

Massimiliano Delfino

L'art. 19 dello Statuto dalla rappresentatività "presunta" a quella "incerta". E la rappresentatività "effettiva"?

Sommario: **1.** Il campo d'indagine e un po' di storia. **2.** La prima giurisprudenza costituzionale sull'art. 19 Stat. lav. e la rappresentatività "presunta". **3.** La versione post-referendaria della norma e la rappresentatività "effettiva". **4.** La sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013. **5.** *Segue.* Il problema della rappresentatività "incerta" e gli interventi della giurisprudenza ordinaria. **6.** Le proposte per risolvere l'incertezza. **7.** Conclusioni.

1. *Il campo d'indagine e un po' di storia*

La vastità dell'argomento e lo spazio relativamente ridotto a disposizione impongono di tracciare i confini di questo scritto, che si occuperà prevalentemente delle novità dell'ultimo decennio e, quindi, dell'attuale versione dell'art. 19. D'altro canto, al bilancio del quarantennio è stato dedicato un contributo a suo tempo pubblicato in questa rivista¹.

Gli eventi che si sono succeduti dal 2010 sono stati densi di significato per la disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali (d'ora in poi rsa). Al centro di queste novità c'è la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013 n. 231, che non è però possibile comprendere senza soffermarsi sulla giurisprudenza costituzionale precedente.

È risaputo che gli organismi di rappresentanza sindacale in azienda non nascono con l'art. 19², ma è anche innegabile che questa fonte legale abbia

¹ NATULLO, *Le rappresentanze sindacali aziendali: ieri, oggi, e... domani?*, in *DLM*, 2010, p. 769 ss.

² Infatti, in Italia, il modello a "canale unico" - caratterizzato dalla presenza di una sola struttura organizzativa dei lavoratori in azienda cui sono attribuite tutte le attività dei lavoratori ("partecipative" e "contrattuali"), contrapposto al sistema a "canale doppio", nel quale esistono

svolto un ruolo di primo piano nella vicenda degli anni '70 e '80 del secolo scorso. Infatti, attraverso lo Statuto, il legislatore, in estrema sintesi, intendeva supportare normativamente e consolidare la presenza e l'attività del sindacato nei luoghi di lavoro. Puntava ad assorbire in questo modo gli effetti dei movimenti di contestazione della fine degli anni '60 e le conseguenti richieste di maggiore partecipazione, favorendone il dialogo in particolare con le associazioni sindacali riconosciute a livello nazionale³.

Da qui la *ratio* e la formula dell'art. 19 Stat. lav., con il quale il legislatore italiano, dopo una sofferta gestazione⁴, ha previsto l'istituzione delle rsa, al fine di assegnare a esse funzioni e prerogative rilevanti, ovverosia i diritti sindacali di cui al titolo III dello Statuto, con il limite delle dimensioni del contesto⁵. La legge 300 del 1970 ha introdotto così un altro livello di tutela sindacale oltre alla generale libertà di organizzazione e di associazione, garantita dall'art. 39, co. 1, Cost. e ribadita dall'art. 14 Stat. lav.

A ben guardare, con il titolo III dello Statuto, il legislatore, anziché riaprire la delicata questione di una regolamentazione del fenomeno sindacale, ha ritenuto conveniente operare in continuità con il passato, e quindi con l'assenza di regole legali nel diritto sindacale italiano, limitandosi a intervenire su un preciso profilo, il rapporto fra base e vertici dei sindacati allora protagonisti⁶. In sintesi, l'obiettivo ultimo era dare nuova linfa al c.d. sistema sin-

due organismi di rappresentanza, uno "associativo", in quanto espressione di specifici sindacati cui è rimessa la contrattazione, l'altro di diretta espressione dei lavoratori, normalmente elettivo, che si occupa della partecipazione - risulta storicamente prevalente e la sua prima espressione è rappresentata dalle Commissioni interne, organismi elettivi previsti e disciplinati dalla contrattazione collettiva agli inizi del '900, soppressi, per ragioni immaginabili, durante il periodo fascista. Successivamente, dopo lo scarso successo del tentativo di costituire organismi di diretta filiazione associativa, le sezioni aziendali sindacali (Sas), alla fine degli anni '60 del secolo scorso, le istanze movimentiste portarono all'affermazione nei luoghi di lavoro di nuovi soggetti espressione diretta dei lavoratori, ossia i delegati e i Consigli dei delegati, anche detti Consigli di fabbrica, che posero fine all'esperienza delle Commissioni interne. Con il Patto federativo del 1972, le grandi associazioni sindacali confederali riconosciute a livello nazionale (Cgil, Cisl, Uil) riconobbero quegli organismi, sorti spesso in polemica con essi, come "istanza sindacale di base con poteri di contrattazione sui posti di lavoro".

³ Sul punto v., da ultimo, G. SANTORO-PASSARELLI, *Il diritto del lavoro a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2020, pp. 107-110.

⁴ Ben descritta da GAETA, *Lo statuto dei lavoratori: come nasce una legge. I lavori parlamentari articolo per articolo, minuto per minuto*, Esi, 2020.

⁵ Art. 35: unità produttive con più di quindici dipendenti.

⁶ Il modello astensionistico per cui opta il legislatore risulta confermato dall'assimilazione dell'art. 19 a una sorta di scatola vuota suscettibile di essere riempita da strutture associative o

dacale di fatto, divenuto dagli anni '60 asse portante della regolazione delle relazioni di lavoro⁷.

Com'è noto, nell'originaria formulazione, l'art. 19 delimitava la costituzione delle rsa nell'ambito di associazioni individuate secondo due criteri di rappresentatività⁸, contenuti nelle lettere a) e b) della norma e definiti da Gino Giugni, rispettivamente, di rappresentatività storica e di rappresentatività tecnica⁹.

2. *La prima giurisprudenza costituzionale sull'art. 19 Stat. lav. e la rappresentatività "presunta"*

Tuttavia, la promozione soltanto di alcuni sindacati, e in particolare il trattamento privilegiato riservato alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, poneva interrogativi riguardo all'eventuale violazione dei principi di eguaglianza e libertà sindacale (artt. 3 e 39 Cost.). Interrogativi affrontati dalla ben conosciuta prima giurisprudenza della Corte costituzionale, sulla quale, però, è necessario soffermarsi.

Nella sentenza 6 marzo 1974 n. 54 la Corte costituzionale ha affermato la piena legittimità dei criteri selettivi di cui all'art. 19, lett. a) e b).

