



Massimo D'Antona e le nuove prospettive dell'art. 39 Cost.

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 445/2021

© Bruno Caruso 2021
Università di Catania
bcaruso@lex.unict.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Massimo D'Antona e le nuove prospettive dell'art. 39 Cost.^α

Bruno Caruso
Università di Catania

1. D'Antona e l'art. 39 della Costituzione: un rapporto costante. ..	2
2. Il pensiero di D'Antona sull'art. 39: il contesto e uno sguardo di insieme.....	4
3. Il primo articolo del 1985, opportunità di una riforma costituzionale.....	12
4. Il secondo articolo del 1989: "Sindacati e Stato a vent'anni dallo Statuto".	14
5. Il terzo articolo del 1990: "Diritti sindacali e diritti del sindacato. Il titolo III dello Statuto rivisitato".	16
6. Quarto articolo, 1992, "Chi rappresenta chi e i debiti della decima legislatura".	17
7. Quinto articolo, l'ultimo, 1998. "Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione oggi".	18
8. Cosa rimane della lezione D'Antoniana sull'art. 39 della Costituzione.	20
9. Problemi vecchi rivisitati: la legge sulla rappresentatività sindacale.....	20
10. Serve ancora una legge e di che tipo?	21
11. La nuova rappresentanza del lavoro.	22

^α Di prossima pubblicazione in *Introduzione al diritto sindacale. Letture e riletture*, a cura di O. Mazzotta.

1. D'Antona e l'art. 39 della Costituzione: un rapporto costante.

Il tema dell'art. 39 della Costituzione, malgrado il trascorrere del tempo, rimane sempreverde. Attraversa cicli storici e in alcune fasi sembra quasi infrattarsi, ma il suo interesse continua a scorrere anche se sottotraccia. Ci sono almeno due ragioni per spiegare questa persistente attualità.

La prima è che l'art. 39 è ancora la norma *pivot* dell'ordinamento sindacale italiano. E lo è in misura maggiore dell'art. 40 sullo sciopero, disposizione più storicamente legata al fordismo e alla dicotomica contrapposizione degli interessi di classe, tipica di quella fase. Lo sciopero come forma di conflitto, se non appare in declino, certamente subisce il forte cambiamento della morfologia sociale del post-fordismo e della rivoluzione digitale e per questo, rispetto al passato, la sua rilevanza, e anche la sua attualità, si riduce e/o si trasforma.

Ma l'art. 39 è norma ancor più *pivot* dell'art. 46 sulla cogestione che è invece, storicamente, considerata una sorta di cenerentola del trittico delle norme che i padri costituenti dedicarono al diritto sindacale. Vero è invece che la norma sulla partecipazione nell'impresa, secondo molti, tra cui chi scrive, è probabilmente destinata a una rivalutazione per ragioni che non è possibile approfondire in questa sede.

L'art. 39 è, per altro, la disposizione forse più ossimorica della nostra Costituzione: l'aveva già intuito negli anni '60 del secolo scorso Giuseppe Pera¹. Lo è nel senso che, per anni, si sono studiati gli effetti giuridici della sua perdurante inattuazione; il paradosso, noto, di una norma che produce effetti proprio in quanto rimasta inattuata, almeno nella seconda parte (*infra*). Dunque, i temi del governo del pluralismo sindacale e della prassi, che vi si specchia, dell'unità sindacale; della misurazione della rappresentatività effettiva e/o formale dei sindacati che pretendono anche di esercitare poteri pubblici; della democrazia di associazione e di organizzazione e della tutela dei diritti di partecipazione dei singoli e delle minoranze nelle grandi coalizioni; del potere istituzionale delegato dallo Stato alle grandi organizzazioni di interessi, onde la possibilità di emanare atti formalmente negoziali ma di regolazione degli interessi equiparati alla legge e tanti altri, sono tutti temi sussunti nelle 78 parole di cui si compone la disposizione e che ne segnano ancora la centralità nel diritto sindacale.

La seconda ragione per cui riflettere sull'art. 39 rimane importante è che tale norma costituisce uno dei viatici più importanti per accostarsi alla

¹ Lo scritto celeberrimo di Pera sul 39 *Il trentanovismo è nelle cose*, PD, 1985, 3, 503. L'opera di maggiore respiro sul tema resta la sua monografia del 1960, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Feltrinelli.

riflessione "ordinamentale" di Massimo D'Antona che, com'è noto, sul tema si è speso molto. Lo studioso, prematuramente scomparso², vi ha dedicato molteplici studi, sino all'ultimo della sua vita, forse il più importante, dato alle stampe quando era ancora in vita, ma pubblicato postumo: *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione oggi*³.

Per la rilettura del suo pensiero sul tema, la cui attualità non è stata per nulla scalfita dal passare del tempo (*infra*) si sono utilizzati i cinque saggi che si ritengono più importanti, pubblicati in riviste prestigiose; per altro, la produzione di diritto sindacale di D'Antona è imponente, il volume degli scritti che li raccoglie consta di 500 pagine circa.

Fig.1

Scritti di D'Antona sull'art. 39, considerati

1. *L'opportunità di una riforma costituzionale*, PD, 1985, p. 495 ss.
2. *Sindacati e stato a vent'anni dallo statuo dei lavoratori*, Rgl, 1989, I, p. 407
3. *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello statuto rivisitato*, LD, 1990, p. 247
4. *«Chi rappresenta chi»: i debiti della decima legislatura*, LD, 1992, 531
5. *Il quarto comma dell'art. 39, oggi*, GDLRI, 1996, p. 665

I saggi sono stati pubblicati in un arco di quasi 15 anni, dal 1985 al 1999; si citeranno man mano che ci si confronterà con il loro specifico contenuto.

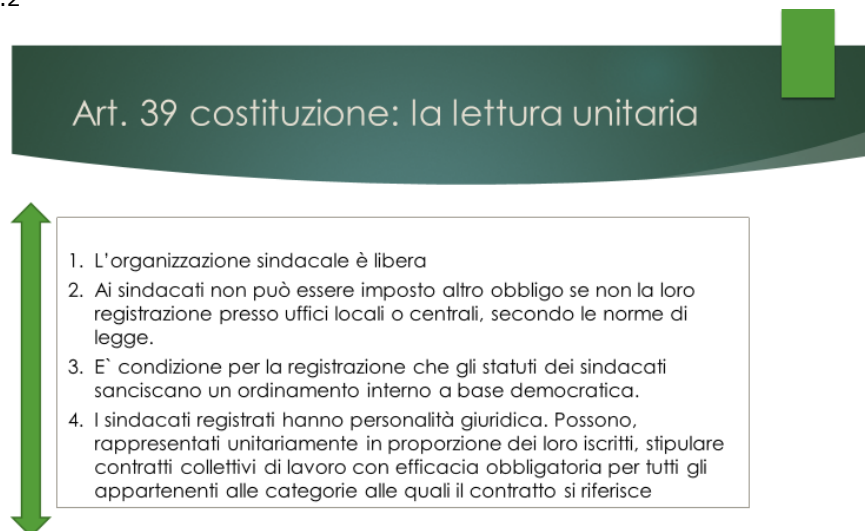
² Per una breve biografia di D'Antona si rinvia a Caruso *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, diretto da Barocchi, Cortese, Mattone, Miletta, vol. I A-Les, il Mulino, 2013. Il modo migliore per accostarsi al pensiero dell'autore rimane certamente la lettura diretta delle sue *Opere*, a cura di Caruso-Sciarra, Giuffrè, 2000.

