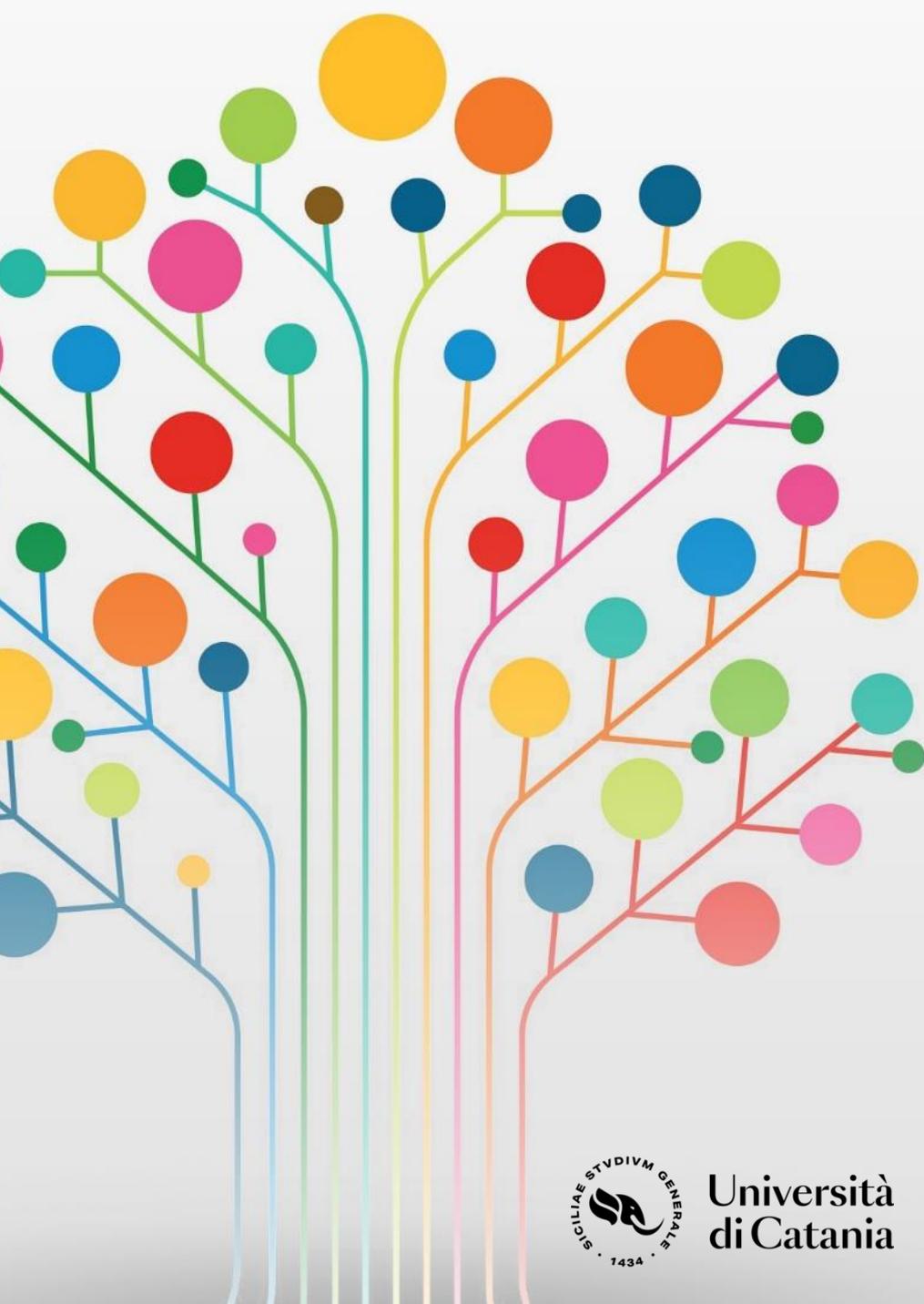


1/2006

20 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

BRUNO CARUSO, Università di Catania

GABRIELLA NICOSIA, Università di Catania

MARIA TERESA CARINCI, Università di Milano

SILVANA SCIARRA, Università di Firenze

GIOVANNI ORLANDINI, Università di Siena

SANDRO MAINARDI, Università di Bologna

SOMMARIO

Appalti e trasferimento d'azienda Valerio Speciale	1
La rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessione Mariella Magnani	23
Il conflitto collettivo post moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi Bruno Caruso - Gabriella Nicosia	32
Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro Maria Teresa Carinci	80
Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro Silvana Sciarra	104
Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo Giovanni Orlandini	133
Piccolo <i>requiem</i> per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9 marzo 2006, n. 80 Sandro Mainardi	176

Appalti e trasferimento d'azienda*

Valerio Speciale

1. Premessa	2
2. Esternalizzazione di attività produttive e segmentazione dell'impresa	2
3. Le innovazioni legislative in tema di trasferimento di azienda, appalti di servizi ed intermediazione di mano d'opera	4
4. Il vincolo comunitario nell'applicazione e nella interpretazione della normativa nazionale in tema di trasferimento ed appalto	6
5. L'ultimo comma dell'art. 2112 c.c.: la responsabilità solidale tra cedente dell'azienda ed appaltatore	11
6. L'art. 29, comma 3, d.lgs. 276/2003: l'esclusione della disciplina del trasferimento d'azienda nella successione di appalti di opere o servizi	15
7. Bibliografia	19

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 41/2006

1. Premessa

Il d.lgs. 276 del 2003 ha introdotto profonde innovazioni in tema di trasferimento di azienda (e di ramo di azienda) e di appalto di opere o servizi. In questa sede non si analizzerà la nuova nozione di appalto introdotta dall'articolo 29 del decreto legislativo (che è oggetto di altro saggio in questo volume) (Chieco, 2005a), né quella prevista nella recente formulazione dell'art. 2112 c.c., che è di tale complessità da richiedere uno studio specifico solo per questo istituto. L'analisi, pertanto, si concentrerà soltanto sulla disciplina dei profili strettamente connessi al rapporto tra trasferimento di azienda (o di ramo d'azienda) ed appalto. Si tratta della situazione in cui il soggetto che trasferisce l'azienda (o una parte di essa) ad un'altra persona fisica o giuridica affida a quest'ultima l'effettuazione di un'opera o di un servizio che richiede necessariamente, per la sua esecuzione, l'utilizzazione della struttura aziendale oggetto del trasferimento (con la conseguenza che l'appaltatore, oltre a subentrare nella titolarità dell'azienda, la pone al servizio del precedente titolare, per soddisfare sue esigenze produttive).

In tale ambito, a parte alcune inevitabili riflessioni sulla nozione di trasferimento di azienda e di appalto, si analizzeranno in particolare l'ultimo comma dell'art. 2112 c.c., che introduce una specifica responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore che utilizza l'azienda (o la parte di essa) trasferita e l'art. 29, comma 3, del d.lgs. 276/2003, che prevede l'esclusione della disciplina del trasferimento nel caso di successione di diversi imprenditori in appalti di opere o di servizi. Tuttavia, poiché gli istituti in precedenza descritti sono funzionali alla regolamentazione di nuovi fenomeni che caratterizzano l'attuale contesto produttivo, è necessario, prima di procedere all'analisi giuridica, descrivere in modo sintetico il cambiamento dello scenario economico.

2. Esternalizzazione di attività produttive e segmentazione dell'impresa

Si è rilevato che "i nuovi modelli di produzione sono incentrati sulla segmentazione del processo produttivo in molteplici fasi, ciascuna delle quali viene affidata ad una diversa impresa. Pertanto, il sistema di produzione basato sull'integrazione verticale - contraddistinto dal fatto che la produzione dei beni o dei servizi necessari per confezionare un prodotto finito si svolgeva nell'ambito di un'unica impresa - viene rimpiazzato da un regime in cui le singole attività necessarie all'esecuzione del ciclo produttivo risultano frazionate, e numerose imprese si fanno carico della complessiva realizzazione di un bene destinato al mercato. Non a caso, si è parlato, al riguardo, di disintegrazione verticale" (Corazza, 2004; Carabelli, 2004). Il processo descritto, che rientra nell'ambito del fenomeno delle esternalizzazioni o dell'*outsourcing* (Vallauri, 2003, a cui si rinvia per l'analisi dei diversi significati, non sempre coincidenti, di queste espressioni) e del passaggio ad un sistema economico "postfordista" (con il progressivo declino della produzione industriale di massa) (Rifkin, 1995; Rullani, Romano, 1998), si è svolto con fasi diverse. In un primo momento, l'*outsourcing* si è realizzato con il decentramento a soggetti esterni di attività non strategiche per l'impresa, che può così concentrarsi sul *core business*, delegando ad altri determinate funzioni anche molto importanti (ad esempio tutta o parte della produzione) ma che non vengono ritenute essenziali per la realizzazione del valore finale. L'evoluzione successiva, connessa all'accresciuta importanza delle tecnologie informatiche e della elaborazione di conoscenze (*know how*), è quella della "impresa rete": in questo caso la finalità è nella gestione della conoscenza, realizzata con l'organizzazione di una rete con la quale il *know how* (applicato ai prodotti, ai processi, ai meccanismi di funzionamento) può essere scambiato e coordinato ed in cui la *core competence* "non è

tanto saper fare una certa attività del processo produttivo, ma diventa saper fare bene il mestiere di chi coordina le attività degli altri" (Vicari, 2002; Corazza, 2004; Vallauri, 2003; Carabelli, 2004).

In questo contesto, la segmentazione delle imprese realizzata con le esternalizzazioni persegue scopi diversi. Vi è indubbiamente un'esigenza di concentrazione di risorse intellettuali e finanziarie sulle attività strategiche e di delega ad altri soggetti, dotati di maggiori competenze specialistiche, di altre funzioni meno vitali. Si persegue inoltre l'obiettivo della valorizzazione delle conoscenze della rete e della sua capacità di coordinamento, oltre che quello della riduzione dei costi e di una maggiore flessibilità ed operatività immediata. A queste finalità oggettive, connesse ad esigenze che scaturiscono dai mutamenti dei sistemi produttivi ed organizzativi e da un mercato globale sempre più competitivo, se ne affiancano altre di natura elusiva. La pressione competitiva, infatti, spinge le imprese a forme di decentramento "patologiche" dirette soltanto alla elusione delle discipline garantistiche, di natura individuale e collettiva, a tutela del lavoratore. La segmentazione dell'impresa, in questo caso, consente infatti di sostituire i rapporti di lavoro con relazioni tra imprenditori, a cui sono delegate funzioni svolte in precedenza da propri dipendenti, e senza quindi l'applicazione di normative garantistiche molto importanti, come quelle in materia di licenziamenti individuali e collettivi o con la eliminazione (o il drastico abbattimento) dei costi retributivi e contributivi dei contratti di lavoro (che presuppongono, appunto, una relazione giuridica diretta con i lavoratori). D'altra parte la riduzione delle dimensioni dell'impresa consente o di escludere le tutele sindacali (quando si scenda al di sotto della soglia dei 16 dipendenti prevista dallo statuto dei lavoratori) o di ridurre l'impatto dell'azione sindacale, anch'essa strettamente legata alla contestuale presenza di gruppi di lavoratori all'interno della stessa struttura produttiva e che viene invece penalizzata dalla diminuzione degli addetti. In queste ipotesi, in sostanza, l'*outsourcing* si pone come unico (o prevalente) obiettivo quello di ridurre i costi diretti ed indiretti connessi alla gestione dei rapporti di lavoro, nell'ambito di un processo di "deresponsabilizzazione" dell'imprenditore che, nella gestione dell'azienda, non deve più porsi il problema degli effetti delle sue scelte imprenditoriali sui rapporti di lavoro. Inoltre, si persegue un modello di "concorrenza da (bassi) costi" difficilmente sostenibile in un mercato globalizzato e caratterizzato invece dalla presenza di *competitors* (i paesi emergenti) con forza lavoro non sindacalizzata e con salari assai ridotti, che rendono impossibile una qualunque forma di competizione in questo ambito. In tal modo, infine, non vengono perseguiti gli unici modelli competitivi possibili in questa situazione, che dovrebbero essere basati essenzialmente sulle innovazioni dei processi produttivi e dei prodotti.

Il trasferimento dell'azienda (ed in particolare di una sua frazione autonoma) o l'appalto sono, insieme ad altre tipologie contrattuali (somministrazione di mano d'opera, collaborazioni autonome coordinate e continuative, concessione di vendita, *franchising*) alcuni degli strumenti giuridici che consentono le esternalizzazioni (Chieco, 2005b). Infatti, l'imprenditore potrebbe identificare nella sua azienda tanti diversi settori (o "parti" di essa, secondo la definizione adottata dall'art. 2112 c.c.) e procedere alla loro cessione ad altro soggetto, trasferendo automaticamente le persone ad essi addetti. Inoltre, in un secondo momento, il cedente potrebbe stipulare con il cessionario un appalto di opere o di servizi e quindi utilizzare gli stessi lavoratori in precedenza da lui impiegati per realizzare prodotti o servizi che continuano ad essere integrati nella sua struttura produttiva e senza una relazione giuridica diretta con i dipendenti. Si tratta, come ben si vede, di strumenti che sono potenzialmente in grado sia di realizzare le forme di decentramento

“oggettive” prima descritte (perché legate a fenomeni economici reali), sia di portare a compimento i processi di elusione già analizzati. A questo punto, dunque, è necessario verificare come il legislatore abbia concretamente disciplinato tali istituti e quali obiettivi siano stati concretamente perseguiti.

3. Le innovazioni legislative in tema di trasferimento di azienda, appalti di servizi ed intermediazione di mano d’opera

Nel 2003, l’emanazione del d.lgs. 276 ha riformato in modo radicale il quadro normativo esistente, con la finalità evidente di favorire i processi di segmentazione e decentramento delle imprese.

L’operazione è stata condotta con una pluralità di strumenti. Vi è stata, in primo luogo, l’abrogazione della legge n. 1369/1960, la quale vietava l’appalto (o più in generale la fornitura) di mere prestazioni di lavoro e sanzionava i comportamenti illeciti con la costituzione di rapporti di lavoro in capo al committente. La normativa, emanata in un contesto produttivo (quello degli anni ‘60) caratterizzato dalla prevalenza dell’industria manifatturiera rispetto ai servizi, aveva chiare finalità antifraudolente, al fine di evitare che tramite “pseudo appaltatori” – i quali assumevano lavoratori che, di fatto, operavano alle dipendenze del committente - si procedesse alla elusione dei costi economici e delle discipline normative connesse al rapporto di lavoro. La legge, peraltro, si poneva in contrasto con la diffusione, derivante dalla terziarizzazione dell’economia, di appalti aventi ad oggetto soltanto prestazioni di lavoro e che rispondono ad esigenze oggettive delle imprese (ad esempio in materia di consulenza informatica, gestionale, e così via) o delle persone (l’assistenza agli anziani e ai disabili). D’altra parte, le innovazioni tecnologiche hanno favorito la creazione di appalti di servizi caratterizzati dalla bassa intensità organizzativa (e cioè dalla scarsa presenza di attrezzature e macchinari) e dalla prevalenza del lavoro o nei quali l’organizzazione è composta essenzialmente da beni immateriali e non da *assets*. La legge, dunque, richiedeva un suo adeguamento al nuovo contesto produttivo (si rinvia, sul punto, anche a Carabelli, 1999). A tale scopo, il legislatore del 2003 avrebbe potuto legalizzare gli appalti nei quali la componente lavorativa è di carattere assolutamente preponderante o dove l’organizzazione produttiva è fondata essenzialmente su beni immateriali e a condizione che essi rispondessero ad esigenze di specializzazione delle imprese o avessero un elevato valore tecnologico. Inoltre si sarebbe dovuta introdurre la parità di trattamento economico e normativo per evitare che le esigenze indicate costituissero il pretesto per ottenere prestazioni lavorative a costi più bassi. D’altra parte, l’art. 3 della legge n. 1369 del 1960 già consentiva, prima della sua abrogazione, gli appalti interni e cioè quelli che, indipendentemente dal luogo in cui sono svolti, sono relativi ad attività funzionalmente collegate al ciclo produttivo del committente. La norma, quindi, favoriva forme di decentramento che potevano essere motivate anche da esigenze di specializzazione produttiva e, attraverso l’imposizione della parità di trattamento, voleva proprio evitare rischi di una “concorrenza di costi al ribasso”, per scoraggiare le imprese dall’utilizzare gli appalti per sostituire i propri lavoratori con altri più convenienti dal punto di vista economico. Questa esigenza antielusiva è certamente ancora attuale (Carinci M. T. 2000 e 2004; *contra* De Luca Tamajo, 2002), soprattutto in un contesto economico caratterizzato dalla concorrenza di altri paesi che fanno del bassissimo costo del lavoro e delle ridotte tutele normative il più importante “vantaggio competitivo”.

Il d.lgs. 276 del 2003 ha invece seguito una strada completamente diversa. È stato introdotto un nuovo contratto finalizzato alla mera fornitura di mano d’opera (la somministrazione di lavoro a

tempo indeterminato e determinato) che ha esteso a dismisura la possibilità di fornire, da parte di agenzie specializzate, solo prestazioni di lavoro e senza il vincolo, prima esistente, della soddisfazione di esigenze temporanee del committente (Carinci M.T., 2004; Chieco, 2004; *contra* Speciale, 2004a). A tale istituto si è affiancata una nuova figura di appalto di servizi espressamente pensata per il diritto del lavoro. Questo modello contrattuale, inserito in concorrenza con la somministrazione (Del Punta, 2004; Chieco, 2004; Carinci M. T., 2004) prevede che, quando l'opera o il servizio lo richieda, l'appalto può essere eseguito soltanto con la mera organizzazione e direzione di un gruppo di lavoratori. In questo caso, che come ben si vede può riferirsi a tutte le forniture di manodopera nella quale la prestazione di lavoro assume carattere fondamentale, non vi è neppure la parità di trattamento economico e normativo (prevista invece per la somministrazione), con l'intento quindi di favorire operazioni di esternalizzazione dei servizi finalizzati al mero risparmio dei costi (Carinci M. T., 2004; Del Punta, 2004; Chieco, 2004).

La nozione di trasferimento di azienda, che era rimasta immutata per molti anni, aveva subito già una radicale trasformazione con il d.lgs. n. 18 del 2001. La riforma, che aveva la finalità di recepire i contenuti delle direttive comunitarie, aveva introdotto una nuova definizione ("*si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità...*"), ed aveva qualificato per la prima volta anche il concetto di "parte dell'azienda" ("*intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*"). In conformità all'opinione prevalente (Maresca, 2001; Ciucciovino, 2002; *contra* Santoro Passarelli G., 2001), la nuova disciplina aveva esteso il concetto di azienda (e di ramo d'azienda) e vi aveva ricompreso sia le strutture produttive caratterizzate dalla presenza di attrezzature, macchinari e personale, sia quelle costituite esclusivamente o prevalentemente da un gruppo di lavoratori organizzato. Tuttavia, nel caso di mutamento nella titolarità di una parte dell'azienda, aveva imposto che il ramo trasferito fosse già preesistente e non potesse essere costituito *ad hoc* al momento del trasferimento. La Corte di Cassazione aveva interpretato la nozione di "parte dell'azienda" in modo difforme. In alcune sentenze aveva ritenuto che il trasferimento di una "frazione" dell'azienda potesse coincidere con il mero passaggio ad altro soggetto di un complesso di lavoratori e senza necessità di trasferire anche strutture materiali dell'impresa (Cass. n. 10701/2002; Cass. n. 10761/2002). Altre sentenze, invece, avevano adottato una nozione più restrittiva, ritenendo che l'articolazione funzionalmente autonoma dovesse essere costituita, oltre che da dipendenti, anche da *assets* (attrezzature, macchinari) (Cass. n. 15105/2002; Cass. n. 14961/2002). Alcune tra queste ultime decisioni avevano ritenuto che l'interpretazione prescelta fosse confermata, tra l'altro, dal fatto che la parte di azienda da trasferire dovesse essere preesistente al mutamento di titolarità e dovesse confermare nel trasferimento la propria identità. Esse, inoltre, avevano individuato nella volontà di riforma di questo aspetto della norma (già espressa dal governo) proprio la conferma della impossibilità di giustificare, tramite l'articolo 2112 allora vigente e non ancora modificato, esternalizzazioni di singoli servizi o funzioni che comportassero il mero trasferimento di personale (Cass. n. 15105/2002).

