lavoro per una determinata categoria in una determinata area geografica coperta dalla rappresentatività sindacale, stabilendo le condizioni per i singoli contratti in vigore e per quelli formati nel corso della sua vigenza.

Oltre alle clausole normative, le convenzioni e gli accordi collettivi contengono clausole obbligatorie, che creano diritti e obblighi solo per le parti stipulanti o aderenti¹⁹, come, ad esempio, le clausole che creano una commissione paritetica per lo studio sulle condizioni di lavoro²⁰.

La vigenza e l'efficacia delle convenzioni e accordi collettivi non dipendono dal deposito previsto dall'art. 614 e § 1 della CLT, il quale, interpretato in maniera conforme alla Costituzione Federale, assume la funzione di garantire uno strumento di pubblicizzazione delle norme collettive, senza condizionarne la validità posto che il riconoscimento delle norme collettive è direttamente assicurato dalle norme costituzionali. Pertanto, le norme concordate dai sindacati non sono vincolate al deposito presso il Ministero del Lavoro, essendo l'autonomia privata collettiva garantita dall'art. 8, comma 1. In questo senso si è espressa la giurisprudenza del TST, il cui parere orientativo espresso dal giudice Vieira de Mello Filho ha evidenziato che l'interpretazione dell'art. 614 del TST ha la finalità di renderlo compatibile con la Costituzione²¹.

Molto si è discusso in merito alla possibilità che gli accordi e le convenzioni collettive abbiano efficacia ultrattiva ovvero siano efficaci anche dopo la relativa scadenza, come previsto dal Precedente vincolante, poi sospeso, n. 277 del TST.

Sul piano normativo, l'art. 1, § 1, della legge n. 8542 del 1992, stabiliva che «Le clausole degli accordi, convenzioni o contratti collettivi di lavoro integrano i contratti individuali di lavoro e possono essere ridotte o soppresse solo con successivo accordo, convenzione o contratto collettivo di lavoro».

19 Cfr. O. BUONO MAGANO, *Direito Coletivo do Trabalho*, San Paolo, LTr, 2001, p. 156; D. MARANHÃO, *Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, FGV, 1982, p. 330; O. G. ELSON GOTTSCALK, *Curso de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 595 e 610; A. M. NASCIMENTO, *Curso de Direito do Trabalho*, San Paolo, Saraiva, 2013.

20 Cito anche, a titolo di esempio, una clausola contenuta nel Contratto Collettivo del 2005: *Clausola n° 66 – Movimentazione del personale – Informação* – L'Azienda informerà mensilmente la FUP e ogni sindacato degli spostamenti del personale avvenuti nella propria base territoriale (http://www.fup.org.br/sistema_petrobras.htm).

21 «La Costituzione [...] ha profondamente alterato l'organizzazione sindacale e l'autonomia delle parti ai fini della negoziazione collettiva, stabilendo principi rigorosi che vietano l'intervento del Potere Pubblico in tali rapporti e che riconoscono le convenzioni e gli accordi collettivi, favorendo la contrattazione [...]. Nella sistemática della CLT l'intervento e il controllo dello Stato erano molto forti sulla negoziazione collettiva ed erano presenti in numerosi precetti che non furono recepiti nella nuova Costituzione [...]. Attualmente, tuttavia, l'organizzazione e il funzionamento del sistema sindacale brasiliano non necessitano di alcuna autorizzazione o riconoscimento da parte dello Stato, che invece prima esisteva [...], assumendo autonoma efficacia le norme e le condizioni di lavoro negoziate tra le parti [...] che creano diritti e obblighi dal momento della stipulazione dell'atto collettivo» (E-ED-RR n. 563420/1999.3. SDI-I. Notícia TST, 14.11.2007. «La validità del contratto collettivo non dipende dal deposito nel MTE»).

Il diritto positivo ammetteva quindi la possibilità di integrazione dei contratti individuali di lavoro vigenti al momento dell'adozione della norma collettiva dopo la scadenza del relativo periodo di validità. Tuttavia, la Misura Provvisoria n. 274-73 del 2001 (poi convertita in legge n. 10192 del 2001) ha revocato il suddetto precetto giuridico. E, nella sentenza ADPF (323), il STF si è pronunciato per la sospensione dell'art. 17 della Misura Provvisoria, ma nel merito ha mantenuto la validità di tale articolo, determinando l'abrogazione definitiva (legge n. 10192 del 2001) del § 1 dell'art. 1 della legge n. 8542 del 1992.

È stata così rimossa l'ultrattività, ma è stata confermata la validità delle clausole preesistenti (ovvero quelle pattuite collettivamente nel periodo immediatamente precedente, attraverso libera negoziazione o in modo eteronomo), anche se la giurisprudenza non sembra più ammettere la validità delle cosiddette clausole storiche dopo l'entrata in vigore della legge n. 13467 del 2017 (TST-RO-4-72.2019.5.10.0000, Rel. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 22/10/2021).

La legge n. 13467 del 2017 ha eliminato l'ultrattività delle norme collettive (la validità massima di una convenzione o contratto collettivo è di due anni, restando vietata l'ultrattività ai sensi dell'art. 614, comma 3, CLT) e ha stabilito all'art. 611-A che «La convenzione collettiva e il contratto collettivo di lavoro prevalgono sulla legge» quando trattano le materie ivi elencate.

È stato stabilito al §1 dell'art. 611-A che «Nell'esame della convenzione collettiva o dell'accordo collettivo di lavoro, la Giustizia del Lavoro osserverà il disposto del §3 dell'art. 8» dello stesso CLT; al §2, che «L'assenza di un'espressa indicazione delle reciproche contropartite nella convenzione collettiva o nell'accordo collettivo di lavoro non ne determina la nullità in quanto non configura un vizio del negozio giuridico»; al §3, che «Se è convenuta una clausola che riduce la retribuzione o l'orario di lavoro, la convenzione collettiva o l'accordo collettivo di lavoro dovranno prevedere la protezione dei lavoratori contro il licenziamento ingiustificato durante il periodo di validità della clausola collettiva»; al §4, che «In caso di ricorso per l'annullamento di una clausola della convenzione collettiva o di un accordo collettivo di lavoro, quando esiste una clausola risarcitoria, anche questa deve essere annullata, senza ripetizione dell'indebito»; e al §5, che «I sindacati che stipulano convenzioni collettive o accordi collettivi di lavoro devono partecipare, come litisconsorti necessari, alle azioni individuali o collettive che hanno ad oggetto l'annullamento delle relative clausole».

Inoltre, l'art. 611-B ha stabilito che «costituisce oggetto illecito di una convenzione collettiva o di un accordo collettivo di lavoro, esclusivamente, la soppressione o la riduzione» sostanzialmente dei diritti previsti dall'art. 7 della Costituzione federale. E, oltre a questi, degli altri diritti indisponibili, come la stabilità, i diritti dei minori e delle persone con disabilità e i diritti di tutela delle donne, degli anziani e dei titolari di quote.

In questa prospettiva la giurisprudenza del TST è ormai consolidata, come testimoniano le seguenti recenti sentenze:

Ricorso ordinario del sindacato dei datori di lavoro nell'azione di annullamento avanzata dal Pubblico Ministero del Lavoro nella vigenza della legge n. 13467 del 2017. (...) Clausola della convenzione collettiva di lavoro del 2018/2020, sottoscritta dai sindacati convenuti. Illegittimità in quanto dispositiva di interessi diffusi non suscettibili di negoziazione collettiva. Settore della Sicurezza e Vigilanza. Quota per l'assunzione di giovani apprendisti. Possibilità di riduzione della base di calcolo. La decisione impugnata ha dichiarato la nullità della clausola 53^a dell'accordo impugnato che prevede la possibilità di flessibilizzare quanto previsto dall'art. 429 del CLT, autorizzando le imprese del settore della sicurezza e sorveglianza ad assumere il numero di giovani apprendisti previsto dalla legge esclusivamente in base al numero dei lavoratori addetti all'attività amministrativa. Infatti, l'art. 429 CLT è incluso nell'elenco tassativo dell'art. 611-CLT, al comma XXIV, come disposizione che non può essere oggetto di deroga in sede di negoziazione collettiva. Va tuttavia osservato che la clausola contestata dal Pubblico Ministero del Lavoro eccede i limiti di legge per un altro motivo, la cui valutazione precede il merito della domanda, e cioè la legittimazione dei soggetti stipulanti a sottoscrivere la norma collettiva in questione. In effetti, la giurisprudenza di questa Sezione Specializzata continua ad affermare pacificamente l'invalidità della clausola normativa che intervenga su interessi diffusi in quanto non suscettibili di negoziazione collettiva in assenza di legittimo intervento su di essi da parte del sindacato ai sensi degli artt. 611 del CLT, 104, comma I, del Codice Civile, 81, comma II, e 83, comma I, della legge n. 8078 del 1990. Precedenti. In tal caso, la norma in esame, modificando la base di calcolo della quota prevista dall'art. 429 del CLT, non si riferisce a interessi o diritti collettivi, bensì ad interessi diffusi riguardando lavoratori indeterminati e ancora in fase di apprendistato. Occorre quindi confermare la decisione regionale, sebbene sulla base di una diversa motivazione. Ricorso ordinario esaminato e non accolto. Clausola della stessa norma collettiva che stabilisce la proporzione di 4x2. Estensione dell'orario di lavoro. Prevalenza sul disposto dell'art. 59, §2, CLT. Mancato rispetto dei limiti previsti dagli artt. 7, comma XIII, CF/88 e 611-A, comma I, CLT. Sulla base del giudizio svolto dalla Corte Regionale con riguardo all'esame della dimostrazione resa dal Pubblico Ministero del Lavoro, in primo luogo, è chiaro che l'art. 69, comma 7, nel fissare la scala dei 4 giorni di lavoro e dei 2 giorni di riposo, non rispetta i limiti giornalieri e settimanali costituzionalmente previsti (art. 7, XIII, della CF/88) per la validità dell'accordo riguardante la giornata lavorativa, nel rispetto dei termini permissivi contenuti negli artt. 59, §2, e 611-A, comma I, del CLT. In mancanza del rispetto dei limiti stabiliti da questa disposizione della legge ordinaria introdotta dalla già citata riforma del lavoro del 2017, è inevitabile riconoscere la non prevalenza in materia della norma negoziata rispetto alla legge. Ricorso ordinario esaminato e non accolto. Clausola del Contratto Collettivo di lavoro che sopprime la pausa intra-lavorativa. Prevalenza sul precetto di cui all'art. 71 del CLT. Mancato rispetto del periodo minimo di riposo e di pausa pranzo imposto dall'art. 611-A, comma III, CLT. Per le medesime ragioni, è manifestamente nulla, tenuto conto del divieto di legge previsto dall'art. 611-A, capo III, del CLT, la clausola di soppressione del riposo e delle pause pasto. La legge n. 13467/2017, che ha introdotto la prima riforma del lavoro, ha previsto la possibilità di rendere più flessibile la pausa in-

fragiornaliera stabilita dall'art. 71 del CLT, purché sia rispettato il limite minimo di trenta minuti per orari di lavoro superiori a sei ore, come nel caso di specie. Per questa ragione, in particolare, non è possibile ammettere la prevalenza della clausola del contratto collettivo sulle disposizioni di legge in materia. Precedente. Ricorso ordinario esaminato e non accolto (ROT-20044-43.2019.5.04.0000, Sezione specializzata in controversie collettive, Giudice relatore Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 14/02/2024).

Ricorso ordinario del sindacato soccombente dei datori di lavoro. Azione di annullamento promossa dal Pubblico Ministero del lavoro in applicazione della legge n. 13467/2017. Clausola 18ª del contratto collettivo di lavoro. Stabilità provvisoria. Infortunio sul lavoro. Tempo di sospensione del rapporto del lavoratore riabilitato superiore a 30 giorni come condizione per la concessione del beneficio legale. Soppressione o riduzione del diritto. Oggetto illecito della contrattazione collettiva. Art. 611-B del CLT. Impossibilità di flessibilizzazione dell'art. 118 della legge n. 8213/90. Ai sensi del comma XVII dell'art. 611-B del CLT, costituisce un oggetto illecito della negoziazione collettiva la soppressione o anche la riduzione dei diritti garantiti dalle "norme di salute, igiene e sicurezza sul lavoro previste dalla legge o da norme regolamentari del Ministero del lavoro (inclusa dalla legge n. 13467 del 2017)". Questa è l'intento delle corrispondenti garanzie individuali stabilite ai commi XII e XXVIII dell'art. 7 della Costituzione Federale. Per questo motivo, si rivela invalida la formulazione della impugnata clausola 18ª del disposto normativo evidenziato in tali atti, che limita il godimento della stabilità provvisoria derivante da infortunio sul lavoro da parte del lavoratore riabilitato alla sola ipotesi in cui il suo periodo di assenza sia superiore a 30 (trenta) giorni, il che contraddice l'art. 118 della legge n. 8213/90, disposizione che non prevede tale condizione per la concessione del beneficio previdenziale. La decisione impugnata è conforme non solo con le norme costituzionali e di legge ordinarie indicate, ma anche con la posizione predominante contenuta nel precedente 378 di questa Corte. Ricorso ordinario esaminato e non accolto. Obbligo di fare in sede di azione di annullamento. Diffusione di copie della decisione in locali pubblici e di facile accesso quotidiano a tutta la categoria di lavoratori. Impossibilità. Natura giuridica costitutiva negativa. La determinazione d'ufficio della pubblicazione della sentenza in luogo pubblico e di facile accesso quotidiano ai lavoratori della categoria è infatti priva di supporto giuridico, considerato che l'art. 867 del CLT prevede solo due forme di pubblicità delle decisioni assunte dagli organi giudiziari che compongono il Tribunale del lavoro, e cioè, mediante registrazione postale indirizzata alle parti o ai loro difensori oppure mediante pubblicazione su un giornale ufficiale, che deve ritenersi sufficiente a garantirne la conoscenza a tutte le altre parti interessate. Inoltre, va osservato che la giurisprudenza di questa Sezione specializzata sulle Controversie Collettive è nel senso della non ammissibilità dell'imposizione di un obbligo di fare in sede di azione di annullamento di una clausola collettiva, stante l'incompatibilità dello strumento giurisdizionale avente natura di domanda al solo fine di realizzare effetti costitutivi negativi. Precedenti. Ricorso ordinario esaminato e parzialmente accolto (RO-1124-44.2018.5.08.0000,

Sezione Specializzata in Controversie Collettive, Giudice relatore Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 23/08/2023).

Controversia collettiva di natura economica. Ricorso ordinario del sindacato dell'industria delle costruzioni edili dello Stato di San Paolo – SINICESP. 1) Clausola 23^a – Integrazione dell'indennità di malattia. Questa Sezione Specializzata ha assunto una posizione consolidata che esclude la possibilità dell'accoglimento da parte del Tribunale del Lavoro della domanda consistente nella introduzione di clausola che preveda l'integrazione dell'indennità di malattia a carico del datore di lavoro che comporti un onere finanziario straordinario per la categoria economica. Clausole di questa natura possono essere introdotte soltanto attraverso una sentenza normativa fondata su una norma preesistente che nel caso di specie non sussiste. Si dispone l'accoglimento del ricorso ordinario volto ad escludere il riconoscimento della clausola attraverso una sentenza normativa 2) Clausola 54^a – Stabilità per i portatori del virus HIV e affetti da patologia tumorale. La clausola stabilita dal Tribunale Regionale del Lavoro introduce un beneficio di elevata rilevanza sociale in ipotesi di comprovata condizione di estrema difficoltà degli individui portatori del virus HIV o affetti da tumore maligno (cancro). Va inoltre rilevato che la regola è in linea con il contesto generale delle norme del nostro ordinamento, che intende il lavoratore come individuo inserito in una società che assicura i valori sociali del lavoro, la dignità della persona umana e la funzione sociale della proprietà (artt. 1, commi III e IV; 5, caput e comma I; e 170, commi III e VIII, CF). Inoltre, non va dimenticato che fa parte dell'impegno del Brasile, anche nell'ordinamento internazionale (Convenzione OIL n. 111), rifiutare ogni forma di discriminazione sul posto di lavoro. La clausola, peraltro, è corroborata dalla giurisprudenza di questa Corte Superiore, la quale ha già stabilito che si presume discriminatorio il licenziamento di un dipendente affetto da una malattia grave o dal virus HIV (precedente 443 del TST), trattandosi di un atto invalido che implica al contempo il diritto del lavoratore irregolarmente licenziato alla reintegrazione. Rigettato il ricorso ordinario, sotto questo aspetto, per confermare la clausola nella sentenza normativa. 3) Clausola 43^a - Tirocinio. Il §2, nella parte finale, dell'art. 114 dell'attuale Costituzione stabilisce che, nelle controversie collettive di natura economica, la Giustizia del lavoro può "decidere il conflitto, nel rispetto delle norme minime di legge a tutela del lavoro, nonché di quelle convenzionali precedenti". Come si può vedere, la Costituzione ha stabilito un chiaro quadro normativo, non un limite legale. Tuttavia, l'esercizio di tale funzione giurisdizionale atipica (potere normativo) deve essere guidato dai limiti imposti dall'ordinamento giuslavoristico, uno dei quali è il giudizio di equità inerente alle controversie collettive (art. 766 CLT), così come il criterio del mantenimento delle condizioni di lavoro preesistenti, menzionato nella Costituzione federale. Secondo la giurisprudenza di questa Sezione Specializzata, le clausole preesistenti che delimitano la condizione previamente disciplinata, sono quelle discusse e fissate mediante libera negoziazione tra le parti in un accordo o convenzione collettiva o sentenza normativa di omologazione dell'accordo. Pertanto, se la rivendicazione della categoria professionale è supportata da una clausola preesistente, essa deve

essere accolta e precisata nella sentenza normativa. D'altro canto, è consolidata anche l'interpretazione secondo la quale la creazione di condizioni di lavoro che impongano un onere economico straordinario in capo al datore di lavoro non rientra nei limiti della potestà normativa di questa Sezione Specializzata se la pretesa lavorativa non è supportata da una preesistente norma (vale a dire se non esiste analoga norma in un contratto collettivo, in una convenzione collettiva o in una sentenza normativa di omologazione dell'accordo). Non sussiste in realtà uniformità di opinioni ed è ancora dibattuto se nei limiti del potere normativo conferito alla giustizia del lavoro possa ammettersi la possibilità di determinare in una sentenza normativa clausole che riproducano norme giuridiche già esistenti o che creino disposizioni ad esse complementari nell'ambito di un vuoto o lacuna legislativa (senza creare una nuova obbligazione destinata ad assumere valore legale comportante un straordinario onere finanziario a carico del datore di lavoro). Su questa specifica questione, infatti, non esiste una posizione definitiva e la giurisprudenza della Sezione Specializzata del Tribunale Supremo del Lavoro e vi sono diverse sentenze della Corte di segno opposto: talvolta nel senso che non è necessaria la mera riproduzione o integrazione del dispositivo legale nella sentenza normativa; talaltra, stabilendo che una clausola di questo tipo, quando è complementare alle prescrizioni giuridiche, può essere utile e rientra nell'ambito del potere normativo. In proposito, è noto che il Supremo Tribunale Federale, nel giudizio su RE-197.911/9, nell'esprimere il proprio parere sulla competenza attribuita alla giustizia del lavoro dall'art. 114, comma 2, CF, ha precisato che le clausole stabilite in una sentenza normativa non possono prevalere o contraddire la normativa vigente. Questa Sezione Specializzata ha stabilito che, in generale, l'istituzione di una clausola che riproduca o integri un obbligo giuridico già esistente, purché non invada lo spazio del potere legislativo (non crei un nuovo obbligo coperto da riserva legale), rientra nei limiti del potere normativo della giustizia del lavoro. In tali ipotesi, oltre a confermare e rafforzare l'obbligo giuridico, o delimitare il proprio ambito di applicazione nell'ambito specifico dei rapporti di lavoro ai quali si riferisce la sentenza normativa, la clausola comporta altresì l'applicazione in caso di inosservanza del relativo precetto della speciale sanzione derivante dalla stessa norma collettiva (clausola penale). La certezza giuridica viene ampliata senza superare i limiti del potere normativo o innovare a livello legislativo. Va osservato che, seguendo questa linea di interpretazione, la giurisprudenza di questa Corte si è consolidata nel senso che "è applicabile la multa prevista da una fonte normativa (sentenza normativa, convenzione o contratto collettivo) in caso di mancato adempimento di un obbligo previsto dalla legge, anche ove la disposizione collettiva sia una mera ripetizione della norma legale" (Precedente Vincolante n. 384, II/TST). Nel caso in esame, la Clausola 43ª - Tirocinio, stabilita dal Tribunale d'origine in base alla potestà normativa, prevede che "Le aziende agevoleranno il tirocinio dei propri dipendenti studenti, in corsi di formazione tecnica e/o superiore, nell'ambito delle rispettive specializzazioni, osservando le disposizioni della legge n. 11788/2008". Il precetto crea solo una disposizione complementare, nel vuoto legislativo della legge n. 11788/2008, che non prevedeva nulla in merito all'agevolazione, da parte dell'Azienda, dello svolgimento di tirocini da parte dei propri dipendenti che siano studenti di istituti tec-

nici e/o superiori. Occorre rilevare che non si prevede la creazione di una nuova obbligazione, né di un onere finanziario straordinario, trattandosi in verità di un mero comando programmatico volto a incentivare i datori di lavoro (concedenti il tirocinio) sottoposti alla sentenza normativa a onorare la qualificazione e la specializzazione dei propri dipendenti studenti, senza lasciare spazio a deviazioni dalle disposizioni legali in materia (legge n. 11788/2008). L'accoglimento della domanda rientra, quindi, nei limiti del potere normativo del giudice del lavoro. Si respinge il ricorso, in tal senso, per mantenere la clausola nella sentenza normativa. 4) Clausola 45^a – Persone con necessità speciali (disabili). Nel caso in esame, la Clausola 45^a – Persone con necessità speciali, concessa dal Tribunale di origine sulla base del potere normativo, prevede che “l’impresa si impegna a non applicare restrizioni all’ammissione delle persone con disabilità fisica, a condizione che le circostanze tecniche, materiali e amministrative lo consentano”. La norma non comporta la creazione di alcun nuovo obbligo, né crea un onere finanziario straordinario per il datore di lavoro. La clausola, infatti, non fa altro che ribadire un orientamento generale del nostro ordinamento giuridico – promuovere l’inclusione sociale delle persone con disabilità (Convenzione OIL n. 111; Convenzione di New York sulle persone con disabilità; legge n. 13146/2015; art. 93 della legge n. 8213/91) –, con l’obiettivo di rafforzarne l’osservanza nell’ambito dei rapporti di lavoro. L'accoglimento della domanda rientra, quindi, nei limiti del potere normativo del giudice del lavoro. Si respinge il ricorso, in tal senso, per mantenere la clausola nella sentenza normativa. (...) (RO-1002004-84.2018.5.02.0000, Sezione specializzata sulle controversie collettive, Giudice relatore Mauricio Godinho Delgado, DEJT 05/06/2022).

9. Iscritti pensionati e diritto di voto (art. 8, comma VII, CF)

Finché è iscritto al sindacato, il pensionato ha il diritto di partecipare alle elezioni sindacali e di ricoprire cariche elettive nella forma prevista dallo statuto.

L'interesse del pensionato è evidente, ad esempio, nelle deliberazioni riguardanti questioni relative a piani pensionistici complementari o integrativi, il cui beneficio è calcolato in funzione delle quote che costituiscono la base di calcolo della retribuzione dei lavoratori attivi.

10. La tutela del mandato sindacale (art. 8, comma VIII, CF)

Il Brasile è firmatario della Convenzione n. 98 dell'OIL sulla tutela del mandato sindacale, in vigore dal 1953, ed anche la CLT assicura all'art. 543 la tutela del mandato di rappresentanza sindacale. Tale tutela è essenziale per l'esercizio indipendente del mandato nella difesa efficace dei diritti e interessi della categoria professionale.

Pertanto, il dirigente sindacale non può essere ostacolato nell'esercizio delle sue funzioni, non può essere trasferito in una sede diversa dalla sua base

territoriale (anche se il trasferimento non comporti un cambiamento di domicilio, ai sensi dell'art. 469 del CLT), gode della garanzia dell'occupazione dal momento della registrazione della candidatura e, in caso di elezione, fino ad un anno dalla cessazione del mandato sindacale.

Esistono decisioni del TST e del STF che riconoscono la stabilità dei dirigenti dei sindacati non ancora registrati al Ministero del Lavoro e dell'Impiego (TST-RR 63900-09-2006.5.07.0007, Rel. Giudice Peduzzi, 2010, e STF RE 205.107, Rel. Giudice Sepúlveda Pertence del 1998).

Esiste una decisione del STF che riconosce la garanzia della stabilità anche al dirigente del sindacato datoriale (STF RE 217.355, Rel. Minister Maurício Corrêa, 2001).

Nonostante la Costituzione abbia assicurato l'autonomia sindacale, la giurisprudenza del TST ha interpretato la disposizione in commento in modo restrittivo, come si evince dai Precedenti Vincolati e Orientamenti giurisprudenziali che recepiscono quanto previsto dall'art. 522 del CLT, escludendo da questa garanzia i delegati sindacali ed i membri del consiglio di sorveglianza²².

22 Precedente vincolante n. 222: Direttori delle associazioni professionali. Stabilità provvisoria (Ris. n. 14/85, DJ 19.09.1985. Annullata – Ris. n. 84/98, DJ 20.08.1998) I dirigenti degli ordini professionali, legalmente registrati, godono di stabilità provvisoria nell'impiego.

Precedente vincolante n. 348: Preavviso. Concessione durante la garanzia d'impiego. Invalidità (Ris. n. 58/96, DJ 28.06.1996). La concessione del preavviso durante la garanzia dell'impiego è invalida per incompatibilità dei due istituti.

Precedente vincolante n. 379: Dirigente sindacale. Licenziamento. Colpa grave. Inchiesta giudiziaria. Necessità (Conversione dell'orientamento giurisprudenziale n. 114 della SDI-1 – Ris. n. 129/05, DJ 20.04.2005). Il dirigente sindacale può essere licenziato solo per colpa grave mediante accertamento tramite inchiesta giudiziaria ai sensi degli artt. 494 e 543, §3, della CLT (ex OJ n. 114, inserita il 20/11/1997).

Precedente vincolante n. 396: Stabilità provvisoria. Richiesta di reintegrazione. Concessione della retribuzione per il periodo di stabilità già concluso. Nessun giudizio *extra petita* (Conversione degli orientamenti giurisprudenziali n. 106 e 116, del SDI-1 – Ris. n. 129/05, DJ 20.04.2005). I – Trascorso il periodo di stabilità, al lavoratore spetta solo la retribuzione per il periodo intercorrente tra la data del licenziamento e la fine del periodo di stabilità, e non è garantita la reintegrazione nel rapporto di lavoro (ex -OJ n. 116 – Inserita il 20.11.1997). II – Non sussiste nullità per giudizio *extra petita* della decisione di concessione della retribuzione quando la richiesta è di reintegrazione ai sensi dell'art. 496 del CLT (ex -OJ n. 106 – inserita il 10/01/1997).

Precedente vincolante n. 369: Dirigente sindacale. Stabilità provvisoria (Conversione degli orientamenti giurisprudenziali n. 34, 35, 86, 145 e 266, del SDI-1 – Ris. n. 129/05, DJ 20.04.2005). I – È indispensabile la comunicazione al datore di lavoro da parte dell'organizzazione sindacale ai sensi del §5 dell'art. 543 del CLT (ex -OJ n. 34 – inserita il 29/04/1994). II – L'art. 522 della CLT, che limita a sette il numero dei dirigenti sindacali, è stata adottata dalla Costituzione federale del 1988 (ex-OJ n. 266 – inserita il 27.09.2002). III – Il dipendente di altra categoria eletto dirigente sindacale gode di stabilità solo se svolge in azienda un'attività attinente alla categoria professionale del sindacato per il quale è stato eletto dirigente (ex-OJ n. 145 – Inserito il 27/11/1998). IV – Se l'attività imprenditoriale è cessata nella base territoriale del sindacato, non vi è motivo di sopravvivenza della stabilità (ex-GU OJ n. 86 – Inserito il 28/04/1997). V – La registrazione della candidatura del dipendente al ruolo di dirigente

La richiesta di dimissioni del dirigente sindacale, per essere valida, deve rispettare il rito formale (art. 500, del CLT), applicandosi per analogia tale disposizione che condiziona il licenziamento al rispetto del medesimo rito.

sindacale durante il periodo di preavviso, anche se retribuita, non garantisce stabilità, in ragione dell'inapplicabilità del §3 dell'art. 543 del CLT (ex-OJ n. 35 – Inserito il 14/03/1994). O.J. n. 365, SDI-I, TST: Stabilità provvisoria. Membro del Consiglio di Sorveglianza del sindacato. Inesistenza (DJ 20.05.2008). I membri del consiglio di sorveglianza di un sindacato non hanno diritto alla stabilità prevista dagli artt. 543, §3, del CLT e 8, comma VIII, del CF/88, in quanto non rappresenta né agisce in difesa dei diritti della rispettiva categoria, avendo la sua competenza limitata alla vigilanza sulla gestione finanziaria del sindacato (art. 522, §2, del CLT).

O.J. n. 369, SDI-I, TST: Stabilità provvisoria. Delegato sindacale. Inapplicabile (DEJT 03.12.2008). Il delegato sindacale non è beneficiario della stabilità provvisoria prevista dall'art. 8, comma VIII, del CF/88, che si rivolge esclusivamente a coloro che esercitano o occupano incarichi dirigenziali sottoposti a processo elettivo nelle organizzazioni sindacali.

O.J. n. 24, SDI-II: Azione di rescissione. Stabilità provvisoria. Reintegrazione in un periodo successivo. Diritto limitato alle retribuzioni e indennità del periodo di stabilità (inserito il 20.09.2000). La sentenza che riconosce la stabilità provvisoria e determina la reintegrazione del lavoratore, quando sia già trascorso il rispettivo periodo di stabilità, è revocata. Nel giudizio sul recesso la condanna è limitata agli stipendi e accessori fino al termine del periodo di stabilità.

O.J. n. 63, SDI-II: Azione di urgenza. Reintegrazione. Azione cautelare (inserita il 20.09.2000). Comporta la richiesta di azione di urgenza la concessione della reintegrazione in via cautelare.

O.J. n. 64, SDI-II: Azione di urgenza. Reintegrazione concessa (inserito il 20.09.2000). La concessione della tutela anticipata per il reintegro di un dipendente protetto da stabilità provvisoria derivante da legge o norma collettiva non viola alcun diritto liquido e certo.

O.J. n. 65, SDI-II: Azione di urgenza. Reintegrazione concessa. Dirigente sindacale (inserito il 20.09.2000). Fatta eccezione per l'ipotesi dell'art. 494, CLT, la determinazione preliminare della reintegrazione nel rapporto di lavoro di un dirigente sindacale non viola il diritto liquido e certo, ai sensi del comma X dell'art. 659, del CLT.

O.J. n. 87, SDI-II: Azione di urgenza. Reintegrazione in esecuzione provvisoria. Impossibilità (annullato), DJ 22.08.2005. L'art. 899, del CLT, impedendo l'esecuzione definitiva del titolo esecutivo durante la pendenza del ricorso, pregiudica sia le esecuzioni dell'obbligo di pagare sia quelle dell'obbligo di fare. Pertanto, poiché l'obbligo di reintegrazione ha carattere definitivo, esso può essere decretato in via definitiva solo nei casi previsti dalla legge, sotto forma di provvedimento anticipato o di provvedimento specifico.

O.J. n. 137, SDI-II: Azione di urgenza. Dirigente sindacale. Art. 494, del CLT. Applicabile (DJ 04.05.2004). Costituisce diritto liquido e certo del datore di lavoro la sospensione del lavoratore, anche se dotato di stabilità sindacale, fino alla decisione finale dell'indagine nella quale viene accertata la colpa grave a lui imputata, ai sensi dell'art. 494, caput e comma unico, del CLT.

O.J. n. 142, SDI-II: Azione di urgenza. Reintegrazione concessa (DJ 05/04/2004). Non esiste un diritto liquido e certo da opporre all'atto giudiziale che, anticipando la tutela giurisdizionale, determina la reintegrazione del lavoratore fino alla decisione definitiva del processo, quando sia dimostrata la ragionevolezza del diritto soggettivo materiale, come nei casi del lavoratore amnistiato ai sensi della legge n. 8878/94, pensionato, membro della commissione di fabbrica, dirigente sindacale, portatore di malattia professionale, portatore del virus HIV o titolare della stabilità provvisoria prevista da una norma collettiva.

In caso di licenziamento, rimozione o sospensione di un dirigente sindacale è possibile emettere un'ingiunzione di reintegrazione nell'ambito del giudizio del lavoro.

11. Sindacati rurali e delle colonie di pescatori (art. 8, comma unico, CF)

Questa disposizione costituzionale, riguardante l'organizzazione dei pescatori artigianali, è stata attuata solo nel 2008 con la legge n. 11699, che ha riconosciuto le Colonie di Pescatori, le Federazioni Statali e la Confederazione Nazionale dei Pescatori come organismi di classe dei lavoratori del settore artigianale della pesca, con propria forma e natura giuridica in osservanza del principio della libertà di organizzazione previsto dall'art. 8 della Costituzione federale, affidando loro la difesa degli interessi e dei diritti della categoria.

La normativa ha stabilito che spetta alle Federazioni rappresentare i lavoratori del settore della pesca artigianale, a livello statale, e alla Confederazione, a livello nazionale, e ha lasciato libertà per la predisposizione e approvazione dei rispettivi statuti.

12. Lo sciopero (art. 9, CF)

L'esercizio del diritto di sciopero è un diritto fondamentale esplicito e deve essere esercitato in modo da rispettare altri diritti fondamentali espressi anche nella Magna Carta, come il diritto alla proprietà e il diritto al lavoro.

La dottrina qualifica lo sciopero come strumento di autodifesa che esclude l'esecuzione della prestazione – obbligo del lavoratore – ma che è giustificato come mezzo di pressione dinanzi al maggiore potere del datore di lavoro.

Nonostante le Convenzioni internazionali non si occupino specificamente dello sciopero, l'OIL riconosce il diritto di sciopero e il Comitato per la libertà di associazione ha esaminato le seguenti possibilità di sciopero: sciopero a braccia conserte, lavoro a ritmo lento, sciopero di durata inferiore alla giornata di lavoro e picchetti di sciopero²³.

Le seguenti norme internazionali riconoscono esplicitamente il diritto di sciopero: Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (art. 8); Carta Sociale Europea del 1961 (art. 6), Carta Americana delle Garanzie Sociali del 1948.

23 Vedi J.F. SIQUEIRA NETO, *op. cit.*, p. 126. Il diritto di sciopero non è specificamente disciplinato da alcuna Convenzione dell'OIL. Appare nel testo della Convenzione n. 105/57 (art. 1, lett. d) che vieta il lavoro forzato o obbligatorio come punizione per la partecipazione agli scioperi e nella Raccomandazione n. 92/51 sulla conciliazione e arbitrato volontari.

L'art. 2 della legge n. 7783/89 considera esercizio legittimo del diritto di sciopero «la sospensione collettiva, temporanea e pacifica, totale o parziale della prestazione personale di servizi in favore dei datori di lavoro».

La legge n. 7783/89 stabilisce alcuni parametri affinché l'esercizio del diritto di sciopero da parte dei lavoratori in qualsiasi attività, e non solo quelle essenziali, non comporti un ingiusto pregiudizio ai diritti dei datori di lavoro e della collettività.

Quanto alla titolarità, i sindacati assumono la funzione costituzionale di difendere gli interessi e i diritti della categoria, anche attraverso pressioni, come avviene con lo sciopero.

Dovrebbe così ritenersi incostituzionale il comma 2 dell'art. 4 della legge n. 7783/89, che demanda l'autorizzazione dello sciopero ad un comitato dei lavoratori. Questo perché la Costituzione richiede la partecipazione dei sindacati dei lavoratori alla contrattazione collettiva (art. 8, comma VI).

Gli effetti dello sciopero *ex* legge n. 7783/89, in sintesi, sono la sospensione temporanea del contratto di lavoro (art. 7) – di norma lo sciopero sospende il contratto di lavoro –, l'interruzione della prestazione senza pagamento delle retribuzioni – tuttavia si possono verificare i seguenti casi di interruzione della sospensione delle retribuzioni: quando il datore di lavoro versa spontaneamente la retribuzione; in caso di accordo di pagamento dei salari mediante convenzione o contratto collettivo, quando il Tribunale, con sentenza normativa, stabilisce la corresponsione delle retribuzioni.

Durante lo sciopero è vietato il licenziamento del lavoratore che aderisca allo stesso (art. 7, comma unico). Al datore di lavoro è inoltre fatto divieto di assumere sostituti, salvo quando non sia rispettato il numero minimo di lavoratori per lo svolgimento delle attività essenziali (art. 13), o delle attività la cui fermata causi danni irreparabili per il deterioramento irreversibile di beni, macchinari e attrezzature, nonché di quelle necessarie per la ripresa dell'attività aziendale al termine dello sciopero (art. 9). Vale la pena aggiungere che la legge consente i picchettaggi di persuasione, la raccolta fondi per lo sciopero e la divulgazione in forma pacifica delle ragioni dello sciopero movimento (art. 6 e §§).

La legge n. 7783/89 prevede inoltre i seguenti abusi: inosservanza delle previste formalità rappresentate dalla previa comunicazione al datore di lavoro e alla collettività quando si tratti di attività essenziali (artt. 3 e 13); assenza di deliberazione nell'assemblea generale della categoria all'uopo convocata (art. 4); gruppo minimo di lavoro (artt. 9 e 13); inizio dello sciopero durante il periodo di validità di una convenzione o di un contratto collettivo, fatta eccezione per i casi di modifica sostanziale dei rapporti di lavoro derivante dall'intervento sopravvenuto di un fatto nuovo o imprevisto, o per la rivendicazione del rispetto di una clausola o di una condizione di lavoro (art. 14, unico paragrafo); l'obiettivo dello sciopero non riguarda gli interessi e i diritti della categoria che lo ha proclamato.

Per quanto riguarda gli scioperi, occorre rifarsi ai precedenti vincolanti e agli orientamenti giurisprudenziali del TST²⁴.

Vale la pena evidenziare l'interessante giurisprudenza del TST citata da Sayonara Grillo Coutinho e Leonardo da Silva, nella quale si osserva un'interpretazione tra legalità, eccessiva formalità o formalismo e legittimità, con l'intento di ricercare una soluzione effettivamente equa al conflitto:

Avendo dichiarato l'inosservanza di alcune prescrizioni richieste per l'inizio dello sciopero, ne dichiaro l'abusività formale e determino l'immediato e definitivo rientro in servizio, senza alcuna ripercussione sui contratti individuali di lavoro. L'art. 7 della legge n. 7783/89 prevede che i rapporti obbligatori durante il periodo di sciopero debbano essere sottoposti alla decisione della giustizia del lavoro. Ma la singolarità del fatto che lo sciopero dei bancari sia stato dichiarato abusivo solo formalmente, sommata all'evidenza dell'impatto afflittivo di quella decisione sull'economia individuale degli scioperanti, impone ancora una volta equità affinché la Corte proponga una decisione di compromesso nel senso del pagamento da parte del 50% (cinquanta per cento) delle giornate non lavorate e di un risarcimento per il restante 50% (cinquanta per cento), evitando così la promozione di scioperi senza alcuna conseguenza economica per chi vi partecipa. II – a maggioranza, dichiara l'abusività formale dello sciopero, con la determinazione di immediato e definitivo rientro in servizio, senza ripercussioni sui contratti individuali di lavoro, e determina il pagamento, da parte della Cassa del 50% (cinquanta per cento) delle giornate di interruzione del lavoro e risarcimento, da parte dei lavoratori, del restante 50% (cinquanta per cento). Respinto l'Ecc.mo giudice João Oreste Dalazen, che non aveva dichiarato l'abusività dello sciopero. Brasília. 21 ottobre 2004. Giudice Barros Levenhagen. TST-DC-145.687/2004-000-00-00.0²⁵.

24 Precedente vincolante n. 189: Sciopero. Competenza della giustizia del lavoro. Abusività (Ris. n. 11/83, DJ 09.11.1983. Nuova formulazione – Ris. n. 121/03, DJ 19.11.2003).

25 *apud* L. DA SILVA, S. GRILLO COUTINHO, *Relações Coletivas de Trabalho. Configurações Institucionais no Brasil Contemporâneo*, São Paulo, LTr, 2008.

La libertà sindacale in Brasile

Gilberto Stürmer, Diogo Antonio Pereira Miranda

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Aspetti salienti della libertà sindacale secondo l'Organizzazione Internazionale del Lavoro. – 2.1. Il concetto di libertà. – 2.2. La natura fondamentale del diritto alla libertà sindacale in Brasile e il suo riconoscimento nei trattati internazionali. – 2.3. Il concetto di libertà sindacale e i suoi presupposti alla luce della Convenzione n. 87 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro. – 3. Il sindacalismo brasiliano. – 3.1. la fase attuale del sindacalismo brasiliano. – 3.2. Analisi dei presupposti della libertà sindacale secondo la legislazione brasiliana. – 4. Considerazioni finali.

1. Introduzione

Per la maggior parte della dottrina specializzata, la libertà sindacale costituisce il presupposto fondamentale per un maggiore sviluppo sociale, trattandosi di un elemento importante per un maggiore equilibrio nei rapporti di lavoro, con sindacati forti che agiscono su entrambi i versanti della contrapposizione di interessi. In particolare, concentrando l'attenzione sul versante della categoria professionale, cioè dal lato dei dipendenti, sindacati forti e rappresentativi si traducono in migliori condizioni di lavoro. E sussiste la possibilità che la libertà di associazione possa condurre altresì ad una maggiore capacità di rappresentanza. Non sorprende che questa libertà sia un presupposto per il quale l'Organizzazione Internazionale del Lavoro agisce con forza, per incoraggiare i suoi paesi membri ad essere firmatari della Convenzione n. 87, un documento che tratta specificamente della libertà sindacale. Il Brasile, a causa dell'incompatibilità del suo ordinamento giuridico, non ha ratificato questa Convenzione.

In questo senso, considerando che la libertà sindacale come un diritto umano e fondamentale, si procederà nelle prossime pagine ad esaminare le ragioni specifiche che portano il Brasile a non garantire questa libertà nel suo ordinamento.

A tal fine, utilizzando un metodo di approccio deduttivo e l'analisi della bibliografia specializzata, verranno inizialmente tratte alcune indiscutibili considerazioni sui contenuti della libertà sindacale secondo l'OIL, nonché un breve approfondimento sul concetto di libertà e l'analisi della natura fondamentale del diritto alla libertà sindacale. L'indagine, infine, analizzerà il sistema sindacale brasiliano per tracciare un confronto con i presupposti della libertà sindacale esaminati.

Si tratta di un argomento di notevole rilevanza per le aree del diritto costituzionale e del diritto del lavoro in Brasile, rappresentando – come già detto – un diritto umano fondamentale che mira allo sviluppo sociale e alla ricerca di migliori condizioni di lavoro. Alla luce di queste notazioni è necessario sviluppare una diversa prospettiva sull'argomento che è ciò che si pretende realizzare con questo studio.

2. Aspetti salienti della libertà sindacale secondo l'Organizzazione Internazionale del Lavoro

Il Trattato di Versailles, celebrato il 28 giugno 1919, pose fine alla Prima Guerra Mondiale (1914-1918)¹. Il Brasile è firmatario di questo Trattato (qui entrato in vigore dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione, il 13/01/1920). Il Trattato di Versailles, all'art. 388, ha istituito l'OIL, Organizzazione Internazionale del Lavoro, che ha lo scopo di promuovere la giustizia sociale. Ha una struttura tripartita, nella quale i rappresentanti dei governi, delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori di 187 Stati membri partecipano su base paritaria ai vari organi dell'Organizzazione².

Una dei “considerando” della Costituzione dell'OIL riporta il principio della libertà sindacale come ideale da realizzare per ottenere migliori condizioni di lavoro.

La costituzione dell'OIL è stata integrata nel 1944 con la Dichiarazione di Filadelfia, che è stata adottata come suo allegato e che costituisce ancora oggi la carta dei principi e degli obiettivi dell'Organizzazione, oltre ad essere servita come riferimento per l'adozione della Carta delle Nazioni Unite (1946) e la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948).

Nel suo allegato, all'art. I, lett. b, stabilisce che «la libertà di espressione e di associazione sono condizioni essenziali per il progresso sociale»³. Ne deriva che la libertà sindacale è un valore di importanza assoluta per l'OIL.

La Dichiarazione di Filadelfia è stata promulgata e recepita nell'ordinamento brasiliano con il decreto n. 25696 dell'ottobre 1948, poi abrogato dal decreto n. 10088 del novembre 2019, che ha rifuso in un unico testo gli atti normativi dell'Esecutivo federale che dispongono la promulgazione di convenzioni e raccomandazioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro ratificate dal Brasile.

1 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *História da OIT*. Disponibile su: <https://www.ilo.org/pt-pt/historia-da-oit>, accesso effettuato il: 30 aprile. 2024.

2 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Conheça a OIT*. Disponibile su: <http://www.ilo.org/regions-and-countries/americas/brasil/conheca-oit>, ultimo accesso: 30 aprile 2024.

3 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia)*. Disponibile all'indirizzo: https://norm-lex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=1000%3A62%3A0%3A%3ANO%3A62%3AP62_LIST_ENTRIE_ID%3A2453907%3ANO#declaration, accesso effettuato il 30 aprile 2024.

2.1. Il concetto di libertà

Proseguendo nell'analisi è importante tracciare alcune brevi note riguardanti il concetto di libertà come valore umano e, in quanto tale, come parte dell'elemento fondante della Costituzione federale.

John Rawls⁴ descrive, in generale, la libertà nei seguenti termini: «[...] questa o quella persona (o persone) è (o non è) libera da questa o quella restrizione (o insieme di restrizioni) di fare (o non fare) questo o quello». Per questo autore le libertà devono essere valutate nel loro insieme, al fine di garantire le principali applicazioni di ciascuna, tutelando gli interessi più fondamentali⁵.

Sartre⁶, nella sua filosofia esistenzialista, si esprime in questi termini a proposito della libertà:

Quando dichiaro che la libertà, attraverso ogni circostanza concreta, non può che tendere a volere sé stessa, allora, se l'uomo riconosce che, nella sua impotenza, è lui a fondare i valori, non potrà più volere altro che una cosa, la libertà come fondamento di tutti i valori. Questo non significa che deve volerla astrattamente. Ciò significa semplicemente che gli atti degli uomini in buona fede hanno come significato ultimo la ricerca della libertà in quanto tale. Un uomo che aderisce ad un determinato sindacato, comunista o rivoluzionario, vuole obiettivi concreti. Questi obiettivi implicano una volontà astratta di libertà, ma questa libertà è voluta anche concretamente. Vogliamo la libertà per la libertà in ogni circostanza particolare. E, volendo la libertà, scopriamo che essa dipende interamente dalla libertà degli altri, e che la libertà degli altri dipende dalla nostra. Certo, la libertà come definizione dell'uomo non dipende dagli altri, ma, una volta che c'è l'impegno, sono obbligato a volere la mia libertà contemporaneamente alla libertà degli altri; posso conquistare l'obiettivo della mia libertà solo se, allo stesso modo, perseguo l'obiettivo della libertà degli altri.

Per questo autore la libertà è il fondamento di tutti i valori. E la libertà è per tutti. Dobbiamo tutti volere la libertà dagli altri affinché noi stessi possiamo volerla⁷. Norberto Bobbio⁸, in un passaggio chiarificatore, parla di libertà come di una catena, partendo proprio dalla libertà sindacale, tema di questo studio:

La libertà sindacale non è altro che un principio, una splendida aurora a partire dalla quale non si può prevedere il mezzogiorno. Come può sopravvivere la libertà sindacale se non è accompagnata dalla libertà politica? Come può sopravvivere il sindacato libero senza il partito libero o il partito libero in un sistema non plural-

4 J. RAWLS, *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, San Paolo, 1997, p. 219.

5 J. RAWLS, *op. cit.*, p. 220.

6 J.P. SARTRE, *O existencialismo é um humanismo*, em J. MARÇAL (a cura di), *Antologia de Textos Filosóficos*, SEED, Curitiba, 2009, p. 636.

7 J.P. SARTRE, *op. cit.*, p. 636.

8 N. BOBBIO, *As ideologias e o poder em crise*, 4. ed., Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1999, p. 92.

ista (nella Rinascita di Augusto Guerra è già dibattuto il concetto di partito-stato)? E come può svilupparsi un sistema politico pluralistico senza libere elezioni o libere elezioni senza una stampa libera? E se nelle elezioni libere il partito dominante ottenesse un piccolo margine di voti favorevoli, quanto sarebbe difficile prevederlo?

Questi concetti filosofici convergono con la Costituzione Federale Brasiliana, che pone la dignità della persona umana come uno dei fondamenti della Repubblica Federale del Brasile costituita come Stato democratico di diritto, come previsto nella sezione III dell'art. 1 della Costituzione Federale⁹. Si tratta di un concetto guida per l'intero ordinamento giuridico¹⁰.

