

I. I principi della Costituzione – Diritto sindacale

1. Cassazione – 9 aprile 2009 n. 8725 - Pres. Sciarelli - Est. Curzio - T. S.p.A. c. S..

Dirigente sindacale aziendale – Trasferimento – Rappresentanze sindacali aziendali – Requisiti – Fattispecie.

In tema di trasferimento del dirigente sindacale aziendale soltanto previo nulla osta del sindacato di appartenenza, l'art. 19 l. 20 maggio 1970 n. 300 (c.d. statuto dei lavoratori), al quale rinvia il successivo art. 22, va interpretato, nel testo risultante dalla parziale abrogazione referendaria, conformemente al percorso esegetico indicato dalla giurisprudenza costituzionale (segnatamente, corte cost., sent. 54 del 1974), nel senso che esso non incide sulla possibilità di costituire rappresentanze sindacali aziendali (rsa), ma si limita a definire i requisiti che le rsa stesse devono possedere per poter fruire dei diritti sindacali disciplinati dal titolo terzo del medesimo statuto dei lavoratori; ne consegue che - esclusa la decadenza delle rsa costituite prime della modifica referendaria, per le quali, però, diviene requisito cruciale, in vista della fruizione dei diritti sindacali, la sottoscrizione dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva - essendo il godimento della anzidetta prerogativa del dirigente sindacale collegato dalla stessa legge (art. 22 cit.) alla funzione, i requisiti di riferimento devono sussistere al momento stesso del conferimento dell'incarico dirigenziale e da quel momento incardinano il diritto sino alla fine dell'anno successivo a quello di cessazione dall'incarico medesimo (nella specie, la Suprema Corte, accertato che l'acquisizione dell'incarico di dirigente sindacale ed il successivo trasferimento erano successivi alla modifica referendaria dell'art. 19 dello statuto e che non sussistevano, in capo al sindacato ricorrente, i requisiti imposti da detta disposizione per il godimento dei diritti sindacali statu-

tari, ha escluso la sussistenza del diritto sindacale di cui all'art. 22 dello stesso statuto)^(*)

Fatto e diritto

1. Lo S. - Sindacato nazionale Autonomo Telecomunicazioni Radio-televisione promosse un'azione, ai sensi della L. n. 300 del 1970, art. 28, nei confronti della T. s.p.a., assumendo che l'impresa aveva violato l'art. 22 della medesima legge, disponendo, in data 8 marzo 2001, il trasferimento di due dirigenti della RSA aziendale dalla sede di (*omissis*) a quella di Palermo senza il preventivo "nulla osta" dell'associazione sindacale.

2. Il giudice del lavoro accolse il ricorso e con Decreto 29 gennaio 2001 dichiarò il comportamento antisindacale.

3. La T. propose opposizione, che il Tribunale respinse con sentenza del 24 marzo 2004.

4. La società appellò la decisione. La Corte d'Appello respinse l'impugnazione con sentenza del 12 gennaio 2006.

5. La T. ricorre per cassazione, per tre motivi.

6. Il primo è così rubricato: "violazione e falsa applicazione dell'art. 115 e 414 c.p.c., omessa motivazione in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5". Si contesta la sentenza per aver ritenuto costituita una RSA da parte dell'associazione sindacale ricorrente e per aver ritenuto provato che la T. riconobbe tale rappresentanza sindacale aziendale.

7. Con il secondo motivo si sostiene che la decisione della Corte avrebbe violato la L. n. 300 del 1970, art. 19, come riformulato a seguito del referendum abrogativo del 1995.

8. Con il terzo motivo, si afferma, infine, che l'art. 22 non trova applicazione in caso di trasferimento collettivo, quale si ritiene essere quello in questione, perché ove il dirigente della RSA sia trasferito insieme al gruppo di lavoratori cui fa riferimento, la necessità di un nulla osta sindacale viene meno.

9. Il primo motivo è infondato.

10. La Corte d'Appello ha ritenuto costituita una RSA da parte dell'organizzazione sindacale ricorrente in base al fatto che la stessa organizzazione diede vita ad una RSA nel 1991 e che tale organismo venne riconosciuto da T., come dimostrerebbero la comunicazione del 29 settembre 2000 relativa all'avviamento delle procedure di consultazione sindacale della L. n. 164 del 1975, *ex art. 5* e il pagamento dei permessi sindacali della L. n. 300 del 1970, *ex art. 23*.

^(*) La nota di SILVIA FOFFANO segue il testo della sentenza.

11. Ma, secondo la ricorrente, la seconda circostanza è errata poiché “dalla documentazione agli atti del processo emerge che i due lavoratori hanno usufruito dei permessi nella loro qualità di componenti del direttivo regionale dello S. (come si legge nei fogli di permesso) e non nella loro qualità di dirigenti RSA” (ricorso, pag. 4). Quanto alla prima, sempre secondo il ricorso, “controparte non ha minimamente dimostrato l’esistenza di una RSA” (pag. 4) e “dalla documentazione depositata in atti non emerge alcuna comunicazione da parte di T. alla RSA. E comunque non vengono indicati i componenti della RSA. Inoltre nelle comunicazioni inviate in occasione della procedura di CIG, il riferimento quale destinatario delle stesse ad un organismo denominato RSA nulla prova.

La comunicazione e l’intestazione dimostrano solo che la comunicazione è stata inviata ad organismo costituito all’interno dello S. cui T. ha affibbiato il nome di RSA. Ma non dimostra che tali organismi siano RSA in senso tecnico” (ricorso, pag. 5). Tutto ciò sarebbe stato ignorato dalla Corte, che avrebbe reso una motivazione “gravemente lacunosa e viziata da un travisamento degli elementi di prova”.

