



Università degli Studi di Catania  
Facoltà di Giurisprudenza

*Marzia Barbera*

## I soggetti antagonisti: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 58/2007



© Marzia Barbera 2007  
Facoltà di Giurisprudenza –Università di Brescia  
barbera@jus.unibs.it

ISSN – 1594-817X  
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”  
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)  
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145  
centrostudidantona@lex.unict.it  
[www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione)

## I soggetti antagonisti: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive\*

Marzia Barbera  
Università di Brescia

1. Soggetti o oggetti del diritto? .....	2
2. La dottrina del lavoro degli anni '70 in un'istantanea famosa: l'analisi critica di Giovanni Tarello. ....	4
3. Le ragioni della scelta privatistica del diritto sindacale italiano: il diritto privato come strumento di libertà e come strumento di conservazione. ....	7
4. La stagione dell'autocritica e la "conservazione del padre" attraverso le teorie del contratto come equilibrio transitorio e del diritto promozionale come pratica del "doppio binario". ....	13
5. Lo Statuto dei lavoratori: dal pluralismo immaginato al pluralismo reale. L'ingresso del sindacato nello spazio pubblico. ...	16
6. L'invasione dello spazio pubblico e la perdita di autorità del paradigma privatistico-ordinamentale. ....	17
Bibliografia.....	20

---

\* di prossima pubblicazione in Nivarra L. (a cura di), *Gli anni '70 del diritto privato*, Giuffrè.

## 1. Soggetti o oggetti del diritto?

Questo saggio è dedicato ad alcuni dei protagonisti centrali degli anni '70 del diritto privato e della stagione dell'*uso alternativo del diritto* che si svolse in quell'arco di tempo: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive che ne tutelano gli interessi, in primo luogo le organizzazioni sindacali. Il predicato "*antagonisti*" utilizzato nel titolo avverte però che quelli a cui ci si riferisce non sono tanto soggetti giuridici, parti astratte cui l'ordinamento giuridico attribuisce posizioni di potere o di soggezione, quanto, piuttosto, soggetti sociali, parti storicamente concrete di rapporti che hanno provocato il tramonto di vecchie regole normative o ne hanno prodotte di nuove; individui e gruppi che hanno, con la loro azione, tradotto fatti sociali in mutamenti normativi. Si tratta di attori che furono centrali nell'analisi e nelle proposte di politica del diritto di un movimento intellettuale che presentava se stesso come coscienza critica di un modo di produzione fondato precisamente sull'antagonismo capitale – lavoro, e si prefiggeva il compito di operare lo smascheramento di tecniche giuridiche volte a dissimulare, attraverso l'astrazione dell'eguaglianza dello scambio, un rapporto di sfruttamento economico e di subordinazione sociale (De Giovanni 1973). Tuttavia, questo scritto non tenterà neppure di ricostruire la stagione di aspri conflitti di cui questi soggetti furono protagonisti o il modo in cui questo pezzo della società civile riuscì ad incidere sugli istituti giuridici attraverso i quali operano i meccanismi del potere sociale, e non soltanto perché questa è materia soprattutto degli storici, dei politologi e dei sociologi. Come Tarello avvertiva in una non dimenticata opera di quegli anni, su cui tornerò più avanti, "*i fatti accertati possono utilizzarsi in vario modo. Gli è che i soli fatti non ci suggeriscono un determinato loro impiego né, tantomeno, i soli fatti producono norme o 'discipline giuridiche'. Queste ultime possono venir prodotte utilizzando, valutando, in vario modo, dei fatti. Quando si parla di fattori extralegislativi di produzione del diritto non si parla, se non si vuol nascondere le cose, dei "fatti", bensì si parla delle operazioni di alcuni operatori giuridici*" (Tarello 1973, 169)

Dunque i soggetti sociali antagonisti non parlarono con voce diretta attraverso il diritto. Le azioni dei soggetti sociali, i loro desideri e aspirazioni entrano sempre nel diritto attraverso la mediazione delle istituzioni e del ceto giuridico, che li rileggono e li reinterpreta in funzione di una data operazione politica o prescrittiva. Per questa ragione, sarebbe forse più giusto dire che per il diritto non esistono soggetti, ma solo oggetti, e che il divenire da soggetti, oggetti del diritto è esattamente il prezzo che gli individui e i gruppi debbono pagare per far

valere il loro punto di vista e i loro interessi a livello dell'ordinamento giuridico.

Così, benché i mutamenti sociali di cui questi soggetti antagonisti furono protagonisti costituiscano precisamente i "fatti" da cui scaturirono negli anni '70 norme e discipline giuridiche radicalmente nuove in materia di lavoro e produzione, lo sguardo di questo intervento è volto altrove, è volto ai tecnici del diritto, e principalmente alla dottrina, che, utilizzando e valutando tali fatti sociali, li tradusse in fatti normativi, e, in particolare, alla dottrina gius-sindacalista. Si tratta dunque, ne sono consapevole, di un resoconto molto parziale. Non parlerò dei giudici, che furono anch'essi protagonisti centrali di quella stagione e interlocutori privilegiati di quella dottrina, seppure non sempre pronti ad ascoltarla; e non parlerò neppure del legislatore, che seppe governare i mutamenti sociali e giuridici in maniera non prevista e forse non prevedibile. E, d'altra parte, non parlerò neppure delle teorie giuridiche in materia di contratto di lavoro, se non per segnalare che anche nel diritto del lavoro si realizza quell'incontro fra contratto e organizzazione osservato nel corso del nostro dibattito in riferimento ad altri settori del diritto privato, con la differenza che nel diritto del lavoro quell'incontro genera un rischio particolare, che è quello di risolversi in un aggravamento della posizione del debitore - il prestatore di lavoro - , nel senso di renderne potenzialmente indefiniti gli obblighi (Liso 1982, 49 ss.). Di qui la tendenza a ridurre i termini dello scambio contrattuale ad uno scambio secco lavoro-retribuzione, tendenza tutt'oggi ancora prevalente, nonostante essa si traduca ormai, spesso, in un impoverimento della posizione debitoria, perché taglia fuori dal contratto elementi che potrebbero valorizzare la persona del lavoratore (un tipico esempio è la formazione quale oggetto di un diritto del lavoratore e di un corrispondente obbligo del datore di lavoro).

Del resto, anche il saggio che Fabio Mazziotti dedica all'uso alternativo del diritto del lavoro (Mazziotti 1973), che fa parte della raccolta dei primi anni '70 dedicata all'"*autocomprendimento*" di questa strategia (Barcellona 1973), pur partendo ritualmente dall'analisi delle "*esigenze di emancipazione delle classi e degli strati sociali subordinati*", si occupa di soggetti diversi dai soggetti sociali, ed precisamente:

- della dottrina, cui viene riconosciuto il merito di aver saputo ricostruire la "sostanza" del rapporto di lavoro, caratterizzato dalla subordinazione socioeconomica di chi è sprovvisto dei mezzi produzione, ma cui viene anche imputato il demerito di non essersi posto come obiettivo esplicito quello di rovesciare i rapporti di produzione borghesi, ma solo di attenuarne gli aspetti più negativi

- della giurisprudenza, che viene individuata come una sede privilegiata di un uso anticapitalistico del diritto
- del legislatore che, con lo Statuto dei lavoratori, non avrebbe messo in atto altro che un'operazione di rafforzamento del potere di controllo e di gestione delle lotte operaie e, per questo tramite, di salvaguardia degli interessi dei settori più avanzati del capitalismo.