Il contrasto con il principio di libertà sindacale sarebbe stato conseguenza del fatto che l'art. 19 poneva alcune organizzazioni sindacali in una posizione di vantaggio, riservando a esse particolari diritti nei luoghi di lavoro. In più, sarebbe stato pressoché impossibile per alcuni sindacati raggiungere il livello di rappresentatività fissato dalla norma. L'art. 19 avrebbe realizzato, quindi, una sorta di "monopolio rappresentativo" a favore dei sindacati che avevano i requisiti di cui alle lett. a) e b).

elettive (lo ricorda TEBANO, *Costituzione di RSA: a chi spetta controllare la regolarità del procedimento?*, in *DRI*, 2018, p. 1236).

⁷ Come ha scritto RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, p. 120, lo Statuto costituisce "un esempio del raccordo funzionale tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale".

⁸ La versione originaria dell'art. 19 prevedeva che le rsa potessero essere costituite, ad iniziativa dei lavoratori, in ogni unità produttiva, nell'ambito: "a) delle associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale", oppure, in alternativa, "b) delle associazioni sindacali non affiliate alle predette confederazioni, che siano firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva".

⁹ GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2006, p. 64 ss.

A difesa della norma è stato rilevato dalla Consulta che i diritti indicati nel titolo III non esaurivano la sfera delle attività sindacali e che perciò non era necessario possedere i requisiti previsti dall'art. 19 per godere di altre importanti tutele contenute nello Statuto (artt. 9, 11, 26). Né si poteva affermare che l'art. 19 costituisse un sistema "chiuso", perché ciascun sindacato aveva la possibilità di realizzare una delle due condizioni indicate dalla norma¹⁰.

Era stato evidenziato poi un presunto contrasto dell'art. 19 con i commi 2 e 4 dell'art. 39 Cost. poiché il concetto di maggiore rappresentatività previsto dallo Statuto era ritenuto contrapposto al "criterio proporzionalistico" contenuto nella Carta costituzionale. In realtà, il criterio maggioritario era sicuramente estraneo alla Costituzione ma non poteva dirsi in contrasto con essa. Difatti, quanto previsto dalla Carta costituzionale ha il fine di consentire la formazione della rappresentanza unitaria per la stipulazione dei contratti collettivi con efficacia *erga omnes*, mentre il criterio maggioritario era adoperato per selezionare le associazioni sindacali che, attraverso la costituzione di propri organismi in azienda, avevano accesso alle prerogative del titolo III dello Statuto. In sintesi, non vi poteva essere nessun confronto fra due principi disomogenei riguardando piani distinti.

Per quanto concerne il possibile attrito della norma in oggetto con il principio di eguaglianza, la presenza di una posizione privilegiata per le associazioni rientranti nelle lett. a) e b) non era certo il risultato di una scelta arbitraria del legislatore, il quale, secondo la Consulta, aveva invece compiuto, come noto, una diversificazione di trattamento "razionale e consapevole" perché basata sulla diversa capacità rappresentativa dei sindacati di cui all'art. 19 rispetto a quelli non provvisti dei requisiti ivi richiesti.

La sentenza della Corte del 1974 aveva risolto tali questioni d'incostituzionalità, ma aveva anche dato origine a un ampio dibattito attorno alla sua motivazione. Punto focale delle argomentazioni adoperate era, infatti, la differenziazione, nella prospettiva funzionale, fra le associazioni sindacali sui luoghi di lavoro (di cui all'art. 14) e le rsa (previste dall'art. 19). A ben vedere, però la Corte ha evidenziato che non esisteva alcuna diversità fra questi organismi per quanto riguardava le funzioni; semmai ciò che differenziava le associazioni sindacali *ex art. 14* dalle rsa era solo il diverso grado di effettività

¹⁰ GIUGNI, CURZIO, *Art. 19*, in GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979, p. 304; DE LUCA TAMAJO, ALAIMO, *Rappresentanza sindacale aziendale*, in *ED*, vol. XXXVIII, 1987, p. 609.

normativa. Tutto questo non emergeva con chiarezza dalla motivazione della sentenza che lasciava il dubbio che l'art. 19 avesse natura "permissiva", e cioè autorizzasse la costituzione di rsa soltanto nell'ambito delle organizzazioni rappresentative. Com'è noto e come sarà sottolineato di qui a poco, la giurisprudenza costituzionale ritornerà su questo profilo.

Molto chiara era invece la motivazione della sentenza della Corte 24 marzo 1988 n. 334, che respingeva ancora l'ipotesi di incostituzionalità dell'art. 19 lett. a) rispetto all'art. 39, co. 1 e 4 e all'art. 3 Cost. Da questa pronuncia derivava la conferma che il principio della maggiore rappresentatività non solo non contrastava con la Costituzione, ma costituiva anche una sorta di "fotografia" di un modello di relazioni sindacali che aveva le sue fondamenta nella stessa Carta costituzionale. L'art. 19 consentiva la formazione di rsa nell'ambito delle associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale e non delle confederazioni monocategoriali e ciò avveniva nel pieno rispetto della Costituzione. Infatti, ad avviso della Corte, lo Stato si fonda sul principio della "solidarietà" fra i cittadini e suo compito fondamentale è quello di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale" che limitino "di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini". Pertanto, la preferenza e la valorizzazione da parte del legislatore statutario per le organizzazioni sindacali che tutelavano gli interessi di tutti i lavoratori, a prescindere dalla categoria di appartenenza, era indice della corretta posizione dell'art. 19 nel disegno complessivo voluto dal Costituente¹¹.

L'atteggiamento della Corte costituzionale negli anni '70 e '80 del secolo scorso, volto a salvaguardare le rsa ex art. 19 Stat. lav. collegate alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, era dettato, da un lato, dalla circostanza che l'ordinamento intersindacale in quegli anni non prevedeva altri organismi di rappresentanza sindacale in azienda che godessero dei diritti sindacali del titolo III; dall'altro, dalla tenuta del sistema sindacale di fatto, che non avvertiva la necessità di un intervento legislativo a sostegno di una rappresentatività sindacale assicurata proprio dalla tenuta di quel sistema.