12. Il motivo è inammissibile per più ragioni: 1. Non è conforme al criterio della autosufficienza del ricorso. 2. Non considera che la motivazione è più articolata di quella riportata nell’atto di impugnazione, basandosi sulla valutazione di tre elementi di fatto, analiticamente indicati a pag. 2 - 3 della sentenza, il che inficia il giudizio di insufficienza. 3. Si risolve in una rivalutazione del quadro probatorio, che non è consentita in sede di legittimità, in assenza di violazione dei criteri indicati dall’art. 360, n. 5 cit..

13. Il secondo motivo è, invece, fondato, anche se in forza di una ricostruzione del sistema normativo in parte diversa da quella prospettata in ricorso.

14. La tesi della società ricorrente è che gli effetti abrogativi del referendum hanno comportato che “onde poter fruire dei diritti di cui alla L. n. 300 del 1970, titolo 3 una RSA costituita sotto il vigore della precedente disciplina, deve soddisfare le condizioni previste dalla regolamentazione quale essa risulta all’esito del referendum. Deve, cioè, essere firmataria di un contratto collettivo applicato presso l’unità produttiva. E nel caso di specie è pacifico che l’organizzazione sindacale non sia firmataria di alcun contratto collettivo” (ricorso, pag. 8).

15. Sempre secondo la ricorrente “le RSA costituite sotto il vigore della formulazione originaria dell’art. 19 S.Lav. devono considerarsi decadute ove non soddisfino i requisiti richiesti dalla nuova formulazione, non esistendo più una norma di legge per fondare il diritto a permanere

nell'unità produttiva" (pag. 9 - 10).

16. Quest'ultima affermazione non è corretta, ma anche la tesi sostenuta nella sentenza impugnata non è condivisibile, sebbene richiami un'isolata decisione di questa Corte (sentenza n. 5698 del 2003).

17. Si discute dell'obbligo o meno per il datore di lavoro di chiedere il nulla osta all'organizzazione sindacale dovendo procedere al trasferimento di dirigenti della RSA (rappresentanza sindacale in azienda).

18. L'art. 22 dello statuto dei lavoratori sancisce: "Il trasferimento dall'unità produttiva dei dirigenti delle RSA di cui al precedente art. 19 può essere disposto solo previo nulla osta delle associazioni sindacali di appartenenza".

19. La norma contiene quindi un rinvio all'art. 19 per stabilire quando sussista questo "diritto sindacale" che condiziona il trasferimento del dirigente sindacale al nulla osta del sindacato di appartenenza. La sussistenza del diritto in questione, come degli altri diritti sindacali previsti dal titolo terzo dello statuto dei lavoratori, dipende dalla interpretazione del combinato disposto della norma riguardante lo specifico diritto e dell'art. 19.

20. L'art. 19 ha subito una duplice modifica a seguito del referendum abrogativo. Le modifiche sono state apportate dal D.P.R. 28 luglio 1995, n. 312 (Abrogazione, a seguito di referendum popolare, della lett. a) e parzialmente della lett. b) della L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 19, comma 1, nonché differimento dell'entrata in vigore dell'abrogazione medesima), con decorrenza dal sessantesimo giorno dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 29 luglio 1995.

21. Il testo originario era il seguente:

22. "Rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva, nell'ambito: a) *delle associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale*; b) delle associazioni sindacali *non affiliate alle predette confederazioni*, che siano firmatarie di contratti collettivi *nazionali o provinciali* di lavoro applicati nell'unità produttiva".

23. Il testo post - referendario è quello risultante dalla eliminazione delle parti in corsivo: attualmente, pertanto, requisito cruciale è la stipulazione di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva.

24. Ma tutto ciò a che fine? Ai fini della costituzione di una RSA o solo della fruizione dei diritti sindacali previsti dal titolo terzo dello statuto?

25. Sul punto la Corte Costituzionale ha segnato, sin dalle sue prime sentenze sulla L. n. 300 del 1970, il percorso interpretativo da seguire, indicando l'unico percorso che non porti alla incostituzionalità dell'art.

19 e, quindi, dell'asse su cui si fonda la "legislazione di sostegno".

26. Nella prima, e ancor oggi fondamentale sentenza (n. 54 del 1974), la Corte spiegò che l'art. 19 non è in contraddizione con il principio della libertà sindacale, garantito dall'art. 39 della Cost. e riaffermato dall'art. 14 dello stesso statuto, perché non ha funzione permissiva della nascita di una rappresentanza sindacale in azienda, ma si limita a definire il campo di applicazione dei particolari diritti previsti dal titolo terzo.

27. Afferma la Corte: lo statuto garantisce, "all'art. 14, in conformità del precetto di cui all'art. 39 Cost. a tutti i lavoratori il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacali all'interno dei luoghi di lavoro", mentre con l'art. 19 "si limita a stabilire che determinate funzioni, inerenti alla rappresentanza sindacale aziendale, particolarmente incisive nella vita e nell'attività dell'unità produttiva, siano affidate dagli stessi prestatori d'opera a quei sindacati che conseguano i requisiti che la legge reputa necessari per lo svolgimento di tali funzioni, scelta che non limita la libertà sindacale garantita dall'art. 39 Cost. ed attuata dalla L. n. 300 del 1970, art. 14" (Corte Cost. 54/74, cit.).

28. La libertà di svolgere attività sindacale in azienda e di costituire rappresentanze sindacali in azienda è pertanto garantita a tutti i lavoratori dallo statuto. L'art. 19 non incide sulla possibilità di costituire RSA, ma si limita a definire i requisiti che le RSA devono possedere per poter fruire dei diritti sindacali previsti dal titolo terzo (requisiti che, data la loro forte invasività, non potevano essere riconosciuti indistintamente a qualsiasi aggregazione sindacale).

29. Da questa impostazione sistematica derivano una serie di conseguenze.

30. Primo. Anche la modifica di quei requisiti introdotta dal D.P.R. n. 312 del 1995 è ininfluente ai fini della possibilità di costituire RSA (principio affermato da Cass., n. 3813 del 2001 e ribadito dalle sentenze n. 7342 e n. 20695 del 2004).