La libertà (nel senso di autonomia) è, in astratto, l'elemento centrale della dignità della persona umana, come spiega Ingo Sarlet¹¹:

Alla luce di quanto previsto dalla Dichiarazione Universale dell'ONU, e dagli ulteriori testi citati a titolo esemplificativo, pare che l'elemento centrale della dignità della persona umana sembri risiedere – e la dottrina maggioritaria sostiene questa interpretazione – primariamente nell'autonomia e nel diritto all'autodeterminazione della persona (di ogni persona). È importante, tuttavia, tenere presente la circostanza che tale libertà (autonomia) è considerata in astratto come la capacità potenziale che ogni essere umano ha di autodeterminare la propria condotta, prescindendo dalla sua effettiva realizzazione nel caso della persona in concreto, in modo tale che, fortunatamente, anche la persona assolutamente incapace (ad esempio, la persona con una grave disabilità mentale) ha esattamente la stessa dignità di qualsiasi altro essere umano fisicamente e mentalmente capace. È opportuno notare che con ciò non si sostiene l'equivalenza tra le nozioni di dignità e di libertà, poiché, come vedremo, la libertà e, di conseguenza, il riconoscimento e la garanzia dei diritti di libertà costituiscono uno dei principali requisiti (se non il principale) del principio della dignità umana.

La libertà come idea generale è stata altresì espressamente riconosciuta come diritto fondamentale di prima generazione indispensabile per tutte le persone¹², ai sensi del *caput* dell'art. 5 della Costituzione Federale del 1988¹³, considerato.

9 Art. 1 La Repubblica Federativa del Brasile, formata dall'unione indissolubile degli Stati e Comuni e del Distretto Federale, costituisce uno Stato Democratico di Diritto ed ha come fondamento: [...] III - la dignità della persona umana;

10 In quanto valore fondante della Repubblica, la dignità permea l'ordinamento giuridico ed è anche un principio dell'ordine politico, sociale, economico e culturale, come insegna José Afonso da Silva (J.A. DA SILVA, *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, aprile/giugno 1998, p. 92).

11 I.W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2018, p. 102-103.

12 G.F. MENDES, P.G.G. BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., Saraiva, San Paolo, 2017, versione ePub (digitale), n.p.

13 Art. 5. Tutti sono uguali dinanzi alla legge, senza distinzioni di sorta, garantendosi ai brasiliani e agli stranieri residenti nel Paese l'inviolabilità del diritto alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, alla sicurezza e alla proprietà, alle seguenti condizioni (...).

Ed è in tale prospettiva che verrà esaminata la libertà di sindacale, oggetto di questo studio.

2.2. La natura fondamentale del diritto alla libertà sindacale in Brasile e il suo riconoscimento nei trattati internazionali

Come insegna Ingo Sarlet¹⁴, l'idea dei diritti fondamentali «[...] si applica a quei diritti dell'essere umano riconosciuti e positivizzati nell'ambito del diritto costituzionale di un dato Stato [...]». Pertanto, la fundamentalità di questo diritto è legata al paese oggetto di studio, non all'argomento in sé. In Brasile, questa libertà, almeno nella sua espressione formale, è enunciata nell'art. 8 della Costituzione federale del 1988¹⁵, ed è limitata (o regolata) dalle seguenti sezioni di quell'articolo, che saranno esaminate a tempo debito.

Una situazione diversa si riscontra quando si tratta di stabilire se la libertà sindacale sia un diritto umano oppure no. Dopotutto, i diritti umani non dipendono dal loro riconoscimento positivo. Secondo Ingo Sarlet ¹⁶:

[...] i “diritti umani” si riferiscono, secondo i documenti di diritto internazionale, a quelle posizioni giuridiche che riconoscono gli esseri umani come tali, indipendentemente dal loro legame con un determinato ordinamento costituzionale, e che, pertanto, aspirano alla validità universale, per tutti i popoli e per tutti i tempi, in modo tale da rivelare un inequivocabile carattere sovranazionale (internazionale).

Pertanto, affinché la libertà sindacale – o qualsiasi altro postulato della stessa – possa essere riconosciuta come diritto umano, essa deve, come suggerisce il nome stesso, riferirsi all'essere umano e, inoltre, essere trattata nei documenti di diritto internazionale (assumendo quindi carattere sovranazionale) con validità universale.

Ebbene, non si discute sul fatto che la libertà sindacale, pur avendo anche carattere collettivo (come si dirà più avanti), abbia carattere individuale e si riferisca all'essere umano ovvero al lavoratore o datore di lavoro. Resta da vedere se si tratta di una libertà riconosciuta dai trattati internazionali ma tale requisito, come noto, è soddisfatto facilmente.

Come già brevemente accennato all'inizio di questo capitolo, la Costituzione dell'OIL nel 1919 già sanciva il principio della libertà sindacale come ideale da realizzare al fine di garantire migliori condizioni di lavoro¹⁷. La Dichiarazione

14 I.W. SARLET, *op. cit.*, p. 29.

15 Art. 8. È libera l'associazione professionale o sindacale, salvo quanto segue [...].

16 I.W. SARLET, *loc. ult. cit.*.

17 Preambolo [...] Considerando che vi sono condizioni di lavoro che implicano per un gran numero di persone ingiustizia, miseria e privazioni, generando tale malcontento da mettere in pericolo la pace e l'armonia del mondo, e che urge prendere provvedimenti per migliorare simili condizioni: come, per esempio, il regolamento delle ore di lavoro, la fissazione della durata massima della giornata e della settimana di lavoro, il reclutamento della mano d'opera, la lotta contro la disoccupazione, la garanzia di un salario sufficiente ad assicurare adeguati condizioni di vita, la protezione dei lavoratori contro le malattie generali o professionali e

di Filadelfia, adottata come suo allegato e che costituisce ancora oggi la carta dei principi e degli obiettivi dell'Organizzazione, stabilisce, nel suo articolo I, paragrafo b), che «e libertà di espressione e di associazione sono condizioni essenziali del progresso sociale».

Da allora in poi, questo postulato di libertà si è diffuso ad altre fonti internazionali, quali, tra gli altri, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, del 1948, che all'art. 20¹⁸ riconosce il diritto alla libertà di associazione; il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, che contiene, al suo art. 8¹⁹, i dettami della libertà di associazione; il Patto internazionale sui diritti civili e politici, sempre del 1966, che contiene, all'art. 22²⁰, i precetti sulla libertà sindacale e, infine, la Convenzione OIL n. 87 del 1948, menzionata per ultima non già in ragione dell'anno della sua elaborazione, ma per la sua

contro gli infortuni risultanti dal lavoro, la protezione dei bambini, degli adolescenti e delle donne, le pensioni di vecchiaia e d'invalidità, la difesa degli interessi dei lavoratori occupati all'estero, il riconoscimento del principio "a lavoro eguale, retribuzione eguale", *il riconoscimento del principio della libertà sindacale*, l'organizzazione dell'istruzione professionale e tecnica, e altri provvedimenti analoghi; [...] (corsivo dell'A.).

- 18 Articolo 20. 1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di riunione e associazione pacifica. 2. Nessuno può essere costretto a far parte di un'associazione.
- 19 Articolo. 1. Gli Stati Parti del presente Patto si impegnano a garantire: a) Il diritto di ogni individuo di costituire con altri dei sindacati e di aderire al sindacato di sua scelta, fatte salve soltanto le regole stabilite dall'organizzazione interessata, al fine di promuovere e tutelare i propri interessi economici e sociali. L'esercizio di questo diritto non può essere sottoposto a restrizioni che non siano stabilite dalla legge e che non siano necessarie, in una società democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui; b) Il diritto dei sindacati di formare federazioni o confederazioni nazionali e il loro diritto di formare o aderire a organizzazioni sindacali internazionali; c) Il diritto dei sindacati di esercitare liberamente la propria attività, senza limitazioni diverse da quelle previste dalla legge, necessarie in una società democratica, nell'interesse della sicurezza sociale o dell'ordine pubblico o per proteggere i diritti e le libertà altrui; d) Il diritto di sciopero, purché esso venga esercitato in conformità alle leggi di ciascun Paese.
 2. Il presente articolo non impedisce di imporre restrizioni legali all'esercizio di questi diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato.
 3. Nessuna disposizione del presente articolo autorizza gli Stati Parti della Convenzione del 1948 dell'Organizzazione Internazionale del lavoro, concernente la libertà sindacale e la tutela del diritto sindacale, ad adottare misure legislative che portino pregiudizio alle garanzie previste dalla menzionata Convenzione, o ad applicare le loro leggi in modo da causare tale pregiudizio.
- 20 Articolo 22. §1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di associazione che include il diritto di costituire dei sindacati e di aderirvi per la tutela dei propri interessi. §2. L'esercizio di tale diritto non può formare oggetto di restrizioni, tranne quelle stabilite dalla legge e che siano necessarie in una società democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico, o per tutelare la sanità e la morale pubbliche o gli altrui diritti e libertà. Il presente articolo non impedisce di imporre restrizioni legali all'esercizio di tale diritto da parte dei membri delle forze armate e della polizia. §3. Nessuna delle disposizioni del presente articolo autorizza gli Stati Parti della Convenzione del 1948 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, concernente la libertà sindacale e la tutela del diritto sindacale a adottare misure legislative che portino pregiudizio alle garanzie previste dalla menzionata Convenzione, o ad applicare le loro leggi in modo da causare tale pregiudizio.

importanza, trattandosi senza dubbio del trattato internazionale più rilevante per quanto riguarda i concetti e i presupposti della libertà sindacale.

Sembra quindi che in Brasile la libertà sindacale sia, oltre che un diritto fondamentale, anche un diritto umano ed è in coerenza con questa rilevanza giuridica che tale libertà deve essere esaminata.

2.3. Il concetto di libertà sindacale e i suoi presupposti alla luce della Convenzione n. 87 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro

L'analisi delle disposizioni contenute nei documenti internazionali fornisce già la nozione della libertà sindacale. È importante, però, per rafforzare e concatenare le informazioni, riportare la posizione della dottrina sul tema.

In modo generale e ampio, Antonio Ojeda Avilés²¹ afferma che la libertà sindacale è «[...] il diritto fondamentale di lavoratori si unirsi stabilmente per partecipare all'ordinamento delle relazioni produttive».

Nella concezione di Gilberto Stürmer²² la libertà sindacale è:

[il] diritto dei lavoratori, intesi come subordinati, dei datori di lavoro, dei lavoratori autonomi e liberi professionisti, di costituire e sciogliere liberamente i sindacati; aderire ed uscire individualmente dai sindacati secondo i propri interessi e senza limiti derivanti dalla professione alla quale appartengono; gestire liberamente le organizzazioni sindacali, istituire organismi superiori e associarsi ad organismi internazionali; negoziare liberamente senza alcuna ingerenza da parte del Potere Pubblico (esecutivo, legislativo o giudiziario); e di esercitare liberamente il diritto di sciopero, nel rispetto delle formalità previste dalla legge; il tutto senza limitazioni di carattere territoriali e in regime di pluralismo, mediante il finanziamento unico ed esclusivo derivante dai contributi spontaneamente stabiliti dagli stessi sindacati.

Seguendo questa linea, José Claudio Monteiro de Brito Filho²³ ritiene che la libertà sindacale:

[...] consiste nel diritto dei lavoratori (in senso generico) e dei datori di lavoro a costituire le organizzazioni sindacali che ritengano opportune, nella forma che desiderano, dettandone le regole di funzionamento e le azioni da intraprendere, potendovi aderire o meno e rimanendo affiliati secondo la propria volontà.

21 [...] il diritto fondamentale dei lavoratori di raggrupparsi stabilmente per partecipare all'ordinamento dei rapporti produttivi. (A.O. AVILÉS, *Compendio de Derecho Sindical*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 34, nostra traduzione).

22 G. STÜRMER, *A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua Relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 60-61.

23 J.C.M. BRITO FILHO, *Direito sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT – Proposta de inserção da comissão de empresa*, 2. ed., LTr, São Paulo, 2007, p. 73.

Sembra che il punto centrale della concettualizzazione della libertà sindacale risieda proprio nella libertà. Libertà dei dipendenti e dei datori di lavoro di formare i propri sindacati, di aderire a sindacati esistenti, di non aderire ad alcun sindacato, di gestire i propri sindacati come ritengono opportuno. E questa libertà presuppone l'assenza di controllo statale.

La Convenzione OIL n. 87 è – come già accennato – la fonte internazionale più importante in materia di libertà sindacale ed è utilizzata come criterio per misurare il grado di libertà degli Stati. Il concetto di libertà sindacale può essere dedotto, in generale, dagli articoli da 2 a 8 di questa Convenzione:

Art. 2 – I lavoratori e i datori di lavoro hanno il diritto, senza alcuna distinzione e senza autorizzazione preventiva, di costituire delle organizzazioni di loro scelta, nonché di divenire membri di queste organizzazioni, alla sola condizione di osservare gli statuti di queste ultime.

Art. 3 – 1. Le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro hanno il diritto di elaborare i propri statuti e regolamenti amministrativi, di eleggere liberamente i propri rappresentanti, di organizzare la propria gestione e la propria attività, e di formulare il proprio programma di azione.

2. Le autorità pubbliche devono astenersi da ogni intervento tale da limitare questo diritto o da ostacolarne l'esercizio legale.

Art. 4 – Le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro non sono soggette a scioglimento o a sospensione per via amministrativa.

Art. 5 – Le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro hanno il diritto di costituire federazioni e confederazioni così come di divenirne membri, e ogni organizzazione, federazione o confederazione ha il diritto di divenire membro di organizzazioni internazionali dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Art. 6 – Le disposizioni degli articoli 2, 3 e 4 di cui sopra si applicano alle federazioni ed alle confederazioni delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Art. 7 – L'acquisto della personalità giuridica da parte delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro, delle loro federazioni e confederazioni, non può essere subordinato a condizioni tali da limitare l'applicazione delle disposizioni degli articoli 2, 3 e 4 di cui sopra.

Art. 8 – 1. Nell'esercizio dei diritti che sono loro riconosciuti dalla presente convenzione, i lavoratori, i datori di lavoro e le rispettive organizzazioni sono obbligati, come le altre persone o collettività organizzate, a rispettare la legalità.

2. La legislazione nazionale non dovrà ledere né essere applicata in modo da ledere le garanzie previste dalla presente convenzione.

Gli artt. 2, 4 e 7 della Convenzione n. 87 stabiliscono che lo Stato che adotti un sistema fondato sulla libertà di associazione non possa imporre limiti alla formazione dei sindacati, né alla loro acquisizione della personalità giuridica, oltre a vietarne lo scioglimento o la sospensione per via amministrativa. All'art. 3 si afferma che il sindacato deve essere libero di decidere sulla propria amministrazione interna, attraverso gli statuti approvati dagli stessi sindacati. L'art. 5

garantisce al sindacato la libertà di costituire organismi superiori (federazioni o confederazioni²⁴) o, per quelli già esistenti, di affiliarsi agli stessi, potendo altresì alle organizzazioni internazionali.

Secondo João de Lima Teixeira Filho²⁵, tenendo conto delle disposizioni sopra delineate, «il contenuto della libertà sindacale si esprime in tre dimensioni: autonomia sindacale, libertà sindacale individuale e libertà sindacale collettiva o di gruppo».

Il primo presupposto è quello dell'autonomia sindacale. Come suggerisce il nome, esso mira a garantire l'autonomia dell'organizzazione sindacale da eventuali interferenze esterne e generalmente l'ingerenza proviene dallo Stato²⁶. Mozart Victor Russomano²⁷ ritiene, però, che questa ingerenza possa provenire anche da altri due versanti: da organismi superiori (confederazioni) e dalle stesse aziende (nel caso dei sindacati diretti dal potere economico della comunità imprenditoriale). Trattandosi di situazioni molto specifiche, ci limiteremo ad analizzare l'ingerenza statale. Nelle parole di João de Lima Teixeira Filho²⁸, l'autonomia sindacale:

È l'espressione della libertà di fondare un'entità sindacale che rappresenti gli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro e ne garantisca il funzionamento, rendendola intangibile dall'ingerenza dello Stato. Il sindacato è una struttura indipendente, generata spontaneamente e non un organo ancillare dello Stato, né ad esso subordinato. Spetta allo Stato imporre o vietare il *modo di essere* dell'organizzazione sindacale. In questo ambito ha la responsabilità di agire nel rispetto del principio di sussidiarietà. Secondo questo principio, lo Stato ha solo una funzione supplementare, e dovrebbe centralizzare e svolgere solo quei ruoli che non possono essere assunti direttamente dai corpi sociali intermedi: sindacati, imprese e altre istituzioni che si frappongono tra i cittadini e lo Stato.

Il secondo presupposto è la libertà sindacale collettiva. José Claudio Monteiro de Brito Filho²⁹ afferma che, nella libertà sindacale collettiva, «[...] l'oggetto si sposta dalla persona al gruppo, perché, in quest'ambito di libertà sindacale, ciò che conta è il diritto del collettivo coinvolto, rappresentato dall'organizzazione sindacale». Nelle parole di João de Lima Teixeira Filho³⁰:

24 In Brasile, le Centrali Sindacali possono essere incluse tra gli organi superiori ai sensi dell'ampia formulazione dell'art. 10 secondo il quale «Nella presente convenzione, il termine "organizzazione" significa ogni organizzazione di lavoratori o di datori di lavoro che abbia lo scopo di promuovere e di difendere gli interessi dei lavoratori o dei datori di lavoro».

25 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *Liberdade Sindical e a Carta Política de 1988*, in J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, L. MARTINEZ (coord.), *Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas*, LTr, São Paulo, 2019, p. 440.

26 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 442.

27 M.V. RUSSOMANO, *Princípios Gerais de Direito Sindical*, 2a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 71.

28 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *loc. ult. cit.*

29 J.C.M. BRITO FILHO, *op. cit.*, p. 82.

30 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 444.

È l'espressione della libertà che si manifesta nell'organizzazione sindacale attraverso gruppi sociali formatisi spontaneamente, cioè il collettivo unito attorno a un vincolo di base comune, che li riunisce, solidali, e dà loro espressione come gruppo omogeneo e indipendente, senza interferenze da parte dello Stato.

La coesione di interessi legittima il gruppo di lavoratori o di datori di lavoro a fondare uno o più sindacati secondo i propri interessi esclusivi, a determinare la portata rappresentativa e territoriale dell'organizzazione, a stabilire il modo di essere dell'azione sindacale, nella contrattazione collettiva e nel conflitto collettivo, le sue affiliazioni e coalizioni. Garantisce inoltre ai sindacati la prerogativa di formare o aderire a Federazioni, Confederazioni nazionali e internazionali, o di non aderirvi.

Carlos Molero Manglano³¹ riconduce all'ambito della libertà sindacale collettiva cinque facoltà o libertà che corrispondono alla libertà di regolamentazione (libertà dei sindacati di elaborare i propri statuti, con piena capacità di decidere il contenuto delle relative norme e piena garanzia della non ingerenza di soggetti terzi), libertà di rappresentanza (diritto di eleggere liberamente i rappresentanti delle organizzazioni sindacali), libertà di gestione (completa autonomia e tutela giuridica dell'organizzazione al fine di garantirne l'indipendenza dinanzi allo Stato e alle altre associazioni), libertà di scioglimento e sospensione (impossibilità di scioglimento amministrativo delle organizzazioni sindacali, che potrebbe avvenire solo con il consenso dell'assemblea generale o con provvedimento del tribunale, purché basato su grave inosservanza della legge) e libertà di istituire federazioni e confederazioni (sia a livello nazionale che internazionale).

Il terzo e ultimo presupposto è la libertà sindacale individuale. Questa libertà, secondo Carlos Molero Manglano³², può essere analizzata sotto due aspetti: positivo e negativo. Il positivo corrisponde al diritto di costituire organizzazioni sindacali, di aderire alle organizzazioni sindacali (e da qui sorgono altri diritti riguardanti l'affiliazione, così come la non affiliazione e l'adesione ad un altro sindacato) e di partecipare alle attività di tale organizzazione, mentre il negativo riguarda la non adesione a qualsiasi sindacato e all'astensione dalle attività sindacali, nel senso di non rispettare alcune o tutte le determinazioni sindacali quando comportano qualche tipo di discriminazione o esclusione³³.

3. Il sindacalismo brasiliano

Dopo aver definito la libertà sindacale e i relativi presupposti delineati dall'OIL con le linee guida che gli Stati devono osservare per rispettare tale libertà, è importante analizzare brevemente l'attuale struttura del sindacalismo

31 C.M. MANGLANO, *Derecho Sindical*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 270-278.

32 C.M. MANGLANO, *op. cit.*, p. 257-270.

33 Un esempio sono le clausole di *closed shop*, che impediscono alle aziende di assumere lavoratori che non sono affiliati a un determinato sindacato.

brasiliiano, per poi confrontarlo con i presupposti della libertà sindacale sopra menzionati.

3.1. La fase attuale del sindacalismo brasiliano

In Brasile, le disposizioni che si occupano e regolano il sindacato, a livello costituzionale, sono contenute nell'art. 8, che recita:

Art. 8 – Le associazioni professionali o sindacali sono libere, fatte salve le seguenti condizioni:

I - la legge non può imporre l'autorizzazione dello Stato per la costituzione di un sindacato, fatta salva la registrazione presso l'organo competente e fermo restando il divieto per il Potere Pubblico di intromettersi e di intervenire nell'organizzazione sindacale;

II – è vietata la creazione di più organizzazioni sindacali, a qualsiasi livello, rappresentative della categoria professionale o economica sulla stessa base territoriale, che sarà definita dai lavoratori o datori di lavoro interessati, e non potrà comunque essere inferiore all'area di un Municipio;

III - il sindacato ha il compito di difendere i diritti e gli interessi collettivi o individuali della categoria, anche in sede giudiziaria o amministrativa;

IV - l'assemblea generale stabilirà il contributo che, con riguardo alla categoria professionale, sarà trattenuto in busta paga per finanziare il sistema confederale delle rispettive rappresentanze sindacali, indipendentemente dal contributo previsto dalla legge;

V - nessuno sarà costretto ad aderire o restare iscritto ad un sindacato;

VI - la partecipazione dei sindacati alle trattative collettive di lavoro è obbligatoria;

VII - i pensionati iscritti hanno diritto di voto e di essere votati nelle organizzazioni sindacali;

VIII - è vietato il licenziamento del lavoratore iscritto al sindacato a partire dal momento dell'iscrizione della relativa candidatura ad un incarico di direzione o di rappresentanza sindacale e, se eletto, anche come supplente, fino ad un anno dalla cessazione del mandato, salvo che ricorra la colpa grave ai sensi di legge.

Paragrafo unico. Le disposizioni del presente articolo si applicano all'organizzazione dei sindacati rurali e delle colonie di pescatori, fatte salve le condizioni stabilite dalla legge.

Nell'ambito delle leggi ordinarie vi sono gli articoli da 511 a 625 del Testo Unico delle leggi sul lavoro (CLT). Sebbene l'analisi dell'evoluzione delle norme costituzionale non sia oggetto di questo saggio, è importante evidenziare che la Costituzione federale del 1988, pur conservando alcuni tratti corporativistici risalenti alla Costituzione dell'*Estado Novo* promulgata nel 1937 durante la Dittatura³⁴, ha condotto a importanti progressi verso la libertà sindacale³⁵.

³⁴ J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 439.

³⁵ G. STÜRMER, *op. cit.*, p. 79.

Come sottolinea João de Lima Teixeira Filho³⁶, il risultato più grande è stato quello di vietare l'ingerenza dello Stato nell'organizzazione e nel funzionamento dei sindacati, con l'art. 8, comma I, della Costituzione federale del 1988, che ha finito per abrogare diverse disposizioni della CLT.

Al di là del sindacato di primo grado, l'organizzazione sindacale brasiliana è ancora divisa tra federazioni (entità sindacali di secondo grado) e confederazioni (entità sindacali di terzo grado), come previsto dagli articoli da 533 a 539 del CLT, nonché tra centrali sindacali, già da tempo esistenti ma formalmente riconosciuti dalla legge n. 11648 del 31 marzo 2008.

L'organizzazione è piramidale, cioè alla base vi sono i sindacati, al centro ci sono le federazioni, al vertice la confederazione e, sopra questa, le centrali sindacali (che riguardano solo le organizzazioni sindacali delle categorie professionali, rappresentative dei lavoratori).

In breve, e senza entrare nella questione storica del sindacalismo, poiché esula dallo scopo del presente studio, questa è l'attuale struttura della legislazione brasiliana che si occupa di sindacalismo. Passeremo ora analizzare la questione riguardante l'esistenza o meno della libertà sindacale nell'ordinamento brasiliano.

3.2. Analisi dei presupposti della libertà sindacale secondo la legislazione brasiliana

Come già indicato, nell'esame della questione si partirà dalla definizione dei contenuti della libertà sindacale proposta da João de Lima Teixeira Filho³⁷, le cui tre dimensioni saranno esaminate per maggiore comodità in maniera separata.

Il primo dei presupposti da esaminare è quello dell'autonomia sindacale. L'art. 8 della Costituzione federale, affermando che «la legge non può imporre l'autorizzazione dello Stato per la costituzione di un sindacato, fatta salva la registrazione presso l'organo competente e fermo restando il divieto per il Potere Pubblico di intromettersi e di intervenire nell'organizzazione sindacale», già riconosceva il presupposto della libertà sindacale. Per costituire un'organizzazione non è necessaria l'autorizzazione dello Stato e per ottenere la personalità giuridica è sufficiente la registrazione presso il Pubblico Registro dei titoli e documenti mediante deposito dell'atto costitutivo e dello statuto. Successivamente, la procedura si svolge in forma telematica attraverso il Sistema CNES (Registro Nazionale degli Enti Sindacali) che costituisce un servizio fornito dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale³⁸. In questo modo, una volta assolto ogni onere documentale, il sindacato ottiene la Registrazione Sindacale, che gli conferisce la prerogativa della rappresentatività di categoria³⁹.

36 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *loc. ult. cit.*

37 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 440.

38 Come si può vedere sul sito: <http://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-registro-sindical>. Accesso effettuato il 30 aprile. 2024.

39 G. STÜRMER, *op. cit.*, p. 81.

Nonostante queste formalità, non vi è alcun intervento diretto dello Stato al quale non spetta alcun potere di negare la costituzione del sindacato. A questo proposito, il Comitato per la Libertà Sindacale dell'OIL, che ha la funzione di esaminare le denunce presentate alla stessa organizzazione in tema di violazioni della libertà sindacale, si è già espresso in questo senso alle voci 423 e 424⁴⁰, attestando che le formalità stabilite da ciascun Paese per la costituzione del sindacato, purché non interferisca con la sua costituzione, sono conformi al principio di libertà sindacale ai sensi della Convenzione n. 87. Nello stesso senso, Cristiane Rozicki⁴¹ afferma quanto segue:

La registrazione obbligatoria in Brasile, disciplinata dalla Istruzione Normativa n. 3 del 10 agosto 1994, ha come obiettivo fondamentale quello di dotare le organizzazioni sindacali di un sistema di controllo idoneo a certificare l'effettiva sussistenza delle condizioni costituzionali della unicità e appartenenza all'organizzazione confederale dei sindacati, che, secondo le motivazioni esposte nella predetta legge, non comporta alcuna autorizzazione statale.

L'attuale modello utilizzato in Brasile venne recepito con la Costituzione Federale del 1988, la quale, come già accennato, rese incompatibili con l'ordinamento costituzionale diverse disposizioni contenute nel CLT⁴², ispirati al precedente modello corporativo. In questo senso, si può affermare che l'attuale modello accolga il principio dell'autonomia sindacale, soddisfacendo i dettami sul punto della Convenzione n. 87 dell'OIL⁴³.

Il successivo presupposto da esaminare è quello della libertà sindacale collettiva. Per Arnaldo Sússekink⁴⁴, la libertà sindacale collettiva è:

[...] il diritto di qualsiasi gruppo di lavoratori o datori di lavoro di costituire un sindacato, con la struttura e la rappresentanza che ritengono più conveniente e

40 423. Nel suo rapporto alla Conferenza Internazionale del Lavoro del 1948, il Comitato per la Libertà Sindacale e i Rapporti di Lavoro affermò che «gli Stati sono liberi di stabilire nella loro legislazione le formalità che ritengono appropriate per garantire il normale funzionamento delle organizzazioni sindacali». Di conseguenza, le formalità prescritte dalle normative nazionali relative alla formazione e al funzionamento delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro sono compatibili con le disposizioni della Convenzione, a condizione, ovviamente, che tali norme non siano in contraddizione con le garanzie previste dalla Convenzione n. 87; 424. Se è vero che i fondatori di un sindacato devono rispettare le formalità stabilite dalla legge, a loro volta tali formalità non devono, per loro natura, impedire la libera creazione delle stesse organizzazioni. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *La libertad sindical: recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6. ed., OIT, Ginevra, 2018. Disponibile su: <https://www.ilo.org/es/publications/la-libertad-sindical-recopilaci%C3%B3n-de-decisiones-del-comit%C3%A9-de-libertad>. Accesso effettuato il: 30 aprile. 2024.

41 C. ROZICKI, *Aspectos da Liberdade Sindical*, LTR, San Paolo, 1998, p. 87.

42 J.C.M. DE BRITO FILHO, *op. cit.*, p. 82-83.

43 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 443.

44 A.L. SÚSSEKIND, *Direito Constitucional do Trabalho*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 332.

anche se un altro sindacato operi già con pari rappresentanza professionale o economica, nella stessa località.

Su questo punto, l'ostacolo più grande presente nell'ordinamento brasiliano – e ciò che impedisce al Paese di raggiungere la libertà sindacale – è la regola dell'unicità sindacale. Il testo costituzionale (comma II dell'art. 8) può essere suddiviso in tre parti, ciascuna delle quali comporta un'ingerenza dello Stato: a) divieto di creazione di più organizzazioni sindacali, a qualsiasi livello, rappresentative della stessa categoria professionale o economica, b) sulla stessa base territoriale, che sarà definita dai lavoratori o datori di lavoro interessati, e (c) non può essere inferiore alla superficie di un municipio.

Per Mozart Victor Russomano⁴⁵, il regime sindacale unico è quello in cui «[...] è ammessa soltanto l'esistenza, nello stesso tempo e nello stesso luogo, di un unico sindacato rappresentativo dei lavoratori o degli imprenditori della stessa categoria». Ciò significa che è vietato dalla legge formare più di un sindacato, nella stessa base territoriale, che rappresenti una determinata categoria. È utile ricordare che questo divieto non si riferisce soltanto al sindacato di primo grado ma anche alle federazioni e confederazioni. E anche se questa base territoriale può essere definita dagli interessati (ovvero dalle stesse organizzazioni sindacali), la stessa non può comunque essere inferiore a quella del Comune, comportando così ulteriori limitazioni che impediscono, ad esempio, la costituzione di sindacali a livello di impresa.

Dal momento che l'unicità sindacale è imposta dallo Stato, deve allora concludersi che tale ingerenza statale è contraria a quanto stabilito dalla Convenzione n. 87 dell'OIL che definisce con precisione la libertà dei lavoratori e dei datori di lavoro di decidere la costituzione di tutti i sindacati che desiderano. Su questo versante è importante sottolineare che la Convenzione non sostiene la pluralità sindacale, ovvero la creazione di più sindacati che rappresentino lo stesso gruppo di dipendenti o datori di lavoro, ma soltanto la libertà sindacale. Ciò significa che non è lo Stato che deve definire l'ambito di rappresentanza ma gli stessi interessati. La stessa Convenzione, d'altra parte, non difende neppure l'unicità sindacale, che implica un unico sindacato rappresentativo, purché tale unicità sia frutto della volontà delle parti e non per obbligo dello Stato. Muovendo da una concettualizzazione tecnica sulla differenza tra unicità e unità, José Francisco Siqueira Neto afferma quanto segue⁴⁶:

L'unità sindacale è la rappresentanza sindacale unica di una determinata collettività di lavoratori e datori di lavoro, risultante dalla scelta libera e volontaria delle parti interessate. [...]

45 M.V. RUSSOMANO, *op. cit.*, p. 77.

46 J.F. SIQUEIRA NETO, *Liberdade Sindical e Representação dos Trabalhadores nos Locais de Trabalho*, LTr, São Paulo, 1999, p. 103-104.

La differenza tra unità e unicità sta nel fatto che la prima è frutto della volontà dei soggetti interessati (persone e organizzazioni), mentre la seconda è un'imposizione dello Stato [...].

Con precisione, Joao de Lima Teixeira Filho ⁴⁷conclude così:

L'unità è la forma organizzativa ideale, poiché concentra la forza rappresentativa del collettivo in un'unica entità sindacale come desiderato dai rappresentati. Ma la pluralità sindacale non è un difetto. Riflette il potere e l'indipendenza dei gruppi sociali. È una forma di manifestazione democratica e un sano strumento di competizione per rendere efficace la buona rappresentanza degli iscritti, in sintonia con la difesa dei loro interessi.

Alcuni autori considerano l'unità come una forma di unicità raggiunta dalla volontà degli interessati. In questo senso Carlos Alberto Chiarelli⁴⁸, per il quale l'unità sarebbe anche il modello ideale:

Si potrebbe affermare che il diritto alla pluralità sarebbe espressione della vita democratica nello spazio sindacale, anche se l'ideale, per la difesa pragmatica degli interessi categoriali, sarebbe l'unificazione (unicità), raggiunta come risultato della libera agglutinazione. L'unità dovrebbe considerarsi, quando è frutto della volontà esclusiva delle parti associate, come l'effetto dell'educazione e della formazione degli iscritti al sindacato (e non come frutto di pressioni, condizionamenti, favori politici – statali o partitici – o giornalistici) e come la più perfetta formula associativa; il grande obiettivo (quasi irraggiungibile, in pratica, in maniera spontanea) da raggiungere.

La libertà deve quindi appartenere agli interessati, ai lavoratori e ai datori di lavoro. Tanto meglio se decideranno, di loro spontanea volontà, di riunirsi in un unico sindacale, come sopra indicato. Ma se non decideranno in questo senso, dovranno poter costituire liberamente altri sindacati.

Da quanto sopra esposto si evince che su questo punto la legislazione brasiliana non è pienamente conforme al concetto di libertà sindacale proposto dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, anche se, è importante sottolinearlo, esiste una certa libertà di associazione collettiva in Brasile, nel senso che i sindacati non subiscono ingerenze esterne, né da parte dello Stato né di terzi nella loro amministrazione⁴⁹, come chiaramente affermato nel comma I dell'art. 8 della Costituzione Federale.

L'ultimo presupposto da esaminare, all'interno della concettualizzazione qui proposta, è quello della libertà sindacale individuale. A questo punto, il problema nazionale si colloca nella sfera positiva, poiché anche qui lo Stato esercita

47 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 442.

48 C.A. CHIARELLI, *O Trabalho e o Sindicato: Evolução e Desafios*, LTr, San Paolo, 2005, p. 176.

49 J.C.M. BRITO FILHO, *op. cit.*, p. 92-93.

un'influenza indesiderata, che finisce per allontanare il Brasile dalla libertà sindacale. In questo ambito non esiste la libertà di costituire organizzazioni sindacali né di aderire ad organizzazioni sindacali al di fuori di quanto previsto dalla legislazione nazionale.

Il sistema sindacale brasiliano è organizzato in categorie: “economica” per i datori di lavoro e “professionale” per i lavoratori. Questa previsione è contenuta nell’art. 511 del CLT⁵⁰, disposizione tuttora pienamente vigente. Come sottolinea Gilberto Stürmer⁵¹ «[...] non è possibile costituire sindacati al di fuori dei limiti dell’identità, similitudine o connessione delle categorie [...]». Rispetto al descritto inquadramento sindacale che impedisce la libera costituzione di sindacati e la libertà di associazione (giacché ogni dipendente o datore di lavoro avrà un solo sindacato rappresentativo senza alcuna scelta), questo è quanto afferma João de Lima Teixeira Filho⁵²:

La fonte della rappresentanza sindacale è la legge e la sua effettività risulta dall’inquadramento automatico del lavoratore i) nell’attività prevalente, simile o affine del datore di lavoro, ii) nelle professioni soggette a statuto professionale (avvocati, medici, ingegneri, ecc.) o anche iii) in un’attività definita come differenziata, in quanto invariabile nei diversi segmenti economici (segretaria, ascensorista, autista, ecc.). Incorporato nel vincolo sindacale – il datore di lavoro nella categoria economica – si attiva la rappresentanza legale che è irrinunciabile da parte del sindacato corrispondente.

Pertanto, anche se al dipendente o all’azienda è garantito il diritto di non aderire ad alcun sindacato (la libertà sindacale individuale negativa), ove scelgano di aderire al sindacato, non vi sarà alcuna possibilità di scelta del sindacato al quale aderire, né potranno, ove lo desiderino, costituire un nuovo sindacato. L’affiliazione sarà frutto di un mandato legale che li vincolerà all’unico

50 Art. 511. È lecita l’associazione con finalità di studio, difesa e coordinamento degli interessi economici o professionali di tutti coloro che, in qualità di datori di lavoro, dipendenti, agenti o lavoratori autonomi o liberi professionisti, esercitano, rispettivamente, la stessa attività, professione, attività o professioni simili o affini (Testo ristabilito con decreto legge n. 8987-A del 1946). §1 La solidarietà degli interessi economici di coloro che esercitano attività identiche, simili o affini costituisce il vincolo sociale fondamentale che è denominato categoria economica (Testo ristabilito dal decreto legge n. 8987-A del 1946). §2 La similitudine delle condizioni di vita derivanti dalla professione o dal lavoro in comune, in una situazione di impiego nella stessa attività economica o in attività economiche simili o affini, costituisce l’espressione sociale elementare denominata categoria professionale (Testo ristabilito dal decreto legge n. 8.987-A del 1946). §3. La categoria professionale differenziata è quella formata da dipendenti che svolgono professioni o funzioni diverse a causa di uno status professionale speciale o in conseguenza di condizioni di vita particolari (Testo ristabilito dal decreto legge n. 8987-A, del 1946) (Vedi legge n. 12998 del 2014). §4 I limiti di identità, similitudine o connessione definiscono le dimensioni entro le quali la categoria economica o professionale è omogenea e l’associazione è naturale (Testo ristabilito dal decreto legge n. 8987-A del 1946).

51 G. STÜRMER, *op. cit.*, p. 83.

52 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 447.

sindacato rappresentativo esistente per una determinata categoria e base territoriale⁵³. Solo ove non sia stato ancora costituito un sindacato rappresentativo sulla base territoriale sarà consentita la creazione di una nuova entità sindacale e soltanto in questo caso l'interessato potrà godere di una certa libertà, poiché – come già detto – lo Stato non esercita alcuna influenza sulla creazione delle organizzazioni sindacali.

Anche sotto questo aspetto, quindi, il modello sindacale brasiliano si discosta dalla Convenzione n. 87 dell'OIL, poiché la rappresentanza sindacale è il prodotto di una norma statale cogente e non di un atto volontario e sovrano delle parti coinvolte⁵⁴.

È per le ragioni sopra esposte che il Brasile non ha ancora ratificato la Convenzione n. 87 dell'OIL dal momento che l'ordinamento giuridico brasiliano è incompatibile con le relative regole.

4. Considerazioni finali

L'indagine, dopo quanto sopra esposto, consente di trarre alcune considerazioni sul principio di libertà di sindacale e sul suo rapporto con il Brasile.

Resta inteso che non sussistono dubbi circa la natura fondamentale del diritto alla libertà sindacale, così come previsto dal caput dell'art. 8 della Costituzione federale. Non sembrano esservi dubbi neppure con riguardo al suo carattere di diritto umano, in quanto riconosciuto in numerosi documenti internazionali che assumono validità universale indipendentemente dalla loro ratifica, come, per esempio, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e la Convenzione OIL n. 87.

Del triplice principio stabilito dalla Convenzione n. 87 per definire se uno Stato rispetta la libertà sindacale, il Brasile ne rispetta solo uno, quello dell'autonomia sindacale. Nella libertà sindacale collettiva e individuale, l'ordinamento brasiliano rimane legato ad un sindacalismo retrogrado e corporativistico, che si riflette, principalmente, nell'unicità sindacale e nell'inquadramento sindacale per categorie, per cui l'espressione "libero" contenuta nel caput dell'art. 8 della costituzione federale è vuota e in generale priva di effetti concreti.

Al di là di qualunque ragione politica, diventa difficile sostenere il modello sindacale brasiliano che, pur non assomigliando ad un modello totalmente rigido, mantiene tratti indifendibili del modello dittatoriale imposto durante la dittatura di Getúlio Vargas. E anche eventuali ragioni politiche non potrebbero comunque giustificarlo dal momento che il maggior interesse da perseguire dovrebbe essere sempre lo sviluppo sociale e, nel caso specifico, lo sviluppo e il benessere dei lavoratori, che purtroppo nel sistema brasiliano non corrisponde ad una attuale.

53 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO, *loc. ult. cit.*

54 J. DE LIMA TEIXEIRA FILHO *op. cit.*, p. 449.

L'inquadramento sindacale

Marco Antônio César Villatore, Thiago Aziz Denardi Ibagy

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'unicità sindacale: concetto e implicazioni giuridiche. – 3. L'inquadramento sindacale: procedimento e conseguenze. – 3.1. Criteri per l'inquadramento sindacale. – 4. L'inquadramento sindacale nella categoria differenziata: aspetti specifici. – 5. Sfide e prospettive dell'inquadramento sindacale in Brasile. – 6. Considerazioni finali.

1. Introduzione

L'inquadramento sindacale, disciplinato dall'art. 511 del Testo Unico delle Leggi del Lavoro (CLT), rappresenta un tema cruciale nell'ambito dei rapporti di lavoro in Brasile. La sua rilevanza risiede nella definizione del sindacato che rappresenterà gli interessi dei lavoratori e delle imprese, garantendo la difesa dei loro diritti e la ricerca di migliori condizioni di lavoro.

Questo capitolo approfondisce i diversi aspetti dell'inquadramento sindacale in Brasile, svelandone le sfumature e le implicazioni per i lavoratori e i datori di lavoro. Fondato sulla Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile del 1988 (CRFB/1988), sul Testo Unico delle Leggi del Lavoro (CLT) e sulla giurisprudenza dei Tribunali Regionali del Lavoro (TRT) e del Tribunale Superiore del Lavoro (TST), questo capitolo mira ad analizzare l'inquadramento sindacale in maniera generale, affrontando i principi della unicità sindacale, dell'attività prevalente e della categoria differenziata, nonché i loro concetti, implicazioni, sfide e prospettive.

2. L'unicità sindacale: concetto e implicazioni giuridiche

Per cominciare è necessario distinguere l'unità sindacale dall'unicità sindacale. Entrambi i concetti mostrano sistemi che differiscono in relazione alla limitazione legale del numero dei sindacati rappresentativi nella stessa area.

Per Nascimento¹ l'unità sindacale si riferisce al fatto che la legge vieta l'esistenza di più di un sindacato rappresentativo in funzione delle sue attività. Questo divieto può essere totale o limitato ad alcuni livelli, come ad esempio quello aziendale. L'unicità sindacale può anche significare che non può esserci

1 A.M. NASCIMENTO, *Compêndio de Direito Sindical*, LTR, San Paolo, 2009, 6a ed., p. 216.

più di un sindacato per categoria o professione. Ora, l'unità sindacale è il metodo attraverso il quale i sindacati si riuniscono in base alla loro scelta, anziché in ragione dell'imposizione legislativa.

Il suddetto Autore evidenzia altresì come la pluralità sindacale rappresenti un terzo sistema, oltre a quelli dell'unità e dell'unicità del sindacato. Si afferma che il sistema più efficace sia quello che consente agli interessati di scegliere il tipo di associazione che desiderano senza restrizioni legali che impediscano la libera scelta.

Il Brasile adottò per la prima volta il modello della unicità nel 1939, con il decreto legge n. 1402, del 7 maggio 1939, che al suo articolo 6 ha introdotto la regola dell'unicità: «Non sarà riconosciuta più di un sindacato per ciascuna professione».

L'unicità sindacale è stata sancita nell'art. 8, comma II, della Costituzione Federale del 1988, il quale stabilisce che, in ciascuna base territoriale, vi sarà un solo sindacato rappresentante ciascuna categoria professionale, e inoltre nell'art. 516 del CLT:

Art. 8 - Le associazioni professionali o sindacali sono libere, fatte salve le seguenti condizioni:

(...)

II - è vietata la creazione di più organizzazioni sindacali, a qualsiasi livello, rappresentative della categoria professionale o economica sulla stessa base territoriale, che sarà definita dai lavoratori o datori di lavoro interessati, e non potrà comunque essere inferiore all'area di un Municipio;

(...)

Art. 516 CLT: Non sarà riconosciuta più di un sindacato rappresentativo della stessa categoria economica o professionale, o libera professione, in una determinata base territoriale.

Martins² definisce l'unicità sindacale come l'impossibilità che vi siano più organizzazioni sindacali, comprese federazioni e confederazioni, che rappresentino una categoria economica o professionale, sulla stessa base territoriale. Di conseguenza, la singolarità limita il diritto alla libertà sindacale, trattandosi di una conseguenza artificiale dell'attuale sistema giuridico che attraverso lo Stato esercita il controllo sul sindacato o la classe lavoratrice. Si tratta in definitiva di una conseguenza determinata dalla legge e non dalla volontà delle persone.

Questo divieto del pluralismo sindacale, secondo Nascimento, mira a rafforzare la rappresentanza, evitando la fragilità delle organizzazioni dei lavoratori e l'indebolimento delle rivendicazioni per migliori condizioni di lavoro, rafforzando così la contrattazione collettiva³.

2 S.P. MARTINS, *Direito do Trabalho*, Atlas, San Paolo, 2002, 16 ed., p. 662.

3 A.M. NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 219-220.

Secondo Batalha e Batalha⁴, la libertà sindacale, in senso individualistico, significa che qualsiasi lavoratore o azienda ha il diritto di partecipare a qualsiasi sindacato, indipendentemente dal fatto che sia legalmente affiliato o meno a un sindacato. In un regime di unicità sindacale, come quello esistente in Brasile secondo la Costituzione del 1988, qualsiasi lavoratore o azienda ha la libertà di affiliarsi o cessare di aderire a un'organizzazione sindacale, ma non ha la capacità di sottrarsi alla rappresentanza del sindacato nel quale è inquadrato che appartiene in maniera totalitaria ad un unico sindacato.

Diversi aspetti delle relazioni di lavoro sono condizionato dall'unicità sindacale, compresa la costituzione dei sindacati, l'affiliazione agli stessi e la disciplina dei contributi.

La registrazione di un nuovo sindacato richiede che non esista nessun altro sindacato della stessa categoria nello stesso territorio. I lavoratori hanno la possibilità di affiliarsi o meno al sindacato di categoria, ma solo il singolo sindacato avrà la facoltà di rappresentare i lavoratori nelle trattative collettive. Come stabilito dall'art. 578 del CLT, tutti i lavoratori della categoria, compresi quelli non iscritti, sono tenuti a contribuire al sindacato unico.

In termini più concreti si può citare l'applicazione da parte della Corte Suprema del Lavoro del principio di aggregazione ai fini della definizione di sindacato. Nel Ricorso n. 0126600-88.2010.5.16.0020, la decisione del III Sezione ha riconosciuto che la Costituzione Federale del 1988 ha mantenuto la regola giuridica dell'unicità dei sindacati (art. 8, comma II), non consentendo quindi la presenza di sindacati concorrenti, anche se più specifici, sulla stessa base territoriale:

Creazione di più sindacati rappresentanti la stessa categoria professionale. Impossibilità. Mancanza di rispetto al principio di unicità sindacale.

In conformità con il comma II dell'art. 8 della Costituzione Federale del 1988, è vietata la creazione di più organizzazioni sindacali, a qualsiasi livello, rappresentative della categoria professionale o economica, sulla stessa base territoriale (TST-RR-126600-88.2010.5.16.0020, Relatore: Mauricio Godinho Delgado, Data della sentenza: 26/06/2013, 3ª Sezione, Data di pubblicazione: DEJT 01/07/2013)⁵.

Il relatore, Mauricio Godinho Delgado, ha confermato la decisione del Tribunale regionale del lavoro della XVI Regione, che aveva deciso il conflitto intersindacale utilizzando il principio di aggregazione per stabilire che il sindacato più legittimo e rappresentativo era quello con la categoria professionale più ampia, comprensiva e risalente nel tempo.

Tuttavia, si possono osservare interpretazioni diverse di tale regola.

4 W. DE S.C. BATALHA, S.M.L. BATALHA, *Sindicatos - Sindicalismo*, LTr, San Paolo, 1994, 2a ed., p. 82.

5 BRASILE. CORTE SUPREMA DEL LAVORO, *Acórdão em Recurso de Revista n. 0126600-88.2015.5.16.0020*, all'indirizzo: <http://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=0126600&digitoTst=88&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=16&varaTst=0020&consulta=Consulta>. Accesso 24 aprile 2024.