Nell'analisi di Mazziotti, il movimento sociale al cui interno dottrina e giudici dovrebbero collocarsi con *"una precisa scelta di campo"* rimane, sostanzialmente, *altro* da essi: oggetto di un'attività di tipo cognitivo, di uno studio e di una conoscenza funzionali alla costruzione di una cultura giuridica antagonista; luogo di contraddizioni strutturali da cogliere al fine, ancora una volta, di demistificare la funzione ideologica delle norme giuridiche; destinatario di operazioni maieutiche tese a far emergere *"una presa di coscienza sociale"*.

## **2. La dottrina del lavoro degli anni '70 in un'istantanea famosa: l'analisi critica di Giovanni Tarello.**

A chiunque voglia ricostruire i lineamenti della dottrina del lavoro degli anni '70, essi appaiono fissati, si direbbe per sempre, in qualche modo imprigionati, in una famosa istantanea: l'analisi che Giovanni Tarello dedicò, quasi in tempo reale, all'apporto dei giuslavoristi alla costruzione del diritto del lavoro (Tarello 1972)<sup>1</sup>. I giuslavoristi ebbero dunque questa strana sorte: di essere trattati da classici da un loro contemporaneo, per giunta dotato di acuto spirito critico<sup>2</sup>. Per quanto sia difficile distaccarsi da questa suggestiva istantanea, in qualche caso l'operazione si dimostrerà necessaria se si vorranno cogliere aspetti tutt'altro che secondari di questa stagione del diritto del lavoro, nonché individuare operazioni concettuali i cui effetti si protraggono fino al presente.

L'indagine di Tarello parte dal periodo costituzionale e copre, nella seconda edizione, anche i primi anni '70. La sua tesi è nota: egli attribuisce alla dottrina giusindacalista italiana il tentativo, non importa se implicito o esplicito, consapevole o inconsapevole, di costruire – partendo apparentemente da un modello descrittivo dei fatti – quello che egli definisce *"un modello normativo di struttura"* delle relazioni

---

<sup>1</sup> Allo stesso modo ha funzionato, rispetto alla magistratura, lo studio, diretto da Tiziano Treu, volto a ricostruire la prima fase di applicazione giudiziale dello Statuto dei lavoratori (Treu 1975).

<sup>2</sup> Sull'analisi di Tarello e sulla costruzione delle teorie giuslavoristiche in questa fase, e in particolare sull'elaborazione del concetto di "diritto promozionale", si v. Barbera 2000.

industriali, cioè un modello che assume alcuni aspetti di quanto accade realmente nella realtà sociale a modello-guida per future nuove operazioni dottrinali, giurisprudenziali o legislative, in funzione di precise opzioni di politica del diritto. *"Il privilegiamento ...di un aspetto della realtà – osserva Tarello – quando viene usato come norma...diviene una scelta (in senso lato politica) non più provvisoria ma definitiva"* (Tarello 1972, 133). In assenza di interventi legislativi o con interventi scarsi del legislatore, la dottrina si trovava così a intervenire da protagonista nel processo di creazione del diritto <sup>3</sup>.

Cardini di quest'operazione sono la privatizzazione del potere sindacale e della sue manifestazioni (contrattazione collettiva, sciopero); l'antiformalismo e l'attenzione ai fatti, al *"diritto vivente"*, alle forme di giuridificazione spontanea di formazione extrastatuale; la tendenza all'amministrativizzazione della giurisdizione; la valorizzazione della collaborazione delle parti dei rapporti industriali. Queste costruzioni concettuali, nota Tarello, possono essere considerate ideologie in due sensi distinti: o perché si fondano su una preconstituita concezione dei fatti oppure su una preconstituita metodologia giuridica; o perché tendono a far evolvere e condizionare i fenomeni sociali in modo da adeguarli a un determinato modello normativo. L'uno e l'altro senso sono riferibili alle operazioni compiute dai giussindacalisti..

Tarello ha opinioni ben precise sugli scopi cui il *"modello normativo di struttura"* dominante nel diritto del lavoro post-costituzionale era preordinato. Fino alla metà degli anni '60, il disegno sarebbe stato quello di favorire un sistema in cui, alla pubblicizzazione del potere economico, facesse riscontro la privatizzazione del potere politico e sindacale, in funzione della costruzione di un modello di economia a programmazione concertata di tipo decentrato. Sindacati e partiti dovevano essere retti dal diritto comune non solo per renderli immuni dai controlli dello Stato, ma soprattutto perché la pubblicizzazione degli interessi collettivi avrebbe condotto inevitabilmente al loro coinvolgimento diretto nella gestione dell'economia. Si trattava, invece, di favorire un modello di rapporti Stato-sindacati in cui tali organizzazioni venissero chiamate a partecipare, ma in posizione subordinata, a una sorta di *"corporativismo"*

---

<sup>3</sup> La tendenza a plasmare la disciplina giuridica di un fenomeno su un dato modello teorico-normativo dello stesso fenomeno - afferma Tarello - può essere generalizzata e venir riferita anche al sistema delle decisioni giudiziarie e al sistema di norme poste dal legislatore. E' sulla base dell'identificabilità di questa tendenza che si può apprezzare e valutare la coerenza della dottrina, della giurisprudenza, del legislatore. (Tarello 1972, 143).

*decentrato*", rinunciando, in cambio, alla gestione piena e incondizionata di alcune loro facoltà in tema di sciopero o di contrattazione collettiva.

Non voglio entrare nel merito di questo giudizio. Mi interessa di più osservare che Tarello, nella seconda edizione del saggio, pubblicata nel 1972, non risparmia il suo scherno alla brevità del tragitto nel corso del quale, a seguito delle agitazioni studentesche e operaie del biennio 1967-1968, la dottrina ribalta molte delle sue posizioni, nonché all'ecllettismo ondivago che consente a una parte di essa di conciliare l'inconciliabile: la critica antiburocratica al sindacato e la simpatia per i movimenti di base, con l'apprezzamento per il tentativo di cooptazione a opera del sindacato stesso del movimento dei delegati; il dar ragione a quanti avevano interpretato lo Statuto dei lavoratori come lo statuto di sindacati, la cui rappresentatività mai era stata così messa in dubbio, con il dar credito alla scelta del decisore politico di promuovere proprio quel soggetto sindacale.