Il legislatore del 2003 ha abrogato il requisito della identità preesistente dell'articolazione autonoma da trasferire (e che conserva dopo il passaggio tale sua caratteristica) ed ha stabilito, invece, che spetta al cedente ed al cessionario identificare, al momento del trasferimento, la frazione

dell'azienda interessata dal mutamento di titolarità. Lo scopo evidente è quello di eliminare una delle obiezioni che erano state sollevate dalla giurisprudenza e di legittimare così i processi di esternalizzazione di funzioni o servizi che comportano soltanto il passaggio di lavoratori e non di beni materiali (Speziale 2004b). Tra l'altro, sempre in vigenza della definizione introdotta dal d.lgs. n. 18/2001, la Cassazione aveva chiarito che era escluso che " *un ramo di azienda possa essere disegnato e identificato solo al momento del trasferimento in esclusiva funzione di esso, con un'operazione strumentale indirizzata all'espulsione, per questa via indiretta, di lavoratori eccedenti, consegnati ad un cessionario che, strettamente legato all'impresa cedente - ancorché vero imprenditore e non semplice interposto di manodopera - sarebbe posto in condizione di modificare liberamente le preesistenti condizioni di lavoro (contratti collettivi, condizioni di stabilità del posto di lavoro, ecc.)*" (Cass. 15 ottobre 2002 n. 15105, *FI*, 2003, I, 118). La riforma, nel consentire la identificazione del ramo di azienda al momento del trasferimento, favorisce oggettivamente anche quelle operazioni elusive efficacemente descritte nella sentenza citata, "aggirando" il contenuto di normative inderogabili (ad esempio in materia di licenziamento) a tutela dei lavoratori.

Se i singoli istituti garantiscono esternalizzazioni con caratteristiche "deregolative" a danno dei lavoratori molto più accentuate che nel passato, gli effetti negativi per i dipendenti coinvolti che possono scaturire dalla combinazione delle nuove tipologie contrattuali sono anche superiori. Infatti, l'intenzione del legislatore è quella di consentire operazioni in cui: a) l'impresa potrà identificare come ramo d'azienda uno specifico settore interno che svolga importanti funzioni di servizio (gestione del personale, amministrativa, marketing, ecc.) o nella produzione; b) successivamente potrà trasferirlo ad un'altra impresa senza richiedere il consenso dei lavoratori addetti, in conformità all'interpretazione assolutamente prevalente dell'art. 2112 c.c. (Romei, 2005, con indicazione degli autori favorevoli e delle poche opinioni contrarie) e provvedendo al passaggio o dei soli lavoratori o anche di apparecchiature, materiali, beni mobili e così via; c) in seguito, dopo il trasferimento, l'impresa affiderà alla cessionaria il servizio in appalto, che verrà eseguito con gli stessi dipendenti in precedenza utilizzati dal cedente, e garantendo quindi al committente la stessa professionalità ed efficienza organizzativa preesistente; d) in assenza di una disposizione che garantisca la parità di trattamento economico e normativo, le prestazioni lavorative potranno essere eseguite a costi retributivi e contributivi molto inferiori e senza i vincoli che derivano dai rapporti di lavoro (ad esempio il committente potrà chiedere all'appaltatore di licenziare o sostituire alcuni lavoratori addetti all'appalto, senza i limiti giuridici che prima era tenuto a rispettare nei confronti di quegli stessi soggetti quando erano "suoi" dipendenti).

In questo contesto è evidente che il legislatore non intende favorire i processi "virtuosi" di esternalizzazione in precedenza descritti, ma si propone di consentire una segmentazione dell'impresa che ha la finalità prevalente di ridurre gli oneri economici indiretti (le tutele normative) o diretti (i trattamenti retributivi e previdenziali) e di limitare la presenza e l'impatto dell'azione sindacale (v. *retro* § 2). Il legislatore, dunque, pensa di affrontare le sfide della globalizzazione agendo sul fattore lavoro come unico elemento che assicuri il successo delle imprese italiane nel mercato (Speziale, 2004a; Andreoni, 2004; Alleva, 2004). La logica è quella del consolidamento di un modello di competitività puramente di costo, che potrebbe disincentivare la riqualificazione manageriale e tecnologica dell'apparato industriale italiano (Costabile, 2002), e che, soprattutto, è del tutto inefficiente in presenza di realtà economiche (Cina, India, paesi dell'ex Est europeo ecc.) che hanno le caratteristiche già descritte (v. *retro* § 2).

4. Il vincolo comunitario nell'applicazione e nella interpretazione della normativa nazionale in tema

di trasferimento ed appalto

A parte le finalità perseguite dal legislatore, va sottolineato che l'interpretazione della normativa nazionale in tema di trasferimento e di appalto deve essere effettuata in coerenza con la disciplina comunitaria. Da tempo, infatti, in conseguenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (CGE) e di quella della Corte Costituzionale italiana (recepita dai giudici di merito e di legittimità nazionali), si è consolidata la prevalenza dell'ordinamento giuridico europeo su quello italiano (C. Cost. n. 170/1984; n. 113/1985; n. 389/1989; n. 168/1991; n. 41/2001. CGE 9.3.1978, n. 106/77; 17.12.1980, n. 149/79; 10.4.1984, n. 79/83; 22.6.1989, n. 103/88; 12.10.1993 n. 37; 14.7.1994, n. 91). Questa situazione si manifesta innanzitutto con la immediata applicabilità dei regolamenti comunitari che prevalgono sulle normative nazionali precedenti e successive. Essa, peraltro, si realizza anche in via interpretativa per quanto attiene alla direttive che, come è noto, richiedono un atto legislativo che le renda obbligatorie negli ordinamenti nazionali e che soltanto a determinate condizioni, possono avere efficacia diretta negli stati membri (Foglia, 1992 e 2002; Arrigo, 1998; Ballarino 2004). Non vi è dubbio, infatti, che, dopo il suo recepimento, la legge nazionale che implementa la direttiva deve essere interpretata in coerenza con la normativa comunitaria e, nel caso di conflitto tra disposizioni italiane e quelle europee, occorre adottare una lettura delle norme che sia coerente con la fonte comunitaria ("interpretazione adeguatrice") (CGE 13.11.1990 n. 106/89; 12.10.1993, n. 37; 14.7.1994, n. 91; Roccella, 2004; Novella, Vallauri, 2005).

Qualora la questione non possa essere risolta in via interpretativa, il giudice italiano, nel caso di controversia nella quale sia parte lo Stato membro o la pubblica amministrazione, dovrà procedere alla disapplicazione della norma nazionale ed all'applicazione di quella europea. Se, invece, la controversia è tra privati, secondo alcune opinioni prevarrà la disposizione italiana (Novella, Vallauri, 2005), o vi sarà la possibilità di un'azione di risarcimento danni da parte del cittadino nei confronti dello Stato che ha mal recepito la direttiva (Roccella, 2004). Si deve ritenere, al contrario, che il giudice sarà obbligato, ai sensi dell'art. 234 del Trattato UE, invitare la Corte di Giustizia Europea a valutare la coerenza della normativa nazionale con quella comunitaria, con l'obbligo di applicare la decisione che verrà assunta. Tale effetto, a mio giudizio, scaturisce, in primo luogo, dalla prevalenza dell'ordinamento europeo su quello nazionale. Non va dimenticato, poi, che il rinvio alla Corte ai sensi dell'art. 234 ha la finalità di "(garantire) l'interpretazione e l'applicazione uniformi del diritto comunitario" (CGE 27.3.1980, n. 61/79) e di offrire ai giudici nazionali strumenti idonei "a superare le difficoltà insite nell'assicurare, nel contesto degli ordinamenti giuridici interni, la piena effettività del diritto comunitario" (CGE 16.1.1974, n. 166/73). La possibilità per il magistrato italiano, in caso di insanabile contrasto interpretativo, di applicare immediatamente il diritto interno si porrebbe in contrasto con i principi indicati. Va ricordato, infine, che la valutazione della conformità con il diritto europeo dovrà essere effettuata in coerenza con il significato attribuito alle disposizioni comunitarie dalla Corte di Giustizia. Queste decisioni, infatti, non assumono soltanto il valore di un precedente interpretativo autorevole ma non vincolante, ma operano quale elemento "di integrazione del testo (della legge), assumendo una vera e propria natura 'normativa'" (Foglia, 2004; conf. Novella, Vallauri, 2005; C. Cost. n. 389/1989), con sentenze che estendono i loro effetti al di là del caso oggetto di giudizio e delle parti in lite.

Il contesto descritto può aiutare a risolvere alcuni problemi interpretativi connessi alla nuova disciplina italiana, che dovrà essere posta a confronto con la direttiva 2001/23/CE in materia di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese e di stabilimenti e con la consistente

giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è formata in materia. In questa sede, ovviamente, si accenneranno soltanto ad alcuni degli aspetti più problematici della complessa tematica e che, in qualche modo, sono più direttamente connessi all'argomento trattato.

In relazione alla qualificazione dell'azienda, o di parte di essa, ci si è chiesti se il concetto di "attività economica organizzata" a cui fa riferimento l'art. 2112 cc. comprenda, oltre alle ipotesi tradizionali di strutture organizzative composte da uomini e mezzi (secondo la nozione tradizionale prevista dall'art. 2082 c.c.), anche quelle caratterizzate da esclusiva o preponderante presenza di solo personale e purché si possa riscontrare un vincolo organizzativo tra le persone (c.d. azienda "dematerializzata" perché priva di apparati produttivi "pesanti"). Il riferimento, nella norma nazionale, all'attività economica organizzata sembra legittimare questa nozione "leggera" di azienda, perché in tale dizione possono essere ricomprese sia le produzioni di beni e servizi che richiedono l'utilizzazione di macchinari ed attrezzature, sia quelle che si fondano essenzialmente su un gruppo organizzato di lavoratori che, con il loro coordinamento, operano al fine della realizzazione di una determinata attività produttiva (Romei, 2003, con ulteriori indicazioni bibliografiche). La direttiva europea regola l'ipotesi del trasferimento di *"un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria"* (art. 1, lettera b). In tale ambito, numerose sentenze della Corte di Giustizia hanno affermato che, in linea generale, la sussistenza di un trasferimento di impresa o di parte di essa deve essere valutato in base ad una pluralità di indici e che tra questi la cessione di beni patrimoniali – materiali o immateriali - può costituire un elemento importante che depone a favore della esistenza della fattispecie (CGE 20.11.2003, n. 340/01; 25.1.2001, n. 172/99 e molte altre). Si è aggiunto, peraltro, che in determinati settori in cui l'attività produttiva si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che svolga stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica e si deve necessariamente ammettere che essa conservi la sua identità qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassuma una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificatamente destinato dal predecessore a tali compiti (CGE 11.3.1997, n. 13/95, *Suzen*; 2.12.1999 n. 234/98; 25.1.2001, n. 172/99; 24.1.2002, n. 51/00: giurisprudenza costante). La lettura dell'art. 2112 c.c., effettuata in coerenza con il diritto comunitario che scaturisce dalle sentenze della Corte europea, consente di giungere alle seguenti conclusioni: se l'azienda richiede per la sua attività mezzi produttivi consistenti (macchine, attrezzature ecc.), il trasferimento presuppone il passaggio ad un nuovo imprenditore sia degli apparati, sia del personale addetto. Solo per quelle produzioni dove l'elemento del personale ha rilievo determinante, il trasferimento di un gruppo di lavoratori che svolgano stabilmente un'attività comune può costituire l'ipotesi normativa prevista dall'art. 2112 c.c. ed a condizione, peraltro, che i dipendenti trasferiti svolgano attività coordinate ed organizzate tra loro. La necessità del vincolo organizzativo tra i dipendenti scaturisce indirettamente, nelle decisioni della Corte, dal riferimento all'attività comune stabile ed alla necessità di riassumere lavoratori che, per numero e competenze, siano in grado di proseguirla. Non è possibile, dunque, trasferire dipendenti che non siano tra loro legati da esigenze di organizzazione del lavoro e dell'attività produttiva.

Per quanto attiene al trasferimento dell'intera azienda, l'art. 2112 c.c. prevede che l'attività economica organizzata deve essere "preesistente al trasferimento" e deve conservare, dopo il passaggio ad altro titolare, "la propria identità". La norma, evidentemente, vuole garantire che venga

trasferita una struttura già esistente e definita nelle sue caratteristiche principali (tipo di produzione, apparati destinati alla sua realizzazione, lavoratori addetti, organizzazione del lavoro e dell'attività e così via) e senza che il cedente o il cessionario possano modificare l'assetto produttivo, che deve rimanere immutato prima e dopo l'operazione economica. Le caratteristiche indicate sono coerenti con l'art. 1 della direttiva 2001/23/CE, che richiede che, l'entità economica conservi nel trasferimento "la propria identità". La Corte di Giustizia ha interpretato questa dizione asserendo che la conservazione presuppone che il nuovo titolare dell'impresa prosegua o riprenda l'attività economica svolta dal precedente imprenditore e che, quando l'entità economica coincide con un gruppo di lavoratori, il subentrante, come si è già detto, prosegua l'attività e riassuma il personale prima occupato (v. le sentenze citate *retro* in questo §). In sostanza queste decisioni lasciano intendere che è essenziale che il complesso aziendale trasferito rimanga inalterato e continui la sua produzione, in modo da garantire la continuità occupazionale dei dipendenti addetti e la conservazione dei loro diritti. In tale ambito, dunque, sembra che l'art. 2112 c.c. sia, in questa parte della disposizione, conforme alla disciplina europea ed impedisca, all'atto del trasferimento, operazioni di segmentazione o il mutamento dell'impresa da trasferire.

La questione si pone in modo differente per la cessione di una parte dell'azienda. La normativa comunitaria e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, non introducono alcuna differenza tra il trasferimento dell'intera impresa o di parte di essa e, per la cessione del ramo d'azienda, richiedono gli stessi requisiti prima descritti (possibilità di identificare la struttura da trasferire in uomini e mezzi o solo nel personale; necessità di conservare l'identità nel senso sopra spiegato ecc.). La seconda parte del 5° comma dell'art. 2112 c.c. prevede, invece, che, quando venga trasferita una parte dell'azienda, l'attività economica organizzata possa essere "*identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*". L'intento del legislatore italiano, come si è già detto (v. *retro* § 3), è quello di consentire la "scomposizione" del ramo, che potrebbe favorire quei processi elusivi di normative inderogabili e limitativi dei diritti dei lavoratori così efficacemente descritti dalla Corte di Cassazione. Dal punto di vista letterale la disposizione italiana si pone in contrasto con il diritto comunitario, in quanto non prevede che, dopo il passaggio della parte di azienda, questa conservi la sua identità. Pertanto, o la norma, con "l'interpretazione adeguatrice", viene integrata, nel senso che anche per il ramo vale lo stesso requisito che l'art. 2112 c.c. impone per l'intera azienda (e cioè la conservazione dell'identità dopo il trasferimento), oppure essa potrebbe essere illegittima per contrasto con il diritto europeo e comportare le conseguenze prima descritte.

Un diverso problema è quello della coerenza con la direttiva della identificazione del ramo al momento del trasferimento. La fonte comunitaria, anche alla luce delle decisioni della Corte, richiede soltanto che la parte di impresa conservi la propria identità *dopo* il trasferimento: nulla impedisce, dunque, che le parti possano individuare *immediatamente prima* dell'operazione economica la struttura organizzativa da trasferire e che essa, successivamente, mantenga inalterata l'identità. Va detto, peraltro, che le sentenze della Corte sembrano sempre presupporre che la parte di impresa trasferita sia già esistente e non sia stata creata *ad hoc* prima dell'operazione economica (Novella, Vallauri, 2005; Cester, 2004b), anche se va detto che esse non si sono mai occupate espressamente di un caso come quello analizzato. Il problema, dunque, è ancora aperto, perché se si volesse desumere dalle decisioni della Corte il principio indicato, la disposizione italiana sarebbe in contrasto con la disciplina europea. Sembra indiscutibile, peraltro, che, anche se si volesse ammettere la possibilità di identificare il ramo d'azienda al momento del trasferimento, è

sempre necessario che esso sia composto da uomini e mezzi (o da solo personale) coordinati e collegati da esigenze organizzative. Non sarà possibile, in sostanza, qualificare come "parte dell'azienda" un gruppo eterogeneo di lavoratori (con o senza attrezzature e macchinari) privo dei legami organizzativi in precedenza descritti (Romei, 2003 e 2005; Cester, 2004a).

Altra questione è quella se il ramo di azienda da trasferire si identifichi con una frazione dell'apparato produttivo idoneo a svolgere una parte o l'intera produzione del bene o del servizio dell'impresa (uno stabilimento, un reparto autonomo), oppure se la "parte di azienda" includa anche una mera funzione interna che non abbia correlazione diretta con l'attività finalizzata alla realizzazione di prodotti destinati al mercato (il servizio paghe e contributi, il marketing, il controllo di gestione e così via). È ovvio che l'accoglimento di quest'ultima opzione comporterebbe una potenziale maggiore capacità di segmentazione dell'impresa e, quindi, incrementerebbe possibili fenomeni elusivi. L'interpretazione prevalente ritiene che il ramo possa identificarsi anche con le funzioni interne prima descritte (Cester 2004a; De Luca Tamajo 2002). In tal senso depone anche la formulazione letterale dell'articolo 2112 c.c. (perché l'attività economica organizzata può essere anche quella effettuata da servizi gestionali dell'impresa). Inoltre la direttiva europea afferma che l'entità economica oggetto del trasferimento può svolgere un'attività "sia essa essenziale o accessoria" (articolo 1, comma 1, lettera b) ed il riferimento alla accessorialità, che include quindi anche le funzioni non principali legate alla realizzazione del prodotto finale, conferma la interpretazione descritta.