La Consulta è intervenuta nuovamente, con la sentenza 26 gennaio 1990 n. 30, affrontando il problema della natura dell'art. 19 Stat. lav. Infatti, come

¹¹ PESSI, *Promozione delle confederazioni maggiormente rappresentative e coerenza al disegno costituzionale*, in *MGL*, 1988, p. 191.

si è già accennato, si era a lungo discusso circa l'essenza della norma in oggetto, giacché alcuni sostenevano la tesi di un suo carattere "permissivo"¹². Altra parte della dottrina¹³ non concordava con questa ricostruzione, che avrebbe contrastato con lo spirito della legge e con la lettera dell'art. 14. In sostanza, l'art. 19 avrebbe avuto carattere "definitorio" e cioè avrebbe delimitato il campo di applicazione della legge e soprattutto del titolo III, prevedendo che titolari delle posizioni attive in esso garantite potessero essere soltanto le rsa costituite nell'ambito delle associazioni rappresentative indicate. Sicché era possibile costituire rsa non aventi le caratteristiche di cui all'art. 19 ma tali organismi aziendali non sarebbero stati titolari delle situazioni attive sopra ricordate¹⁴. La Consulta nella sentenza del 1990 aveva accolto proprio la tesi della natura "permissiva" dell'art. 19 Stat. lav., avvertendo contemporaneamente del pericolo di una situazione di monopolio rappresentativo, che andava superata "prevedendo, da un lato, strumenti di verifica dell'effettiva rappresentatività delle associazioni, [...]; dall'altro, la possibilità che le misure di sostegno [fossero] attribuite anche ad associazioni estranee a quelle richiamate in tale norma, che [...] perven[issero] a significativi livelli di reale consenso". Insomma, la Corte aveva invocato un intervento legislativo volto a introdurre "nuove regole ispirate alla valorizzazione dell'effettivo consenso come metro di democrazia anche nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e sindacato"¹⁵.

E non è un caso che l'invocazione di un intervento legislativo sia avvenuta all'inizio degli anni '90 poiché in quel periodo l'ordinamento intersindacale ha cominciato ad avvertire l'esigenza di organismi di rappresentanza in azienda fondati sull'accertamento della rappresentatività effettiva del sindacato, attraverso l'adozione di un criterio misto, che al momento associativo (consistente nel computo delle adesioni di cui il sindacato gode all'interno dell'impresa) accompagnasse anche quello elettivo in grado di assicurare la partecipazione dei lavoratori¹⁶.

¹² SCOGNAMIGLIO, *Intervento*, in AA.VV., *La rappresentanza professionale e lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1971, p. 64.

¹³ V. per tutti, ASSANTI, *Art. 19*, in ASSANTI, PERA, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1972, p. 232.

¹⁴ GIUGNI, CURZIO, *op. cit.*, p. 306.

¹⁵ C. cost. 30/1990, *Considerato in diritto*, punto 6.

¹⁶ Uno dei primi progetti di autoriforma sindacale che cercava di conciliare il principio associativo con quello elettorale, era la bozza d'intesa fra Cgil, Cisl e Uil del maggio 1989 per la costituzione dei Consigli aziendali delle rappresentanze sindacali (Cars), che avrebbe dovuto

3. *La versione post-referendaria della norma e la rappresentatività "effettiva"*

Com'è noto, il suggerimento di un intervento legislativo non ebbe seguito: nel 1995 l'art. 19 è stato modificato, ma non per volontà del Parlamento, bensì grazie a un'abrogazione referendaria¹⁷, a seguito della quale gli unici requisiti residui d'identificazione della rappresentatività erano la struttura associativa e la sottoscrizione di un contratto collettivo, anche soltanto aziendale, applicato nell'unità produttiva¹⁸. Insomma, era stato introdotto un sistema nel quale, ad avviso di Giugni, "promuovendo e agevolando la contrattazione a favore dei sindacati che [avevano] già [concluso] il contratto, [si sosteneva], di fatto, chi già si [era] messo in piedi"¹⁹.

Pure in questo caso è intervenuta prontamente la Corte costituzionale che, con la sentenza 12 luglio 1996 n. 244, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata sempre in relazione agli artt. 3 e 39 Cost. Secondo i giudici del rinvio, il nuovo art. 19 avrebbe consentito al datore di lavoro di interferire nella costituzione delle rsa, "accreditando" i sindacati a lui più graditi. La Corte, relatore Luigi Mengoni, ha escluso che possa parlarsi di accreditamento quando si tratta della stipulazione del contratto collettivo²⁰. In tal caso, infatti, "la rappresentatività del sindacato non deriva da un riconoscimento del datore di lavoro, espresso in forma pattizia,

rappresentare la base per un accordo confederale da realizzare con Confindustria. Nell'ipotesi di accordo si proponeva una composizione mista dell'organismo aziendale, per cui il 50% dei componenti avrebbe dovuto essere nominato in modo paritetico dalle Federazioni di categoria aderenti ai tre maggiori sindacati confederali, fra gli iscritti a ciascuna associazione, mentre il restante 50% avrebbe dovuto essere scelto da tutti i lavoratori, sulla base di liste elettorali.

¹⁷ L'anno prima erano stati promossi alcuni referendum abrogativi dei quali ne furono ammessi due: il primo, definito "massimalista", mirava a cancellare, insieme al privilegio accordato dalla legge alle confederazioni maggiormente rappresentative, anche ogni altro criterio di selezione (abrogazione delle lett. a e b); il secondo, c.d. "minimalista", mirava anch'esso a cancellare il privilegio accordato alle confederazioni (abrogazione della lett. a), ma proponeva (attraverso la parziale abrogazione della lett. b) di affidare la selezione dei sindacati, nel cui ambito è legittima la costituzione delle rsa, a criteri diversi da quello della rappresentatività "presunta" delle confederazioni maggioritarie e dei sindacati firmatari di contratti collettivi nazionali o provinciali. Solo il secondo di questi referendum ha avuto esito positivo.

¹⁸ Il testo dell'art. 19 Stat. lav. risultante dall'abrogazione referendaria era il seguente: "rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite, a iniziativa dei lavoratori, nell'ambito delle associazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva".

¹⁹ GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *DLRI*, 1995, p. 359.

²⁰ BALLESTRERO, *Osservazioni a margine della sentenza 231/2013 della Corte costituzionale*, in *AA.VV., Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015, I, p. 59.

ma è una qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi (nazionali, locali o aziendali) applicati nell'unità produttiva". La Consulta ha evidenziato la caratteristica propria della contrattazione, ovvero sia il riconoscimento reciproco tra le parti. Inoltre, la Corte ha ritenuto di dover precisare che: 1) per essere firmatarie le associazioni sindacali dovevano aver preso attivamente parte alla trattativa negoziale²¹; 2) il contratto collettivo non poteva essere un contratto qualsiasi, ma un contratto che regolasse in modo organico i rapporti di lavoro, "almeno per un settore o istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale, di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva". Insomma, ad avviso della Corte, la volontà popolare aveva cancellato il criterio della rappresentatività presunta (le confederazioni maggiormente rappresentative) e aveva salvato il criterio della rappresentatività effettiva desumibile dalla stipulazione del contratto collettivo, estendendolo anche al livello aziendale. Il risultato non violava né il principio di eguaglianza, né quello di libertà sindacale, perché la legge continuava a selezionare i beneficiari delle norme di cui al titolo III Stat. lav. sulla base di criteri diversi ma comunque ragionevoli.