31. Secondo. Se tale modifica è ininfluente ai fini della costituzione, simmetricamente, non può comportare la estinzione delle RSA che presentavano i requisiti del testo originario della norma, ma non quello del testo modificato. Non vi è pertanto alcuna decadenza delle RSA costituite prima della modifica referendaria.

32. Terzo. Se tali requisiti rilevano non ai fini della costituzione delle RSA ma solo ai fini della titolarità dei particolari diritti previsti dal titolo terzo, è allora al momento della nascita dello specifico diritto sindacale che bisogna aver riguardo per verificarne la presenza o meno.

33. Nel caso in esame il diritto sindacale controverso è quello che

condiziona il trasferimento del dirigente sindacale aziendale al previo nulla osta del sindacato di appartenenza.

34. L'art. 22 cit., comma 2 sancisce che la regola della necessità del nulla osta opera "sino alla fine dell'anno successivo a quello in cui è cessato l'incarico" di dirigente. Ciò indica che la prerogativa è dalla legge collegata alla funzione. Nasce con il conferimento dell'incarico di dirigente e sopravvive per un certo periodo dopo la scadenza.

35. Quindi i requisiti di riferimento devono sussistere al momento del conferimento della funzione e da quel momento incardinano il diritto sino alla fine dell'anno successivo a quello di cessazione dall'incarico.

36. Poiché in questo caso è accertato che non solo il trasferimento, ma anche l'acquisizione dell'incarico sono successivi alla modifica dell'art. 19 (il dato è riconosciuto dal sindacato, cfr., controricorso, pag. 7), i requisiti che vengono in rilievo sono quelli post - referendari.

37. E' altresì pacifico (cfr. controricorso, pag. 4) che tali requisiti non erano presenti perché il sindacato ricorrente non mai ha sottoscritto i contratti collettivi applicati nell'unità produttiva.

38. Il diritto sindacale in questione pertanto non sussisteva.

39. Il ricorso deve essere di conseguenza accolto (diventa superflua la valutazione del terzo motivo) e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, deve essere revocato il decreto emesso ai sensi dell'art. 28 cit..

40. L'andamento del processo e le incertezze giurisprudenziali in materia impongono di compensare integralmente spese e competenze tra le parti. (*Omissis*)

LA FRUIZIONE DEI DIRITTI SINDACALI DOPO LA MODIFICA DELL'ART. 19 ST. LAV.: QUESTIONI TRANSITORIE CHE RIMANGONO ATTUALI.

1. Le condizioni per il godimento delle tutele e dei diritti sindacali disposti al Titolo III dello Statuto alla luce del referendum del 11 giugno 1995.

La sentenza in epigrafe, decidendo sul riconoscimento delle tutele e dei diritti sindacali previste dal titolo III dello Statuto, affronta lo spinoso argomento delle sorti delle rsa in seguito alla riforma referendaria dell'art. 19 st. lav. Invero, la decisione della Corte di Cassazione merita di essere segnalata per la centralità della materia su cui si esprime e ri-

spetto la quale sussiste un intenso dibattito, giurisprudenziale¹ e dottrinale², che non arriva ad una soluzione pacifica ed univoca.

L'originalità risiede nel mancato riconoscimento delle tutele previste dallo Statuto alla rsa, validamente costituita in precedenza al referendum, giustificato dalla mancanza dei requisiti posti dal nuovo art. 19 st. lav al momento del godimento del diritto. Al contempo, non si considera la rappresentanza sindacale caducata perché al tempo della sua costituzione presentava i requisiti dell'originario articolo statutario.

Si da, pertanto, la possibilità di riflettere su due aspetti tra di loro connessi: le questioni transitorie riguardanti la modifica apportata a questo articolo e legate alla caducazione o meno delle rsa costituite prima del referendum; la correlazione tra le condizioni disposte dall'art. 19 st. lav. - *pre o post* riforma - al riconoscimento del diritto sindacale statutario. Invero, per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, la Corte scrive “è allora al momento della nascita dello specifico diritto sindacale che bisogna aver riguardo per verificare la presenza o meno” dei presupposti dell'art. 19.

Quindi, per verificare la sussistenza dei requisiti disposti dall'art. 19, se legittimamente sussistenti conformemente a quanto disposto dal testo *pre o post* referendum, si deve aver riguardo al momento di preteso esercizio di tale diritto.

La questione sottoposta all'attenzione della Corte riguarda il trasferimento, di due dirigenti delle rsa, privo del preventivo “nulla osta” disposto dall'art. 22 st. lav. Tale mancanza, secondo l'azienda, sarebbe sta-

¹ Tra le altre: Corte Cost., 12 gennaio 1994, n. 1; Corte Cost., 12 gennaio 1995, n. 13; Decr. Pret. Padova, 13 ottobre 1995; Decr. Pret. Napoli, 16 ottobre 1995; Decr. Pret. Venezia, 31 ottobre 1995; Decr. Pret. Catania, 13 novembre 1995; Decr. Pret. Milano, 13 novembre 1995; Decr. Pret. Roma, 14 novembre 1995; Decr. Pret. Monza, 18 novembre 1995; Decr. Pret. Milano, 27 novembre 1995; Decr. Pret. Milano, 23 dicembre 1995; Sent. Trib. Genova, 18 gennaio 1996; Decr. Pret. Cassino, 5 febbraio 1996; Decr. Pret. Roma 8 febbraio 1996; Decr. Pret. Roma, 12 febbraio 1996; Sent. Pret. Milano, 13 febbraio 1996.