³ D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in Caruso, Sciarra (a cura di), *Opere*, Giuffrè, 2000, p. 399 ss.

2. Il pensiero di D'Antona sull'art. 39: il contesto e uno sguardo di insieme.

Pare opportuno, introduttivamente, fornire un breve quadro di insieme della riflessione di D'Antona, collocata nel momento storico in cui scrive. Il filo rosso del suo pensiero, nei diversi scritti sull'argomento, è la lettura unitaria della prima e della seconda parte dell'art. 39.

Fig.2



D'Antona si muove, quasi sempre, sul filo della progettazione di una legge sindacale ordinaria su rappresentanza, rappresentatività e efficacia del contratto – come scrive in maniera esplicita nell'ultimo saggio del 1998 – tuttavia a Costituzione invariata.

In particolare, D'Antona si interroga – è questa la sostanziale novità rispetto al dibattito post-costituzionale – non sulla necessità di attuazione della II parte dell'art. 39; ovvero, in senso opposto, sulla opportunità della sua abrogazione per eliminare l'effetto di ostacolo alla possibilità di emanare una legge di segno diverso.

Occorre, infatti, ricordare che la tesi "testualistica" - cioè della necessità dell'attuazione costituzionale rispettosa dei dettagli tecnici della II parte dell'art. 39: registrazione, personalità giuridica, statuto associativo democratico, delegazione unitaria in proporzione degli iscritti, per

qualunque ipotesi di *erga omnes* del contratto collettivo di categoria - era propria della dottrina c.d. trentanovista⁴.


Fig. 3

LETTURA TESTUALISTICA del 39, la dottrina «trentanovista»: Giuseppe Pera

- ▶ L'organizzazione sindacale è libera.
- ▶ Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro **registrazione** presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge.
È condizione per la registrazione che gli **statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica**. 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 alle categorie alle quali il contratto si riferisce.

▶ LEGGE di attuazione **pedissequa**

.....
.....
.....
.....



Nella metà degli anni '80 del secolo scorso - in cui D'Antona incomincia ad occuparsi dell'art. 39 - si era giunti alla conclusione che entrambe le strategie istituzionali, quella dell'attuazione filologica della II parte⁵, o, al contrario, quella della sua abrogazione/modifica, si consideravano, probabilmente a ragione, storicamente responsabili del blocco riformatore.

I fautori dell'attuazione "testualistica" dell'art. 39 producevano un blocco per disaccordo anche politico sulle modalità tecniche dell'attuazione; i fautori della abrogazione o della modifica della II parte dell'art. 39 si arenavano dinnanzi alle difficoltà e alle lunghezze del procedimento di revisione della Costituzione⁶.

⁴ *Supra* nt. 1

⁵ Il comma 1 dell'art. 39, sulla libertà sindacale, era indiscutibilmente applicato e venne, anzi, "esaltato" nella stagione del c.d. autunno caldo (1968-1972) e dell'attivismo delle coalizioni spontanee e informali.

⁶ Cfr. Commissione bicamerale Bozzi (dal nome del suo presidente), 1983-1985.

Fig. 4



La tesi che era finita per prevalere, negli anni '60 e '70, era quella teorizzata da Federico Mancini e ripresa da Gino Giugni nel suo manuale (all'epoca, una sorta di manifesto del diritto sindacale italiano)⁷, cioè della irrilevanza della II parte dell'art. 39: la II parte rimane, ma non si applica ("c'è ma non si vede"), salvo impedire applicazioni alternative in via di legislazione ordinaria (l'effetto ossimorico, di cui si è detto, dell'inattuazione produttiva di effetti giuridici).

⁷ Mancini, *Il problema dell'art. 39. Libertà sindacale e contratto collettivo «erga omnes»*, in *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino, 1963 ora 1976. Giugni, *Diritto sindacale*, VIII ed., Cacucci, 1986.

Fig. 5

La tesi della sufficienza del comma 1 e della irrilevanza della seconda parte (Mancini/Giugni): **la II parte c'è ma non si vede o quasi**

L'organizzazione sindacale è libera

Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge.
 È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica.
 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 alle categorie alle quali il contratto si riferisce.



Tale tesi portava alle estreme conseguenze la teoria giugniana dell'auto-sufficienza dell'ordinamento intersindacale⁸: e cioè che il sistema sindacale, specie dopo lo Statuto dei lavoratori del 1970 e la legislazione di sostegno, non avesse bisogno di intervento dello Stato perché sarebbe stata sufficiente l'autoregolazione delle parti sia per le dinamiche interne, sia nel reciproco riconoscimento tra organizzazioni sindacali e datoriali⁹.

L'ordinamento sindacale di fatto avrebbe, dunque, risolto le questioni poste dall'art. 39, II parte: vale a dire la democrazia, la rappresentatività sindacale e l'efficacia generale del contratto. Va anzi ricordato che, negli anni '80 del secolo scorso, la tesi dell'ordinamento sindacale di fatto viene portata sino a esiti che possono definirsi estremi, con il senno di poi; sino al punto cioè di teorizzarne un complessivo esito istituzionale in senso neocorporativo, in linea con l'evoluzione della Costituzione materiale del tempo¹⁰.

⁸ Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, ristampa 1960, ora 1977.

⁹ L'analisi più significativa del periodo, anche se concentrata sul sistema di contrattazione collettiva, è di Mariucci, *La contrattazione collettiva*, il Mulino, 1985, si v. pure di Giugni il *Commento all'art. 39 della Cost.* 1979, ora in, *Idee per il lavoro*, Laterza, 2020, a cura di Sciarra, 75 ss., ed. digitale.

¹⁰ Una simile evoluzione nel pensiero di Giugni, si veda il saggio *Concertazione sociale e sistema politico in Italia*, 1985 ora in *Idee per il lavoro*, 2020, 123 ss. e l'introduzione di Sciarra, 29 ss.

Il riferimento è alla dottrina sul sindacato maggiormente rappresentativo, come sistema sindacale di fatto, che è il portato teoricamente più potente della prassi politica della concertazione istituzionale praticata a quel tempo: i sindacati, soggetti privati, che si fanno Stato e che addirittura dettano l'agenda legislativa con le leggi negoziate e imposte al Parlamento¹¹.