Inoltre, sempre nella medesima sentenza, la Corte costituzionale sembrava essere consapevole della circostanza che il criterio di rappresentatività di cui all'art. 19 versione post-referendaria, al contrario di quello della maggiore rappresentatività, era confinato alla sola costituzione delle rsa, avendo perso il ruolo di referente extra-aziendale²². Naturalmente, tutto ciò si è potuto verificare poiché in quegli anni l'ordinamento intersindacale sembrava non aver più bisogno del "puntello" legislativo fornito dalla norma statutaria, avendo preso piede, come organismo principale di rappresentanza sindacale in azienda, la rappresentanza sindacale unitaria (d'ora in poi rsu), allora re-

²¹ Sul punto v. LISO, *La Fiom e la rappresentanza in azienda*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, secondo il quale "il dato della firma non poteva considerarsi autosufficiente, dovendo essere qualificato anche dall'essere espressione di un'effettiva capacità rappresentativa dell'organizzazione sindacale firmataria", cosicché si recuperava "l'idea che la rappresentatività dovesse comunque essere una qualità già posseduta dal soggetto firmatario" (p. 171).

²² È questo il senso del passaggio della sentenza secondo il quale "agli effetti delle norme che, ai livelli sovra-aziendali, attribuiscono alle associazioni sindacali più rappresentative la legittimità a stipulare determinati contratti collettivi [...] oppure diritti di informazione o di consultazione [...] la nozione di rappresentatività si definisce autonomamente dall'art. 19" (*Considerato in diritto*, punto 4).

golata dal Protocollo del 1993²³ e caratterizzata dal carattere prevalentemente elettivo²⁴.

4. *La sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013*

Considerata la formulazione del nuovo art. 19 Stat. lav., la mancata sottoscrizione del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva poteva impedire l'accesso ai diritti di cui al titolo III a sindacati che, pur avendo ampio consenso fra i lavoratori grazie a una cospicua rappresentatività associativa, e pur avendo partecipato alle trattative, non fossero d'accordo su una determinata soluzione contrattuale.

Il problema si è posto all'attenzione generale a seguito della ben nota vicenda della contrattazione "separata" del gruppo Fiat, iniziata una decina d'anni fa, che ha avuto l'esito paradossale di privare la Fiom/Cgil, largamente rappresentativa nella categoria e con un cospicuo numero di iscritti nelle aziende del gruppo, della possibilità di costituire una propria rsa.

Tale esito, più o meno prevedibile²⁵, ha riaperto la questione della conformità dell'art. 19 Stat. lav. all'art. 39, co. 1, Cost. e la Corte costituzionale è intervenuta con la sentenza 231 del 2013, dichiarando l'illegittimità 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 essendo firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi ... quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda".

La Consulta ha pronunciato una sentenza, che, lasciando formalmente immutata la lettera della disposizione, nella sostanza la riscrive, modificandone il significato e la portata. Insomma, la Corte è stata costretta a prendere atto che, in mancanza di sottoscrizione del contratto (e dunque in

²³ L'istituzione delle rsu per la verità risale a un'intesa del 1991, limitata però alle sole centrali confederali, mentre il Protocollo del 1993 era concordato anche con Governo e Confindustria.

²⁴ Temperato, come noto, dalla presenza della "clausola del terzo riservato" che prevedeva, appunto, la riserva di un terzo dei seggi delle rsu alle associazioni firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro applicati nell'unità produttiva.

²⁵ Sul punto v., per tutti, GHERA, *L'art. 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in AA.VV., *op. cit.*, pp. 161-165.

presenza di dissenso), si spezza il nesso che nell'art. 19 tiene insieme la rappresentanza sindacale dei lavoratori in azienda e la rappresentatività del sindacato misurata sul suo consenso alla stipulazione del contratto. L'esclusione di un'associazione, la cui rappresentatività, nei fatti, non dipende dalla circostanza che sia disponibile a sottoscrivere un contratto da cui dissente, rimette in discussione la razionalità del criterio selettivo previsto dall'art. 19, perché il dissenso del sindacato rappresentativo in merito al contratto finisce per essere punito dalla lettera della norma statutaria. Non resta che ammettere che la selezione a favore dei soli firmatari premia i sindacati "consenzienti" con il datore di lavoro, in spregio ai principi costituzionali di eguaglianza e di libertà sindacale. Lo "squilibrio" deve essere allora sanato: il sindacato effettivamente rappresentativo deve essere incluso, anche se dissenziente²⁶.

Le conclusioni alle quali è giunta la Corte costituzionale nell'ultima pronuncia testimoniano che il sistema sindacale di fatto è definitivamente entrato in crisi, come dimostrato dagli accordi separati del gruppo Fiat e dalla perdita di centralità delle rsu quale organismo unico di rappresentanza sindacale in azienda. Inoltre, la sentenza 231 mette in evidenza che l'art. 19 Stat. lav. ha definitivamente perso il ruolo di sostegno legislativo per l'ordinamento intersindacale e ha acquisito la funzione di "soluzione tampone", in attesa, come sarà evidente di qui a poco, di un intervento (più o meno) sistematico da parte dell'ordinamento statale.

²⁶ Corte cost. n. 231/2013, punto 6.5. Secondo A. ZOPPOLI, *Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013*, in L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI, DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazione sindacali?*, Editoriale scientifica, 2014, p. 421, la Corte ha in sostanza detto che la partecipazione alle trattative è una conseguenza e non un indice della rappresentatività "sociologica" del sindacato. Infatti, "la partecipazione, più che essere indice della rappresentatività sindacale, a essa consegue: la sentenza 231 esclude espressamente che di un sindacato significativamente rappresentativo si possa giustificare la non ammissione alle trattative". Sul punto v. anche GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Cedam, 2017, p. 37, secondo il quale la lettura fornita dalla Consulta nel 2013 ha un'indubbia rilevanza sistematica avendo la Corte "individuato una sorta di statuto minimo della presenza sindacale in azienda".