Nella sentenza sul ricorso ordinario n. 01216-2010-008-16-00-6⁶ del Tribunale Regionale della XVI Regione, è stato deciso che la creazione di un sindacato più ampio sulla stessa base territoriale non confligge con il principio di unicità sindacale. Il giudice relatore Alcebíades Tavares Dantas aveva confermato la decisione di primo grado, considerando che:

il ricorrente non ha ragione, perché è opinione pacifica che il principio di unicità sindacale non è assoluto e non vieta la divisione per la creazione di un sindacato più specifico, nell'interesse della categoria, che sarà poi meglio rappresentata.

Il relatore ha ritenuto inoltre che ai sensi degli artt. 570 e 571 del CLT «qualsiasi attività o professione concentrata, a norma del comma unico dell'articolo 570, può dissociarsi dal sindacato principale, costituendo un sindacato specifico, dal momento che il nuovo sindacato» sarà caratterizzato dal principio di specializzazione.

Nell'ordinamento giuridico brasiliano vige, quindi, il principio di unicità sindacale, derivante dall'obbligo, imposto da norme legislative o costituzionali, di osservare l'esistenza di un unico sindacato, che rappresenti un'intera classe di lavoratori o datori di lavoro.

3. L'inquadramento sindacale: procedimento e conseguenze

Il processo di inquadramento sindacale consiste nel collocare un lavoratore, datore di lavoro o lavoratore autonomo all'interno della rispettiva categoria⁷. Delgado⁸ insegna che l'aggregazione per categorie e il monopolio della rappresentanza su base territoriale sono gli strumenti con cui si organizzano i sindacati in Brasile.

L'art. 511, comma 2, del CLT prevede che la categoria professionale comprenda i lavoratori che hanno condizioni di vita simili, in ragione del loro legame con la stessa attività economica o con attività simili o connesse.

Martins⁹ spiega che simili «sono attività che si somigliano, come quelle potrebbero essere raggruppate in una categoria per aziende che non appartengono allo stesso settore, ma a settori simili, come alberghi e ristoranti». D'altra parte, sono connesse le «attività che, pur non essendo simili, si completano tra loro, come le diverse attività esistenti nell'edilizia civile, ad esempio: muratura, idraulica, serramenti, pavimenti, verniciature, parti elettriche, ecc.». In quest'ultimo esempio si tratta di attività che perseguono lo stesso obiettivo.

6 BRASIL. MARANHÃO. TRIBUNALE REGIONALE DEL LAVORO DELLA 16^a REGIONE. *Acórdão em Recurso Ordinário n. 01216-2010-008-16-00-6*.

7 A.M. DE BARROS, *Curso de Direito do Trabalho*, LTR, San Paolo, 2011, 7. ed., p. 973.

8 M.G. DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, 17^a ed., opera ampliata, riveduta e aggiornata alla legge n. 13467/2017 e MP. n. 808/2017, LTR, San Paolo, 2018, p. 1581-1582.

9 S.P. MARTINS, *Direito do Trabalho*, Saraiva, San Paolo, 2019, 35 ed., p. 1098.

In generale, l'inquadramento sindacale di un dipendente non è determinato dal suo lavoro. Si tratta piuttosto dell'attività principale del datore di lavoro che, ai sensi dell'art. 581, comma 2, del CLT, è quella che caratterizza l'unità di prodotto, operazione o obiettivo finale, al cui raggiungimento devono convergere tutte le altre attività. Fa eccezione alla regola l'esistenza di categorie professionali distinte (art. 511, comma 3, CLT), dove criterio di inquadramento è la professione esercitata dal lavoratore, sia in ragione delle peculiari condizioni dell'attività sia in ragione di una specifica legge regolatrice:

Art. 511. (...)

§3. Una categoria professionale differenziata è quella formata da dipendenti che svolgono professioni o funzioni diverse a causa di uno status professionale speciale o in conseguenza di condizioni di vita particolari.

Le categorie degli insegnanti, autisti, aeronauti e guardie di sicurezza sono esempi di questa differenziazione.

3.1 Criteri per l'inquadramento sindacale

La normativa stabilisce che la rappresentanza sindacale sia determinata per categorie, professionali o economiche, a seconda che rappresentino, rispettivamente, i lavoratori o i datori di lavoro.

Definito nel *caput* dell'art. 511 del CLT, l'inquadramento sindacale è lo strumento che ordina le categorie economiche e professionali:

Art. 511. È lecita l'associazione con finalità di studio, difesa e coordinamento degli interessi economici o professionali di tutti coloro che, in qualità di datori di lavoro, dipendenti, agenti o lavoratori autonomi o liberi professionisti, esercitano rispettivamente la stessa attività, professione, o attività, o professioni similari o connesse.

Garcia¹⁰, esaminando *caput* e commi dell'art. 511, del CLT, spiega che:

La categoria delle attività identiche riunisce esclusivamente i datori di lavoro (sindacato datoriale), o i dipendenti (sindacato professionale), che svolgono, rispettivamente, la stessa attività economica e che prestano servizio nello stesso settore di attività economica. La categoria delle attività similari raggruppa attività simili, cioè somiglianti tra loro, come è il caso degli alberghi e dei ristoranti. Questa somiglianza può verificarsi sia nella categoria economica che in quella professionale. La categoria delle attività connesse è costituita da attività tra loro complementari, svolte con lo stesso scopo, come avviene nell'edilizia civile, dove sono presenti, tra le altre, attività di muratura, verniciatura, elettriche e idrauliche. Questa connessione tra le attività della categoria può verificarsi tanto nell'ambito datoriale quanto in quello dei lavoratori.

10 G.F.B. GARCIA, *Curso de Direito do Trabalho*, Forense, Rio de Janeiro, 2013, 7a ed., p. 1252.

Hinz¹¹ precisa che:

la categoria non è una realtà ontologica, poiché non esiste nel mondo delle cose, ma è una creazione del diritto collettivo del lavoro, basato sul modello corporativo, secondo il quale i dipendenti o i datori di lavoro, svolgendo attività identiche, simili o connesse, fanno parte di una determinata categoria, derivante, in linea di principio, dall'attività svolta dal datore di lavoro. In questo modo ogni dipendente e datore di lavoro appartiene a un determinato ramo della produzione, al quale viene attribuita la nozione di categoria. Il CLT, al suo art. 511, prevede e definisce le categorie economiche (§1), professionali (§2) e differenziate (§3).

Le norme del CLT definiscono la categoria come un insieme di persone, fisiche o giuridiche, che operano in un determinato settore di attività economica, e allo stesso tempo presentano simili condizioni di vita ed esigenze legate al rispettivo ruolo nella produzione¹². La normativa utilizza tre espressioni, a partire dalle quali distingue le categorie.

Quando sussiste solidarietà di interessi economici tra individui che intraprendono attività identiche, simili o connesse, si configura la *categoria economica*, detta anche *categoria dei datori di lavoro*¹³. Quando sussistono condizioni di vita simili risultanti da una professione o da un lavoro comune, in una situazione di impiego nella stessa attività economica o in attività economiche simili o affini, si parla di *categoria professionale* o di *categoria di dipendenti*¹⁴.

Infine, i dipendenti appartenenti ad una *categoria differenziata*. Sono coloro che svolgono funzioni o professioni diverse a causa di uno statuto professionale o speciale o di condizioni di vita particolari¹⁵.

In questo senso, Martinez¹⁶ spiega che «l'appartenenza ad una categoria professionale dipende da un'indagine sull'attività svolta dal datore di lavoro o, se il datore di lavoro svolge più attività, su quella considerata predominante».

Delgado¹⁷, in tal senso, afferma che «la categoria professionale, come regola generale, si individua, quindi, non per la precisa tipologia di lavoro o di attività che il lavoratore svolge (né per la sua esatta professione), ma per il collegamento con un certo tipo di datore di lavoro».

Garcia¹⁸ evidenzia, quindi, che «l'inquadramento sindacale è costituito in funzione dell'attività prevalente del datore di lavoro, il che è confermato dall'art. 581, comma 1, della CLT».

11 H.M. HINZ, *Direito do Trabalho*, Saraiva, San Paolo, 2005, p. 10.

12 C.M. DE OLIVEIRA, L. DO A.D. DE DORNELES, *Direito do Trabalho*, Verbo Jurídica, Porto Alegre, 2013, 2ª ed., p. 386.

13 Secondo l'art. 511, §1, CLT.

14 Secondo l'art. 511, §2, CLT.

15 Secondo l'art. 511, §3, CLT.

16 L. MARTINEZ, *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª ed., Saraiva, San Paolo, 2011, p. 684.

17 M.G. DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, LTR, San Paolo, 2006, 5ª ed., p. 1326.

18 G.F.B. GARCIA, *op. cit.*, p. 1252.

A differenza dell'associazione o dell'affiliazione che nasce dalla manifestazione di volontà, l'inquadramento sindacale è automatico e non consente al datore di lavoro o al lavoratore di compiere scelte per il sindacato da cui vorrebbero essere rappresentati. L'inquadramento sindacale inizia con la costituzione dell'impresa e l'attribuzione del Codice Nazionale delle Attività Economiche (CNAE)¹⁹ riguardante le attività o categorie economiche.

Ai fini dell'inquadramento, le attività dei diversi settori sono regolate dall'577 del CLT secondo il quale «Il Quadro delle Attività e Professioni in vigore costituirà il criterio fondamentale dell'inquadramento sindacale».

Per rimanere aggiornati e stare al passo con i progressi tecnologici e la globalizzazione, che creano nuove esigenze professionali, queste attività o categorie economiche, suddivise in gruppi, possono essere riviste.

Attraverso l'inquadramento sindacale, professionisti e imprenditori vengono a conoscenza delle organizzazioni sindacali che li rappresentano, le norme collettive a cui sono soggetti e i destinatari dei contributi sindacali.

La funzione dell'inquadramento sindacale in funzione dell'attività prevalente dell'impresa è illustrata dal Tribunale Superiore del Lavoro²⁰:

Ricorso ordinario. Adeguamenti salariali. Inquadramento sindacale. Come regola generale, *l'inquadramento sindacale è basato sull'attività prevalente dell'impresa, ad eccezione dei dipendenti appartenenti a una categoria diversa, per i quali viene definito un altro parametro che corrisponde allo specifico status professionale.* (...) (TST - RR: 105003320085170007, Relatore: Delaíde Miranda Arantes, Data della sentenza: 06/05/2015, 2° pannello, Data di pubblicazione: DEJT 15/05/2015) (corsivo dell'A).

Tuttavia, l'inquadramento sindacale, oltre a tenere conto dell'attività predominante del datore di lavoro o della categoria differenziata del lavoratore, deve considerare la base territoriale del luogo in cui vengono svolte le attività. La rappresentanza delle categorie economiche e professionali determina l'ambito di applicazione del contratto collettivo nel rispetto del principio di territorialità (base territoriale), vale a dire si applicano gli strumenti collettivi vigenti nel luogo di prestazione dell'attività.

È sulla base di questa interpretazione che la Seconda Sezione del Tribunale Regionale del Lavoro della 3ª Regione, adottando il parere del relatore, giudice

19 BRASILE. Agenzia delle Entrate. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE*. su <http://www.gov.br/receitaefederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/cadastros/cnpj/classificacao-nacional-de-atividades-economicas-2013-cnae>. Accesso 24 aprile 2024.

20 BRASILE. TRIBUNALE SUPERIORE DEL LAVORO. *Rivista Appello n. 010500-33.2008.5.17.0007*, all'indirizzo: <http://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?jsessionid=yLP11Zql4SZhK8lqyM1En8cYpOwLBDIJQ7FC2O4R.consultaprocessual-32-6746z?conscsjt=&numeroTst=010500 &digitoTst=33&anoTst=2008 &orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0007&consulta=Consulta>. Accesso effettuato il 24 aprile 2024.

Rodrigo Ribeiro Bueno, in Ricorso Ordinario 0001935-84.2013.5.03.0075²¹ ha accolto il ricorso di un'impresa avverso la condanna al pagamento in favore del ricorrente degli importi corrispondenti ai diritti previsti dalla Convenzione Collettiva del Lavoro (CCT) che quest'ultimo pretendeva gli fosse applicata. Si è constatato che l'organizzazione datoriale firmataria del CCT aveva dimostrato di avere rappresentatività nello Stato di San Paolo, non coinvolgendo l'impresa appellante che aveva sede a Minas Gerais.

Pertanto, l'inquadramento sindacale si ottiene attraverso la combinazione dei due criteri sopra menzionati, l'attività economica prevalente e la base territoriale.

La norma collettiva applicabile sarà quella del luogo di svolgimento della prestazione secondo l'attività economica del datore di lavoro, salvo che il lavoratore appartenga ad una categoria differenziata.

Il Tribunale Regionale del Lavoro della 3^a Regione, con il voto del giudice relatore João Bosco Pinto Lara, in ricorso ordinario 0010459-13.2018.5.03.0102²², ha accolto questa lettura:

Inquadramento sindacale. L'inquadramento sindacale non dipende dalla volontà della parte, che, ove fosse consentito, sceglierebbe il contratto collettivo che gli porterebbe i maggiori vantaggi. Nell'ordinamento brasiliano, l'inquadramento sindacale del lavoratore rispetta, di regola, la base territoriale del luogo della prestazione e l'attività preponderante del datore di lavoro, salvo i casi di categoria differenziata (§3, dell'articolo 511 della CLT). Il lavoratore impiegato nell'attività considerata differenziata avrà diritto ai vantaggi della categoria solo in caso di partecipazione del datore di lavoro, direttamente o tramite il sindacato che lo rappresenta, alle contrattazioni collettive, ai sensi della Precedente vincolante n. 374 del TST (TRT della 3^a Regione; Processo n. PJe: 0010459- 13.2018.5.03.0102 (RO); Organo giudicante: 9a Commissione Relatore: João Bosco Pinto Lara; disponibilità 30.09.2019 (corsivo nostro).

La norma di cui sopra trova applicazione anche nel caso in cui l'impresa non abbia una sede (unità economica) in cui viene svolta l'attività lavorativa e sia stato un altro il luogo in cui il lavoratore è stato assunto, come dimostra chiaramente la giurisprudenza del lavoro.

A titolo di esempio, il Precedente vincolante n. 21²³, del XIII Tribunale Regionale del Lavoro della 13^a Regione:

21 BRASILE. MINAS GERAIS. TRIBUNALE REGIONALE DEL LAVORO DELLA 3^a REGIONE. *Boletim de Legislação e Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a. Região*. V.36, n. 3 - Luglio/settembre 2015, p. 81. in <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/21542/Bol.Legis.Juris.%20v.%2036%2C%20n.%203%2C%20Jul.-Set.%20de%202015.pdf?sequence=2&isAllowed=y> . Accesso 24 aprile 2024.

22 BRASILE. MINAS GERAIS. TRIBUNALE REGIONALE DEL LAVORO DEL 3^a REGIONE. *Acórdão processo n. 0010459-13.2018.5.03.0102*.

23 BRASILE. PARAÍBA. TRIBUNALE REGIONALE DEL LAVORO DELLA 13^a REGIONE. *Precedente vincolante n. 21*. Su <http://www.trt13.jus.br/institucional/ngep/sumulas/sumula-n-21>. Accesso il 24

Inquadramento sindacale. Azienda con sede e filiali. Rappresentanza di diversi sindacati. Possibilità.

Quando un'impresa svolge attività industriale presso la propria sede, e, nella sua filiale, è dedicata al commercio, l'inquadramento sindacale è legato, rispettivamente, all'attività preponderante svolta in ciascuna base territoriale. Pertanto, i dipendenti della sede centrale sono rappresentati dal sindacato dei lavoratori dell'industria, mentre i dipendenti delle filiali sono legati al sindacato dei lavoratori del commercio.

A differenza dei datori di lavoro, i dipendenti si organizzano in base alla loro categoria professionale. Pertanto, per decidere a quale sindacato deve essere affiliato un lavoratore, il fattore principale da prendere in considerazione è l'attività principale che svolge l'impresa in cui il lavoratore svolge la prestazione. Di conseguenza, esiste una maggiore probabilità di inquadramento errato da parte dei dipendenti. Ciò è dovuto al fatto che è possibile supporre che l'inquadramento sindacale di un lavoratore sia basato sull'attività svolta nell'impresa o anche nel suo ambito di lavoro. Tuttavia, l'inquadramento non avviene allo stesso modo e non importa se il dipendente ricopre un ruolo specifico in azienda o ha una formazione universitaria specifica.

Ad esempio, se il lavoratore è dipendente di un'impresa di trasporti ma è responsabile di un'attività secondaria, egli di norma deve essere iscritto al sindacato dei trasporti.

Pertanto, l'analisi delle disposizioni normative in materia, contenute nella Costituzione del 1988 e nel Testo unico delle leggi del lavoro, porta a ritenere che l'inquadramento sindacale sia dato dall'attività preponderante del datore di lavoro, con l'applicazione della norma collettiva del luogo in cui la prestazione è svolta nel rispetto dell'attività economica del datore di lavoro, salvo che si tratti di categorie differenziate.

4. L'inquadramento sindacale nella categoria differenziata: aspetti specifici

Come accennato in precedenza, la categoria differenziata è quella composta da dipendenti che svolgono funzioni o professioni diverse per statuto professionale o speciale o per circostanze di vita particolari.

In questo senso, l'idoneità all'inquadramento in una categoria professionale differenziata non richiede un'analisi dell'attività svolta dal datore di lavoro. Un avvocato che opera nell'area legale di una banca, ad esempio, è un avvocato e non un bancario. Allo stesso modo, un medico che esercita il suo ruolo in un'azienda metallurgica è un medico e non un lavoratore metallurgico²⁴.

aprile 2024.

24 L. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 643.

La categoria differenziata può essere definita anche come la formazione di sindacati per professioni, dal momento possono formarlo solo i lavoratori, come ad esempio nell'ipotesi degli ascensoristi e segretari di cui all'art. 577 del CLT²⁵.

Oliveira e Dorneles²⁶ insegnano che una categoria professionale differenziata è quella composta da lavoratori che esercitano professioni o svolgono funzioni diverse a causa di uno statuto professionale speciale o di condizioni di vita particolari. Ritengono anche che, di conseguenza, per queste categorie, il criterio associativo non dipende dal settore di attività economica in cui opera il lavoratore, poiché saranno sempre rappresentate dal proprio sindacato.

In questo senso anche Nascimento²⁷, affermando che:

coloro che esercitano la professione formano, con la creazione del sindacato, una propria categoria. Non faranno parte del sindacato che rappresenta tutti i lavoratori del settore economico dell'impresa, ma del sindacato della professione che raggruppa tutti coloro che la praticano, indipendentemente dalla natura del settore produttivo in cui lo fanno. Pertanto, ai fini della sindacalizzazione, prevale la professione e non l'attività economica dell'impresa.

Quanto alla specificazione delle categorie differenziate, nel periodo antecedente alla Costituzione del 1988, queste erano proposte dall'allora Commissione sull'Inquadramento Sindacale del Ministero del Lavoro, in linea con gli artt. da 570 a 577 del CLT. Con la promulgazione della Costituzione del 1988, questa Commissione è stata abolita ai sensi dell'art. 8, comma I, che vieta espressamente l'ingerenza dello Stato nell'organizzazione sindacale.

Oggi vi sono diverse nuove professioni e situazioni nelle attività professionali che non sono incluse nell'elenco delle categorie differenziate inizialmente stabilito dalla Commissione sull'Inquadramento Sindacale. Pertanto, poiché non rappresenta la realtà attuale e non è stata recepita dalla Costituzione del 1988, questo elenco deve essere inteso come meramente esemplificativo²⁸.

In questo senso Cassar²⁹ sostiene che, nel periodo antecedente alla Costituzione del 1988, non era possibile formare liberamente una categoria differenziata in ragione della sussistenza di interessi comuni. Tuttavia, con l'abolizione della Commissione sull'Inquadramento Sindacale, questa regola giuridica non è più in vigore, potendo così ammettersi la creazione spontanea di categorie differenziate.

25 S.P. MARTINS, *Curso de Direito do Trabalho*, Dialética, San Paolo, 2001, 3ª ed., p. 253.

26 C.M. DE OLIVEIRA, L. DO A.D. DE DORNELES, *op. cit.*, p. 402-203.

27 A.M. NASCIMENTO, S.M. NASCIMENTO, M.M. NASCIMENTO, *Compêndio de Direito Sindical*, LTR, San Paolo, 2015, 8ª ed., p. 209.

28 M.C. FELTEN, *Direito e processo do trabalho: escritos em homenagem aos 20 anos do professor Gilberto Stürmer*, Arana, Porto Alegre, 2013, p. 281.

29 V.B. CASSAR, *Direito do Trabalho*, Impetus, Niterói, 2008, 2ª ed., p. 1259.

Tali categorie differenziate saranno considerate come tali, ogniquale volta costituiscano un sindacato che non corrisponda al parallelismo sindacale simmetrico (esistenza di un sindacato rappresentante la categoria professionale per ciascun sindacato corrispondente alla categoria economica).

Tuttavia, Felten³⁰ ritiene che il Potere Pubblico continui a intervenire nella creazione di categorie differenziate, costituendo un grave affronto al principio della libertà sindacale. Dato che nuove categorie possono emergere solo attraverso le leggi, l'Autore ritiene che non vi sia autonomia per creare nuove categorie differenziate.

La prevalente giurisprudenza della Tribunale Superiore del Lavoro equipara i liberi professionisti (ad esempio, avvocati e medici) ad appartenenti a categorie professionali differenziate in quanto esercitano attività o professioni specifiche, regolate dal proprio statuto professionale. Essi non sono soggetti, pertanto, alle norme collettive stabilite dal sindacato dell'attività preponderante del datore di lavoro. D'altra parte, i dipendenti di una determinata impresa possono ricevere i benefici della categoria professionale differenziata solo se hanno negoziato direttamente con il sindacato della categoria differenziata o attraverso il sindacato che rappresenta la loro categoria professionale predominante³¹.

In questa linea il TST ha già sintetizzato la questione ³²:

Precedente vincolante 374—TST: Norma collettiva. Categoria Differenziata. Ambito di applicazione (conversione dell'orientamento giurisprudenziale n. 55 dello SBDI-1). *Il lavoratore dipendente appartenente ad una categoria professionale differenziata non ha diritto di ricevere dal suo datore di lavoro i vantaggi previsti da un atto collettivo in cui l'impresa non era rappresentata da un organo di rappresentanza della relativa categoria* (corsivo nostro)

In questo senso Nascimento³³ insegna che:

le norme convenzionali o delle sentenze normative del sindacato che rappresenta l'attività preponderante nell'impresa non sono applicabili al personale facente parte di una categoria differenziata, perché a questi lavoratori sono applicabili le clausole convenzionali o le sentenze normative specifiche del sindacato della categoria differenziata, il che accade, a sua volta, perché gli strumenti normativi di una categoria non si estendono automaticamente ad un'altra categoria; hanno la loro sfera di applicabilità ristretta entro i limiti della categoria alla quale si riferiscono (corsivo nostro).

30 M.C. FELTEN, *loc. ult. cit.*

31 R.C. NAZÁRIO, Associação Comercial, Industrial e de Serviços de Novo Hamburgo, Campo Bom, Estância Velha e Dois Irmãos. *Categoria diferenciada: enquadramento sindical e norma coletiva aplicável*. Disponibile su: <http://www.acinh.com.br/noticia/categoria-diferenciada-enquadramento-sindical-e-norma-coletiva-aplicavel>. Accesso il 24 aprile 2024.

32 BRASILE. TRIBUNALE SUPERIORE DEL LAVORO. *Súmula 374*. Disponibile in http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html. Accesso 24 aprile 2024.

33 A.M. NASCIMENTO, *Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, San Paolo, 1992, 13ª ed., p. 847-848.

Inoltre, nel senso di applicazione delle norme collettive a professionisti appartenenti alle categorie differenziate, si può citare il Precedente vincolante n. 141 del Tribunale Regionale del Lavoro della 4ª Regione³⁴:

Precedente Vincolante n. 141. TRT4 - Norma Collettiva. Categoria Professionale Differenziata.

Si applicano le norme collettive della categoria differenziata, *anche se il datore di lavoro non ha partecipato alla contrattazione collettiva* (corsivo nostro).

I due Precedenti Vincolanti n. 374 del Tribunale Supremo del Lavoro e n. 141 del Tribunale Regionale del Lavoro della 4ª Regione, sembrano confrontarsi tra loro. Il primo dispone che il lavoratore appartenente ad una categoria professionale differenziata non abbia diritto a rivendicare nei confronti del datore di lavoro i vantaggi previsti in un atto collettivo in cui l'impresa non era rappresentata da un ente appartenente alla sua categoria economica. La seconda prevede che si applichino le norme collettive della categoria differenziata, anche se il datore di lavoro non ha partecipato alla negoziazione collettiva.

Il Tribunale del lavoro svolge un ruolo importante nel nostro Paese quando si tratta di uniformare l'interpretazione e di garantire che queste interpretazioni siano osservate in modo uniforme ed equo da parte dei tribunali regionali. È opportuno inoltre evidenziare che la giurisprudenza è fonte del diritto del lavoro ai sensi dell'art. 8 del CLT.

Secondo il giudice Delgado³⁵:

La giurisprudenza traduce l'interpretazione ripetuta data dai tribunali in norme giuridiche, sulla base dei casi concreti sottoposti al loro esame giudiziale. Si tratta dell'uniforme condotta normativa adottata dai tribunali di fronte a situazioni di fatto simili portate al loro esame. Secondo la concezione classica, essa sostanzia l'autorità delle cose uniformemente decise in giudizio.

Questo confronto di opinioni si riflette nelle decisioni dei giudici del lavoro.

Ad esempio, si può menzionare il ricorso del lavoro n. 0020148-33.2021.5.04.0851, giudicato dal Tribunale Regionale del Lavoro della 4ª Regione, sul quale in primo grado era stato applicato il Precedente vincolante n. 374 del Tribunale Supremo del Lavoro, mentre in appello è stato applicato il precedente n. 141 di detta Regione.

Nell'ambito del Ricorso di Riesame, il Giudice relatore Alexandre de Souza Agra Belmonte ha applicato il Precedente n. 374, riformando la decisione regionale contraria alla giurisprudenza del Tribunale Supremo del Lavoro:

34 BRASILE. TRIBUNALE REGIONALE DEL LAVORO DELLA 4ª REGIONE. *Súmulas. Súmula n.º 141 - Norma Coletiva. Categoria Profissional Diferenciada*. In <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/sumulas>. Accesso effettuato il 24 aprile 2024.

35 M.G. DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, San Paolo, 2016, 15ª ed., p. 173.

Rito sommario. Ricorso di lavoro presentata ai sensi della legge n. 13467/2017. Inquadramento sindacale. Categoria Professionale Differenziata. Autista autostradale. Datore di lavoro che non ha partecipato alle trattative definite con il contratto collettivo di lavoro invocato nella prima istanza. Incidenza del Precedente Vincolante del TST n. 374.

Il Tribunale Regionale ha stabilito che «sono applicabili ai lavoratori sostituiti che conservano il rapporto di lavoro con la convenuta Hilmi & Abdullah Ltda le disposizioni normative previste dalla norma collettiva del Sindacato delle Imprese di trasporto stradale di merci nazionali e internazionali di Santana do Livramento, giacché i lavoratori fanno parte di una categoria differenziata, essendo irrilevante la circostanza che la reclamata non era stata convocata o non aveva partecipato alla trattativa che ha dato luogo alla norma, secondo l'interpretazione consolidata accolta dal precedente 141 di questo Tribunale (...)» (pagina 269). La decisione regionale diverge dal Precedente Vincolante del TST n. 374: Norma collettiva. Categoria Differenziata. Applicazione. Il lavoratore dipendente appartenente ad una categoria professionale differenziata non ha diritto di ricevere dal suo datore di lavoro i vantaggi previsti da un atto collettivo in cui l'impresa non era rappresentata da un organo di rappresentanza della relativa categoria. Ricorso ammesso per contrarietà al Precedente Vincolante del TST n. 374 e accolto con respingimento in quanto infondata della domanda del lavoratore (TST - RR - 20148-33.2021.5.04.0851, Relatore: Giudice Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data della sentenza: 14/06/2023, Data di pubblicazione: 30/06/2023, 7ª Sezione)³⁶.

Inoltre, come caso di studio, si può citare la fattispecie che ha dato origine al Ricorso ordinario 0000646-68.2011.5.06.0313. È chiaro che, come regola generale, l'inquadramento sindacale del lavoratore è definito dall'attività predominante del datore di lavoro, salvo quando si tratti di un lavoratore di una categoria differenziata.

All'inizio dell'azione in giudizio, il ricorrente, che era un venditore di un'azienda di bevande, aveva fondato le proprie rivendicazioni sulle norme collettive stipulate dal Sindacato delle Industrie della Birra e delle Bevande in Generale, del Vino e delle Acque Minerali dello Stato di Pernambuco.

L'azienda produttrice di bevande ha sostenuto, nella sua difesa, che al lavoratore dovevano essere applicate le disposizioni dei contratti collettivi sottoscritti dal Sindacato degli Addetti alle Vendite, dei Viaggiatori di Commercio, dei Propagandisti, dei Propagandisti Venditori e Venditori di Prodotti Farmaceutici dello Stato di Pernambuco.

I giudizi di primo e secondo grado si sono pronunciati a favore del ricorrente. Il Tribunale Regionale del Lavoro della 6ª Regione ha ritenuto che non fosse dimostrato che il denunciante svolgesse funzioni tipiche di un lavoratore

36 BRASILE. TRIBUNALE SUPERIORE DEL LAVORO. *Acórdão Recurso de Revista n°. 0020148-33.2021.5.04.0851*, disponibile in <https://consultadocumento.tst.jus.br/consulta-Documento/acordao.do?anoProcInt=2022&numProcInt=415125&dataPublicacao=Str=30/06/2023%2007:00:00&nia=8151175>. Accesso il 24 aprile 2024.

appartenente ad una categoria differenziata, indipendentemente dal luogo in cui lavorava. Nella sentenza regionale è stato così affermato che «si trattava infatti di un venditore dell'azienda, il cui scopo è la produzione e la commercializzazione di birra e bevande in genere, con un'unità produttiva e diversi centri di distribuzione nello Stato»³⁷.

Giunti dinanzi al Tribunale Superiore del Lavoro, la prima sezione ha sostenuto una lettura diversa e ha deciso all'unanimità di escludere l'applicazione al lavoratore delle norme collettive dei dipendenti di industrie di bevande.

Il relatore della pronuncia, il consigliere Luiz José Dezena da Silva, ha spiegato che la posizione della Corte in merito all'inquadramento sindacale è nel senso che quest'ultimo è definito dall'attività prevalente del datore di lavoro, tranne quando si tratti di una categoria professionale differenziata. Per il giudice relatore, il Tribunale Supremo del Lavoro ha già espresso l'intendimento di inquadrare i dipendenti di impresa produttrice di birra, che lavorano come venditori, nella corrispondente categoria differenziata. «In questo modo non si applicano le norme collettive riferite alla categoria rappresentativa dei dipendenti che svolgono funzioni attinenti all'attività preponderante dell'impresa».

In tal senso, a conferma di quanto affermato e della giurisprudenza consolidata, il Tribunale Superiore del Lavoro ha pubblicato, in data 29 ottobre 2020, la notizia³⁸ sulla decisione:

I venditori di bevande non saranno inquadrati nella categoria sindacale riferita all'attività prevalente dell'azienda» *considerando che si tratta di una categoria differenziata e che l'inquadramento non è definito dall'attività preponderante del datore di lavoro*, con il voto del giudice Dezena da Silva, della Prima Sezione (Processo: Ag-RR-646-68.2011.5.06.0313³⁹) (Corsivo nostro)

Pertanto, i dipendenti appartenenti alla categoria differenziata sono disciplinati da leggi specifiche e il loro inquadramento sindacale non dipende dall'attività prevalente dell'azienda, ma dalle condizioni professionali dei dipendenti che ne formano la categoria.

37 BRASILE. TRIBUNALE REGIONALE DEL LAVORO DELLA 6a REGIONE. *Acórdão Recurso Ordinário n.º 0000646-68.2011.5.06.0313*. Disponibile all'indirizzo: <https://acordaos.trt6.jus.br/acordaos/exibirInteiroTeor?documento=33802013&tipoProcesso=fisico>. Accesso il 24 aprile 2024.

38 BRASILE. TRIBUNALE SUPERIORE DEL LAVORO. *Notícias do TST. Vendedor de bebidas não será enquadrado na categoria sindical preponderante da empresa*. Disponibile in https://tst.jus.br/web/guest/-/vendedor-de-bebidas-n%C3%A3o-ser%C3%A1-enquadrado-na-categoria-sindical-preponderante-da-empresa%C2%A0?p_l_back_url=%2Fweb%2Fguest%2Fresultado-de-busca%3Fq%3D646-68.2011.5.06.0313. Accesso il 24 aprile 2024.

39 BRASILE. TRIBUNALE SUPERIORE DEL LAVORO. *Acórdão Agravo Interno em Recurso de Revista n.º 0000646-68.2011.5.06.0313*. Disponibile in <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/acordao-tst-vendedor-ambbev1.pdf>. Accesso il 24 aprile 2024.

5. Sfide e prospettive dell'inquadramento sindacale in Brasile

Sebbene la giurisprudenza del lavoro si sforzi di risolvere divergenze e incertezze in materia di inquadramento sindacale in Brasile, permangono alcune sfide nella relativa applicazione, così come lacune nella legislazione, nonché nuove forme e modalità di lavoro, oltre alla lentezza della giustizia del lavoro. Questa lentezza nella risoluzione dei conflitti sull'inquadramento sindacale – come è noto – danneggia i lavoratori e può creare incertezza giuridica e difficoltà nell'accesso ad un'adeguata rappresentanza sindacale.

Un inquadramento sindacale scorretto può causare seri problemi al datore di lavoro e al lavoratore, provocando, ad esempio, il doppio pagamento dei contributi sindacali, l'inosservanza di contratti collettivi o convenzioni che possono dar luogo ad azioni sindacali, e condanne pecuniarie in ragione dei lavoratori la cui attività è considerata differenziata⁴⁰. Oltre a ciò, un inquadramento adeguato assume rilevanza fondamentale in quanto determina i diritti, gli emolumenti e le norme applicabili ai rapporti di lavoro, che sono definiti da convenzioni o contratti collettivi che i datori di lavoro devono rispettare.

È evidente che la legislazione del lavoro non sempre fornisce chiarezza circa il corretto inquadramento sindacale per alcune categorie professionali, data la divergenza di orientamenti tra i tribunali, che genera controversie e dubbi tra i sindacati.

Inoltre, con l'emergere di nuove modalità di lavoro, attraverso la riforma del lavoro del 2017 (Legge n. 13467/2017), come il lavoro intermittente e il telelavoro, e il dinamismo del mercato, come il lavoro intermediato dalle piattaforme digitali, gli adattamenti nell'aggiornamento e nell'interpretazione le regole sull'inquadramento sindacale si impongono come necessari.

La riforma del lavoro del 2017 ha apportato alcune puntuali modifiche in materia di inquadramento sindacale, come la figura del "sindacato specifico" per i lavoratori che svolgono funzioni distinte dall'attività predominante del datore di lavoro. Questo sindacato, per avere validità legale, deve essere costituito per rappresentare i lavoratori di almeno 50 municipi, e dipende dall'approvazione del Ministero del Lavoro e della Previdenza e dalla dimostrazione che la categoria ha interessi propri non adeguatamente difesi dai sindacati esistenti. Tuttavia, una revisione più ampia della legislazione lavoristica potrebbe contribuire a colmare le lacune esistenti.

Incoraggiare la contrattazione collettiva settoriale, che riunisce i sindacati dei datori di lavoro e dei lavoratori appartenenti a uno specifico settore

40 K.S. ALVES, *Consultor Jurídico, A representatividade sindical equivocada*, disponibile in <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/katia-alves-representatividade-sindical-equivocada/>. Accesso 24 aprile 2024.

dell'economia, potrebbe facilitare l'inquadramento sindacale e promuovere una più efficace rappresentanza sindacale. Inoltre, il rafforzamento dei sindacati, attraverso l'espansione della partecipazione dei lavoratori e l'offerta di servizi di qualità, è essenziale per una rappresentanza sindacale più attiva ai fini della risoluzione dei problemi in materia di inquadramento sindacale⁴¹.

È interessante notare che i sindacati svolgono un ruolo importante nel sistema legale nell'ordinamento giuridico e assistono direttamente e indirettamente sia i datori di lavoro che i lavoratori. C'è ancora molto su cui lavorare per garantire maggiore certezza giuridica, colmare le lacune e istituire un corretto procedimento di inquadramento sindacale.

6. Considerazioni finali

Nell'ambito del diritto del lavoro brasiliano, l'inquadramento sindacale è un argomento complesso e rilevante.

Per garantire l'accesso ad un'adeguata rappresentanza sindacale, alla contrattazione collettiva e alla tutela dei relativi diritti, nonché per evitare pregiudizi ai rappresentati, è essenziale definire correttamente la categoria professionale del lavoratore e la categoria economica del datore di lavoro.

La comprensione dell'inquadramento sindacale e il superamento delle sfide esistenti dipendono da un'analisi congiunta della giurisprudenza del lavoro, delle disposizioni costituzionali e della CLT.

La ricerca giurisprudenziale sull'inquadramento sindacale dimostra che le risposte fornite dai giudici non sono uniformi.

La Costituzione Federale del 1988 insieme alla CLT presentano, oltre alle evidenziate lacune, alcuni aspetti che non denotano particolare chiarezza sul piano delle procedure e su quello sostanziale dei diritti positivi.

In questo senso è necessario che potere pubblico, sindacati, giurisprudenza e società stessa collaborino per migliorare la legislazione e l'interpretazione delle norme con l'obiettivo di creare un inquadramento sindacale più giusto, rapido ed efficace.

41 A.B. DE LIMA JÚNIOR, D. CAVALCANTE, I.P. PINTO, *O Fortalecimento das Negociações Coletivas é Indispensável para o Crescimento da Produtividade do Trabalho no Brasil*. Disponibile all'indirizzo: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10295/5/bmt_61_fortalecimento_negociacoes.pdf. Accesso 24 aprile 2024. p. 50.

La garanzia della stabilità sindacale

Sergio Torres Teixeira

SOMMARIO: 1. La tutela dell'azione dei dirigenti sindacali come presupposto della libertà sindacale. – 2. La stabilità sindacale come diritto contemporaneamente individuale e collettivo. – 3. Evoluzione storica della stabilità sindacale nell'ordinamento giuridico brasiliano. – 4. Morfologia della stabilità sindacale. – 5. Stabilità sindacale e reintegrazione nel luogo di lavoro dei dirigenti illegittimamente licenziati. – 6. La stabilità sindacale come presupposto fondamentale della libertà sindacale.

1. La tutela dell'azione dei dirigenti sindacali come presupposto della libertà sindacale

Per gli specialisti che sono soliti cimentarsi nella letteratura specializzata sui temi del diritto del lavoro collettivo, la comprensione della libertà sindacale richiede solitamente un riferimento immediato alla Convenzione n. 87 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e alle sue quattro garanzie che fungono da pilastri di sostegno per un moderno sistema di sindacalismo: la libertà di costituire sindacati, la libertà di gestire organizzazioni sindacali, la libertà di azione dei sindacati e la libertà di associarsi ad organismi sindacali¹.

Tuttavia, nel mondo contemporaneo si possono trovare altri strumenti di tutela della libertà sindacale. E uno dei più importanti è la garanzia di protezione dei dirigenti sindacali contro comportamenti di ritorsione da parte dei loro datori di lavoro e, in particolare, il licenziamento come reazione alle azioni del rappresentante in difesa degli interessi della categoria.

L'azione indipendente e libera del dirigente sindacale nella difesa degli interessi della categoria e dei suoi iscritti può essere assicurata solo quando il dirigente dell'associazione, appartenente alla rispettiva categoria come ogni collega, è protetto contro gli atti arbitrari del suo datore di lavoro, tenuto conto della evidente vulnerabilità in cui si trova quando agisce in difesa di interessi tipicamente considerati antagonistici rispetto a quelli datoriali.

L'autentica libertà sindacale, con i dirigenti sindacali che negoziano ed eventualmente lottano senza timore per ottenere migliori condizioni di lavoro, può prosperare solo in un ambiente in cui il rappresentante di categoria

1 A. M. NASCIMENTO, *Compêndio de Direito Sindical*, San Paolo, LTR, 2000, 2ª ed., p. 97.

non è distratto da pensieri di cautela e preoccupazione per il proprio benessere lavorativo.

In questo contesto, il complesso delle garanzie sindacali volte ad assicurare il libero esercizio dei diritti sindacali comprende così dalla generica tutela contro atti discriminatori volti a limitare o ostacolare la libertà sindacale del singolo lavoratore, alle norme che vietano l'assoggettamento di un lavoratore a condizioni dipendenti dalla sua appartenenza o non appartenenza a una specifica entità sindacale e a norme che vietano il licenziamento o il ricorso ad un altro atto pregiudizievole a causa della partecipazione del dipendente a qualsiasi attività sindacale al di fuori dell'orario di lavoro o durante la sua giornata lavorativa con il corrispondente consenso del datore di lavoro.

Oggetto del presente capitolo di quest'opera collettiva è, quindi, proprio la provvisoria stabilità nell'impiego del dirigente sindacale, quale strumento destinato a tutelare tanto la collettività dei lavoratori rappresentati quanto il rapporto individuale di chi si espone all'eventuale ritorsione del datore di lavoro in virtù degli atti compiuti in difesa degli interessi individuali e collettivi della categoria.

Esaminare il cosiddetto "*fuero*" sindacale e comprendere *la stabilità del dirigente sindacale* nell'ambito dell'ordinamento giuridico brasiliano e apprezzarne la rilevanza come strumento di garanzia della libertà sindacale, saranno quindi gli obiettivi perseguiti nelle pagine seguenti.

2. La stabilità sindacale come diritto contemporaneamente individuale e collettivo

Nell'ambito della Costituzione della Repubblica Federale del Brasile, promulgata il 5 ottobre 1988, l'ubicazione del punto di riferimento principale dei diritti individuali del lavoro non è oggetto di controversia. Nel *caput* dell'art. 7 è prevista l'indicazione di un elenco dei «diritti dei lavoratori urbani e rurali, oltre ad altri volti a migliorare la loro condizione sociale», seguito da un elenco di 34 punti. Tale dispositivo, quindi, costituisce la sede costituzionale di un ampio elenco di diritti individuali del lavoro che interessano i rapporti contrattuali che vincolano i dipendenti ed i rispettivi datori di lavoro.

L'art. 8 della Carta politica del 1988, a sua volta, quando enuncia nella sua frase di apertura la direttrice secondo cui «le associazioni professionali o sindacali sono libere», è normalmente considerato il grande depositario dei diritti collettivi del lavoro, avente per oggetto immediato i sindacati e relativa attività sindacale.

Questa dicotomia, quindi, viene spesso enfatizzata negli ambienti accademici e nelle aule di tribunale quando è oggetto di discussione l'adeguato inquadramento di un istituto che compone l'ordinamento giuridico del lavoro brasiliano.

Questa suddivisione dei diritti lavoristici nelle due dimensioni e la relativa classificazione in una categoria o nell'altra, come individuale o collettiva,

utilizzando la loro origine normativa come criterio esclusivo, finisce tuttavia per generare un terreno idoneo ad errori tassonomici.

Uno sguardo più approfondito agli elenchi degli artt. 7 e 8 della Magna Carta brasiliana evidenzia l'esistenza di istituti che non possono essere classificati esclusivamente in una o nell'altra specie come in una classificazione scientifica della fauna della biodiversità brasiliana. Esistono, quindi, istituti giuridici dai molteplici volti tra quelli elencati nei due cataloghi costituzionali.

In questo senso, mentre l'art. 7 della Costituzione della Repubblica consacra nel suo numero XXVI il principale prodotto della negoziazione collettiva e il massimo simbolo dell'autonomia della volontà collettiva, con il riconoscimento delle convenzioni e degli accordi collettivi di lavoro, il numero VIII dell'art. 8 della Magna Carta del Paese disciplina un diritto che, pur tutelando direttamente un determinato lavoratore (colui che occupa una posizione dirigenziale sindacale), finisce per trascendere tale portata individuale per riguardare un'intera categoria professionale di lavoratori interessati ad avere un rappresentante tutelato e, di conseguenza, libero e impavido nel difendere i propri interessi collettivi dinanzi alla classe datoriale: la cosiddetta "stabilità sindacale".

Articolo 8, VIII – È vietato il licenziamento del lavoratore iscritto al sindacato a partire dalla registrazione della candidatura all'incarico di direzione o di rappresentanza sindacale e, se eletto, anche come supplente, fino a un anno dalla cessazione del mandato, a meno che non commetta una colpa grave ai sensi della legge.

Basandosi sull'ultimo numero dell'art. 8 della Carta Politica del 1988, la stabilità sindacale è stata presentata dal legislatore costituente brasiliano come un diritto collettivo del lavoro, volto a tutelare immediatamente gli interessi di una categoria economica. Allo stesso tempo, però, il rispettivo istituto viene a sostenere immediatamente il dipendente interessato, limitando la possibilità del suo licenziamento in un periodo in cui è eccezionalmente esposto a ritorsioni da parte del suo datore di lavoro.

Diritto collettivo? Individuale? Entrambi!

Pur rientrando nell'elenco dei "diritti sindacali" di cui all'art. 8 della Carta politica del 1988, l'istituto denominato "stabilità sindacale" non può essere inquadrato esclusivamente come strumento integrante il diritto collettivo del lavoro.

Individualmente, corrisponde al diritto massimo che può avere un lavoratore dipendente: il diritto di restare nel posto di lavoro anche contro la volontà del datore di lavoro, fino a quando non si verifichi una colpa grave riconosciuta dal sistema normativo idonea a giustificare il licenziamento.

Collettivamente, costituisce una garanzia per l'intera categoria professionale rappresentata dal dirigente sindacale, raggiungendo tutti i lavoratori da lui rappresentanti e che, naturalmente, vogliono un dirigente sindacale libero di esigere migliori condizioni di lavoro e invulnerabile alle misure di ritorsione del proprio datore di lavoro.

La tutela del rappresentante di categoria è nell'interesse di tutti i dipendenti rappresentati, poiché solo con la tranquillità di chi è consapevole di non poter essere licenziato dal proprio datore di lavoro senza dimostrare rilevanti mancanze, il dirigente sindacale potrà agire in modo libero e impavido nelle situazioni di conflitto con il proprio datore di lavoro e con la categoria economica corrispondente. Senza questa garanzia, è chiaro che la loro vulnerabilità agli atti e alle minacce del datore di lavoro costituirebbe uno svantaggio indiscutibile per il sindacato e tutti i lavoratori rappresentanti.

La stabilità sindacale rappresenta, in questa luce, una fusione o un amalgama tra collettivo e individuale, raggiungendo dimensioni oltre i confini di queste consuete categorie dei diritti del lavoro, "suddivisi" in individuali e collettivi.

L'istituto costituisce, quindi, una misura di tutela del rapporto di lavoro dipendente e, anche, uno strumento di tutela degli interessi di tutti i componenti di una collettività di lavoratori, attraverso il quale è garantita al lavoratore la stabilità giuridica della sua posizione lavorativa, durante un periodo di tempo nel quale si trova in una condizione di eccezionalmente vulnerabilità agli attacchi del suo datore di lavoro a causa del suo ruolo (attuale, passato o anche possibilmente futuro) di dirigente di un'entità sindacale della sua categoria professionale.

Per tutta la durata della rispettiva garanzia, a tutela del rispettivo dirigente e per assicurarne la libera difesa degli interessi della collettività, il datore di lavoro potrà licenziare il lavoratore solo se è dimostrata la sussistenza di una colpa grave che giustifica lo scioglimento del contratto.

La stabilità sindacale corrisponde, quindi, a uno strumento che limita l'esercizio del potere di licenziamento da parte del datore di lavoro, condizionando temporaneamente l'ammissibilità del licenziamento alla previa dimostrazione di una colpa grave idonea a legittimare il licenziamento. Si tratta di una misura restrittiva al concretizzarsi del licenziamento e della conseguente risoluzione del rapporto di lavoro, in quanto al lavoratore viene concessa una forma temporanea di stabilità giuridica del rapporto di lavoro, in considerazione della quale il datore di lavoro potrà esercitare il suo potere di licenziamento solo se sia preventivamente dimostrata la commissione da parte del lavoratore di una colpa grave.

A differenza di quanto accade con la stabilità "definitiva" come la risalente stabilità decennale prevista dall'art. 492 del CLT, però, la stabilità sindacale non è incorporata permanentemente nel contratto di lavoro del rispettivo lavoratore. Corrisponde piuttosto ad una garanzia temporanea, delimitata quanto alla sua validità e vigenza.

La stabilità sindacale è, quindi, legata ad una certa situazione transitoria: il periodo di naturale vulnerabilità – cioè, di inequivocabile fragilità di fronte al potere datoriale – attraverso il quale passa il lavoratore che assume (o che ancora deve assumere o ha già assunto) l'incarico di dirigenza sindacale le cui attribuzioni impongono, naturalmente, al rispettivo rappresentante di categoria di assumere posizioni sensibili e spesso antagoniste rispetto a quelle del proprio datore di lavoro.