² M. D'ANTONA, *Nel “cratere” dei referendum sulla rappresentatività sindacale (lavoro pubblico e lavoro privato alla ricerca di nuovi equilibri costituzionali nei rapporti collettivi)*, in *Foro It.*, 1996, 340; A. MARESCA, *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum (problemi interpretativi e prime osservazioni)*, in *ADL*, 1996, 29 e A. MARESCA, *Prime osservazioni sulle “nuove” rsa*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1995, XI; G. SANTORO PASSARELLI, *La nuova disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali dopo i referendum*, in *ADL*, 1996, 11; G. SANTORO PASSARELLI, *La nuova disciplina delle rsa aziendali dopo i referendum*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1995, III; G. PELAGGI, *Volontà popolare e ordinamento sindacale*, in *ADL*, 1996, 137; L. DE ANGELIS, *Questioni transitorie in tema di rappresentanza sindacale in azienda dopo il referendum*, in *Foro It.*, 1996, 330; M. MARAZZA, *Libertà negoziale e rappresentatività del sindacato nel nuovo art. 19 della legge n. 300 del 1970*, in *ADL*, 1997, 117; G. GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *DLRI*, 1995, 357.

ta giustificata dalla assenza della rsa aziendale e pertanto dall'impossibilità di sostenere l'esistenza della figura di dirigente della stessa. A sostegno di ciò, rileva che i due lavoratori avevano usufruito dei permessi nella loro qualità di componenti del direttivo regionale del sindacato e non in qualità di dirigenti della rsa.

Di fatto, la Corte di Cassazione riscontra che il diritto riconosciuto nell'art. 22 st. lav. nasce con il conferimento dell'incarico di dirigente sindacale e sopravvive per tutto il periodo successivo, fino alla sua scadenza. Pertanto, gli indici previsti dall'art. 19 st. lav. devono sussistere dal momento del conferimento della funzione fino alla sua cessazione, così come disposti nel testo esistente al momento dell'esercizio del diritto. Nell'azienda ricorrente, l'incarico di dirigente sindacale sorgeva in seguito alla modifica referendaria dell'art. 19 st. lav. Quindi, a presupposto della costituzione della rsa si richiedeva che *l'associazione sindacale fosse firmataria di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva*. Tale requisito non si verificava e il diritto sindacale ex art. 22 st. lav. non sussisteva, pertanto la Corte accoglieva il ricorso, verificando non necessario il "nulla osta" ai fini del trasferimento.

2. La caducazione delle vecchie rsa? Questioni transitorie.

La sentenza evidenzia che le questioni transitorie, legate alla modifica referendaria - *intendendo come tali quelle che sono destinate ad esaurirsi*³ - rimangono inaspettatamente attuali.

Al tema del godimento dei diritti disposti al Titolo III dello Statuto, si lega il dilemma circa il destino delle rsa costituite prima della riforma e prive delle condizioni prescritte nel nuovo articolo. Sul tema si riscontra la mancanza di una teoria unitaria sia in dottrina, sia in giurisprudenza. Si distingue, pertanto, chi⁴ sostiene la caducazione⁵ delle rsa prive dei requisiti previsti dalla nuova norma perché mancanti di legittimazione. Invero, secondo questa parte, l'art. 19 svolge la funzione di individuare i soggetti che possono godere delle tutele disposte dallo Statuto. Quindi, nel momento di esercizio dei diritti deve verificarsi la sussistenza dei presupposti che legittimano il loro godimento e ciò significa che tale

³ L. DE ANGELIS, *op. cit.* in *Foro It.*, 1996, 328.

⁴ Dottrina: A. MARESCA, *op. cit.*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1995, XV; L. DE ANGELIS, *op. cit.* in *Foro It.*, 1996, 328; G. AMOROSO, *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum: "nuovi problemi nel contesto della giurisprudenza sul "vecchio" art. 19 Stat. Lav.*, in *ADL*, 1996, 107; L. PELAGGI, *op. cit.*, in *ADL*, 1996, 146. Giurisprudenza: Pret. Pistoia 22 settembre 1995, in *Mass. Giur.*, 1995; pret. Roma, 5 agosto 1995; Pret. Vicenza 13 ottobre 1995; Pret. Venezia 31 ottobre 1995

⁵ "Si tratta della estraneità dei precedenti presupposti giuridici a quelli ora richiesti dall'ordinamento" V. L. DE ANGELIS, *op. cit.* in *Foro It.*, 1996, 328.

controllo deve avvenire con riferimento al nuovo art. 19. Ne consegue la caducazione di quelle rsa prive di tali requisiti perché mancanti dei presupposti legittimanti il loro operato.

Diversamente vi è chi⁶, come la Corte in questa sentenza, sostiene che *la modifica referendaria non può comportare l'estinzione delle rsa che presentavano i requisiti del testo originario della norma, ma non quello del testo modificato. Non vi è pertanto alcuna decadenza delle rsa costituite prima della modifica referendaria*⁷. Secondo questa altra parte, sostenere la caducazione significherebbe permettere una riqualificazione degli elementi che erano significativi al tempo della costituzione della rsa⁸ e quindi intervenire su quanto disposto dalla precedente norma.

Tali questioni non devono confondersi con il tema della irretroattività⁹ della riforma poiché, come ben noto, le riforme referendarie operano *ex nunc* e non *ex tunc*, nel rispetto della successione delle leggi nel tempo. Quindi, la costituzione o meno delle rappresentanze riguarda la mancanza dei presupposti richiesti dall'ordinamento in modo circoscritto al momento della loro costituzione. Con questo si intende sostenere la scontata impossibilità di agire nel passato attraverso l'applicazione del nuovo testo.

Correlate a tale tema si possono leggere delle conseguenze riguardanti il godimento della fruizione dei diritti previsti al titolo III.

Anche in questo caso la soluzione non è pacifica. Secondo la prima teoria si ritiene che la rsa priva dei requisiti previsti dalla nuova norma è priva di legittimazione e pertanto non può fruire dei diritti previsti al titolo III; la seconda, ritenendo in vita la rsa, considera esercitabili anche i diritti ad essa riconosciuti.