Tuttavia si potrebbe anche sostenere una diversa tesi. Si potrebbe affermare, infatti, che la norma italiana si distingue da quella europea proprio perché non contiene alcun riferimento al carattere anche accessorio dell'attività. La legge italiana, in sostanza, avrebbe voluto restringere la nozione di parte di azienda, escludendo le attività interne e consentendo soltanto il trasferimento di una frazione dell'impresa che abbia una connessione diretta con il mercato esterno. È vero che, in questo modo si creerebbe un contrasto tra disciplina nazionale e quella (prevalente) di fonte comunitaria. Tuttavia la direttiva 2001/23 /CE consente agli Stati nazionali di introdurre disposizioni legislative più favorevoli (articolo 8, comma 1: in generale sulle clausole di *favor* contenute nelle direttive v. Carabelli, Leccese, 2005). Si potrebbe ritenere, pertanto, che l'Italia abbia inteso restringere la nozione di parte di azienda trasferibile ed abbia quindi voluto derogare la normativa in senso migliorativo a favore dei lavoratori italiani, con l'intento di ridurre le ipotesi di segmentazione dell'impresa (che, oltretutto, comportano il trasferimento dei lavoratori senza necessità del loro consenso) (*contra* Novella, Vallauri, 2005, che ritengono che il principio del *favor* non sia applicabile al trasferimento del ramo d'azienda). Questa tesi, peraltro, si scontra con la volontà "deregolativa" chiaramente perseguita dal legislatore nazionale e potrebbe essere confutata ritenendo che il restringimento della nozione di ramo d'azienda non costituisce necessariamente una disposizione di miglior favore, perché tanto più ampia è la fattispecie di azienda trasferibile, tanto maggiore è la tutela garantita ai lavoratori (si rinvia, sul punto, a Carabelli, Leccese, 2005, che sottolineano come l'estensione della nozione di trasferimento, che apparentemente potrebbe costituire un miglioramento della tutela individuale, possa rivelarsi, nel caso concreto, svantaggiosa per i lavoratori, facilitando "spregiudicate operazioni imprenditoriali di esternalizzazione"). Il problema, quindi, resta aperto.

La normativa comunitaria, infine, influenza in modo determinante anche la possibilità di qualificare come trasferimento di azienda, o di parti di essa, la successione di diversi soggetti imprenditoriali negli appalti. La questione verrà trattata in seguito (v. *infra* § 6).

5. L'ultimo comma dell'art. 2112 c.c.: la responsabilità solidale tra cedente dell'azienda ed appaltatore

L'ultimo comma dell'art. 2112 c.c. prevede che, qualora dopo un trasferimento di ramo d'azienda, il cedente stipuli con il cessionario un appalto la cui esecuzione avvenga utilizzando il ramo di azienda oggetto della cessione, tra appaltante ed appaltatore opera il regime di solidarietà passiva stabilito dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. 276/2003 ("*il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti*"). La disposizione non prevede alcuna forma di parità di trattamento economico e normativo tra i dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore, che era invece stabilita dall'art. 3 della legge n. 1369/1960 e che aveva la finalità di scoraggiare le esternalizzazioni finalizzate al mero risparmio del costo del lavoro (o per aggirare normative inderogabili a tutela del lavoratore) (v. *retro* § 3. Critiche in tal senso anche in M. T. Carinci, Imberti 2005 e Cester 2005).

La norma deve essere coordinata con il comma 2 dell'articolo 2112 c.c., secondo il quale "*il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento*". La soluzione è rinvenibile nel diverso ambito di applicazione delle disposizioni. La prima ipotesi di responsabilità solidale introdotta dal codice civile opera per tutti i crediti maturati dai lavoratori trasferiti *anteriormente* al mutamento nella titolarità del ramo di azienda (Romei, 2005; Cester, 2004b e 2005). L'articolo 29, comma 2, al contrario, si applica per i crediti acquisiti dai dipendenti *dopo* il trasferimento ed in conseguenza delle prestazioni lavorative effettuate in esecuzione dell'appalto (Romei, 2005; Cester, 2004b), con l'introduzione quindi di una tutela aggiuntiva rispetto a quella del codice civile (Cester, 2005). In sostanza, in queste situazioni lo stesso lavoratore potrà far valere nei confronti dei medesimi soggetti (cedente e cessionario, che sono anche committente ed appaltatore) due distinte forme di responsabilità, con caratteristiche diverse (ad esempio l'articolo 2112 c.c. non pone termini di decadenza entro cui agire). La previsione di discipline non coincidenti pone un problema di violazione del principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 della Costituzione, anche perché non si comprende quale sia la ragionevolezza delle differenze (non si vede perché in un caso la responsabilità solidale è priva di termini decadenziali e nell'altra deve essere invece esercitata entro l'anno). Vi è inoltre la volontà del legislatore di penalizzare i lavoratori che sono addetti alla esecuzione dell'appalto, a cui avrebbe dovuto essere garantita una disciplina analoga a quella dell'articolo 2112 c.c. – nettamente più favorevole di quella prevista dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. 276/2003 - anche per i crediti sorti dopo il trasferimento di ramo d'azienda. La logica è sempre quella di favorire le esternalizzazioni competitive sotto il profilo dei costi, che sono stimolate con l'abbassamento degli *standards* di tutela.

Si è sottolineato come l'ultimo comma dell'art. 2112 c.c. ha legittimato l'utilizzazione del trasferimento di ramo d'azienda come strumento di realizzazione delle esternalizzazioni, venendo a costituire un legame diretto tra segmentazione dell'impresa ed attribuzione delle attività svolte ad altri imprenditori, a cui viene affidata in appalto l'esecuzione delle opere o dei servizi prima effettuati internamente (Cester, 2005). Anzi, si è osservato che esiste ormai un "collegamento funzionale tra il trasferimento e l'appalto, in quanto la cessione del ramo d'azienda è parte del programma negoziale finalizzato ad acquisire l'organizzazione dei mezzi necessari all'appaltatore, ex art. 1655 c.c., per l'esecuzione del contratto di appalto" (Maresca, 2004a). La considerazione è certamente condivisibile e dimostra la profonda trasformazione subita dall'art. 2112 c.c.: da

disposizione finalizzata a tutelare, in caso di mutamento della titolarità dell'azienda, i diritti dei lavoratori coinvolti (che non avrebbero dovuto subire pregiudizi per effetto del cambiamento del datore di lavoro) a norma che favorisce la "frantumazione" dell'impresa e che, in molti casi (v. *retro* § 2) può tradursi in una drastica riduzione delle garanzie normative ed economiche per i lavoratori coinvolti (Perulli 2003).

L'art. 29, comma 1, del d.lgs. 276/2003 prevede che, in relazione all'opera o al servizio da realizzare, i mezzi necessari all'appaltatore per l'esecuzione dell'appalto possono coincidere con "(l')esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori" utilizzati. Si è sostenuto che il collegamento tra l'art. 2112 c.c. e la disposizione citata dimostrerebbe che ormai è stata legittimata una nozione "dematerializzata" di azienda, che può coincidere soltanto con un gruppo di dipendenti. Se, infatti, per l'esecuzione dell'opera o servizio con la struttura organizzativa ceduta si possono utilizzare solo i lavoratori, ciò significherebbe che la parte di azienda trasferita si identifica soltanto con la forza lavoro e non con apparati ed attrezzature (Maresca, 2004a; Cester, 2004a; *contra* Gragnoli, 2005). Si può obiettare, peraltro, che in questo modo si attribuisce all'art. 2112 c.c. un significato che va al di là delle sue finalità, che sono soltanto quelle di consentire la possibilità di utilizzare il ramo trasferito come oggetto di un contratto di appalto. In sostanza, la possibilità di considerare come parte di azienda un gruppo di lavoratori deve essere individuata nella nozione di "attività economica organizzata" e nella disciplina comunitaria (che tra l'altro consentono, in determinati casi, di dare una risposta positiva al problema: v. *retro* § 4) e non in una disposizione che ha la semplice finalità di permettere le esternalizzazioni tramite la combinazione dei due istituti. In tale ambito, ad esempio, non vi è dubbio che se i soli dipendenti trasferiti non costituissero un "ramo" (perché la loro attività richiede una consistente presenza di macchinari ed attrezzature), la norma sull'appalto (che, per certe opere o servizi, può essere realizzato anche soltanto con un gruppo di lavoratori) non legittimerebbe il trasferimento effettuato, che sarebbe contrario alla legge, a dimostrazione di come le due norme abbiano presupposti giuridici diversi.

Nella sua formulazione originaria, l'ultimo comma dell'art. 2112 c.c. prevedeva che la responsabilità solidale tra cedente e cessionario in caso di appalto connesso al trasferimento del ramo fosse disciplinata dall'art. 1676 cod. civ. ("*coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui propongono la domanda*"). Al contrario, la solidarietà oggi disciplinata era contemplata unicamente nella norma sull'appalto (art. 29, comma, 2) ed in relazione soltanto a quelli aventi ad oggetto servizi e non anche opere, come nella formulazione attuale. La differente disciplina era stata criticata, in quanto non si comprendeva per quale ragione dovesse giustificarsi una diversità di trattamento tra situazioni del tutto analoghe e, per tale motivo, si era paventata una illegittimità per violazione dell'art. 3 Cost. (Maresca, 2004a e 2004b; Chieco, 2004). Il d.lgs. 251/2004 ha modificato la disposizione ed ha quindi opportunamente parificato le due situazioni (Maresca, 2004b; Cester, 2005), per cui la disciplina oggi applicabile (e descritta nel primo periodo di questo §) è quella dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. 276/2003 sia per l'appalto in generale, sia per quello connesso ad un ramo di azienda trasferito.

Si è sottolineato, peraltro, che la parificazione prima descritta è incostituzionale per violazione

dell'art. 76 della Costituzione, perché la legge delega imponeva al legislatore delegato di introdurre "...un regime particolare di solidarietà tra appaltante e appaltatore, nei limiti di cui all'articolo 1676 del codice civile, per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo d'azienda" (art. 1, comma 2, lettera p, n. 3 legge n. 30/2003). La eliminazione di qualsiasi riferimento all'art. 1676 c.c. e l'introduzione nel d.lgs. 276/2003 di una forma di responsabilità solidale dai contenuti molto diversi da quelli previsti dalla norma del codice civile (v. *infra*) sembra tale da configurare il vizio di costituzionalità (Maresca, 2004a e 2004b; Cester, 2005; M. T. Carinci, Imberti, 2005).

La comparazione tra la norma del codice civile e l'art. 29, comma 2, dimostra come esse siano in parte diverse ed in parte coincidenti. La prima – come si è già accennato - non pone alcun termine di decadenza entro cui opera la responsabilità solidale (che potrà essere azionata prima della decorrenza della prescrizione estintiva del diritto), ma tuttavia introduce un limite all'azione dei dipendenti dell'appaltatore, che potranno rivendicare i propri diritti fino alla concorrenza del debito che il committente aveva nei confronti del datore di lavoro al tempo in cui essi propongono la domanda giudiziale. L'art. 29, comma 2, al contrario non prevede "tetti" alle somme rivendicabili (a prescindere, quindi, dai rapporti di debito/credito tra committente ed appaltatore), ma stabilisce che la responsabilità solidale operi soltanto "entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto" (e si è osservato che il periodo annuale richiama quello previsto dall'art. 4 della l. 1369/1960, oggi abrogata, per gli appalti interni alle aziende: Ichino, 2004). Le due norme, per il resto, sono assai simili: esse consentono l'azione diretta ai dipendenti dell'appaltatore e nei confronti del committente (imprenditore o non) in relazione alle prestazioni effettuate in appalti di opere o di servizi e per ottenere il conseguimento delle retribuzioni (art. 1676) e dei trattamenti retributivi e previdenziali (art. 29). Le differenze tra le due normative (ad es. l'art. 29 consente anche una facoltà di deroga alla contrattazione collettiva sconosciuta alla disposizione del codice civile) non escludono che esse siano in larga parte coincidenti, nel senso che la successiva disposizione del d.lgs. 276/2003 si pone in oggettiva contraddizione con il contenuto dell'art. 1676 c.c.

La coesistenza tra le due disposizioni deve essere valutata in base ai principi dell'abrogazione tacita per incompatibilità, secondo i quali la disposizione successiva abroga quella precedente quando il confronto tra esse comporti una contraddizione logica assoluta, per cui dall'applicazione e dall'osservanza della nuova legge deriva necessariamente la disapplicazione o l'inosservanza dell'antica (Giuliani, 1999; Cass. n. 14129/2002; n. 10053/2002). Non vi è dubbio che il lavoratore dipendente dell'appaltatore che voglia agire nei confronti del committente (anche non imprenditore) non potrebbe azionare contemporaneamente entrambe le norme che regolano la medesima fattispecie concreta. Pertanto tra esse sussiste quel rapporto di incompatibilità in precedenza descritto (due diverse regolamentazione della medesima situazione di fatto). Tuttavia, l'ultimo comma dell'art. 29, stabilisce che la responsabilità solidale ivi prevista non sussiste "*qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale*", e lascia quindi un margine di operatività all'art. 1676 c.c., che invece si riferisce genericamente al "committente", senza esclusioni soggettive connesse a questa figura. Si può dunque concludere affermando che l'art. 29, comma 2, introduce una disposizione che ha abrogato *parzialmente* per incompatibilità l'art. 1676 c.c. (Maresca, 2004b; *contra* Cester, 2005), che conserva la sua capacità regolativa soltanto per gli appalti in cui il committente (persona fisica) non esercita attività imprenditoriale o professionale. Il rapporto di esclusione tra le due norme impedisce di utilizzarle congiuntamente. Infatti, prima della correzione introdotta dal d.lgs. 251/2004, si era sostenuto

che il lavoratore, trascorso l'anno previsto dall'art. 29, avrebbe potuto attivare, in via suppletiva, la responsabilità prevista dall'art.1676 c.c. (Scarpelli, 2004). In realtà tale possibilità non sussiste perché, a parte l'eccezione in precedenza indicata, la norma del codice civile ormai non è più in vigore.

La disposizione sugli appalti concede alla contrattazione collettiva un potere di deroga assoluto. Il contratto, infatti, potrà certamente migliorare il regime di responsabilità previsto dalla legge (ad esempio allungando il termine di decadenza o eliminandolo), ed anche ripristinare la parità di trattamento economico e normativo (M.T. Carinci, Imberti, 2005). La contrattazione, tuttavia, potrà anche peggiorare la disciplina e prevedere limiti economici alla risarcibilità, come stabilito dall'art. 1676 c.c., o ridurre il periodo annuale entro cui esercitare l'azione. In tale ambito, peraltro, poiché si tratta di una decadenza stabilita contrattualmente, è necessario che il termine non sia così breve da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (art. 2965 c.c.). In questo caso, non si potrà mai scendere sotto il limite dei sei mesi, che, secondo la giurisprudenza in materia di decadenze introdotte dalla contrattazione collettiva, costituisce il termine minimo congruo entro cui far valere le proprie ragioni (con chiaro riferimento al periodo semestrale previsto dall'art. 2113 c.c. per l'impugnazione delle rinunzie e transazioni) (Cass. n. 11875/2003; n. 3737/1985). Si è sostenuto che la deroga concessa alla contrattazione collettiva troverebbe il limite della impossibilità di "limitare i diritti degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente" in base all'art. 1676 c.c., "che funge quindi da confine invalicabile alle deroghe peggiorative della disciplina legale" (M.T. Carinci, Imberti, 2005; conf. Cester, 2005; Chieco, 2005a). In realtà, l'abrogazione parziale per incompatibilità descritta in precedenza esclude questa funzione garantistica della norma del codice civile. La contrattazione collettiva abilitata è soltanto quella nazionale (non quindi a livello aziendale) ed il riferimento ai contratti stipulati *da* sindacati comparativamente rappresentativi consentirebbe la stipula di accordi separati (sottoscritti cioè soltanto da alcune associazioni e non da tutte quelle potenzialmente rappresentative: M.T. Carinci, Imberti, 2005). Tuttavia, tale possibilità, certamente realizzabile, non mi sembra derivi dall'utilizzazione della preposizione *da* in sostituzione di quella (*dai*) usata in precedenza (Speziale, 2004a).

La responsabilità solidale prevista dall'ultimo comma dell'art. 2112 c.c. opera a prescindere dal tempo intercorso tra il trasferimento del ramo e l'appalto, perché la disposizione non contiene alcun limite temporale e non richiede, quindi, che le due operazioni economiche si svolgano una immediatamente dopo l'altra (in senso dubitativo: Chisari, 2004) La norma si applica a tutti i lavoratori che originariamente erano addetti al ramo e che, dopo la cessione, sono utilizzati per lavorare a favore del cedente e non anche a quelli aggiunti dall'appaltatore nella struttura aziendale trasferita a seguito delle innovazioni organizzative da lui introdotte (Cester 2005.; *contra* De Luca Tamajo, 2002). La responsabilità solidale a favore dei nuovi addetti, infatti, deriva dall'art. 29, comma 2, che si estende a tutti gli appalti di opere e servizi (tra cui anche quello che viene eseguito con la parte di azienda ceduta). Non vi è dubbio comunque che se l'appaltatore modifica il ramo di azienda, innovando nel personale e nelle strutture, i lavoratori che sono stati trasferiti ai sensi dell'art. 2112 c.c. (e sono adibiti all'esecuzione dell'opera o del servizio) usufruiranno sia della tutela prevista dalla norma del codice civile sia di quella garantita dall'art. 29, comma 2, mentre gli altri non transitati dall'azienda cedente si vedranno applicata soltanto la responsabilità solidale prevista dal d.lgs. 276/2003. Va detto, peraltro, che il limite della conservazione dell'identità dopo il trasferimento - che opera anche per la cessione di parte dell'azienda (vedi *retro* § 4) -

dovrebbe precludere innovazioni radicali nella struttura del ramo (soprattutto se l'appalto si realizza subito dopo o a breve distanza di tempo dal trasferimento).

La responsabilità solidale dell'art. 29, comma 2, non si applica ai committenti, persone fisiche, che non siano imprenditori o professionisti. Dunque l'unica figura esclusa è quella del soggetto che non svolga attività di impresa o una professione, mentre sono ricompresi i committenti con personalità giuridica o struttura associativa (qualunque sia l'attività) e gli individui imprenditori o professionisti. La ragione dell'esclusione è quella di non aggravare la posizione economica di committenti ritenuti meno solvibili degli altri (Ichino, Corazza, 2004; M.T. Carinci, Imberti, 2005). Va detto, peraltro, che a questi ultimi si applicherà l'art. 1676 c.c., che sopravvive soltanto per questa ipotesi, con una disciplina che se è più favorevole per certi aspetti lo è meno per altri (v. *supra*). In realtà la persistenza della norma del codice civile, che è indiscutibile, deriva più da una cattiva tecnica legislativa che da una volontà consapevole del legislatore.

La solidarietà passiva prevista dall'art. 29 seguirà le regole proprie delle obbligazioni in generale e quelle desumibili anche dalla dottrina e giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 1676 c.c. (che è disposizione di contenuto analogo a quella esaminata). La norma concede ai lavoratori dell'appaltatore un'azione diretta nei confronti del committente e senza necessità della preventiva escussione del datore di lavoro (e cioè senza l'obbligo di dovere agire prima nei confronti di quest'ultimo e, soltanto qualora egli sia insolvente, rivalersi sul committente) (Rubino 1992). Nel giudizio, che si svolgerà dinanzi al giudice del lavoro (Cass. n. 12551/1998; n. 4897/1998), non dovranno essere necessariamente presenti entrambi i debitori (Rubino, 1992; Cass. n. 11607/2000) ed il committente non potrà opporre ai lavoratori le eccezioni personali dell'appaltatore, ma solo quelle che attengono alle pretese economiche avanzate (inesistenza del debito, suo diverso ammontare) (art. 1297 c.c.). Il committente che ha pagato potrà inoltre agire in regresso nei confronti dell'appaltatore (artt. 1298 e 1299 c.c.) e così via.