Per non lasciare il lavoratore indifeso alle pressioni e vulnerabile ad atti di ritorsione del datore di lavoro, la stabilità sindacale garantisce che il lavoratore rimanga nel posto di lavoro anche contro la volontà del datore di lavoro, finché non sia provata l'esistenza di una colpa grave commessa dal dipendente.

La tutela prevista dalla rispettiva garanzia orbita, quindi, attorno all'eccezionale condizione di vulnerabilità temporalmente delimitata.

3. Evoluzione storica della stabilità sindacale nell'ordinamento giuridico brasiliano

Nell'ambito dei trattati internazionali, la protezione dell'esercizio delle attività sindacali è sancita dalla Convenzione internazionale n. 98 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), approvata alla 32ª Conferenza Internazionale del Lavoro, tenutasi a Ginevra nel 1949, ed entrata in vigore nel 18 luglio 1951.

Il Brasile ha approvato il recepimento della Convenzione n. 98 con il decreto legislativo n. 49 del 27 agosto 1952 e l'ha ratificata il 18 novembre dello stesso anno, con promulgazione avvenuta con il decreto n. 33196 del 29 giugno 1953, con vigenza nell'ordinamento giuridico a partire dal 18 novembre 1953².

Il testo della Convenzione non prevede espressamente la stabilità giuridica del rapporto di lavoro del dirigente sindacale, ma prevede nel suo art. 1 una tutela generale contro gli atti antisindacali, compreso il divieto di licenziamento di un dipendente a causa della partecipazione ad attività sindacali:

Articolo 1

1. I lavoratori devono beneficiare di un'adeguata protezione contro tutti gli atti di discriminazione tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego.
2. Tale protezione deve in particolare applicarsi a quanto concerne gli atti che abbiano lo scopo di:
 - a) subordinare l'impiego di un lavoratore alla condizione che egli non aderisca ad un sindacato o smetta di far parte di un sindacato;
 - b) licenziare un lavoratore o portargli pregiudizio con ogni altro mezzo, a causa della sua affiliazione sindacale o della sua partecipazione ad attività sindacali al di fuori delle ore di lavoro, o, con il consenso del datore di lavoro, durante le ore di lavoro.

La lett. b) del comma 2 dell'art. 1 della Convenzione OIL n. 98, garantisce quindi la tutela dei lavoratori dipendenti contro il licenziamento (e altri atti dannosi per il lavoratore) motivato dal loro inserimento in un'organizzazione sindacale o in virtù della loro partecipazione alle attività sindacali in generale,

2 A. SUSSEKIND, *Convenções da OIT*, San Paolo, LTR, 1998, 2ª ed., p. 338.

sia quando non sono a disposizione del datore di lavoro, sia durante la giornata lavorativa in cui il datore di lavoro autorizza lo svolgimento di tali attività.

La protezione disciplinata dalla citata disposizione, pertanto, non è specificatamente destinata ai dirigenti sindacali, ma a qualsiasi lavoratore che possa svolgere attività riconducibili alla sfera sindacale. Corrisponde, in ogni caso, ad un istituto di natura protettiva che mira a tutelare il lavoratore e ad impedirne il licenziamento per ragioni esclusivamente legate all'esercizio delle attività sindacali.

L'introduzione nell'ordinamento giuridico nazionale di una stabilità giuridica specificamente intesa a tutelare il dirigente sindacale, a sua volta, non è avvenuta con la rapidità auspicata dai leader sindacali delle categorie lavoratrici.

Il Testo Unico delle Leggi del Lavoro (CLT), emanato con il decreto n. 5452 del 1943, non conteneva nel suo testo originario una versione della stabilità sindacale.

Le disposizioni contenute nel testo originario dell'art. 543, *caput*, e dei suoi tre commi, del CLT, quindi, non prevedono questo tipo di stabilità giuridica. Le rispettive regole del testo originario del 1943 trattavano solo in modo generico di norme a tutela dell'esercizio delle attività sindacali:

Art. 543. Il dipendente eletto per l'incarico di amministrazione sindacale o di rappresentanza professionale non potrà, per ragioni di servizio, essere impedito nell'esercizio delle sue funzioni, né trasferito senza giustificato motivo, a giudizio del Ministero del Lavoro, dell'Industria e del Commercio, ad un luogo o attività che renda difficile o impossibile lo svolgimento dell'incarico o del mandato.

§1 – Il dipendente perderà il mandato se il trasferimento sarà da lui richiesto, o volontariamente accettato.

§2 – Si considera licenza non retribuita, salvo accordo con il datore di lavoro o clausola contrattuale, il tempo in cui il lavoratore si assenta dal lavoro nell'espletamento delle funzioni di cui al presente articolo.

§3 – Il datore di lavoro che licenzia, sospende o retrocede di categoria un dipendente, ovvero ne riduce la retribuzione, per impedirgli di iscriversi ad un sindacato, di organizzare un'associazione sindacale o di esercitare i diritti inerenti all'iscrizione al sindacato, è soggetto alla sanzione prevista dalla lett. a dell'articolo 553, fatto salvo il risarcimento dell'eventuale danno del lavoratore.

Il testo originario del comma 3 dell'art. 543, pertanto, prevedeva solo misure sanzionatorie di carattere pecuniario, quali la sanzione amministrativa e la previsione dell'eventuale risarcimento per il danno cagionato, in caso di licenziamento del dipendente, al fine di impedire l'esercizio dei diritti sindacali.

L'art. 492 del CLT, invece, prevedeva una forma di stabilità giuridica a tutela dei lavoratori dipendenti in generale (ad eccezione di alcune tipologie, come i lavoratori domestici):

Art. 492 - Il dipendente che ha più di 10 (dieci) anni di servizio nella stessa azienda non può essere licenziato se non per motivi di colpa grave o circostanze di forza maggiore debitamente provate.

Questa disposizione CLT aveva recepito nel testo unico la stabilità originariamente introdotta nell'ambito della legislazione nazionale dalla "Legge Elói Chaves" (decreto legislativo n. 4682 del 1923), detta "decennale" perché si acquisiva dopo dieci anni di prestazione di servizio alle dipendenze dello stesso datore di lavoro e che nel testo originario autorizzava il licenziamento del lavoratore solo in caso di colpa grave. Questa tipologia di stabilità giuridica nel rapporto di lavoro era soggetta ad una limitazione temporale soltanto per il conseguimento del relativo diritto, risultando condizionata l'acquisizione della stabilità alla maturazione di dieci anni di rapporto di lavoro presso lo stesso datore di lavoro. Una volta incorporato nel contratto di lavoro, non era soggetto ad alcun altro vincolo temporale, diventando così quindi "definitivo" e non "temporaneo".

Il legislatore del 1943, però, aggiunse al testo dell'art. 492 che anche la forza maggiore poteva giustificare il licenziamento di un dipendente dotato di stabilità, stabilendo la necessità della dimostrazione dell'una o dell'altra condizione mediante indagine, sulla falsariga dell'art. 494 del CLT:

Art. 494 – Il dipendente accusato di mancanze gravi può essere sospeso dalle sue funzioni, ma il suo licenziamento sarà effettivo solo dopo un'indagine e una verifica della fondatezza dell'accusa.

Questo tipo di stabilità legale dell'occupazione, tuttavia, non aveva lo scopo specifico di tutelare l'esercizio delle attività sindacali. Nell'ambito della legislazione nazionale, l'emergere della stabilità sindacale è avvenuto poco più di un decennio dopo l'entrata in vigore della Convenzione n. 98.

Per ironia della sorte, l'istituto è stato originariamente introdotto nella legislazione brasiliana con la legge n. 5107 del 1966, che aveva istituito il Fondo di Garanzia del Tempo di Servizio (FGTS), un sistema che ha dato inizio al progressivo declino nel positivo diritto nazionale della vecchia stabilità decennale.

Il regime di stabilità decennale disciplinato dagli artt. 492 e 494 del CLT venne, quindi, messo in discussione dal legislatore nazionale attraverso la legge n. 5107 del 1966, il cui scopo era quello di attuare nell'ordinamento giuridico nazionale un nuovo modello, incompatibile con il sistema della stabilità decennale, in cui il lavoratore non sarebbe stato più tutelato dal rispettivo istituto di stabilizzazione, ma in cambio avrebbe avuto diritto ai benefici del sistema denominato Fondo Garanzia Tempo di Servizio, che prevedeva la riscossione mensile dell'accantonamento del FGTS corrispondente all'8% della retribuzione percepita mensilmente e una indennità in caso di licenziamento senza giusta causa originariamente pari al 10% dell'importo depositato sul proprio conto FGTS, successivamente aumentato al 40% dall'art. 10, inciso I, dell'atto delle Disposizioni Costituzionali transitorie e dalla legge n. 8036 del 1990.

Secondo il modello cosiddetto "facoltativo" previsto dalla legge di attuazione della FGTS, spetterebbe a ciascun dipendente scegliere tra il sistema CLT (con

indennità per tempo di servizio prevista dall'art. 478 in caso di licenziamento senza giusta causa in presenza di un contratto a tempo indeterminato e stabilità decennale acquisita con dieci anni di servizio presso lo stesso datore di lavoro) e il regime FGTS, con l'opzione per il lavoratore di scegliere questa disciplina, rinunciando in questo modo alla stabilità decennale, già acquisita o meno³.

La legge n. 5107, quindi, istituendo un siffatto sistema facoltativo, ha dato inizio all'involuzione del modello disciplinato dagli artt. 492 e 494 della CLT, la cui fine è stata decretata con la stessa Costituzione federale del 1988, la quale, assicurando a tutti i dipendenti urbani e rurali il diritto al Fondo di Garanzia del Tempo di Servizio nella sezione III del suo art. 7, ha lasciato la stabilità decennale solo come un diritto acquisito di pochi dipendenti che, prima della promulgazione, non avevano compiuto la scelta per il regime (i cosiddetti "non optanti"), relegando l'acquisizione di tale protezione a un sogno irraggiungibile per gli altri lavoratori del Paese.

Ma questa stessa legge che ha avviato il processo di decadenza di una sorta di stabilità giuridica in materia di lavoro, ha inaugurato, d'altro canto, una nuova modalità di stabilità all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale. In tal senso, l'art. 25 della Legge di attuazione della FGTS ha stabilito:

Art. 25 – È vietato il licenziamento del lavoratore sindacalizzato, a partire dal momento della registrazione della sua candidatura ad un incarico di direzione o di rappresentanza sindacale, fino alla scadenza del mandato, se eletto, anche come supplente, salvo che commetta gravi mancanze debitamente accertate ai sensi del CLT.

Questo nuovo tipo di stabilità lavorativa cominciò, quindi, a vietare il licenziamento del dipendente dalla formalizzazione della sua candidatura a un incarico dirigenziale o di rappresentanza sindacale, fino alla proclamazione del risultato negativo delle urne (se il candidato non vinceva le elezioni) o alla fine del suo mandato (in caso di vittoria elettorale, anche se in qualità di supplente), salvo il caso di colpa grave riconosciuta secondo la formula stabilita dal CLT, cioè attraverso un'indagine.

La condizione speciale e transitoria che ha costituito il fondamento della tutela temporanea prevista dal legislatore del 1966, quindi, sarebbe quella della partecipazione del lavoratore alle attività di direzione e rappresentanza della sua organizzazione sindacale professionale, per un periodo di tempo compreso tra la registrazione della candidatura al rispettivo incarico fino alla scadenza del mandato.

Successivamente, il legislatore brasiliano ha modificato in tre occasioni il testo originario del Testo Unico delle Leggi del Lavoro per includere la garanzia in questione nel rispettivo contenuto.

Il decreto legge 28 febbraio 1967, n. 229, ha completamente modificato il testo dell'art. 543 del CLT, dal *caput* ai suoi tre commi:

3 S. TORRES TEIXEIRA, *Proteção à Relação de Emprego*, San Paolo, LTR, 1998, p. 234.

Art. 543 – Il lavoratore eletto a un incarico di amministrazione sindacale o di rappresentanza professionale, anche nell'ambito di un organo di deliberazione collettiva, non può essere impedito nell'esercizio delle sue funzioni, né trasferito in un posto o in un ruolo che gli renda difficile o impossibile l'esercizio delle sue attribuzioni sindacali.

§1 – Il dipendente perderà il suo mandato qualora il trasferimento venga richiesto o volontariamente accettato.

§2 – Si considera licenza non retribuita, salvo consenso dell'impresa o clausola contrattuale, il tempo in cui il lavoratore si assenta dal lavoro per lo svolgimento delle funzioni di cui al presente articolo.

§3 – È vietato il licenziamento del lavoratore sindacalizzato dal momento della registrazione della sua candidatura ad un incarico di direzione o di rappresentanza sindacale, fino a 90 (novanta) giorni dalla cessazione del suo mandato, se eletto, anche come supplente, salvo che non commetta una colpa grave debitamente accertata ai sensi del presente Testo Unico.

Il decreto legge n. 229/67, quindi, ha inserito nel testo unico la stabilità sindacale attraverso il nuovo testo del comma 3 del suo art. 543, dilatando anche a novanta giorni dopo il termine del mandato il *dies a quo* della cessazione della protezione e stabilendo altresì che la rispettiva tutela si estende non solo al titolare dell'incarico di direzione o di rappresentanza sindacale, ma anche al soggetto eletto come supplente.

La legge n. 5911 del 27 agosto 1973, a sua volta, ha nuovamente modificato il testo del §3 dell'art. 543 del CLT, estendendo il periodo di stabilità a un anno dopo la fine del mandato al fine di ampliare il periodo di "raffreddamento" tra la fine del mandato e la fine della protezione temporanea:

§3 – È vietato il licenziamento del lavoratore iscritto al sindacato dal momento della registrazione della sua candidatura ad un incarico di direzione o di rappresentanza sindacale, fino a 1 (uno) anno dalla cessazione del suo mandato, se eletto anche come supplente, salvo che commetta una colpa grave debitamente accertata ai sensi del presente Testo Unico.

Il relativo testo, tuttavia, generava ancora controversie circa la sfera soggettiva del regime di stabilità, con alcune dispute in merito alla sua applicazione o meno ai dirigenti e rappresentanti delle associazioni professionali.

Il Tribunale Superiore del Lavoro, a sua volta, consolidò la tesi prevalente attraverso il suo Precedente Vincolante n. 222 nel 1985, nel seguente modo:

Dirigenti delle associazioni professionali. Stabilità provvisoria. I dirigenti delle associazioni professionali legalmente registrati godono della stabilità provvisoria nell'impiego.

In conseguenza di questa posizione giurisprudenziale (poi abbandonata dopo la cancellazione del Precedente Vincolante n. 222 da parte del Tribunale

Superiore del Lavoro nel 1998, come si dirà più avanti), il legislatore brasiliano ha nuovamente modificato il testo attraverso la legge n. 7543 del 2 ottobre 1986, dando al comma 3 la sua attuale formulazione e sottolineando nel nuovo testo normativo che la stabilità si estende anche all'amministratore e al rappresentante dell'associazione professionale:

§3 – È vietato il licenziamento del dipendente sindacalizzato o associato, dal momento della registrazione della sua candidatura ad un incarico di direzione o di rappresentanza di un ente sindacale o di un'associazione professionale, fino a 1 (uno) anno dalla cessazione del suo mandato, se eletto, anche come supplente, salvo che non commetta gravi mancanze debitamente accertate ai sensi del presente Testo Unico.

L'inclusione dei candidati a incarichi dirigenziali e di rappresentanza delle associazioni professionali mirava a tutelare i dipendenti che operavano nell'"embrione giuridico" del sindacato. Fino alla Costituzione del 1988, solo un'associazione professionale poteva ottenere la lettera di riconoscimento da parte del Ministero del Lavoro e diventare un sindacato professionale (artt. da 515 a 520 della CLT).

In questo contesto, questo tipo di entità era considerata un "embrione" del sindacato e, pertanto, il legislatore ha ritenuto che i suoi dirigenti e rappresentanti meritavano la stessa tutela accordata a coloro che operano nella direzione e nella rappresentanza delle organizzazioni sindacali già riconosciute.

L'attuale formulazione della disposizione del testo unico ha mantenuto le linee guida della figura originariamente introdotta nell'ordinamento nazionale dalla legge n. 5107 del 1966, con due sole modifiche relative al grado di incidenza dell'istituto, una nella sfera soggettiva e l'altra in quella temporale. In primo luogo, ha esteso la sua portata sul piano soggettivo anche ai supplenti dei dirigenti e rappresentanti sindacali, nonché a coloro che occupano (e si candidano a) incarichi di direzione e rappresentanza di un'associazione professionale. E, in secondo luogo, ha mantenuto la durata della garanzia (in caso di elezione del dipendente) già prorogata dalla legge n. 5911 del 1973, prevedendo come *dies ad quem* del termine di protezione la data corrispondente al compimento di un anno dopo la cessazione del mandato.

Il testo contemporaneo evidenzia, quindi, una progressiva evoluzione protezionistica del contenuto normativo, con il legislatore che ha gradualmente ampliato l'ambito della tutela statale disciplinata nel §3 dell'art. 543 del CLT.

Una rapida analisi dell'evoluzione dei testi dimostra inequivocabilmente il progressivo innalzamento del grado di tutela previsto dall'istituto sancito dal §3 dell'art. 543 del CLT:

Testo originale della CLT (decreto legge n. 5552 del 1943)	Decreto legge n. 229 del 1967	Legge n. 5911 del 1973	Legge n. 7543 del 1986
§3 - Il datore di lavoro che licenzia, sospende o retrocede di categoria un dipendente, ovvero ne riduce la retribuzione, per impedirgli di iscriversi ad un sindacato, di organizzare un'associazione sindacale o di esercitare i diritti inerenti all'iscrizione al sindacato, è soggetto alla sanzione prevista dalla lett. a dell'articolo 553, fatto salvo il risarcimento dell'eventuale danno del lavoratore.	§3 - È vietato il licenziamento del lavoratore sindacalizzato dal momento della registrazione della sua candidatura ad un incarico di direzione o di rappresentanza sindacale, fino a 90 (novanta) giorni dalla cessazione del suo mandato, se eletto, anche come supplente, salvo che non commetta una colpa grave debitamente accertata ai sensi del presente Testo Unico.	§3 - È vietato il licenziamento del lavoratore iscritto al sindacato dal momento della registrazione della sua candidatura ad un incarico di direzione o di rappresentanza sindacale, fino a 1 (uno) anno dalla cessazione del suo mandato, se eletto anche come supplente, salvo che commetta una colpa grave debitamente accertata ai sensi del presente Testo Unico.	§3 - È vietato il licenziamento del dipendente sindacalizzato o associato, dal momento della registrazione della sua candidatura ad un incarico di direzione o di rappresentanza di un ente sindacale o di un'associazione professionale, fino a 1 (uno) anno dalla cessazione del suo mandato, se eletto, anche come supplente, salvo che non commetta gravi mancanze debitamente accertate ai sensi del presente Testo Unico.

Inizialmente, una norma che non prevedeva alcuna stabilità sindacale, limitandosi a vietare le condotte antisindacali, compreso il licenziamento dei dipendenti per lo svolgimento di attività sindacali, attraverso sanzioni quali una multa amministrativa e un risarcimento pecuniario per i danni causati dall'azione del datore di lavoro. Nel 1967, la modifica integrale del testo volta all'introduzione della stabilità giuridica di impiego dei lavoratori sindacalizzati, dal momento della registrazione della loro candidatura fino a 90 giorni dopo la scadenza del mandato se eletti a una carica di direzione o di rappresentanza sindacale, potendo essere licenziati soltanto in caso di comprovata sussistenza di una colpa grave ai sensi dell'art. 494 del CLT. Poi, nel 1973, fu apportata una nuova modifica al testo del §3 per aumentare ad un anno il periodo di stabilità dopo la fine del mandato. E, infine, il testo attuale, definito nel 1986, che ha esteso la stabilità del §3 anche al dirigente/rappresentante di un'associazione professionale⁴.

Con la promulgazione della Costituzione della Repubblica del 1988, il 5 ottobre del rispettivo anno, per la prima volta la stabilità sindacale è stata elevata al rango di istituto di diritto costituzionale del lavoro. E, ancora una volta, un testo innovativo ha introdotto alterazioni al contenuto dell'istituto di tutela.

Come verrà esaminato di seguito.

4 L. MARTINEZ, *Curso de Direito do Trabalho*, San Paolo, Saraiva, 2020, p. 603.

4. Morfologia della stabilità sindacale

Il legislatore costituente ha stabilito il modello di stabilità sindacale attualmente vigente nel testo dell'inciso VIII dell'art. 8 della Magna Carta del 1988:

Articolo 8, VIII – È vietato il licenziamento del lavoratore iscritto al sindacato a partire dalla registrazione della candidatura all'incarico di direzione o di rappresentanza sindacale e, se eletto, anche come supplente, fino a un anno dalla cessazione del mandato, a meno che non commetta una colpa grave ai sensi della legge.

Il testo del disposto costituzionale ha riguardato immediatamente coloro che erano ormai coperti dalla protezione stabilita con l'ultima modifica apportata nel testo del §3 dell'art. 543 del CLT dalla legge n. 7543 del 1986, i dirigenti e rappresentanti delle associazioni professionali. Poiché la disciplina dell'inciso I dello stesso art. 8 della Carta Politica aveva vietato il requisito dell'autorizzazione statale per la costituzione di un sindacato, nonché la sua ingerenza o intervento nell'organizzazione sindacale, il requisito ai fini della creazione di un sindacato della previa costituzione dell'associazione professionale è stato eliminato. Di conseguenza non vi era più la necessità di garantire la tutela della stabilità sindacale ai rispettivi dirigenti e rappresentanti.

Dopo nuovi contrasti giurisprudenziali sulla questione, il Tribunale Superiore del Lavoro ha finalmente proceduto a rivedere l'orientamento precedentemente accolto e, con la Risoluzione 84/1998, ha cancellato il vecchio Precedente Vincolante n. 222 il 24 settembre 1998. Cominciò così a prevalere l'interpretazione secondo la quale gli amministratori e i rappresentanti delle associazioni professionali non sarebbero stati più destinatari della stabilità sindacale in ragione dell'abrogazione tacita della parte del §3 dell'art. 453 del CLT che riconosceva tale garanzia a questi soggetti.

La stabilità sindacale attualmente vigente presenta, quindi, elementi costitutivi ben delineati dal testo dell'art. 8, comma VIII, della Costituzione della Repubblica del 1988, la cui morfologia è ben vivisezionata dalla consolidata giurisprudenza del Tribunale Superiore del Lavoro.

Sul piano soggettivo, sono destinatari della stabilità solo per i lavoratori che si candidano (ed eventualmente vengono eletti) a incarichi di direzione e di rappresentanza delle organizzazioni sindacali, anche come supplenti. Il §4 dell'art. 543 del CLT, come modificato dalla legge n. 7223 del 1984, chiarisce che la rispettiva posizione è quella in relazione alla quale si è svolta una competizione elettorale all'interno della rispettiva categoria professionale:

§4 – È considerata carica di direzione o di rappresentanza sindacale quella il cui esercizio o la cui nomina risulti da un'elezione prevista dalla legge.

Un lavoratore che svolge attività sindacale ma non ha concorso per un posto di direzione o di rappresentanza, quindi, non gode di stabilità sindacale. La Sezione I delle Controversie Individuali del Tribunale Superiore del Lavoro, a sua volta, ha stabilito attraverso il suo Orientamento Giurisprudenziale n. 369, approvato il 5 dicembre 2008, che la stabilità non riguarda i cosiddetti “delegati sindacali”:

OJ-SDI1-369 Stabilità provvisoria. Delegato sindacale. Inapplicabile.

Il delegato sindacale non è beneficiario della stabilità provvisoria prevista dall’art. 8, VIII, della Costituzione Federale del 1988, che si rivolge esclusivamente a coloro che esercitano o occupano posizioni di direzione nei sindacati, soggette a un processo elettivo.

La relativa tutela, a sua volta, si applica solo a coloro che partecipano alla competizione elettorale (e risultano eventualmente eletti) per incarichi di direzione o rappresentanza, con un numero massimo di quattordici dipendenti in rapporto a ciascuna organizzazione sindacale, corrispondente ai sette incarichi di direzione, e ai sette rispettivi sostituti, previsti dall’art. 522 del CLT⁵.

La creazione di un maggior numero di posti dirigenziali da parte del sindacato, a sua volta, non implica un aumento del numero dei dipendenti tutelati. In tal senso, la lettura sancita dall’Orientamento giurisprudenziale all’inciso II del Precedente Vincolante n. 369 del Tribunale Superiore del Lavoro:

II – L’art. 522 CLT è stato recepito dalla Costituzione federale del 1988. Ciò limita la stabilità di cui all’art. 543, §3, del CLT a sette dirigenti sindacali e ad altrettanti supplenti.

La stabilità sindacale, d’altra parte, tutela il lavoratore che fa parte di una categoria differenziata soltanto quando svolge all’interno dello stabilimento sindacale le mansioni proprie della categoria professionale per il cui sindacato è stato eletto. Se, ad esempio, un impiegato di banca è stato eletto dirigente del sindacato degli avvocati, per acquisire la stabilità sindacale sarà necessario che svolga attività specifiche alla carriera forense all’interno dello stabilimento. Questa interpretazione, originariamente sancita dall’Orientamento Giurisprudenziale n. 145 della Sottosezione specializzata in Controversie Individuali (SBDI-I) del Tribunale Superiore del Lavoro nel 1998, è stata successivamente incorporata nel Precedente Vincolante n. 369 del medesimo Tribunale all’inciso III:

III – Il dipendente di una categoria differenziata eletto dirigente sindacale gode di stabilità solo se svolga all’interno dell’impresa attività attinenti alla categoria professionale del sindacato per la quale è stato eletto dirigente.

5 V. BOMFIM CASSAR, *Direito do Trabalho*, San Paolo, Metodo, 2019, 10ª ed., p. 1137.

Se il lavoratore chiede e accetta volontariamente il trasferimento presso una sede collocata al di fuori della base territoriale del sindacato, il comma 1 dell'art. 543 del CLT prevede la perdita del rispettivo mandato e, di conseguenza, della stabilità sindacale. La chiusura dell'attività dell'impresa nella base territoriale del sindacato comporta, a sua volta, anche il superamento della stabilità sindacale, non essendovi più alcuna giustificazione a tutela del lavoratore, come sancito nell'inciso IV del Precedente Vincolante n. 369 del Tribunale Superiore del Lavoro:

IV – Se l'attività imprenditoriale cessa all'interno della base territoriale del sindacato, non sussistono ragioni perché la stabilità persista.

Per quanto riguarda l'ambito temporale, la stabilità sindacale si articola in quattro fasi: a) dalla registrazione della candidatura all'esito delle votazioni; b) dal risultato fino alla data precedente all'assunzione della carica di titolare o supplente, se il dipendente risulta eletto; c) dall'assunzione della carica fino alla fine del mandato, se esercitato dal lavoratore; e d) dalla fine del mandato fino ad un anno dopo la data della relativa cessazione.

La prima fase prevede, quindi, la registrazione della candidatura del dipendente alla competizione elettorale per la carica di direzione o di rappresentanza sindacale. Secondo il §5 dell'art. 543 CLT, aggiunto dal decreto n. 229 del 1967, per l'acquisizione della stabilità in questa fase è necessario che vi sia la dovuta comunicazione al datore di lavoro da parte del sindacato entro le 24 ore successive alla registrazione della candidatura per la carica elettiva:

§5 – Ai fini del presente articolo, l'organizzazione sindacale comunicherà per iscritto all'azienda, entro 24 (ventiquattro) ore, il giorno e l'ora di registrazione della candidatura del suo dipendente e, entro lo stesso termine, la sua elezione e assunzione della carica, fornendo anche alla medesima la relativa prova. Il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale darà comunicazione entro lo stesso termine nel caso della designazione di cui alla parte finale del §4.

La contezza da parte del datore di lavoro della registrazione della candidatura si presenta, quindi, come requisito essenziale per l'acquisizione della stabilità sindacale. L'inciso I del Precedente Vincolante n. 369 del Tribunale Superiore del Lavoro, tuttavia, consolida l'orientamento secondo il quale il lavoratore registrato come candidato sarà tutelato dalla stabilità sindacale anche quando la comunicazione avvenga dopo la scadenza del termine di 24 ore, purché la consapevolezza del datore di lavoro sia dimostrata in qualsiasi altro modo durante il periodo di validità del contratto di lavoro:

I – È assicurata la stabilità provvisoria al dipendente dirigente sindacale, anche qualora la comunicazione della registrazione della candidatura o dell'elezione e insediamento sia effettuata fuori del termine previsto dall'art. 543, §5, del CLT, a

condizione che il datore di lavoro ne sia informato, con qualsiasi mezzo, durante la durata del contratto di lavoro.

È importante, quindi, che il datore di lavoro abbia conoscenza della registrazione della candidatura del proprio dipendente durante la durata del contratto di lavoro, anche se la comunicazione avviene dopo la scadenza del termine previsto dal comma 5 dell'art. 543 del CLT.

Se al lavoratore è già stato preventivamente comunicato il licenziamento, tuttavia, la successiva comunicazione della registrazione della candidatura ad un incarico dirigenziale o di rappresentanza sindacale non comporterà l'acquisizione della stabilità, in quanto l'avviso preventivo del licenziamento avrà già trasformato il contratto di lavoro in un patto con termine risolutivo, risultando così inammissibile l'incidenza dell'istituto in questione. In questo senso, l'interpretazione giurisprudenziale stabilita nell'inciso V del Precedente Vincolante n. 369 del Tribunale Superiore del Lavoro:

V – La registrazione della candidatura del dipendente all'incarico di dirigente sindacale durante il periodo di preavviso, anche se retribuito, non garantisce la stabilità, risultando inapplicabile la regola del §3 dell'art. 543 del Testo unico delle leggi sul lavoro.

Una volta che al lavoratore è stato comunicato dal datore di lavoro il preavviso di licenziamento, la successiva comunicazione della registrazione della sua candidatura non inciderà sul contratto di lavoro già destinato a risolversi per legittimo esercizio del potere di licenziamento del datore di lavoro, quando ancora non era soggetta ai limiti della stabilità sindacale.

La seconda fase della stabilità sindacale, a sua volta, si riferisce al periodo di tempo che intercorre tra l'annuncio dei risultati delle urne, se il dipendente è stato eletto come titolare o supplente, fino all'assunzione della rispettiva carica. La durata di questo periodo, naturalmente, dipenderà dalle regole elettorali definite nel bando emesso dal sindacato.

Dal momento dell'assunzione dell'incarico e fino alla scadenza del mandato, a sua volta, il dipendente che ricopre l'incarico di dirigente o di rappresentante sindacale o di relativa supplenza godrà della stabilità sindacale come forma di garanzia del libero esercizio dell'incarico, senza timore di perdita dell'impiego a causa della ritorsione del datore di lavoro. È in questa terza fase di stabilità sindacale, quindi, che diventa più chiara la tutela dell'interesse collettivo della categoria di poter contare su un dirigente sindacale coraggioso che possa affrontare la resistenza della classe datoriale per difendere le rivendicazioni di categoria.

La quarta ed ultima fase di stabilità sindacale, infine, è quella successiva alla cessazione del mandato, della durata di un anno, come periodo di "raffreddamento" degli animi con l'obiettivo di ridurre eventuali animosità tra il datore di lavoro e l'ex dirigente sindacale al fine di evitare licenziamenti ritorsivi a

seguito degli atti compiuti nel corso delle azioni di difesa e rivendicazione dei diritti sindacali. Corrisponde ad un periodo di tutela di grande rilevanza come riconoscimento dell'opera svolta dal dipendente a favore della propria categoria professionale e con l'obiettivo di ridurre la naturale tensione che nasce a seguito di situazioni di conflitto di interessi.

Durante tutte e quattro le fasi di stabilità sindacale, quindi, il lavoratore assistito da tale istituto limitativo del potere di licenziamento del datore di lavoro avrà diritto a conservare l'integrità del proprio rapporto di lavoro, anche contro la volontà del datore di lavoro, purché non sia dimostrata la sussistenza di una colpa grave, debitamente accertata mediante indagine.

Sebbene il testo dell'inciso VIII dell'art. 8 della Magna Carta brasiliana non utilizzi esplicitamente l'espressione "indagine giudiziaria", utilizzando la formula "commettere una colpa grave ai sensi della legge", è stata accolta la lettura secondo la quale tale testo si riferisce necessariamente alla formula processuale prevista dall'art. 494 del CLT.

In questo senso, il Precedente Vincolante n. 379 del Tribunale Superiore del Lavoro:

Dirigente sindacale. Licenziamento. Colpa grave. Inchiesta giudiziaria. Necessità
Il dirigente sindacale può essere licenziato soltanto per colpa grave accertata mediante indagine giudiziaria ai sensi degli artt. 494 e 543, §3, del CLT.

E in questo senso anche il Precedente Vincolante n. 197 del Supremo Tribunale Federale:

Un dipendente con rappresentanza sindacale può essere licenziato solo a seguito di un'indagine in cui sia accertata la colpa grave.

Per superare la stabilità sindacale e procedere al licenziamento del dipendente assistito da tale garanzia, quindi, il datore di lavoro dovrà avviare un'azione di accertamento giudiziario e ottenere il riconoscimento giurisdizionale dell'esistenza di una colpa grave commessa dal lavoratore. La previa autorizzazione giudiziale, pertanto, costituisce una condizione *sine qua non* per la liceità del licenziamento del lavoratore assistito da stabilità sindacale. Anche nei casi più evidenti di colpa grave, il licenziamento sarà lecito solo se, prima della relativa intimazione, un giudice del lavoro riconosca la colpa grave nell'ambito dell'azione in giudizio.

La colpa grave, a sua volta, è definita dal legislatore nell'art. 495 del CLT:

Art. 493 – Costituisce colpa grave la commissione di uno qualunque dei fatti cui si riferisce l'art. 482, quando per la loro reiterazione o natura rappresentano una grave violazione dei doveri e obblighi del dipendente.

Corrisponde, quindi, ad una “giusta causa grave”. In altri termini, rappresenta una delle ipotesi giuridiche di giusta causa di licenziamento che, per la sua natura o reiterazione, costituisce una condotta illecita eccezionalmente preoccupante.

L'avvio dell'indagine giudiziaria e l'accoglimento della pretesa risolutiva del datore di lavoro relativa al riconoscimento della sussistenza della colpa grave, pertanto, costituiscono elementi essenziali per la validità del licenziamento del dipendente tutelato dalla stabilità sindacale.

Se il datore di lavoro si è avvalso della facoltà di procedere ad una sospensione preventiva ai sensi dell'art. 494 del CLT, allontanando il lavoratore dal luogo di lavoro e dalle sue mansioni lavorative per consentire la normalizzazione dell'ambiente aziendale, il riconoscimento della colpa grave nell'ambito dell'indagine giudiziaria comporterà una sentenza di carattere decostitutivo (costitutivo-negativo), trasformando la sospensione preventiva in risoluzione contrattuale mediante licenziamento per colpa grave.

Se il datore di lavoro non si è avvalso di tale facoltà e ha consentito al lavoratore di continuare a svolgere la propria attività lavorativa, il procedimento avente ad oggetto la richiesta di indagine giudiziaria darà luogo all'autorizzazione del datore di lavoro di procedere al licenziamento per colpa grave ai sensi dell'art. 494 del CLT.

Art. 494 – Il dipendente accusato di mancanze gravi può essere sospeso dalle sue funzioni, ma il suo licenziamento diventerà effettivo solo dopo l'indagine che verificherà la fondatezza dell'accusa.

Comma unico - La sospensione, nell'ipotesi regolata da questo articolo, avrà durata fino alla decisione finale del processo

Ora, se il datore di lavoro ha licenziato il proprio dipendente mediante sospensione preventiva (determinando la sospensione del contratto di lavoro, con il conseguente venir meno degli obblighi del dipendente di prestare la propria attività e di quello del datore di lavoro di corrispondere la controprestazione retributiva), ed al termine dell'indagine non viene accertata la sussistenza della colpa grave, il giudice ordinerà la reintegrazione del lavoratore assistito da stabilità sindacale ai sensi dell'art. 495 del CLT:

Art. 495 - Una volta riconosciuta l'assenza di colpe gravi commesse dal lavoratore, il datore di lavoro è tenuto a reintegrarlo in servizio e a corrispondergli la retribuzione che gli sarebbe spettata durante il periodo di sospensione.

Il legittimo e adeguato esercizio del potere di licenziamento da parte del datore di lavoro, quindi, è effettivamente limitato dalla stabilità sindacale prevista dall'art. 8, comma VIII, della Costituzione della Repubblica del 1988. Per procedere al licenziamento di un lavoratore assistito dalla rispettiva misura di tutela degli interessi collettivi e individuali, il datore di lavoro dovrà osservare una serie

di requisiti legali, dall'avvio dell'azione di accertamento dinanzi al tribunale del lavoro fino alla dimostrazione nell'ambito del rispettivo processo della sussistenza della colpa grave imputabile al lavoratore per poi ottenere l'autorizzazione da parte del giudice del lavoro all'intimazione del licenziamento.

Non è un percorso semplice.

Inoltre, vi sono strumenti procedurali a disposizione del dipendente per garantire l'effettività della stabilità sindacale e provvedere alla sua reintegrazione nel luogo di lavoro in caso di inosservanza da parte del datore di lavoro delle prescrizioni legali. Come vedremo nel prossimo paragrafo.

5. Stabilità sindacale e reintegrazione nel luogo di lavoro dei dirigenti illegittimamente licenziati

In caso di violazione del regime di stabilità sindacale previsto dall'art. 8, comma VIII, della Carta Politica del 1988, il lavoratore pregiudicato dalla condotta datoriale avrà, di norma, solo la possibilità di ricorrere alla giurisdizione del tribunale del lavoro per chiedere il risarcimento dei danni causati dall'illegittimo esercizio del potere di licenziamento da parte del datore di lavoro.

Poiché il legislatore ha imposto l'accertamento giudiziario come unica formula idonea ad autorizzare il licenziamento di un lavoratore assistito da stabilità provvisoria, prevale l'interpretazione che gli stessi organi del tribunale del lavoro rappresentino la sede idonea a giudicare sulla reintegrazione richiesta dal lavoratore che sia stato privato del suo impiego in violazione delle norme della stabilità giuridica in questione.

La giudizializzazione della questione attraverso la proporzione del ricorso ai fini della tutela reintegratoria, quindi, costituirà in sostanza l'unica strada percorribile, tenuto conto che eventuali soluzioni alternative come gli strumenti di risoluzione extragiudiziale (arbitrato, mediazione, conciliazione e altri mezzi consensuali), tipici di un sistema diversificato di accesso alla giustizia, normalmente non si rivelano adeguati per valutare controversie che coinvolgono diritti indisponibili, come quelle riguardanti questioni di rilevante portata che hanno ad oggetto il licenziamento di un soggetto portatore della stabilità sindacale.

La fase iniziale di cognizione del processo nel suo iter dinanzi al giudice del lavoro di primo grado, anche senza considerare la durata processuale derivante dall'eventuale successiva fase in appello, può comportare mesi o addirittura anni di attesa per l'effettiva attuazione della reintegrazione.

Considerando l'importante esigenza di garantire l'effettività della tutela reintegratoria del soggetto assistito da stabilità sindacale, per consentire poi al dirigente sindacale di esercitare liberamente i suoi doveri di difesa degli interessi di categoria, il legislatore ordinario ha aggiunto all'art. 659 del CLT il suo attuale comma 10 attraverso la legge n. 9270 del 1996:

X - concedere un provvedimento inibitorio, fino alla decisione definitiva del processo, nei reclami di lavoro diretti alla reintegrazione nell'impiego del dirigente sindacale allontanato, sospeso o licenziato dal datore di lavoro.

La "misura ingiuntiva" prevista nel rispettivo testo non è altro che un provvedimento urgente e provvisorio di carattere anticipatorio, proprio del processo del lavoro, creato dal legislatore brasiliano per rispondere all'esigenza di assicurare una ragionevole durata del processo e, di conseguenza, l'effettività della stabilità sindacale regolata dall'art. 8, comma VIII, della Magna Carta brasiliana.

Alla luce del testo del comma X dell'art. 659 del CLT, a sua volta, è possibile constatare la presenza soltanto di tre requisiti specifici ai fini della concessione della rispettiva misura anticipatoria della tutela reintegratoria: a) l'esistenza di un'azione giudiziaria di lavoro in corso; b) l'autore del ricorso deve essere un dirigente sindacale; e b) il dipendente è stato allontanato, sospeso o licenziato dal datore di lavoro.

Il requisito che vi sia un'azione di lavoro in corso con richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro è il più evidente dei requisiti.

Per poter azionare la tutela anticipata d'urgenza è necessario disporre di una domanda di tutela reintegratoria come obiettivo finale in modo da giustificare la concessione della tutela urgente richiesta. È vero che, qualora fosse ammessa l'applicazione dell'art. 303 del codice di procedura civile, sarebbe teoricamente possibile formulare una domanda di tutela anticipata d'urgenza, ma ciò non corrisponde alla fattispecie tipizzata dal legislatore al comma X dell'art. 659 del CLT, la cui domanda è ovviamente soltanto incidentale.

Quanto al secondo requisito ovvero l'esigenza che il ricorrente sia un dirigente sindacale, qualora prevalesse l'interpretazione letterale della disposizione, dovrebbe essere considerato soltanto il lavoratore ancora titolare dell'incarico di attività sindacale, avendo utilizzato il legislatore l'espressione "dirigente sindacale". In questo senso grammaticale, non potrebbe essere ricompreso il lavoratore che si trovi nelle due fasi preliminari della stabilità (dalla registrazione della candidatura, debitamente comunicata all'azienda, fino all'esito dell'elezione e, se eletto, da quel momento fino a prima dell'assunzione dell'incarico) o nella fase finale (periodo di un anno successivo alla fine del mandato). E, allo stesso modo, questa misura anticipata d'urgenza non potrebbe essere concessa al lavoratore con l'incarico di supplente la cui stabilità fosse violata dal datore di lavoro.

Questa interpretazione letterale, tuttavia, non può prevalere, ponendosi in contrasto con la ratio di entrambi gli istituti, la stabilità giuridica dell'impiego e la reintegrazione giudiziaria. L'inclusione nel suo ambito di applicazione di tutti i soggetti titolari della cosiddetta stabilità sindacale risulta, quindi, più in sintonia con i principi dell'istituto. L'espressione "dirigente sindacale", pertanto, deve essere interpretata in modo più ampio, secondo una visione teleologica, come se comprendesse tutti i lavoratori tutelati dalla stabilità provvisoria disciplinata

dall'art. 8, comma VIII, della Costituzione federale del 1988, siano essi titolari o supplenti, sia prima che dopo la scadenza del mandato, entro i termini indicati dalla normativa specifica già esaminata.

Il terzo requisito, infine, prevede il licenziamento, l'allontanamento o la sospensione del lavoratore. La titolarità del regime di stabilità e l'impossibilità per il lavoratore di continuare a svolgere le proprie mansioni lavorative e sindacali all'interno dell'azienda a causa di una qualsiasi di queste forme di estromissione integrano gli estremi del *periculum in mora* che legittima la concessione della tutela provvisoria d'urgenza ai sensi dell'art. 300 del Codice di Procedura Civile del 2015.

Soddisfatti i suddetti requisiti, il giudice del lavoro sarà autorizzato a concedere il provvedimento reintegrativo in via inibitoria, cioè *initio litis* (immediatamente all'apertura dell'azione legale) e *in audita altera parte* (prima dell'audizione della parte avversa).

Va inoltre sottolineato che la concessione preliminare del provvedimento giudiziale non pregiudica il diritto esigibile e certo del datore di lavoro, come stabilito nell'Orientamento Giurisprudenziale n. 65 della Seconda Sezione Ordinaria del Tribunale Superiore del Lavoro:

Ordinanza di Sicurezza. Reintegrazione preliminare concessa. Dirigente sindacale Fatta eccezione per l'ipotesi dell'art. 494 del CLT, la determinazione preliminare della reintegrazione nel rapporto di lavoro di un dirigente sindacale non viola il diritto esigibile e certo [del datore di lavoro], tenuto conto di quanto disposto dal comma X dell'art. 659 della CLT.

Lo strumento previsto dal legislatore del 1996 con l'aggiunta del comma X all'art. 659 del CLT funge, quindi, da strumento procedurale volto a garantire l'efficacia della stabilità sindacale quando violata da un atto illegittimo del datore di lavoro, garantendo l'attuazione del diritto sancito dall'art. 8, comma VIII, della Costituzione della Repubblica del 1988.

Con tale peculiare meccanismo del processo del lavoro rappresentato dalla tutela provvisoria anticipata d'urgenza, è possibile promuovere l'efficacia della stabilità sindacale in sintonia con la garanzia costituzionale di una durata ragionevole del processo (art. 5, comma LXXVIII, della Magna Carta)⁶.

6. La stabilità sindacale come presupposto fondamentale della libertà sindacale

Ed ora, in conclusione, è giunto il momento di collegare tra loro le considerazioni esposte nelle pagine precedenti.

Tutela reintegratoria, stabilità sindacale e libertà sindacale.

6 M. G. DELGADO, *Curso de Direito do trabalho*, San Paolo, LTr, 2020, 17ª ed., p. 1604.

Per garantire la stabilità sindacale, è indispensabile disporre di strumenti efficaci ed efficienti come le misure di tutela reintegratoria. Stabilire un semplice risarcimento pecuniario come sanzione per la violazione della norma protettiva, senza garantire l'effettivo ripristino del contratto in caso di licenziamento illegittimo, rappresenterebbe una semplice misura inibitoria che non comporterebbe alcun divieto di licenziamento discriminatorio e/o ritorsivo del dirigente sindacale. Senza l'intervento giudiziario per promuovere il ripristino del rapporto di lavoro illegalmente interrotto, quindi, non esisterebbe alcuna effettività della stabilità garantita dall'art. 8, comma VIII, della Carta Politica del 1988.

Per garantire la libertà sindacale, il libero esercizio delle funzioni di dirigente sindacale deve essere tutelato dalla stabilità provvisoria disciplinata dall'art. 8, comma VIII, della Costituzione della Repubblica. Non è ragionevole presumere che, data la realtà della società contemporanea, un'azione indipendente e coraggiosa da parte del dirigente sindacale sarà sempre tollerata dal datore di lavoro, indipendentemente dagli effetti generati sui rapporti individuali e collettivi della categoria.

La stabilità sindacale è per la libertà sindacale ciò che la tutela reintegratoria è per la stabilità sindacale ... uno strumento la cui semplice esistenza è presupposto fondamentale per la materializzazione dell'istituto che si intende assicurare e realizzare, senza il quale non sarebbe possibile garantire la minima efficacia della libertà pregiudicata.

La piena libertà sindacale, in questo contesto, presuppone la protezione dei dirigenti sindacali attraverso la stabilità legale del rapporto di lavoro, in modo da consentire una coraggiosa azione nella difesa degli interessi individuali e collettivi della categoria. Inoltre, la stabilità sindacale presuppone l'idoneità della reintegrazione nel posto di lavoro come tutela giurisdizionale volta ad assicurare la realizzazione della relativa protezione attraverso il ripristino dell'impiego dal quale il dirigente sindacale è stato illecitamente spogliato.

Libertà sindacale e stabilità sindacale sono elementi intrinsecamente legati. Istituzioni essenziali per una società contemporanea libera ed evoluta nei rapporti di lavoro, sia a livello individuale che collettivo.

Insomma, la base su cui poggiano i diritti sindacali dei lavoratori brasiliani.

La contribuzione sindacale in Brasile

Marco Aurélio Fernandes Galduróz Filho, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Contributo sindacale: natura giuridica e prospettiva fiscale. – 2.1. Classificazione giuridica dei tributi. – 2.2. Contribuzione. – 2.3. Contributo sindacale e tributo. – 2.4. La riforma del lavoro e la natura privatistica dei contributi sindacali. – 2.5 Il contesto del finanziamento sindacale dopo la riforma del lavoro. – 3. L'inconscio collettivo. – 3.1. L'inconscio collettivo e la funzione sindacale. – 3.2. Inconscio collettivo, imposte e contribuzione sindacale. – 4. Conclusione.

1. Introduzione

Preme inizialmente ricordare che per noi il diritto è linguaggio, partendo dall'importanza di Habermas e della sua teoria comunicativa argomentativa nel modello giuridico-normativo ed soprattutto nel modo in cui tali previsioni giuridiche vengono trasferite nell'immaginario collettivo.

In questo percorso si partirà anche dal precetto che la struttura sindacale è sempre stata fondata sulle contraddizioni del capitalismo stesso.

Riteniamo che il collegamento diretto tra il sistema sindacale e altri regimi, come il socialismo, sia un errore enorme, dati i diversi significati teorici contrari, soprattutto da parte di Marx, così come le grandi discussioni sul modello sindacale nelle prime due internazionali socialiste.

Pertanto, per evitare erronee polarizzazioni su questi temi, nonché etichetture inadeguate, una tipica personalizzazione del periodo in cui viviamo, eviteremo di riportare questo campo di discussione, partendo dal presupposto di base che i sindacati, sia datoriali che sindacali, sono direttamente collegati alle necessarie contraddizioni del sistema capitalista, come ben osservato da Adam Smith nella sua opera “La ricchezza delle nazioni”¹.