La nozione di sindacato maggiormente rappresentativo, estrapolata dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, viene generalizzata, anche perché legittimata da ripetuti interventi della Corte costituzionale a salvaguardia della tenuta della norma statutaria sulle rappresentanze aziendali.

Va a tal proposito ricordato che la nozione di maggiore rappresentatività contenuta nell'art. 19 viene, all'epoca, più volte contestata con ricorsi alla Corte costituzionale fino alla sua parziale abrogazione manipolativa, con il referendum di metà degli anni '90¹². Va, altresì, ricordato che la nozione di maggiore rappresentatività viene funzionalmente estesa, già dalla fine degli anni 70 (con la c.d. legislazione di emergenza ma non solo)¹³, oltre lo Statuto. Proprio a partire dall'inizio degli anni '80, il legislatore ordinario incomincia a utilizzarla in maniera massiccia per devolvere, ai sindacati maggiori, veri e propri poteri normativi con riguardo alla legislazione di crisi, alla regolazione del mercato del lavoro, ai rapporti flessibili, ecc.¹⁴; si tratta di processo per altro ancor oggi perdurante con il *Jobs act* renziano, e oltre, anche se con la modifica riferita ai sindacati comparativamente più rappresentativi¹⁵.

¹¹ Lo studio più significativo in tal senso è di Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981. Vanno ricordati pure gli studi di Vardaro su corporativismo e neocorporativismo contenuti nel volume *Itinerari*, Angeli, 1989, a cura di Gaeta, Marchitello e Pascucci; anche la sua introduzione al volume, *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Angeli, 1988, a cura di Vardaro. Molto significativa fu l'iniziativa di D'Antona di raccogliere i contributi di "giovani" studiosi del periodo sui grandi temi del diritto sindacale italiano, *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, 1990.

¹² Nel corso degli anni, i giudici costituzionali sono stati chiamati in diverse occasioni a pronunciarsi sulla legittimità della norma statutaria: Corte cost. 6 marzo 1974, n. 54; Corte cost. 24 marzo 1988, n. 334; Corte cost. 26 gennaio 1990, n. 30. In argomento, v. Ricci, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci 1999, 99.

¹³ De Luca Tamajo e Ventura (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, 1979.

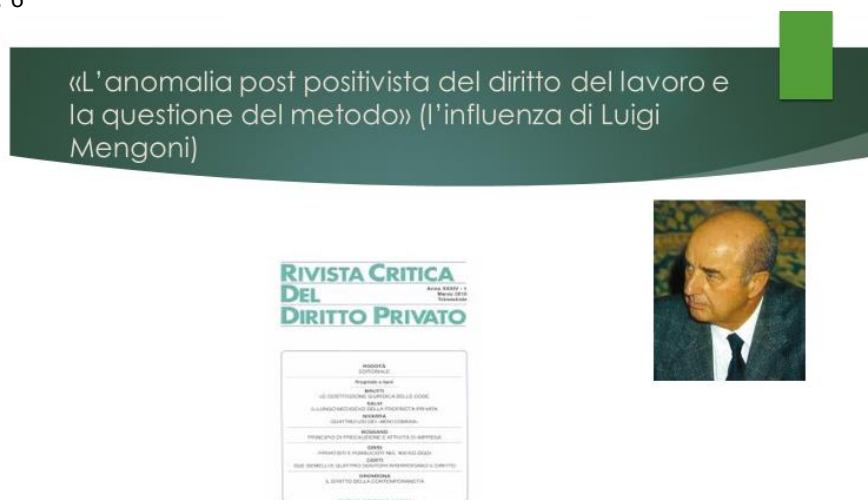
¹⁴ Uno dei contributi sistematici più rilevanti sul tema rimane la relazione di Liso al congresso dell'Aidlass del 1997, *Autonomia collettiva e occupazione*, pubblicata in *GDLRI*, 1998, 2, 191. Per una ricostruzione dei percorsi dottrinali negli '70 e '80 del secolo scorso, anche con riguardo al diritto sindacale, De Luca Tamajo, *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, e Ferraro, *Gli anni '80. La dottrina lavorista. Dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, entrambi in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di Ichino, Giuffrè, 2008.

¹⁵ La norma ormai considerata di rinvio sistemico è l'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 che così recita "Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni

D'Antona, sin dai suoi primi scritti, contrasta invece la tesi che si potesse dar luogo, in via di fatto, a un sistema sindacale alternativo a quello previsto dall'art. 39, in via di mera evoluzione della Costituzione materiale, magari ricorrendo alla ambigua categoria della effettività¹⁶: considera tutto ciò metodologicamente scorretto.

Scrive, a tal proposito, un importante saggio di metodo nel 1990, ancora punto di riferimento degli studi teorici sul diritto sindacale, considerando la tesi dell'ordinamento sindacale di fatto e del sindacato maggiormente rappresentativo frutto di opportunismo metodologico. E lo fa, utilizzando la lezione di un grande studioso certamente di formazione positivista, ma la cui elaborazione è notoriamente agganciata ai valori e ai principi, come Luigi Mengoni.

Fig. 6



sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria". Si rinvia a Saverio, Brevi riflessioni sulla rappresentatività sindacale: tra la nozione di sindacato comparativamente rappresentativo e le rappresentanze sindacali unitarie, RIDL, 2018, 3, 733 e a Tomassetti, La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015, DRI, 2016, 2, 367.

¹⁶ Su questo insiste invece la scuola milanese, in particolare gli allievi di Spagnuolo Vigorita, Liebman, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, 1986; Scarpelli, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, 1993.

D'Antona si dichiara assertore di un positivismo giuridico critico ed evoluto¹⁷ ove l'idea di fondo – in termini molto semplificati e ridotti all'osso – è che ogni attore del sistema sindacale avrebbe dovuto svolgere un ruolo regolatorio precipuo, ma delimitato. Certamente i sindacati e le grandi associazioni datoriali, a cui l'Autore attribuisce un ruolo confinato all'autoproduzione di regole di organizzazione dell'azione negoziale, democrazia e criteri di misurazione della rappresentatività; regole che invece apparivano in grave ritardo all'epoca in cui scriveva; ma soprattutto il legislatore, che avrebbe dovuto assumersi la responsabilità di intervenire prendendo di petto i problemi, non aggirandoli e sovraccaricando di responsabilità regolative la magistratura del lavoro, ma semmai tenendo conto dei vincoli politici e costituzionali.

Nella sua visione di fondo, proprio in assenza di una iniziativa seria del sindacato - D'Antona ritenne insufficiente il Protocollo sindacale del 1993 proprio con riguardo alle regole sulla democrazia nell'organizzazione¹⁸ -, deve essere lo Stato legislatore a stimolare, con un intervento che lui definisce neo istituzionale e riflessivo - anche in tal caso si ispira a Mengoni - il processo di autoproduzione intersindacale di regole su democrazia interna, rappresentanza, rappresentatività e procedimento negoziale, facendosi invece direttamente carico dell'estensione della efficacia dei contratti collettivi.