6. L'art. 29, comma 3, d.lgs. 276/2003: l'esclusione della disciplina del trasferimento d'azienda nella successione di appalti di opere o servizi

Il terzo comma dell'art. 29 del d.lgs. 276/2003 stabilisce che *“l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda”*. La norma si riferisce alle ipotesi, assai diffuse, di appalti di opere e di servizi effettuati a favore dello Stato o di altri soggetti pubblici (regioni, enti locali), nei quali l'affidamento dell'incarico avviene in genere per mezzo di procedure ad evidenza pubblica (appalto - concorso, licitazione ecc.). In queste ipotesi può accadere che, scaduto un contratto di appalto, ne venga assegnato un altro ad un differente imprenditore. Tuttavia, per favorire la continuità occupazionale dei dipendenti in precedenza utilizzati, spesso il capitolato di appalto o le clausole dei contratti collettivi prevedono che l'appaltatore che subentri debba necessariamente assumere questi lavoratori. In altri casi, riferiti ad alcuni specifici settori, è la legge stessa che impone l'obbligo di utilizzare il personale già occupato dal precedente imprenditore. L'art. 29 stabilisce che in tutte le ipotesi di successione di un appaltatore ad un altro l'acquisizione dei lavoratori da parte del subentrante in base alle fonti legali e contrattuali prima descritte *non comporta* l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 2112 c.c. Ne consegue l'eliminazione delle tutele previste da questa norma in relazione, ad esempio, alla conservazione dei diritti maturati presso il precedente datore di lavoro, alla responsabilità solidale, al divieto di licenziamento per effetto

del trasferimento e così via. Si tratta, ancora una volta, di una disposizione che può penalizzare i dipendenti coinvolti nell'operazione, i quali, anche se si vedono assicurato il lavoro, tuttavia potrebbero avere, presso il nuovo appaltatore, standard inferiori di tutela (a meno che essi non vengono garantiti, come spesso accade, dai contratti collettivi o dai capitolati di appalto, che, oltre alle assunzioni, impongono anche il mantenimento dei diritti già acquisiti in precedenza).

In linea generale, può accadere che il successivo appaltatore subentri nella realizzazione di un'opera o di un servizio e, invece di mettere a disposizione una propria struttura organizzativa, utilizzi quella precedente già esistente, che può consistere in un insieme di uomini e mezzi o soltanto in un gruppo di lavoratori organizzati, nella versione dematerializzata di azienda che è stata fatta propria anche dalla Corte di giustizia europea per le attività a bassa intensità organizzativa e con prevalenza di manodopera (v. *retro* 4). In questi casi potrebbe in astratto realizzarsi il mutamento della titolarità di una attività economica organizzata che configura un trasferimento di azienda (o di parte di essa) ai sensi dell'articolo 2112 c.c. (Romei, 2005). L'art. 29, dunque, intende escludere invece la disciplina del codice civile, in coerenza con un orientamento della giurisprudenza nazionale che, in passato, aveva confermato tale esclusione (Cass. n. 11575/1997; C. Stato, Sez. VI, n. 6415/2002; *contra* Cass. n. 493/2005).

Si è sostenuta, invece, una diversa interpretazione. Si è detto, infatti, che l'art. 2112 cc. si applica soltanto quando il mutamento nella titolarità dell'azienda sia conseguenza di un accordo diretto tra cedente e cessionario (Cester, 2004b; Gragnoli, 2005; Scarpelli, 2004) ed indipendentemente dalla tipologia negoziale utilizzata. Nel caso di successione di due diversi appaltatori, non esiste questa relazione diretta, in quanto il titolo giuridico che legittima il subentrante va rinvenuto nel diverso ed autonomo rapporto negoziale fra l'appaltante ed il secondo appaltatore (Cester, 2004b; Gragnoli, 2005). Pertanto l'art. 2112 c.c. non avrebbe mai potuto applicarsi alle ipotesi di successione negli appalti e quindi l'art. 29, comma 3, costituirebbe una norma superflua e foriera di equivoci interpretativi (Gragnoli, 2005).

In realtà la situazione è del tutto diversa, in quanto l'art. 2112 c.c., anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, si applica indipendentemente da una relazione contrattuale diretta tra cedente e cessionario (CGE 11.3.1997, n. 13/95; 24.1.2002, n. 51/00; 20.11.2003, n. 340/01). Depone, in tal senso l'attuale formulazione della norma italiana che include *"qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata..... a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato"*. Il riferimento a qualsiasi tipologia negoziale consente di affermare che vi è ricompreso anche un contratto ad evidenza pubblica (o di altro tipo) tra l'appaltante ed il successivo appaltatore, purché quest'ultimo subentri nella azienda utilizzata dal precedente titolare del contratto e si avvalga dei suoi uomini e mezzi (o del solo personale). Inoltre, un'ulteriore conferma di questa tesi è rinvenibile nell'uso della locuzione "provvedimento" che intende contrastare quella giurisprudenza italiana che negava l'applicazione dell'art. 2112 c.c. nelle ipotesi di successione di azienda a seguito di concessione amministrativa (Cass. n. 2936/2003; n. 10262/2002; *contra* n. 8054/2004) e che lascia chiaramente intendere come la disciplina del codice si applica a prescindere dal titolo giuridico (contratto, provvedimento amministrativo) e purché vi sia di fatto il trasferimento dell'azienda. D'altra parte, la direttiva europea (2001/23/CE), pur facendo riferimento alla sola "cessione contrattuale o fusione", è stata applicata dalla Corte di Giustizia in senso molto ampio. Si è affermato, infatti, che ai fini della sua ap-

plicazione “non è necessaria l’esistenza di rapporti contrattuali diretti tra il cedente ed il cessionario, atteso che la cessione può essere effettuata anche in due fasi per effetto dell’intermediazione di un terzo, quale il proprietario o il locatore” (CGE 10.12.1998 n. 173/96 e 247/96; 11.3.1997, n. 13/95; 7.3.1996, n. 171 – 172/94; 20.11.2003, n. 340/01 ed altre ancora), o in conseguenza della successione in diversi contratti di appalto (v. *infra* le sentenze citate.). Se si tiene conto dell’importanza, in via interpretativa, delle decisioni della Corte (v. *retro* § 4), è evidente che la normativa europea è tale da includere nella nozione di trasferimento d’azienda anche il subentro di un nuovo appaltatore in un contratto avente ad oggetto l’esecuzione di un’opera o di un servizio che prima era svolto da un altro imprenditore, in una logica di tutela oggettiva dei lavoratori coinvolti ed indipendentemente dal mezzo giuridico con cui si verifichi il passaggio della struttura aziendale.

Se questa è la situazione, è evidente che l’art. 29, comma 3, è tutt’altro che una disposizione superflua. In base alla ampia nozione adottata dall’art. 2112 c.c. e dal diritto comunitario, la successione di diversi soggetti in contratti di appalto potrebbe, in molti casi (anche se non sempre) costituire un trasferimento di azienda. Per tale ragione il legislatore italiano ha voluto escludere l’applicazione della disciplina del codice civile. Tale esclusione è avvenuta in modo categorico. In primo luogo si è parlato di “*acquisizione del personale già impiegato a seguito di subentro di un nuovo appaltatore*”. Il termine “subentro” è molto ampio e ricomprende tutte le ipotesi di sostituzione giuridica di un precedente imprenditore con un nuovo soggetto (rinnovo del contratto di appalto estinto con un nuovo appaltatore; cessione del contratto di appalto ecc.) (*contra* Bavaro, 2004). Inoltre la legge regola una duplice ipotesi: la prima è quella in cui il subentrante dispone di una propria organizzazione di uomini o mezzi (o di solo personale) ed è tenuto ad assumere quelli del precedente appaltatore in forza di una legge speciale *diversa dall’art. 2112 c.c.* ed emanata per regolare una specifica ipotesi di settore, o per effetto del contratto collettivo o di quello di appalto. In questo caso l’art. 29 ribadisce che l’art. 2112 c.c. non si applica e conferma ciò che scaturirebbe dalla interpretazione della norma del codice civile, che non potrebbe in ogni caso regolare una situazione nella quale non vi è mutamento nella titolarità di un’attività economica organizzata. La seconda ipotesi è quella nella quale il nuovo appaltatore utilizza la stessa struttura organizzativa del precedente titolare del contratto di appalto e sarebbe quindi obbligato *dalla legge (in questo caso l’art. 2112 c.c.)* o dalle fonti contrattuali prima descritte ad acquisire il personale già impiegato in precedenza. In questa situazione la norma del d.lgs. 276/2003 esercita una funzione derogatoria ed esclude l’applicazione della disciplina del codice civile sul trasferimento di azienda.

In quest’ultima ipotesi, peraltro, la norma si pone in evidente contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. Essa, infatti, da un lato ha più volte stabilito che la successione in diversi contratti di appalto costituisce trasferimento d’azienda ai sensi della direttiva (CGE 11.3.1997, n. 13/95; 10.12.1998 n. 173/96 e 247/96; 24.1.2002, n. 51/00), e che tale fenomeno si verifica anche se la successione coinvolga non solo tre soggetti (appaltante, appaltatore e nuovo soggetto subentrante al primo), ma anche più imprenditori in forza di eventuali contratti di sub appalto (CGE 24.1.2002, n. 51/00). Inoltre essa ha affermato che la direttiva si applica anche quando “l’operazione non è accompagnata da alcuna cessione di elementi dell’attivo, materiali ed immateriali, tra il primo imprenditore o il subappaltatore e il nuovo imprenditore ma il nuovo imprenditore riassume, in forza di un contratto collettivo di lavoro, una parte del personale

del subappaltatore...” (CGE 24.1.2002, n. 51/00). È evidente, dunque, che vi è un contrasto assoluto e radicale tra norma italiana e diritto europeo, perché l’art. 29 esclude dalla disciplina dell’art. 2112 c.c. operazioni economiche che la disposizione comunitaria ritiene invece debbano essere qualificate come trasferimento d’azienda. Tale contrasto non consente armonizzazioni in via interpretativa (con la interpretazione adeguatrice: v. *retro* § 4) e comporterà le conseguenze prima descritte (invio, da parte del giudice nazionale, della questione dinanzi alla Corte di Giustizia europea, che dovrà concretamente risolvere la questione: v. *retro* § 4).

Si è affermato che il riferimento alla contrattazione collettiva nazionale non sarebbe vincolante, perché la *ratio* della disposizione sarebbe la stessa se l’acquisizione del personale avvenisse con un contratto collettivo locale o aziendale (Gragnoli, 2005). In realtà, la formulazione della norma non lascia dubbi (Maresca, 2004a), anche perché il d.lgs. 276/2003, quando ha voluto delegare poteri alla contrattazione diversa da quella nazionale, lo ha detto espressamente (si vedano, ad esempio, gli art.li 37, comma 2 e 41, comma 3, in relazione al lavoro intermittente ed a quello ripartito). Il carattere vincolante delle formulazioni utilizzate dal legislatore consente anche di risolvere il problema di come regolare i casi in cui, quando subentra un nuovo appaltatore, l’obbligo di assunzione dei precedenti lavoratori scaturisca da un accordo collettivo aziendale o da un patto individuale tra precedente e nuovo imprenditore (con ipotesi, dunque, *diverse* da quelle tassativamente previste dall’art. 29). Queste situazioni saranno regolate dall’art. 2112, che, come si è detto, opera "*a prescindere dalla tipologia negoziale utilizzata*", soltanto se vi sono i requisiti previsti dalla disciplina del codice civile (Maresca, 2004a). In questo caso, infatti, vi sarebbe un mutamento nella titolarità di un’attività economica organizzata e l’art. 29, comma 3, che esclude le regole sul trasferimento di azienda, non potrebbe essere applicato, perché si è al di fuori della sua sfera di azione (conf. Gragnoli, 2005, seppure in base a diverse motivazioni).

Si è sostenuto che la disposizione del d.lgs. 276/2003 darebbe “per scontato che, sul piano generale, l’art. 2112 c.c. possa trovare applicazione anche al trasferimento di ramo d’azienda identificato nei lavoratori organizzati per l’esecuzione di un’opera o di un servizio” e si preoccupa di regolarne gli effetti escludendo la disciplina del codice civile (Maresca, 2004a). La norma, dunque, confermerebbe la nozione “dematerializzata” di azienda già analizzata. In realtà, anche in questo caso, si vuole attribuire a questa disposizione ciò che essa non dice. L’art. 29, infatti, vuole soltanto escludere l’applicazione della norma del codice civile quando, per effetto di una successione tra diversi appaltatori, vi sarebbero gli estremi per un trasferimento di azienda ai sensi dell’art. 2112 c.c. e secondo i principi ivi contenuti (che possono legittimare, in determinati casi, anche il passaggio soltanto di un gruppo di lavoratori organizzati) (v. *retro* § 4). Tuttavia è nella norma del codice civile che occorre trovare i presupposti giustificativi del mutamento della titolarità dell’attività economica organizzata e non in altre disposizioni. Non mi sembra, dunque, che la legittimità del trasferimento soltanto di un gruppo di lavoratori organizzati possa essere autonomamente desunta dall’art. 29 del d.lgs. 276/2003.

Tra l’altro, anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha più volte affermato che la successione negli appalti può configurare un trasferimento di azienda purché vi sia la nozione di “entità economica” già descritta (v. *retro* § 4) ed anche in ipotesi che presupponevano necessariamente il trasferimento non sono dei lavoratori ma anche di beni organizzati (CGE 24.1.2002, n. 51/00; 20.11.2003 n. 340/01). La Corte, dunque, ribadisce che la definizione contenuta nella direttiva è quella che deve orientare l’interprete per verificare se si è in presenza o meno di un trasferimento d’azienda e che il subentro di un nuovo appaltatore è solo uno dei possibili strumenti giuridici con

cui si effettua l'operazione economica e non ha valore determinante ai fini della individuazione della fattispecie. L'art. 29, comma 3, che ha la finalità specifica in precedenza delineata (escludere dall'ambito del 2112 la successione negli appalti) e non si proponeva alcun intento definitorio, va dunque letto in coerenza con la giurisprudenza comunitaria prima indicata e, in considerazione del vincolo interpretativo esercitato dalle sentenze della Corte di Giustizia, conferma la tesi proposta nel testo.

7. Bibliografia

ALLEVA Piergiovanni (2004), *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in AA.VV., *Il lavoro tra mercificazione e progresso*, a cura di G. Ghezzi, Ediesse, Roma, 165 ss.

ANDREONI Amos (2004), *Impresa modulare, trasferimento di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in AA.VV., *Il lavoro tra mercificazione e progresso*, a cura di G. Ghezzi, Ediesse, Roma, 191 ss.

ARRIGO Gianni (1998), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano.

BALLARINO Tito (2004), *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova.

BAVARO Vincenzo (2004), *Il trasferimento di azienda*, in AA.VV., *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, Bari, 165 ss.

CARABELLI Umberto (1999), *Flessibilizzazione o destrutturazione del mercato del lavoro? Il lavoro interinale in Italia ed in Europa*, in *Il lavoro temporaneo – Commento alla legge n. 196/1997*, a cura di F. Liso, U. Carabelli, Angeli, Milano, p. 33 ss.

CARABELLI Umberto (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post – taylorismo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 1, 1 ss.

CARABELLI Umberto, LECCESE Vito (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Working Papers del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, n. 64, in www.lex.unict.it/eurolabor

CARINCI Maria Teresa (2000), *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Giuffrè, Milano.

CARINCI Maria Teresa (2004), *La somministrazione di lavoro altrui*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, a cura di M. T. Carinci e C. Cester, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda*, Il, Ipsoa, Milano, 5 ss.

CARINCI Maria Teresa, IMBERTI Lucio (2005), *La tutela dei lavoratori negli appalti dopo il d.lgs. 251/2004*, in AA.VV., *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 87 ss.

CESTER Carlo (2004a), *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 28, Utet, Torino, 27 ss.

CESTER Carlo (2004b), *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, a cura di M. T. Carinci e C. Cester, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda*, Il, Ipsoa, Milano, 238 ss.

- CESTER Carlo (2005), *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro* Ipsoa, Milano, 109 ss.
- CHIECO Pasquale (2004), *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in AA.VV., *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, Bari, 91 ss.
- CHIECO Pasquale (2005a), *Le nuove "esternalizzazioni" tra prestazioni di lavoro a favore dei terzi (somministrazione di lavoro, distacco) e appalto di servizi*, in questo volume.
- CHIECO Pasquale (2005b), *Delocalizzazione della subordinazione e somministrazione di lavoro: gli effetti, i rimedi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 339 ss.
- CHISARI Claudia (2004), *Cessione di ramo d'azienda, appalto, solidarietà*, in AA.VV., *Mercato del lavoro – Riforme e vincoli di sistema*, a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, Editoriale Scientifica, Napoli, 587 ss.
- CIUCCIOVINO Silvia (2002), *La disciplina del trasferimento di azienda dopo il d.lgs. 18/2001*, in AA.VV., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. De Luca Tamajo, Esi, Napoli, 83 ss.
- CORAZZA Luisa (2004), *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova.
- COSTABILE Lilia (2002), *Aspetti economici del Libro Bianco del Ministero del Lavoro*, in *Studi economici*, n. 77, 107 ss.
- DE LUCA TAMAJO Raffaele (2002), *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in AA.VV., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. De Luca Tamajo, Esi, Napoli, 9 ss.
- DEL PUNTA Riccardo (2004), *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il lavoro*, Milano, 1 ss.
- FOGLIA Raffaele (1992), *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la giurisprudenza*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 4, 753 ss.
- FOGLIA Raffaele (2002), *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Padova.
- FOGLIA Raffaele (2004), *L'interpretazione giurisprudenziale sulle relazioni tra ordinamento comunitario e diritto nazionale in tema di trasferimento di azienda*, in *I saggi di NGL*, n. 5, 61 ss.
- GIULIANI Alessandro (1999), *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, n. 1, Utet, Torino, 459 ss.
- GRAGNOLI Enrico (2005), *Contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza (Quaderni di diritto del lavoro)*, 2, Giuffrè, Milano, 195 ss.
- ICHINO Pietro (2004), *Appalto – Commento all'art. 29 del d.lgs. 276/2003*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro – Commentario*, coordinato da M. Pedrazzoli, Zanichelli, Bologna, 258 ss.

ICHINO Pietro, CORAZZA Luisa (2004), *Commento all'art. 6 del d.lgs. 251/2004 correttivo dell'art. 29, commi 2, 3 bis e 3 ter, del d.lgs. 276/2003*, in AA.VV., *Insero sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 15 ss.

MARESCA Arturo (2001), *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda: la nozione di azienda trasferita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 587 ss.

MARESCA Arturo (2004a), *Commento all'art. 32 – Modifica all'articolo 2112, comma quinto, codice civile*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro – Commentario*, coordinato da M. Pedrazzoli, Zanichelli, Bologna, 373 ss.

MARESCA Arturo (2004b), *Commento all'articolo 9 del d.lgs. 251/2004, correttivo dell'art. 32 del d.lgs. 276/2003*, in AA.VV., *Insero sulla correzione della c.d. riforma Biagi, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 24 ss.

NOVELLA Marco, VALLAURI Maria Luisa (2005), *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto comunitario*, di prossima pubblicazione in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 2, 1 ss. (dattiloscritto).

PERULLI Adalberto (2003), *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 473 ss.

RIFKIN, Jeremy (1995), *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era del post mercato*, Baldini & Castoldi, Milano.