Il diritto promozionale, afferma Mancini in un famoso scritto del 1970, mostra che la dottrina italiana è stata lungimirante nel comprendere, già a partire dagli anni '50, come l'organizzazione sindacale aderente alle confederazioni maggiori (oggi diremmo al sindacato maggiormente rappresentativo) fosse il soggetto sociale su cui puntare per costruire un diverso rapporto Stato-sindacato e come fosse iscritto nel destino stesso delle società industriali avanzate che il sindacato divenisse l'interlocutore (l'unico affidabile) del *management*. Un volta che quel sindacato aveva compreso la lezione dell'autunno caldo, la sua capacità di cooptare il movimento consiliare nell'organizzazione tradizionale doveva essere considerata espressione di un'effettiva egemonia sociale, riconquistata nei luoghi di lavoro, di "*un'egemonia che trova la sua legittimazione nella spontaneità*" (Mancini 1970, ora in Mancini 1976, 208)

Tarello e altri <sup>4</sup> non hanno mancato di rilevare l'artificiosità di una coerenza che viene costruita a posteriori tra modelli che appaiono invece sostanzialmente diversi: il modello del *laissez faire* collettivo sostenuto fino alla metà degli anni '60 e il modello del diritto promozionale degli anni '70. Non hanno spiegato, però, perché la dottrina ci tenesse tanto a mostrarsi coerente, a mantenere una linea di continuità tra due stagioni così diverse del diritto del lavoro, anche a costo di tradire una spiccata attitudine all'ecllettismo; perché l'aggancio al diritto privato e il mantenimento dei tratti fondamentali del modello astensionistico degli anni '50 continuasse ad apparire cruciale a quella dottrina. In parte, ciò è

---

<sup>4</sup> Su questo aspetto si sofferma ad esempio, in uno studio dedicato all'influenza delle correnti pluralistiche sulla dottrina italiana, Ballestrero 1982.

dovuto al fatto che l'analisi di Tarello si ferma all'inizio degli anni '70; in parte, forse, a una certa propensione ad adottare un modello deterministico, di interazione immediata fra costruzioni giuridiche e scelte politico-ideologiche, propensione che l'autore non abbandona neppure quando, nella seconda edizione del libro, prova a dar conto delle diverse posizioni in cui si articola quella che egli definisce una "*comune ideologia giusindacalista*".

Giugni, nel saggio *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori* del 1970 (ora in Giugni 1989, 183), dopo aver contestato vivacemente l'idea che la dottrina avesse avuto quel ruolo determinante in termini di costruzione extralegislativa del diritto sindacale che invece indubbiamente le compete e aver rilevato, questa volta correttamente, la sottovalutazione del ruolo svolto dalla giurisprudenza e dall'autonomia collettiva<sup>5</sup>, respinge la ricostruzione di Tarello arrivando ad accusarlo addirittura di "*economicismo volgare*".

Con gli occhi di oggi, è possibile cogliere qualche ragione in più di quella pretesa di coerenza, vedervi alcuni degli elementi che hanno costituito il formante del diritto del lavoro italiano. Non si tratta tanto di capire se, nell'adottare quegli schemi, la dottrina, sotto le spoglie di un modello descrittivo, in realtà compisse un'operazione di manipolazione del sistema giuridico. Non diversamente da altre comunità scientifiche, la dottrina giuslavorista ha costruito un proprio paradigma dominante (tutt'ora insuperato, nonostante l'evidente stato di crisi), vale a dire una teoria o un insieme di teorie costituito da una matrice di strumenti accettati e riproducibili di conoscenza, nonché da una costellazione di valori, credenze e tecniche utilizzabile anche sotto nuove e più restrittive condizioni<sup>6</sup>. Da questo paradigma ha tratto la propria, specifica, identità culturale. La questione è stabilire fino a che punto esso abbia goduto e goda di autorità nei confronti di altri paradigmi e di altri saperi.

### **3. Le ragioni della scelta privatistica del diritto sindacale italiano: il diritto privato come strumento di libertà e come strumento di conservazione.**

Analizzando anni fa le peculiari caratteristiche della pratica scientifica giuslavoristica, D'Antona individuò una particolare "*anomalia postpositivista*", che distingueva i giuslavoristi da altre comunità scientifiche di formazione o derivazione giusprivatistica (D'Antona 1990).

---

<sup>5</sup> Per quanto Tarello avverta che questo esula dalla sua indagine, Giugni ritiene che le interazioni fra dottrina e giurisprudenza siano troppo strette perché si possa non tenerne conto.

<sup>6</sup> Secondo la definizione di paradigma scientifico data da Khun 1978.

Alcune delle costanti di questa anomalia sono già state indicate, ma vale la pena richiamarle nuovamente: una spiccata attitudine antiformalista e antidogmatica; una speciale attenzione alla realtà effettuale e al dato pregiuridico; l'individuazione di fenomeni normativi extralegislativi nella prassi sociale, letta in chiave ordinamentale, ossia in chiave di pluralismo normativo, e nella prassi giurisprudenziale, vista quale fonte empirica; una visione funzionale delle norme giuridiche, intese come strumenti di controllo del potere sociale nella sfera della produzione e, connesso a ciò, il privilegiamento del piano dell'effettività delle norme; la valorizzazione della tecnica giuridica in quanto scienza della legislazione, ossia in quanto impegno del giurista per una "*razionale normazione*", che sottintende non solo una buona tecnica, ma un impegno politico del giurista, atteggiamento con il quale egli "*fa politica, ma non si pone al servizio della classe politica*" (Giugni 1970a, ora in Giugni 1989, 219).

La mia impressione è che alcuni di questi caratteri portarono la dottrina giuslavorista non solo a entrare a pieno titolo nel tentativo di rinnovamento del metodo giuridico intrapreso dalla sinistra giuridica nei primi anni '70, ma addirittura ad anticiparlo, perché avevano nel loro DNA le ragioni di fondo di quel tentativo. Ma avevano ragione sia Giugni che Mancini quando sostenevano che i giuslavoristi potessero comunque far mostra di coerenza: di quella sinistra giuridica, infatti, la maggioranza di essi non condivise il tentativo di "*contaminazione marxista della scienza giuridica*" che Cantaro ha richiamato nel suo intervento (Cantaro 2007). La cultura giuslavorista aveva altri riferimenti politici e ideali: il pluralismo di matrice anglosassone coniugato al socialismo riformista. Questo fa sì che la "*contaminazione*" si fermi ai margini della dottrina ma non la attraversi, riguardi la parte che rimase sempre minoritaria di essa (anche qui, attenti ai nomi, solo una manciata: Mazziotti, Ventura, Smuraglia, e Ghezzi ma in una posizione di mediazione).

Allo stesso modo, non la attraversa l'attacco alle categorie civilistiche mosso dall'interno stesso della comunità dei privatisti. Per quanto il diritto del lavoro nasca come una critica del postulato paritario e patrimoniale su cui si fonda il diritto dei contratti, esso ha continuato pur sempre a cercare "*infrastrutture e snodi*" nel diritto privato (Mengoni 1990, 10), ciò soprattutto in conseguenza di una visione funzionalista del diritto, assunto come variabile di più ampie strategie di regolazione sociale e di formazione del consenso (D'Antona 1990, 211). Luigi Mengoni, a proposito del rapporto fra diritto privato e diritto del lavoro, ha rievocato l'immagine delle vecchie carte geografiche nelle quali comparivano qua e là delle macchie bianche con la scritta *hic sunt leones* (Mengoni 1990, 11). Questo risulta vero sia per il rapporto di lavoro individuale, che per i rapporti collettivi.

Fino agli anni '60, ciò per la dottrina avrebbe significato costruire l'ordinamento sindacale come un ordinamento di tipo privatistico, ispirandosi al modello britannico del *laissez faire* collettivo, un modello che esige *the abstension of law*, ossia solo un minimo di interventismo e di statualizzazione dei rapporti sindacali. Una volta che lo Stato abbia fissato una cornice di regole predeterminate che assicurino la parità delle armi, è il conflitto dei gruppi sociali che deve produrre regole, sulla base di un processo di autonormazione che assume una funzione prevalente rispetto alla normazione statale.