Il filo rosso del pensiero di D'Antona, nei saggi sul sistema sindacale italiano, era, quindi, che non solo una legge sindacale fosse possibile a prescindere dall'art. 39; ma che anzi fosse necessaria; e ciò proprio per fronteggiare, *sul piano teorico*, l'anomalia post-positivistica di un sistema che si autorealizzava normativamente sino al punto che i sindacati potessero contribuire direttamente al processo legislativo, non solo negoziando le leggi ma addirittura imponendole al Parlamento; ma anche per fronteggiare *sul piano politico*, attraverso l'autoregolazione della

¹⁷ Non è un caso che questo saggio venga rivalutato *ex post* da uno strenuo assertore del positivismo legislativo quale metodo da privilegiare anche nel diritto del lavoro: Persiani, *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, 3, 917. Si veda l'arguta e piacevolissima intervista, anche con eleganti argomenti *d'antan*, rilasciata a Barbera <https://www.labourlawcommunity.org/news-eventi/llc-interviews-series-il-mestiere-del-giurista-marzia-barbera-intervista-mattia-persiani/>.

¹⁸ La disposizione più rilevante del Protocollo del 1993 sulle regole sindacali fu quella del terzo garantito nelle Rappresentanze aziendali "Al fine di assicurare il necessario raccordo tra le organizzazioni stipulanti i contratti nazionali e le rappresentanze aziendali titolari delle deleghe assegnate dai contratti medesimi, la composizione delle rappresentanze deriva per 2/3 da elezione da parte di tutti i lavoratori e per 1/3 da designazione o elezione da parte delle organizzazioni stipulanti il CCNL, che hanno presentato liste, in proporzione ai voti ottenuti"; su tale norma si appuntarono le critiche di gran parte della dottrina giuslavorista: già in anticipo Mariucci, *La rappresentanza sindacale: dai progetti di legge all'ipotesi di accordo sui Cars*, *LD*, 1990, 1, 129.

democrazia interna e della rappresentatività, la crisi storica del sindacalismo italiano emergente già alla fine degli anni '80, che lo allarmava particolarmente.

La sua grande preoccupazione era che, a fronte di una crisi verticale di rappresentanza effettiva e di consenso¹⁹ del sindacalismo ufficiale, la risposta istituzionale fosse debole. Il sindacato all'epoca era, infatti, alle prese con le contestazioni del sindacalismo autonomo e di base; ma doveva pure affrontare l'iniziale manifestarsi del pluralismo concorrenziale distruttivo tra le grandi confederazioni che poi si sarebbe acuito all'inizio del nuovo secolo con le politiche dei governi di centro destra, sino alla fase della disunità strutturale alla fine del primo decennio del nuovo secolo, a ridosso della vicenda Fiat e del contrasto tra la Fiom di Landini e la Fiat dell'AD Marchionne.

Certamente, la soluzione della crisi non poteva essere affidata alla teorica del sindacato maggiormente rappresentativo i cui presupposti di fatto, in primo luogo l'unità sindacale, ma anche la presunzione di consenso maggioritario, si erano irrimediabilmente sbriciolati davanti ai Suoi occhi. La strategia progettuale e discorsiva di D'Antona era, dunque, tesa a rimuovere l'effetto impeditivo dell'art. 39 II parte, per arrivare a una riforma che puntellasse il sistema sindacale; ma senza necessità di abrogare la norma costituzionale o di attuarla pedissequamente.

Il problema, su cui lo studioso si spende molto sul piano teorico, era, dunque, del modello della legge sindacale, supportato da un apparato teorico concettuale elaborato dalla dottrina (la dottrina che si fa essa stessa diritto, per parafrasare Tarello), in grado di superare pure il controllo della Corte costituzionale, che già nel 1962 aveva bloccato il tentativo della legge Vigorelli di aggirare l'ostacolo dell'art. 39 II parte²⁰.

¹⁹ Sulle varianti sociologiche e giuridiche del concetto di rappresentatività si consenta il rinvio a Caruso, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in *Lecture di diritto sindacale*, cit. e *Rappresentanza sindacale e consenso*, Angeli, 1992.

²⁰ Corte cost. 19 dicembre 1962, n. 106.

Fig. 7



La sintesi del pensiero di D'Antona
sull'art. 39

- ▶ Una legge ordinaria costituzionalmente sostenibile da elaborare e attuare a costituzione invariata.

Nell'ultimo saggio del 1998, sul 4 comma dell'art. 39 della Costituzione, lavorando alacremente al disegno di legge Gasperoni, (*infra*), arriva infatti esplicitamente a sostenere che una legge sindacale poteva del tutto prescindere dai dettagli tecnici della II parte dell'art. 39, limitandosi a rispettare i principi di fondo estrapolati dal testo (gli enunciati normativi oltre le norme, come direbbe Guastini).

Questo il percorso complessivo del pensiero di D'Antona sull'art. 39; di seguito in dettaglio alcuni snodi significativi di questo percorso.

3. Il primo articolo del 1985, opportunità di una riforma costituzionale.

Per correttezza filologica, nella ricostruzione del pensiero di D'Antona sull'art. 39, occorre ricordare che l'unico scritto in cui si sostiene l'opportunità dell'abrogazione della II parte è proprio quello del 1985 (*supra* fig.1). Per una riforma organica del sistema sindacale, D'Antona ritiene opportuno fare i conti con la riforma della Costituzione. È probabile che questa posizione sia stata determinata da una contingenza storico-fattuale, ma anche culturale: il clima politico istituzionale era quello della commissione bicamerale Bozzi insediatasi nell'ottobre del 1983, il tentativo più organico, dopo il progetto Rubinacci di attuazione degli anni '50, di riforma della parte economica della Costituzione, con l'idea di trasferire nel testo costituzionale il modello neocorporativo che si andava affermando

nella prassi. Si dichiara comunque contrario, in questo articolo, a una legge generale sulla rappresentatività, la democrazia sindacale e l'efficacia generale dei contratti, in assenza di una modifica costituzionale. E invece più favorevole a interventi, limitati e circoscritti, che per essere messi al sicuro da pronunce di incostituzionalità, avrebbero avuto bisogno di una copertura più adeguata, di un rinnovato ombrello costituzionale.

D'Antona, pur dopo il fallimento della commissione bicamerale, a due anni dall'insediamento, considera praticabile una riforma limitata: insieme a chi scrive lavorò a una proposta di legge presentata in Parlamento da Giugni, nel 1986²¹. Una legge mirata a prevedere momenti e procedure di democrazia diretta formalizzata (più il referendum che l'assemblea), ispirate al principio maggioritario²², per rafforzare l'effetto *erga omnes* ma solo dei contratti gestionali a cui le leggi rinviavano.