5. Segue. *Il problema della rappresentatività "incerta" e gli interventi della giurisprudenza ordinaria*

A questo punto è interessante comprendere in che modo l'art. 19, così come "manipolato" dalla Consulta, sia stato applicato nei casi concreti. Sicché, con la consapevolezza che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale rende "altissimo il grado di imprevedibilità del contenzioso"²⁷, occorre guardare alla ridotta giurisprudenza successiva alla sentenza 231, giurisprudenza che va a "riesumere" la nozione di maggiore rappresentatività degli anni '80 del secolo scorso con tutti i problemi che già in passato aveva presentato. Peraltro, spesso queste sentenze utilizzano una nozione di maggiore rappresentatività a livello aziendale²⁸, in ciò, per la verità, indotte da alcune affermazioni contenute nell'arresto della Corte costituzionale del 2013, come quelle secondo le quali "dalla mancata sottoscrizione del contratto collettivo è derivata la negazione di una *rappresentatività* che esiste, invece, nei fatti e *nel consenso dei lavoratori addetti all'unità produttiva*"²⁹ e, ancora più chiaramente, una diversa interpretazione dell'art. 19 rispetto a quella proposta dalla medesima Corte trasformerebbe la previsione dello Statuto "in meccanismo di esclusione di un soggetto *maggiormente rappresentativo a livello aziendale*"³⁰, così dando l'idea che la misurazione della rappresentatività possa avvenire anche a quel livello. D'altronde, si tratta di una diretta conseguenza dell'apertura alla stipulazione dei contratti collettivi di qualsiasi livello quale criterio unico di accesso alla costituzione della rsa, a seguito della modifica referendaria del 1995.

C'è poi una difficoltà intrinseca a utilizzare la nozione di rappresentatività venuta fuori dalla sentenza della Corte costituzionale, derivante dal fatto che si basa su criteri non sempre facilmente verificabili.

Il problema non è nuovo perché si è posto anche a proposito della rappresentatività comparata ai fini della selezione dei contratti collettivi³¹. Esemplificativo è il caso del trattamento economico dei lavoratori in cooperativa,

²⁷ Così L. ZOPPOLI, *Impresa e relazioni industriali dopo la "guerra dei tre anni": verso una nuova legge sindacale*, in *DLM*, 2013, p. 585.

²⁸ V. sentenza del Tribunale di Brescia del 2014.

²⁹ *Considerato in diritto*, Punto 6.5, mio il corsivo.

³⁰ *Considerato in diritto*, Punto 7, mio il corsivo.

³¹ Sul punto, v., da ultimo, DE LUCA TAMAJO, *Le criticità della rappresentatività sindacale "misurata": quale perimetro?* in *RIDL*, 2020, I, p. 367 ss.

a proposito del quale il legislatore utilizza, come retribuzione di riferimento, quella prevista dai contratti collettivi stipulati dai sindacati che hanno una rappresentatività più elevata a livello settoriale³². È ampiamente noto che la Consulta è intervenuta in merito con la sentenza 11 marzo 2015 n. 51, escludendo l'illegittimità del meccanismo di determinazione dei livelli salariali dei lavoratori in cooperativa³³.

Tuttavia, questa sentenza indica una strada che i giudici ordinari hanno seguito in maniera diversa. Talune pronunce si sono conformate a essa³⁴. Altre, invece, hanno considerato inapplicabili, per mancanza di prova, i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi³⁵. Inoltre, il secondo gruppo di sentenze esclude che la rappresentatività comparata possa essere considerata un fatto notorio, e cioè un fatto che non necessita di prova nel processo civile poiché “acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile e incontestabile”³⁶. Quest'ultima serie di sentenze dimostra che la scelta del legislatore, confermata dalla Corte costituzionale, di selezionare alcuni contratti collettivi che meglio di altri sarebbero in grado di garantire trattamenti retributivi proporzionati e sufficienti è costituzionalmente ineccepibile, ma rischia di non assicurare il risultato perché potrebbe scontrarsi con la richiesta dei giudici di dimostrare la selezione dei soggetti comparativamente più rappresentativi.

Rimanendo su un piano generale, le sentenze di merito appena richia-

³² V. art. 7, co. 4, d.l. 248/2007, convertito in l. 31/2008, secondo il quale “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 [...] applicano ai propri soci lavoratori [...] 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”.

³³ Il ragionamento della Corte è fondato sulla considerazione che in realtà l'art. 7, co. 7, d.l. 248/2007 non assegna ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative l'efficacia *erga omnes* in contrasto con l'art. 39 Cost., ma piuttosto “richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale 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.”.

³⁴ Trib. Parma 27 novembre 2015 n. 379 e Trib. Milano 25 agosto 2016 n. 2309.

³⁵ Trib. Asti 12 gennaio 2016; Trib. Milano 13 maggio 2016 n. 1401; Trib. Pavia 5 ottobre 2016 n. 395; Trib. Pavia 11 gennaio 2017 n. 1.

³⁶ Così Cass. 19 marzo 2014 n. 6299.

mate segnano definitivamente la fine di un'epoca, quella della centralità di una nozione presuntiva di rappresentatività. Quelle pronunce richiedono, infatti, una rappresentatività verificata, ritenendo peraltro, almeno in un caso, insufficiente il solo dato del numero di iscritti all'associazione sindacale stipulante³⁷. Insomma, emerge dalle sentenze che la nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo non è "automaticamente utilizzabile", ma va dimostrata, così da rischiare di perdere la sua efficacia soprattutto in una materia, come quella dei trattamenti minimi retributivi, che necessita invece di rapidità d'applicazione.

Tornando alla sentenza 231, la questione è un po' diversa ma le preoccupazioni sono simili. L'interpretazione della norma legale fornita dalla Consulta è agganciata, almeno *prima facie*, al dato dell'effettiva partecipazione alle trattative contrattuali, che ha una caratteristica differente rispetto ai criteri posti a fondamento della rappresentatività comparata, poiché, dopo il 2013, è il parametro di selezione unico e univoco per accedere alla costituzione delle rsa *ex art. 19 Stat. lav.* Tuttavia, tale criterio potrebbe presentare lo stesso difetto degli indici della rappresentatività comparata, ovvero rischia di dover essere dimostrato dal sindacato.

A ben guardare, però, secondo la Corte costituzionale, a contare è il rapporto con i lavoratori "che rimanda al dato oggettivo [...] della loro rappresentatività e, quindi, giustifica la stessa partecipazione alla trattativa". In altre parole, la rappresentatività precede la partecipazione alla trattativa e, soprattutto, dovrebbe essere, ad avviso della Consulta, un dato oggettivo. Pertanto, l'intervento della Corte costituzionale del 2013, soltanto a prima vista, dà luogo a un'anticipazione della verifica della rappresentatività dal momento della sottoscrizione del contratto collettivo a quello della partecipazione effettiva alle trattative per la sua stipulazione³⁸.