ROCELLA Massimo (2004), *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in *Working Papers del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, n. 49, in www.lex.unict.it/eurolabor

ROMEI Roberto (2003), *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 3, 49 ss.

ROMEI Roberto (2005), *Il trasferimento di azienda e gli orientamenti della dottrina*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza (Quaderni di diritto del lavoro)*, 2, Giuffrè, Milano, 293 ss.

RUBINO Domenico (1992), *Appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma.

RULLANI Enzo, ROMANO Luca (a cura di) (1998), *Il postfordismo: idee per il capitalismo prossimo venuto*, Etas Libri, Milano.

SANTORO PASSARELLI Giuseppe (2001), *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 575 ss.

SCARPELLI Franco (2004), *Appalto – Commento all'art. 29 del d.lgs. 276/2003*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Cedam, Padova, 275 ss.

SPEZIALE Valerio (2004a), *Condizioni di liceità – Commento all'art. 20 del d.lgs. 276/2003*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Cedam, Padova, 275 ss.

SPEZIALE Valerio (2004b), *L'intermediazione nell'uso della forza lavoro (somministrazione ed appalto di mano d'opera)*, in AA.VV., *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Editori Riuniti, Roma, 55 ss.

VALLAURI Maria Luisa (2003), *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale, Aggiornamento*, t. 2, Utet, Torino, 722 ss.

VICARI Salvatore, *L'outsourcing come strategia per la competitività* in AA.VV, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di Raffaele De Luca Tamajo, Esi, Napoli, 71 ss.

La rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessione*

Mariella Magnani

1. Alla ricerca delle questioni da risolvere. Lo stato del dibattito nella precedente legislatura.	24
2. Il rapporto tra i problemi di funzionamento del sistema contrattuale e la regolazione della rappresentanza.	26
3. Decentramento contrattuale e regolazione della rappresentanza.	28
4. Conflitto e regolazione della rappresentanza.	29
5. Conclusioni.	30

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 42/2006

1. Alla ricerca delle questioni da risolvere. Lo stato del dibattito nella precedente legislatura.

La domanda circa la necessità di una legge sulla rappresentanza sindacale, posta in termini assoluti, è di difficile se non impossibile soluzione, postulando essa, non solo una profonda conoscenza del funzionamento del sistema di relazioni industriali sulla base di indagini empiriche che ad oggi mancano¹, ma anche, in un certo senso, capacità divinatorie sugli effetti di una regolazione, ovvero di questa o quella regolazione.

Quello che però possiamo e, anzi, dobbiamo fare è cercare di individuare correttamente i problemi che si pongono nel funzionamento delle relazioni industriali, perché, come tutti sanno, una corretta individuazione dei problemi è già una mezza soluzione.

Per tentare di entrare senza troppi indugi nel cuore della questione, si possono dare per scontati alcuni dati di partenza, ben evidenziati dal dibattito sul cd. d.d.l. Gasperoni della scorsa legislatura, che doveva costituire la legge generale sulla rappresentanza, ispirata alla disciplina dettata per il pubblico impiego. E ciò nonostante che, alle origini, il problema della rappresentanza e della rappresentatività nel pubblico impiego si ponesse in termini qualitativamente diversi ed anche più limitati, rispetto al settore privato, perché si trattava unicamente di conferire credibilità ed efficienza a procedure di negoziazione collettiva “comunque garantite e dovute dalle pubbliche amministrazioni”².

Che la disciplina dettata per il pubblico impiego, formatasi attraverso aggiustamenti progressivi e secondo un percorso discendente per cui, muovendo dal *dato* dell'efficacia *erga omnes*, si è cercato poi di individuare i soggetti sindacali in modo coerente e costituzionalmente compatibile con siffatto esito, potesse avviarsi a rappresentare un modello per la disciplina generale era già stato preconizzato da molti. Ed è stato registrato, da molti con preoccupazione, a fronte del contenuto di questo disegno di legge³.

Legificazione della disciplina della contrattazione collettiva e della rappresentanza sindacale, predeterminazione dei livelli contrattuali e dei soggetti legittimati a negoziare, conferimento di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi nazionali – se sottoscritti da sindacati che avessero nel loro complesso una rappresentatività non inferiore al 51% come media tra il dato associativo e quello elettorale (o al 60% del dato elettorale) – e aziendali, consacrazione del doppio canale, ma da un punto di vista strutturale e non funzionale, giacché le rappresentanze sindacali unitarie erano immancabili agenti della contrattazione collettiva aziendale, erano caratteri presi di peso dalla disciplina del pubblico impiego.

¹ Cfr. G.P. CELLA, *Sulla struttura della contrattazione: verso un nuovo modello?*, relazione al convegno AISRI su “Competizione, partecipazione, contrattazione”, Milano, 9-10 giugno 2005, che giustamente lamenta proprio questo, ovvero la mancanza di ricerche recenti, attendibili e complete, in relazione allo stanco dibattito sulla riforma del sistema contrattuale.

² Come è ammesso da P.G. ALLEVA, *Le nuove regole della rappresentanza sindacale tra pubblico e privato*, in Scritti in onore di G.F. Mancini, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, pp.7-8.

³ Cfr. soprattutto B. CARUSO, *Rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego riformato: “l'interramento del cratere”*, in LPA, 1999, I, p. 225 ss.; F. CARINCI, *Concertazione e rappresentatività sindacale*, *ivi*, 1998, I, p. 1023 ss.

In più, rispetto a questa, vi era uno sbilanciamento verso gli istituti di democrazia diretta: il d.d.l., anche se non arrivava a consacrare direttamente il *referendum* abrogativo (o risolutivo), demandava però ai contratti collettivi di determinare necessariamente (introducendo così una singolare figura di obbligo di contrarre) forme di consultazione dei lavoratori. Istituti di democrazia diretta che si sarebbero giustificati, secondo la linea di politica del diritto cui era ispirato il disegno, quale rimedio contro il pericolo di emarginazione delle minoranze, pur rappresentative, atteso il criterio adottato per l'attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi⁴.

Ebbene, il primo interrogativo che poneva questo progetto è perché fosse necessario od opportuno legiferare proprio allora nel nostro sistema, e con un provvedimento di portata generale, in materia di contrattazione collettiva e di rappresentanza sindacale. Inutile negare che la prima impressione, e probabilmente la più fondata, era quella di un semplice effetto di trascinamento della normativa sul pubblico impiego: in una visione illuministica, destava un senso di fastidio il fatto che, una volta che si affermava di aver attratto il pubblico impiego nel diritto privato, il regime giuridico della contrattazione collettiva e del contratto collettivo fosse del tutto divaricato a seconda che essi insistessero su un settore piuttosto che sull'altro.

In effetti, se ci si poneva da un punto di vista meramente utilitaristico, il problema dell'*erga omnes* non sembrava neppure allora all'ordine del giorno. E ciò, non solo per il mutato contesto di relazioni industriali, ma anche grazie alla proposizione di letture estremamente sofisticate dell'art. 39 Cost. Si tratta di letture sofisticate perché non fanno del modello di sindacato e di contratto collettivo emergente dalla norma costituzionale, considerata nella sua globalità, il modello esclusivo e dunque consentono soluzioni, per così dire, pluralistiche dell'*erga omnes*. Beninteso, non è certo una novità, facendo anzi parte del *dna* del nostro diritto sindacale, la lettura che, in un certo senso, contrappone il 1° comma alla seconda parte dell'art. 39, valorizzando il primo. È, infatti, la lettura che storicamente si è affermata della norma costituzionale; è quella cioè che, radicando la contrattazione collettiva nel 1° comma dell'art. 39, vale a dire nel principio di libertà sindacale, e ravvisando nella seconda parte non il modello necessitato di sindacato e contratto collettivo ma unicamente il mezzo attraverso il quale il contratto collettivo può acquistare efficacia *erga omnes*, non solo ha fornito il fondamento positivo della teorizzazione della contrattazione collettiva cosiddetta di diritto comune, ma ha anche giustificato, sul piano teorico, l'accantonamento della prospettiva dell'attuazione costituzionale⁵.

La sofisticatezza consiste nel tentativo di giustificare, alla stregua del 1° comma, anche la sostanziale, sebbene indiretta, estensione degli effetti dei contratti collettivi al di fuori del procedimento

⁴ Cfr. P.G. ALLEVA, *Le nuove regole della rappresentanza sindacale*, cit., p. 28 ss., per l'argomentazione di questa linea di politica del diritto. In senso critico, cfr., da ultima, F. LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Giappichelli, Torino, 1999, *passim*.

⁵ Ed è, come noto, la lettura risalente a F. SANTORO PASSARELLI espressa in vari saggi (v. in particolare, *Stato e sindacato*, in *Studi in onore di A. Cicu*, I, Giuffrè, Milano, 1951, p. 661 ss.) elaborati tra la fine degli anni '40 e la fine degli anni '50, ora raccolti in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961. Su essa si innesta poi quella di F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in RTDPC 1963, p. 570 ss., per il quale, com'è noto, l'art. 39 è segnato da una contraddizione interna (tra il suo 1° comma e la sua seconda parte).

del 4° comma⁶. Addirittura secondo queste letture sofisticate – penso, da ultimo, a quella di D'Antona – persino la possibilità di dare attuazione alle direttive comunitarie tramite contratti collettivi secondo le previsioni dell'Accordo sulla politica sociale, poi incorporato nel Trattato di Amsterdam, non ci sarebbe preclusa perché appunto l'art. 39 non impedirebbe l'introduzione di meccanismi che realizzino, direttamente o indirettamente, l'estensione della loro efficacia, "trattandosi di questione che riguarda l'applicazione del diritto comunitario, che non risente delle dinamiche dell'ordinamento giuridico nazionale e nel suo ambito prevale su qualunque parte del diritto interno, non escluse le disposizioni costituzionali"⁷.

Certamente qualcuno rilevava con forza che non ci si poteva porre unicamente da un punto di vista utilitaristico, giacché la disponibilità di strumenti per risolvere, o superare, il problema dell'*erga omnes* non poteva far velo sulla circostanza dell'impressionante sviluppo della dimensione istituzionale del sindacato, a fronte della quale appariva incoerente continuare a predicarne l'immunità⁸.

Però, anche ad accettare questa premessa, il rapporto costi-benefici della proposta riforma era molto squilibrato. Autonomia nella determinazione della struttura contrattuale, libertà nel riconoscimento degli interlocutori negoziali, centralità del sindacato-associazione: niente di tutto questo, su cui – bisogna ricordarlo – si è liberamente formato un vitale sistema di relazioni collettive, era destinato a sopravvivere.

2. Il rapporto tra i problemi di funzionamento del sistema contrattuale e la regolazione della rappresentanza.

Oggi l'analisi potrebbe essere diversa? Sebbene ormai da diversi anni si discuta di contrattazione collettiva, sulle possibilità e sui caratteri di un nuovo modello contrattuale, sulla persistente validità o sulla irrimediabile obsolescenza del protocollo del luglio del 1993, il tema della verifica della tenuta del protocollo del 1993 pare oggi finalmente maturo. E la verifica dell'attualità del protocollo potrebbe toccare "di striscio" anche il problema della rappresentanza, innanzitutto per una ragione essenzialmente formale, dal momento che proprio il protocollo contiene l'auspicio delle parti per "un intervento legislativo finalizzato, tra l'altro, ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori" e l'impegno del Governo ad emanare un "apposito provvedimento legislativo inteso a garantire l'efficacia *erga omnes* nei settori produttivi dove essa appare necessaria al fine di normalizzare le condizioni concorrenziali delle aziende". Ma, sotto tale profilo, la può toccare, appunto, solo di

⁶ Cfr., da ultimo, M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in DLRI 1998, p. 665 ss. Peraltro anche al Congresso AIDLASS del 23-25 maggio 1997, dedicato a "Autonomia collettiva e occupazione" (ed i cui atti sono pubblicati per i tipi di Giuffrè, Milano, 1998), è emersa a più riprese una concezione pluralistica e differenziale della contrattazione collettiva: mi permetto di rinviare al mio intervento, *ivi*, p. 216 ss.

⁷ Così M. D'ANTONA, *Il quarto comma*, cit., p. 685. A dire il vero, appare arduo inferire dalle disposizioni comunitarie qualche principio che collida con quanto previsto dall'art. 39 e che dunque possa prevalere sul medesimo, secondo il classico schema applicato ai rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario dalla Corte di giustizia ed accettato, sia pure con il limite della salvaguardia dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost. 24.4.89, n. 232, in *Foro it.* 1990, I, p. 1855). Sul problema dell'estensione degli effetti dei contratti collettivi che attuino direttive comunitarie tramite appositi provvedimenti legislativi di mera recezione, vedi anche R. FLAMMIA, *Ordinamento sindacale italiano e Protocollo sociale di Maastricht*, in *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, suppl. a NGL 1995, p. 96 ss.

⁸ È, ad esempio, in questo senso, l'analisi di U. ROMAGNOLI, *Il sindacato e la legge*, in RTDPC 1998, p. 1 ss. Precedentemente, dello stesso a. v. *L'inutile necessità di una disputa*, in DLRI 1996, p. 1 ss.

striscio perché, rispetto all'impianto regolativo del protocollo, questa parte risulta in qualche misura esterna e giustapposta.

Tralasciando dunque l'aspetto formale, la prima osservazione da svolgere, sulla base dell'esperienza, è che la disponibilità di una strumentazione di misurazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva (e dunque dell'attribuzione dell'efficacia *erga omnes*) non incide di per sé sul funzionamento del modello di relazioni industriali. Lo dimostra proprio il fatto che tale modello, nei suoi aspetti salienti o nelle sue finalità principali, ha funzionato a prescindere dalla regolazione della rappresentanza, a prescindere cioè dal conferimento di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, secondo la visione che chiamerei statica e direi quasi estetica del problema delle relazioni sindacali.

Personalmente prediligo una *visione dinamica*, vale a dire quella che pone la questione della misurazione della rappresentatività e dell'eventuale *erga omnes* in relazione al funzionamento dell'assetto di relazioni industriali. Orbene, per quanto riguarda questo funzionamento, è innegabile che altri siano i problemi e poco abbiano a che fare con la regolazione della rappresentanza. Non bisogna dunque fare di tutte le erbe un fascio: la regolazione della rappresentanza sindacale è altra cosa rispetto alla riforma dell'ordinamento contrattuale.

Ancora oggi mi paiono attuali – e nel ritenerlo sono in buona compagnia – le considerazioni della cd. Commissione Giugni, istituita nel 1997 proprio per la verifica della tenuta del protocollo del luglio 1993⁹.

Giova ricordare che, nella sua relazione, la Commissione già rilevava che il primario obiettivo del protocollo – vale a dire la riduzione del tasso di inflazione tramite il contenimento delle dinamiche salariali – era stato raggiunto e che tuttavia la sua applicazione aveva evidenziato i seguenti punti di criticità:

- a) la politica dei redditi e la concertazione sociale hanno avuto difficile applicazione in alcuni settori, come quello dei trasporti – che, non a caso, registrano un tasso di conflittualità elevato – dove il dominio di imprese monopolistiche ha prodotto assetti contrattuali non omogenei rispetto a quelli del protocollo;
- b) la struttura contrattuale a due livelli (che pure ha conseguito obiettivi a livello macro-economico) non ha conseguito gli stessi risultati a livello micro-economico. La contrattazione decentrata che, secondo l'impianto del protocollo, doveva introdurre elementi di variabilità delle retribuzioni – mentre il ccnl doveva difendere il potere d'acquisto della retribuzione – non solo presentava una diffusione assai scarsa (coprendo solo il 30% delle aziende), ma utilizzava parametri distorti che in larga misura determinavano una riproposizione dei vecchi premi aziendali. E ciò, mentre la struttura industriale italiana necessitava di maggiore adattabilità e flessibilità, che può essere garantita solo da una maggiore variabilità di una quota del salario;
- c) quanto alla struttura della rappresentanza, si affermava la necessità che la stabilità dell'assetto contrattuale fosse garantita anche tramite raccordi di tipo organizzativo tra i soggetti negoziali. Poco spazio nelle conclusioni della Commissione è dedicato al problema dell'*erga omnes*. Poco più che rituale è il riferimento alla sua necessità, vuoi sotto il profilo di consentire l'attuazione di

⁹ Vedine la relazione finale in RGL 1998, I, p. 571 ss.

direttive comunitarie tramite contratto collettivo, vuoi sotto il profilo di eliminare le politiche distorsive della concorrenza note sotto la formula di contratti-pirata, vuoi, ancora, sotto il profilo di garantire l'efficacia dei contratti collettivi aziendali a fronte del dissenso dei lavoratori, ricompresi nel campo di applicazione dell'intesa aziendale.

A fronte dell'individuazione di tali punti di criticità, in sintesi le conclusioni della Commissione sono state nel senso che il sistema contrattuale dovrebbe essere ancora costruito su due livelli, ma rafforzandone la *differenziazione funzionale*. Il ccnl dovrebbe rimanere una sede determinante del sistema contrattuale, con lo scopo di fissare le condizioni minime di lavoro, anche se con riduzione degli istituti considerati, mentre il secondo livello dovrebbe avere un ruolo funzionalmente più specializzato. Per garantire un maggior sviluppo del decentramento contrattuale, condizionato dalla scarsa diffusione della contrattazione decentrata, e di quella territoriale in particolare, si suggerisce di modificare il protocollo in una direzione che consenta espressamente, "su accordo delle parti e con competenze uguali, il ricorso alternativo, senza sovrapposizioni, alla contrattazione collettiva a livello territoriale (regionale, provinciale, di distretto)". Analogamente si suggerisce di prevedere anche "le cosiddette "clausole di uscita", che consentano entro certi limiti e a precise condizioni definite nel ccnl di derogare a livello aziendale e/o territoriale alla disciplina negoziata a livello nazionale. Tali clausole comporterebbero comunque sempre la consensualità delle deroghe, verificata e validata dalle stesse organizzazioni firmatarie dei contratti collettivi derogati"¹⁰.

Si prevede certamente anche una revisione della legislazione di sostegno e del modello di rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro. Di qui la possibilità di misurare la rappresentatività dei sindacati e, dunque, di affrontare in maniera definitiva, anche tramite un opportuno intervento legislativo di sostegno, la questione dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi. Ma, appunto, la soluzione dell'*erga omnes* non appare il primo obiettivo; al più, la ricaduta di una revisione – neppure chiaramente prefigurata – della legislazione di sostegno e del modello di rappresentanza sindacale.

3. Decentramento contrattuale e regolazione della rappresentanza.

Nel dibattito odierno c'è una sensibilità ancora più forte verso un maggior decentramento contrattuale (con, addirittura, la prefigurazione di un sistema a regime in cui, fermi i minimi del contratto nazionale, siano i contratti decentrati il vero livello di contrattazione collettiva). Ma di esso – decentramento – non è preconditione la regolazione della rappresentanza sindacale, come dimostrano i modelli decentrati a livello territoriale già sperimentati. Solo in un'ottica spuria, in cui si ragioni in termini non di vero decentramento e di specializzazione, ma derogatoria, si può spiegare la proposta recentemente avanzata – alludo alla proposta di Ichino¹¹ – di attribuire la libera negoziazione di discipline diverse ai livelli inferiori, solo quando a contrattare sia una coalizione maggioritaria.

¹⁰ Cfr. la Relazione cit., pp. 587-588.

¹¹ Cfr. P. ICHINO, *A cosa serve il sindacato?* Mondatori, Milano, 2005.