Dinanzi a questa percezione che permea anche l'idea di esperienza e di aspettativa, così come la prospettiva di ideale collettivo, analizzeremo la disciplina della contribuzione sindacale obbligatoria fino all'entrata in vigore della legge n. 13467/17, dal punto di vista della prospettiva fiscale e del collegamento con l'ideologia collettiva, molto più psicosomatica, dati i problemi comunicativi sulla sua rilevanza.

1 A. SMITH, *A riqueza das nações*, Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2023, 5a ed.

Il capitolo sviluppa, quindi, questo congiunto giuridico-normativo, nella prospettiva di un immaginario metafisico legato direttamente a un'idea psicoanalitica della questione dell'imposizione o meno del famigerato contributo sindacale.

L'obiettivo è dimostrare che il contributo, di per sé, non è mai stato un problema, quanto piuttosto l'idea di imporre l'obbligo e la questione comunicativa, appunto, che ci appare elementare per la sopravvivenza della struttura sindacale.

È indubbio che il calo della riscossione delle entrate e la difficoltà di mantenere strutturalmente i sindacati presentano un complicato paradosso, vale a dire la garanzia della libertà sindacale prevista dall'art. 8 della Costituzione federale, mantenendo il consenso sociale e la non obbligatorietà del corrispondente contributo.

Utilizzeremo quindi in particolare l'opera di Jung nell'opera "Psicologia dell'inconscio" e il contenuto della concezione evolutiva della prospettiva collettiva proposta da Freud, già da noi difesa in altre occasioni.

Pertanto, seguendo l'esigenza di intersezione delle materie, oggetto anche di costante studio da parte degli autori, entreremo nella suddetta prospettiva riguardante l'oggetto dei contributi sindacali, non più obbligatori, e la loro prospettiva sull'ideale collettivo.

2. Contributo sindacale: natura giuridica e prospettiva fiscale

Occorre preliminarmente rilevare che sussiste e permane un errore tecnico grammaticale fin dall'inizio della riscossione obbligatoria dei contributi sindacali, come se si trattasse di un'imposta. Sono diversi gli studiosi, infatti, che difendono questa erronea nomenclatura.

Il lessico imposto deriva dal latino *impositu*, participio passato di *imponere* "imporre", "porre" come obbligo.

Data la percezione collettiva della strutturazione argomentativa, dobbiamo fare un passo indietro e partire dall'idea di tributo nella cultura giuridica brasiliana.

Da una prospettiva positivista, riportiamo la definizione di tributo contenuta nell'articolo 3 del Codice Tributario Nazionale (CTN): «Il tributo è qualsiasi pagamento pecuniario obbligatorio, in valuta o il cui valore può essere espresso in essa, che non costituisce una sanzione per un atto illecito, stabilito dalla legge e addebitato mediante attività amministrativa pienamente vincolata».

In questo contesto, ritiene il Supremo Tribunale Federale (ADI 447) che il tributo può essere definito come «un'obbligazione che la legge impone alle persone, di consegnare una determinata somma di denaro allo Stato», evidenziando che le sue tipologie sono le imposte, le tasse, i contributi (di miglioramento, sociali e speciali) e prestiti obbligatori.

Ebbene, secondo Paulo de Barros Carvalho «il tributo è il nome di una classe di oggetti costruiti concettualmente dal diritto positivo. (...) Vale la pena

evidenziare, tra le caratteristiche prescritte dal citato articolo, come connotati principali, l'obbligatorietà, la natura pecuniaria della prestazione e il fatto che il tributo non costituisce sanzione di un illecito atto, derivando sempre da un fatto lecito.(...) Tenuto conto di quanto sopra, occorre tenere presente che qualunque prestazione che abbia le predette caratteristiche costituirà un tributo, indipendentemente dalla denominazione utilizzata o dalla destinazione attribuita alle risorse risultanti dalla sua riscossione, come previsto dall'articolo 4, commi I e II, della Legge n. 5172/66»².

Si comprende, quindi, che i presupposti di esistenza del tributo sono quelli stabiliti dall'art. 3 del CTN e cioè: obbligatorietà, prestazione pecuniaria e non derivazione da atto illecito.

La previsione mediante atto legislativo riteniamo che rappresenti un ulteriore requisito di validità del tributo.

Da questa prospettiva possiamo menzionare il Fondo di Garanzia per Tempo di Servizio (FGTS) che si configura come tributo, in quanto ha natura pecuniaria, è obbligatorio e risulta da un atto lecito. In questo caso, come ha giustamente sottolineato Paulo de Barros Carvalho, «tenuto conto di quanto sopra, occorre tenere presente che qualunque prestazione che abbia le predette caratteristiche costituirà un tributo, indipendentemente dalla denominazione utilizzata o dalla destinazione attribuita alle risorse risultanti dalla sua riscossione»³.

Non vanno ovviamente trascurate le letture diverse, evidenziando l'interpretazione enunciata nella REsp 898.274, quando il Tribunale Superiore di Giustizia stabilì che non si trattava di un tributo, poiché il FGTS non è destinato al potere pubblico, bensì alla tutela dei lavoratori, rappresentando, pertanto, un diritto di carattere lavorativo e sociale. Nello stesso senso è la decisione assunta dal Supremo Tribunale Federale in RE n. 100.249/SP.

Risulta che, come stabilito dall'art. 4 del CTN, la destinazione non ha importanza, non è un requisito, per cui, secondo la nostra prospettiva, se sono soddisfatti i requisiti dell'art. 3 del CTN, dovrebbe essere considerato un tributo, allontanando, con tutto il rispetto, l'indicazione contenuta nel Precedente Vincolante n. 353 del Tribunale Superiore di Giustizia.

Qui si può citare anche il contributo di assistenza nel modello antecedente alla legge n. 13467/17.

2.1. Classificazione giuridica dei tributi

Per proseguire nella ricostruzione argomentativa occorre elencare la classificazione giuridica dei tributi. Occorre quindi sottolineare che la destinazione del ricavato della riscossione tributaria pare fondamentale, ai sensi del combinato disposto dell'art. 167, comma IV, della Costituzione federale e dell'art. 4

2 P.D.B. CARVALHO, *Direito tributário linguagem e método*, Editora Noeses, San Paolo, 2013, 5ª ed., p. 404-405.

3 P.D.B. CARVALHO, *op. cit.*, p. 404-405.

del CTN. In proposito, lo studioso Leandro Paulsen afferma che «in effetti, la Costituzione Federale attribuisce caratteristiche distinte alle diverse tipologie di tributi sulla base di criteri che vanno ben oltre la semplice natura dei possibili eventi generativi. Ecco perché è necessario formulare alcune riserve sulla prima parte dell'articolo 4 del CTN che recita:

Art. 4 La natura giuridica specifica del tributo è determinata dall'evento generatore del rispettivo obbligo [...]». Alla luce del sistema tributario istituito dalla Costituzione Federale del 1988, l'analisi del fatto generatore non è sufficiente per individuare le tipologie tributarie. (...) L'art. 4 del CTN, nel suo inciso II, precisa inoltre che sarebbe irrilevante ai fini della determinazione della tipologia dell'imposta "la destinazione legale del ricavato della sua riscossione". Occorre occuparsi invece della norma revocata. (...) Dopo la Costituzione Federale del 1988, con l'incorporazione formale dei contributi speciali e dei prestiti obbligatori nel Sistema Tributario Nazionale e la già pacifica lettura che essi assumevano natura tributaria, il criterio stabilito dall'art. 4, caput e comma II, del CTN, si può tranquillamente dire che è superato. Pur continuando a servire da riferimento per distinguere tra imposte, tasse e contributi migliorativi, non è adatto per individuare contributi speciali e prestiti obbligatori, poiché questi vengono individuati in base alla loro finalità. (...) La 'destinazione legale' o 'finalità' è, quindi, attualmente un criterio molto importante per individuare alcune tipologie di tributi come i contributi speciali e i prestiti obbligatori, in quanto ne costituisce il criterio di validità costituzionale. La competenza ad imporre tali tributi è attribuita a seconda delle finalità da perseguire⁴.

Paulo de Barros Carvalho sostiene una opinione diversa, affermando che la destinazione del prodotto esula dal campo di applicazione del diritto tributario. L'autore argomenta in questo modo: «Il comma II giunge come un provvidenziale avvertimento: la destinazione data al ricavato della riscossione è irrilevante per caratterizzare la natura giuridica dell'imposta. Essa coincide, in un certo senso, con il limite del campo della speculazione nel diritto tributario, che non si occupa dei momenti successivi all'estinzione del vincolo fiscale. L'istituto che possiede i requisiti previsti dall'art. 3 del Codice Tributario Nazionale costituirà, giuridicamente, un tributo, qualunque sia la destinazione assegnata alle somme riscosse»⁵.

A seconda dei criteri di classificazione adottati sono emerse diverse opinioni sulla qualificazione dei tributi e precisamente:

- a. tesi bipartita: i tributi sono vincolati e non vincolati a seconda che siano legati o meno all'erogazione di alcune attività statali, da non confondere con il vincolo di cui all'art. 167, comma IV, della Costituzione federale. Non si tiene conto della destinazione dei proventi della riscossione.

4 L. PAULSEN, *Curso de direito tributário completo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, 6ª ed., p. 42-43.

5 P.D.B. CARVALHO, *Curso de direito tributário*, 25ª ed., Editora Saraiva, São Paulo. 2013, p. 54.

- b. tesi tripartita: si tratta di imposte, tasse e contributi migliorativi (art. 145 del CTN), tenendo conto della definizione dell'art. 3 del CTN, indipendentemente dalla destinazione del ricavato della riscossione (Roque Antonio Carraza e Paulo de Barros Carvalho).
- c. tesi quadripartita: che può essere suddivisa in: c1) sono imposte, tasse, contributi e prestiti obbligatori oppure c2) sono imposte, tasse, contributi migliorativi e prestiti obbligatori. In questo caso i contributi sono considerati imposte. Non considera inoltre la destinazione del prodotto come criterio rilevante per la classificazione delle specie di tributo.
- d. tesi pentapartita: si tratta di imposte, tasse, contributi migliorativi, contributi speciali (sociali, speciali e di intervento in campo economico). Questa è la tesi adottata dal Supremo Tribunale Federale, considerando la destinazione del ricavato della riscossione come criterio rilevante per distinguere tra le tipologie tributarie.

Per quanto riguarda l'art. 167, comma IV, della Costituzione Federale, dobbiamo dire che il divieto di vincolo dei ricavi ottenuti è riferito soltanto alle imposte, per cui è perfettamente applicabile alle altre tipologie di tributi. In questo senso, Leandro Paulsen secondo il quale: «l'assenza di vincolo riguarda solo le imposte, perché questa tipologia è finalizzata a raccogliere entrate per la spesa pubblica in generale. Le altre tipologie tributarie hanno una riscossione necessariamente vincolata, ma non a qualunque organo o spesa, bensì a ciò che ha giustificato la relativa introduzione»⁶. Nello stesso senso il Supremo Tribunale Federale, come visto in RE 570.513, nel quale si afferma che «(...) 2. La norma costituzionale vieta il vincolo delle entrate della riscossione delle imposte, non esistendo nella Costituzione un analogo precetto in materia di tasse».

Qui emerge già un elemento di particolare rilevanza per quanto la contribuzione sindacale non possieda alcuna libertà di destinazione delle relative entrate, ma proseguiamo nella digressione con ulteriori elementi per concludere il ragionamento.

2.2. Contributo

Va notato che i contributi sono tributi. In questo senso citiamo una lezione di Paulo de Barros Carvalho, che a sua volta ricorda l'opinione di Paulo Ayres Barreto: «i contributi hanno natura tributaria perché sono conformi al concetto di tributo»⁷.

I contributi di competenza del sindacato possono essere classificati come segue: a) di intervento in campo economico (CIDE); b) di interesse per categorie professionali o economiche; c) residuali e d) sociali. Questi ultimi si suddividono in contributi sociali generali e contributi per la Sicurezza Sociale. Così spiega Paulo de Barros Carvalho: «La Costituzione della Repubblica del 1988 fa

6 L. PAULSEN, *Direito tributário constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, 15ª ed., p. 465.

7 P.D.B. CARVALHO, *op. cit.*, p. 64.

espresso riferimento a tre tipi di contributi che possono essere istituiti dal sindacato, differenziati a seconda degli scopi ai quali sono destinati: (i) sociali, (ii) di intervento in ambito economico e (iii) di interesse delle categorie professionali o economiche (articolo 149, caput). Implicitamente, anche quelli cosiddetti residui sarebbero compresi nell'elenco dei contributi. Trattandosi di contributi sociali, a sua volta, si suddividono in due categorie: quelli generici (articolo 149 caput) e quelli destinati al finanziamento della sicurezza sociale (articolo 195)⁸.

Per quanto riguarda i criteri legali utilizzati per questa classificazione, riteniamo che il relativo fondamento risieda nella finalità prevista dalla legge, cioè ciò che determina la classificazione è la destinazione legale delle entrate riscosse, trattandosi quindi di tributi con destinazione collegata. È quanto ritiene anche Leandro Paulsen: «sono stati denominati semplicemente come “contributi” o “contributi speciali” (per distinguerli dai contributi di miglioramento) le tipologie tributarie di cui si occupa l'art. 149 della Costituzione, elencandone le sottocategorie in base alle finalità della relativa imposizione, che costituiscono uno dei criteri di validità costituzionale»⁹.

2.3. Contributo sindacale e tributo

Una delle forme di finanziamento sindacale previste dall'ordinamento giuridico è il famigerato contributo sindacale, previsto dalla legge e il cui presupposto generatore, fino alla riforma del lavoro, era costituito dall'occupazione formale del lavoratore. Lo stesso Supremo Tribunale Federale ha riconosciuto la natura tributaria della suddetta contribuzione in quanto esattamente conforme alla definizione prevista dal CTN.

Questa volta siamo senza dubbio d'accordo con la natura di tributo fino ad allora, ma dobbiamo escludere, in linea di principio, l'idea perpetrata che si trattasse di un'imposta, in particolare per l'erronea espressione “imposta sindacale”.

Secondo gli insegnamenti sopra esposti, l'imposta ha uno scopo e non è vincolante, a differenza della comune ripartizione dei contributi tra sindacati, confederazioni, federazioni, ecc.

L'obbligatorietà non può essere confusa con il lessico tributario imposto, dovendosi considerare che la definizione corretta produce non pochi effetti nella prospettiva dell'ideale immaginario, cioè del modo in cui operano i sindacati stessi, facilitandone la riscossione, oltre alla sensazione di chi paga, il lavoratore, di un pagamento imposto senza contropartita.

Si intende invece ribadire l'interpretazione grammaticale, così come la concezione tributaria teleologica, nel senso che il contributo sindacale non poteva essere definito come imposta, sebbene questa identificazione sia rimasta

8 P.D.B. CARVALHO, *Direito tributário linguagem e método*, cit., p. 798.

9 L. PAULSEN, *op. cit.*, p. 104.

nell'immaginario collettivo, facendo sembrare impossibile la distinzione tra questi concetti ancora oggi dopo sette anni dalla modifica legislativo.

2.4. La riforma del lavoro e la natura privatistica dei contributi sindacali

Dopo gli importanti cambiamenti apportati alla legislazione lavoristica brasiliana nel 2017, è stata adottata in materia una nuova prospettiva giuridica fiscale, nonché una revisione della natura giuridica del corrispondente contributo sindacale.

In questo scenario, nell'anno immediatamente successivo la Corte Suprema brasiliana venne interrogata sulla costituzionalità della soppressione dell'obbligatorietà dei contributi sindacali, ritenendosi necessario un suo pronunciamento sui nuovi profili dell'istituto.

Così, il 29 giugno 2018, il Supremo Tribunale Federale, con 6 voti contro 3, ha dichiarato la costituzionalità di questo punto della riforma del lavoro che ha eliminato l'obbligatorietà dell'imposizione e della riscossione dei contributi sindacali, messa in discussione dall'Azione Diretta di Incostituzionalità (ADI) n. 5794 e da altre 18 ADI depositate contro la nuova norma e sostenuta invece dall'Azione Declaratoria di Costituzionalità (ADC) che chiedeva il riconoscimento della validità della modifica normativa¹⁰.

Ha prevalso la posizione del ministro Luiz Fux, il quale ha concluso che non si può accettare che si impongano contributi sindacali ai lavoratori e ai datori di lavoro quando la Costituzione stabilisce che nessuno è obbligato ad aderire o restare affiliato ad un sindacato. Inoltre, i giudici hanno convenuto che la fine dei contributi sindacali obbligatori non viola la Costituzione.

La lettura è pertinente, in quanto bisogna comprendere il cambiamento di paradigma e di natura giuridica dell'istituto, il quale, non essendo più un contributo obbligatorio, non può più essere definito un tributo, dovendosi riconoscere la profonda trasformazione del sistema in quanto il contributo, perdendo la sua natura obbligatoria, sollecita una coerente modifica della prospettiva giuridica e della sua collocazione sistematica dal campo pubblico a quello privato nell'ambito dell'ordinamento del lavoro.

Inoltre, il contributo deve essere considerato di carattere privato atipico, non potendosi escludere che una parte dell'importo sia ancora destinata a un conto speciale per l'impiego e il salario destinato a programmi sociali di competenza del Ministero del Lavoro e dell'Impiego.

In questo senso non si intende dire che non sussisterà alcuna obbligatorietà in caso di adesione del lavoratore al sindacato, ma non si tratta di una imposizione generale, stante il superamento della regola che imponeva il generale pagamento del tributo in presenza del relativo presupposto generatore.

10 SUPREMO TRIBUNALE FEDERALE, *STF declara constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória*, STF, 2018, Disponibile su: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>. Accesso effettuato il 30 maggio. 2024.

2.5. Il contesto del finanziamento sindacale dopo la riforma del lavoro

A partire dall'assenza del pagamento obbligatorio, in linea con il superamento della relativa imposizione, si è verificata una drastica riduzione delle risorse a disposizione dei sindacati¹¹.

È importante notare che «i sindacati dei lavoratori hanno subito un calo da 2,24 miliardi di R\$ nel 2017 a 207,6 milioni di R\$ nel 2018, una realtà che ha colpito anche il settore che coinvolge gli imprenditori, che ha registrato una riduzione da 806 milioni di R\$ nel 2017 a 207,6 R\$ milioni nel 2018»¹².

In un certo senso, è necessario considerare le critiche che nel tempo sono state rivolte all'azione dei sindacati stessi, i quali si sono abituati al costante e automatico trasferimento delle risorse garantita nella Costituzione federale. Da questo versante è evidente che molti leader sindacali hanno finito per coltivare ideali che non rappresentavano più l'essenza del sindacalismo, facendo prevalere gli interessi individuali su quelli collettivi, allontanandosi in questo modo dal precetto della solidarietà.

Ed è qui che troviamo la grande crisi attuale del sistema. In questo senso: «Il Dipartimento Intersindacale di Statistica e Studi Socioeconomici (DIESSE) conclude sottolineando che, oltre alle novità riguardanti la partecipazione sindacale agli accordi tra datore di lavoro e lavoratore nei rapporti di lavoro, la facoltatività della contribuzione sindacale ha finito per essere uno dei fattori di maggiore deterioramento delle relazioni sindacali e della ricerca di un equilibrio, dal momento che i Sindacati dipendevano molto dalle entrate derivanti da questo tipo di riscossione coattiva[153]»¹³.

E bisogna anche interrogarsi sulla capacità dei sindacati di comprendere questa trasformazione, dovendosi ammettere che questa prospettiva di cambiamento era già da tempo presente nel dibattito politico come conseguenza dei costanti cambiamenti sociali. Analizzando il posizionamento di alcune organizzazioni sindacali, come la CUT e la SNA (Sindacato Nazionale Lavoratori Aerei), risulta chiaro con riguardo a queste ultime «che, trattandosi delle organizzazioni più attive nei rispettivi settori che possono contare sul particolare sostegno da parte dei lavoratori delle loro categorie, non sono stati osservati impatti rilevanti sui rispettivi bilanci e sulle loro attività [182]»¹⁴.

11 H. FERRARI, P.S. PINTO, *Contribuição sindical despenca 98% em 5 anos*, Poder 360, 2023, disponibile su: <https://www.poder360.com.br/economia/contribuicao-sindical-despenca-98-em-5-anos/>. Accesso effettuato il 30 maggio. 2024.

12 C. SILVA, *Sindicatos perdem 90% da contribuição sindical no 1º ano da reforma trabalhista*, Jornal Estadão, 2019, p. 12.

13 DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE), *A reforma trabalhista e os impactos para as relações de trabalho no Brasil*, 2017, p. 13.

14 M.H. PEREIRA, *A contribuição sindical facultativa: a visão dos sindicatos de empregados em relação as mudanças trazidas pela lei 13.467/2017*, 2018, 51f, Trabalho de conclusão de curso (bacharel, no curso de ciências contábeis), Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, Criciúma, 2018, p. 35.

Emerge così un binomio che si rifletterà, soprattutto, sul principio di libertà sindacale, poiché questo precetto fondamentale, originato dalla Rivoluzione francese, è senza dubbio legato ora alla capacità economica e soprattutto di autonoma sopravvivenza del sindacato.

3. Inconscio collettivo

La grande discussione della modernità, soprattutto nel movimento chiamato neoliberalismo, si è svolta con riguardo alla preponderanza o meno dell'interesse collettivo su quello individuale. Pertanto, la tematica contraddistingue la società postmoderna, generando la questione su come l'individuo possa essere valutato senza l'interesse collettivo, sia come oggetto che come obiettivo.

La differenza è rilevante, poiché da una prospettiva psicoanalitica due scuole dell'inizio del secolo scorso studiano i rapporti tra le nevrosi, intese come connotato identificativo della modernità e liquidità della società attuale, emergendo così la contrapposizione strutturale tra Sigmund Freud e Alfred Adler.

Va subito detto che Freud intendeva l'analisi della nevrosi a partire dall'antagonismo della prospettiva dell'individualità coniata dalla sessualità, sviluppata dal soggetto, mentre Adler muoveva dalla prospettiva dell'interesse sociale, come mediatore, soprattutto attraverso l'esteriorizzazione del potere, valorizzando maggiormente l'oggetto.

Siamo di fronte al rapporto tra soggetto e oggetto, prospettiva di ulteriore sviluppo nella filosofia esistenzialista, dovendosi evidenziare come la dialettica sopra esposta abbia condizionato buona parte del relativo dibattito.

L'identificazione, attraverso il meccanismo dialettico classico, delle due tesi sopra esposte è stata operata da Carl Gustav Jung nella sua opera "Psicologia dell'Inconscio"¹⁵.

È chiaro a questo punto che l'idea di antagonismo dalla quale siamo partiti per questo capitolo, non può essere disgiunta dalla tesi proposta da Jung con particolare riguardo al concetto di "inconscio collettivo".

Si propone in particolare che l'idea che questo antagonismo derivi dalla concezione secondo cui l'individuo, nel campo psicoanalitico, assume un valore trasversale rispetto al collettivo. Pertanto, la tendenza all'individualizzazione è collegata all'ideale collettivo in quanto basata sulla media morale della società, ovviamente esternalizzata individualmente.

In questo senso, la prima prefazione dell'opera è alquanto illuminante per la dimensione dell'idea e della prospettiva di trasversalità di cui ci stiamo occupando: «La psicologia dell'individuo corrisponde alla psicologia delle nazioni. Le nazioni fanno esattamente ciò che ciascuno fa individualmente; e nel modo in cui agisce l'individuo, agirà anche la nazione. Solo con la

15 C.G. JUNG, *Psicologia do inconsciente*, tradotto da M.L. APPY, Vozes, Petrópolis, 2013.

trasformazione dell'atteggiamento dell'individuo la psicologia della nazione inizierà a trasformarsi»¹⁶.

L'indicazione è completa quando Jung presenta la concezione macro, analizzandola in ambito sociologico: «[74] Ciò che si dice dell'umanità in generale vale anche per ciascun individuo in particolare, poiché l'umanità è formata da un insieme di individui. L'umanità corrisponde alla psicologia individuale. La Guerra Mondiale è stata una terribile resa dei conti con l'intenzionalità razionale della civiltà. Ciò che noi chiamiamo "volontà" nell'individuo, nelle nazioni si chiama "imperialismo", perché la volontà è l'espressione del potere dell'individuo sul destino, cioè l'esclusione del caso. La civiltà è la sublimazione razionale e "utilitaristica" delle energie libere, prodotta volontariamente e intenzionalmente. Lo stesso vale per l'individuo. Proprio come l'idea di un'organizzazione della cultura universale ha subito un duro colpo con questa guerra, anche l'individuo deve imparare più volte nella sua vita che le cosiddette energie "disponibili" non sono disponibili a suo piacimento»¹⁷.

L'avvertimento è abbastanza diretto e si materializza come uno degli elementi formativi della guerra, cioè ciò che ha prevalso nella concentrazione delle energie della psiche e del campo individuale che soppiantano quello collettivo.

Crediamo che l'identificazione di tale prospettiva avvenga anche nella lettura di Bauman, quando sviluppa la «trilogia della liquidità nelle relazioni», trattando soprattutto dell'inconscio rispetto alla teorizzazione dell'Eros¹⁸.

Il monito, quindi, non è affatto perenne, ma piuttosto diretto e costruttivo.

3.1. L'inconscio collettivo e la funzione sindacale

L'ideale originario dei sindacati permea l'organizzazione dei lavoratori a causa della necessità del massimo equilibrio possibile nel rapporto capitale-lavoro. L'idea è quella di ricercare l'equivalenza tra le forze antagonistiche attraverso l'azione collettiva fondata sul precetto della solidarietà.

L'equivoco concettuale secondo cui il sindacalismo mira a estinguere il capitalismo deve essere superato, avendo il sistema sindacale definitivamente abbandonato l'originario carattere rivoluzionario per concentrarsi piuttosto sulla ricerca di miglioramenti nelle condizioni di lavoro, tenuto conto altresì dell'esistenza ormai consolidata dei sindacati dei datori di lavoro.

Trova così conferma la tesi sostenuta da Hannah Arendt secondo cui la rivoluzione non si organizza, ma germoglia spontaneamente¹⁹.

Non si può nemmeno dimenticare che la mediazione, insieme alla solidarietà, costituisce il meccanismo di funzionamento del sistema che si basa

16 C.G. JUNG, *op. cit.*, Prefazione, p. 1.

17 C.G. JUNG, *op. cit.*, p. 65.

18 Z. BAUMAN, *Amor líquido*, Zahar, San Paolo, 2009.

19 H. ARENDT, *Da revolução*, Tradotto da F.D. VIEIRA, UnB, Brasília, 1988.

proprio sulla contraddizione del sistema capitalista, potendo o meno fondarsi sull'antagonismo.

Muovendo dal presupposto della contrapposizione e della solidarietà, le proposizioni argomentative sopra esposte sono convalidate dalle tesi di Jung e dalla sua concezione dell'inconscio collettivo come veicolo di espressione delle energie della psiche: «[78] Sono più che convinto che il percorso della vita continui solo dove c'è il flusso naturale. Ma nessuna energia viene prodotta dove non c'è tensione tra opposti; per questo è necessario trovare l'opposto dell'atteggiamento cosciente»²⁰.

Si ribadisce che il ruolo di mediatore nei rapporti tra lavoro e capitale appartiene ai sindacati che devono negoziare anche per proporre una domanda alla giustizia del lavoro; il che dimostra la loro rilevanza nel sistema contraddittorio capitalistico, per sua natura idiosincratico.

È indubbia sul punto la rilevanza in questa relazione dell'inconscio collettivo.

3.2. Inconscio collettivo, imposte e contribuzione sindacale

È necessario muovere dall'idea che la riscossione delle imposte è antecedente all'era comune, cioè possiamo tranquillamente parlare di più di tre millenni.

Occorre ribadire che, come discusso nella prima parte di questo capitolo, il contributo sindacale obbligatorio è stato erroneamente qualificato come un'imposta, mentre deve essere confermata la sua concezione come tributo, pur dovendosi escludere la sua qualificazione come imposta, stanti il suo vincolo di destinazione e l'attribuzione delle risorse dopo la riscossione.

Non vi è dubbio inoltre che nel nostro inconscio collettivo esista un immediato collegamento tra la figura dell'imposta e quella dello Stato, sussistendo una notevole incapacità di collegare in un'ottica di bene comune l'esistenza della riscossione coattiva con il miglioramento della prospettiva individuale di vita.

In questo modo, nella postmodernità liquida che valorizza l'individualismo, identificato nella figura dell'imprenditore, emerge nell'inconscio collettivo l'idea che le imposte non producano alcun beneficio diretto.

In questo senso è necessario metodologicamente evidenziare che l'archetipo di questa figura, secondo la premessa di Jung, definisce gli effetti della questione esaminata e il loro legame diretto con l'idea dell'inconscio collettivo.

Vale la pena riportare le parole dell'Autore: «Mi è stato chiesto spesso da dove provengano questi archetipi o immagini primordiali. Suppongo che siano sedimenti di esperienze costantemente rivissute dall'umanità. Sembra che non possa esserci altra spiegazione. Una delle esperienze più comuni e allo stesso tempo più impressionanti è il percorso che il sole sembra compiere ogni giorno. Finché lo consideriamo come questo processo fisico conosciuto, il nostro inconscio non ci rivela nulla al riguardo. Tuttavia, troviamo il mito eroico del sole nelle sue più svariate versioni. È questo mito e non il processo fisico che configura

20 C.G. JUNG, *op. cit.*, p. 68.

L'archetipo solare. Lo stesso possiamo dire delle fasi lunari. L'archetipo è una sorta di attitudine a riprodurre costantemente le stesse idee mitiche; se non le stesse, almeno simili. Sembra quindi che ciò che permea l'inconscio sia esclusivamente l'idea della fantasia soggettiva provocata dal processo fisico»²¹.

Pertanto, nell'ambito dell'oggetto di questa analisi, dobbiamo collegare l'immagine dello Stato con la figura materna, che deve essere l'archetipo più illustrativo possibile. Questa configurazione è propositiva e sorge dalla necessità di rifiutare la figura statale paternalista, che non è utile all'analisi in questione, generando un'errata immagine superficiale.

Sembra che la figura materna sia suscettibile di una diversa lettura, può essere cioè la figura caritatevole, protettiva, massimamente amorevole, il possibile Eros, così come può anche rappresentare, dal punto di vista dell'inconscio, colei che è divoratrice, ovvero una figura di impedimento, barriera e generatore di tramonto.

È indubbio che, data la prospettiva sopra proposta, vi sia oggi nell'inconscio collettivo l'immagine dell'imposta come intrinseca alla prospettiva della mancanza di controprestazione, cioè l'archetipo della madre divoratrice che genera un impedimento alla crescita personale.

Di fronte alla presenza del suddetto inconscio collettivo e alla liquidità delle relazioni che alimentano la prospettiva della prevalenza della possibilità di risolvere individualmente i conflitti e della inferiorità della multipolarità, i sindacati devono dimostrare creatività, dal momento che la riduzione delle entrate mette in pericolo direttamente il principio della libertà, fondamento ultimo dei rapporti tra lavoratori e sindacati, come previsto dall'art. 8 della Costituzione federale.

E l'assenza di libertà, data l'impossibilità di sostentamento economico, genera, anche nella prospettiva di Jung e attingendo alle lezioni di Nietzsche in "Ecce Homo" e "Così parlò Zarathustra", il bisogno di autoconservazione: «Non esiste solo l'istinto di conservazione della specie, esiste anche quello di autoconservazione. [39] È senza dubbio di quest'ultimo istinto che Nietzsche ci parla, cioè della volontà di potenza. Per lui, tutto ciò che esiste di istintivo è conseguenza della volontà di potenza. Considerato dal punto di vista della psicologia sessuale di Freud, questo è un errore. Il sostenitore della psicologia sessuale dimostrerà facilmente che ogni esagerazione, ogni eroismo della concezione nietzscheana della vita e del mondo non sono altro che conseguenze della repressione e dell'ignoranza dell'"istinto", cioè dell'istinto considerato fondamentale da questa psicologia»²².

Si tratta del più elementare istinto di sopravvivenza di fronte all'utilitarismo, ovvero alla necessità di mantenere la concezione sindacale come elemento stabilizzante del rapporto capitale e lavoro.

21 C.G. JUNG, *op. cit.*, p. 85.

22 C.G. JUNG, *op. cit.*, par. 39.

E qui non possiamo lasciare la prospettiva di una sola parte, cioè dei lavoratori, perché c'è chi sarebbe interessato al crollo dei rapporti di lavoro?

Se ricordiamo che le contraddizioni mantengono il sistema economico dominante in Occidente, è indubbio che la ricomposizione dell'archetipo sia necessaria, in quanto elemento chiave nella possibilità di modificare l'inconscio collettivo. Occorre quindi creare una nuova cultura che non sia legata alla maternità divoratrice.

4. Conclusione

Non v'è dubbio che l'idea antecedente alla riforma del lavoro del contributo sindacale come imposta abbia generato nell'inconscio collettivo la prospettiva di un'imposizione senza contropartita.

D'altro canto, la percezione dei relativi importi da parte dei sindacati ha generato nell'inconscio collettivo anche la percezione della non necessità di contropartite ovvero di un'azione sindacale più efficace.

È inevitabile allora rifarsi all'idea junghiana della maternità divoratrice come archetipo per spiegare la percezione negativa del contributo sindacale.

Il contesto sociale facilita la comprensione di questa percezione di fronte alla prospettiva postmoderna di una società sempre più liquida e individualistica, mentre che la funzione di mediazione, esercitata dal sindacato, è legata al precetto della solidarietà in netta contrapposizione alla prevalente visione dei tempi moderni.

A tal fine, lo sviluppo del ruolo di mediazione tra capitale e lavoro suggerisce un cambiamento di paradigma, poiché il calo delle entrate derivante dalla rimozione del contributo sindacale dall'elenco dei tributi genera anche un rischio per il principio di libertà sancito nell'art. 8 della Costituzione Federale che assume anche un particolare valore sul piano economico.

Resta quindi solo una necessaria riconfigurazione dell'inconscio collettivo e un cambiamento dell'archetipo espresso dal rapporto tra sindacato e società così come tra capitale e lavoro.

La negoziazione collettiva del lavoro

Tereza Aparecida Asta Gemignani

L'autonomia è una condizione essenziale della dignità

RONALD DWORKIN

A raposa e o porco espinho: justiça e valor

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ordinamento giuridico. – 3. La natura della negoziazione collettiva nel XX secolo. – 4. La nuova realtà prodotta dalla rivoluzione digitale. – 5. La priorità della natura negoziale. – 6. Il microsistema del diritto negoziale collettivo del lavoro. – 6.1. Maggiore ampiezza dei beneficiari. – 6.2. Ampliamento delle materie oggetto di negoziazione collettiva. – 6.2.1. Diritto materiale collettivo del lavoro. – 6.2.2. Diritto processuale e procedimentale collettivo del lavoro. – 7. La sfida della negoziazione collettiva nel XXI secolo: corporativismo vs costituzionalismo. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Le nuove forme di lavoro generate dalla prima rivoluzione industriale concentrarono un numero significativo di lavoratori per lunghi periodi all'interno dello stesso spazio fisico. Questa realtà ha fornito la percezione di esperienze e vissuti di una realtà comune, portando alla formazione di un sentimento di solidarietà, che iniziò a sostenere l'azione collettiva nella ricerca di migliori condizioni di lavoro per tutti.

La negoziazione collettiva ha come fatto generatore il movimento rivendicativo costruito collettivamente, che ha creato legami e amalgamato interessi comuni, destinati a solidificarsi nel tempo.

Aderendo all'OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro), istituito dal Trattato di Versailles firmato nel 1919, il Brasile ha assunto l'impegno nazionale e internazionale di incorporare nel suo sistema il nuovo modello di costituzionalismo sociale. Sulla scia della Costituzione del Messico (1917) e della Costituzione tedesca di Weimar (1919), il Brasile cominciò a vedere la questione sociale con occhi diversi, che sfociarono nella Costituzione Federale del 1934.

Purtroppo questa nuova prospettiva ebbe vita breve, poiché nel 1937 venne promulgata un'altra Costituzione, segnata da un indesiderato arretramento;

situazione che si invertì solo nel 1946, quando fu promulgata la nuova Carta Costituzionale, ripristinando la tutela dei diritti sociali.

L'espansione dell'industria e del commercio aumentò nella seconda metà del XX secolo, dando visibilità al costante conflitto di interessi tra capitale e lavoro. L'aumento della tensione e della pressione dei movimenti rivendicativi ha dimostrato l'urgenza di ricercare la risoluzione dei conflitti attraverso il dialogo e la costruzione del consenso, aprendo la strada al riconoscimento della negoziazione collettiva come un importante strumento giuridico per la realizzazione di tale obiettivo.

La rivoluzione tecnologica, emersa negli ultimi decenni del XX secolo, si è intensificata nel XXI secolo, alterando in modo significativo i modi di vivere e di lavorare, presentando nuove sfide per i diritti collettivi del lavoro.

Lo scopo di questo capitolo è quello di analizzare e riflettere sugli effetti di questo movimento accelerato di cambiamento per la funzionalità della contrattazione collettiva all'interno del microsistema del diritto collettivo del lavoro.

2. L'ordinamento giuridico

In Brasile, i primi decenni del XX secolo furono segnati da un periodo turbolento, non solo sul piano politico, dovuto alla necessità di consolidare la nascente repubblica, ma anche sul piano sociale e lavorativo, agitato dall'intensa attività dei leader sindacali, composto per lo più da immigrati europei.

Lavoratori che, nel tentativo di ottenere migliori condizioni di vita e arrivando da un'Europa devastata dalla guerra, erano abituati ad un rapporto di lavoro libero, incontrando perciò notevoli difficoltà dinanzi alla mentalità autoritaria dei proprietari, che erano restii ad adeguarsi ai nuovi tempi in quanto abituati da secoli a confrontarsi con rapporti di lavoro servili e schiavistici, con la conseguente intensificazione del conflitto sociale.

L'organizzazione sindacale ebbe il suo primo regolamento nel 1903 (decreto n. 979), che conferiva disciplina giuridica ai sindacati rurali. Nel 1907, il decreto n. 1637 iniziò a regolamentare l'attività dei sindacati urbani, ammettendo in linea di principio la pluralità dei sindacati.

Nel tentativo di controllare l'aggravarsi della situazione, nel 1931 fu promulgato il decreto n. 9770, il quale, influenzato dalla Carta del Lavoro italiana, deviò il percorso dalla pluralità sindacale verso l'unicità, aprendo la strada alla cooptazione dei sindacati da parte dello Stato, conferendo loro la struttura corporativa, le cui principali linee guida rimangono ancora oggi, dopo il fallito tentativo di riforma prevista dell'art. 120 della Costituzione federale del 1934.

Sulla scia della direttiva tracciata dalla Carta del 1937, il decreto n. 1402 del 1939 rafforzò l'intervento statale e la struttura corporativa, incanalando l'azione sindacale verso la sfera collaborazionista e assistenzialistica, che in questo senso offrì un provvidenziale sostegno alla conservazione del cosiddetto "patrimonialismo".

In questa prospettiva – come spiega Luiz Werneck Vianna¹ – lo Stato appariva come il salvatore della società, la quale «non era preparata all'autogoverno», ritenendosi che sotto «l'azione pedagogica dello Stato, la società, col tempo, sarebbe stata dotata della capacità di partecipare alla amministrazione dei propri interessi», mentre il nostro autoritarismo è apparso «mite e giustificato dai suoi fini benefici» in una versione *strumentale* che «ha guadagnato l'enfasi di scoperta originale che ancora oggi persiste senza il coraggio di dire il suo nome», pur posizionandosi in flagrante collisione con l'indirizzo tracciato dalla «Magna Carta del 1988, espressione di una filosofia politica centrata sugli ideali dell'autonomia dell'individuo e della società davanti allo Stato»².

3. La natura della negoziazione collettiva nel XX secolo

Come spiega Bresser Pereira³, all'inizio del XX secolo il Brasile era uno «Stato oligarchico e patrimoniale, al centro di un'economia agricola mercantile e di una società classista appena uscita dalla schiavitù». In questo scenario, nel quale i diritti repubblicani venivano ignorati dallo Stato patrimoniale, l'azione collettiva del lavoro iniziò ad esprimersi con un forte movimento di rivendicazione nelle aree rurali.

Tuttavia, l'avvento di un nuovo modello di organizzazione produttiva, determinato dallo sviluppo dell'industrializzazione, generò notevoli cambiamenti nell'organizzazione del lavoro, caratterizzata dalla concentrazione fisica dei lavoratori nello stesso luogo. Con ciò tutto cominciò ad essere contato, misurato e controllato, in compartimenti stagni di tempi e spazi fissi.

Con la promulgazione del Testo Unico delle Leggi sul Lavoro (CLT) (decreto legge n. 5452/1943), volto a regolare la nuova tipologia di rapporti di lavoro industriale che si andava delineando, la disciplina giuridica cominciò a incentrarsi sulla norma giuridica stabilita dallo Stato, prescindendo dalle consuetudini e dai termini stipulati nelle contrattazioni verbali dirette, che per lungo tempo avevano caratterizzato i rapporti di lavoro rurali in Brasile.

In questo modello di organizzazione produttiva industriale, il sindacato iniziò ad assumere una matrice fortemente aziendale, che ne condizionò il ruolo di corpo intermedio, limitandolo a fungere più da organo “ammortizzatore” dei conflitti e da cinghia di trasmissione degli interessi di governo, indebolendone l'attività rivendicativa e compromettendo la natura contrattuale della negoziazione collettiva.

La Convenzione n. 87 dell'OIL non è stata ratificata dal Brasile, perché il modello adottato dal CLT era incentrato sull'unicità, che favoriva il controllo statale sui sindacati, usando come cortina di fumo il rafforzamento degli stessi

1 L.W. VIANNA, *Modernização periférica e seus problemas*, in *O Estado de São Paulo*, 22/12/2013- p. A2.

2 L.W. VIANNA, *O reino dos interesses e a política*, in *O Estado de São Paulo*, 24/02/2014, p. A2.

3 L.C. BRESSER PEREIRA, *Do Estado patrimonial ao gerencial*, in I. SACHS, J. WILHEIM, P. S. PINHEIRO (org.), *Brasil: um século de transformações*, São Paulo, Cia das Letras 2001. p. 224.

“leader sindacali di sempre”, rimasti per diversi decenni al comando dei sindacati, le cui attività, di regola, si limitavano ad assistere solo in modo episodico e puntuale alcuni interessi dei lavoratori rappresentati, onde evitare che l'intensità dell'azione impegnativa, precedentemente esistente nelle aree rurali, si estendesse a quelle urbane.

Inoltre, la provvidenziale unicità ha consentito anche la nascita di sindacati “di facciata” o “apparenti”, nati per garantire stabilità ai rispettivi “dirigenti” e raccogliere contributi obbligatori dai loro rappresentati, accentuando la fragilità della legittimità rappresentativa, che ha così contribuito a facilitare il controllo statale.

Portare la contrattazione collettiva sotto il controllo dello Stato ha comportato uno svilimento della sua natura contrattuale, dotandola di un profilo più permeabile agli interessi degli organi di governo che, attraverso il modello CLT istituito nel 1943, avevano assunto il potere di deliberare sul riconoscimento della validità degli accordi e contratti collettivi, come a suo tempo sancito dagli artt. 615, 616 e 617 del CLT, nei seguenti termini:

Art. 615

Spetta al Ministro del Lavoro, dell'Industria e del Commercio, o all'autorità da lui designata, omologare i contratti collettivi, dovendo la loro registrazione e archiviazione essere curata nel Dipartimento Nazionale del Lavoro e negli organi regionali del Ministro del Lavoro, dell'Industria e del Commercio, secondo le istruzioni emanate dal Ministro.

Art. 616

Dopo l'omologazione, ed entro il periodo della sua validità, il Ministro del Lavoro, dell'Industria e del Commercio può rendere obbligatorio il contratto per tutti gli appartenenti alle categorie professionali ed economiche, rappresentate dalle organizzazioni sindacali convenute, nell'ambito delle rispettive basi territoriali, a condizione che tale misura sia consigliata dall'interesse pubblico.

Art. 617

Il contratto collettivo reso obbligatorio per le categorie professionali ed economiche sarà in vigore per il periodo stabilito, o per altro periodo, ai sensi del presente titolo, qualora espressamente fissato dal Ministro del Lavoro, dell'Industria e del Commercio nell'atto che ne estende l'efficacia.

Si cominciarono così a stabilire criteri di rappresentatività da parte dell'organo statale, condizionando l'attività di rivendicazione delle organizzazioni legittimate ad agire nella contrattazione collettiva, sostituendola con la logica dell'adesione a processi decisionali già formati, che si rivelò conveniente per preservare il modello “patrimonialista”.

In questo scenario è incredibilmente attuale la concezione di Oliveira Viana⁴, uno dei principali artefici dell'Estado Novo, quando spiegava che la forza del

4 E.J. OLIVEIRA VIANA, *As novas diretrizes da política social*, Rio de Janeiro, Serviço de Estatística da Previdência e do Trabalho, 1939, p. 17 e 18.

modello corporativo in Brasile si basava su istituzioni che agivano “per delega” dello Stato in forma collaborativa con la pubblica amministrazione, ricevendo efficacia nella misura in cui potevano contare al proprio interno su «rappresentanti del popolo, non ricercati all'interno dei partiti politici, ma provenienti da classi e professioni organizzate».

Tuttavia, il gigantismo corporativo fu spezzato da un movimento che ebbe slancio iniziale in Italia (1947) e Germania (1949), per poi estendersi al Portogallo (1976) e alla Spagna (1978).

In Brasile, la Costituzione federale del 1988 ha compiuto passi significativi riconoscendo, come diritto fondamentale, la legittimità di rappresentanza e la libertà sindacale, come principi guida che i sindacati devono osservare, comprese quelli rurali e le colonie di pescatori, stabilendo nel suo art. 8:

Le associazioni professionali o sindacali sono libere, fatte salve le seguenti condizioni:

I - la legge non può imporre l'autorizzazione dello Stato per la costituzione di un sindacato, fatta salva la registrazione presso l'organo competente e fermo restando il divieto per il Potere Pubblico di intromettersi e di intervenire nell'organizzazione sindacale;

(...)

V - nessuno sarà costretto ad aderire o restare iscritto ad un sindacato;

VI - la partecipazione dei sindacati alle trattative collettive di lavoro è obbligatoria;

4. La nuova realtà prodotta dalla rivoluzione digitale

Come avvenuto con l'inizio della prima rivoluzione industriale, lo sviluppo tecnologico, che si è intensificato nei primi decenni del XXI secolo, ha cambiato significativamente l'organizzazione economica e i modi di vivere e di lavorare, in particolare consentendo ai rapporti di lavoro di svolgersi al di fuori di rigidi limiti di tempo e spazio.

In questo nuovo scenario, guidato da un'attività economica sempre più multifaccettata e plurale, il contratto di lavoro con un unico e specifico datore di lavoro diventa sempre più raro, poiché l'intensificarsi dello sviluppo tecnologico apre nuove modalità contrattuali che, da un lato, hanno reso possibile una maggiore autonomia riguardo agli orari e agli spazi di lavoro, e dall'altro, hanno reso più precaria la tutela relativa alle condizioni di salute e sicurezza.

Così, se nel XX secolo la solidarietà nacque come sentimento condiviso da chi lavorava fianco a fianco nello stesso tempo e nello stesso luogo, nel XXI secolo il concetto di solidarietà diventa più complesso. La realtà sempre più multiforme, che si articola e riarticola in rete, in un continuo movimento dotato di molteplici e diversi aspetti, che caratterizza i nuovi rapporti di lavoro, comincia a richiedere che sia data una concreta connotazione giuridica al principio di

solidarietà che guiderà la formazione di nuovi modelli normativi e degli obblighi suscettibili di essere imposti all'attività d'impresa.

Inoltre, l'intensa polverizzazione e frammentazione che segnano le nuove modalità di lavoro, portano all'intensificazione dei conflitti, rivelando il *deficit* di funzionalità della norma lavoristica statale, la quale, per effetto dei passaggi procedurali del rito legislativo, diventa sempre più incapace di offrire risposte adeguate in modo tempestivo, ponendo crescenti sfide all'effettiva attuazione dei diritti fondamentali nei rapporti di lavoro.

La ricerca di soluzioni in tal senso porta a prendere coscienza che è necessario dare nuovi parametri al processo decisionale per garantire stabilità giuridica nella diversità, pluralità e fluidità, che segnano la nuova realtà del mondo del lavoro; il che richiede di incentivare la cooperazione e il dialogo, da cui deriva la necessità di riconoscere l'importanza di un'azione più assertiva da parte dei corpi intermediari, esigendo così una nuova configurazione del concetto di autonomia privata collettiva, con la conseguente valorizzazione dell'aspetto contrattuale dell'attività negoziale collettiva, come uno dei pilastri portanti del microsistema di diritto collettivo che si sta delineando.

In questa direzione, è emblematica la sentenza resa dal Supremo Tribunale Federale nella causa ADPF 323, che ha sottolineato la natura contrattuale delle clausole negoziate negli accordi e nelle convenzioni collettive, respingendo l'ultrattività prevista dal Parere Vincolante n. 277 del Tribunale Supremo del Lavoro, posto che il comma 2 dell'art. 114 della Costituzione Federale del 1988 non autorizza questa interpretazione.