Questo modello, come osservò Tiziano Treu in uno studio dedicato al metodo comparatistico (Treu 1979), aveva natura più prescrittiva che descrittiva; esso, cioè, si sviluppava in evidente distacco da quanto si realizzava effettivamente nel paese, dove alla scelta privatistica e astensionistica dei governi centristi si accompagnavano il ricorso a strumenti extralegislativi di controllo del conflitto sociale e l'intervento repressivo del potere esecutivo e della magistratura. E' per questa ragione che il modello pluralistico viene integrato dalla dottrina in modo da tener conto sia della realtà dei rapporti sindacali, che vedevano un sindacalismo debole e fortemente ostacolato dalle controparti, sia una tradizione statalistica e garantistica che portava ad affidare alla legge e non al contratto collettivo l'imposizione di vincoli ai poteri dell'imprenditore.

All'interno di questo modello, il diritto privato, nella specifica idea-guida dell' *immunità- libertà* del sindacato da regole e controlli etero-imposti, fornisce al diritto del lavoro l'antidoto contro la tentazione di ripubblicizzare delle relazioni sindacali (tentazione forte in un sistema politico e in un ambiente culturale che non avevano chiuso i conti con l'esperienza del corporativismo totalitario del ventennio), ma anche contro le tracce di organicismo presenti nel pluralismo di ispirazione cattolica, evidenti nelle posizioni di Mortati che attribuisce carattere pubblicistico ai poteri sindacali per il fatto di concorrere alla realizzazione di fini direttamente statali (Mortati 1954), ma anche in quelle di Santoro Passarelli, la cui nozione privatistica di interesse collettivo era pur sempre riferita a una *comunità necessaria*, la categoria (Santoro Passarelli 1951). Queste esigenze erano così forti che ad esse venne sacrificata quella di dare soluzione a un problema centrale per il diritto del lavoro, vale a dire come attribuire efficacia generale all'accordo collettivo, problema che il diritto comune non è capace di risolvere.

In un'altra idea-guida del diritto privato, quella di *autonomia-libertà*, il diritto del lavoro convoglia la concezione di un potere collettivo di autoregolamentazione che ha poi trovato compiuto svolgimento, come dirò fra un momento, nella teoria dell'ordinamento intersindacale. E,

ancora, le "brevi e povere norme sull'associazione non riconosciuta" diventano, negli scritti di Rescigno, il tramite attraverso il quale accogliere nel sistema giuridico una visione integrale del pluralismo, un atto di sfiducia di sapore liberale nei confronti dello Stato e della sua attitudine a mortificare la libertà della persona e a comprimere "l'esuberanza dei gruppi intermedi tra individuo e Stato nei quali si sviluppa la libertà dei singoli" (Rescigno 1956, ora in Rescigno 1966, 190).

Il diritto privato, insomma, viene riscoperto in quanto strumento di libertà e di autonomia *sub specie aeternitatis*, in quanto "tessuto connettivo" della società pluralistica (Galvano 1967). Accanto a questa funzione, il diritto privato - meglio, il contratto - ne gioca un'altra, di conservazione degli equilibri raggiunti: qualsiasi contratto, anche quello collettivo, si basa sul principio *pacta sunt servanda* e implica un atteggiamento di collaborazione esigibile dal sindacato in quanto parte di una vicenda contrattuale. Il dovere di tregua che impegna il sindacato a rinunciare allo sciopero in vigenza del contratto collettivo dà luogo, perciò, a una vera e propria limitazione contrattuale, che il sindacato accetta come contropartita dell'accettazione da parte dei datori di lavoro dell'obbligo di promuovere la contrattazione collettiva ai livelli inferiori, e la cui violazione dà luogo a un illecito civile e all'applicabilità (oltre che dei rimedi operanti a livello intersindacale) degli istituti dell'ordinaria responsabilità contrattuale (Ghezzi 1963 e Ghezzi 1967, 165 ss.).

Lo "*stare alle regole del gioco*" vale anche per quel che riguarda la vita interna del sindacato e implica l'accettazione da parte degli associati delle regole interne che essi stessi si sono dati per statuto liberamente scelto, siano o meno dette regole democratiche. Ma sarà sempre ricorrendo al diritto privato che Francesco Galvano, in polemica con tali posizioni, risolverà il problema della garanzia della libertà dell'individuo nei confronti dell'arbitrio di quelle stesse società intermedie (Galvano 1967). Esse non possono, in nome dell'autonomia contrattuale, conseguire un'immunità dall'applicazione del diritto comune. La vita interna delle associazioni sindacale, dunque, non è regolata solo dagli accordi fra gli associati, ma soggiace alle stesse norme che si preoccupano di dare tutela al singolo all'interno di ogni formazione sociale, comprese le norme che il codice civile detta per le associazioni riconosciute. La tesi non ha mai riscosso un consenso convinto fra i giuslavoristi, anche perché la condizione giuridica di associazione privata non esaurisce le forme normative che il fenomeno sindacale può assumere ai sensi dell'art. 39 della Costituzione, che parla di "*organizzazione sindacale*". Quest'ultimo concetto, ricorda Flammia, attiene a uno strumento che abbia soprattutto carattere di *effettività* della

autotutela sindacale degli interessi dei lavoratori, e *"poiché nel nostro settore l'effettività prevale decisamente sulla forma legale"* bisogna concludere, egli osserva, che l'autotutela può esistere anche senza associazione e, persino, senza organizzazione (Flammia 1963, 55). Si tratta di osservazioni che, giudicate da molti di stampo individualistico e conservatore al momento della pubblicazione del libro, finiranno invece per aprire la strada al riconoscimento della natura sindacale di organismi atipici come i consigli dei delegati.

L'operazione di privatizzazione del fenomeno sindacale mostra dunque anche le sue zone d'ombra: *"la tecnica civilistica – avrebbe osservato Giugni – porta inclusi in sé valori di conservazione ed effetti di vischiosità istituzionale"*. Applicata a fenomeni sociali nuovi, induce al loro livellamento in categorie concettuali di vecchia formazione e devia il ricercatore *"dall'analisi dei dati di tipicità sociale specifica"* (Giugni 1970a, ora in Giugni 1989, 203-204). Ma queste zone d'ombra sono il prezzo da pagare per il fatto che, come notano Mancini e Romagnoli in una loro famosa raccolta di scritti sul diritto sindacale, *"(i)n fondo, ciò che viene rimesso in discussione è il principio della statualità del diritto"* (Mancini, Romagnoli, 1973, 158). Ciò consente di sviluppare la principale creazione teorica della dottrina giuslavoristica italiana, con la quale essa intende andare al di là dei limiti della metodologia civilistica, l'idea di un *ordinamento intersindacale* (Giugni 1960), che è originato dall'autonomia negoziale collettiva e che però non ne è una mera proiezione, perché si costituisce come ordinamento *iure proprio*, come sistema autonomo di diritto obiettivo. I rapporti fra questo ordinamento creatore di diritto e altri ordinamenti, e in particolare l'ordinamento generale, spiegherà Giugni, non possono essere regolati sulla base di norme di competenza atte a limitare la sfera di operatività di ciascun ordinamento, come quelle che scaturiscono da una presupposta immunità delle comunità intermedie dal diritto statale, ma *"in ragione dell'area di effettività che ciascuno d'essi copre nel momento storicamente determinato"* (Giugni 1970a, ora in Giugni 1989, 215). Ecco emergere qui un altro tratto dominante della dottrina giuslavoristica, vale a dire la sua attenzione al profilo fattuale, alla razionalità topica, al carattere storicamente relativo delle forme di organizzazione economica e sociale e dei valori che guidano sia i soggetti sociali che l'interprete. La libertà di valutazione dell'interprete, afferma Giugni, è vincolata solo dal punto di vista prescelto: quello dell'ordinamento generale o quello dell'ordinamento particolare. La scelta dell'uno o dell'altro punto di vista è un atto di politica del diritto e come tale va criticamente valutato. E' in ogni caso chiaro, avverte lo stesso autore, che la sola scelta di questa impostazione attribuisce a questo modello normativo *"caratteri e contenuti politici sensibilmente diversi da"*

*quelli propri, ad esempio, di un impostazione esclusivamente statale-legalistica*" (Giugni 1970a, ora in Giugni 1989, 216) .