4. Conflitto e regolazione della rappresentanza.

Posto che i problemi che affliggono l'assetto dei rapporti contrattuali non dipendono da (o non sono risolvibili con) la regolazione della rappresentanza, la questione della sua necessità o no si può vedere anche da un altro lato, vale a dire dal lato del conflitto, che oggi concerne soprattutto il settore terziario e l'insieme nevralgico dei servizi pubblici. La legge n. 83/2000 ha introdotto regole, tra le quali la cd. rarefazione, che spesso sono giudicate (e constatate) insoddisfacenti a fronte dei caratteri tipici del conflitto terziario: la sua frammentazione, la separazione fra la dimensione e il peso dei suoi protagonisti, spesso gruppi circoscritti, e gli effetti dannosi prodotti sui cittadini "ostaggi"¹².

A fronte di questo si parla spesso (anche se troppo in libertà e in modo generico ed evanescente) di una legge sulla rappresentatività sindacale quale antidoto che contribuisca ad eliminare alla radice il fenomeno della frammentazione sindacale. Ma che cosa si intenda, in questo contesto, per legge sulla rappresentatività non viene affatto chiarito; anzi, chi la invoca come rimedio tende a precisare che le contromisure possibili non consistono nel riproporre una titolarità sindacale dello sciopero che nell'attuale stato delle relazioni industriali sarebbe, più che irrealistica, controproducente¹³, e si propongono semmai altri tipi di misurazione del consenso, privi del carattere invasivo della regolazione diretta, anche ai fini del conflitto, della rappresentatività sindacale. Ad esempio, la sottoposizione della decisione di sciopero a *referendum* preventivo dei lavoratori interessati.

Tale prospettiva merita di essere sperimentata¹⁴. Giova sottolineare che gli ostacoli eventuali non sono di principio, legati alla normativa costituzionale; la conclusione per la quale il diritto di sciopero è a titolarità individuale non è affatto imposta dall'art. 40 Cost.¹⁵ Essi sono semmai di natura tecnica (in particolare come definire l'ambito dei soggetti interessati dalla consultazione); dunque, sotto questo profilo, superabili, solo che non si rifiuti pregiudizialmente la prospettiva, come dimostra l'esperienza dei paesi che praticano il *referendum*, vale a dire quelli anglosassoni. Ad esempio, si potrebbe far coincidere tale ambito con il contratto nazionale o aziendale cui lo sciopero si riferisce.

Un altro tipo di misurazione del consenso talora proposto è rappresentato dalla preventiva dichiarazione individuale di adesione allo sciopero. Essa non comporterebbe una limitazione dell'azione di sciopero, ma la prevedibilità della sua incidenza, con conseguente possibilità per le imprese di misurare e far conoscere agli utenti gli effetti dello sciopero. Tale condizionamento procedurale appare meno incisivo, dal punto di vista collettivo, di quello conseguente al *referendum*; ma più stringente dal punto di vista individuale. E proprio per questo si comprendono le remore affacciate, se non la vera e propria avversione, nei confronti della proposta: l'obbligo della preventiva dichiarazione della propria adesione allo sciopero, con le conseguenti esposizione e visibilità individuali, potrebbe essere apprezzato come un condizionamento indiretto della piena

¹² Cfr. T. TREU, *Il conflitto e le regole*, in DLRI 2000, p. 313.

¹³ Cfr. T. TREU, *Il conflitto e le regole*, cit. p. 317. Ma v. anche G. GHEZZI, *Il diritto al conflitto nei servizi pubblici essenziali e la dinamica delle istituzioni*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, Milano, 1995, p. 981 ss.

¹⁴ Cfr., da ultima, M. MAGNANI, *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dei fatti*, in RIDL, 2005, I, p. 69 ss.

¹⁵ Cfr. M. MAGNANI, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, DLRI, 1990, spec. 796-707. Infatti, l'art. 40 Cost. è, sotto questo profilo, "impreciso", non escludendo il monopolio sindacale (ferma restando l'esigenza di conciliare questo monopolio con il principio di libertà e quindi di pluralismo sindacale).

libertà del singolo. E ciò spiega come negli accordi che vi fanno cenno si preveda solo una comunicazione volontaria circa l'adesione allo sciopero.

Non è questa la sede per discutere analiticamente queste proposte. Basterà osservare che strumenti specifici per misurare la rappresentatività ai fini dello sciopero si possono individuare ed in parte già vi sono nello stesso sistema della legge: probabilmente bisognerebbe spingere un po' più avanti in questa direzione anche l'interpretazione della medesima. È illusorio, e forse anche eccessivo, pensare di ricorrere ad una legge sulla rappresentanza sindacale al fine di risolvere il problema dell'uso abnorme del conflitto – spesso utilizzato dalle organizzazioni sindacali per misurare la propria forza relativa – nel settore dei servizi.

È un quadro idilliaco quello dipinto da chi ritiene che una norma di legge, che preveda in termini non equivoci la composizione e i modi di formazione del soggetto che contratta per i lavoratori, i canali democratici di aggregazione del consenso e quelli che possono dar efficacia anche giuridica ad un rilevante dissenso, darebbe finalmente un quadro di certezze su “chi rappresenta chi”, e che in un simile quadro di certezze verrebbero meno le ragioni di qualunque sciopero di natura microcorporativa¹⁶.

5. Conclusioni.

Quanto detto naturalmente è preliminare e prescinde dalla difficoltà (difficoltà che pure esiste e di cui bisogna tenere conto) di conciliare le due filosofie in materia di rappresentanza sindacale e di misurazione della rappresentatività che attraversano il nostro movimento sindacale: quella, per semplificare, che fa perno sulla rappresentanza elettiva e quella che fa perno sulla rappresentanza associativa¹⁷. Una soluzione per legge, che preveda un *mix* tra i due criteri, potrebbe incontrare, a mio avviso, l'ingombrante ostacolo dell'art. 39 Cost. Non perché abbia valore impeditivo la mancata registrazione dei sindacati, né la mancata proposizione del modello delle rappresentanze unitarie e proporzionali¹⁸, ma perché la norma costituzionale, prevedendo che i sindacati debbano contare in base al loro seguito effettivo, indica quale criterio di misurazione il numero degli iscritti: e non è peregrino ritenere che faccia parte del “nocciolo duro” della norma costituzionale, ovvero dei principi che connotano il modello, il privilegio del sindacato-associazione¹⁹.

¹⁶ Così invece G. GHEZZI, *Il diritto al conflitto nei servizi pubblici essenziali*, cit. pp. 984-985.

¹⁷ La letteratura in materia è sterminata. La discussione si è comunque vivacizzata in occasione della definizione dei criteri di rappresentatività ai fini della contrattazione collettiva nel pubblico impiego. Sul tema cfr., in generale, AA.VV., *La rappresentatività del sindacato*, in QDLRI, 1989, n. 5, nonché riassuntivamente, da ultima, S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, Padova, 2005.

¹⁸ Cfr. in proposito già il mio *Legge, sindacato, autonomia collettiva*, in ADL, 2000, p. 181 ss.

¹⁹ In senso contrario, invece, M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, cit., p. 690, secondo il quale la legittimazione del criterio del consenso elettorale può desumersi dalla previsione relativa alla democraticità dello statuto del sindacato ai fini della registrazione, che non perseguirebbe tanto lo scopo di escludere forme associative antidemocratiche, quanto quello di garantire un'adeguata “apertura” del sistema di rappresentanza associativa anche verso i lavoratori non iscritti. In simile posizione è però ravvisabile una doppia forzatura: la prima, nel momento in cui si individua il significato della previsione del 2° comma dell'art. 39; la seconda, nel momento in cui si pretende di far reagire tale lettura del significato della disposizione sul piano, diverso, della misurazione della rappresentatività sindacale nella contrattazione collettiva, per la quale la norma costituzionale fa indubbiamente riferimento al solo criterio associativo.

Naturalmente queste osservazioni riguardano la legge quale fonte di disciplina. Resta sempre sullo sfondo la possibilità ed anzi l'auspicabilità di intese tra gli attori sociali, se e quando essi lo vorranno.

Il conflitto collettivo post moderno: lo “sciopero” dei lavoratori autonomi*

Bruno Caruso- Gabriella Nicosia

1. Dallo sciopero al potere di coalizione: tornano indietro le lancette della storia?	33
2. Struttura e portata della legge sul conflitto nei servizi pubblici essenziali: riforma o assestamento?	38
3. Sciopero e potere di coalizione tra realismo giurisprudenziale e razionalità del legislatore.	40
4. L'opzione terminologica del legislatore e le ricadute sul piano giuridico: diritto, quasi diritto o libertà?	45
5. Astensioni collettive di lavoratori subordinati e astensione dalle prestazioni di lavoratori autonomi, liberi professionisti o piccoli imprenditori, tra diritto e libertà; ovvero: il “valore della tradizione”.	48
6. Il <i>background</i> giurisprudenziale e il ruolo del giudice.	51
7. L'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 2 <i>bis</i> .	53
8. L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 2 <i>bis</i> .	55
9. Le sanzioni e i codici: nuovi strumenti di effettività della tutela.	58
10. La procedimentalizzazione della rilevazione della condotta sanzionabile: il ruolo dell'autorità di regolazione.	64
11. Conclusioni.	68
12. Riferimenti bibliografici	70

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 43/2006

1. Dallo sciopero al potere di coalizione: tornano indietro le lancette della storia?

C'è una suggestiva opinione che circola tra gli studiosi francesi secondo la quale le lancette della storia si sarebbero messe a correre a ritroso. Sinteticamente: il ricorso storico, cui oggi si assiste, è segnato dal passaggio dallo sciopero al potere di coalizione, come asse del conflitto sociale²⁰. È la coalizione, intesa non soltanto come rifiuto del lavoro (lo sciopero) ma come fenomeno riassuntivo di tutte le azioni mirate ad incidere collettivamente (il boicottaggio, la messa all'indice, il closed shop) che segna l'alba dei moderni sistemi sindacali²¹; è proprio contro la coalizione che si rivolge la prima legislazione repressiva nella fase pre e proto industriale²².

Lo sciopero, infatti, ha rappresentato la forma tipica del moderno conflitto delle società pluraliste, cioè il conflitto industriale dicotomico tra classi sociali dai contorni scolpiti, i cui antagonistici interessi nascevano e si componevano (a partire dal e) nel luogo di produzione di beni materiali, organizzato secondo il paradigma fordista e il metodo taylorista. Da lì i diritti negoziali generati dal compromesso sul conflitto si trasformavano, in virtù della peculiare alchimia operata dallo stato sociale di diritto, in diritti tendenzialmente universali; da cui il riconoscimento dello sciopero come diritto costituzionale strumentale al diritto di contrattazione e ad altri diritti sociali.

Se tutto questo ha rappresentato una delle identità costitutive del diritto del lavoro moderno, qualcosa oggi starebbe cambiando²³.

L'avvento della società post industrializzata, post materializzata, dell'organizzazione del lavoro post fordista - ove l'impresa e lo stesso datore di lavoro si dissolvono in una dimensione senza muri né confini (la rete di imprese, la delocalizzazione) - segnerebbe l'inevitabile declino (*rectius* la trasformazione) dello sciopero come fenomeno sociale di protagonisti tipici in luoghi confinati (collettività dei lavoratori subordinati nell'impresa di produzione di manufatti operante nei confini nazionali); segnerebbe il declino della sua funzione socialmente tipica: prevalentemente il fine economico del miglioramento degli standard di trattamento contrattuali; della sua proiezione formale (il riconoscimento in termini di diritto costituzionale) e sostanziale (la tutela che ne deriva: la legittimità dell'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro subordinato)²⁴.

Per cui dalla terziarizzazione dello sciopero, intesa come *step* intermedio di evoluzione della crisi/cambiamento della fattispecie²⁵ si sarebbe entrati in una fase di socializzazione del conflitto

²⁰ È il contenuto di una intrigante provocazione intellettuale proposta da G. LYON CAEN 1993, p. 413 ed, ampiamente, ripresa da SUPLOT 2001, p. 688, ma passim.

²¹ D'obbligo il riferimento a WEBB S. E B. 1994.

²² Rispettivamente per questa stagione storica della legislazione del lavoro in Francia e nel Regno Unito, ROSANVALLON 1988, p. 150 ss.; WEDDERBURN 1998a, p. 19 ss. Pure SIMITIS 1990.

²³ Per efficaci descrizioni del passaggio dalla modernità alla post modernità, osservato attraverso il caleidoscopio del lavoro e della sua organizzazione sociale, COHEN 1999; d'obbligo ormai anche RIFKIN 1995; ma cfr. pure CASTELLS 1998; BOYER, DURAND 1998; BECK 2000; REVELLI 2001; KUMAR 2000; per una prospettiva giuslavoristica STONE 2004

²⁴ Si rinvia alle incisive pagine di SUPLOT 2001, specie 691 ss.

²⁵ Con il caratteristico riscontro empirico della diminuzione quantitativa e dell'aumento della diversificazione dei suoi connotati e delle sue finalità: scioperi, buoni, cattivi, odiosi nel settore dei servizi pubblici, anche con obiettivi di mera affermazione di identità: competizione tra gruppi e sigle.

caratterizzata da un ampliamento della ribalta dei protagonisti, con ritorno del potere di coalizione come concetto esplicativo della nuova realtà sociale e delle nuove tendenze regolative²⁶.

Il passaggio dallo sciopero a ciò che si è indicato con il sintagma concettuale “potere di coalizione” implica una fase in cui il conflitto nella società, in molte sue espressioni, si separa dallo sciopero (nella sua configurazione sociale tipica e nella sua proiezione giuridico formale)²⁷ e si mette al servizio di interessi parziali e contingenti, di rivendicazioni ambientali, o di tipo identitarie di livello locale e/o territoriale ma anche sociale (il *consumerism*)²⁸, di pressioni lobbystiche e/o politiche istituzionali²⁹, di generiche istanze anti globalizzazione³⁰ ecc.

È la stessa capacità di coazione e di iniziativa concertata di soggetti portatori di interessi disparati e di forza diversa che costituisce la sostanza di un conflitto che ha rilevanza giuridica (ed è questa la grande differenza con lo sciopero) non in funzione della legittimazione sostanziale degli interessi e dello scopo (la legittimità della pretesa e la meritevolezza della tutela giuridica rapportata ad altri valori costituzionali: l'art. 3 comma 2, l'art.2, l'art. 35, l'art. 39 comma 1 Cost.³¹); ma soltanto e nella misura in cui il rifiuto di segmenti di prestazioni indispensabili a far funzionare la rete delle connessioni sensibili, blocca circuiti di collegamento attraverso cui le società, i mercati e le istituzioni si organizzano ed operano, incidendo negativamente su diritti e beni ritenuti essenziali e meritevoli di protezione (vita, salute, sicurezza, libertà di circolazione e comunicazione e via elencando: art. 1 comma 1 e 2 l. 146/90); beni e diritti totalmente disconnessi con la pretesa oggetto dell'esercizio del potere di coalizione.

Sul piano delle istituzioni è la considerazione della centralità e dell'autonomia della logica di azione di concreti soggetti che erogano servizi pubblici essenziali (pubbliche amministrazioni, imprese in mano pubblica, aziende private), che detta una regolazione che presuppone il potenziale fallimento delle capacità autoregolative del mercato; e ciò non sarebbe una novità. Il conflitto post moderno nasce anche da un eccesso di esternalità negative del mercato e la sua regolazione eteronoma, per via di una autorità di regolazione indipendente, serve da succedaneo alla sua incapacità di prevenire il conflitto con fisiologiche relazioni negoziali³². Ovvero presuppone il fallimento della capacità autoregolativa dei conflitti di interessi da parte dei gruppi sociali, uno dei postulati del pluralismo classico³³.

²⁶ Sulle trasformazioni sociali del conflitto e dello sciopero e sulle sue ragioni la letteratura è ormai vasta: dal pessimistico testamento culturale di KAHN FREUND 1980, p. 472 ss.; all'ormai classico ACCORNERO 1985; fino a più recenti analisi, TREU 2000b, p. 293 ss.; MANGHI 2001; CELLA 2000, p. 732-735.

²⁷ Sull'intrinseca genericità e vaghezza del concetto di sciopero nella sua struttura tridimensionale: fattuale, sindacale e giuridico positivo, si v. l'accurata analisi di BORGOGELLI 1998, p. 11 ss. riferita all'ordinamento italiano.

²⁸ Sul movimento del consumerism, che indica la tendenziale trasformazione degli utenti portatori di diritti in consumatori nel e per il mercato, la letteratura incomincia ad essere corposa: tra i tanti, in senso critico, BARNES, WALKER 1996; WILHELMSSON 1998, cfr. pure DEAN, GOODLAD, ROSENGARD, 2000; LLOYD 1995. MICHELETTI 2003.

²⁹ Sulla valenza politico istituzionale degli scioperi degli avvocati in Italia PASCUCCI 1999, p. 32; NOGLER 2001; CARINCI 2001b.

³⁰ Si rinvia ai best sellers della letteratura no global, FORRESTER 2000; KLEIN 1998.

³¹ Sempre attuale il riferimento a ROMAGNOLI 1979.

³² Si veda, ad esempio, la vicenda delle quote latte e dei conflitti originati dalla PAC politiche agricole comuni di ambito europeo: BEUTLER, BIEBER, PIPKORN, STREIL, WEILER 2001, p. 517; NUGENT 1995, p. 367.

³³ Per la vicenda storica del fallimento dell'autoregolazione sindacale in materia di sciopero nei *spe* si rinvia agli autori citati alla nota 25, cui *adde* CORSO 1981; PASCUCCI 1990.

I conflitti postmoderni vedono protagonisti gruppi dagli interessi e dagli scopi differenziati e spesso contraddittori: gli autotrasportatori subordinati e autonomi che si confrontano con regimi di orario pericolosi anche per la sicurezza pubblica, ma che rifiutano processi di riorganizzazione del settore che ne contrastano i microinteressi³⁴; i piloti dell'aviazione civile che si confrontano con gli effetti della globalizzazione e che, difendendo vecchi privilegi messi in discussione, finiscono magari per contribuire alla causa della sicurezza del trasporto aereo³⁵; i titolari delle imprese di distribuzione di carburante che si misurano con gli effetti di razionalizzazione di un mercato governato da una *authority*³⁶; gli avvocati che riscoprono l'identità di ceto in rivendicazioni in bilico tra richieste di garantismo e riforme istituzionali, interesse di corporazione e rischio di *poujadismo*; gli agricoltori che bloccano i valichi di frontiera contro le regole del mercato comune, ma anche contro la manipolazione transgenica della produzione agricola imposta dalle grandi *corporation* che controllano i processi di riproduzione biologica delle specie animali e vegetali; i titolari di farmacie alle prese con l'inefficienza della p.a., ma che, al contrario di altri cittadini in simili condizioni, pretendono di riversare i costi dell'inefficienza sugli utenti, e via elencando.

Tali conflitti non sono monocausali, non si spiegano soltanto sulla base di logiche di settorializzazione o corporativizzazione degli interessi, ma sono spesso determinati dalle complesse interazioni tra i gruppi, dai continui stravolgimenti di assetti consolidati indotti dalla globalizzazione, da processi di razionalizzazione dei mercati nazionali e sovranazionali, da esternalità negative prodotte dal mercato, da inefficienze della p.a., da motivazioni *lato sensu* politiche. Si tratta di dinamiche, per altro, non lineari, ma in continuo e drammatico cambiamento.