Con questa decisione, inoltre, il Supremo Tribunale Federale ha richiamato l'attenzione sull'importanza di costruire nuovi criteri ermeneutici ove si tratti di interpretare le norme convenzionali, portando sul terreno del dibattito la necessità di costruire nuovi parametri, data l'insufficienza di quelli esistenti.

In effetti, la diversità di interessi sempre più complessi, che si relazionano in modo costante e interconnesso nell'era contemporanea, comincia a richiedere la costruzione di nuovi modelli guidati dall'interdisciplinarietà attraverso la combinazione di criteri sociologici, assiologici e teleologici, nella prospettiva delineata dagli artt. 20 e 21 della Legge di Introduzione delle Norme del Diritto Brasiliano (LINDB), che sottolineano la rilevanza delle condizioni sociali, culturali ed economiche prevalenti nel momento decisionale in cui le norme negoziate vengono costruite e applicate⁵.

5 LINDB-D Legge n. 4657/42 e modifiche alla Legge n. 13655/2018.

Art. 20. Nella sfera amministrativa, di controllo e giudiziaria, le decisioni non saranno prese sulla base di valori giuridici astratti senza considerare le conseguenze pratiche della decisione. Paragrafo singolo. La motivazione dovrà dimostrare la necessità e l'adeguatezza della misura o l'invalidità dell'atto, contratto, adeguamento, processo o norma amministrativa, anche alla luce delle possibili alternative.

5. La priorità della natura aziendale

Includendo i diritti del lavoro tra quelli fondamentali, la Costituzione Federale del 1988 ha segnalato chiaramente, nel paragrafo dell'art. 7, la priorità data al carattere negoziale delle norme convenzionali.

Art. 7 – Sono diritti dei lavoratori urbani e rurali, oltre agli altri volti al miglioramento della loro condizione sociale:

VI - riconoscimento delle convenzioni e accordi collettivi di lavoro;

La norma ordinaria ha seguito questa strada, come prevede il §3 dell'art. 8 del CLT:

Art. 8

§3 - Nell'esame della convenzione collettiva o accordo collettivo di lavoro, la Giustizia del Lavoro analizzerà esclusivamente la conformità degli elementi essenziali del negozio giuridico, rispettando le disposizioni dell'art. 104 della legge n. 10406 del 10 gennaio 2002 (Codice Civile) e guiderà la sua azione secondo il principio del minimo intervento nell'autonomia della volontà collettiva.

La priorità attribuita alla natura negoziale, con espresso riferimento alle norme stabilite dal codice civile, favorisce l'applicazione dell'intero capitolo che tratta dei negozi giuridici del codice civile, comprese le norme che regolano vizi e difetti che, condizionando la validità dell'atto negoziale, consentono di pretendere l'annullamento delle clausole convenzionali per errore o ignoranza, stato di pericolo e violenza, tra gli altri⁶.

In questa nuova prospettiva assumono particolare rilevanza i concetti di buona fede oggettiva e di funzione sociale dei contratti che, previsti negli artt. 421 e

Art. 21. La decisione che, in sede amministrativa, di controllo o giudiziaria, decreta l'invalidità di un atto, contratto, adeguamento, processo o norma amministrativa deve indicarne espressamente le conseguenze giuridiche e amministrative.

Paragrafo singolo. La decisione di cui al *caput* del presente articolo deve, ove applicabile, indicare le condizioni affinché la regolarizzazione avvenga in modo proporzionale ed equo e senza pregiudizio degli interessi generali, e non possono essere imposti ai soggetti interessati oneri o perdite che, a seconda delle peculiarità del caso, siano anomali o eccessivi.

6 Codice civile. Art. 138. I negozi giuridici sono annullabili quando le dichiarazioni di volontà derivano da un errore sostanziale che può essere percepito dalla persona di normale diligenza in ragione delle circostanze del negozio.

Art. 156. Si configura uno stato di pericolo quando qualcuno, spinto dalla necessità di salvare se stesso, o un suo familiare, da un danno grave noto all'altra parte, assume un'obbligazione eccessivamente onerosa.

Art. 157. La lesione si verifica quando una persona, per urgente necessità, o per imperizia, si obbliga a svolgere una prestazione manifestamente sproporzionata rispetto al valore della prestazione opposta.

§1 La sproporzione delle prestazioni è valutata in ragione dei valori al momento della conclusione del negozio giuridico.

§2 Non si dichiarerà l'annullamento del negozio se viene offerto un supplemento sufficiente o se la parte favorita acconsente ad una riduzione del guadagno.

422 del codice civile per regolare i rapporti civili, disciplinano ora anche l'attività negoziale collettiva di lavoro, che dovrà osservare:

Art. 421. La libertà contrattuale sarà esercitata nei limiti della funzione sociale del contratto.

Art. 422. I contraenti sono tenuti ad osservare, sia nella conclusione del contratto che nella sua esecuzione, i principi di probità e buona fede.

L'applicazione dei predetti precetti della buona fede oggettiva e della funzione sociale dei contratti, nella contrattazione collettiva, dà concretezza al principio di solidarietà, quale obbligo esigibile nell'esercizio delle attività dei corpi intermedi in ambito lavoristico.

Il nuovo profilo di tale quadro normativo contribuirà alla formazione di uno specifico microsistema di diritto negoziale collettivo del lavoro, come il Supremo Tribunale federale ha evidenziato in numerose decisioni, con efficacia vincolante, tra le quali si possono citare quelle di cui al Tema n. 152 e al Tema n. 1046⁷.

6. Il microsistema del diritto negoziale collettivo del lavoro

Il profilo del nuovo microsistema di diritto negoziale collettivo del lavoro è improntato alle seguenti linee guida:

6.1. Maggiore ampiezza dei beneficiari

Il sindacato non può rappresentare solo gli interessi dei lavoratori sottoposti al CLT, ma deve riferirsi ai lavoratori in generale, compresi i lavoratori autonomi.

In questo senso, è interessante rilevare che è lo stesso CLT a sostenere questa apertura nel *caput* dell'art. 511, stabilendo:

Art. 511. È lecita l'associazione con finalità di studio, difesa e coordinamento degli interessi economici o professionali di tutti coloro che, in qualità di datori di lavoro, dipendenti, agenti o lavoratori autonomi o liberi professionisti, esercitano rispettivamente la stessa attività, professione, o attività, o professioni simili o connesse.

7 <https://www.stf.jus.br>. Tema n. 152 (Caso principale RE 590415). Tesi: La transazione stragiudiziale che comporta la risoluzione del rapporto di lavoro, per adesione volontaria del lavoratore ad un piano di licenziamento incentivato, comporta la liquidazione ampia e libera di tutti gli emolumenti previsti dal contratto di lavoro, ove tale condizione è stata espressamente prevista nel contratto collettivo che ha approvato il piano, nonché negli altri atti sottoscritti con il dipendente.

Tema n. 1046 (Caso principale RE 1121633). Tesi: Gli accordi e le convenzioni collettive che, considerando la specifica adeguatezza della negoziazione, prevedono limitazioni o soppressioni dei diritti del lavoro sono costituzionalmente legittimi, indipendentemente dalla specifica spiegazione dei vantaggi compensativi, purché siano rispettati i diritti assolutamente indisponibili.

6.2. Ampliamento delle materie oggetto di negoziazione collettiva

La valorizzazione dell'autonomia privata collettiva, costituzionalmente garantita come diritto fondamentale dei lavoratori in generale e non solo dei dipendenti (art. 7, *caput* e comma XXVI, della Costituzione Federale del 1988), apre la strada alla formazione di un microsystema di diritto collettivo del lavoro non solo materiale, ma anche procedurale, consentendo l'inclusione di nuove materie nella contrattazione collettiva, in linea con quanto raccomandato nel *caput* dell'art. 611-A del CLT.

6.2.1 Diritto materiale collettivo del lavoro

Con riguardo al diritto materiale collettivo del lavoro, tra le materie che possono formare oggetto di negoziazione collettiva, è possibile evidenziare quanto segue:

- a. Istituzione di regole più efficaci in materia di aggiornamento e riqualificazione professionale.

A seguito dell'automazione determinata dalla rivoluzione tecnologica, le modalità di lavoro hanno subito un accelerato processo di cambiamento.

Poiché i lavoratori non dispongono di risorse proprie per tenere il passo con questi cambiamenti, finiscono per perdere il lavoro in un'età in cui la ricollocazione diventa difficile. La partecipazione dei sindacati alla formazione di norme negoziate per organizzare questa riqualificazione dei lavoratori porterebbe a buoni risultati per tutti, contribuendo a rispettare il diritto fondamentale previsto dal comma XXVII dell'art. 7 della Costituzione Federale del 1988 che garantisce «la protezione rispetto all'automazione».

Da qui l'importanza di negoziare norme collettive che consentano l'effettiva partecipazione dei sindacati alla definizione dei criteri di formazione e perfezionamento dei lavoratori, anche durante i periodi di sospensione della prestazione, previsti dall'art. 476-A del CLT⁸.

8 CLT - Art. 476-A. Il contratto di lavoro può essere sospeso, per un periodo da due a cinque mesi, per consentire al lavoratore di partecipare ad un corso o programma di qualificazione professionale offerto dal datore di lavoro, di durata equivalente alla sospensione contrattuale, mediante previsione della convenzione o accordo collettivo di lavoro e assenso formale del lavoratore, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 471 del presente Testo Unico. §1 Dopo l'autorizzazione concessa mediante convenzione o accordo collettivo, il datore di lavoro deve informare il rispettivo sindacato almeno quindici giorni prima della sospensione contrattuale. §2 Il contratto di lavoro non può essere sospeso ai sensi del disposto del *caput* questo articolo per più di una volta in un periodo di sedici mesi. §3 Il datore di lavoro può concedere al lavoratore un'indennità compensativa mensile, senza carattere retributivo, durante il periodo di sospensione contrattuale ai sensi del *caput* del presente articolo, per un importo da definire con convenzione o accordo collettivo. §4 Durante il periodo di sospensione contrattuale per la partecipazione ad un corso o programma di qualificazione professionale, il lavoratore avrà diritto ai benefici volontariamente concessi dal datore di lavoro. §5 Se il lavoratore viene licenziato durante il periodo di sospensione contrattuale o nei tre mesi successivi al rientro al lavoro, il datore di lavoro corrisponderà al lavoratore,

b. Regole di *compliance* e rapporti di lavoro

La comprensione dell'importanza di valorizzare le regole di *compliance* è andata crescendo rapidamente, come risultato dell'implementazione di una nuova cultura aziendale, che riconosce l'autoregolamentazione come un prezioso strumento per attuare regole di trasparenza operativa, necessarie per una buona gestione.

In questo contesto, l'ampliamento della prospettiva derivante dalla *compliance* della trasparenza operativa e della buona gestione anche nei rapporti di lavoro contribuisce a ridurre i livelli di conflittualità, a vantaggio anche dei lavoratori.

È interessante rilevare che le regole di *compliance* assumono sempre maggiore rilevanza alla luce dell'implementazione dei nuovi sistemi organizzativi digitali, che stanno promuovendo un cambiamento dei criteri di responsabilità non solo delle persone fisiche, ma anche delle persone giuridiche, comprendendo così i lavoratori che svolgono la prestazione mediante diversi da quello impiegatizio del CLT, la cui rappresentanza deve essere integrata nel sistema sindacale.

L'impresa che adotta regolamenti interni improntati all'etica e alla trasparenza, anche nei rapporti di lavoro, si distingue nel valorizzare la propria operatività e, quindi, nell'accrescere il valore della propria attività economica, i cui risultati devono essere condivisi con i lavoratori mediante la costruzione di criteri consensuali di determinazione di tali parametri attraverso la negoziazione collettiva.

c. L'ambiente di lavoro.

La rivoluzione tecnologica ha portato nuovi rischi per la salute fisica e mentale dei lavoratori, incidendo sull'ambiente di lavoro nella sua accezione più ampia, richiedendo così l'effettiva attuazione del diritto fondamentale alla tutela previsto dal comma XXI dell'art. 7 della Costituzione Federale del 1988⁹.

oltre alle quote di indennizzo previste dalla normativa vigente, una sanzione pecuniaria da stabilirsi mediante convenzione o accordo collettivo, pari almeno al cento per cento del valore dell'ultima retribuzione mensile prima della sospensione del contratto. §6 Se durante la sospensione del contratto il corso o programma di qualificazione professionale non viene impartito, o il dipendente continua a lavorare per il datore di lavoro, la sospensione sarà invalidata, sottoponendo il datore di lavoro al pagamento immediato delle retribuzioni e degli oneri sociali per il periodo, delle penalità applicabili previste dalla normativa vigente, nonché delle sanzioni previste dalla convenzione o accordo collettivo. §7 Il termine fissato nel caput può essere prorogato mediante convenzione o accordo collettivo di lavoro e formale assenso del lavoratore, a condizione che il datore di lavoro sopporti l'onere corrispondente al valore della borsa di qualificazione professionale, nel rispettivo periodo.

9 Art. 7 I diritti dei lavoratori urbani e rurali, oltre ad altri volti al miglioramento della loro condizione sociale, sono:

È indiscutibile, quindi, che gli assetti di protezione esigono sempre più l'attuazione dei principi di precauzione e prevenzione, quale guida di nuove pratiche comportamentali che, mirando al controllo dei nuovi rischi e prestando attenzione alle diverse specificità delle nuove attività produttive, saranno dotate di maggiore funzionalità ove stabilite dalle parti stesse nell'ambito della negoziazione collettiva.

- d. Le politiche ESG devono includere i rapporti di lavoro come parte integrante del settore S (Sociale).

L'acronimo ESG (*Environmental, Social, Governance*) ha portato una nuova mentalità nella governance aziendale, dimostrando come l'ampliamento della prospettiva, fino a coprire anche le questioni sociali e ambientali, contribuisca alla sostenibilità e al miglioramento della gestione delle attività economiche.

Non ha senso, infatti, che l'azienda si occupi esclusivamente di questioni sociali meritevoli riguardanti la comunità in cui opera se, tra le sue mura (fisiche e digitali), le condizioni di vita e di lavoro di chi svolge la prestazione lasciano a desiderare.

In questo contesto, la negoziazione collettiva può agire affinché la parte del Sociale (S) comprenda nel suo ambito i rapporti di lavoro al fine di garantire un buon ambiente di lavoro per quanto riguarda, in particolare, le condizioni di salute e sicurezza non solo per i suoi dipendenti, ma anche per qualunque altro lavoratore in generale che svolge la prestazione attraverso le più svariate tipologie contrattuali.

Lo svolgimento della negoziazione collettiva al fine di comprendere queste tematiche all'interno della "S" (Social) ovvero delle pratiche aziendali monitorate dal sistema ESG, può fare la differenza, poiché contribuisce a fornire una nuova prospettiva nella formazione di una nuova cultura, che include la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori tra i requisiti di sostenibilità.

- e. Il ruolo internazionale dei sindacati

I nuovi strumenti tecnologici hanno reso possibile lo svolgimento del lavoro in orari e luoghi diversi, sollevando la sfida di evitare la precarietà dei lavoratori non solo a livello nazionale, ma anche a livello internazionale.

A tal fine è essenziale la negoziazione collettiva per realizzare l'azione internazionale dei sindacati, affinché la costruzione delle nuove regole di tutela diventi effettiva.

6.2.2. Diritto processuale e procedimentale collettivo del lavoro

Finora la formazione di un microsistema di diritto collettivo processuale in materia di lavoro è stata guidata prevalentemente dalla giurisprudenza, attraverso l'applicazione delle norme giuridiche previste dalla legge che disciplina l'Azione Civile Pubblica (legge n. 7347/85), Codice di Difesa del Consumatore (Legge n. 8078/90) e Legge Complementare n. 75/93.

L'ampia portata riconosciuta all'autonomia privata collettiva, sommata all'apprezzamento della cooperazione e alla ricerca di una soluzione più rapida dei conflitti, oltre alla consapevolezza che la prevenzione riduce i livelli di conflitto, garantendo benessere e salute, sicurezza e stabilità, ha svelato un nuovo orizzonte nel quale la negoziazione collettiva può contribuire in modo significativo ad ampliare e rafforzare il microsistema del diritto collettivo processuale del lavoro.

In tal senso, è importante evidenziare che l'ampliamento delle competenze della contrattazione collettiva, fino a delineare anche regole procedimentali, può contribuire a rendere operativo l'"accordo comune" previsto dal §2 dell'art. 114 della Costituzione Federale del 1988, la cui costituzionalità è stata riconosciuta dal Supremo Tribunale Federale quando ha respinto l'Azione Diretta di Incostituzionalità (ADI) n. 3432.

Nell'ambito della legislazione ordinaria, il Codice di Procedura Civile del 2015 ha riconosciuto alle parti la possibilità di definire consensualmente le regole processuali come previsto dall'art. 190:

Art. 190. Quando il processo si basa su diritti che ammettono l'autocomposizione, è consentito alle parti pienamente capaci di concordare modifiche alla procedura per adattarla alle specificità del caso e concordare i propri oneri, poteri, facoltà e doveri procedurali, prima o durante il processo.

Paragrafo singolo. D'ufficio o su domanda, il giudice vigila sulla validità delle convenzioni previste dal presente articolo, rifiutandosi di applicarle solo nei casi di nullità o di inserimento abusivo in un contratto di adesione o in cui una delle parti si trovi in una manifesta situazione di vulnerabilità.

Sebbene la cultura del consensualismo sia alla genesi del diritto materiale del lavoro, inizialmente la dottrina del lavoro e la giurisprudenza hanno accolto con riserva questa possibilità procedurale nelle controversie individuali.

Tuttavia, la questione merita una nuova analisi in relazione al processo collettivo di lavoro, in particolare per quanto riguarda il "comune accordo", previsto nel §2 dell'art. 114 della Costituzione Federale del 1988 nei seguenti termini:

Art. 114

(...),

§2 - Qualora una delle parti rifiuti di ricorrere alla negoziazione collettiva o all'arbitrato, entrambe le parti hanno la facoltà, di comune accordo, di adire un tribunale del lavoro per risolvere la controversia di natura economica, che potrà decid-

ere in merito al conflitto nel rispetto delle disposizioni minime di legge in materia di tutela del lavoro, nonché di quelle concordate in precedenza.

Una volta superata l'accesa controversia, con la sentenza del Supremo Tribunale Federale che ha respinto l'ADI 3432 e riconosciuto la costituzionalità della norma, si apre la possibilità di riesaminare la questione dal punto di vista specifico dell'azione dei corpi intermedi nell'ambito dei procedimenti collettivi in materia di diritto del lavoro.

Nel solco delle linee guida delineate dall'art. 190 c.p.c., applicate in quanto compatibili con il processo collettivo di lavoro, la definizione di regole procedurali, finalizzate a rendere operativo l'accordo comune, può essere oggetto di negoziazione collettiva tra le organizzazioni sindacali, che potrà così adeguarli alle specificità del caso e concordarne gli oneri procedurali, i poteri, le facoltà e i doveri, da osservare prima, durante e dopo il processo, considerato la natura continuativa dei rapporti di lavoro.

Tale cooperazione nella definizione delle norme procedimentali/processuali consentirà di ottenere una decisione di merito equa ed effettiva, in linea con la natura specifica del conflitto, rispettando a tal fine un termine ragionevole, nel rispetto del diritto fondamentale previsto al comma LXXVIII dell'art. 5 del Costituzione Federale del 1988, che recita:

LXXVIII - A ciascuno, in ambito giudiziario e amministrativo, è assicurata una congrua durata del processo e mezzi che garantiscano la celerità del suo svolgimento.

Pertanto, la valorizzazione della normatività negoziale aprirà nuove prospettive, che potranno contribuire, in modo significativo, alla formazione di un microsistema di diritto collettivo, che copra sia gli aspetti materiali che quelli processuali del lavoro.

7. La sfida della negoziazione collettiva nel XXI secolo: corporativismo x costituzionalismo

Nel delineare i criteri di distinzione tra corporativismo sociale e corporativismo statale, Philippe Schmitter¹⁰ ha sottolineato che, mentre la caratteristica principale del secondo risiede nel ruolo di agente di controllo dello Stato, il primo si presenta come una struttura di intermediazione sociale dei diversi interessi difesi dal capitale e lavoro nel modello di *welfare state*.

10 P.C. SCHMITTER, *Still the century of corporatism?*, in *Review of Politics*, 1974 v.36, n.1.

Lehmbruch¹¹ si posiziona un po' più avanti lungo questo percorso distintivo, quando attribuisce al corporativismo una prospettiva multipla e globale, che si traduce nell'intensificazione di negoziati tripartiti che coinvolgono le azioni dei sindacati dei lavoratori e organizzazioni imprenditoriali, monitorate da enti governativi, producendo effetti sull'impostazione e gestione delle politiche pubbliche, focalizzate anche sulla definizione dei parametri macroeconomici.

In questo modello, sono i dirigenti statali che detengono il controllo sui leader sindacali e, di conseguenza, selezionano quali rivendicazioni dovrebbero ottenere visibilità ed essere incluse nelle discussioni che guideranno il processo decisionale. Come moneta di cooptazione, offrono ai "dirigenti sindacali" l'opportunità di vantare una posizione di prestigio, derivante da una pseudovicinanza al potere politico costituito, che ha permesso di mantenere la stessa posizione per decenni, impedendo addirittura la formazione di nuovi leader.

Wilma Keller spiega¹² che, in Brasile, la struttura corporativa ha creato ostacoli all'autonomia sindacale, determinando lo sviluppo di un sindacalismo burocratizzato e dipendente dallo Stato e impedendo l'evoluzione del sistema, fino ad oggi ancora legato all'unicità obbligatoria e al finanziamento obbligatorio dei contributi in favore degli enti sindacali, indipendentemente dalla loro rappresentatività.

In Brasile, un numero significativo di entità sindacali insiste nel ripristinare l'organizzazione plasmata dal corporativismo, compromettendo così la fattibilità delle iniziative volte a legittimare l'effettiva libertà sindacale, ponendo il sistema in un vicolo cieco, nel quale rimane sempre più intrappolato ostacolando l'accesso alle porte di uscita e impedendo il raggiungimento della necessaria maturità istituzionale.

Occorre infatti riconoscere che la libertà sindacale non porta al temuto indebolimento, come molti sostengono, ma rafforza la legittimità della rappresentanza, oltre a consentire il raggiungimento dell'unità per iniziativa degli stessi interessati anziché dell'unità obbligatoria stabilita dallo Stato, rendendo inequivoca la fattibilità di nuovo modello che possa consentire la ratifica della Convenzione n. 87 dell'OIL.

In questa nuova prospettiva, che valorizza il percorso aperto nel 1988, la Costituzione cessa di essere un «semplice catalogo di competenze e di formule esortative», e assume la funzione «di fondamento di validità dell'intero ordinamento giuridico, componendo un insieme di regole e principi dotati di propria forza normativa e di immediata efficacia», come evidenziano Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹³.

11 G. LEHMBRUCH, *Concertation and the structure of corporatist networks*, in J.H. GOLDTHORPE (a cura di), *Order and conflict in contemporary capitalism*, Oxford University Press, 1988, p. 60 ss.

12 W. KELLER, *Neo-corporativismo e trabalho: a experiência brasileira recente*, in *Revista São Paulo em Perspectiva*, 1995, v. 9, n. 4, ottobre/dicembre, p. 73-83.

13 G. F. MENDES, I.M. COELHO, P.G.G. BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, San Paolo, Saraiva, 2008, 2ª ed., p. 127.

Tuttavia, quando si credeva che la Costituzione Federale del 1988 avrebbe imposto questo nuovo orientamento ai diritti sindacali brasiliani, paradossalmente si è riscontrato il contrario e cioè non solo che il corporativismo statale veniva mantenuto, ma anche che diventava più seducente e convincente, cominciando ad operare in maniera indiretta attraverso la pseudopartecipazione di alcune organizzazioni, previamente selezionate secondo criteri che interessano gli ambienti del potere, alle quali è stato attribuito un monopolio esclusivo di rappresentanza, che conferisce loro provvidenzialmente alcuni privilegi, a condizione che rinuncino alla loro autonomia e sostengano l'opera di controllo dei dirigenti statali.

Come affermato in un articolo sull'argomento¹⁴, la costituzionalizzazione del diritto del lavoro ha avuto un'importanza significativa nel garantire ai cittadini l'inclusione politica ed economica attraverso il lavoro, stabilendo un nuovo quadro paradigmatico centrato sull'effettività dei diritti fondamentali del lavoro, tra i quali rientra quello della libertà sindacale. È necessario evitare che questa nuova forza venga cooptata e utilizzata come strumento di condizionamento dei movimenti rivendicativi, invece di aprire strade per fornire funzionalità allo spazio repubblicano di emancipazione.

All'inizio del XXI secolo, questo dibattito riacquista centralità, dal momento che la società brasiliana cerca di superare gli ostacoli creati dal corporativismo, che anche durante il regime repubblicano ha operato per separarla dallo Stato brasiliano.

Nelle relazioni di lavoro, questo superamento potrà avvenire solo attraverso un'azione più assertiva dei corpi intermedi attraverso un più ampio riconoscimento normativo della contrattazione collettiva, così che il diritto collettivo del lavoro sia dotato di maggiore funzionalità.

Come giustamente sottolinea Norberto Bobbio¹⁵ «si può utilmente distinguere un ordinamento protettivo-repressivo da un ordinamento promozionale, dicendo che al primo interessano soprattutto i comportamenti socialmente non desiderati, onde il suo fine precipuo è di impedirne quanto più è possibile il compimento; al secondo interessano soprattutto i comportamenti desiderati, onde il suo fine è di provocarne il compimento anche nei confronti dei recalcitranti».

La valorizzazione della contrattazione collettiva, come mezzo di risoluzione dei conflitti, si inserisce in questa prospettiva promozionale del diritto, poiché investe nella costruzione di modelli consensuali che stimolano comportamenti sociali desiderabili, ottimizzando così la funzionalità del microsistema di diritto collettivo del lavoro che si sta formando.

14 T.A. ASTA GEMIGNANI, *A Constituição Federal e o direito do trabalho 25 anos depois: decifra-me ou devoro-te*, in L.E. GUNTHER, S.S.N. MANDALOUZZO (coords.), *25 anos da Constituição e o Direito do Trabalho*, Curitiba, Editora Juruá, 2013, p. 539-555.

15 N. BOBBIO, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, tradotto da D. BECCACIA VERSIANI; revisione O. SEIXAS BECHARA, R. NAGAMINE, Barueri, São Paulo, Manole, 2007, p. 15.

Analizzando le sfide affrontate dal Brasile nell'era contemporanea, Jorge Wilhelm¹⁶ lamenta che «la società brasiliana è ancora nel processo di ricerca della coesistenza con lo Stato brasiliano».

La valorizzazione dell'autonomia privata collettiva attraverso l'azione più efficace dei corpi intermedi contribuisce ad avvicinare la società brasiliana allo Stato brasiliano nell'ambito del lavoro, consentendo una significativa evoluzione istituzionale.

8. Conclusioni

Il protagonismo dei corpi intermedi nella formazione dei processi decisionali è giustificato solo se è garantita la libertà sindacale. Ridurre questa partecipazione a mera collaborazione, sostenuta dalla contribuzione obbligatoria e da una rappresentanza dipendente dal riconoscimento statale, configura una regressione alla matrice del corporativismo, che ha impedito la maturazione della nostra organizzazione sindacale.

Lo scontro tra la prospettiva corporativista e la direttrice costituzionale, oggi rivisitato nelle scottanti questioni suscitate dai conflitti innescati dalla rivoluzione tecnologica, richiede ora un'analisi guidata dalla sinergia tra la formazione di nuovi modelli decisionali negoziati e la plurale, diversa e complessa realtà che caratterizza i rapporti di lavoro nel XXI secolo.

In questo contesto, diventa imprescindibile superare la finzione costruita dal corporativismo, che ostacola l'effettività del modello costituzionale, compromettendo l'emergente formazione del microsistema del diritto collettivo del lavoro.

In questo scenario nel quale i cambiamenti avvengono a ritmi frenetici, invece del percorso statale verticale, la negoziazione collettiva diventa un cardine per dare funzionalità al sistema normativo, perché le soluzioni giungeranno attraverso un movimento orizzontale di interconnessione e intensificazione del dialogo tra corpi intermedi rappresentanti del capitale e del lavoro.

Quando la legge diventa più permeabile alle condizioni sociali ed economiche del suo tempo, il rafforzamento della negoziazione collettiva richiede un'azione più ampia ed efficace da parte dei sindacati, in quanto principali organismi intermediari nel settore del lavoro.

L'asse di questo nuovo modello è centrato sulla riconfigurazione del concetto di autonomia privata collettiva, che accentua l'aspetto contrattuale della contrattazione collettiva, richiedendo così nuovi criteri ermeneutici, che richiedono la ridefinizione del principio di solidarietà, dandogli concretezza come obbligazione giuridica volta alla verifica dell'applicazione della buona fede oggettiva e della funzione sociale nella contrattazione collettiva del lavoro.

16 J. WILHEIM, *Do Estado patrimonial ao gerencial*, in I. SACHS, J. WILHEIM, P. S. PINHEIRO (org.), *Brasil: um século de transformações*, São Paulo, Cia das Letras 2001, p. 486.

I conflitti collettivi di lavoro

Carlos Henrique Bezerra Leite, Bruno Gomes Borges da Fonseca

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I conflitti collettivi di lavoro e le modalità di composizione. – 3. Il potere normativo della giustizia del lavoro brasiliana. – 4. Brevi cenni sui sindacati nell'ordinamento giuridico brasiliano. – 5. Alcune notazioni sul Pubblico Ministero del Lavoro. – 6. Considerazioni finali.

1. Introduzione

I conflitti di lavoro, tradizionalmente, si dividono in individuali e collettivi.

L'individuale è quello che si manifesta tra dipendente o lavoratore e datore di lavoro o committente.

I conflitti collettivi di lavoro, a loro volta, si verificano tra i sindacati delle categorie professionali ed economiche o tra questi e il datore di lavoro o il committente.

Il tema di questo capitolo sono i conflitti collettivi di lavoro nella prospettiva dell'ordinamento giuridico brasiliano.

Il problema può essere riassunto nella seguente domanda: qual è lo stato dell'arte dei conflitti collettivi di lavoro in Brasile dal punto di vista dei diritti materiali e processuali del lavoro?

Questa ricerca, con lo scopo di rispondere al quesito sopra menzionato, mira a presentare un ritratto più generale di questo tipo di conflitto nel Paese dal punto di vista dei diritti materiali e processuali del lavoro.

Il metodo di sviluppo della ricerca è dialettico e il suo significato originario era generalmente associato all'arte del dialogo e della discussione. Tuttavia, nella modernità, ha assunto il significato di comprendere la realtà in movimento, come contraddittoria e in permanente trasformazione¹. La dialettica, come azione reciproca, in un processo incompiuto e di analisi congiunta², ci permette di analizzare e comprendere con maggiore precisione i conflitti collettivi di lavoro in Brasile.

1 G. ANDRADE MARTINS, C.R. THEÓPHILO, *Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas*, San Paolo, Atlas, 2009, 2ª ed., p. 49.

2 M. DE ANDRADE MARCONI, E.M. LAKATOS, *Metodologia científica*, 5ª ed. rev. ampl., San Paolo, Atlas, 2007, p. 83-84.

Il presente studio adotta la tecnica della ricerca documentaria e bibliografica, ovvero per la redazione del presente studio sono stati analizzati documenti pubblici, statistiche, fonti normative e bibliografia indicata³.

L'approccio è eminentemente giuridico e l'analisi della dogmatica giuridica⁴ è essenziale per tentare di fornire una risposta al quesito. Nell'ambito della scienza giuridica, si farà riferimento al diritto costituzionale, del lavoro e processuale, fatte salve le incursioni transdisciplinari soprattutto in sociologiche.

La seconda sezione, di carattere più generale, affronta i conflitti collettivi. La terza riguarda il potere normativo conferito alla Giustizia del Lavoro. Il quarto riguarda i sindacati, mentre l'ultimo analizza il ruolo del Pubblico Ministero del Lavoro (MPT) in questo tipo di contenzioso. Tutti gli argomenti trattano tematiche legate all'ordinamento giuridico brasiliano.

2. I conflitti collettivi di lavoro e le modalità di composizione⁵

Il conflitto è qualcosa di innato, comune, anche se talvolta latente, nei rapporti di lavoro inaugurati dal metodo di produzione capitalistico. È, nelle parole di Antonio Monteiro Fernandes, l'essenza di questi rapporti⁶.

Il conflitto, compreso quello lavorativo, in senso stretto, è una realtà sociale prenormativa⁷. Il diritto ha il compito di infondergli razionalità, anche se limitata alla forma giuridica risultante dal modello produttivo.

3 Sulla base della classificazione presentata da: M. DE ANDRADE MARCONI, E.M. LAKATOS, *Técnica de pesquisa*, 7ª ed. rev. ampl., San Paolo, Atlas, 2010, p. 48-57.

4 La dogmatica giuridica studia il diritto positivo di un dato ordinamento giuridico: A.P. GONÇALVES, *Técnica processual e teoria do processo*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2016, p. 23. È stato utilizzato il significato ristretto di dogmatica proposto da Aroldo Plínio Gonçalves. Nel frattempo, sono emerse altre definizioni di dogmatica giuridica che rispondono a concezioni più ampie: R. ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, traduzione Z. HUTCHINSON SCHILD SILVA, San Paolo, Landy Editora, 2005, p. 244-246.

5 Alcuni estratti di questa sezione sono tratti da: V. SALINO DE MOURA EÇA, B. GOMES BORGES DA FONSECA, *Oitenta anos da Justiça do Trabalho no Brasil e desenvolvimento da sua competência constitucional*, in A. NEMER NETO, C. IANNOTTI DA ROCHA, D. ALVES MIRANDA ARANTES, J.C. RIZK FILHO, P. TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO (org.), *80 anos da Justiça do Trabalho: a democracia e a cidadania à luz da tutela jurisdicional trabalhista*, San Paolo, Editora LEX e OAB Editora, 2021, v. 1, p. 1-11; V. SALINO DE MOURA EÇA, B. GOMES BORGES DA FONSECA, *Apontamentos sobre acesso à Justiça do Trabalho sob a perspectiva constitucional*, in J.C. MONTEIRO DE BRITO FILHO, V. ROCHA FERREIRA (coord.), *Trabalho decente: teoria e prática*, Belo Horizonte, Editora B, 2023, p. 107-121; V. SALINO DE MOURA EÇA, B. GOMES BORGES DA FONSECA, *As transformações do acesso à Justiça do Trabalho no Brasil*, in *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, 2023, v. 12, n. 121, p. 180-194, su <https://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/8700506>. Accesso effettuato l'11 maggio 2024.

6 A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006, 13. ed., p. 835.

7 M.C. PALOMEQUE LOPEZ, *Direito do trabalho e ideologia. Meio século de formação ideológica do direito do trabalho espanhol (1873-1923)*, traduzione A. MOREIRA, Portogallo, Almedina, 2001, p. 16.

I diritti materiali e procedurali del lavoro, quindi, avranno il compito di *giuridificare* i conflitti di lavoro e di incanalarli o istituzionalizzarli attraverso lo Stato⁸.

Nei rapporti di lavoro i conflitti esprimono non solo interessi diversi, ma soprattutto contrapposti⁹, il che ne evidenzia la complessità e le ingerenze da parte del potere dominante.

La tradizionale ripartizione tra conflitti individuali e collettivi appare didatticamente appropriata, in quanto consente di inquadrare nell'ordinamento giuridico la divisione tra azioni individuali e collettive, tipologie di processi e procedure, effetti delle decisioni. Tuttavia, ove ricondotta ad un panorama più ampio, quella suddivisione risulta fragile e, spesso, contraria agli obiettivi del diritto del lavoro, presupponendo l'esistenza di un *diritto individuale del lavoro* che potrebbe far supporre l'idea che esiste una regolamentazione finalizzata ad un prospettiva esclusiva dell'interesse individuale e che nei rapporti collettivi di lavoro sia possibile ammettere principi e regole distinti da quelli che compongono il diritto del lavoro, come il principio di protezione¹⁰.

Il principio di protezione trova uno dei suoi fondamenti nella dipendenza economica del dipendente (o lavoratore). Questa tutela è causa e fine del diritto del lavoro e ne costituisce il fondamento come rivela l'origine storica di questa branca giuridica¹¹.

Questo principio, con un certo rigore tecnico, si presenta come l'unico principio del diritto del lavoro¹². Gli altri, in effetti, costituiscono sottoprincipi. Inoltre, quel principio richiede e si manifesta attraverso tecniche di tutela, definite come meccanismi la cui applicazione mira a correggere la situazione di inferiorità del lavoratore. Queste tecniche, secondo Pinho Pedreira, costituiscono l'intervento dello Stato nei rapporti di lavoro, la negoziazione collettiva (e, se del caso, la possibilità di proporre controversie collettive) e l'autotutela¹³.

L'esistenza dell'associazione sindacale, pur rafforzando la lotta sociale e la rivendicazione e tutela dei diritti, non riesce ad eliminare l'ipotesi di insufficienza dei

8 M.C. PALOMEQUE LOPEZ, *op. cit.*, p. 19.

9 M.C. PALOMEQUE LOPEZ, *op. cit.*, p. 18.

10 In senso analogo: J.L. SOUTO MAIOR, *Curso de direito do trabalho. Teoria geral do direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 2011, v. 1, parte I, p. 685.

11 L. DE PINHO PEDREIRA DA SILVA *Principiologia do direito do trabalho*, San Paolo, LTr, 1999, 2ª ed., p. 25-27.

12 M. G. DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, São Paulo, JusPodivm, 2023, 20ª ed., p. 237-238. Questa posizione, tuttavia, incontra divergenze. Américo Plá Rodrigues ritiene che il principio di tutela si articoli soltanto in tre sottoprincipi: il principio della norma più favorevole, il principio della condizione più favorevole e il principio *in dubio favor prestatoris*. A. PLÁ RODRIGUES, *Princípios de direito do trabalho*, Traduzione W. D. GIGLIO E E. ALKMIM CUNHA, São Paulo, LTr, 2015, 3ª ed., p. 83. Nello stesso senso: C.H. BEZERRA LEITE, *Curso de direito do trabalho*, San Paolo, Saraiva, 2018, 9ª ed., p. 99-100; G.F. BARBOSA GARCIA, *Manual de direito do trabalho*, San Paolo, Editora JusPodivm, 2018, 12. ed., p. 84.

13 L. DE PINHO PEDREIRA DA SILVA, *op. cit.*, p. 30.

lavoratori. Pertanto, il principio di tutela si applica ai conflitti collettivi di lavoro, soprattutto perché i sindacati sono associazioni di lavoratori¹⁴.

I conflitti di lavoro collettivi possono essere risolti utilizzando tre metodi: autodifesa o autotutela; autocomposizione ed eterocomposizione¹⁵.

L'autotutela è un metodo di soluzione diretta, attraverso l'imposizione dell'interesse del vincitore sullo sconfitto. Esempi sono gli scioperi e le serrate. Lo sciopero è un diritto fondamentale esercitato collettivamente, garantito dall'art. 9 della Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile del 1988 (CRFB/1988)¹⁶, mentre la serrata è vietata dall'art. 17 della legge n. 7783/1989¹⁷.

L'autocomposizione è anche un metodo diretto per risoluzione dei conflitti. Tuttavia, a differenza dell'autotutela, si tratta di una decisione consensuale delle parti coinvolte nel contenzioso. Un esempio imprescindibile in materia di conflitti collettivi di lavoro è la negoziazione collettiva, il cui risultato può essere l'accordo collettivo di lavoro (ACT) e la convenzione collettiva di lavoro (CCT). Entrambi, secondo l'art. 611, *caput* e §1, del Testo unico delle leggi sul lavoro (CLT)¹⁸, sono accordi di carattere normativo nei quali si definiscono le condizioni di lavoro. La differenza è che nel CCT il negozio è concluso tra i sindacati delle categorie professionali ed economiche, il che ne consente l'applicabilità a tutti gli iscritti alle rispettive categorie, mentre l'ACT è stipulato tra un sindacato delle categorie professionali e un'azienda assumendo così efficacia soltanto nei confronti dei dipendenti o lavoratori legati al rispettivo datore di lavoro o committente.

14 Vale la pena ricordare che, per una certa corrente teorica, il principio di protezione, nell'ordinamento giuridico brasiliano, ha una fonte normativa costituzionale: B. GOMES BORGES DA FONSECA, V. SALINO DE MOURA EÇA, *A fonte normativa do princípio da proteção aplicável aos direitos material e processual do trabalho*, in R.J. MACÊDO DE BRITTO PEREIRA, C. IANNOTTI DA ROCHA, C.H. CUNHA, J.M. SOUSA GURGEL DO AMARAL (org.), *Princípios do processo do trabalho*, Belo Horizonte, UFES, UDF e RTM, 2022, p. 199-216.

15 In questo senso: C.H. BEZERRA LEITE, *Curso de direito processual do trabalho*, San Paolo, SaraivaJur, 2024, 22ª ed., p. 78.

16 BRASILE [Costituzione (1988)], *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, DF, Presidenza della Repubblica, in https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Accesso effettuato il 7 maggio. 2024. Da questo momento in poi le citazioni del CRFB/1988 non verranno citate in nota. Tale modalità sarà adottata per tutti gli atti normativi e le decisioni giurisdizionali. L'obiettivo è dare maggiore fluidità al testo.

17 BRASILE, *Lei n. 7783 de 7 de maio de 2002*. Questa legge ha disciplinato l'esercizio del diritto di sciopero, definito le attività essenziali, regolato la risposta ai bisogni urgenti della comunità e altre misure. Brasília: Presidenza della Repubblica. su https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM#:~:text=Art.%201%C2%BA%20%C3%89%20assegurado%20o,na%20forma%20stabilito%20nesta%20Legge. Accesso effettuato il 7 maggio 2024.

18 BRASILE, *Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943*, di approvazione del Testo Unico delle leggi sul lavoro, Rio de Janeiro, RJ: Presidenza della Repubblica. Disponibile su: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Accesso effettuato il 7 maggio 2024.

L'eterocomposizione consiste nella risoluzione del conflitto collettivo di lavoro da parte di un terzo. Arbitrato e giurisdizione sono le forme principali. Alcuni autori includono anche la mediazione e la conciliazione¹⁹.

L'arbitrato²⁰ è uno dei meccanismi di risoluzione delle controversie collettive di lavoro ed è ammesso dall'114, §§1 e 2, della CRFB/1988 e dall'art. 7 della legge n. 7783/1989. Ciononostante, il Tribunale Supremo del Lavoro (TST) ne consente l'applicazione con restrizioni, non consentendo la riduzione dei diritti del lavoro di assoluta indisponibilità²¹.

La giurisdizione del lavoro, a sua volta, è esercitata dalla giustizia del lavoro, anche in materia di conflitti collettivi.

La Costituzione della Repubblica degli Stati Uniti del Brasile del 1934²² istituì la Giustizia del Lavoro senza tuttavia includerla nel titolo riferito alla Magistratura. L'art. 122, ultima parte, istituendola, aveva espressamente escluso l'applicazione delle disposizioni del Capo IV del Titolo I, cioè delle disposizioni relative alla Magistratura.

L'accesso alle Giunte di Conciliazione e Giudizio (JCJs) era consentito solo agli iscritti al sindacato (Decreto n. 22132/1932, art. 1²³) e le JGJs non avevano il potere di eseguire le loro decisioni (Decreto n. 22132/1932, art. 23) dal momento che l'esecuzione era affidata al foro federale. Le Giunte, inoltre, erano incardinate nel potere esecutivo e i giudici non avevano indipendenza funzionale. Infine, erano previste le cosiddette avocazioni (Decreto n. 22132/1932, art. 29) nel senso che gli atti potevano essere avvocati dal Ministero del Lavoro, dell'Industria e del Commercio, istituito poi nel 1930 da Getúlio Vargas con il decreto n. 19433²⁴.

19 M. G. DELGADO, *op. cit.*, p. 1672.

20 Legge n. 9307/1996 ha previsto l'arbitrato. Si tratta però di un atto normativo generale la cui applicabilità non è specifica al diritto del lavoro: BRASILE, *Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996*, che ha previsto l'arbitrato. Brasília: Presidenza della Repubblica. All'indirizzo: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm Accesso effettuato il 7 maggio 2024.

21 BRASILE, Tribunale Superiore del Lavoro, AIRRn. 1600-06.2011.5.09.0322. Ministro relatore: Vieira de Mello Filho. Settima Sezione. Pubblicazione: DJe 23.6.2017. All'indirizzo: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0001600&digitoTst=06&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0322&submit=Consultar>. Accesso effettuato il 11 maggio 2024.

22 BRASILE [Costituzione (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Brasília, DF: Presidenza della Repubblica, in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Accesso effettuato il 4 marzo. 2023.

23 BRASILE, *Decreto n. 22132, de 25 de novembro de 1932*. Ha istituito [sic] le Giunte di Conciliazione e Giudizio regolandone le funzioni. Rio de Janeiro: Presidenza della Repubblica, all'indirizzo: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22132-25-novembro-1932-526777-publicacaooriginal-82731-pe.html>. Accesso effettuato il 4 marzo. 2023.

24 BRASILE, *Decreto n. 19433, de 26 de novembro de 1930*. Ha istituito una Segreteria di Stato con la denominazione di Ministero del Lavoro, dell'Industria e del Commercio. Rio de Janeiro: Presidenza della Repubblica, su <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/>

La Costituzione degli Stati Uniti del Brasile del 1946²⁵ contemplò la Giustizia del Lavoro come organo integrante della Magistratura così come risulta chiaramente dal decreto legge n. 9797/1946²⁶.

L'art. 133 della CRFB/1967²⁷ e dell'art. 141 della Modifica Costituzionale (CE) n. 01/1969²⁸ (per alcuni una nuova Costituzione) ha mantenuto le disposizioni introdotte dalla Costituzione del 1946 in merito alla struttura della Giustizia del Lavoro.

La CRBF/1988, nella sua formulazione originaria, ha mantenuto le disposizioni della precedente Costituzione sulla struttura della Giustizia del Lavoro, ma la EC n. 24/1999²⁹, tuttavia, ha eliminato la rappresentanza di classe trasformando le J CJ in Tribunali del lavoro (*Varas do Trabalho*).

La rilevanza della Giustizia del lavoro, dunque, è stata riconosciuta da tempo dalla fonte costituzionale. Dal 1934, come noto, ha rilevanza costituzionale derivando la relativa competenza direttamente dalla Costituzione.

L'accesso alla Giustizia del Lavoro è stato ampliato con la promulgazione della EC n. 45/2004³⁰, mentre l'art. 114 della CRFB/1988 prevede ora nove paragrafi che delimitano la competenza di questo foro specializzato.

La formulazione dell'art. 114 della CRFB/1988, prima della promulgazione della EC n. 45/2004, riconosceva la competenza della Giustizia del Lavoro a conciliare e giudicare le azioni individuali e collettive tra lavoratori e datori di

decreto-19433-26-novembro-1930-517354-publicacaooriginal-1-pe.html. Accesso effettuato il 4 marzo. 2023.

25 BRASILE, [Costituzione (1946)] *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*, Rio de Janeiro, Presidenza della Repubblica, su http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Accesso effettuato il 4 marzo 2023.

26 A. MASCARO NASCIMENTO, *Curso de direito processual do trabalho*, San Paolo, Editora Saraiva, 2009, 24ª ed., p. 55.

27 BRASILE, [Costituzione (1967)] *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasilia, DF: Presidenza della Repubblica, su: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Accesso effettuato il 6 luglio 2021.

28 BRASILE, *Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969*. Ha modificato il nuovo testo della Costituzione federale del 24 gennaio 1967. Brasilia, DF: Ministri della Marina, dell'Esercito e dell'Aeronautica Militare, in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Accesso effettuato il 4 marzo. 2023.

29 BRASILE, *Emenda Constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999*. Ha modificato le disposizioni della Costituzione federale relative alla rappresentanza di classe nella Giustizia del lavoro. Brasilia, DF: Uffici della Camera Federale e del Senato Federale, su: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc24.htm. Accesso effettuato il 4 marzo. 2023.

30 BRASILE, *Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Ha modificato le disposizioni degli artt. 5, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 della Costituzione federale e ha aggiunto gli artt. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, prevedendo altre misure. Brasilia, DF: Uffici della Camera Federale e del Senato Federale, su: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitution/emendas/emc/emc45.htm. Accesso effettuato il 28 giugno 2020.

lavoro (ivi comprese quelle della Pubblica Amministrazione diretta e indiretta) e, ai sensi di legge, le altre controversie nascenti dal rapporto di lavoro.

L'interpretazione dell'art. 114 della CRFB/1988, prima della promulgazione della EC n. 45/2004, in generale, era nel senso che la Giustizia del Lavoro, in senso stretto, era competente per le cause nascenti dal rapporto di lavoro subordinato, mentre per gli altri rapporti di lavoro la competenza era ammessa in via eccezionale solo ove espressamente prevista dalla legge.