Il tema su cui si interrogava D'Antona, non era tanto il problema dell'efficacia dei contratti collettivi gestionali in sé considerato, alla cui soluzione si poteva accedere senza necessariamente ricorrere a una legge sindacale *ad hoc*: per esempio con l'argomento che il fatto stesso del rinvio della legge al contratto collettivo gestionale finisse per produrre, indirettamente o implicitamente, l'effetto di generalizzazione; ovvero, l'argomento della proceduralizzazione dei poteri datoriali già in sé in grado di produrre uniformità applicativa, o, infine, la teoria, che più di tutte avversava, della natura rappresentativa, per irradiazione, del soggetto di rappresentanza aziendale a cui agganciare l'effetto *erga omnes* del contratto da tale agente posto in essere²³.

Il timore di D'Antona era, infatti, che all'effetto *erga omnes* di tali specifici contratti, si arrivasse attraverso una strada "normativistica", cioè come effetto intrinseco dell'atto: la norma del contratto collettivo da estendere, con vari *escamotage*, a tutti i rappresentati; e non attraverso la qualità effettivamente - e non solo nominalisticamente o istituzionalmente - rappresentativa del soggetto (l'organizzazione sindacale). La sua preoccupazione era che all'effetto di generalizzazione del contratto (il potere di vincolo) si arrivasse soprattutto in virtù del consenso reale dei rappresentati, rilevato attraverso procedure

²¹ Si v. Caruso, *Note sul d.d.l. n.1299 del 1985 in materia di «procedure democratiche di approvazione di accordi aziendali»*, LD, 1987, 185; Mariucci, *Una proposta per superare la crisi di rappresentatività del sindacato*, LI, 1988, n.10, 791. Id, *Le regole sindacali: riflessioni e proposte*, LD, 1987, 429.

²² L'idea in tal senso scaturisce anche da una rudimentale intuizione contenuta in una nota a sentenza, Caruso, *Accordi aziendali e lavoratori dissenzienti: il sindacato tra crisi aziendali e crisi della rappresentatività*, RGL, 1980, I, 158 ss.

²³ In tal senso è sufficiente citare le contemporanee riflessioni di Sciarra, *Pars pro toto, totum pro parte: diritti individuali e interesse collettivo*, LD, 1987, 465; id. *Contratto collettivo e contrattazione in azienda*, Angeli, 1985; Liso, op. cit.

democratiche aperte a tutti i lavoratori e non solo agli iscritti ai sindacati (la democrazia di organizzazione e non solo di associazione), inclusive cioè della intera comunità dei lavoratori. Il principio di maggioranza come viatico giuridico dell'efficacia generalizzata del contratto collettivo aziendale. Una legge particolare, dunque, non generale, che facesse perno sul principio di maggioranza²⁴.

D'Antona, è bene rimarcarlo, già nel 1985 considera erroneo l'approccio normativistico al tema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo; in ciò recuperando la struttura basica e olistica della II parte dell'art. 39: non si dà soluzione dell'efficacia del contratto, senza affrontare contemporaneamente, e risolvere preliminarmente, il problema della rappresentatività e delle forme della democrazia dell'azione sindacale: il tema, cioè, del soggetto sindacale.

Secondo d'Antona sarebbe stato proprio questo il monito della Corte costituzionale del 1962: il legislatore non può predisporre meccanismi di estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi senza che la stessa legge si faccia carico, anche indirettamente rinviando alla capacità autoregolativa dei sindacati, del problema del consenso dei soggetti rappresentati su cui si esercita il potere di vincolo che concede lo Stato, attraverso l'*erga omnes*.

Il potere normativo può essere delegato dallo Stato a sindacati rappresentativi, ma questi ultimi devono essere tali non istituzionalmente, o per autodichiarazione, ovvero reciproco riconoscimento; possono ritenersi effettivamente rappresentativi soltanto se la loro rappresentatività è misurata e certificata, non necessariamente secondo i dettagli tecnici della II parte dell'art. 39, ma in modo che se ne rispettino *ratio* e principi.

4. Il secondo articolo del 1989: "Sindacati e Stato a vent'anni dallo Statuto".

Già nel 1985 sono, dunque, presenti, *in nuce*, tutti gli elementi della Sua futura elaborazione. D'Antona torna sul tema quattro anni dopo, nel 1989, nel saggio *Sindacati e Stato a vent'anni dallo Statuto dei lavoratori*, sulla *Rivista giuridica del lavoro*, la rivista della CGIL.

Il clima politico, che fa da sfondo al saggio, è diverso rispetto a quello del 1985: non è più l'ipotesi neocorporativa organica che fa da contesto, ma è proprio l'eclissi di fatto di quel modello a fronte dei fenomeni di frammentazione degli interessi, di pluralismo non governato, di particolarismo sindacale e di micro-conflitti corporativi: è il clima, per intenderci, che porterà alla legge di regolamentazione dello sciopero nel

²⁴ Si consenta il rinvio a *Rappresentanza sindacale e consenso*, cit., frutto di un percorso parallelo a quello di D'Antona.

1990. È la situazione, come Egli stesso la definisce, e come si è già ricordato, di crisi politica del sistema sindacale, intesa come crisi di organizzazione del pluralismo, che si traduce in crisi del modello legislativo delle relazioni sindacali imperniato sulla nozione di sindacato maggiormente rappresentativo, per come scolpita nello Statuto dei lavoratori.

Con l'analisi lucida, ma anche cruda, analizza i limiti intrinseci di quel modello: il suo carattere presuntivo, virtuale, riferito a una qualità generica, che si ha o non si ha; ma soprattutto un modello che presuppone il pluralismo dei sindacati rappresentativi ma, come Egli scrive, "non l'organizza".

In questo articolo c'è un cambio di passo fondamentale nella elaborazione di D'Antona: la legge sindacale *ferenda* si deve misurare con un elemento che ha determinato lo stesso fallimento dell'attuazione costituzionale e che, al tempo in cui Egli scrive, determina pure il fallimento dell'ordinamento di fatto presupposto dal modello dello Statuto dei lavoratori: il modello della maggiore rappresentatività trasformato indebitamente, come scrive, in un valore meta-positivo.

I due modelli sindacali, quello costituzionale e quello statutario, sono accomunati nel loro storico fallimento; cioè dal fatto che entrambi non si confrontano con la divisione e il pluralismo sindacale disorganizzato. Entrambi presuppongono infatti l'"isola che non c'è", o che non c'è più: l'unità, quanto meno, di azione dei sindacati o la capacità di governo, nei fatti, del pluralismo; proprio quello che le grandi confederazioni, alla fine degli anni '80, non erano più in grado di garantire di fronte all'insorgere del sindacalismo autonomo e di base e alla frammentazione degli interessi; si registra, sul piano di fatto e concettuale, anche la crisi della stessa fondamentale nozione di interesse collettivo, presupposto di ogni sistema sindacale funzionale.