Inoltre, si può cogliere che i giudici costituzionali non potevano spingersi oltre con la riscrittura dell'art. 19 Stat. lav., riscrittura che, però, se si legge con attenzione la pronuncia, fa rientrare in gioco la necessità di una rappresentatività che prescindia dal rapporto dei sindacati con l'azienda e che guardi invece al rapporto fra lavoratori e sindacati. Se questa rappresentatività

³⁷ Secondo Trib. Pavia n. 395/2016, infatti, "la consistenza numerica degli iscritti non è che uno solo degli elementi atti a verificare la maggiore rappresentatività sul piano nazionale".

³⁸ V. MARTELLONI, *I tornanti della dialettica tra rappresentanza e conflitto collettivo*, in BARBERA, PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza. Le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014, p. 252.

debba essere necessariamente nazionale e non solo aziendale la Consulta non lo chiarisce espressamente e ciò consente a qualche provvedimento giurisdizionale di fondare, come anticipato, la nozione di rappresentatività su una base aziendale, prendendo in considerazione il numero degli iscritti al sindacato in una determinata azienda³⁹, oppure il numero di voti nelle elezioni delle rsu svoltesi nelle unità produttive di riferimento⁴⁰.

Per completezza, va segnalato che la (poca) giurisprudenza di merito non ha colto, perlomeno apparentemente, il profilo appena segnalato, rilevando che vale l'affermazione secondo la quale il sindacato ha imposto la sua partecipazione alle trattative e quindi è rappresentativo e non l'assunto contrario, secondo cui il sindacato è rappresentativo in base a un altro parametro e quindi ha diritto di partecipare alle trattative⁴¹. In realtà, a ben vedere, quanto appena detto non è in contrasto con la posizione illustrata in precedenza poiché le due affermazioni sono entrambe corrette, se si cambia prospettiva e si precisa che non esiste un potere di scelta da parte del datore di lavoro o delle associazioni imprenditoriali dei sindacati partecipanti alle trattative, ma, al contrario, esiste un obbligo, "se una trattativa è aperta, a far sedere al tavolo negoziale il sindacato che rappresenta un numero significativo di lavoratori"⁴².

6. *Le proposte per risolvere l'incertezza*

C'è da chiedersi come si faccia a individuare il sindacato o i sindacati *significativamente* rappresentativi, ai quali i datori di lavoro (o le associazioni imprenditoriali) non possono impedire di partecipare alle trattative negoziali e che, conseguentemente, possono costituire proprie rsa, poiché essa deriva da dati oggettivi e disponibili.

Quando la rappresentatività sindacale è fondata esclusivamente su dati aziendali sembrerebbe rientrare in gioco la necessità di documentare di volta in volta, a seconda dell'unità produttiva, la base rappresentativa del sindacato che deve essere ammesso a partecipare, se vuole, alle trattative negoziali.

³⁹ Trib. Brescia 4 febbraio 2014.

⁴⁰ Trib. Busto Arsizio 30 luglio 2014.

⁴¹ Trib. Roma (decreto) 16 settembre 2014.

⁴² A. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 428.

Ciononostante, un'interpretazione di tal genere deve fare i conti con la circostanza che il controllo di rappresentatività non può essere limitato al solo livello nazionale, altrimenti la conseguenza sarebbe un'inversione di tendenza in materia di tutele sindacali, rispetto alla versione dell'art. 19 precedente all'interpretazione della norma fornita dalla sentenza 231, inversione della quale non vi è traccia nella pronuncia. E allora si potrebbe dire che, dopo aver verificato la mancanza degli indici di rappresentatività nazionali di un sindacato (qualunque essi siano), occorre verificare (qualunque siano i parametri) la rappresentatività del medesimo sindacato a livello aziendale, cosicché soltanto la risposta negativa a uno dei test di rappresentatività impedirebbe a quell'associazione di costituire una sua rsa ex art. 19 Stat. lav.

Per di più, va ricordato, per inciso, che, se un sindacato con un'elevata rappresentatività a livello soltanto aziendale (dimostrabile, ad esempio, attraverso un cospicuo numero di iscritti nell'unità produttiva) e non riconducibile ad alcuna associazione nazionale fosse escluso dal tavolo delle trattative negoziali aziendali, non potrebbe ricorrere all'azione di cui all'art. 28 Stat. lav. Tuttavia, questo fattore non è dirimente perché, da un lato, anche prima della sentenza della Corte costituzionale del 2013, sussisteva il medesimo problema per i sindacati esclusivamente aziendali, ai quali fosse stato impedito di sottoscrivere il contratto pur avendo partecipato attivamente alle trattative e, dall'altro, il sindacato aziendale poteva e può ricorrere in giudizio contro il datore di lavoro utilizzando azioni diverse rispetto a quella prevista dall'art. 28 Stat. lav.

E veniamo ora al versante propositivo. Da molte parti è stata avanzata l'idea di adoperare, ai fini dell'identificazione dei sindacati rappresentativi, i criteri di selezione che il sistema sindacale di fatto si è dato attraverso il Testo unico sulla rappresentanza del 2014, implicitamente confermati dal Patto della fabbrica del 2018. Com'è noto, il primo accordo prevede espressamente che "ai sensi dell'art. 19 [...], si intendono partecipanti alla negoziazione le organizzazioni che abbiano raggiunto il 5% di rappresentanza, secondo i criteri concordati nel presente accordo, e che abbiano partecipato alla negoziazione in quanto hanno contribuito alla definizione della piattaforma e hanno fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del c.c.n.l."⁴³.

⁴³ Sul punto, v., fra gli altri, ALAIMO, *La riforma della rappresentanza aziendale dei lavoratori. Dal sistema duale al doppio canale. Itinerari possibili*, in CALCATERRA (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale scientifica, 2018, p. 1525 ss.