La competenza, prima vincolata alla tipologia di lavoratore, con la promulgazione della EC n. 45/2004, è stata così ancorata ad un criterio di natura oggettiva: il rapporto giuridico³¹. Wagner Giglio aveva segnalato l'errore nella formulazione dell'art. 114 della CRFB/1988, prima della modifica introdotta dalla EC n. 45/2004, dal momento che la disposizione non stabiliva la competenza in ragione della materia ma in funzione delle persone³².

L'art. 114, comma I, della CRFB/1988 ha riconosciuto la competenza della Giustizia del lavoro a giudicare le azioni nascenti dal rapporto di lavoro (e ha altresì mantenuto, all'art. 114, comma IX, la possibilità di includere in questo elenco tramite legge altre controversie nascenti dal rapporto di lavoro). Questa espressione definisce un *genus* il cui ambito coinvolge qualsiasi tipo di lavoro. La sua ampiezza è molto maggiore di quella derivante dal rapporto di impiego subordinato. Esiste, quindi, una profonda differenza tra un ramo del potere giudiziario competente a giudicare le cause nascenti dal rapporto di lavoro subordinato e un altro la cui competenza riguarda i fatti nascenti da qualunque rapporto di lavoro.

3. Il potere normativo della giustizia del lavoro brasiliana³³

Per quanto riguarda i conflitti collettivi di lavoro, i commi II e III dell'art. 114 del CRFB/1988 prevedeva quanto segue: «Art. 114. Compete alla Giustizia del Lavoro processare e giudicare: [...] II - le azioni comportanti l'esercizio del diritto di sciopero; III - le azioni sulla rappresentanza sindacale, tra sindacati, tra sindacati e lavoratori, e tra sindacati e datori di lavoro [...]».

L'art. 114, §1, del CRFB/1988 ha stabilito che, in caso di fallimento della contrattazione collettiva, le parti potranno eleggere arbitri. Il precetto evidenzia quindi che la contrattazione collettiva (strumento di autocomposizione) costituisce la prima opzione delle parti in caso di controversie collettive di lavoro.

31 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 217.

32 W. D. GIGLIO, *Direito processual do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2003, 13ª ed., p. 38.

33 Alcuni estratti di questa sezione sono stati tratti da: V. SALINO DE MOURA EÇA, B. GOMES BORGES DA FONSECA, *Teoria constitucional do direito do trabalho brasileiro na perspectiva de Oliveira Vianna*, in *Revista de Informação Legislativa*, 2021, v. 58, n. 230, apr./giu., p. 175-193, su: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p175. Accesso effettuato il 9 lug. 2021.

Arbitrato e giurisdizione, in quanto meccanismi eterocompositivi, dovranno essere utilizzati in un secondo ed eventuale momento.

Come già detto, la negoziazione collettiva può essere realizzata attraverso ACT o CCT. Il primo è un accordo normativo tra il sindacato della categoria professionale e l'impresa, mentre il secondo è un accordo tra i sindacati della categoria professionale ed economica. Se la negoziazione non ha esito, diventa possibile ricorrere ai meccanismi eterocompositivi, come l'arbitrato e la giurisdizione.

La giudizializzazione del conflitto collettivo si realizza attraverso una domanda denominata di "dissidio collettivo" che ha natura di azione collettiva di matrice costituzionale³⁴.

I dissidi collettivi possono essere suddivisi³⁵ in controversie economiche, giuridiche e riguardanti lo sciopero. Le prime mirano a regolamentare le condizioni di lavoro. Quelle giuridiche mirano ad interpretare clausole contenute in sentenze normative, strumenti di negoziazione collettiva, accordi e convenzioni collettive, particolari disposizioni legali riguardanti la categoria professionale o economica e atti normativi, mentre quelle di sciopero analizzano la possibile abusività dell'astensione collettiva.

I dissidi collettivi di natura economica, a loro volta, si suddividono in originari, quando non esistono o non sono in vigore norme e condizioni particolari di lavoro, decretate con provvedimento normativo, e controversie di revisione, quando destinate ad intervenire su norme collettive di lavoro preesistenti divenute ingiuste o inefficaci a causa di sopravvenuti mutamenti nelle circostanze che le hanno determinate.

Il dissidio collettivo è di competenza funzionale dei Tribunali (TST o Regionali), a seconda della portata del conflitto, ai sensi degli artt. 856 e 860 del CLT.

La legittimazione a proporre il dissidio collettivo spetta ai sindacati delle categorie professionali e di quelle economiche del datore di lavoro o committente. Quando si tratta di dissidio collettivo in materia di sciopero ha legittimazione il Ministero Pubblico del Lavoro ai sensi dell'art. 114, comma 3, della CRFB/1988 e dell'art. 83, comma VIII, della Legge complementare n. 75/1993³⁶.

34 C.H. BEZERRA LEITE, *op. cit.*, p. 1052.

35 Le classificazioni di questo e del successivo paragrafo sono tratte dall'art. 241 del Regolamento Interno del Tribunale Superiore del Lavoro: BRASILE, *Tribunal Superior do Trabalho. Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho*, approvato con Delibera Amministrativa n. 1937 del 20 novembre 2017. Brasilia: Tribunale Superiore del Lavoro, 2017, in: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116169/2017_ra1937_ri_tst_rep01_livro_vigente.pdf?sequence=14&isAllowed=y. Accesso effettuato l'11 maggio 2024.

36 BRASILE, *Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993*, che è intervenuta sull'organizzazione, le attribuzioni e lo statuto del Ministero Pubblico dell'Unione. Brasilia, DF: Presidenza della Repubblica, su http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Accesso effettuato l'11 maggio 2024.

Tra i presupposti processuali e condizioni procedurali dell'azione di dissidio collettivo, due meritano di essere evidenziati.

Il primo è costituito dalla negoziazione collettiva preventiva. Solo se questo meccanismo di autocomposizione rimane senza esito le parti potranno *giudizializzare* il conflitto, dimostrando con la proposizione della domanda alla Giustizia del Lavoro l'avvenuto tentativo di negoziazione e il relativo fallimento.

Il secondo è rappresentato dal cosiddetto accordo comune previsto dall'art. 114, comma 2, della CRFB/1988. Tale requisito è stato inserito dalla EC n. 45/2004. Pertanto, se una delle parti rifiuta la negoziazione collettiva, una di esse ha la facoltà, di comune accordo con l'altra, di promuovere il dissidio collettivo di natura economica.

La necessità di un accordo comune per la proposizione del dissidio collettivo aveva sollevato il deposito di un ricorso diretto di incostituzionalità (ADI n. 3.431) presso il Supremo Tribunale Federale (STF)³⁷, ritenendosi che tale condizione violava l'art. 5, comma XXXV, della CRFB/1988, il cui precetto garantisce l'accesso alla giustizia. La Corte Suprema, tuttavia, ha respinto la domanda, ritenendo che la previsione dell'*accordo comune* sia una condizione dell'azione, idonea a stimolare la contrattazione collettiva.

Il dissidio collettivo, quando ammesso, trattato e giudicato, offrirà l'occasione al Potere Giudiziario di pronunciare la sentenza normativa. Questa decisione sostanzia il cosiddetto potere normativo della Giustizia del lavoro. Il suo scopo è decidere sulle condizioni di lavoro di determinate categorie professionali e/o economiche o di un determinato gruppo di dipendenti/lavoratori e/o imprese/committenti. La decisione, quindi, sostituisce la negoziazione collettiva frustrata.

Sussiste un relativo consenso in dottrina circa il fatto che il potere normativo concesso alla Giustizia del Lavoro trovi la sua origine in regimi autoritari e stati corporativi³⁸, come quello sperimentato nell'Italia di Mussolini. La sua fonte, in questo senso, sarebbe la Carta del Lavoro del 1927.

La centralità dello Stato e la relativa possibilità creativa concessa ai sindacati consentivano al primo, in assenza di un accordo tra capitale e lavoro, di decidere sulle condizioni di lavoro applicabili ad una determinata categoria professionale. La possibilità che i tribunali del lavoro emettessero sentenze con valore normativo fu una delle proposte formulate da Oliveira Vianna, allora consulente del Ministero del Lavoro nel governo Vargas e dell'istituzione della Giustizia del Lavoro. Il progetto suscitò unna polemica con l'allora deputato Waldemar Ferreira, giurista e professore di diritto, il cui parere era nel senso che il conferimento del potere normativo alla Giustizia del Lavoro era incostituzionale per

37 BRASILE, *Supremo Tribunal Federal*. Ricorso diretto di incostituzionalità n. 3431. Ministro relatore: Gilmar Mendes. Pubblicazione: DJE 22.9.2020, disponibile all'indirizzo: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2278650>. Accesso effettuato l'11 maggio 2024.

38 H. MACEDO HINZ, *O poder normativo da Justiça do Trabalho*, São Paulo, LTR, 2000, p. 50.

usurpazione del potere legislativo e contrarietà ai principi processuali. Oliveira Vianna non vedeva invece in questo ruolo alcuna usurpazione del potere legislativo conferito al Parlamento, sottolineando la singolarità dei tribunali del lavoro³⁹. La vivacità del mondo del lavoro richiederebbe questa possibilità alternativa che nondimeno rappresenta un altro modo per evitare la lotta di classe attraverso l'intervento dello Stato nel conflitto.

Oliveira Vianna, in un nuovo tentativo di replicare alle obiezioni di Waldemar Ferreira e di riaffermare il potere normativo della Giustizia del Lavoro, aveva affermato che non vi era alcuna differenza sostanziale tra la fissazione dei prezzi dei beni e quella dei salari⁴⁰. E utilizzò questo argomento dal momento che non vi era discussione circa la possibilità di definire amministrativamente i prezzi dei prodotti, il che consentiva di applicare lo stesso ragionamento alla determinazione dei livelli salariali.

Nonostante questa polemica che ancora permea il potere normativo della Giustizia del Lavoro, questo fu accettato e positivizzato nell'ordinamento giuridico brasiliano, anche nella Costituzione del 1988.

Il potere normativo della Giustizia del lavoro, senza perdere di vista la sua origine e il vincolo del *comune accordo* di cui all'art. 114, comma 2, della CRFB/1988, ha assunto in Brasile un ruolo rilevante nello stabilire le condizioni di lavoro, soprattutto a causa dell'assenza di una cultura di negoziazione collettiva e della fragilità delle associazioni sindacali dei lavoratori. Forse, in futuro, potrà essere definitivamente eliminato, e non solo limitato come nella EC n. 45/2004. Tuttavia, al momento, soprattutto dopo la riforma del lavoro del 2017, di cui uno dei cambiamenti strutturali è stata la riduzione del finanziamento sindacale, appare ancora necessaria.

4. Brevi cenni sui sindacati nell'ordinamento giuridico brasiliano⁴¹

I sindacati iniziarono a formarsi con la Rivoluzione Industriale nella seconda metà del XVIII secolo. La presenza dei proletari nelle fabbriche portò ad una maggiore concentrazione degli operai, favorendo la formazione di assemblee e

39 F.J. DE OLIVEIRA VIANNA, *Problemas de direito corporativo*, San Paolo, Livraria José Olympio Editora, 1938, p. 31-32 e 36-37.

40 F.J. DE OLIVEIRA VIANNA, *op. cit.*, p. 65.

41 Alcuni estratti di questa sezione sono tratti da: B. GOMES BORGES DA FONSECA, C.H. BEZERRA LEITE, *Sindicato versus trabalhadores e a reprodução do dualismo entre Estado e sociedade civil*, in *Revista Magister de Direito do Trabalho*, 2017, v. 76, gennaio-febbraio, p. 60-81; V. SALINO DE MOURA EÇA, B. GOMES BORGES DA FONSECA, *Legitimidade da atuação das associações sindicais e razão comunicativa*, in M.J. SILVA NETO (org.), *Desafios à autonomia negocial coletiva. Estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto*, Brasília, ESMPU, 2021, p. 330-353.

sindacati⁴². Tuttavia, al di là della situazione attuale, presunte formazioni sindacali si riscontrano anche nell'antichità e in epoche successive, anche prima della Rivoluzione Industriale⁴³.

Il Trattato di Versailles (art. 427, II)⁴⁴, trattato di pace della Prima guerra mondiale, e la costituzionalizzazione del diritto del lavoro, con le Costituzioni del Messico del 1917⁴⁵, e di Weimar del 1919, garantiscono il diritto di associazione sindacale.

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁴⁶ garantisce anche il diritto di organizzazione sindacale (art. 4). Il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali del 1966⁴⁷ ha riaffermato questo diritto (art. 8, lett. a) e c)). Nell'ambito dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), in materia, le Convenzioni n. 87⁴⁸, n. 98, n. 135, n. 141, n. 151 e n. 154⁴⁹.

In Brasile, le disposizioni costituzionali e legali sono utili anche ad illustrare parte dell'evoluzione storica (anche se in gran parte formale) delle associazioni sindacali.

La Costituzione Imperiale del 1824⁵⁰ tace sulle organizzazioni sindacali e allo stesso modo, più in generale, sulle associazioni. In Brasile il sindacalismo nasce

42 J.C. MONTEIRO DE BRITO FILHO, *Direito sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT – proposta de inserção da comissão da empresa*, LTr, 2007, 2ª ed. San Paolo, p. 52-53; J.C. AROUCA, *Curso básico de direito sindical*, San Paolo, LTr, 2006, p. 16.

43 J.A. RODRIGUES PINTO, *Tratado de direito material do trabalho*, São Paulo, LTr, 2007, p. 617-625; J.C. AROUCA, *op. cit.*, p. 14; A. SÜSEKIND et al., *Instituições de direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 1999, 18ª ed., v. 2, p. 1079-1083.

44 BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES, *Tratado de Versalhes*, disponibile all'indirizzo: <https://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/tratado-de-versalles>. Accesso effettuato il 21 settembre 2022.

45 MESSICO, *Secretaría de Gobernación. Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917*, disponibile su: <https://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>. Accesso effettuato il 7 febbraio 2017.

46 ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE, *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 10 dicembre 1948*, disponibile su <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=eng>. Accesso effettuato il 7 settembre 2023.

47 BRASILE, *Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992*. Atti internazionali. Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. Promulgazione, disponibile su http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Accesso effettuato l'11 maggio 2024.

48 Questa Convenzione non è stata ratificata in Brasile.

49 Ad eccezione della Convenzione n. 87, tutte le altre citate sono state ratificate nel paese: BRASILE, *Decreto 10088, de 5 de novembro de 2019*, che riunito gli atti normativi emanati dal Potere Esecutivo Federale che prevedono la promulgazione di convenzioni e raccomandazioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro - OIL ratificate dalla Repubblica Federale del Brasile. Brasilia, DF: Presidenza della Repubblica, in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Accesso effettuato l'11 maggio 2024.

50 BRASILE. *Constituição Política do Império do Brasil* [sic], del 25 marzo 1824, su http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Accesso effettuato l'11 maggio 2024.

in un periodo successivo rispetto al movimento europeo, a causa dell'economia incipiente, di un modello precapitalista e del lavoro sostanzialmente schiavistico⁵¹ (proibito solo con la *Lei Áurea* nel 1888⁵²).

La Costituzione della Repubblica degli Stati Uniti del Brasile del 1891⁵³ concedeva la libertà di associazione per scopi leciti (art. 72, §8). La norma costituzionale non si riferiva specificamente alle associazioni sindacali, il che sollevò alcuni dubbi sull'interpretazione della norma. Il Supremo Tribunale Federale, nel 1920, decise comunque che la norma consentiva la libertà sindacale⁵⁴.

Il primo atto normativo di carattere sindacale (e infracostituzionale) nel Paese è stato il decreto n. 979/1903⁵⁵ che tuttavia si riferiva unicamente ai sindacati rurali. Nel 1907 fu emanato il decreto legislativo n. 1637⁵⁶ che permise la creazione di sindacati e società cooperative e il cui testo fu plasmato in una prospettiva democratica, nella misura in cui garantiva la libera formazione delle associazioni sindacali, indipendentemente dall'autorizzazione governativa, e la libertà di associazione. All'inizio degli anni '30 venne creato il Ministero del Lavoro, dell'Industria e del Commercio, che esercitò un forte controllo sull'attività sindacale attraverso il decreto n. 19770/1931⁵⁷.

La Costituzione del 1934 affidava alla legislazione ordinaria il compito di riconoscere le associazioni sindacali (art. 120). Allo stesso tempo, garantiva la libertà associativa per scopi leciti (art. 133, comma 12). Sorprendentemente, prevedeva che la legge assicurasse la pluralità sindacale e la completa autonomia dei sindacati (art. 120, comma unico). L'atto normativo regolamentare di attuazione

51 J.C. MONTEIRO DE BRITO FILHO. *op. cit.*, p. 59.

52 BRASILE, *Lei n. 3353, de 13 de maio de 1888*, che ha abolito la schiavitù in Brasile. Rio de Janeiro, RJ: Princeza [sic] Imperial Regent, su: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.353%2C%20DE%2013,Art. Accesso effettuato il 15 lug. 2022.

53 BRASILE, [Costituzione (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Rio de Janeiro, RJ: Congresso nazionale costituente, su https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Accesso effettuato il: 11 maggio 2024.

54 A. SÜSEKIND et al., *op. cit.*, p. 1106.

55 BRASILE, *Decreto n. 979, de 6 de janeiro de 1903*, che ha consentito ai lavoratori agricoli e delle industrie rurali di organizzare sindacati per difendere i propri interessi. Rio de Janeiro: Presidenza della Repubblica, su https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D0979.htm, Accesso l'11 maggio 2024.

56 BRASILE, *Decreto-Lei n. 1637, de 6 de outubro de 1907*, che ha disposto il pagamento delle quote dovute alle organizzazioni finanziarie internazionali. Rio de Janeiro: Presidenza della Repubblica, su https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1637.htm#:~:text=DECRETO%20LEI%20N%C2%BA%201.637%2C%20DE%206%20DE%20OUTUBRO%20DE%201907.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20integraliza%C3%A7%C3%A3o%20de,haveres%20de%20organismos%20financeiros%20internacionais. Accesso effettuato l'11 maggio 2024.

57 BRASILE, *Decreto n. 19770, de 19 de março de 1931*, che ha regolato il sindacalismo dei datori di lavoro e dei lavoratori introducendo altre misure, disponibile in https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d19770.htm. Accesso effettuato l'11 maggio 2024.

fu emanato con il decreto n. 24694/1934⁵⁸, il cui testo definiva i requisiti per la costituzione dei sindacati. In pratica esisteva un sistema sindacale unico, mentre in teoria il sistema era plurale.

La Costituzione del 1937 garantì il diritto di associazione purché non avesse scopi spuri (artt. 16, comma XX, e 122, comma 9), sancendo formalmente la libertà associativa, ma concedendo soltanto al sindacato riconosciuto dallo Stato il diritto di rappresentare la categoria, concludere “contratti collettivi di lavoro” (questa era l’espressione utilizzata prima dell’introduzione della nomenclatura “convenzione collettiva del lavoro”), imporre contributi ed esercitare le funzioni delegate dal potere pubblico (art. 138). Al Consiglio Nazionale dell’Economia fu attribuita la funzione di esprimere pareri su tutte le questioni riguardanti l’organizzazione e il riconoscimento delle associazioni sindacali (art. 61, lett. g). Sulla base di questa Costituzione, è stato emanato il decreto n. 1402/1939 il cui testo reintrodusse il sistema dell’unicità sindacale.

La CLT mantenne sostanzialmente questa prospettiva, mentre la Costituzione del 1946 riconobbe la libertà associativa, anche sindacale, per scopi leciti, affidando alla legislazione ordinaria il compito di regolare la costituzione, la rappresentanza legale e l’esercizio delle funzioni delegate alle entità sindacali (art. 142, §12).

La legge che avrebbe dovuto dare attuazione alle disposizioni di questa nuova Costituzione (1946) non fu emanata, il che ha comportato la conservazione dell’assetto sindacale derivante dalla precedente Costituzione.

Una disposizione simile era contemplata nella Costituzione del 1967, con l’aggiunta dell’obbligatorietà del voto alle elezioni sindacali (artt. 150, §28, e 159, §§1 e 2). La EC n. 1/1969 mantenne una disposizione simile alle due Costituzioni precedenti, aggiungendo però alle funzioni delegabili dallo Stato alle associazioni sindacali quelle della riscossione, imposizione di contributi ed esecuzione di programmi di interesse per le categorie (artt. 153, §18, e 166, §§1 e 2).

Analizzando la storia del sindacalismo in Brasile, dalla sua nascita alla Costituzione del 1988, Segadas Vianna ha riassunto:

Ma il fatto è che il sindacalismo in Brasile non ha mai raggiunto una vera espressione. A causa della mancanza di industrie e, di conseguenza, di masse operaie e di lotta di classe, il sindacalismo emerso dopo la Rivoluzione Liberale del 1930 si svolse sotto l’influenza e il patrocinio del Ministero del Lavoro e tale rimase durante tutto il cosiddetto ‘Estado Novo’. Anche dopo l’instaurazione del regime costituzionale, i sindacati continuarono a essere poco influenti, salvo rare eccezioni; tuttavia, negli anni ‘80 si registrò un notevole incremento della sindacalizzazione, a partire dagli scioperi nella regione dell’ABC paulista, in particolare nel

58 BRASILE, *Decreto n. 24694, de 12 de julho de 1934*, che ha regolato i sindacati dei lavoratori. Rio de Janeiro: Presidenza della Repubblica, in https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24694.htm#:~:text=e%20seus%20fins-,Art.,de%20qualquer%20fun%C3%A7%C3%A3o%20ou%20mist%C3%A9r. Accesso effettuato l’11 maggio 2024.

settore metallurgico. I sindacati più influenti nelle grandi città conquistarono la loro autonomia prima che fosse proclamata dalla Costituzione del 1988⁵⁹.

Il sindacalismo, sintetizzando in poche parole, ha attraversato tre fasi: proibizione, tolleranza e riconoscimento⁶⁰.

Il sindacalismo in Brasile, rispetto al movimento che si è verificato in alcuni paesi europei, è rimasto molto indietro. Da un certo punto in poi, il Paese ha sostenuto il modello interventista con la presenza di *sindacati ufficiali*, che ha impedito il pieno sviluppo delle associazioni sindacali. È soltanto a partire dagli anni '80 che questo panorama cominciò gradualmente a cambiare, soprattutto a causa del movimento che ebbe luogo nell'ABC di San Paolo e alla creazione delle centrali sindacali.

Tuttavia, questa constatazione non rende irrilevante il movimento sindacale brasiliano. Pur con questi limiti, ha svolto e continua a svolgere un ruolo fondamentale nella democrazia e nei rapporti di lavoro. Infatti, nelle fasi iniziali dell'industrializzazione brasiliana, alcune associazioni, oltre a chiedere migliori condizioni di vita materiali e socioculturali per i lavoratori, invocavano la trasformazione del sistema dei rapporti di produzione mettendo in discussione l'imperialismo. L'introduzione di queste idee, forse, fu favorita dalla diversità etnica dei gruppi dei lavoratori salariati, composto in gran parte da stranieri (di diverse nazionalità) e dai loro discendenti⁶¹.

A causa del forte intervento statale sulle associazioni sindacali, che iniziarono ad essere sovvenzionate dai contributi sindacali versati dallo Stato, si verificò, in un certo modo, un indebolimento di quelle iniziali idee rivoluzionarie presenti nei sindacati e un trasferimento del compito di difendere gli interessi della categoria, anche quelli parziali, allo Stato.

La CRFB/1988 (art. 8), invece, ha sancito importanti cambiamenti nel modello sindacale brasiliano. I diritti sindacali sono stati considerati diritti fondamentali; è stata garantita la libertà di associazione, anche sindacale; è stata concessa autonomia ai sindacati e la tutela della libertà associativa positiva e negativa; è stato consentito ai sindacati di agire in giudizio nell'interesse dei propri rappresentati, ecc. Alle associazioni sindacali è stata così attribuita la funzione di rappresentare la categoria, con la possibilità di utilizzare diversi strumenti di azione extragiudiziali e giudiziali, come la possibilità di proclamare lo sciopero, negoziare collettivamente, concludere convenzioni e accordi collettivi di lavoro e proporre azioni individuali e collettive.

Tuttavia, la CRFB/1988 ha mantenuto reminiscenze normative del periodo autoritario: unicità sindacale, rappresentanza limitata per categoria, rappresentanza

59 A. SÜSSEKIND et al., *op. cit.*, p. 1087.

60 J.C. MONTEIRO DE BRITO FILHO, *op. cit.*, p. 53-56; A. SÜSSEKIND et al., *op. cit.*, p. 1085.

61 A. SIMÃO, *Sindicato e estado. E outros escritos. Edição comemorativa do centenário do nascimento do autor*, San Paolo, Hucitec Editora, 2012, 3ª ed., p. 48-50 e 61-62.

circoscritta al territorio di un comune, registrazione presso il Ministero del Lavoro e dell'Occupazione, contribuzione sindacale obbligatoria, rappresentanza di classe⁶² e potere normativo della Giustizia del Lavoro⁶³, che, a quanto pare, impedisce il pieno sviluppo dell'attività sindacale nel Paese, rappresentando il parziale mantenimento di un sistema sindacale retrogrado e insufficiente⁶⁴.

Il sistema giuridico sindacale in Brasile, quindi, è caratterizzato da previsioni compatibili con l'idea di democrazia che convivono con altri aspetti ereditati dal periodo corporativo. In questa contraddizione sistematica, le associazioni sindacali hanno il compito di difendere gli interessi delle categorie rappresentate.

A questi ostacoli derivanti dal diritto positivo e dal processo storico di formazione delle associazioni sindacali in Brasile, si aggiungono preoccupazioni maggiori e più totalizzanti, come la difficoltà di individuare interessi omogenei per il solo fatto che le persone rappresentate sono lavoratori⁶⁵.

Sempre a livello macro, la *desindacalizzazione* e, di fatto, la minore presenza dei sindacati è stata un fattore determinante nel ridurre il livello di critica a cui è stato sottoposto il sistema produttivo capitalistico dall'inizio degli anni '80⁶⁶. Questi dati si riflettono anche sul Paese.

In Brasile, oltre a questi punti evidenziati nella storia e nel diritto, la Riforma del Lavoro, avvenuta nel 2017, ha eliminato l'obbligatorietà dei contributi sindacali (CLT, artt. 579, 582 e 583), ritenuta poi costituzionale dal Supremo Tribunale Federale (ADI n. 5794)⁶⁷, con conseguente riduzione del sistema di finanziamento sindacale, senza, però, realizzare una riforma sindacale più ampia, capace di rimuovere gli ostacoli precedentemente evidenziati. D'altro canto, la riforma ha consentito ai sindacati finanziariamente indeboliti di negoziare a standard inferiori rispetto a quelli previsti dalla legge (CLT, art. 611-A), il che ha ulteriormente compromesso il funzionamento delle organizzazioni sindacali, in particolare di quelle che rappresentano i lavoratori.

Questo scenario ha trasformato la negoziazione collettiva in uno strumento di riduzione dei diritti del lavoro, compresi quelli legalmente riconosciuti, come misura legittimata dal CLT (art. 611-A), nonostante i limiti stabiliti dall'art. 611-B.

62 La rappresentanza di classe nella Giustizia del Lavoro è stata abolita con la EC n. 24/1999.

63 In senso stretto, con una variante su questo o quel punto come eredità del periodo autoritario: M. G. DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2005, 4ª ed., p. 311; J.C. MONTEIRO DE BRITO FILHO, *op. cit.*, p. 89, 91, 95, 115, 129 e 236.

64 M. G. DELGADO, *op. cit.*, p. 311.

65 C. OFFE, *Trabalho e sociedade. Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho*, Traduzione di G. BAYER, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989, v. I, p. 113.

66 L. BOLTANSKI, E. CHIAPELLO, *O novo espírito do capitalismo*, traduzione di I. C. BENEDETTI, San Paolo, Martins Fontes, 2009, p. 286-287.

67 BRASILE, *Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5794*. Ministro relatore: Edson Fachin. Il ministro redattore della sentenza: Luiz Fux. Pubblicazione: DJe 15.42020, disponibile su: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>. Accesso effettuato l'11 maggio 2024.

Il Supremo Tribunale Federale, tuttavia, alla fine del 2023, ha rivisto la propria posizione con la pubblicazione di un nuovo Tema n. 935, ritenendo costituzionalmente legittima la previsione, tramite ACT o CCT, di contributi sindacali da imporre a tutti i dipendenti della categoria, anche se non sindacalizzati, fermo restando il diritto di opposizione. Ciò è avvenuto nel ricorso straordinario (ARE) n. 1018459⁶⁸ che ha sollecitato il giudizio sulle opposte mozioni di chiarimento su quanto deciso nel 2017. All'epoca il Collegio Plenaria aveva giudicato incostituzionale l'obbligo contributivo per i lavoratori non iscritti ai sindacati.

Questa nuova decisione del Supremo Tribunale Federale, con la revisione del Tema n. 935, costituisce un incoraggiamento, sia pure parziale, al finanziamento sindacale, nonostante l'incoerenza nell'ammettere l'opposizione, da parte del lavoratore, al contributo di assistenza e, al tempo stesso, ammettere di godere degli altri diritti conseguiti per effetto della negoziazione collettiva.

L'arte. 8, comma III, della CRFB/1988, in quanto diritto fondamentale, stabilisce che il sindacato è responsabile della difesa dei diritti e degli interessi collettivi o individuali della categoria, anche in sede giudiziaria o amministrativa.

Le associazioni sindacali hanno quindi la legittimazione a proporre azioni individuali e/o collettive in difesa della categoria dinanzi alla Giustizia del Lavoro e, infatti, il Supremo Tribunale Federale, nel Tema n. 823⁶⁹, ha stabilito che i sindacati hanno ampia legittimazione straordinaria per difendere in giudizio i diritti e gli interessi collettivi o individuali degli appartenenti alla categoria che rappresentano, anche nelle liquidazioni ed esecuzioni delle sentenze, indipendentemente dall'autorizzazione dei sostituiti.

Le organizzazioni sindacali, pur avendo ampie possibilità di azione (difesa dei diritti individuali e collettivi in senso ampio, e in ambito giudiziario ed extragiudiziale), sono obbligate a difendere gli interessi delle rispettive categorie. Si tratta quindi di un'azione vincolata agli interessi della categoria rappresentata. Per essere più precisi, si tratta di un dovere fondamentale la cui osservanza può essere richiesta dal Ministero Pubblico del Lavoro che sarà esaminato nel prossimo paragrafo.

68 BRASILE, *Supremo Tribunal Federal*. ARE n. 1018459 RG/PR. Ministro relatore: Gilmar Mendes. Pubblicazione: DJe 10.3.2017, disponibile su: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8982/false>. Accesso effettuato il 12 maggio 2024.

69 BRASILE, *Supremo Tribunal Federal*. RE n. 883642 RG. Ministro relatore: Ministro Presidente. Pubblicazione: DJe 26.6.2015, disponibile su: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20883642&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP. Accesso effettuato il 12 maggio 2024.

5. Alcune notazioni sul Pubblico Ministero del Lavoro⁷⁰

Il Pubblico Ministero brasiliano è stato definito come un'istituzione permanente, essenziale alla funzione giurisdizionale dello Stato, con il compito di difendere l'ordinamento giuridico, il regime democratico e gli interessi sociali e individuali non disponibili (art. 127 della CRFB/1988; art. 1 dello Statuto del Pubblico Ministero Federale – EMPU; art. 1 della Legge Organica Nazionale del Pubblico Ministero – LONMP⁷¹).

Per esercitare queste funzioni, il Ministero Pubblico brasiliano è stato suddiviso in due grandi rami (CRFB/1988, art. 128, commi I e II): Ministero Pubblico dell'Unione (MPU); Pubblico Ministero negli Stati (MPE). Quest'ultimo è presente in ogni stato della federazione. Il primo (MPU) era suddiviso a livello statale in quattro sotto-rami: Ministero Pubblico Federale (MPF), Ministero Pubblico del Lavoro (MPT), Ministero Pubblico Militare (MPM) e Ministero Pubblico nel Distretto Federale e Territori (MPDF⁷²).

Il MPT, insomma, agisce nelle cause giurisdizionali ed extragiudiziali che coinvolgono i rapporti di lavoro.

I conflitti di lavoro, tuttavia, sono complessi e presentano molte particolarità. Una di queste riguarda proprio le controversie relative alle associazioni sindacali che, come già visto, hanno fondamento costituzionale (CRFB/1988, art. 8) e legittimazione a difendere le rispettive categorie in via straordinaria o giudiziale, anche mediante azioni collettive (art. 8, comma III, del CRFB/1988; art. 5, comma V, della legge n. 7347/1985 – LACP⁷²; art. 82, comma IV, del Codice di Tutela dei Consumatori – CDC⁷³). Vi sono inoltre alcune funzioni demanda-

70 Alcuni estratti di questa sezione sono stati tratti da: B. GOMES BORGES DA FONSECA, *Compromisso de ajustamento de conduta*, São Paulo, LTr, 2013; A. DE CASTRO COURA, B. GOMES BORGES DA FONSECA, *Ministério Público brasileiro: entre unidade e independência*, San Paolo, LTr, 2015; A. DE CASTRO COURA, B. GOMES BORGES DA FONSECA, *Ministério Público brasileiro: entre unidade e independência*, Coleção Ministério Público Resolutivo, Belo Horizonte, D'Plácido, 2022, 2ª ed., v. 11; B. GOMES BORGES DA FONSECA, *A posição do Ministério Público do Trabalho diante de conflitos trabalhistas*, in M. PEDROSO GOULART et al. (Org.), *Ministério Público e eventos críticos: experiências e perspectivas de atuação*, Belo Horizonte, San Paolo, D'Plácido, 2023, p. 315-332.

71 BRASILE, *Lei n. 8625, de 12 de fevereiro de 1993*, che costituisce la Legge Organica Nazionale del Pubblico Ministero, fornisce le norme generali per l'organizzazione del Pubblico Ministero statale e prevede altre misure. Brasília, DF: Presidenza della Repubblica, disponibile su: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Accesso effettuato il 28 giugno. 2021.

72 BRASILE, *Legge n. 7347 del 24 luglio 1985*, che ha disciplinato l'azione di responsabilità civile pubblica per danni cagionati all'ambiente, ai consumatori, ai beni e ai diritti di valore artistico, estetico, storico, turistico e paesaggistico (VETADO) prevedendo altre misure. Brasília, DF: Presidenza della Repubblica, disponibile in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Accesso effettuato il 23 giugno. 2021.

73 BRASILE, *Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990*, che ha disciplinato la tutela dei consumatori e altre misure. Brasília, DF: Presidenza della Repubblica, disponibile su http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Accesso effettuato il 17 gennaio. 2022.

te alla Difesa Pubblica dell'Unione, all'Avvocatura lavorista e al Ministero del Lavoro e della Previdenza, tra gli altri attori politico-sociali.

Questa specificità dei conflitti di lavoro, con la partecipazione di soggetti diversi, rende di conseguenza più complessa la conformazione del MPT. Deve, da un lato, adempiere alla sua missione costituzionale, mentre, dall'altro, deve astenersi dall'occupare il ruolo conferito ad altre istituzioni e rispettivi agenti.

Il MPT, dovendosi occupare di una tematica così delicata, complessa e importante come il lavoro, ha di conseguenza un campo d'azione altrettanto rilevante, complesso e delicato. Uno dei punti più problematici riguarda la posizione da assumere nei conflitti di lavoro.

Il citato art. 127 della CRFB/1988 deve essere letto in coordinamento con quanto previsto dagli artt. 1 e 3 della stessa Costituzione e cioè che il MPT (e tutti gli altri rami dello stesso organo) devono, nella loro azione, ispirarsi ai fondamenti (sovranità; cittadinanza; dignità della persona umana; valori sociali del lavoro e della libera impresa; pluralismo politico) e perseguire gli obiettivi fondamentali della Repubblica (costruire una società libera, giusta e solidale; garantire lo sviluppo nazionale; sradicare la povertà e l'emarginazione e ridurre le disuguaglianze sociali e regionali; promuovere il benessere di tutti, senza pregiudizi di origine, razza, sesso, colore, età e ogni altra forma di discriminazione)⁷⁴.

L'insieme di queste principi normativi, ancora astratti, contenuti negli artt. 1, 3 e 127 della CRFB/1988 devono concretizzarsi negli strumenti di azione (funzioni istituzionali) a disposizione del Ministero Pubblico il cui ruolo è indicato nell'art. 129 del testo costituzionale, considerata altresì la clausola di apertura riportata del comma IX, che ne consente l'ampliamento con atti legislativi ordinari. La realizzazione concreta di quei principi passa anche attraverso l'interpretazione dei testi normativi degli artt. 1, 3 e 127 della CF/1988 e la programmazione interna adottata dal MPT. In questo caso, gli enunciati normativi si allontanano dall'astrazione e si concretizzano in norme giuridiche.

Il MPT, a stretto rigore, non può intervenire nelle controversie individuali di lavoro. L'espressione *interessi sociali*, contenuta nell'art. 127 della CRFB/1988, intende tradurre la trascendenza dell'individualità nell'interesse della società⁷⁵, avvicinandosi alla locuzione dell'*interesse pubblico*⁷⁶. Entrambi dovrebbero orientare

74 B. GOMES BORGES DA FONSECA, *Compromisso de ajustamento de conduta*, cit., p. 46; M. PEDROSO GOULART, *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, Collezione risolutiva del Pubblico Ministero, Belo Horizonte, D'Plácido, 2020, 2ª ed., v. 1.

75 E. GARCIA, *Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, 3ª ed., p. 50-51.

76 L'art. 1 della Carta di Curitiba prevedeva che il ruolo della Ministero Pubblico fosse quello di difendere l'interesse pubblico invece dei diritti sociali e individuali indisponibili. La combinazione di queste espressioni sarebbe importante proprio nella tutela dell'interesse pubblico (H. NIGRO MAZZILLI, *Regime jurídico do Ministério Público*, São Paulo, Saraiva, 2007, 6. ed., p. 107-108).

l'istituzione a difendere l'interesse generale⁷⁷. Eventuali distinzioni tra queste espressioni, ove esistenti, sarebbero così sottili che forse porterebbero più inconvenienti che benefici, sicché è opportuno intenderli come sinonimi⁷⁸.

In questa prospettiva si colloca anche una concezione collettiva dell'interesse pubblico⁷⁹ ovvero si individuano nel *genus* diritto metaindividuale tre specie differenti: diritti individuali diffusi, collettivi e omogenei (CDC, art. 81, comma unico, da I a III). L'espressione (*metaindividuale*) mira a dimostrare il carattere collettivo di determinati interessi o diritti rispetto a quelli individuali, senza voler prevalere sull'individuo o renderlo secondario⁸⁰.

L'art. 127 della CRFB/1988, tuttavia, legittima il MPT ad agire in difesa dei diritti soggettivi purché si tratti di diritti indisponibili e in tale ambito la privazione della libertà di un solo lavoratore (condizione analoga alla schiavitù) o il lavoro minorile di un bambino o di un adolescente costituiscono esempi di intervento nei conflitti individuali.

Considerata questa limitazione dell'azione del MPT nei conflitti individuali, sussistono ampi spazi di interventi a disposizione dei sindacati, dell'Avvocatura lavorista, della Difesa Pubblica dell'Unione, del Ministero del Lavoro e della Previdenza.

Il MPT difenderà l'ordine giuridico. Deve astenersi tuttavia dalla tutela diretta degli interessi delle categorie professionali ed economiche che sono rappresentati dalle rispettive associazioni sindacali (CRFB/1988, art. 8, comma III). Nelle sue attività, quindi, il MPT deve osservare questo rilevante spazio di competenza dei sindacati; il che a ben vedere non significa che l'attività dell'organo pubblico non potrà generare benefici indiretti per categorie professionali ed economiche. Ciò accadrà sicuramente ma attraverso l'azione del MPT diretta alla tutela dei diritti indicati dalla CRFB/1988 (artt. 1, 3 e 127).

Le associazioni sindacali, a loro volta, devono esercitare le funzioni loro attribuite dalla CRFB/1988 (art. 8). Non si tratta di una scelta ma del dovere fondamentale⁸¹ di rappresentare le categorie professionali ed economiche. Le

77 H. NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, São Paulo, Saraiva, 2007, 20a ed., p. 47.

78 R. DE CAMARGO MANCUSO, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, San Paolo, Revista dos Tribunais, 2004, 6a ed., p. 36.

79 P. RUI DE FOUNTOURA PORTO, *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 157.

80 Le parole *diritto* e *interesse* sono utilizzate come sinonimi nel testo del CDC: K. WATANABE, *Capítulo I. Disposições gerais*, in A. PELLEGRINI GRINOVER et al., *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, São Paulo, Forense Universitária, 2004, 8ª ed., p. 800. Esse ruotano attorno alla nozione di diritto (interesse giuridicamente tutelato), senza, tuttavia, necessità di titolari specifici e una connotazione esclusivamente individuale.

81 L'ordinamento giuridico, oltre ai diritti, impone doveri, anche fondamentali. I sindacati hanno il dovere fondamentale di rappresentare le rispettive categorie. Sui doveri fondamentali:

eventuali omissioni o le azioni sindacali non conformi a questi principi dovrebbero legittimare l'intervento del MPT nei confronti delle rispettive associazioni al fine di sollecitarne l'azione.

Il MPT deve anche salvaguardare gli stessi sindacati. Qualsiasi azione che costituisca una condotta antisindacale (come quelli elencati nella Convenzione n. 98 dell'OIL) o che sia diretta contro il funzionamento democratico dei sindacati potrà giustificare l'intervento dell'organo pubblico.

Le trattative collettive sono di competenza dei sindacati e dei datori di lavoro. Il MPT non è parte degli ACT e dei CCT. Tuttavia, potrà attivarsi con l'obiettivo di riunire le parti e chiarire ogni problema comunicativo a favore di un dialogo produttivo, fungendo da arbitro o mediatore. Il fatto di non partecipare come sottoscrittore all'ACT e al CCT non preclude la facoltà del MPT di proporre domande di nullità dell'accordo negoziato (nel suo complesso) o di eventuali clausole ritenute in contrasto con l'ordinamento giuridico. Il MPT, a sua volta, non può costringere le parti a raggiungere l'accordo.

Data l'impossibilità di partecipare direttamente alla contrattazione collettiva, il MPT, ove possibile, agirà come istituzione intervenendo nelle controversie collettive sollevate dal sindacato o dal datore di lavoro nei tribunali del lavoro. In tal caso, dovrà assicurare il regolare svolgimento del procedimento, nel rispetto dei diritti fondamentali di natura procedurale, e agevolare la trattativa tra le parti alla ricerca di una soluzione consensuale, fatta salva la possibilità di emettere pareri o formulare altre istanze.

Il MPT, in caso di sciopero, deve agire con cautela. L'art. 9 della CRFB/1988 garantisce lo sciopero come diritto fondamentale. Spetterà ai lavoratori decidere in merito all'opportunità di esercitarlo e sugli interessi da difendere attraverso questo strumento. Il MPT non potrà quindi occupare questo spazio destinato ai lavoratori e alle rispettive associazioni sindacali.

Questa limitazione delle funzioni del MPT, derivante dall'art. 9 della CRFB/1988, non gli impedirà comunque di agire come facilitatore del dialogo tra le parti in conflitto al fine di ricercare una soluzione idonea a soddisfare gli interessi di entrambe le parti e della società. Inoltre, come misura eccezionale di ultima istanza, il MPT può, in caso di sciopero con potenziale pregiudizio per l'interesse pubblico, proporre in giudizio il dissidio collettivo (CRFB/1988, art. 111, §3).

6. Considerazioni finali

Questo capitolo ha analizzato i conflitti collettivi di lavoro dal punto di vista dell'ordinamento giuridico brasiliano.

J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, 7^a ed., p. 531.

La seconda sezione, di carattere più generale, ha esaminato i conflitti collettivi di lavoro e le loro forme di risoluzione.

La terza sezione ha approfondito il potere normativo conferito alla Giustizia del lavoro, le sue origini, il suo fondamento costituzionale e le limitazioni imposte dalla EC n. 45/2004.

La quarta sezione ha esaminato i sindacati, evidenziando le contraddizioni costituzionali che combinano precetti del periodo autoritario e democratico.

Infine, la quinta sezione ha analizzato le attribuzioni del MPT nei conflitti collettivi di lavoro.

Lo studio, partendo dal problema proposto, ha presentato un'analisi panoramica dei conflitti collettivi di lavoro secondo l'ordinamento giuridico brasiliano in modo da agevolare una generale, per quanto superficiale, comprensione dell'intera questione.

Il diritto di sciopero

Almir Pazzyanotto Pinto

Lo sciopero è un minuto di verità tra gli antagonisti,
un momento di negoziazione,
un ingranaggio indispensabile
nell'orologeria di una economia liberale
DANIEL BELL¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo sciopero: una forma estrema di lotta. – 3. L'era Vargas 1930-1945. – 4. Il colpo di Stato del 31 marzo 1964. – 5. Lo sciopero del 1980. – 6. La nuova Repubblica.

1. Introduzione

Nell'ottobre del 1963 ebbi il primo contatto con il movimento degli scioperanti. Assistevo come avvocato la Federazione dei Lavoratori delle Industrie di Filatura e Tessitura, un'entità legata al Partito Comunista Brasiliano, come molti altri sindacati e federazioni dei lavoratori dell'epoca. La Federazione, con sede a San Paolo, ha avuto come presidente Arthur Avallone, originario della città di Tatuí (SP), come segretario generale Antônio Chamorro, della direzione centrale del PCB e uno dei leader del grande sciopero del 1953, e come tesoriere Manoel Lourenço. Tre tessitori onesti, la cui preoccupazione era difendere i lavoratori del settore della filatura e della tessitura.

Ero arrivato da poco da Capivari. Laureato presso la Facoltà di Giurisprudenza della Pontificia Università Cattolica di Campinas (PUC) nel 1960, avevo scarsa conoscenza del diritto del lavoro, ignoravo la struttura sindacale e come funzionava, non sapevo nulla di trattative collettive, contrattazione collettiva e diritto di sciopero.

Sempre a Capivari, il destino ha voluto che i dipendenti dell'unica industria tessile locale abbiano cercato di proporre un'azione di lavoro dinanzi al giudice civile, non essendovi nel distretto una Giunta di Conciliazione e Giudizio. Chiedevano la regolarizzazione dei rispettivi contratti, con la registrazione nel Libretto di Lavoro, il pagamento del salario minimo e delle ferie. In modi che non avevo mai conosciuto, i dirigenti della Federazione vennero a conoscenza del processo e mi contattarono per assumermi, pagandomi un'indennità

1 J.R. TRÉANTON, *Tratado de Sociologia do Trabalho*, Cultrix, São Paulo, 1973, vol. II, p. 238.

mensile. Ho così fatto il primo passo della carriera che mi ha portato, decenni dopo, al Ministero del Lavoro e alla Tribunale Superiore del Lavoro.

Lo sciopero dell'ottobre 1963 fu proclamato da 69 sindacati e due federazioni di diverse categorie professionali. Per lo Stato di San Paolo assunse le caratteristiche di uno sciopero generale. Fu il risultato del tentativo di riconoscimento, attraverso la negoziazione, della Confederazione Generale dei Lavoratori (CGT). João Goulart era il Presidente della Repubblica, Ministro del Lavoro il dott. Amaury Silva, successore del dott. Almino Affonso, e Francisco Leo Munari, il Delegato Regionale del Lavoro. Clodsmidt Riani, di Minas Gerais presiedeva la Confederazione Nazionale dei Lavoratori dell'Industria (CNTI), che, in un'accesa elezione, aveva sconfitto il ticket guidato da Ary Campista e Diocleciano de Holanda Cavalcanti, noti "*pelegos*".

Al momento dello sciopero era in vigore il decreto legge n. 9070 del 15.3.1946, pubblicato dal presidente Gal. Eurico Gaspar Dutra come una sorta di antidoto alla Costituzione del 18 settembre 1946, che riconosceva il diritto di sciopero "secondo la legge", come recitava il testo dell'art. 158.

Con la ridemocratizzazione in corso, è stata abolita la Carta Costituzionale del 10 novembre 1937, scritta da Francisco Campos e concessa da Getúlio Vargas, il cui art. 139, copiato dalla Carta Del Lavoro di Mussolini, prescriveva:

Per dirimere i conflitti derivanti dai rapporti tra datori di lavoro e dipendenti, regolati dalla legislazione sociale, è istituita la Giustizia del Lavoro, che sarà regolata dalla legge e alla quale si applicano le disposizioni di questa Costituzione relative alla competenza, al reclutamento e alle prerogative della Giustizia Comune.

Lo sciopero e la serrata sono dichiarati strumenti antisociali nocivi per il lavoro e il capitale e incompatibili con i superiori interessi della produzione nazionale.

Tuttavia, l'intenzione della CNTI di vedere riconosciuta la CGT come centrale sindacale fallì. Il Tribunale Regionale del Lavoro giudicò il dissidio collettivo avviato dalla Federazione delle Industrie dello Stato di San Paolo (FIESP) in base alle norme sulle strutture sindacali stabilite nel CLT. La decisione resa nel Proc. TRT-SP 320-63-A, Ac. 3.668-63, proferita dal giudice Roberto Barreto Prado, dispose la suddivisione del processo in ragione alle diverse organizzazioni sindacali coinvolte; decisione che portò alla conclusione del movimento scioperante.