Onde il corollario argomentativo: la crisi politica dei sindacati confederali produce una crisi tecnica del modello del sindacato maggiormente rappresentativo, costruito su misura del sindacalismo confederale; da tale crisi si può uscire con una soluzione legislativa che, a Costituzione invariata, preservi e rilanci le funzioni del sindacalismo confederale ma senza ricorrere a forme di riduzione autoritaria del pluralismo. In questo passaggio si intravede una sensibilità di D'Antona alle ragioni del primo comma dell'art. 39 che scorrerà come un fiume carsico lungo tutta la sua elaborazione per riemergere alla luce nell'ultimo articolo (*infra*).

In questo saggio, D'Antona mantiene un approccio metodico sul tema, per così dire strutturalista. Rispetto al saggio del 1985, pensa questa volta a una legge generale di riforma, non funzionale solo alla contrattazione aziendale, e si concentra sulla nozione strutturale di maggiore

rappresentatività; scrive che in uno scenario di turbolenza socio-economica bisogna passare da un regime di "rappresentatività presunta a un regime di rappresentatività misurata, in base a procedure che possono dare degli elementi di valutazione oggettivi e comparabili". Propone, coerentemente e in anticipo sui tempi, la soluzione del *mix* iscritti/risultati elettorali che sarà poi recepita nella legge di riforma del pubblico impiego di poco successiva.

5. Il terzo articolo del 1990: "Diritti sindacali e diritti del sindacato. Il titolo III dello Statuto rivisitato".

Il terzo articolo *Diritti sindacali e diritti del sindacato*, viene pubblicato a distanza di appena un anno dal precedente, sulla rivista *Lavoro e diritto*, diretta al tempo da Giorgio Ghezzi e Umberto Romagnoli: è forse l'articolo di D'Antona più citato sul tema, certamente da Umberto Romagnoli; è il famoso articolo sul "non detto dello Statuto"²⁵.

Lo Statuto, dice D'Antona, si occupa solo dei rapporti di potere tra sindacati e datori di lavoro, garantisce la "libertà da" del singolo lavoratore, intesa come "non dominio"; ma non si occupa della sua "libertà di", della sua libertà in positivo. Se lo si rilegge con attenzione, in effetti l'articolo contiene passaggi di grande attualità.

L'elemento di novità del saggio, rispetto a quello di appena un anno prima, è che il confronto con la crisi del sindacato (tema dominante del precedente), è soltanto l'occasione per un confronto più ampio con la crisi delle identità collettive nel post-fordismo e con i valori fondanti del diritto del lavoro.

D'Antona, occupandosi del "non detto dello Statuto", coglie l'occasione per rimettere al centro della riflessione teorica, anche con riguardo al tema dell'organizzazione sindacale e dell'interesse collettivo, la persona, il lavoratore in carne e ossa, le sue aspirazioni individuali, il suo progetto di vita, le sue "capacitazioni", come si direbbe oggi. Questo saggio si collega idealmente ai numerosi altri in cui recupera il tema delle esigenze del lavoratore come soggetto contro i rischi di colonizzazione del diritto del lavoro, e quindi il tema dell'autonomia individuale rivisitata; è evidente il rapporto con lo scritto coevo, sull'*Autonomia individuale e le fonti*, relazione del convegno dell'Aidlass di Udine, in cui fu relatore insieme a Oronzo Mazzotta. E si ricollega, su un altro versante, al saggio sulle trasformazioni

²⁵ Romagnoli, *Il non-detto dello statuto nel pensiero di Massimo D'Antona*, in *Giuristi del lavoro nel novecento italiano*, Ediesse, 2018.

del diritto del lavoro di fine secolo e della crisi di identità della disciplina, che scriverà più avanti tra il 1997 e il 1998²⁶.

Quello sul non detto dello Statuto è il saggio più valoriale e assiologico, e meno strutturalista, sull'art. 39 che abbia scritto; in qualche modo proiettato sulla dimensione finalistica della disciplina²⁷.

Ma lasciamo parlare direttamente l'Autore che molto meglio di quanto si possa scrivere, spiega cosa s'intende. D'Antona parla della crescente rilevanza della condizione del lavoratore come *rappresentato* rispetto a quello di associato e dell'avvicinamento tra la democrazia sindacale e la democrazia politica. Una delle dimensioni di tale avvicinamento

«sta nel tramonto delle grandi identità collettive e, con esse, della visione del sindacato come unico, o comunque prioritario, canale di comunicazione *tra lavoratori e impresa* (c.vo nel testo). Per effetto di mutamenti sociali di portata storica, la cultura anglosassone del "noi e loro" o quella continentale del sindacato "soggetto di classe" sono alle nostre spalle. I nuovi lavoratori non si sentono imprigionati in ruoli ascrivibili, sono in grado di costruire la propria identità, sia nel microcosmo dell'azienda che nel macrocosmo della società; anche senza il sindacato»

E conclude con grande preveggenza, da vero visionario (si ricorda che D'Antona scrive nel 1991):

«Sarà effetto dell'onda lunga dell'individualizzazione delle relazioni di lavoro, o del bisogno più generale di ridisegnare nel sistema giuridico *l'immagine dell'individuo*, con le sue istanze di autodeterminazione di fronte ad ogni potere, anche se protettivo e benefico: sta di fatto che il *modo di essere rappresentati* (c.vi dell'Autore), da chi e come, con quale distribuzione del potere e delle responsabilità, si propone come uno dei temi fondamentali del diritto sindacale del nuovo decennio».

6. Quarto articolo, 1992, "Chi rappresenta chi e i debiti della decima legislatura".

Due anni dopo, nel 1992, D'Antona ritorna sul tema della legge sindacale e sulla sua impellenza: *Chi rappresenta chi e i debiti della decima legislatura*, sempre sulla rivista *Lavoro e diritto*. L'occasione è nuovamente politico-contingente e il saggio ne risente: è il cambio della legislatura dalla X alla XI.

²⁶ Si v. il saggio *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità*, in Caruso, Sciarra, Opere, e le riflessioni di De Luca Tamajo, *Massimo D'Antona, esperto "strutturalista": l'erosione dei pilastri storici del diritto del lavoro*, GDLRI, 2009, I, 185

²⁷ Per una ripresa della riflessione sui valori della disciplina si v. al volume a cura di Del Punta, *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, di prossima pubblicazione.

D'Antona con questo articolo fa le pulci al legislatore, parla di "*Occasioni perdute*" della decima legislatura, che ha visto il fallimento di una serie di progetti di "grandi" leggi sindacali organiche sulla rappresentatività sindacale misurata (il ddl Giugni e poi anche il ddl Ghezzi). Il legislatore è rimasto non operativo: al punto che Egli stesso si chiede – di fronte alla perdurante crisi del sistema sindacale - se valga la pena insistere su una legge sindacale "*che definisca organicamente criteri della efficacia dei contratti collettivi secondo lo schema classico dell'art. 39*".