La sentenza in esame, invece, assume una posizione originale che si pone nel mezzo delle teorie ora viste: considerando sussistente la rsa costituita secondo i vecchi indici dell'art. 19, dovrebbe considerare possibile il godimento dei diritti sindacali, invece non decide in questo modo. La Corte, proprio per la mancanza dei requisiti dell'art. 19 al momento della nomina dei dirigenti sindacali, considera tali nomine non valide e

⁶ M. D'ANTONA, *op. cit.*, in *Foro It.*, 1996, 340; G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, in *ADL*, 1996, 15. Giurisprudenza: Cass., 17 novembre 1994, n. 1994, n. 9724 in *dir. prat. Lav.*, 1994, 9, 639

⁷ Coerentemente si veda *Rivista critica di diritto del lavoro*, 1996, 74 dove si legge "l'abrogazione referendaria non riguarda l'organo a dire la rsa ma solo il criterio di Costituzione".

⁸ M. D'ANTONA, *op. cit.*, in *Foro It.*, 1996, 340.

⁹ M. D'ANTONA, *op. cit.*, in *Foro It.*, 1996, 340, in giurisprudenza si veda, Cassazione 31 marzo 1983 n. 2351; Cassazione 3 marzo 1979 n. 1979; Cassazione 13 agosto 1981 n. 4905; Cassazione 17 novembre 1994 n. 9724 sentenze riguardanti l'efficacia delle nuove leggi, ed in particolare l'irretroattività.

quindi senza possibilità di accesso al Titolo III dello Statuto. Una decisione che si basa su una riflessione legata alla distinzione temporale tra costituzione della rsa e nomina dei dirigenti secondo la quale i requisiti devono sussistere nel momento considerato.

3. La possibilità di distinguere tre tipologie di rsa a seguito del referendum

Dalla soluzione in esame sembra quindi sorgere la possibilità di distinguere tre tipologie di rsa: quelle formatesi prima del referendum e prive degli attuali indici indicati dal nuovo testo; le rsa costituite dopo il referendum nel rispetto della recente formulazione normativa; le rappresentanze costituite liberamente ex art. 39 cost.

Si esclude che queste ultime, come espressamente previsto dalla sentenza della Corte Costituzionale 12 luglio 1996, n. 244, possano accedere ai benefici del Titolo III poiché prive della rappresentatività disposta dall'art. 19 anche se tale godimento venisse disposto per concessione del datore di lavoro. Pertanto, sono completamente escluse dalla possibilità di esercitare le proprie funzioni. Di fatto, riconoscere a queste l'esercizio dei diritti del Titolo III significherebbe legittimare quanto la volontà popolare ha negato attraverso il referendum del 1995 visto che i referendum abrogativi proposti erano due ed il primo aveva riscontrato un esito negativo. Infatti, se avesse avuto esito positivo, titolari dei diritti sindacali del Titolo III dello Statuto sarebbero state tutte le rappresentanze sindacali aziendali costituite ad iniziativa dei lavoratori, senza limitazione alcuna. Sappiamo che tale quesito non è stato accolto e di conseguenza si può sostenere che la terza ipotesi di rsa che può individuarsi dalla lettura della sentenza in epigrafe non può accedere all'esercizio dei diritti del Titolo III dello Statuto, anche se può esistere liberamente secondo quanto disposto dalla Costituzione.

Le prime due tipologie, che rientrano nei parametri dello Statuto, richiedono un *breve excursus* sulle vicende legate all'articolo 19 st. lav., ciò per comprendere l'evoluzione subita da questa norma.

L'art. 19 st. lav. nella sua stesura originaria disponeva criteri tra loro complementari e la *ratio* di questi era di marginalizzare il sindacato puramente aziendalistico, ispirato a logiche settoriali e rivendicative.

Il carattere promozionale¹⁰, dato dalla costituzione delle rsa ad inizia-

¹⁰ Cfr. G. FERRARO, voce *Rappresentanze sindacali aziendali*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sez. commerciale*, Utet, 1996, 60 e cfr., G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, 1987, 93, secondo i quali la norma deve leggersi nel contesto storico di formazione dello statuto, deve rilevarsi in esso, la volontà di rivitalizzare e rilegittimare le forme di auto-governo sindacale. L'iniziativa dei lavoratori è, inol-

tiva dei lavoratori non subiva modifiche con il referendum, ciò che veniva abrogato riguardava il criterio della *maggior rappresentatività presunta*.

In dottrina la questione della rappresentanza e della rappresentatività è stata indicata come un problema di democrazia nel sindacato, infatti tale argomento si presta ad essere esaminato sotto quattro indici diversi, indicativi di questa definizione riassuntiva. Si possono distinguere: il rapporto tra gli iscritti e non iscritti con il sindacato, il rapporto tra sindacato e strutture sindacali aziendali, il rapporto tra sindacati confederali, i rapporti tra sindacati confederali e autonomi. Le posizioni dei teorici sul tema si propongono di risolvere il quesito della maggiore rappresentatività all'interno delle quattro categorie individuate e tutte concludono cercando di individuare i criteri che consentano di misurare la rappresentatività effettiva del sindacato¹¹. Anche la giurisprudenza affronta il problema della maggiore rappresentatività a livello confederale indicando i criteri di individuazione della stessa; secondo questa, si misura in base: al numero degli iscritti, alla equilibrata distribuzione nel territorio nazionale, alla giusta rappresentanza delle principali categorie, alla partecipazione alla stipulazione dei contratti collettivi, alla partecipazione agli organi collegiali nella pubblica amministrazione¹². Da ultimo, su questo tema non si deve dimenticare il recente accordo del 15 aprile 2009. Nell'accordo si legge la consapevolezza della necessità di accompagnare il nuovo modello contrattuale con l'individuazione di criteri certi ed effettivi di misurazione del grado di rappresentatività sindacale. Vero che, i soggetti firmatari hanno dichiarato in entrambe le intese (si vuole fare riferimento a quella del 22 gennaio 2009 e del 15 aprile 2009) il proposito di rimettere ad un successivo accordo interconfederale l'individuazione di nuove regole in materia.