In ambito lavorativo, soprattutto in materia di organizzazione sindacale (Titolo V) e contratti collettivi di lavoro (Titolo VI), la Costituzione democratica del 1946 non ha prodotto risultati concreti. Ha aggregato il Tribunale del Lavoro al Potere Giudiziario (art. 94, comma V), conservando le caratteristiche originarie ovvero la rappresentanza paritaria dei lavoratori e dei datori di lavoro, il potere normativo e la competenza a giudicare le controversie collettive di natura economica.

Non ci fu alcuna sorpresa quando alcuni aspetti della Carta del 1937 sopravvissero alla ridemocratizzazione. Il Brasile non era preparato alla democrazia. Il CLT era stato recepito integralmente. Rimase intatto il modello corporativo

fascista, con un unico sindacato per categoria, imposta sindacale obbligatoria per i non iscritti, carta di riconoscimento sindacale rilasciata discrezionalmente dal Ministro del Lavoro e poteri di intervento e revoca dei dirigenti, nei casi previsti dall'art. 528, a tutt'oggi non abrogato.

Anni dopo, il ministro Arnaldo Lopes Sússekind, uno degli autori della CLT, ministro del Lavoro nel governo Castelo Branco e futuro ministro della Tribunale Superiore del Lavoro, nel libro *Commentario al Testo Unico delle Leggi sul Lavoro e Legislazione Complementare* (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e Legislação Complementar*), giustificava così la continuità del corporativismo fascista dopo la caduta dell'*Estado Novo*:

È innegabile che già la promulgazione dello Statuto Fondamentale del 1946 avrebbe dovuto comportare una revisione del Testo Unico delle Leggi sul Lavoro, mirando non solo a completarlo con capitoli relativi alla regolamentazione delle norme giuridiche adottate a livello costituzionale, ma anche ad adeguare all'ordinamento sancito dall'attuale Costituzione diverse norme che si riferiscono ai rapporti collettivi di lavoro. Le disposizioni consolidate sull'organizzazione sindacale, volte a incentivare la formazione degli organismi necessari al funzionamento del regime di indole corporativa previsto nella Carta Fondamentale del 1937, sono diventate, in alcuni casi, incompatibili con la filosofia giuridico-politica della nuova Costituzione².

Il ministro Arnaldo Sússekind confessava le origini dittatoriali del CLT, in particolare le disposizioni sull'organizzazione sindacale, e la necessità di adattarle al nuovo ordine democratico. Perché non lo fece quando ne ebbe l'opportunità? Nel libro citato, egli stesso risponde, con l'argomentazione incoerente e falsa della mancanza di spirito associativo del popolo brasiliano.

Occorre riconoscere che il presidente Eurico Gaspar Dutra aveva accennato alla possibilità che il Brasile ratificasse la Convenzione n. 87 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), approvata dall'assemblea generale tenutasi nel giugno 1948. Con questo obiettivo, nel maggio 1949 trasmise un messaggio alla Camera dei Deputati, chiedendo l'autorizzazione alla ratifica. Il messaggio fu firmato dal cancelliere Cyro de Freitas Vale. Dopo 75 anni l'iniziativa presidenziale non ha ricevuto alcuna risposta, né positiva né negativa. Tra i 185 paesi affiliati all'OIL, il Brasile fa parte del numero insignificante di quelli che rifiutano di accettare i principi universali della libera associazione e dell'autonomia dell'organizzazione davanti allo Stato, pur considerandosi uno Stato di diritto democratico.

In Italia accadde il contrario. Come riferisce Gilles Martinet:

Questo regime (corporativo fascista), che imbavagliò completamente la classe operaia, durò fino al luglio 1943, cioè fino alla caduta di Mussolini. L'intero edificio

2 A. LOPES SÚSSEKIND, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro-São Paulo, 2ª ed., 1964, p. 11.

corporativo fu poi spazzato via in pochi giorni, se non in poche ore, e furono costituiti i sindacati liberi in tutto il paese. Un anno dopo, il 6 giugno 1944, nella Roma liberata, il comunista Di Vittorio, il socialista Canevari e il democristiano Grandi firmarono un patto di unità che dava vita ad una nuova centrale sindacale, la CGIL (fusione delle due sigle: CGL e CIL – Confederazioni Generale Italiana del Lavoro)³.

L'Italia democratica ratificò il 13 maggio 1958 la Convenzione n. 87 sulla libertà sindacale e la tutela del diritto sindacale. L'Argentina il 19 gennaio 1960, l'Uruguay il 18 marzo 1954, il Portogallo il 14 ottobre 1977, la Spagna il 20 aprile 1977⁴.

2. Lo sciopero: una forma estrema di lotta

Come valido strumento di lotta, lo sciopero è stato presente nelle conquiste storiche della classe operaia. Si veda quanto scritto da Maurice Dommanget, nella classica *Historia Del Primero de Mayo*:

Abbiamo visto che in Inghilterra il movimento per la lotta delle otto ore è legato allo sciopero generale e non alla data del 1° maggio. Negli Stati Uniti, paese di emigrazione inglese, li troveremo legati agli scioperi generali e questa volta alla data del 1° maggio. Si compirà così una progressione nuova e molto seria nella genesi della grande manifestazione internazionale del proletariato⁵.

Georges Lefranc ricorda che la parola sciopero apparve nel 1877, «dopo lo spettacolare successo di una 'poesia' di François Coppée, 'Lo sciopero dei fabbri' [*La grève des forgerons*], oggi in gran parte dimenticata. Si verifica che il termine che prima designava la disoccupazione forzata dei lavoratori che non avevano lavoro ed erano desiderosi di trovarlo, troverà poi applicazione alla disoccupazione volontaria dei lavoratori che potrebbero lavorare, ma rifiutano le condizioni loro imposte». «Fare sciopero, dice Littré dal 1863 in poi, (è) restare in Praça da Grève aspettando che appaia il lavoro secondo certe abitudini parigine; per estensione (è) la coalizione di lavoratori che rifiutano di lavorare finché non vengono soddisfatte determinate condizioni da loro richieste»⁶.

Il tardivo sviluppo industriale ritardò l'emergere del proletariato urbano nel nostro Paese. Durante il periodo della schiavitù, terminato il 13 maggio 1888 con la Legge Aurea, firmata dalla principessa Isabella la Redentrice, non vi furono scioperi, ma solo qualche rivolta, duramente repressa dai proprietari terrieri. L'anarco-sindacalista Everardo Dias (1883-1966), grafico, giornalista e rivolu-

3 G. MARTINET, *Sete Sindicalismos*, Publicações Europa-América, Póvoa de Varzin, 1979, p. 97.

4 Elenco delle ratifiche per accordo e per paese. Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), Ginevra, 1992.

5 M. DOMMAGET, *Historia del Primero de Mayo*, Editorial Américalee, Buenos Aires, 1956, p. 30.

6 G. LEFRANC, *Greves de Ontem e de Hoje*, Portugália Editora, Lisbona, 1970, p. 7.

zionario, militante del movimento operaio nei primi decenni del XX secolo, fu espulso dal Brasile nel 1919, accusato di essere uno dei leader dei movimenti anarchici. Ha scritto il libro *Storia dei movimenti sociali in Brasile*, che racconta lo sciopero scoppiato nel giugno 1917, presso la fabbrica di tessuti Rodolfo Crespi.

Una certa fabbrica di tessuti a Mooca, appartenente a un industriale italiano, è stata come il tocco vibrante per riunirsi. I lavoratori chiedevano un aumento dei salari, solo del 20%, che non era neppure in linea con l'improvviso aumento di ciò che era più necessario per vivere.

Come al solito non furono soddisfatti. Sorpresi dal rifiuto, ricorsero alla solidarietà. Le altre fabbriche ribollivano da tempo: aspettavano una scusa per sfogarsi. Quella rassegnazione da martiri non poteva durare⁷.

Il presidente dello Stato (come veniva chiamato nella Costituzione del 1891) era il Dott. Altino Arantes. Intervenne la cavalleria della Forza Pubblica. Si tentò invano di ristabilire l'ordine e di costringere gli scioperanti a tornare al lavoro. Lo sciopero proseguì anche nel mese di luglio e si estese ai comuni limitrofi. Il giorno 10, nella fabbrica Mariângela, in Rua Florida, i militari spararono colpi di moschettone contro donne e uomini. Il giovane operaio Antônio Inegues Martinez rimase ferito e morì il giorno successivo.

Il movimento dello sciopero, uno dei più grandi della nostra storia, si concluse dopo trattative mediate dal Comitato della Stampa, composto dai più grandi nomi del giornalismo di San Paolo dell'epoca, tra cui Nestor Pestana e Amadeu Amaral, rappresentanti di *O Estado de S. Paulo*.

Nonostante il decreto n. 1637 del 1° maggio 1907, che riconosceva il diritto di organizzazione sindacale e assicurava ampia libertà di sindacalizzazione, il movimento operaio, nella Vecchia Repubblica, fu duramente combattuto dai datori di lavoro e represso dal governo. Everardo Dias scrive che «dal 1903 al 1930 non esisteva alcun sindacato che avesse vita regolare e che fosse libero dall'intervento della polizia»⁸.

3. L'era Vargas 1930-1945

Dopo il trionfo della Rivoluzione che depose il presidente Washington Luís, Getúlio Vargas, leader dell'Alleanza Liberale, assunse la guida del Governo Provvisorio l'11 novembre 1930 con il Decreto n. 19938. Il 26 dello stesso mese istituì la Segreteria di Stato con la denominazione di Ministero del Lavoro, dell'Industria e del Commercio e affidò la direzione del dipartimento al suo compagno rivoluzionario Lindolfo Collor.

7 E. DIAS, *História dos Movimentos Sociais no Brasil*, Edaglit, São Paulo, 1962, p. 84.

8 E. DIAS, *op. cit.*, p. 19.

Il 19 marzo 1931 fu emanato il decreto n. 19770 che «Regola la sindacalizzazione dei datori di lavoro e delle classi lavoratrici e prevede altre misure». Ad esso seguì il decreto n. 24694, del 7 dicembre 1934, che precedette la promulgazione della Costituzione del 16 dello stesso mese e anno, il cui art. 120 ammetteva l'organizzazione dei sindacati e delle associazioni professionali, «riconosciute dalla legge», assicurando nel suo unico comma «la pluralità sindacale e la piena autonomia dei sindacati». L'art. 122, dal canto suo, istituì la Giustizia del lavoro, che non faceva però parte degli organi del Potere Giudiziario.

La Costituzione del 1934 taceva sul diritto di sciopero. Il Dizionario Storico-Biografico Brasiliano – Post 1930 (DHBB), contiene buone ma succinte informazioni sui movimenti degli scioperi nel periodo tra il 1930 e il 1935. Il DHBB dice:

Favorito e stimolato dal clima politico turbolento degli anni 1934 e 1935, in un contesto di malcontento popolare causato dall'aumento del costo della vita, il movimento dello sciopero si intensificò in questi due anni in diverse città, aggiungendosi alle difficoltà dei datori di lavoro di osservare le leggi sociali. La maggior parte degli scioperi, come negli anni precedenti, nacquero e rimasero circoscritti all'ambito delle imprese, anche se si registravano ormai scioperi di carattere politico, soprattutto a San Paolo e Rio Janeiro⁹.

La rivolta comunista del novembre 1935 e il colpo di Stato del 10 novembre 1937 seppellirono le illusioni delle classi lavoratrici. Fedele allo spirito dello Estado Novo, riflesso nella Carta Costituzionale del 10 novembre 1937, lo sciopero e la serrata furono dichiarati «mezzi antisociali, dannosi al lavoro e al capitale e incompatibili con gli interessi superiori della produzione nazionale» (art. 139) e trattati come tali dal Codice Penale del 1940 e dal Testo Unico delle Leggi sul Lavoro del 1943.

La prima regolamentazione dello sciopero giunse, quindi, con il CLT, al Capo VII del Titolo VIII, Sanzioni (artt. 722-725), determinando le pene applicabili ai datori di lavoro e ai dipendenti che ricorrevano alla serrata e allo sciopero.

La promulgazione della Costituzione del 1946, che pose fine all'Estado Novo – come abbiamo visto – ebbe scarso impatto sul CLT, che fu integralmente recepito nella nuova Legge Fondamentale. Il decreto legge n. 9070/1946 affidò al presidente Dutra ampi poteri per reprimere la libertà sindacale, cosa che fece senza preoccuparsi dei lavoratori. Approvò un totale di 213 interventi sui sindacati, per presunti legami con il Partito Comunista del Brasile, il cui riconoscimento sarà revocato dal tribunale Superiore Elettorale con decisione del 7 maggio 1947. Si veda, in questo senso, il libro *Sindicalismo e Processo Político no Brasil*, del brasiliano Kenneth Paul Erickson, che riporta una tabella con il numero degli interventi polizieschi sui sindacati nel periodo compreso tra il 1938 e il 1964¹⁰.

9 *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro Pós-1930*, Ed. FGV2001, vol. III, p. 2641.

10 P.K. ERICKSON, *Sindicalismo e Processo Político no Brasil*, Editora Brasiliense, San Paulo, 1979, p. 66.

L'art. 158 della Costituzione del 1946 sarà attuato 18 anni dopo la promulgazione, quando sarà approvata la legge n. 4330, promulgata dal presidente Castelo Branco il 1° giugno 1964. Il governo credeva nella possibilità che la nuova legislazione capitalizzasse la simpatia dei sindacati dei lavoratori. Il progetto n. 1471 del 1949, redatto dal deputato Aurélio Viana, in sostituzione del deputato Rogê Ferreira, fu approvato nella sessione del 14 maggio 1964, con relatore il deputato Ulysses Guimarães. Nel giro di pochi mesi, la legge sarebbe stata accusata di impedire l'esercizio dello sciopero.

La revoca della Costituzione del 1946, sancita dagli Atti Istituzionali 1, 2 e 3, rispettivamente del 4 novembre 1964, 27 ottobre 1965 e 2 maggio 1966, portò il presidente Castelo Branco a emanare la Legge Istituzionale n. 4 del 7 dicembre 1966. Con questo provvedimento autoritario, il Presidente della Repubblica convocò il Congresso Nazionale in riunione straordinaria, dal 12 dicembre 1966 al 24 gennaio 1967, per discutere, votare e promulgare il progetto di Costituzione da lui stesso presentato. Il progetto, predisposto da un'apposita commissione di giuristi, rispettò scrupolosamente il procedimento stabilito dall'Atto Istituzionale. Il 24 gennaio 1967 il Brasile adottò la sesta Legge Fondamentale, il cui art. 165, comma XXI (con la numerazione dell'Emendamento n. 1 del 1969) riconosceva il diritto di sciopero, salvo che «nei servizi pubblici e nelle attività essenziali definiti dalla legge (art. 162)».

I primi scioperi dopo il 1964 si verificarono a Contagem (Minas Gerais), in aprile e ottobre, e a Osasco (San Paolo) il 16 luglio 1968, entrambi repressi dal ministro del Lavoro, Jarbas Passarinho. Gli scioperi non rispettavano i requisiti formali prescritti dalla legge n. 4330, fornendo al governo utili argomenti per gli interventi di polizia. Il movimento sindacale inizierà a reagire solo nel 1970, con il Sindacato dei Lavoratori delle Industrie Metallurgiche, Meccaniche ed Elettriche di São Bernardo do Campo e Diadema, che rappresenta i lavoratori delle moderne industrie automobilistiche, sotto la direzione di Paulo Vidal Neto, al quale succederà Luís Inácio Lula da Silva nel 1975.

4. Il colpo di stato del 31 marzo 1964

Una volta deposto il governo del presidente João Goulart, le conseguenze per la mondo sindacale non si fecero attendere. Il 10 aprile la Gazzetta Ufficiale dell'Unione pubblicava l'Atto n. 1 dell'Alto Comando Militare, con l'elenco dei politici, del personale militare e dei leader sindacali ai quali erano revocati i diritti politici. L'elenco iniziava con i nomi di Luís Carlos Prestes, João Goulart, Jânio da Silva Quadros, Miguel Arraes de Alencar, Darcy Ribeiro.

Tra i sindacalisti revocati figuravano Clodsmidt Rianni, Clodomir Moraes, Hércules Corrêa dos Reis, Dante Pellacani, Oswaldo Pacheco da Silva, Ubaldino Santos, Humberto Mello Bastos, Raphael Martinelli, Roberto Morena, Álvaro Ventura, Salvador Romano Lossaco, Demistóclides Batista, Mário Soares Lima

e decine di altri. La struttura sindacale creata dal Partito Laburista brasiliano, con la collaborazione attiva del Partito Comunista Brasiliano, era stata distrutta e sostituita da persone di fiducia del Governo.

Durante il regime militare il movimento sindacale rimase praticamente inattivo nonostante la politica di riduzione salariale adottata dal governo a partire dal 1965, come strumento per combattere l'inflazione. L'impossibilità per datori di lavoro e lavoratori di negoziare liberamente accordi e contratti collettivi portò ad un aumento considerevole del numero di dissidi collettivi di natura economica, sottoposti al giudizio dei Tribunali del Lavoro. Fu nondimeno un periodo ricco di congressi organizzati dai sindacati dei lavoratori delle industrie chimico-farmaceutiche e metallurgiche, come strumenti di protesta contro la politica economica e salariale.

Il 12 maggio 1978 lo sciopero risorse nuovamente attraverso il sindacato dei metalmeccanici di São Bernardo e Diadema, presieduto da Luís Inácio Lula da Silva. Un resoconto dettagliato dello sciopero si trova nel mio libro *100 anni di sindacalismo*¹¹. Giudicato illegale dal Tribunale Regionale del Lavoro di San Paolo, con 15 voti contro uno solo del giudice rappresentante dei lavoratori Marcelino Marques, lo sciopero proseguì coraggiosamente, fino alla fine nelle prime ore del 31 maggio, grazie ad un accordo con la Federazione delle Industrie dello Stato di San Paolo e rappresentanti dell'industria del settore automobilistico. L'accordo violava la legge n. 4330/1964 nella parte in cui concedeva un aumento salariale reale di importo superiore alle tariffe ufficiali, il pagamento dei giorni di lavoro non prestati e senza alcun intervento di commissariamento dei sindacati. Fu il primo, e uno dei pochi, completamente vittorioso nella storia del nostro sindacalismo corporativo fascista, controllato dal Ministero del Lavoro.

Nel maggio 1979, già nel governo del presidente João Figueiredo, con il ministro del Lavoro Murilo Macedo, nella vigenza dell'Emendamento Costituzionale n. 1 del 17 ottobre 1969, emanato dai ministri Augusto Hamann Rademaker Grunewald della Marina, Aurélio de Lyra Tavares dell'Esercito, e Márcio de Souza e Mello dell'Aeronautica Militare, che modificava la Costituzione del 1967, un nuovo sciopero paralizzò il settore automobilistico di São Bernardo, questa volta sostenuto dai sindacati dei metalmeccanici di Santo André e São Caetano.

Come al solito, la legge n. 4330/1964, recepita dalla Legge Fondamentale, si rivelò inutile. Trovava conferma la frase di Helene Sinay, secondo la quale «il diritto reagisce al fenomeno, ma non lo domina»¹². Questa volta, però, la manifestazione superò i confini del lavoro, diventando una vera e propria sfida al governo.

Con la mediazione del ministro del Lavoro, Murilo Macedo, i tre sindacati professionali, la Fiesp e l'industria automobilistica negoziarono una sorta di tregua temporanea. Una volta superata la decisione del Tribunale Regionale del

11 A. PAZZIANOTTO PINTO, *100 Anos de Sindicalismo*, Lex Editora S/A, 2007, p. 120.

12 B. DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, Editorial Verbo, Lisboa, 1983, p. 11.

Lavoro di San Paolo per illegittimità, le parti si accordarono per un periodo di tregua, con il ritorno al lavoro, e inviare al Potere Legislativo un progetto di nuova legislazione salariale, volta ad attenuare il rigore della politica salariale.

Dopo aver trasmesso il documento all'assemblea tenutasi allo Stadio Vila Euclides a São Bernardo, Lula si sottrasse alla responsabilità di sostenerlo, assecondando le grida di "sciopero, sciopero, sciopero" partite da provocatori di destra o sinistra, strategicamente distribuiti tra decine di migliaia di presenti sul posto. Lula fece marcia indietro, stracciò il documento e dichiarò alla folla che se avessero voluto lo sciopero, lui le avrebbe guidate. La rivista IstoÉ ha pubblicato un articolo dettagliato sull'assemblea, con un riquadro del giornalista Nunzio Brughlio, sormontato dalla frase «...qualcuno ha gridato sciopero!»¹³.

La prosecuzione dello sciopero si tradusse nella sconfitta personale del ministro Murilo Macedo, ampiamente raccontata dalla stampa. Lo sciopero continuò e il sindacato subì il provvedimento di commissariamento. Numerosi tentativi di riprendere i negoziati furono bloccati dal governo. Dopo 15 giorni lo sciopero aveva perso forza e come in tutti gli scioperi a tempo indeterminato un numero considerevole di lavoratori era ansioso di tornare al lavoro. Alla fine il Sindacato di São Bernardo si arrese e accettò la proposta della Fiesp, inferiore alla precedente, con una riduzione della retribuzione per i giorni non lavorati. La popolarità di Lula subì un duro colpo e, una volta terminato il commissariamento, il direttivo fece ritorno al Sindacato¹⁴.

Le ripercussioni degli scioperi del 1978 e del 1979 esigevano evidentemente che i più irriducibili sindacalisti di comodo (cosiddetti *pelegos*) abbandonassero l'immobilità per assumere un atteggiamento più attivo. Questo è quello che accadde con il sindacato dei metalmeccanici di San Paolo, presieduto da Joaquim dos Santos Andrade. Joaquinção, come era conosciuto, iniziò la sua attività nel sindacato come uomo di fiducia del regime militare. Sconfitto alle elezioni per il consiglio di amministrazione del Sindacato Metalmeccanici di San Paolo¹⁵, beneficiò della nomina a interventore presso il Sindacato Metalmeccanici di Guarulhos. Molti altri candidati perdenti hanno ricevuto premi di consolazione simili.

Le trattative del sindacato con la Fiesp, in occasione della data di inizio, il 1° novembre 1979, videro come fatto nuovo la presenza degli oppositori e lo sciopero. La mancanza di leadership da parte di Joaquinção e degli altri responsabili del direttivo portò alla guida dei picchetti degli scioperanti i membri dell'agguerrita opposizione interna e nelle vicinanze di una industria di apparecchi elettronici, situata nella zona sud, durante uno scontro tra picchetti e polizia,

13 IstoÉ, edizione del 28 marzo 1979, p. 11.

14 A. PAZZIANOTTO PINTO, *op. cit.*, p. 122.

15 A. MERCADANTE OLIVA (coord.), *Imagens da Luta – 1905-1985*, Edição do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Bernardo do Campo e Diadema, 1987, p. 130.

l'operaio Santo Dias, membro dell'opposizione sindacale, fu ucciso da un proiettile durante uno scontro a fuoco con la polizia¹⁶.

5. Lo sciopero del 1980

L'equivoco atteggiamento durante lo sciopero del 1979 imponeva a Lula di tentare di riconquistare la popolarità nelle trattative salariali del 1980. La campagna salariale fu preparata con cura e, prevedendo lo scontro con i datori di lavoro, il sindacato era preparato alla lotta.

La sceneggiatura e i personaggi erano gli stessi. Non si prevedevano sorprese che però sono ugualmente arrivate con la sorprendente e inedita decisione del Tribunale Regionale del Lavoro di San Paolo. Dopo la discussione orale iniziò la raccolta dei voti dei giudici. Trascrivo ciò che è stato riportato dal presidente Fernando Henrique Cardoso nelle sue memorie¹⁷:

Nel corso dello sciopero del 1979 (?) a São Bernardo, ci fu un momento in cui fu presentato ricorso al Tribunale Regionale del Lavoro (TRT) di São Paulo per giudicare sui diritti rivendicati dai lavoratori e la legittimità dello sciopero. Almir Pazzianotto, difendendo la causa del Sindacato, mi invitò ad assistere con lui al processo, poiché riteneva che si sarebbe verificata una situazione storica, con la vittoria degli operai per la prima volta sotto il regime militare. Andammo al processo e vi fu stata la vittoria: il TRT accettò alcune richieste e senza dichiarare, in linea di principio, lo sciopero illegale. Dal TRT, che si trovava alla periferia dell'Avenida Ipiranga, nel centro di San Paolo, ci siamo diretti a San Bernardo con l'auto di Almir per annunciare il successo. Arrivammo allo stadio di calcio Vila Euclides, dove i lavoratori si erano riuniti in assemblea. Entrando dal retro, siamo passati in mezzo alla massa degli operai fino a raggiungere la piccola piattaforma dove stava Lula. Abbiamo comunicato il risultato e Lula si è rivolto ai suoi compagni per chiedere la cessazione dello sciopero. Le masse hanno protestato, rimanendo mobilitate e desiderose di ottenere più risultati di quelli concessi dal TRT, senza rendersi conto che il semplice fatto che una decisione considerasse legale lo sciopero era un fatto storico. Lula, abilmente, per non perdere la fiducia di coloro che guidava, propose la proclamazione dello sciopero, che fu immediatamente approvata con entusiasmo.

Terminata l'assemblea abbiamo ripreso la stessa macchina con Lula e un altro dirigente sindacale. Lula, che aveva appena proposto la continuazione dello sciopero, ci disse:

- Dobbiamo porre fine a questo sciopero.

Al che Almir chiese:

- Ma come? Proprio ora avete infranto la legge.

16 A. PAZZIANOTTO PINTO, *op. cit.*, p. 134.

17 F. H. CARDOSO, *A Arte da Política: a história que vivi*, Ed. Civilização Brasileira, RJ, 2022, p. 86.

Se il racconto non provenisse dall'ex senatore ed ex presidente della Repubblica Fernando Henrique Cardoso, persona per la quale nutro rispetto e ammirazione, la ignorerei. Sebbene fedele alla realtà sotto certi aspetti, le cose non andarono esattamente così. Lo sciopero venne dichiarato il 1° aprile, con una partecipazione del 90%. Come previsto, la Fiesp avviò immediatamente un dissidio collettivo. Il processo assunse il numero TRT-SP 80, con affidamento al giudice Rubens Ferrari. Nell'esaminare la questione, la Corte decise come al solito, senza sorprese. L'inaspettato accadde durante l'esame della liceità dello sciopero. Al momento della votazione, 12 giudici si espressero a favore dell'incompetenza del Tribunale e 11 voti contrari; a questo punto prese la parola il giudice Octávio Pupo Nogueira Filho che, con stupore di tutti, si unì al gruppo che difendeva l'incompetenza della Giustizia del Lavoro¹⁸. La decisione fu ripresa dalla copertina della rivista IstoÉ, con una fotografia del ministro Murilo Macedo, il cui volto rivelava profonda sorpresa per la decisione del tribunale¹⁹.

Con quella che consideravo una buona notizia, mi recai presso il sindacato a São Bernardo do Campo, accompagnato dal professor Fernando Henrique Cardoso. È qui che la realtà è diversa dal racconto. Appena arrivato al sindacato, in Rua João Basso, incontrai Lula, il quale, forse per paura di essere arrestato dopo il processo, preferì attendere, incaricando il vicepresidente, Rubens Teodoro de Arruda, di rappresentarlo. Mi chiese quale fosse stato il risultato e una volta informato che il Tribunale aveva deciso per l'incompetenza, gli chiesi se i lavoratori sarebbero tornati al lavoro. Lula mi chiese qualche minuto per riflettere e si allontanò, probabilmente per confrontarsi con gli altri dirigenti sindacali. Pochi minuti dopo mi comunicò che lo sciopero sarebbe continuato.

Ascoltai in silenzio, e in silenzio rimasi. Dopo qualche secondo Lula mi chiese quali sarebbero state a qual punto le conseguenze e risposi che non potevo prevederlo, ma che la prosecuzione dello sciopero avrebbe collocato il sindacato e il direttivo dello stesso nell'illegalità. Come prescrive l'art. 25 della legge n. 4330/64, adottata dalla Costituzione del 1967 (emendamento n. 1/1969), «Lo sciopero cesserà: (...) III – con decisione adottata dalla Giustizia del Lavoro».

Pochi giorni dopo, la Fiesp propose una nuova azione di dissidio collettivo per lo sciopero, chiedendone la dichiarazione di illegittimità in ragione dell'inosservanza della legge n. 4330/1964. Contrariamente a quanto si aspettavano i dirigenti del datore di lavoro, la seconda decisione del Tribunale Regionale del Lavoro di San Paolo, questa volta a causa dell'illegalità dello sciopero, si è rivelò contraria. Lula cominciò a farsi rispettare come leader del sindacalismo non di comodo (*“anti-pelego”*), e gli scioperi furono visti, da una parte considerevole dell'opinione pubblica, come una forma di resistenza alla politica economica e al regime.

18 A. PAZZIANOTTO PINTO, *Greve – Grevismo na Nova República*, Ed. Mizuno, 2023, p. 45.

19 IstoÉ, ed. del 4 settembre 1980.

Il sostegno popolare allo sciopero non ebbe effetti sul governo e le case automobilistiche. Lo sciopero durò 41 giorni e le industrie paralizzate subirono perdite irreversibili. Molte imprese lasciarono São Bernardo do Campo, lasciando dietro di sé enormi magazzini vuoti. Lula fu arrestato e sottoposto alla Legge sulla Sicurezza Nazionale. Il sindacato subì il commissariamento e l'arrivo del commissario presso la sede dell'organizzazione fu protetto da una forte cordone di polizia. La Rota, il battaglione d'assalto della Polizia Militare, si scontrò con diverse centinaia di operai.

Consapevole dell'arrivo della polizia, la direzione del sindacato scomparve ma non fuggì. Come direbbe Napoleone Bonaparte, eseguì una manovra di ritirata strategica. Il Ministro Murilo Macedo ha mantenuto il sindacato sotto commissariamento fino al termine del mandato di Lula, permettendo in seguito l'elezione del direttivo e dei consigli. Il nuovo presidente eletto risultò Jair Meneguelli.

Si ignora il numero dei lavoratori scioperanti che furono licenziati. Si stima che fossero circa 1800. Con la data del licenziamento annotata sul libretto di lavoro, hanno avuto grandi difficoltà a trovare una nuova occupazione e molti furono costretti a lasciare São Bernardo o a lavorare come autonomi.

Va ricordato che nel 1978 il presidente Ernesto Geisel, avvalendosi di quanto previsto dall'art. 55 comma I, della Costituzione del 1967 (emendamento n. 1/69), che gli assicurava la prerogativa di emanare decreti-legge in materia di sicurezza nazionale, emanò il decreto legge n. 1632 del 4 agosto 1978, che impose il «divieto di sciopero nei servizi pubblici e nelle attività essenziali di interesse per la sicurezza nazionale». Riconoscendo l'inutilità della legge n. 4330/1964, diede nuova attuazione all'art. 162 della Legge Fondamentale ma i risultati non furono di migliore qualità. Gli scioperi nei servizi pubblici e nelle attività essenziali, elencati all'art. 1, continuarono – nel gergo popolare, a “ribollire” (*pipocar*) –, paralizzando gli Stati più sviluppati, come San Paolo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

Disoccupato, ma forte del prestigio acquisito grazie agli scioperi, Lula entrò nella vita politica. Fondò il Partito dei Lavoratori (PT) e la Centrale Unica di Lavoratori (CUT), candidandosi nel 1982 a governatore dello Stato di San Paolo. Fu sconfitto, ma ottenne un voto significativo. Il leader sindacale divenne un leader politico nazionale, con forte penetrazione tra gli artisti, gli universitari, gli insegnanti, i giornalisti e anche tra i lavoratori.

6. La Nuova Repubblica

Il Paese era ormai stanco del regime militare. Nel 1982 si svolsero le elezioni dirette per i governatori di Stato. A San Paolo fu eletto Franco Montoro del PMDB, mentre a Minas Gerais Tancredo Neves e a Rio de Janeiro Leonel Brizola.

Riunitosi il 15 gennaio 1985 per scegliere il successore del presidente João Figueiredo, con 480 voti contro 180 il Collegio Elettorale dichiarò vincitrice la coppia Tancredo Neves-José Sarney, candidati dell'Alleanza Liberale. La vittoria

fu possibile solo grazie alla divisione del PDS, in parte contrario alla candidatura di Paulo Maluf. Non è questa la sede per ricordare la malattia e la morte del leader dell'opposizione, né come José Sarney assunse la presidenza dopo i dubbi sull'interpretazione dell'art. 77 della Costituzione del 1967 (Emendamento n. 1/1969), risolti dal ministro dell'Esercito, il generale Leônidas Pires Gonçalves.

Come se avesse previsto ciò che gli sarebbe accaduto, Tancredo Neves si recò in ospedale, ma dopo aver nominato il responsabile del Ministero. Il decreto che mi nominava Ministro del Lavoro, di cui ho una copia, fu firmato prima del ricovero in data 15 marzo. Ho saputo dal ministro José Hugo Castello Branco, capo della Casa Civil, che la stessa situazione si era verificata con altri membri di primo piano del Governo. Così, la mattina del 15 marzo, assumendo la guida dell'Esecutivo, ancora in via temporanea, il vicepresidente Sarney trovò il governo già formato e lo ha mantenuto tale fino alla fine del 1985.

Il paese era sconvolto dagli scioperi. Jair Meneguelli, temerario successore di Lula e presidente della CUT, pochi giorni prima del cambio di governo dichiarò guerra a Tancredo Neves. Il motivo rimase sconosciuto. Mi insediai nel Ministero con l'industria automobilistica paralizzata e un violento sciopero degli autisti di autobus a Brasilia.

I membri del ministero e i sindacati dei datori di lavoro esigevano che decretassi il commissariamento dei sindacati scioperanti. Le Forze Armate e il Servizio Nazionale d'Informazione (SNI) avevano ancora tra le proprie fila i membri più intransigenti del regime anteriore.

Grazie al sostegno del Presidente José Sarney e ad alcuni ministri come Marco Maciel, Aureliano Chaves, Aloysio Alves, Pedro Simon, João Sayad, la linea non interventista fu mantenuta anche se a costo di pesanti sacrifici. Si noti ciò che dichiarò il Presidente sulla nuova politica del Ministero del Lavoro:

Il vero sindacalismo è nato in Brasile, libero dallo Stato e persino contro lo Stato, alla fine degli anni '70, inizio degli anni '80, con Lula e i suoi compagni. Ha organizzato scioperi storici e ha affermato le prime leadership che non erano governative (peleguistas). Se hanno scelto di agire solo nei settori strategici, è stato perché erano interessati anche a minare il potere dello Stato. Quando ho assunto l'incarico, la mentalità era poliziesca, nel senso che ogni sciopero era considerato un attacco all'interesse pubblico – il che dava adito all'intervento della polizia. Mantenendo Pazzianotto al ministero, ho voluto proprio segnalare un cambiamento di mentalità. All'inizio sembrava che i sindacati stessero disputando un torneo per vedere chi sfidava di più lo Stato. Solo che lo Stato non era più interessato a reprimere le rivendicazioni dei lavoratori. Ciononostante, durante tutto il mio governo abbiamo dovuto convivere con più di 12000 scioperi²⁰.

20 E. DE OLIVEIRA BASTOS, *Sarney – o outro lado da história*, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2001, p. 43.

Sempre riguardo al suo governo, con riferimento all'ambito lavoristico, il presidente José Sarney ha osservato:

Ricordiamo: abbiamo registrato i sindacati, consentendo loro di partecipare alla vita nazionale alla luce del sole. Abbiamo concesso l'amnistia a tutti i sindacalisti puniti; abbiamo posto fine agli interventi nei sindacati. Non esiste alcun procedimento contro dirigenti sindacali basato sulla legge sugli scioperi in nessun luogo di questo Paese²¹.

Il Brasile è debitore con il presidente José Sarney della transizione dal regime militare allo Stato Democratico di Diritto, risultato coronato dalla promulgazione della Costituzione del 1988. Al di là dell'essere prolissa, eccessivamente programmatica, con decine di disposizione in attesa di regolamentazione, e modificato più di 150 volte, la Costituzione ha permesso nondimeno di superare gravi crisi senza rotture istituzionali.

L'elaborazione dell'ottava Costituzione inizia con la proposta di emendamento costituzionale n. 26 del 27 novembre 1985, destinata a convertire i membri della Camera dei Deputati e del Senato Federale eletti nel novembre 1986, in Assemblea Nazionale Costituente unicamerale, con l'obiettivo di discutere e approvare l'ottavo Statuto Organico della Nazione, come l'avrebbe definito Rui Barbosa.

Per quanto riguarda l'organizzazione sindacale e il diritto di sciopero, la Costituzione promulgata il 5 ottobre 1988 avrebbe potuto essere migliore. In assenza di un progetto e di definizioni, la Costituente ha fatto appello all'immaginazione. L'art. 8 presenta una grottesca contraddizione. La libertà di associazione professionale o sindacale, proclamata nell'introduzione, è distorta dai commi I, II, III e IV, che preservano le radici corporative fasciste della Carta Costituzionale del 10 novembre 1937, promulgata da Getúlio Vargas.

Infatti, la suddivisione dei datori di lavoro e dei lavoratori in categorie economiche e professionali (CLT, artt. 511 e 512), la registrazione obbligatoria presso il Ministero del Lavoro, il monopolio della rappresentanza nella stessa base territoriale (sindacato unico), l'istituzione del contributo sindacale obbligatorio di categoria «per il finanziamento del sistema confederativo della rispettiva rappresentanza sindacale, indipendentemente dal contributo previsto dalla legge», sono eredità della Carta del Lavoro del 1927, con la Carta Costituzionale del 1937 e il CLT del 1943 come ponte.

La libertà sindacale e l'autonomia organizzativa, come stabilito dalla Convenzione n. 87 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), firmata dal Brasile ma non ratificata, sono diritti di cui lavoratori e datori di lavoro non godono ancora nel XXI secolo. Il fatto significativo che la Convenzione n. 87 sia stata ratificata dalla maggioranza assoluta dei membri dell'OIL non necessita di commenti circa la correttezza di questo storico documento.

21 J. A. RIBEIRO, *Democracia: Sarney e o desafio da transição*, Krauss Editora, Campinas, São Paulo, 2020, p. 333.

A questo proposito, quando il dottor Tancredo Neves mi invitò ad assumere la carica di Ministro del Lavoro, mi diede un'unica istruzione: ottenere la ratifica della Convenzione n. 87, bloccata da oltre 40 anni al Senato, e celebrare un patto sociale, più o meno sul modello del Patto di Moncloa. Nonostante il sostegno del presidente José Sarney, non ci riuscii. I miei sforzi furono costantemente ostacolati dalla CUT, dal PT, dalle centrali sindacali, dai sindacalisti dei lavoratori e dai datori di lavoro, e dal Senato.

L'art. 9 della Costituzione, tuttavia, è uno dei pochi ben redatti. È stato regolamentato dalla legge n. 7783 del 28 giugno 1989, anch'essa di buona fattura. Soddisfa i requisiti fissati da Rui Barbosa, secondo il quale «Se la legge non è certa, non può essere giusta. Per essere certa, però, deve essere precisa, nitida, chiara»²². Potrebbe essere migliore. L'ottimo, però, è nemico del bene, dice l'adagio popolare.

Con lo Stato Democratico di Diritto, la Costituzione e la legge, come interpretare scioperi chiaramente illegali e violenti nei servizi pubblici e nelle attività essenziali, come il trattamento e l'approvvigionamento idrico, la produzione e la distribuzione di gas e combustibili, il trasporto pubblico, indetti senza preavviso alla popolazione che causano danni irreparabili?

Nel 1995 la Petrobras fu paralizzata. La direzione del sindacato ignorò la legge. Dichiarato illegale dal Tribunale Superiore del Lavoro, lo sciopero continuò. L'imposizione di continue multe al sindacato non servì a nulla. La rivista IstoÉ, nell'edizione del 24 maggio 1995, pubblicò un articolo dettagliato sull'argomento, intitolato La legge dei dinosauri (*A Lei dos Dinossauros*). La copertina riportava una fotografia di Vicente Paula da Silva, presidente della CUT. Per quanto ne so, le multe non sono mai state pagate.

Mi sono unito alla corrente che ha decretato l'illegalità, sostenuta dietro le quinte dal presidente Itamar Franco. Il processo ha assunto il numero TST-DC 177734/95.1. L'illegalità è stata votata dalla maggioranza assoluta dei ministri, ad eccezione del rappresentante di classe, il ministro Thaumaturgo Cortizo.

Nel mio libro *Greve - grevismo na Nova República* descrivo scioperi violenti e aggressivi, attuati in contrasto con la legge 7783/89. Racconto lo sciopero dei tagliatori di canna da zucchero di Guariba del 1984, in realtà una violenta manifestazione di migliaia di braccianti contro il sistema di taglio adottato dagli zuccherifici e dalle distillerie della regione di Ribeirão Preto (San Paolo), e come fu possibile celebrare l'accordo che pose fine alla temuta estensione del movimento ad altre regioni zuccheriere dello Stato.

Oltre allo sciopero senza precedenti dei lavoratori agricoli stagionali, il libro esamina lo sciopero della General Motors nel maggio 1985, oggetto anche del volume *A Greve da GM* (Lo sciopero della GM)²³; lo sciopero di Araras-Leme nel 1986, con due giovani morti, sebbene non avessero nulla a che fare con il movimento di sciopero, lo sciopero della Companhia Siderúrgica Nacional

22 R. BARBOSA, *Réplica*, Ed. Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1953, vol. II, p. 304.

23 C. HORTA, *A Greve da GM*, Ed. Scritta, São Paulo, 1993.

(CSN), nel novembre 1988, nel quale tre operai dell'azienda furono uccisi a colpi di fucile dai soldati dell'esercito.

L'esperienza mi ha convinto dell'inutilità della legge che cerca di imporre disciplina ai movimenti di sciopero. Jean-René Tréanton colloca lo sciopero come capitolo della sociologia del sindacalismo, o parte del movimento operaio e dei conflitti di lavoro²⁴. Il sociologo sottolinea che «lo sciopero non significa violenza, ma dipende sempre dalla forza». Dipende non solo dalla forza, ma anche dalla determinazione, dalla leadership e dal fattore sorpresa. In Brasile la legge è stata utilizzata come elemento di dissuasione e repressione, ma non sempre in modo utile ed efficace.

Il Testo Unico delle Leggi sul Lavoro, il decreto legge n. 9070/1946, la legge n. 4330/1964 e la legge n. 7783/1989 sono stati inutili quando lo sciopero è esploso spontaneamente o è stato meticolosamente pianificato da leader riconosciuti dalla massa e il malcontento aveva superato la paura e la prudenza.

La migliore definizione di sciopero che conosco deriva dall'adattamento della definizione di guerra enunciata da Carl Von Clausewitz nel classico volume intitolato "Della guerra" «La guerra è quindi un atto di violenza destinato a costringere l'avversario a sottomettersi alla nostra volontà»²⁵.

Infatti, uno sciopero vero e proprio, e non simulato, non è altro che un atto di violenza il cui obiettivo è costringere il datore di lavoro ad accettare nuove condizioni di lavoro imposte dalla controparte, il sindacato.

Il sistema costituzionale brasiliano richiede che lo sciopero sia disciplinato dalla legge. È così fin dalla Costituzione del 1946. I dibattiti nell'Assemblea Costituente sulla stesura del testo dell'art. 158 sono stati intensi²⁶. Una situazione simile si è verificata nell'Assemblea Nazionale Costituente del 1987/1988. In ogni caso, il testo dell'art. 9 è soddisfacente, anche se la legge che lo disciplina non riesce ad essere rispettata.

«La forza è sempre stata un fattore cruciale nelle relazioni di lavoro», ha scritto Edward Hallet Carr²⁷. Sin dalla prima rivoluzione industriale in Inghilterra, tutti i tentativi di auto-organizzazione del proletariato sono stati severamente repressi. Gli scioperi si sono rivelati strumenti efficaci per ottenere concessioni dai datori di lavoro.

Nelle dittature non sono ammessi scioperi, così come non sono consentite manifestazioni popolari, se non a sostegno del governo. Nelle democrazie vere e proprie, gli scioperi sono tollerati e, in alcuni paesi, come il Brasile, sono oggetto di una legislazione specifica. Tuttavia, i tentativi di disciplinare gli scioperi mediante leggi sono generalmente ignorati, tranne quando lo sciopero è organizzato da chi detiene il potere.

24 J.R. TRÉANTON, *Tratado de Sociologia do Trabalho*, Ed. Cultrix Ltda, São Paulo, 1973, vol. II, p. 228

25 C. VON CLAUSEWITZ, *Da Guerra*, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 1979, p. 73.

26 L. CASTELO BRANCO RANGEL, R. COSTA RODRIGUES, L. M. CARDOSO NAUD, N. I. RIBEIRO MARTINS, *Direito de Greve*, Serviço de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, DF, 1964.

27 E. HALLET CARR, *Vinte Anos de Crise: 1919-1939*, Ed. Universidade de Brasília, DF, 1981, p. 199.

Notizie sugli Autori

ILARIO ALVINO, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Roma "La Sapienza", Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

ALEXANDRE DE SOUZA AGRA BELMONTE, Professore dell'Istituto Superiore di Educazione di Brasília, Giudice del Tribunale Supremo del Lavoro, Presidente dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

LUCIANO DOREA MARTINEZ CARREIRO, Professore di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale nell'Università Federale di Bahia, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

MARTA GIACONI, Professoressa Associata di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano Bicocca, Socia dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

LORENZO GIASANTI, Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano Bicocca, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

MARIA GIOVANNONE, Professoressa Associata di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Roma Tre, Socia dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

LUIZ EDUARDO GÜNTHER, Professore di Diritto dell'Impresa e Cittadinanza del Centro Universitario Curitiba, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

SIMONE PIETRO EMILIANI, Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Salerno, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

BRUNO GOMES BORGES DA FONSECA, Professore di Diritto del Lavoro nella Facoltà di Diritto di Vittoria, Procuratore del Lavoro dello Stato di Vittoria

MARCO AURÉLIO FERNANDES GALDURÓZ FILHO, Professore della Scuola Superiore di Avvocatura di San Paolo e dell'Associazione degli Avvocati Lavoristi di San Paolo e dello Stato di San Paolo

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, Giudice del Lavoro del Tribunale Regionale di Lavoro di Campinas, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES, Professore di Diritto del Lavoro dell'Università Cattolica di Santos, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

THIAGO AZIZO DENARDI IBAGY, Assistente Giuridico del Tribunale Regionale del Lavoro di Santa Catarina

LUCIO IMBERTI, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Bergamo, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, Professore di Diritti Umani e Metaindividuali e Diritto Processuale del Lavoro nella Facoltà di Diritto di Vittoria

GIUSEPPE LUDOVICO, Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

DIOGO ANTONIO PEREIRA MIRANDA, Avvocato e Dottorando in Diritto del Lavoro nella Pontificia Università Cattolica del Rio Grande do Sul

THEREZA CHRISTINA NAHAS, Professoressa dell'Universitat Oberta de Catalunya, Giudice del Lavoro del Tribunale Regionale del Lavoro di San Paolo, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO, Ex Presidente del Tribunale Superiore del Lavoro, Ex Ministro del Lavoro della Repubblica Federale del Brasile

FRANCO SCARPELLI, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano Bicocca, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

GILBERTO STÜRMER, Professore di Diritto del Lavoro della Pontificia Università Cattolica di Rio Grande do Sul, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

LAURA TEBANO, Professoressa Ordinaria di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Napoli Federico II, Socia dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

SERGIO TORRES TEXEIRA, Giudice del Tribunale Regionale del Lavoro di Pernambuco, Professore di Diritto del Lavoro nella Facoltà di Diritto di Recife, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

SIMONE VARVA, Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano Bicocca, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE, Professore di Diritto del Lavoro dell'Università Federale di Santa Catarina, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

Il confronto tra diversi modelli nazionali di regolazione dei rapporti collettivi di lavoro costituisce un'operazione di indubbio interesse sul piano comparatistico soprattutto ove tra i sistemi dedotti in comparazione sussista un preciso rapporto di derivazione storica. Attraverso l'approfondita analisi dei diversi aspetti del diritto sindacale il volume intende dare conto delle profonde differenze che intercorrono tra la disciplina italiana che, una volta caduto l'ordinamento corporativo, ha adottato un modello di regolazione stabilmente improntato alla libertà sindacale, e l'ordinamento brasiliano, il quale, al contrario, si contraddistingue tuttora per una disciplina largamente ispirata proprio al modello corporativo italiano. La pubblicazione del volume in duplice versione italiana e portoghese mira ad agevolare, in coerenza con la finalità della Collana, il confronto e il dibattito tra gli studiosi di entrambi i Paesi.



In copertina: particolare del Cortile del Filarete,
Università degli Studi di Milano.
Immagine tratta da <https://lastatalenews.unimi.it/campus-mind-piu-vicino>

ISBN 979-12-5510-340-0 (print)
ISBN 979-12-5510-341-7 (PDF)
ISBN 979-12-5510-342-4 (EPUB)
DOI 10.54103/sdlps.262