È come se D'Antona avesse gettato la spugna e, a fronte dell'insipienza della X legislatura, si chiede, in termini di *policy*, se, invece che su una "*legge sul sistema sindacale*", non sia meglio ragionare su una "*legislazione sindacale diffusa*". Egli pensa a un complesso di provvedimenti legislativi su tre temi trasversali e problematici che andrebbero affrontati e che comunque dovrebbero fungere da stelle polari degli interventi della XI legislatura: una nuova concezione della confederalità sindacale, la titolarità individuale o collettiva dello sciopero, e il tema della contrattazione contrapposta alla partecipazione. D'Antona, quindi, allargando l'orizzonte cognitivo e concettuale, sembra, in qualche modo, abbandonare il tema della legge sindacale. È come se dicesse: è inutile insistere sulla legge sindacale; la mancanza di procedure di democrazia sindacale non spiega per intero la crisi della forma confederale del sindacato italiano. Occorre guardare oltre, pur non abbandonando il tema.

Il tema comunque viene abbandonato e scompare dalla attualità del dibattito giuridico dall'agenda legislativa per almeno 5 lunghi anni. Tutto il tempo in cui d'Antona si impegna nella riforma del lavoro pubblico anche con riguardo al sistema sindacale di quel settore.

7. Quinto articolo, l'ultimo, 1998. "Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione oggi".

Eppure la questione della legge sindacale e dell'art. 39 nel settore privato scorre carsicamente e riemerge prepotentemente e quasi improvvisamente nella elaborazione di D'Antona, con l'ultimo scritto del '98, da cui si è preso le mosse per questa riflessione. Anche in tal caso l'occasione è politico-contingente: la discussione, come si accennava, sul ddl Gasperoni su cui sembrava si fosse coagulato un certo consenso tra le forze politiche in parlamento e fuori dal parlamento (si è nella fase di declino dell'esperienza dei governi ulivisti di centro sinistra, dopo la caduta del governo Prodi); ma non il consenso dei sindacati e delle associazioni imprenditoriali.

D'Antona si confronta con la riforma direttamente e parallelamente, come studioso, ma anche come legislatore, nella veste di consulente del ministro del lavoro Bassolino; la possibilità che si arrivasse alla legge, in

quello snodo storico, era a tal punto reale che lo stesso comunicato delle BR giustifica l'omicidio, anche per le idee espresse in questo saggio e per il ruolo di consulente che D'Antona aveva assunto²⁸.

Si è avuto modo di analizzare, quasi filologicamente, quel saggio in una rilettura pubblicata nel fascicolo del *Giornale di Diritto del lavoro e Relazioni Industriali* interamente dedicato a D'Antona in occasione del decennale della sua morte del 2009, a cui si rinvia²⁹.

Secondo la sua tesi, ridotta davvero in pillole - si tratta di un saggio complesso e ad alta salienza teorico concettuale - la legge sindacale *ferenda* avrebbe dovuto applicare i principi dell'intero art. 39 estratti, ripuliti e messi a lucido rispetto alla contingenza storica in cui la norma costituzionale era stata concepita, e all'inattualità dei suoi dispositivi tecnici. Tutto ciò attraverso un'opportuna operazione di interpretazione costituzionale adattata all'evoluzione storica. Dice D'Antona, con una frase riferita alla struttura "porosa" della Costituzione che si reputa felice: "*La costituzione apprende dai processi storici soprattutto se, come nel caso dell'art. 39, essa contiene non solo norme di dettaglio, ma principi aperti alle dinamiche di inveroamento dei valori*".

D'Antona, cioè, suggeriva di "neutralizzare" la II parte dell'art. 39 dalle obsolete tecnicità, riscoprendone gli imperituri principi, da attuare con una legge tecnicamente ispirata alla libertà, al pluralismo, alla democrazia di organizzazione e non solo di associazione, alla rappresentatività misurata; principi da rispettare soprattutto allorquando, con la contrattazione *erga omnes*, i sindacati assumono il ruolo di pubblici poteri.

Occorre, altresì, considerare che la progettazione normativa, alla fine del secolo scorso, non si svolgeva più in un vuoto normativo; bensì all'ombra della riforma del sistema sindacale e di contrattazione collettiva già attuata nel settore del pubblico impiego che, a quei principi e a quel metodo si era ispirata, superando il vaglio della Corte costituzionale³⁰.

Il nodo tecnico di fondo nel settore privato - risolto nel settore pubblico con l'Aran - che si tentò di risolvere senza successo nella fase di discussione sul ddl Gasperoni, era della misurazione della rappresentatività delle associazioni datoriali, che poi ritornerà - reso, com'è noto, oggi ancor più

²⁸ Si rinvia alla commemorazione, *Per Massimo in memoria*, DML, 1999, 227; chi volesse attingere ad altri interventi, tra il ricordo personale e l'analisi del pensiero, v. pure, *Massimo D'Antona 10 anni dopo*, LD, 2009, 323; *Presentazione* al volume, *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, Editoriale scientifica, 2019; De Luca Tamajo, *Massimo D'Antona a cinque anni dalla scomparsa*, RIDL, 2004; i saggi raccolti nel fascicolo del GDLRI, *Rileggendo Massimo D'Antona*, 2009, I.

²⁹ Caruso, *Nella bottega del maestro: «Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi»* (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio, in *Rileggendo Massimo D'Antona*, GDLRI, cit.

³⁰ Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309.

complesso dalla accentuazione della frammentazione della rappresentanza datoriale.

8. Cosa rimane della lezione D'Antoniana sull'art. 39 della Costituzione.

L'altra grande direttiva di indagine del saggio analizzato è quella a cui si è accennato all'inizio: il rapporto tra primo comma del 39 a tutela del pluralismo sindacale e la II parte in cui si affermano i principi di rappresentatività e democrazia sindacale; tali ultimi principi, in un modo o in un altro, cercando di organizzare il pluralismo, finiscono inevitabilmente per interferire sul primo comma, cioè sul principio di libertà. Questo snodo conduce direttamente all'attualità del dibattito sulla legge sindacale.

Secondo D'Antona tra prima e seconda parte dell'art. 39 c'è una relazione, come scrive, a un tempo, di equi-ordinazione e di reciproca interferenza: equi-ordinazione, nel senso che i principi di libertà e pluralismo sindacale e i principi di democrazia nell'organizzazione sindacale e rappresentatività misurata, non sono "*né gerarchizzabili, né graduabili a priori*": questo passaggio è importantissimo per la riflessione attuale, per come si dirà.

Tra questi principi, dice D'Antona, esiste però pure un nesso di interferenza nel senso che gli sviluppi dell'una (la rappresentatività misurata) condizionano l'altra (la libertà di concorrenza tra i sindacati), ma senza poterla escludere né assorbirla interamente. Per cui l'intervento del legislatore deve essere, questo sì, molto sofisticato sul piano tecnico, proprio per garantire l'equilibrio, nella reciproca interferenza, tra principio di libertà e di rappresentatività.