La coalizione post moderna, che spesso si costituisce in funzione del conflitto, genera, pertanto, cortocircuiti tanto intollerabili anche per limitate frazioni di tempo, quanto le società, i governi e gli stessi datori di lavoro, sono ormai in grado di sopportare (e di piegare) la forma più eroica e drammatica dello sciopero nei settori tradizionali e obsoleti, vale a dire lo sciopero ad oltranza, come dimostra la vicenda, simbolica della chiusura definitiva di un ciclo storico, dei minatori inglesi della metà degli anni '80³⁷ o dell'occupazione della Fiat in Italia agli inizi degli anni '80.

Da qui la necessità di riconoscere la legittimità formale dei conflitti indotti da tali coalizioni (anche sulla base di una esplicita piattaforma costituzionale), per moderarli e regolarli (in Italia, come si vedrà, si è invocato l'art. 18 sulla libertà di associazione, ma anche l'art. 41 della Cost., sulla libertà di iniziativa economica)³⁸.

È proprio il settore dei trasporti e della logistica che tratteggia, in modo plastico, questo passaggio cruciale nella *new economy* (ma si potrebbero fare altri esempi: il settore elettrico, la telefonia): in esso la rappresentazione del dramma del conflitto post moderno assume quotidianamente sembianze vivide e suggestive. La storia dell'evoluzione dei mezzi di trasporto su strada, su rotaia,

³⁴ Riferimenti in BOLOGNA 1997, p. 20; MAGGI 2001, p. 294; per la situazione francese, particolarmente significativa in relazione alla questione del tempo di lavoro HAUTDIDIÈRE, REMACKERS 1995; GAVALDA 2001.

³⁵ BLYTON, MARTÍNEZ LUCIO, MCGURK, TURNBULL 2001.

³⁶ Riferimenti in NOGLER 2001, p. 103 ss.

³⁷ JACKSON 1985, p. 157.

³⁸ Sul punto si vedano *ex aliis* le riflessioni di GIANFRANCESCO 2002a, p. 103 ss.

sul mare, nell'aria ed ora telematica (la telematica dei trasporti)³⁹, è storia della loro progressiva trasformazione da strumenti al servizio della produzione di beni e alla loro circolazione (oltre che delle persone), in porzioni del ciclo e della stessa organizzazione della produzione di beni e dei servizi⁴⁰; non a caso in tale settore rilevano libertà assurde al rango di diritti fondamentali (la circolazione delle merci e delle persone), identificative di un ordinamento in costruzione (quello comunitario).

È un processo evolutivo che conferma l'opportunità della scelta del legislatore italiano di unificare (art. 1 comma 1 l. 146) - allo scopo della modalità di tutela, della garanzia dei servizi essenziali e per l'obiettivo del contemperamento - categorie eterogenee di diritti⁴¹: vale a dire beni di preminente rilevanza costituzionale (il nocciolo duro: la vita, la salute, la libertà delle persone, la integrità dei beni pubblici e privati) da un lato, e interessi che, in astratto, non potrebbero ritenersi prevalenti sul diritto di sciopero se non nella misura e nelle forme stabilite dagli accordi sindacali (trasporti, telecomunicazioni, informazione radiotelevisiva pubblica, scuola, assistenza sociale ecc.), dall'altro. Proprio le dinamiche evolutive dell'organizzazione sociale dimostrano, come al di là del nocciolo duro, comunque invariabile, il tasso di essenzialità di altri beni può subire variazioni che ne confermano, nel tempo, la necessità di un livello anche elevato di regolazione, in funzione del contemperamento, preferibilmente con l'accordo sindacale, ma anche senza⁴².

Dove il ciclo produttivo segue ancora il circuito lineare e diretto della produzione di beni manufatti⁴³ non c'è, invece, necessità alcuna di regolare tempi e modalità del conflitto, né di contenerlo; in tale contesto il conflitto assume le sembianze dello sciopero classico, identificato nella fattispecie concreta più comune, anche se non giuridicamente esaustiva nell'ordinamento italiano: la astensione collettiva dal lavoro per scopi prevalentemente economici. Non c'è necessità di regolare tempi e modi perché manca l'interconnessione reticolare con la produzione di beni e l'organizzazione di servizi essenziali connessi a diritti e libertà fondamentali (ragione estrinseca) che ne rende indispensabile la regolazione; ma anche perché i fenomeni di riorganizzazione delle strutture di comando⁴⁴ e dei modi di organizzazione dell'impresa, il dissolvimento del datore di

³⁹ <<Per telematica dei trasporti si intende l'insieme delle tecnologie che consentono di intervenire sulla regolazione del traffico nelle diverse modalità di trasporto...che mirano a sfruttare a pieno la capacità di autoregolazione del processo attraverso l' "intelligenza distribuita">>, MERLINO, TESTA 2001, p.138.

⁴⁰ <<Senza piena e rapida libertà di circolazione non potrebbe esserci produzione just in time, non potrebbe funzionare l'organizzazione sociale e produttiva globalizzata; l'intera economia del turismo mondiale si basa sui servizi alla persona garantiti dalle reti di trasporto pubblico e privato. Per quanto riguarda le merci, fino ad oggi l'impatto dell'ICT è stato considerato soprattutto in termini di riduzione delle scorte e miglioramento del customer service attraverso una maggiore integrazione della catena cliente-fornitore, mentre relativamente poco discusso è stato l'impatto sui trasporti che l'evoluzione dell'e-business potrebbe avere>>, MERLINO, TESTA 2001, p. 140; si v. pure MAGGI 2001, p. 287 ss.

⁴¹ BALLESTRERO 1994a, p. 71.

⁴² Sulla esclusione della possibilità che il diritto di sciopero potesse recedere di fronte a beni non di primaria rilevanza costituzionale, onde la essenzialità della regolazione sindacale (da cui il dibattito sul valore meramente ricognitivo o costitutivo dell'accordo sindacale) D'ANTONA 1989 ora 2000b; ma il suo ripensamento successivo in linea con il pensiero maggioritario, ID. 1991 ora 2000d; una chiara ricostruzione della questione in PASCUCCI 1999, p. 118.

⁴³ Su questo tendenziale dualismo dell'organizzazione del lavoro e della produzione nella fase post fordista che rischia pure di creare un dualismo, o una frammentazione delle tutele e dello stesso apparato teorico del diritto del lavoro, che si ritiene suscumbibile unitariamente nella nuova dimensione del diritto sociale europeo, cfr. SUPLOT 2000, specie pp. 217-219, ma 236 ss.; ID. 1999.

⁴⁴ DEAKIN, HUGHES 1997; STONE 2004.

lavoro nell'organizzazione multinazionale o reticolare o la sua fisica e giuridica sparizione (come nel settore marittimo)⁴⁵, rendono sempre meno vulnerante e socialmente costoso il conflitto basato sulla sanzione e sulla pressione del ritiro del lavoro; infine, perché il mutamento della composizione del lavoro (riduzione del lavoro subordinato e sua tendenziale precarizzazione), hanno indebolito la disponibilità sia all'organizzazione che al conflitto collettivo classico dei nuovi soggetti coinvolti nel sistema produttivo⁴⁶.

Di fronte a questa trasformazione della struttura e della funzione del conflitto sociale, il legislatore italiano (unico in Europa) ha adeguato la sua legislazione, ampliando l'ambito soggettivo ed oggettivo della regolazione, prima quasi del tutto limitata alla regolazione dell'esercizio del diritto di sciopero nei s.p.e., estendendola a meccanismi di prevenzione del conflitto e a forme di conflitto diverse dallo sciopero.

Tracce normative di questa ratio non mancavano già nella l. 146, ma collocate in un contesto in cui la regolazione del conflitto, al di là dei confini dello sciopero dei lavoratori subordinati incidente sui servizi essenziali, appariva ipotesi residuale. Una ratio legis che si presentava, dunque, in guisa di criterio di legittimazione accessorio rispetto alla basilare politica del diritto sottesa alla legge, prioritariamente mirata non a regolare il diritto sciopero limitandolo, ma a salvaguardare, attraverso una regolazione consensuale delle modalità di esercizio, posizioni giuridiche fondamentali connesse a servizi essenziali nella prospettiva del temperamento⁴⁷.

Sul versante delle nuove coalizioni la riforma attuata con la l. 83/2000, invece, prende consapevolmente atto⁴⁸ che i diritti fondamentali possono essere messi a repentaglio, diffusamente, dall'esercizio del potere di coalizione di lavoratori non subordinati⁴⁹.

Sul versante dell'azione conflittuale la legge allarga l'ambito della sua regolazione non soltanto all'azione di sciopero, in tutte le sue varianti comunque vulneranti ma pure all'azione conflittuale di forme diffuse di coalizioni, certamente non riconducibile allo sciopero né in senso tecnico, né in senso socialmente tipico: vale a dire l'astensione collettiva delle prestazioni, teleologicamente qualificate (protesta o rivendicazione di categoria) (art. 2 *bis*).

Dal sindacato alla coalizione; dallo sciopero al conflitto che incide sulla erogazione di servizi essenziali e sui connessi diritti fondamentali: questo, in pratica, il nuovo titolo della legge, scritto in

⁴⁵ Si veda, esemplarmente, il caso delle imprese di navigazione marittima (*l'employeur insaisissable*) citato da SUPLOT 2001, p. 691.

⁴⁶ Sulla difficoltà di organizzare sindacalmente le nuove tipologie di lavoratori, CELLA 1999; MANGHI 2000; LEONARDI 1999; sul calo quantitativo degli scioperi nei settori tradizionali e sul fatto che le tendenze, non sono così nette e omogenee come potrebbe pensarsi, si rinvia a DAVIES 2001; ma pure LA VALLE 2001, p. 112 ove la caduta del tasso di incidenza dello sciopero nell'industria viene spiegato con l'effetto di contenimento che la l.146/90 ha prodotto nei servizi.

⁴⁷ Il dettato normativo della l. 146/1990 precedente la novella del 2000 conteneva, in effetti, indicazioni di questo tenore. Significativi a tale riguardo gli artt.1 comma 1 ed il riferimento alla nozione di servizio pubblico essenziale svincolata dalla esistenza di un rapporto di lavoro subordinato e l'art. 8 comma 2 ultima parte ed il riferimento generico all'astensione collettiva come azione cui indirizzare l'ordinanza di precettazione. D'altra parte non mancano tentativi di precettazione di lavoratori autonomi ritenuti ammissibili dalla giurisprudenza amministrativa pur se dichiarati illegittimi per ragioni meramente procedurali, cfr. Tar Lazio 1 marzo 1994, n. 297, in FI 1994, III, 407.

⁴⁸ Si rinvia alla relazione di accompagnamento di M. D'ANTONA, v. nota 32.

⁴⁹ La legge usa una terminologia apparentemente tecnica ma, nella sua genericità, omnicomprensiva, ancorché scarsamente discreta: lavoratori autonomi, piccoli imprenditori, professionisti

inchiostro simpatico, che si intravede non appena si accosti il fuoco dell'analisi della normativa, dietro la prudente riproposizione della vecchia dicitura.

2. Struttura e portata della legge sul conflitto nei servizi pubblici essenziali: riforma o assestamento?

Il filo conduttore dei paragrafi che seguono sarà costituito dall'analisi di due disposizioni della l. 146/1990, testo novellato dalla l. 83/2000, lette in combinato disposto, di cui la prima, (art. 1) sui diritti della persona costituzionalmente garantiti e servizi pubblici essenziali, immutata rispetto alla versione della l. 146 del 1990; la seconda (l'art. 2 *bis*) innovativa in sé e per gli effetti connessi di regolazione del conflitto sociale e non solo dello sciopero.

Si tratta di un combinato disposto che offre significativi elementi di riflessione collegati al quadro generale di trasformazioni, su delineato, e suggerisce una prima valutazione di insieme della l. 83/2000, che può essere posta nel seguente modo.

Le modifiche, come da più parti segnalato⁵⁰, si limitano, sotto il profilo della tecnica redigente, al recepimento nel corpo della legge esistente (la tecnica della novella) di materiali normativi prodotti dalla prassi e dalla interpretazione innovativa, additiva, integrativa e a volte manipolativa, concentrate sulle c.d. aree di criticità (trasporti e lavoratori autonomi) e mirate a porre rimedio ai punti di maggiore debolezza evidenziatisi nel precedente decennio di applicazione: scarsa incisività dell'apparato sanzionatorio, prassi sleali elusive della legge - effetto annuncio -; finalizzazione dell'apparato regolativo soltanto allo sciopero con esclusione di altre forme di protesta collettiva, vulneranti, comunque, i beni protetti; scarsa visibilità dei soggetti esponenziali degli interessi estranei al conflitto: utenti, consumatori ecc.; sovraesposizione del governo centrale nell'esercizio del potere di ordinanza⁵¹.

Si è trattato, pertanto, di una redazione posta in essere a ridosso di dati empirici costituiti da un apparato di decisioni su concreti *cases* (sia dell'autorità di garanzia, sia della giurisprudenza soprattutto delle alte corti)⁵² e da *materials*: indagini empiriche, banche dati, relazioni conoscitive, audizioni parlamentari⁵³; ma che riflette pure il contenuto di importanti accordi sindacali anticipatori di molte regole poi trasfuse nella legge (per es. il patto dei trasporti del 23 dicembre 1998), che a loro volta, secondo un virtuoso processo circolare, riflettevano decisioni della Commissione di garanzia⁵⁴. Sulla base di questa tecnica di riforma si è proceduto ad una sorta di "innovazione per adattamento" di attendibile e ragionevole efficacia nell'empirismo metodologico che l'ispira, salvo sempre il test di effettività *ex post* (decisivo in questa materia).

La riforma attuata con la l. 83, citata, porta, dunque, al suo limite massimo di tensione il modello

⁵⁰ cfr. TREU 2000b, p. 304; GHEZZI 1999, p. 689; RUSCIANO p. 2001; SANTONI 2000 p.374; per osservazioni critiche sulla natura di "riforma incompleta" piuttosto che intervento novellatore della l. 83/2000 cfr. BIAGI 2000.

⁵¹ Si cfr. la relazione al progetto di legge di M. D'Antona pubblicata in MENGHINI, MISCIONE, VALLEBONA 2000.

⁵² CARINCI M.T. 2001a; RAFFI 2001.

⁵³ LA MACCHIA 1998.

⁵⁴ TREU 1999. D'ANTONA 2000c.

di regolazione basato su un intervento consensuale prioritariamente, se non esclusivamente, rivolto alle modalità di esercizio dello sciopero⁵⁵; modalità che, nel nuovo regime possono essere determinate, seppure provvisoriamente, anche d'autorità. La legge di riforma si preoccupa, infatti, di chiudere il circuito consenso/regolazione innescando il potere regolativo provvisorio della Commissione sul mancato consenso o sull'accordo non valutato positivamente con nuove concessioni, non di limitato rilievo, ad interventi di prevenzione e mediazione attiva sul merito del conflitto affidati, in ogni caso, ad un organo di garanzia rimasto invariato nella sua composizione e nella sua struttura di funzionamento operativo (calibrate sulla funzione principale e non sulla funzione sussidiaria)⁵⁶.

Pare pertanto non del tutto condivisibile la critica avanzata "a caldo" alla riforma relativamente ad un insufficiente coraggio del legislatore, condito da provincialismo culturale⁵⁷, il quale avrebbe rinunciato a perseguire la via, seguita in altri ordinamenti, del ricorso a forme generalizzate di arbitrato (obbligatorio) come strumento alternativo al negoziato/conflitto sul merito delle controversie⁵⁸ o a meccanismi di referendum preventivo sullo sciopero⁵⁹.

È una critica che dalla riflessione dottrinale si è trasferita, di peso, ai piani alti delle proposte governative se è vero che, in un rapido passaggio del libro bianco del governo, si auspica "di sostituire la Commissione di Garanzia con un organismo specializzato in materia di prevenzione e composizione delle controversie collettive di lavoro, con particolare, ma non esclusiva, competenza nella gestione del conflitto nei servizi essenziali"⁶⁰.

Si è di fronte ad una critica/proposta metodologicamente fondata sul ricorso, forse eccessivamente semplificato, al *legal transplant* di istituti giuridici che, ammesso trovino ragionevole giustificazione in altri contesti, non è detto che possano essere trapiantati de plano nel nostro senza provocare crisi di rigetto⁶¹. Estendere i confini della riforma, fino al punto suggerito nel programma del governo, avrebbe significato e significherebbe por mano ad un altro intervento ispirato da una diversa policy, supportata da un diverso apparato tecnico normativo rispetto a quello esistente. Un intervento non di riforma, ma di radicale cambiamento e stravolgimento della l. 146/1990⁶².

⁵⁵ La dottrina sulla complessità regolativa, sull'intreccio di fonti e sul metodo consensuale accolto nella l.146/90 è ormai sconfinata: oltre al saggio di D'ANTONA 2000b; ID. 2000d; PASCUCCI 1999; TREU 1995; ID. 1992; GHEZZI 1990; ROMAGNOLI 1991; CARINCI F. 1990; MARIUCCI 1990; GRANDI 1999; solo per citare alcuni autori.

⁵⁶ Sui poteri e le funzioni della Commissione previste dalla l. 146/1990, nuovo testo, v. BALLESTRERO 2001; LA MACCHIA 2000; GHEZZI 2001; TREU 2000b; PASCUCCI 2000a; per un'analisi del sistema di funzionamento della Commissione v. da ultimo PINO 2002.

⁵⁷ BIAGI 2000. Più sfumata la posizione di TREU 2000b, p. 313 ss.

⁵⁸ In generale, si rinvia a CARUSO 1992.

⁵⁹ L'esperienza di altri ordinamenti suggerisce che "evitare lo sciopero senza depotenziare il diritto a negoziare" non è "un risultato a portata di mano", D'ANTONA 2000e. Sull'uso di strumenti di democrazia diretta per la regolazione ma anche per la limitazione dell'esercizio dello sciopero nella legislazione inglese degli anni '80, BIAGI 1986, p. 79 ss.; CARUSO 1986, pp. 190 ss. A favore dell'uso di tali strumenti sembra orientarsi ora ICHINO 2005.

⁶⁰ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Libro Bianco sul Mercato del Lavoro in Italia; proposta per una società attiva e per un lavoro di qualità*.

⁶¹ KAHN FREUND 1974.

⁶² Per altro non sembrano aver perso attualità le lucide considerazioni di M. D'ANTONA 2000e giuste le quali "l'arbitrato sulle controversie di interessi, giustificato o no dall'immanenza di interessi terzi, implica sempre un intervento conformativo sulla contrattazione

Alle proposte contenute nel Libro Bianco, tuttavia, non sono seguite coerenti proposte di modifiche della disciplina vigente nella legislatura ormai agli sgoccioli.

3. Sciopero e potere di coalizione tra realismo giurisprudenziale e razionalità del legislatore.

La legge 83/2000 è, dunque, il risultato di un razionale e pragmatico riformismo, assemblata com'è con materiali offerti dalla giurisprudenza e dall'autorità di garanzia, quest'ultimi elaborati sul presupposto di una "eccentrica" circolarità tra momento regolativo e momento applicativo rivelatasi, con l'esperienza, virtuosa e, pertanto, rafforzata con la riforma⁶³. Se si prova a ripercorre la strada già intrapresa dalle alte corti, soprattutto dalla Corte costituzionale, si percepisce come il realismo dell'approccio di quest'ultima, attraverso i recenti "moniti" contenuti in sentenze - non a caso non additive tradizionali, ma "di principio" o di "programma" (non auto applicative)⁶⁴ -, abbia interagito con quello del legislatore.