Il suggerimento è apprezzabile, pur se la previsione richiede la sussistenza di tutti e tre i criteri: la soglia percentuale, la definizione della piattaforma e la partecipazione alla delegazione trattante. Inoltre, l'utilizzo di tali criteri, pensati per il tavolo negoziale nazionale, sembra essere dissonante rispetto a quanto emerso dalla sentenza della Corte costituzionale, che, come rilevato più volte, non pare prescindere del tutto dal livello aziendale per la verifica della rappresentatività, mentre, adottando i criteri convenzionali, la dimensione aziendale sarebbe quasi completamente assente. Invero, si avrebbe una flebile traccia di tale dimensione soltanto con riferimento alla soglia (per vero ridotta) del 5% che è data dalla “media tra il dato associativo (percentuale delle iscrizioni certificate) e il dato elettorale (percentuale dei voti ottenuti sui voti espressi)”, ovviamente con riguardo alle elezioni delle rsu che avvengono nelle singole unità produttive, anche se il riferimento all’“ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro” non lascia adito a dubbi sul livello contrattuale di riferimento per il calcolo della soglia. Permane poi il problema della verifica dei tre criteri indicati nel Testo Unico. E infatti, mentre il limite del 5% e la partecipazione alla delegazione trattante sono dati oggettivi, la contribuzione alla definizione della piattaforma negoziale richiede di essere dimostrata con modalità tutt'altro che chiare.

7. Conclusioni

A questo punto è opportuno fare alcune osservazioni finali.

In primo luogo, va ricordato che l'art. 19 Stat. lav. convive, su un piano ordinamentale differente, con il Testo unico sulla rappresentanza del 2014 anche da un altro punto di vista rispetto a quanto appena detto. Tale accordo, infatti, disciplina le rsu, organismi che, come noto, al pari delle rsa, sono vicini al “canale unico” di rappresentanza sui luoghi di lavoro⁴⁴. Tuttavia, le parti sociali, nonostante le “precauzioni” previste nell'accordo⁴⁵, non escludono

⁴⁴ Perché coniugano la matrice elettiva – elezioni da parte di tutti i lavoratori – con quella associativa – liste presentate da associazioni sindacali in possesso di determinati requisiti.

⁴⁵ V. la clausola di salvaguardia del Testo unico sulla rappresentanza del 2014, secondo la quale “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, aderiscano alla disciplina in essi contenuta partecipando alla procedura di elezione della r.s.u., rinunciano formalmente ed espressamente a costituire r.s.a. ai sensi del-

che nelle unità produttive con più di quindici dipendenti possano essere costituite le rsa. Del resto, la via contrattuale alla regolamentazione delle rappresentanze sindacali dei lavoratori nei luoghi di lavoro non è autosufficiente. Infatti, occorre considerare che la disciplina interconfederale e la contrattazione collettiva nazionale di categoria, che dà attuazione agli Accordi interconfederali, non hanno efficacia generale e che vi sono importanti settori nei quali i contratti collettivi non prevedono la costituzione delle rsu, optando quindi per le rsa. Inoltre, resta aperta la questione delle organizzazioni sindacali che non partecipano all'elezione della rsu, che porta con sé la possibile coesistenza tra la rsu e una o più separate rsa.

In secondo luogo, a seguito delle modifiche dell'art. 19 Stat. lav., permane il problema delle imprese nelle quali il datore di lavoro non applica alcun contratto collettivo, mancando di conseguenza i presupposti necessari per la costituzione delle rsa ex art. 19. In tal caso, non si tratta di coesistenza tra diversi organismi di rappresentanza sindacale in azienda, ma di totale assenza di rappresentanza sindacale dei lavoratori nei luoghi di lavoro.

A tutti questi problemi e all'incerta nozione di rappresentatività scaturita dalla sentenza della Corte costituzionale del 2013 potrebbe dare una soluzione definitiva soltanto una legge sulla rappresentanza sindacale, peraltro auspicata anche dall'ultima pronuncia della Consulta⁴⁶, ammesso che il Par-

l'art. 19, della legge 20 maggio 1970, n. 300. 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 aderiscono, si impegnano a non costituire r.s.a. nelle realtà in cui siano state o vengano costituite r.s.u.”.

⁴⁶ “L'intervento additivo così operato dalla Corte [...] non affronta il più generale problema della mancata attuazione complessiva dell'art. 39 Cost., né individua – e non potrebbe farlo – un criterio selettivo della rappresentatività sindacale ai fini del riconoscimento della tutela privilegiata di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori in azienda nel caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale. Ad una tale evenienza può *astrattamente* darsi risposta attraverso una molteplicità di soluzioni. Queste potrebbero consistere, tra l'altro, nella valorizzazione dell'indice di rappresentatività costituito dal numero degli iscritti, o ancora nella introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento, o nell'attribuzione al requisito previsto dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori del carattere di rinvio generale al sistema contrattuale e non al singolo contratto collettivo applicato nell'unità produttiva vigente, oppure al riconoscimento del diritto di ciascun lavoratore ad eleggere rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro. *Compete al legislatore l'opzione tra queste od altre soluzioni*”. C. cost. 231/2013, *Considerato in diritto*, punto 9, miei i corsivi.

lamento sia in grado di raggiungere questo risultato, giacché sulle caratteristiche di un provvedimento legislativo di tal genere le opinioni delle forze politiche e delle stesse confederazioni sindacali divergono profondamente. Legge che, indipendentemente dai contenuti, sarebbe uno strumento indispensabile per superare l'“anomalia costituita dal riconoscimento dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro e dell'esercizio delle loro prerogative solo a condizione della partecipazione dei sindacati alle trattative negoziali”⁴⁷. Insomma, in un certo senso, si torna al punto di partenza, ovvero alla messa in discussione dell'anomia del diritto sindacale italiano e della necessità di un intervento eteronomo legislativo, anche se il contesto è molto diverso rispetto sia a quello della fine degli anni '60 sia a quello degli inizi degli anni '90 e per certi versi più complesso. Basti pensare al fenomeno della c.d. *platform economy*, assolutamente di là da venire nel secolo scorso, che impatta, fra l'altro, con il tema degli organismi sindacali in azienda, da un lato, perché il concetto di unità produttiva, al quale si riferiscono sia le rsa sia le rsu, appare sempre più smaterializzato nell'economia digitale; dall'altro, perché per costituire soprattutto le rsa, è indispensabile l'esistenza di un contratto collettivo effettivamente applicato e le piattaforme digitali spesso sfuggono alla regolazione collettiva⁴⁸.

Nondimeno, per evitare che, in attesa di un intervento legale si arresti la costituzione degli organismi di rappresentanza sindacale in azienda occorre proporre soluzioni concrete. L'idea di ricorrere a quanto previsto dal sistema sindacale di fatto, pur apprezzabile, non trova conferma a livello giurisprudenziale, a cominciare dalla sentenza della Corte costituzionale del 2013, per finire alle pronunce di merito che la applicano. Infatti, la sentenza 231 non poteva far riferimento all'Accordo interconfederale del 2013, antesignano del Testo unico del 2014, poiché “limitato al solo ordinamento intersindacale facente capo a Cgil-Cisl-Uil-Confindustria”⁴⁹ e quindi sofferente dei suoi limiti e delle sue debolezze. Anche i pronunciamenti successivi, come visto, si orientano verso determinazioni, non sempre condivisibili, ma che, appunto,

⁴⁷ SCARPONI, *Statuto, rappresentanza e contrattazione collettiva*, in *RGL*, 2020, I, p. 125.