Se in linea generale sorge questo dibattito, deve rilevarsi che lo stesso art. 19 pone precisi indicatori¹³ della rappresentatività che si qualifi-

tre, considerato requisito necessario, vedi G. AMOROSO, V. DI CERBO, *Commentario allo Statuto dei Lavoratori e alla normativa sui licenziamenti*, Giuffrè, 1992, 347; G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2001, 64.

¹¹ Vedi G. SANTORO PASSARELLI, *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, in *DLRI*, 1989, 362.

¹² Cfr. G. FERRARO, *op.cit.*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sez. commerciale*, Utet, 1996, 61.

¹³ In materia la Corte Costituzionale nella sentenza 334/1988 ha stabilito che gli indicatori dell'art. 19 sono "particolarmente significativi della forza rappresentativa" perché "non sono attribuibili né dal legislatore né dalle autorità né possono sorgere arbitrariamente o artificialmente, ma sono sempre direttamente conseguibili e realizzabili da ogni associazione sindacale soltanto per fatto proprio o in base a propri atti concreti"

cano come *pre* condizione necessaria¹⁴ alla costituzione di rsa. Tali indicatori a loro volta non si astengono dall'accendere un ulteriore dibattito circa la loro costituzionalità e conciliabilità con il principio di uguaglianza e libertà sindacale.

In merito la Corte Costituzionale si è espressa tre volte con: sentenza 6 marzo 1974 n. 54, sentenza 24 marzo 1988 n. 334, sentenza 1990 n. 30.

La prima non considera fondata la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 39 commi 1° e 4° Cost., dell'articolo 19 lettera a) nella parte in cui esclude ai sindacati di categoria la possibilità di costituire rappresentanze sindacali aziendali. La seconda sentenza stabilisce non fondata la questione in relazione all'art. 3 e 39 Cost. Invero, i requisiti richiesti dall'art. 19 semplicemente dimostrano che intento del legislatore è stato solo quello di circoscrivere le rappresentanze aziendali in un ambito nel quale ai poteri ad esse riconosciuti faccia riscontro un'effettiva capacità di rappresentanza degli interessi sindacali. Pertanto, l'indicazione di tali requisiti non opera alcuna discriminazione tra le associazioni sindacali e l'articolo 19 coerentemente con quanto già disposto dalla sentenza 54/1974 adotta un criterio relativistico del concetto di "sindacato maggiormente rappresentativo"¹⁵. La terza sentenza sancisce che l'articolo non viola il pluralismo e la libertà sindacale *ex* art. 39 Cost.; quest'ultima è una sentenza rigida che determina il monopolio della rappresentanza sindacale e una cristallizzazione dei rapporti di forza.

Come ben noto, il d.p.r. 28 luglio 1995, n. 312 ha dato esecuzione alla volontà popolare espressasi attraverso referendum, da cui è conseguita la parziale abrogazione dell'art. 19 st. lav. Il nuovo testo, come anticipato, ha eliminato il criterio della *maggior rappresentatività presuntiva*¹⁶ attraverso l'applicazione del parametro della sottoscrizione di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva. Non ha invece modificato il criterio costitutivo poiché rimane *ad iniziativa dei lavoratori*. La norma

¹⁴ G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *op.cit.*, Zanichelli, 1987, 94, anche se in precedenza avevano rilevato i requisiti indicati dall'art. 19 di portata modesta perchè introdotti dalla locuzione (non giuridica) "nell'ambito" così, A. CESSARI, *Commento all'art. 19 Statuto Lavoratori*, in U. PROSPERETTI, *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, Giuffrè, 1975. Allo stesso modo Cessari individua la "natura permissiva" della statuizione non giustificando la sua lettura in funzione proibitiva.

¹⁵ Cfr. G. FERRARO, *op.cit.*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sez. commerciale*, Utet, 1996, 63.

¹⁶ L'obiettivo del legislatore referendario era di abbassare la soglia della rappresentatività poiché, la norma preferendaria, si basava sul paradosso di concedere da un lato la costituzione di nuove rsa a sindacati non rappresentativi sul piano aziendale e dall'altro la precludeva a sindacati rappresentativi non aventi il requisito della maggiore rappresentatività. V. S. CHIUSOLO, *Il nuovo art. 19 SL e le prospettive di riforma*, in D&L, 1996, 299.

modificata, come la precedente, pone nuovi dubbi sulla costituzionalità della stessa ed è sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale nonostante il preventivo controllo circa costituzionalità del referendum¹⁷. La Corte si esprime con due sentenze: n. 244 del 12 luglio 1996 e la n. 345 del 18 ottobre 1996. Nella prima è sollevata la violazione degli articoli costituzionali 3, 39 e 2 Cost.. La Corte con tale sentenza ha aderito a quanto affermato dalla dottrina¹⁸ attraverso un'interpretazione rigorosa che in particolare non individua alcuna violazione dell'articolo 3 Cost. poiché seppur eliminando il criterio della maggiore rappresentatività presunta, individua un criterio selettivo che può dirsi oggettivo, legale ed inderogabile che non lascia alcuno spazio discrezionale di accreditamento all'imprenditore pertanto rilevata la legittimità del criterio giuridico citato mentre perdono di rilevanza gli altri criteri. La seconda sentenza, non rinviene alcuna violazione degli articoli 2 e 39 Cost. della Costituzione. Quindi, la Corte Costituzionale si esprime dando una propria valutazione anche circa l'art. 39 rispetto la costituzione di rsa.