Il riferimento qui è all'altra corrente del giuslavorismo italiano, quella costituzionalistica, il cui esponente principale era Aldo Natoli, che sarebbe uscita sconfitta dal confronto con la corrente privatistico-ordinamentale. L'attitudine polemica di Giugni nei confronti di tale posizione è assolutamente chiara nello scritto prima citato: essa viene accusata di aver strutturato i propri convincimenti *"su di una dimensione eminentemente casistica e giuslegalistica"*, di aver adottato atteggiamenti di critica all'esperienza della contrattazione collettiva dettati da argomenti legalistici e da uno *"spirito di aristocrazia tecnico-giuridica"*. La limitatezza del loro angolo visuale, si sostiene, fa sì che essi abbiano una percezione inesatta di fenomeni che si svolgono su un piano diverso da quello giudiziale; che non riescano a cogliere il senso delle scelte strategiche dei titolari dell'autonomia sindacale, finendo in tal modo per non poter rappresentare altro che una politica giudiziaria, e non una politica del diritto. All'opposto, ritenere che l'ordinamento statale debba seguire, nella misura del possibile, le linee di sviluppo dell'esperienza sindacale in atto, significa essere consapevoli *"del valore storico di quell'esperienza"* .

Si scaglia così contro il gruppo di giuristi di area CGIL che si raccoglieva allora intorno alla *Rivista giuridica del lavoro* un'accusa difficilmente digeribile per studiosi di formazione marxista quali essi erano: quella di non sapere cogliere i dati strutturali dei rapporti di classe, un'accusa che Mancini avrebbe dettagliatamente esposta nei termini di una *"battaglia garantistica su temi dichiaratamente soprastrutturali"* , che trascurava il carattere stesso del contratto di lavoro come *"espressione mediata dei rapporti sociali di produzione"* e ignorava *"l'analisi del quadro giuridico che legittimava la formazione di plusvalore"* . Una battaglia non solo teoricamente debole, ma anche politicamente poco realistica, perché *"riconosciuti in astratto, senza la garanzia di un solido supporto sindacale, i diritti di libertà nelle fabbriche sarebbero molto probabilmente rimasti sulla carta, testimonianza di buona volontà legislativa e, al contempo, causa di ulteriori, più gravi frustrazioni per i loro titolari"* (Mancini 1970, ora in Mancini 1976, 190).

In realtà anche la corrente che si autodefiniva *"riformista e razionalizzatrice"* del giuslavorismo italiano, collegata soprattutto alla CISL, si troverà a fare i conti con la critica di essere incapaci di distinguere la sovrastruttura dalla struttura dei rapporti sociali, nonché con l'addebito di condividere con i sostenitori delle dottrine pluralistiche cattoliche dello Stato-comunità un'operazione di sostanziale mistificazione

della lotta di classe<sup>7</sup>. I sostenitori della linea "promozionale", che puntavano sull'attribuzione di contropoteri al sindacato nei luoghi di lavoro, accuseranno il colpo, ma solo fino a un certo punto. Il loro modello esplicativo e normativo, come si è detto, non era quello marxiano, ma quello del liberalismo pluralistico e del socialismo riformista e pragmatico. Il conflitto industriale è percepito come un valore e non come una mistificazione, anzi, è "il sale della democrazia". Essi, però, sulla spinta dell'autunno caldo, inizieranno anche una fase di autocritica che li porterà a sottoporre a un processo di revisione radicale l'inquadramento dei rapporti sindacali negli schemi civilistici e a scendere a patti con le posizioni costituzionalistiche. Il valore di punto di riferimento ideale e politico della Costituzione, la necessità di istituire un rapporto dialettico fra l'esperienza sindacale e i principi costituzionali, vengono riscoperti proprio in quegli anni.

Lo Statuto dei lavoratori è il frutto di questo compromesso di culture giuridiche e politiche diverse, ma nella sostanza, l'idea che l'ordinamento intersindacale si fondi sulle strutture del diritto privato resisterà all'ondata di piena. Contribuendo alla elaborazione di una legislazione che unisce il sostegno al sindacato e alla contrattazione collettiva alla costituzionalizzazione del rapporto di lavoro individuale, i giuslavoristi sapranno mostrare un'attitudine a operare come "autentici specialisti della razionalizzazione sociale" (Mancini 1970, ora in Mancini 1976, 189), che diventerà anch'essa un carattere proprio del diritto del lavoro, con esiti talvolta dolorosamente tragici, come le morti di Massimo D'Antona e Marco Biagi per mano delle Brigate rosse.

#### **4. La stagione dell'autocritica e la "conservazione del padre" attraverso le teorie del contratto come equilibrio transitorio e del diritto promozionale come pratica del "doppio binario".**

Giorgio Ghezzi è uno dei primi ad avvertire le avvisaglie di "una possibile crisi storica di fondazione del concetto stesso di contratto" applicato ai rapporti intersindacali, quando lo si volesse intendere unitariamente come realizzazione di una durevole composizione dei conflitti e, più in generale, ad avvertire la crisi dell'idea che la contrattazione collettiva, in quanto vicenda sociale, potesse essere

---

<sup>7</sup> Lo ricordano Mancini e Romagnoli (Mancini, Romagnoli 1973, 163), citando uno scritto di Fortini: "La moltiplicazione dei corpi intermedi, tanto esaltata dagli ideologi cattolici come garanzia contro il totalitarismo, quando si attua sotto la pressione del totalitarismo oggettivo del sistema industriale crea in sostituzione della lotta di classe la lotta – retrograda perché fittizia – di ogni sottogruppo contro ogni altro".

sottoposta alle regole proprie dei contratti di diritto comune (Ghezzi 1968 e Ghezzi 1970). La realtà, sostiene l'autore, è la lotta di classe, cioè una situazione di conflittualità permanente che scardina la colonna portante dell'ordinamento sindacale: il contratto collettivo. Giugni non condivide questa opinione: egli è dell'avviso che il contratto collettivo resti un contratto e che sulla l'autonomia collettiva privata continua a reggersi, intatto, l'ordinamento intersindacale. *"Le vie della contrattazione sono infinite"* – scrive a commento delle vicende dell'autunno caldo (Giugni 1970b, 36). La crisi del contratto, tuttavia, non viene percepita come propria solo di questo settore dell'esperienza giuridica, ma come un'amplificazione di una crisi che investe l'intera teoria del contratto, *"la cui disciplina - scrive Romagnoli - si muove fra i poli contraddittori della regola (espressa) pacta sunt servanda e della clausola (per lo più implicita) rebus sic stantibus. Il diritto di sciopero costituzionalmente garantito costituisce, per l'appunto, il riconoscimento legislativo della sopravvenienza nell'ambito dei rapporti di lavoro"* (Romagnoli 1971, 71-84).