⁴⁸ In merito, v., fra gli altri, i contributi di MAGNANI, *Nuove tecnologie e diritti sindacali*, BINI, *Il social network: da luogo a soggetto della rappresentanza sindacale digitale?*, CAPONETTI, *Social media e rappresentanza aziendale: quali scenari?*, DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali: l'unità produttiva nell'impresa frammentata*, tutti in *LLL*, 2019, 2, rispettivamente, p. 1 ss., 9 ss., 27 ss., 98 ss.

⁴⁹ C. Cost. 231/2013, *Ritenuto in fatto*, punto 1.7.

prescindono dal ricorso all'ordinamento intersindacale⁵⁰. Insomma, a livello giurisprudenziale, sembra essere quasi del tutto assente un proficuo dialogo inter-ordinamentale in tema di rappresentatività sindacale che sarebbe stato utile per il miglior funzionamento di entrambi i sistemi normativi⁵¹.

Pertanto, è necessario ricercare altre strade all'interno, però, dell'ordinamento statutale e non del sistema sindacale di fatto. A tal scopo, è utile ricapitolare i caposaldi dell'interpretazione della nozione di rappresentatività fornita dalla Consulta ai fini della costituzione delle rsa. Alcuni di questi sono ricavabili dalla sentenza del 2013, altri dalle pronunce precedenti poiché non messi in discussione dalla giurisprudenza successiva.

Anzitutto, almeno a livello di giurisprudenza costituzionale, permane la centralità del contratto collettivo come criterio di rappresentatività del sindacato che continua a dover essere non un contratto qualsiasi ma un contratto normativo come affermato dalla sentenza n. 244 del 1996 e implicitamente confermato dalle pronunce successive.

Ricapitolando, può costituire una propria rsa sia il sindacato che partecipa attivamente alle trattative per la stipulazione di un contratto collettivo normativo sia il sindacato che ha una rappresentatività sul piano nazionale tale da non poter essere legittimamente escluso dal datore di lavoro da quelle trattative.

Analogo discorso, a mio avviso, vale per il contratto collettivo aziendale, altrimenti si realizzerebbe di fatto l'inversione di tendenza in tema di tutele sindacali di cui si è parlato prima.

Perciò, l'anticipazione del criterio per costituire rsa dalla sottoscrizione del contratto alla partecipazione delle trattative rende indispensabile individuare indici di rappresentatività dei sindacati indipendenti e antecedenti alla medesima partecipazione, che è soltanto il momento di emersione della rappresentatività acquisita altrove. Nell'attesa di un intervento legislativo di là da venire, gli indici più affidabili, e adoperati dalla poca giurisprudenza successiva al 2013, sono il dato associativo e quello elettorale, e cioè la percentuale di iscritti e la percentuale di voti ottenuti da un sindacato nell'elezione

⁵⁰ Perplexità sul ricorso esclusivo ai criteri previsti nel Testo unico sono state avanzate da BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 62.

⁵¹ Nella ricerca condotta soltanto la sentenza della Corte d'Appello di Milano del 2 luglio 2018 n. 216 prova a prendere in considerazione i criteri di rappresentatività sindacale di cui al Testo Unico sulla rappresentanza del 2014, sottolineandone la loro applicabilità al livello nazionale di contrattazione.

delle rsu, che possono essere utilizzati, al contrario di quanto previsto dal Testo unico del 2014, anche alternativamente altrimenti si rischierebbe di “tagliare fuori” i sindacati che hanno una dimensione aziendale, così travisando il senso dell’ultimo arresto della Corte costituzionale. Infatti, può accadere che un sindacato abbia un cospicuo numero d’iscritti in una determinata unità produttiva ma non abbia raccolto voti nell’elezione delle rsu semplicemente perché non ha aderito al sistema del Testo unico ed è proiettato in una dimensione esclusivamente aziendale. In sintesi, l’art. 19 Stat. lav., alla luce dell’interpretazione data dalla Consulta, consente di costituire una propria rsa anche a un sindacato che è riuscito a imporsi al tavolo negoziale per la stipulazione di un contratto aziendale perché ha un numero elevato d’iscritti in quella determinata unità produttiva. È ovvio che qualora la rappresentatività derivi dal solo dato associativo, questo deve essere più elevato sì da compensare la mancanza del dato elettorale⁵².

Naturalmente l’altra faccia della medaglia è che un sindacato significativamente rappresentativo in una determinata azienda perché ha un consistente numero d’iscritti in quella realtà organizzativa, non può essere legittimamente escluso dal tavolo delle trattative per la stipulazione del contratto collettivo a quel livello e quindi può costituire una propria rsa. Per cambiare quest’approdo è necessario modificare il testo dell’art. 19 Stat. lav.⁵³, che, nell’attuale versione, ha perso la sua valenza sistematica⁵⁴, oppure, lo si ripete ancora una volta, occorre approvare una legge generale in tema di rappresentanza e rappresentatività sindacale. Naturalmente, l’intervento legale dovrebbe svolgere una funzione diversa rispetto a quella espletata dall’art. 19 Stat. lav. fino alla fine degli anni ’80 del secolo scorso, in considerazione del fatto che l’ordinamento intersindacale sembra non essere in grado di uscire dalla crisi. Pertanto, non occorre più un sostegno legislativo al sistema sindacale di fatto ma un intervento dell’ordinamento statale che assicuri autonomamente il funzionamento degli organismi sindacali aziendali.

⁵² Volendo adoperare, a titolo esemplificativo, la soglia del 5%, come media tra i due dati, il sindacato che non può usufruire del dato elettorale, non avendo partecipato alle elezioni delle rsu, dovrebbe avere almeno il 10% degli iscritti a livello aziendale.

⁵³ NATULLO, *op. cit.*, p. 792.

⁵⁴ Lapidario il giudizio di GAETA, *op. cit.*, sull’articolo dello Statuto: “all’inizio centralissimo, oggi prima periferia. Semicancellato da un referendum giustizialista, raddrizzato un po’ dalla Consulta. Comunque, non c’è più la rappresentatività di una volta”.