In questo contesto si inseriscono le questioni transitorie e le tipologie di rsa individuate dalla Corte di Cassazione nel rispetto dell'art. 19 st. lav., sia esso considerato prima o dopo la riforma. Essenziale in questo ragionamento è il momento della loro costituzione. Invero, se le rsa sono costituite dopo il referendum nel rispetto della recente formulazione normativa non pongono alcun dubbio circa il godimento dei diritti disposti al titolo III, altrettanto non può dirsi per le rsa formatesi prima del referendum e prive degli attuali indici indicati dal nuovo testo, invero la stessa Corte conclude escludendo per queste il godimento dei diritti sindacali statutari ma come rilevato dottrina e giurisprudenza non sono tra di loro d'accordo rispetto questa soluzione.

Silvia Foffano

Dottoranda di ricerca

Nell'Università di Modena Reggio Emilia

¹⁷ Sentenza Corte Costituzionale 12 gennaio 1994 n. 1 in ADL, 1996, 249 a riguardo A. MARESCA, *op. cit.*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1995, XI; L. DE ANGELIS, *op. cit.*, in *Foro It.*, 1996, 330; G. SANTORO PASSARELLI, *Sulla costituzionalità del nuovo art. 19 della legge n. 300 del 1970*, in ADL, 1997, 146.

¹⁸ A. MARESCA, *op. cit.* in ADL, 1996, 29; A. MARESCA, *op. cit.*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1995, XI; G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, in ADL, 1996, 11; G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1995, III; G. PELAGGI, *op. cit.*, in ADL, 1996, 137; S. BELLOMO, *La dottrina giuslavoristica dalla crisi della rappresentatività al referendum*, in ADL, 1996, 153; L. DE ANGELIS, *op. cit.*, in *Foro It.*, 1996, 330; M. MARAZZA, *op. cit.*, in ADL, 1997, 117; G. GIUGNI, *op. cit.*, in *DLRI*, 1995, 357.

2. Corte d'Appello di Milano – 4 giugno 2009 n. 462 – Pres. Castellini
– Est. De Angelis – S.F. c. S.T.S. srl

Contratto collettivo – Criteri di applicazione.

L'individuazione della contrattazione collettiva di diritto comune che regola il rapporto di lavoro va fatta unicamente attraverso l'indagine della volontà delle parti, risultante da espressa pattuizione ovvero anche implicitamente dalla protratta e non contestata applicazione di un determinato contratto collettivo; il ricorso al criterio della categoria economica di appartenenza del datore di lavoro, fissato dall'art. 2070 cod. civ., è invece consentito al solo fine di individuare il parametro della retribuzione adeguata ex art. 36 cost., quando non risulti applicata alcuna contrattazione collettiva e sia dedotta l'inadeguatezza della retribuzione contrattuale ex art. 36 cost.^()*

(*) La pronuncia in oggetto è conforme al consolidato orientamento in materia (Cass. 8 maggio 2008, n. 11372, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 5, 683; Cass. 29 luglio 2000, n. 10002, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1661; Trib. Torino 17 febbraio 2005, in *Giur. piemontese*, 2006, 1, 86; App. Milano 25 marzo 2003, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 7; App. Milano 14 febbraio 2003, in *Lavoro nella giur. (II)*, 2003, 785). Sul presupposto che il primo comma dell'art. 2070 c.c. (secondo cui l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore) non operi nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, che ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione (Cass. 5 maggio 2004, n. 8565, in *D&G – Dir. e giust.*, 2004, 26, 120; Cass. 22 agosto 2003, n. 12352, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7-8; Cass. 7 agosto 2000, n. 10374, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1737; Cass. 13 novembre 1999, n. 12608, in *Dir. e prat. del lavoro*, 2000, 963). Pertanto, in caso di contratto di lavoro regolato da un contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dell'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma solo eventualmente richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione ex art. 36 cost., deducendo la non conformità al precepto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato (Cass. 23 giugno 2003, n. 9964, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 6; Cass. 9 maggio 2003, n. 7157, in *Giust. civ. Mass.*, 2003; Cass. Sez. un 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1199, con nota di PERA; Cass. 26 gennaio 1993, n. 928, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 692, con nota di TULLINI; Trib. Cassino 26 settembre 2008, in *Lavoro nella giur. (II)*, 2009, 88). Tuttavia, occorre far riferimento alla categoria prevista dall'art. 2070 c.c. ove il contratto individuale o l'accordo aziendale operino un rinvio solo generico alla contrattazione collettiva, senza specificare espressamente a quale contratto le parti abbiano inteso riferirsi (Cass. 15 dicembre 1997, n. 12663, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 2374). Sull'adesione implicita al contratto collettivo di diritto comune – e relativa vincolatività – da parte di un imprenditore non iscritto a una delle associazioni stipulanti, di recente, v. Cass. 9 febbraio 2006, n. 2843, inedita; che presuppone un comportamento concludente desumibile da una costante e prolungata applicazione delle rispettive clausole al singolo rapporto (conf. Cass. 2 febbraio 2006, n. 2308, inedita; Cass. 30 luglio 2001, n. 10375, in

Svolgimento del processo

Il 30 ottobre 2007 S.F. ha appellato la sentenza n. 2050 del 2007 del tribunale di Milano, che ha rigettato la sua domanda volta ad ottenere la condanna del datore di lavoro, la s.r.l. S.T.S., al pagamento in suo favore di €. 20.409,21, oltre 1.511,79 con riguardo al periodo dal 12 agosto 2002 al 31 maggio 2005, oltre le somme successivamente maturate, e, per il futuro, ad adeguare la retribuzione in ragione di quanto stabilito dal contratto collettivo dei dipendenti del terziario, con orario di 40 ore settimanali.