La chiave per uscire dalla crisi viene trovata nel pensiero critico e antiformalistico, di cui i giuslavoristi sono debitori a giuristi come Tullio Ascarelli (maestro sia di Romagnoli che di Ghezzi), e nel richiamo alla prassi sociale. Diventa allora possibile, con un'operazione che è tipica del metodo giuslavoristico, fondare il ragionamento teorico su premesse di tipo empirico e, per questa strada, forgiare nuove categorie logico-dogmatiche. E' a livello della prassi sociale che viene rilevata la presenza di una contraddizione *"che si annida al fondo dello stesso sistema capitalistico"*, e per la quale la stipulazione del contratto, di qualsiasi contratto, non può far cessare il conflitto di interessi sottostante, che rimane latente e pronto a riesplodere. Dopotutto, *"nel rapporto obbligatorio è sempre oscuramente presente una relazione di guerra"* (Mancini, Romagnoli 1971, 167). Anche il contratto collettivo serve unicamente a risolvere il conflitto in atto, ma non anche a garantire da conflitti futuri (Giugni 1970b, 36). Dunque, la stipula del contratto collettivo non stabilisce una volta e per tutte la rispettiva posizione di contropotere delle parti, che rimangono invece in posizione di trattativa, di problema in problema, per tutta la durata del contratto. Si arriva così al risultato di conciliare posizioni apparentemente lontane come quelle di Ghezzi e di Giugni.

Ancora una volta, i giuslavoristi si fanno carico di leggere i fenomeni sociali e di renderli intelligibili sul piano tecnico giuridico, individuando categorie formali suscettibili di darne conto. In questo caso, i fenomeni sono la conflittualità permanente, che, dopo aver scardinato l'ordinato sistema della contrattazione articolata degli anni '60,

caratterizzerà il nostro sistema di relazioni industriali fin quasi alla metà degli anni '70, alla cd. svolta dell'EUR; e la presenza di un soggetto sociale nuovo, il movimento spontaneo dei delegati, che disperderà il potere contrattuale collettivo in mille sedi e momenti e rifiuterà di riconoscere i vecchi criteri di rappresentatività sindacale. L'operazione, lo si è detto, si compie nel segno della riflessione autocritica, ma anche della conversazione del "padre": le categorie privatistiche, debitamente rilette e reinterpretate, continuano a fungere da trama giuridica dei processi di regolazione sociale, a rendere risolvibili problemi il cui stesso porsi avrebbe dovuto dimostrare che a quelle categorie si stava già facendo violenza (Tarello 1972, 94).

Ciò vale, lo si è visto, per la contrattazione collettiva e i suoi prodotti e vale anche per quel che riguarda la nuova sistemazione del rapporto base-vertice sindacale, che viene risolta riproponendo, riveduto e corretto, il modello *dell'abstention of law*. Questa volta è difficile parlare di silenzio del legislatore: con lo Statuto dei lavoratori il legislatore interviene in modo decisivo sia sull'assetto dei poteri datoriali all'interno dei rapporti di lavoro, sia sulle relazioni sindacali nei luoghi di lavoro. Ecco allora che la dottrina elabora la teoria del "doppio binario": il diritto promozionale è espressione di una politica attraverso la quale lo Stato sceglie di promuovere un dato soggetto sociale, le confederazioni maggiormente rappresentative, ritenute l'interlocutore politicamente e sindacalmente più affidabile, ma senza imporre una regolazione eteronoma alle relazioni sindacali. Non indifferenza - non ingerenza sono i due poli di questa politica.

Il modello astensionistico, ha scritto Treu, resiste nei suoi tratti fondamentali anche nel periodo post-Statuto: basta guardare alla libertà lasciata all'organizzazione interna degli attori, al loro stato giuridico (che continua a restare privatistico), alla disciplina delle rappresentanze sindacali di base (che è svincolata da qualsiasi modello preconstituito di organizzazione), all'informalità della struttura e delle procedure di contrattazione, allo stesso rapporto Stato-sindacato (Treu 1982, 176).

Treu ha ragione quando sottolinea il mantenimento di una forte ispirazione astensionistica anche nella stagione del diritto promozionale per quel che riguarda le dinamiche interne dei rapporti sindacali e la natura della contrattazione collettiva, scelta che fa sì che il legislatore non stabilisca alcuna regola di istituzionalizzazione delle regole di rappresentanza, di risoluzione dei conflitti, di efficacia giuridica del contratto collettivo. Ciò consente di assecondare la spinta alla cooptazione morbida del movimento dei delegati nelle confederazioni sindacali storiche e non pone problemi di efficienza regolativa, dato il carattere acquisitivo e incrementale della contrattazione collettiva del

tempo e il carattere egualitario dei suoi contenuti. La tesi non convince, invece, quando si spinge a sostenere che lo Statuto non obbedisce a un nuovo modello di rapporto fra Stato e sindacato. In questo caso, il cambiamento è innegabile.

### **5. Lo Statuto dei lavoratori: dal pluralismo immaginato al pluralismo reale. L'ingresso del sindacato nello spazio pubblico.**

I giuslavoristi italiani, nel ricercare ancora una volta le basi del diritto sindacale fuori dall'ordinamento dello Stato, nell'ordinamento dei gruppi privati, non riescono a cogliere le ragioni per le quali proprio in quel momento, agli inizi degli anni '70, si creano le condizioni per un pluralismo reale e non solo immaginato e per un reale cambiamento dei rapporti Stato-sindacato. Certo, non del pluralismo classico, del pluralismo come principio di autoregolamentazione sociale attraverso il libero esplicarsi delle associazioni di interesse, cioè non del pluralismo come "*automatismo dell'ordine sociale*", ma del pluralismo descritto con efficacia da Einsfeld (Einsfeld 1976). In questa forma, il pluralismo è una forma di governo (oltre che una teoria) che presuppone l'eterogeneità degli interessi; la concorrenza funzionale; l'interazione fra individuo, società e governo; la partecipazione; l'intervento del governo; il carattere speciale della legislazione; il compromesso di interessi in parlamento. Un pluralismo che può aprire la strada, come effettivamente avvenne, ad assetti neocorporativi. Così può dirsi, con una buona dose di approssimazione, che i primi germi del neo-corporativismo siano stati posti proprio dallo Statuto dei lavoratori: è già in questa fase che il sindacato italiano entra da protagonista nello spazio pubblico e l'azione sindacale comincia ad assumere connotati diversi dal processo di autoregolamentazione sociale proprio del pluralismo classico<sup>8</sup>. La dottrina, tuttavia, come si è detto, non registra questi cambiamenti e continua a leggere questi sviluppi alla luce delle categorie dell'ordinamento intersindacale prima indicate.