9. Problemi vecchi rivisitati: la legge sulla rappresentatività sindacale.

Cosa trarre dalla lezione di D'Antona. Col senno di oggi, si può affermare che tutte le condizioni poste dallo studioso per una legge sindacale, a costituzione invariata, si sono realizzate³¹. Si aggiunga che la frammentazione dei contratti collettivi di diritto comune, imputabile oggi più alla rottura del fronte datoriale, piuttosto che alla disunità sindacale, rende ancor più urgente una legge di governo del pluralismo, che metta al contempo ordine e dia maggiore coesione alla sfarinatura del sistema contrattuale che emerge nella prassi. C'è, oggi, finalmente un apparato di regole intersindacali maturo anche perché frutto di una crisi catartica

³¹ Caruso, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 206/2014.

dell'unità sindacale - (il TU del 2014) - certamente di qualità maggiore rispetto alle regole prodotte al tempo in cui scriveva D'Antona: un apparato di regole che, anche per la sua inclusività, può essere certamente recepito da un legislatore rispettoso dell'autonoma produzione delle parti sociali, come Egli stesso teorizzava. C'è unità di intenti nei confronti dell'opportunità di una legge tra tutti gli attori del sistema: le principali associazioni datoriali, gran parte del mondo politico, e gli stessi settori del sindacato, come la Cisl, da sempre restii alla legge. C'è persino la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 51 del 2015, ha lasciato intendere che i tempi sono maturi per superare la propria giurisprudenza del 1962, qualora la legge risponda ai canoni e rispetti i principi suggeriti da D'Antona.

Rimane un solo dubbio tecnico - ma anche giuridico-costituzionale (ove si misura plasticamente la famosa interferenza D'Antoniana) - da sempre presente nel dibattito: il problema della determinazione della unità negoziale allo scopo di misurazione della rappresentatività sindacale. Quelli che, nel linguaggio dei protocolli sindacali, si definiscono i "perimetri negoziali": detto altrimenti, a chi e come affidare l'abbrivio costituente per disegnare le unità negoziali su cui innescare le procedure di misurazione della rappresentatività, allo scopo della efficacia generalizzata dei contratti collettivi ad efficacia normativa o gestionale.

Qualcuno è portato a pensare che tale nodo sia effettivamente inestricabile e qualunque soluzione finirebbe per incappare, come ha spiegato in modo un po' disarmante Lello De Luca Tamajo³², nell'ostacolo del principio di pluralismo e libertà sindacale, vale a dire nel comma 1 dell'art. 39: qualunque soluzione che presupponga un processo di autolegittimazione originario rischierebbe l'incostituzionalità.

10. Serve ancora una legge e di che tipo?

Per sciogliere questo nodo sovengono, oggi ancora fresche, le risorse teoriche messe a disposizione da D'Antona, all'interprete oltre che al legislatore di oggi. Si fa riferimento all'apparentemente complicato assunto dell'*equiordinazione interferente*: come organizzare il nesso tra le due garanzie costituzionali di libertà e di rappresentatività misurata, allo scopo di attribuire poteri pubblici ai sindacati, senza sacrificare la prima e rendendo funzionale, efficiente e legittima la seconda, soprattutto nella fase genetica.

³² De Luca Tamajo, *Le criticità della rappresentatività sindacale «misurata»: quale perimetro?*, RIDL, 2020, 3, 377. Ferraro, *Sul rinnovato "sistema" di relazioni industriali*, ADL, 2014, 3, 550 ss.

Ad avviso di chi scrive, i due principi, di libertà e di rappresentatività misurata, possono trovare una mediazione equilibrata, in un processo costituente innescato dalla legge e corroborato da un accordo inclusivo tra i maggiori sindacati già legittimati dalla partecipazione al CNEL secondo criteri politici. Un processo costituente che dia luogo a una sede permanente e inclusiva in cui vengano scritte e continuamente aggiornate le regole procedurali del patto fondativo: lo ha fatto già il legislatore tedesco con l'avallo della Corte costituzionale e si potrebbe fare pure in Italia, come ci ha spiegato Tiziano Treu³³, e come certamente ci direbbe anche D'Antona se potesse farlo.

11. La nuova rappresentanza del lavoro.

Quello che la legge non potrebbe certamente fare mai è risolvere la crisi di legittimazione sostanziale e di effettiva rappresentatività che i sindacati tradizionali attraversano di fronte alla trasformazione dell'economia, della società, dell'impresa e del lavoro³⁴. E anche su questo D'Antona sarebbe, si è certi, d'accordo.

Il mondo è cambiato quattro volte da quando D'Antona ci ha lasciati: con l'11 settembre, con la rivoluzione digitale, con la crisi finanziaria del 2008 e ora con la crisi pandemica. Il tema della frammentazione del lavoro nell'economia digitale (i micro-lavori) ha ormai raggiunto livelli parossistici, se confrontati con quelli con cui si misurava D'Antona tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso³⁵. Il cambiamento della morfologia e della geografia del lavoro, l'apparire di nuove istanze di rappresentanza e tutela collettiva del lavoro autonomo economicamente dipendente, del lavoro autonomo professionale impoverito dalla crisi, del nuovo precariato urbano andato sulle prime pagine attraverso la vicenda dei *rider* e degli schiavi del clic; e poi, apparentemente diverso ma connesso, il tema della rappresentanza e della partecipazione dei lavoratori cognitivi e il ruolo del sindacato nell'industria 4.0 e nell'impresa integrale, che ripropone su scala allargata, e questa volta in termini realistici, l'utopia olivettiana; e ancora il tema della rivalutazione del valore del lavoro degli umili e degli invisibili, riscoperto nella pandemia. Sono scenari diversi che mettono in crisi la

³³ Treu, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 396/2019.

³⁴ Si rinvia Caruso, Del Punta, Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, http://csdle.lex.unict.it/Archive/AC/Webliography/Blogs/20200521-032536_Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treupdf.pdf; Caruso, *Il sindacato tra funzioni e valori nella «grande trasformazione»*, in *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di Caruso, Del Punta, Treu, il Mulino, 2020.

³⁵ La letteratura sul lavoro digitale è ormai esorbitante: si rinvia a due volumi Daugherty – Wilson, *Human + Machine*, Guerini, 2019, ed. digitale; Casilli, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo?*, Feltrinelli, 2020, ed. digitale.

stessa possibilità di pensare al diritto del lavoro secondo un paradigma unitario e uniforme³⁶.

Ebbene, sono tutti problemi che sfuggono, andando oltre il perimetro dell'art. 39 e che attraversano, invece, l'intera Costituzione del lavoro, impattando sul paradigma della disciplina. Anche su tutto questo D'Antona, pur nella assenza, continua a darci chiavi di lettura e di interpretazione imperiture.

³⁶ Già previsto da D'Antona nel saggio, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit.; si rinvia a Caruso, Del Punta, Treu, *Manifesto*, cit.; sugli scenari di cambiamento di contesto e della disciplina, Caruso-Zappalà, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 439/2021.