Secondo l'1° appellante il tribunale ha errato nel ritenere inapplicabile il detto contratto collettivo per mancata iscrizione del datore di lavoro al-

Giust. civ. Mass., 2001, 1496; Cass. 3 agosto 2000, n. 10213, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1703). Sul punto, di rilievo, Cass. 12 aprile 2000, n. 4705, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, 168, con nota di LEOTTA, secondo cui l'adesione implicita postula l'applicazione di tutte le clausole contrattuali e non soltanto di alcune di esse, con l'ulteriore precisazione che l'osservanza di norme imperative di legge – ad esempio in materia di retribuzione, ferie, festività – non può essere equiparata a una spontanea manifestazione di volontà, anche se nella pratica, in relazione a determinati istituti quali quelli richiamati, fonti contrattuali e fonti legali possono prevedere discipline identiche. In argomento, v. anche Trib. Milano 2 dicembre 2003, in *D.L. Riv. critica dir. lav.*, 2003, 923, nel senso che la perdurante e uniforme applicazione della sola parte economica del contratto collettivo, da parte di datore di lavoro non iscritto alle associazioni firmatarie, comporti per quest'ultimo l'obbligo di darne applicazione per l'intero. Sulla determinazione della categoria professionale di appartenenza, in generale, v. Cass. 6 novembre 1995, n. 11554, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, fasc. 11; nell'ipotesi in cui l'imprenditore eserciti attività plurime, v. Cass. 23 settembre 2000, n. 12624, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1988; Cass. 18 marzo 1993, n. 3229, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 385; Cass. 9 aprile 1992, n. 4324, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 4; Cass. 22 gennaio 1992, n. 695, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 1. Sul principio della c.d. "autodefinizione della categoria professionale", v. Trib. Milano 18 settembre 2000, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, 610. Sull'onere della prova a carico di colui che invochi l'applicazione di un determinato contratto collettivo, ove contestata, di recente, v. Cass. 13 luglio 2009, n. 16340, *Red. Giust. civ. Mass.*, 2009, 7-8. Sull'onere di produrre in giudizio il contratto collettivo invocato, in quanto il contratto stesso costituisce espressione dell'autonomia privata ed introduce norme contrattuali di diritto comune, talché non trova applicazione il principio della diretta conoscenza della legge da parte del giudice, v. Cass. 8 agosto 1987, n. 6814, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc. 8-9. Con la conseguenza, in caso di mancata produzione di esso e di contestazione della controparte in ordine all'esistenza e al contenuto dell'invocato contratto, che il giudice deve rigettare la domanda nel merito, trovandosi nell'impossibilità di determinare l'*an* e il *quantum* della pretesa fatta valere; soltanto nell'ipotesi in cui la controparte non contesti l'esistenza e il contenuto del contratto invocato – ma si limiti a contestarne l'applicabilità – sussiste per il giudice il potere-dovere, ai sensi dell'art. 421 c.p.c., di acquisire d'ufficio il contratto collettivo, di cui l'attore, pur eventualmente non indicando gli estremi, abbia tuttavia fornito idonei elementi di identificazione (Cass. 7 luglio 2008, n. 1854, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 7-8, 1100; Cass. 12 aprile 2000, n. 4714, in *D&G – Dir. e giust.*, 2000, 17, 48; Cass. 24 settembre 1996, n. 8424, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1308). In dottrina, di recente, CATAUDELLA, *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro: uno sguardo al passato e qualche considerazione sul presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1, 61.

le associazioni stipulanti e per essersi, nel contratto individuale, fatto riferimento al contratto dei portinai, quando invece la corretta applicazione dell' art. 36 cost, avrebbe portato ad affermare il contrario, posto che l' attività svolta dalla convenuta consiste nella prestazione di servizi e nulla ha a che fare con la gestione di proprietà immobiliare.

L' appellata ha resistito.

All'udienza del 20 maggio 2009 la causa è stata discussa e decisa per i seguenti

Motivi della decisione

1.E' giurisprudenza consolidata che nel vigente ordinamento del rapporto di lavoro subordinato, regolato da contratti collettivi di diritto comune, l'individuazione della contrattazione collettiva che regola il rapporto di lavoro va fatta unicamente attraverso l'indagine della volontà delle parti, risultante da espressa pattuizione ovvero anche implicitamente dalla protratta e non contestata applicazione di un determinato contratto collettivo; il ricorso al criterio della categoria economica di appartenenza del datore di lavoro, fissato dall'art. 2070 cod. civ., è invece consentito al solo fine di individuare il parametro della retribuzione adeguata *ex art. 36 cost., quando non risulti applicata alcuna contrattazione collettiva* e sia dedotta l'inadeguatezza della retribuzione contrattuale *ex art.36 cost.:* cfr., di recente, Cass. 8 maggio 2008, n. 11372.

Nella specie, risulta documentalmente (doc.3 della produzione in primo grado dell'attrice) che le parti hanno richiamato espressamente, nel contratto individuale di lavoro, il c.c.n.l. per il portierato, che è poi stato applicato al rapporto. Il datore di lavoro, poi, è pacifico, non era iscritto alla organizzazione sindacale stipulante il diverso contratto collettivo qui invocato da F..

La piana applicazione del *dictum* di cui sopra conduce allora al rigetto dell'impugnazione, dovendosi solo aggiungere, per quanto può occorrere al fine del giudizio d' adeguatezza di cui all'art. 36 cost., come l' attività espletata da F. e da lei descritta alle pagine 2 e 3 dell' atto d' appello sia del resto simile, anche con riguardo alla discontinuità, a quella di un portiere di un condominio di grandi dimensioni, magari tra più edifici.

In conclusione, la sentenza appellata va confermata.

La peculiarità del caso rende equa la totale compensazione delle spese, a norma dell' art. 92 cod. proc. civ. (*Omissis*).