Per altro verso, il costante riferimento, con attribuzione di rilievo e tipicità giuridici, al fenomeno sociale, all'attività organizzata di autotutela collettiva e ai suoi prodotti (il contratto collettivo), così come essi si pongono nella realtà e senza pretesa apparente di conformarli e regolarli, conferma l'altra scelta metodologica di fondo, quella di

---

<sup>8</sup> Si riprendono qui e nelle pagine seguenti alcune considerazioni già svolte in Barbera 2000.

privilegiare il profilo dell'*effettività* su quello della *forma* (Scarpelli 1993, 29). Tale opzione viene accreditata come una scelta dello stesso Costituente, compiuta nel momento stesso in cui con gli art. 39 e 40 attribuisce al sindacato un ruolo determinante di tutela degli interessi delle classi lavoratrici. La non ingerenza e la non regolazione dei rapporti sindacali avrebbe dunque l'avallo non solo del diritto privato, ma dello stesso diritto costituzionale.

La mancata comprensione del mutato rapporto Stato-sindacato e la riproposizione degli stessi schemi concettuali che avevano contraddistinto la cultura giuslavorista degli anni '60 ha a che vedere, in parte, con una sorta di "immaturità istituzionale" che colpiva tanto la corrente privatistica quanto quella costituzionalistica del diritto del lavoro. Ci si intende riferire, con ciò, alla rinuncia ad elaborare una teoria dello stato e delle istituzioni che decifrasse i caratteri autonomi della sfera politico-istituzionale. Tale rinuncia, sul versante della cultura più propriamente giussindacalista aveva radice, per quel che riguarda la prima corrente (più vicina alla CISL), nelle concezioni istituzionalistiche dello stato come mera espressione organizzata dei gruppi, non distinguibile, in quanto portatore di valori generali, dagli altri soggetti del contesto sociale; per quel che riguarda la seconda corrente (più vicina alla CGIL), nella svalutazione del problema dello stato e del diritto, in cui si fondevano l'opposizione antagonistica allo stato in quanto espressione politica della classe egemone, immodificabile fino al momento in cui la classe operaia stessa si fosse fatta stato, e il disinteresse verso l'attribuzione di un'immediata rilevanza giuridico-istituzionale al conflitto industriale e al sindacato. Sarebbe perciò vano cercare negli scritti di quegli anni la descrizione di come il ciclo di protesta degli anni '60, combinandosi a sviluppi interni del sistema politico (la nascita del centro sinistra, il declino delle vecchie *élites* di potere) avrebbe accelerato la trasformazione in senso pluralista dello stato, aprendo la partecipazione all'arena politica di soggetti sociali fino ad allora esclusi.

Su questi aspetti non ho modo qui di indagare più a fondo. Vorrei soffermarmi, invece, sia pur brevemente, sugli effetti che la riproposizione delle stesse convinzioni espresse in passato, in contesti sociali e istituzionali profondamente modificati, ha prodotto in termini di perdita di efficienza e di autorità del paradigma lavoristico.

## **6. L'invasione dello spazio pubblico e la perdita di autorità del paradigma privatistico-ordinamentale.**

Khun ha osservato che l'accettazione di un paradigma comune libera la comunità scientifica dalla necessità di riesaminare costantemente i suoi principi fondamentali, cosicché i suoi membri possono

*"concentrarsi esclusivamente sui fenomeni più sottili ed esoterici che il paradigma mette in luce"* e al tempo stesso coltivare l'idea che il vecchio paradigma finirà per risolvere tutti i nuovi problemi, con ciò riconfermando la sua efficienza e la sua efficacia, in sostanza la sua autorità (Khun 1978 , 197).

Cosa accade quando si manifestano fenomeni nuovi, siano essi previsti o imprevisi, che il vecchio paradigma non è capace di risolvere? Non è detto che ciò comporti la perdita di fiducia nelle vecchie categorie; esse possono continuare a essere utilizzate fino a che non se ne impongano delle altre. Ma nel frattempo tali categorie gradualmente perdono di autorità.

E' quanto è a poco a poco accaduto, a partire dalla stagione post-statutaria, con le categorie del gius-sindacalismo privatistico-ordinamentale <sup>9</sup>. Dalla metà degli anni 70 in poi, la contrattazione collettiva e la rappresentanza sindacale sono venuti situandosi in un quadro concertativo in cui le organizzazioni sindacali sono state investite da un numero crescente di deleghe normative che ha dato loro la veste istituzionale di *"governi privati"*, in funzione del loro coinvolgimento in politiche di razionalizzazione economica e di neutralizzazione di conflitti distributivi. In concomitanza con i processi di crisi economica e di ristrutturazione produttiva, la contrattazione collettiva, da conflittuale e acquisitiva, si è fatta così spesso gestionale e ablativa.

Questo quadro è stato efficacemente descritto da Umberto Romagnoli come un sistema in cui il monopolio statale delle regole è stato sostituito da un duopolio normativo *"con scarsa attenzione all'impatto vissuto dagli estranei – ossia dalla stragrande maggioranza dei cittadini sindacalmente non organizzati - di decisioni provenienti da sottosistemi sociali autoreferenziali e cionondimeno produttive di effetti garantiti dall'ordinamento dello Stato"*; una singolare forma di neo-istituzionalismo che coniuga insieme *"escalation e regressione dell'autoregolamentazione sociale"* (Romagnoli 1995, 173).

In questo mutato contesto istituzionale e politico, la dottrina ha continuato a ricercare le basi della legittimazione del diritto sindacale nei processi di autonormazione privata e nel consenso maggioritario di cui godevano sul piano sociale le maggiori confederazioni sindacali, mentre la giurisprudenza ha cominciato ad usare il diritto privato per difendere i

---

<sup>9</sup> Lo stesso osserva Massimo D'Antona nello scritto più volte citato nel corso di questo lavoro, facendo riferimento, più in generale, alle difficoltà che il diritto del lavoro incontra nell'adeguare la propria metodologia alla necessità di mediare fra la difesa dell'autonomia del sistema giuridico e l'accettazione della porosità dei sistemi giuridici ai processi di accettazione sociale e di comunicazione intersoggettiva entro i quali si precisano i significati delle norme (D'Antona 1990, 225).

lavoratori dissenzienti dal potere collettivo. Il fatto è che, come ha notato D'Antona, le operazioni dottrinali godevano di autorità fintantoché il fenomeno sindacale era effettivamente riferibile a uno spazio privato di autogoverno e la produzione del diritto sindacale si poteva allora razionalmente ancorare al potere di autoregolamentazione collettiva e al consenso dei rappresentati (D'Antona 1990, 212). Ma quando l'azione sindacale si proietta su spazi pubblici, quando il contratto collettivo assume sostanzialmente, se non formalmente, carattere di fonte, allora l'azione collettiva si trova a misurarsi con gli stessi problemi di legittimazione che incontra l'azione pubblica, senza che questi siano risolvibili in termini di legittimazione consensuale o richiamandosi ai processi interni di autonormazione e alla logica volontaristica dello scambio contrattuale.

L'illusione della giurisprudenza di esaltare la libertà negativa del singolo, "individualizzando" il diritto sindacale attraverso il ritorno a categorie civilistiche quali quelle della revoca del mandato o del mandato conferito anche nell'interessi di terzi, si rivela una strada altrettanto priva della capacità di dare risposte convincenti a un problema che attiene, come si è detto, ai fattori di legittimazione del potere normativo.

A partire dalla metà degli anni '80 la dottrina prende atto della svolta neo-istituzionale impressa al sistema sindacale. Ciò la porterà a rivedere le categorie della rappresentanza sindacale e del contratto collettivo. Nel concetto di rappresentatività sindacale trova sbocco il passaggio da una concezione volontaristico-negoziabile del fenomeno sindacale ad una di tipo fattualistico-sociologico, ancora una volta derivata da un criterio di effettività, in questo caso quello della maggiore forza rappresentativa del sindacato (meglio, delle grandi confederazioni sindacali). La rappresentatività del sindacato storico diventa elemento di per sé fondativo tanto del suo potere contrattuale e della sua capacità di imporsi sul dissenso dei rappresentati, quanto del sostegno accordato dal legislatore ad alcuni soggetti sindacali e non ad altri. Accentuando caratteri già presenti nella concezione dell'ordinamento sindacale come ordinamento originario, si arriva a stabilire una frattura concettuale fra il potere di negoziazione del sindacato e la volontà e il consenso dei lavoratori (Ferraro 1981). L'assunzione del sindacato nel circuito politico avviene, dunque, all'insegna di una sostanziale autolegittimazione.

Tuttavia neppure questa nuova sistematizzazione, con la sostituzione al modello pluralistico-associativo di un nuovo modello paradigmatico ed esclusivo di rappresentanza, è destinata ad avere successo. In una dimensione interamente fattuale come quella proposta dalle teorie in questione, tutto si regge fino a che vi sia un'effettiva

corrispondenza fra rappresentatività sociale e poteri giuridici. Quando questo nesso si rompe, perché a livello sociale si spezza la solidarietà di classe e gli interessi si differenziano e si frantumano, e perché a livello sindacale finisce l'unità d'azione, non più sorretta da una comune strategia politico-contrattuale, allora il problema della legittimazione del potere sindacale riemerge irrisolto.

La dottrina ne ha continuato a discutere fino ad oggi (e con essa il legislatore, nei ripetuti e, finora, mancati tentativi, di definire criteri legali di rappresentatività), ma senza riuscire a risolvere la questione, di fatto senza riuscire neppure a liberarsi del fantasma del modello indicato all'art. 39 della Costituzione. La crisi del paradigma privatistico-ordinamentale non ha finora prodotto un paradigma alternativo. Forse, non a caso. La diversificazione delle funzioni della rappresentanza sindacale, riflesso a sua volta della differenziazione degli interessi e della complementarietà e integrazione fra sistema intersindacale e sistema statale, contrasta ormai "ogni teorizzazione monolitica e universale a favore della considerazione di una pluralità di moduli" e, di conseguenza, di un pluralità di regole, di rappresentanza (Caruso 1992, 238). Vi è probabilmente un solo punto fermo, e cioè che nessuna riforma relativa alla rappresentanza sindacale può ormai essere disegnata senza un analogo rafforzamento dei diritti di coloro che sono sottoposti al potere di rappresentanza e in relazione al loro consenso. Ma il diritto privato non sembra più avere molto da dire a questo proposito: la rivendicazione di diritti in quanto rappresentati da parte dei lavoratori non può che portare al costituzionalismo e ai modelli della democrazia politica, alla richiesta di un assetto dei rapporti sindacali nel quale siano chiaramente definiti i diritti democratici dei singoli (Romagnoli 1989; Caruso 1991), alla "domanda di forme di rappresentanza sindacale, più sensibili al consenso e responsabili verso ciascun lavoratore, che sollecite nella ricerca del bene comune, o supposto tale, di collettività indistinte" (D'Antona 1991, 485-86).

## Bibliografia

- Balandi G., Sciarra S., *Il pluralismo e il diritto del lavoro: studi su Otto Khan Freund*, Ed. Lavoro, Roma.
- Ballestrero V. (1982), *Otto Khan Freund e il pluralismo degli italiani*, in Balandi G., Sciarra S., *Il pluralismo e il diritto del lavoro: studi su Otto Khan Freund*, Ed. Lavoro, Roma, 137.
- Barbera M. (2000), *I "classici" del diritto del lavoro tra cronaca e storia*, in *Lav. dir.*, 115.
- Barcellona P. (a cura di) (1973), *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica a analisi marxista*, Laterza, Bari.

- Cantaro A., (2007), *L'idea di diritto nei giuristi d'area*, in Nivarra L. (a cura di), *Gli anni '70 del diritto privato*, Giuffrè, di prossima pubblicazione.
- Caruso B. (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, Franco Angeli, Milano
- D'Antona M. (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir.lav. rel. ind.*, 455.
- D'Antona M. (1990) *L'anomalia post positivista nel diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 207.
- De Giovanni B. (1973), *Significato e limiti del riformismo giuridico*, in Barcellona P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica a analisi marxista*, 253.
- Einsfeld R. (1976), *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo*, Il Mulino, Bologna.
- Ferraro G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, CEDAM, Padova.
- Galgano F. (1967), *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati. Art. 36-42*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Zanichelli e Foro Italiano, Bologna-Roma.
- Ghezzi G. (1970), *Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto sindacale*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 406.
- Ghezzi G. (1968), *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 32.
- Ghezzi G. (1967), *Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua (variazioni critiche e metodologiche)*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 149.
- Ghezzi, G. (1963), *Responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Giuffrè. Milano.
- Giugni G. (1989), *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna.
- Giugni G. (1970a), *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 369.
- Giugni G. (1970b), *L'"autunno caldo" sindacale*, in *Il Mulino*, 24.
- Giugni G. (1960), *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano.
- Flammia R. (1963), *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Giuffrè, Milano.
- Khun T.S. (1978), *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino.
- Liso F.(1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano.
- Mancini F. (1976), *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna.

- Mancini F., Romagnoli U. (a cura di) (1973), *Il diritto sindacale*, Il Mulino, Bologna.
- Mancini F. (1970), *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie dell'autunno del 1969*, in *Pol. dir.*, 57.
- Mazziotti F. (1973), *Uso alternativo del diritto del lavoro*, in Barcellona P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica a analisi marxista*, 195.
- Mengoni L., (1990), *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 5.
- Mortati C. (1954), *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir.lav.*, 148.
- Rescigno P. (1966), *Persona e comunità*, Il Mulino., Bologna.
- Rescigno P. (1956), *I sindacati e i partiti nel diritto privato*, in *Jus*, 73.
- Romagnoli U. (1995), *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna.
- Romagnoli U. (1989), *Riprogettare la rappresentatività*, in *Riv.trim.dir.proc. civ*, 248.
- Romagnoli U. (1971), *Il contratto collettivo "difficile"*, in *Pol. dir.* 1971, 71.
- Santoro Passarelli F. (1951), *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- Scarpelli F. (1993), *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, Milano.
- Tarello G. (1972), *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Ed. Comunità, Milano, 2 ed.
- Treu T. (1982), *Modelli comparatistici nell'esperienza gius-sindacalista italiana*, in Balandi G.,
- Treu T. (1979), *Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro*, in *Giorn.dir.lav. rel. ind.*, 167.
- Treu T. (a cura di) (1975), *Sindacato e magistratura nei conflitti d lavoro*, Il Mulino, Bologna.
- Sciarra S., *Il pluralismo e il diritto del lavoro: studi su Otto Khan Freund*, Ed. Lavoro, Roma, 173.