Nelle argomentazioni, e nelle stesse massime della Corte Costituzionale, sono riscontrabili tracce di un approccio pragmatico e realistico ispirato al metodo della giurisprudenza degli interessi⁶⁵. Si avverte, cioè, come sensibili siano state le "antenne" della Corte rispetto ai cambiamenti dell'organizzazione sociale ed economica, alla diversificazione degli interessi e dei conflitti; in altre parole, alla dinamica del pluralismo sociale e giuridico della società italiana.

Nella seconda metà degli anni '70, la Corte considerava lo sciopero un diritto costituzionale non inerente soltanto alla fattispecie socialmente e giuridicamente tipica (il lavoro subordinato); l'ambito della sua protezione/immunità (sul piano penale, ma anche per altri effetti) andava esteso, secondo il giudice delle leggi, a tutti i soggetti non datori di lavoro in senso tecnico (senza lavoratori alle proprie dipendenze), che avanzavano una pretesa di carattere economico politico attraverso un comportamento di astensione collettiva⁶⁶; il diritto di sciopero era esercitabile, dunque,

collettiva. All'ombra dell'arbitrato, nella negoziazione sindacale si producono adattamenti tipici: a seconda dei casi, una istituzionalizzazione bilaterale delle relazioni negoziali, con reciproche garanzie tra le parti scambiate sotto l'ombrello dell'istanza arbitrale, oppure uno svuotamento del ruolo dialettico del sindacato e una burocratizzazione della mediazione collettiva o anche in caso di fallimento, una balcanizzazione delle relazioni sindacali, con un centro impotente screditato da una frammentazione periferica rissosa". Queste osservazioni non gli impedivano di proporre esperienze "volontarie" di istituzione di istanze arbitrali sul modello dell'ACAS britannica, ma *a latere* della Commissione di garanzia e non sostitutive della stessa. Se questo è il senso, può essere condivisa una analoga indicazione di TREU 1999, p. 26, concretizzatasi nella proposta di legge di riforma della legge 83/2000 in cui si prevede (art. 3) la istituzione di una doppia sezione della Commissione, una con i compiti tradizionali di validazione e amministrazione dei meccanismi sanzionatori e l'altra più propriamente deputata alle funzioni di conciliazione, mediazione e arbitrato. La proposta pubblicata in TREU 2001.

⁶³ D'ATENA 1996a, p. 776. Pure TREU 1995, p. 1357 che considera la Commissione di garanzia organismo di cerniera fra interpretazione della legge e integrazione del procedimento.

⁶⁴ Rientrano in questa tipologia di sentenze le pronunce della Consulta n. 114 del 1994 e 171 del 1996 ma v. *infra* la nota 75; in generale sulle sentenze connotate da un dispositivo additivo v. PARODI 1996; con riguardo alle ricadute sul piano normativo v. ANZON 1992. Pure MODUGNO 1981, p. 1561-1562; *cfr.* da ultimo GUAZZAROTTI 2002

⁶⁵ Sul medesimo approccio assunto dai Giudici della Corte suprema americana negli anni '60 e '70, in qualche modo richiamabile anche nel caso della Corte Costituzionale italiana nella vicenda dello sciopero, si rinvia a MINDA 2001, p. 79 ss.

⁶⁶ Corte Cost. sent. 8 luglio 1975 n. 222 <<La realtà dimostra che ci si trova pur sempre di fronte ad una categoria di lavoratori (i piccoli esercenti *nda*), definibili autonomi in quanto svincolati da ogni rapporto di dipendenza, la cui forma di autotutela, strutturata dallo stesso codice sul modello di quella dei lavoratori dipendenti non può non essere compresa in quel più ampio concetto di sciopero che ha trovato modo di esprimersi nell'attuale mondo del lavoro>>. Riconduce di conseguenza allo sciopero la protesta dei medici convenzionali Cass. 29 giugno 1978, n. 3278, in *Foro It.*, 1978, I, col. 1626 e *segg.*; *contra* Cass. pen., sez. VI, 10 aprile 1989, in *Foro It.*, 1990, II, col. 112 e *segg.* Tale deduzione eccessivamente semplicista della Cassazione - nella misura in cui prescinde dal dato delle

da tutte le categorie presumibilmente in condizione di debolezza (i.e. subordinazione) socio economica, anche se il rapporto di lavoro non mostrava i tratti salienti della subordinazione tecnico funzionale.

Si trattò di un indirizzo - come si rilevò prontamente - in sintonia con l'allora dominante tendenza espansiva del diritto del lavoro (ma anche del diritto sindacale) in una fase di piena egemonia del modello fordista, che dalla fabbrica, si estendeva alla società, sino allo Stato⁶⁷; un periodo in cui il conflitto assumeva una caratterizzazione accentuatamente binaria ("noi e loro")⁶⁸. Ai soggetti protagonisti dello scontro sociale inerivano consustanzialmente le due forme socialmente e giuridicamente tipiche di conflitto: lo sciopero/diritto e la serrata/libertà, *tertium non datur*⁶⁹.

Da quel tempo molte cose sono cambiate nell'organizzazione sociale e produttiva: i confini tra le classi sono progressivamente sfumati, la morfologia sociale si è fatta molto più mossa e variegata e tutto questo ha prodotto ricadute sul conflitto tra i gruppi e, più in generale, sul diritto del lavoro.

Come si è efficacemente sintetizzato, a seguito dei cambiamenti in corso sono andate progressivamente svanendo le quattro basilari opposizioni che caratterizzavano il diritto del lavoro moderno e che in qualche modo contribuivano a costituirne l'identità: quella tra lavoro dipendente ed indipendente, che qui più interessa; ma pure l'opposizione tra lavoro a titolo oneroso e a titolo gratuito, tra lavoro pubblico e lavoro privato, tra lavoro e formazione⁷⁰.

Che i confini tra lavoro dipendente e lavoro indipendente si siano man mano offuscati è ormai circostanza su cui in tutti i paesi industrializzati la dottrina giuslavoristica, ma non solo, riflette. Seguendo chiavi di lettura diffuse e convincenti⁷¹ i processi in atto non sono lineari, ma sostanzialmente contraddittori: i valori di autonomia si affermano sempre più nell'area della subordinazione tradizionale con ritorno al contratto o, comunque, alla scoperta di nuove dimensioni dell'autonomia individuale (per esempio direttiva e legge sui congedi parentali) anche nelle roccheforti fordiste, ove si sperimentano nuovi modelli basati sul partenariato⁷²; mentre tecniche tipiche di tutela della subordinazione si estendono al lavoro autonomo (gli istituti di sospensione

"effettiva disuguaglianza contrattuale e sottoprotezione sociale" - suscitò le critiche di GIUGNI 1982 p. 383 ss.; ID. 1992, p. 4. La dottrina giuslavoristica ha, in genere, condiviso il riconoscimento del diritto sciopero ai c.d. lavoratori parasubordinati in situazione di sottoprotezione sociale: SANTORO PASSARELLI 1979, p. 119 ss.; PERSIANI 2000, p. 158; GHEZZI, ROMAGNOLI 1997, p. 201 ss.; TOPO 1997, p. 210; SANTONI 2000, p. 378. Ulteriori indicazioni dottrinali e giurisprudenziali in CARINCI M. T. 2001b, P. 965, nt. 127; da ultimo pure VOZA 2004, cap. II.

⁶⁷ LA SPINA, MAJONE 2000, p. 60.

⁶⁸ ROSANVALLON 1988, p. 151 ss.

⁶⁹ Era la dimensione binaria prevista fondamentalmente anche dal c.p., ancorché in tale testo si individuavano fattispecie diverse di sciopero: l'alternativa fattuale allo sciopero, per ragioni economiche o politiche, era l'abbandono collettivo o individuale degli uffici - art. 330 c.p. fattispecie ora abrogata - che rifletteva la concezione autoritaria del pubblico impiego (si rinvia agli autori citati in CORSO 1981, p. 171, nota 33); si trattava di una norma, per altro mirata, <<non al soddisfacimento di interessi della collettività e del cittadino: oggetto della tutela penale era infatti un interesse proprio dell'amministrazione statale, di cui si ravvedeva la lesione nel fatto *in sé* dell'abbandono collettivo o dell'ostruzionismo a prescindere dalla produzione di un danno>> : così CORSO 1981, p. 169 ss.

⁷⁰ SUPIOT 1998, p. 6.

⁷¹ SUPIOT 2000; DAVIES 2000; DÄUBLER 1999; COLLINS 1996; ID. 1993; DEAKIN 2002; FREEDLAND 2003.

⁷² Si rinvia a CARUSO 2001, p. 433 ss.

del rapporto: salute e sicurezza, gravidanza, ferie, malattia infortunio); tratti di autonomia e subordinazione coesistono sempre di più nelle medesime figure professionali e la contrapposizione normativa tra autonomia e subordinazione lascia il posto a regolamentazioni comuni (per esempio in ambito previdenziale) che impongono relazioni di articolazione e continuità più che di contrapposizione tra i due modelli storici; al contempo il mondo del lavoro autonomo diventa sempre più frastagliato e differenziato al proprio interno producendo una varietà dei moduli giuridici di inquadramento e inusitate forme di subordinazione socio economica.

Che di tutto questo ci sia piena consapevolezza nelle recenti pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione è forse riconoscere troppo⁷³. Nelle ultime prese di posizione della Corte Costituzionale⁷⁴, tuttavia, si prende realisticamente atto che conflitti come quelli degli avvocati e categorie consimili (autotrasportatori, farmacisti ecc.), non hanno più nulla a che vedere con il conflitto classico sia per gli interessi materiali da cui scaturiscono, sia per i fini cui tendono, sia per le modalità di svolgimento; si tratta di interessi, scopi e modalità che impongono qualificazioni giuridiche formali e, non solo formule linguistiche, diverse e che, dunque, vanno legittimate sulla base di una piattaforma costituzionale diversa da quella del combinato disposto che ha fondato lo sciopero nell'esperienza post costituzionale, vale a dire gli artt. 40, 39 1 comma, 3 comma 2, 2 Cost..

In quel vero e proprio *turning point* che è costituito dalla sentenza della Corte Costituzionale 171/96⁷⁵, il concetto di astensione collettiva dal lavoro, insieme forma del conflitto ed espressione del potere di coalizione di gruppi di lavoratori diversi dai lavoratori subordinati, diventa fattispecie ontologicamente differenziata dallo sciopero e, *pour cause*, dal diritto che ne sussume facoltà e prerogative; l'astensione collettiva cui fa riferimento la Consulta (nella formula poi assunta dal legislatore: "astensione collettiva dalle prestazioni ai fini di protesta o di rivendicazione") diventa fattispecie riferita ad un conflitto di interessi tipologicamente diverso da quello classico dicotomico, riconducibile, tuttavia, all'esplicarsi di un potere di coalizione diffuso nelle società complesse che è impossibile disconoscere in quanto rappresentativo di dinamiche reali, ma che per questo non occorre promuovere oltre la legittimazione in chiave di mera libertà⁷⁶. Proprio in ragione di tale intrinseca diversità degli elementi di fatto della fattispecie e dei valori di riferimento del conflitto (non l'eguaglianza sostanziale, l'emancipazione e la solidarietà sociale,

⁷³ Si v. per. es. l'inopinato e diretto riconoscimento del diritto di sciopero agli avvocati soprattutto da parte della Cassazione penale, v. Cass. pen., sezione feriale, 24 agosto 1993, in *Giust. Pen.*, 1994, III, pag. 17; Cass. pen. Sez. III, 2 aprile 1996, in *Cass. Pen.*, 1996, pag. 2991 ss. Di recente, sul punto pure, Cass., sez. III, 28-02-2002, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Dibattimento penale* [2140], n. 60.

⁷⁴ Alla sentenza della Corte Costituzionale 171/96 ha fatto subito eco, adeguandosi, la Corte di Cass. Sez. pen. Sent. 27.2. 1997, *CP*, 1998, 456 con nota di DI NICOLA, GUZZETTA, che esclude la ricorrenza nella ipotesi di mera astensione dalle udienze – non integrata da ulteriori atteggiamenti e/o comportamenti positivi coscientemente e consapevolmente assunti, tali da influire sul regolare svolgimento del servizio pubblico essenziale – del reato di cui art. 340 c.p. (interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità).

⁷⁵ La strada è tracciata anche dal suo immediato precedente costituito dalla sent. 23-31 marzo 1994. n. 114, ove la Corte fa riferimento però più genericamente a "forme di protesta collettiva equiparabili allo sciopero". Nella sentenza 171/96 il ragionamento diventa più organico e compiuto.

⁷⁶ Si tratta dei passaggi della motivazione della sentenza ai punti 3.1.-3.5 che più hanno sollevato i dubbi le ritrosie e gli equivoci degli autori che, dopo l'intervento di adeguamento del legislatore con la l. 83/200, hanno messo in evidenza la portata destabilizzatrice, nei confronti di principi cardini del diritto del lavoro e sindacale post costituzionale, sia della pronuncia sia dell'intervento legislativo.

ma l'autoaffermazione degli interessi e dell'identità del gruppo anche in proiezione politico-istituzionale), si deve far riferimento a presupposti di legittimazione costituzionale dissimili dal diritto di sciopero: l'art. 18 (anche se invero con qualche incertezza in un punto della motivazione dove la Corte sembra richiamare la "libertà sindacale"), e non l'art. 40 Cost., è la base giuridico-costituzionale che fonda la legittimazione della coalizione dei lavoratori autonomi e dei liberi professionisti.

La Corte Cost. non prende posizione sugli effetti di tale forma di autotutela dei lavoratori autonomi rispetto allo sciopero dei lavoratori subordinati, rilevando in materia la mancanza di un diritto vivente.

Per la Corte l'adesione degli avvocati alla protesta costituisce, per esempio, legittimo impedimento alla continuazione del processo ex art. 486 c.p.p., ma che ciò costituisca nel suo pensiero il contenuto di un vero e proprio diritto di azione o di pretesa cui corrisponde una posizione di soggezione della autorità pubblica, è una mera illazione⁷⁷: che l'adesione costituisca un legittimo impedimento ex art. 486 è nelle cose, è una conseguenza della situazione di fatto conseguente all'esercizio di una libertà che non funge di per sé da scriminante rispetto all'esercizio individuale di tale libertà; resta ferma, infatti, una diversa valutazione degli interessi in gioco, e del loro contemperamento da parte del giudice del processo che possa condurlo a non considerare automatica l'alchimia della libera scelta che si trasforma, in virtù della rivendicazione di un preteso diritto di azione connesso alla libertà associativa, in assoluta impossibilità⁷⁸.

Al contempo il Giudice delle leggi riconosce che tali conflitti, in quanto espressione di una mera facoltà connessa alla libertà di associazione e non funzionalmente collegati ad altri valori portanti dell'assetto costituzionale sono, *a fortiori*, bisognosi di una regolamentazione, sicuramente specifica e differenziata rispetto a quella predisposta per i lavoratori subordinati; ma forse ancor più profonda e severa, nell'ottica del contemperamento dei valori costituzionali. Se per lo sciopero essa si giustifica in guisa di "doloroso sacrificio" del pieno e libero esplicarsi di un diritto fondamentale, assume, invece, per l'astensione collettiva dei non subordinati o assimilabili, valenza di emergenza istituzionale in vista della protezione di beni ulteriori, anche estranei ai beni essenziali

⁷⁷ In tal senso, invece, CARINCI M. T. 2001b. DI NICOLA, GUZZETTA 1998, p. 463-464 (v. infra).

⁷⁸ In tal senso pure PULITANÒ 1999, p. 8 che parla tuttavia di diritto e non di libertà costituzionalmente garantita; in giurisprudenza Cass. 5 aprile 1996, CP, 1997, 2746 che ha ritenuto applicabile nel caso di astensione dalle udienze degli avvocati per fini di protesta l'art. 97 comma 4 c.p.p. e, nel caso di inevitabilità del rinvio del dibattimento, la sospensione dei termini di custodia cautelare ex art. 304 comma 1 lett b, c. Correttamente l'autore citato focalizza il problema non sui termini di custodia preventiva, quanto sui termini di prescrizione del reato; secondo PULITANÒ tale questione non sarebbe risolvibile senza un intervento *ad hoc* del legislatore che sancisca a chiare lettere la sospensione della prescrizione in tutti i casi di rinvio conseguente ad astensioni collettive delle udienze, per il tempo che va dal giorno del rinvio alla data della nuova udienza; si tratta tuttavia di un intervento poco probabile oggi, in una legislatura ove sembra affermarsi l'orientamento giusto il quale la prescrizione del reato lungi dal dimostrare la patologia ed il fallimento del processo, assume dignità di efficace e fisiologico strumento utilizzabile nella strategia di difesa. La questione della non decorrenza dei termini di prescrizione del reato durante la ricorrenza dell'astensione dei difensori, sollevata in alcune ordinanze di remissione, è stata ritenuta inammissibile dalla sent. 171/96 della Corte Cost., pena una sentenza additiva in *malam partem* in contrasto con il principio di legalità (sent. 114/94). Secondo diversa tesi la sospensione dei termini prescrizionali sarebbe, invece, una strada indolore perseguibile attraverso l'interpretazione degli attuali dati normativi: in relazione ai valori in gioco (l'interesse pubblico all'accertamento dei reati e l'interesse dell'imputato ad una assoluzione piena) sembra allo stato preferibile una lettura delle norme (art. 159 c.p. in combinato disposto con l'art 304 c.p.p.) coerente con tali interessi e dunque con l'imprescrittibilità del reato in presenza di una astensione delle udienze da parte degli avvocati: cfr. DI NICOLA, GUZZETTA 1998, p. 472 anche per i rilievi sulla sent. 114/94 della Corte Cost.

e primari, ma comunque di rilevanza costituzionale (il diritto di azione, il diritto alla libertà personale, il buon andamento della pubblica amministrazione con particolare riferimento alla funzione giurisdizionale, la stessa obbligatorietà dell'azione penale, il diritto ad un giusto processo per l'imputato inteso, a norma dell'art. 6 della Convenzione europea della salvaguardia del diritto dell'uomo e delle libertà fondamentali, come diritto ad un processo celebrato in tempi ragionevoli, ecc.)⁷⁹.

Nell'incedere dell'argomentazione della Corte è, inoltre, esplicito il riferimento ad una regolamentazione che adatti, ma non stravolga, la logica della regolazione laburista di tipo bilaterale, roduta in più di dieci anni di vigenza della l. 146/1990.

In questa direzione si è mosso il legislatore con la novella 83/2000 che costituisce il tentativo di utilizzare le tecniche e le istituzioni di originario impianto laburista per il controllo delle nuove dinamiche conflittuali che coinvolgono figure vecchie e nuove salite alla ribalta della cronaca del conflitto economico-sociale, economico-politico e politico *tout court*.

Sono figure che il legislatore convenzionalmente riconduce, in mancanza di meglio, a tradizionali e ormai poco nitidi - sia per il profilo giuridico, sia sociologico - contenitori concettuali: i piccoli imprenditori, i lavoratori autonomi e i liberi professionisti. Su ognuna di tali figure (a mezzo tra la qualificazione strettamente giuridica e l'evocazione social/tipologica) si potrebbe disquisire a lungo, così come si potrebbe, con altrettanta precisione chirurgica, al limite di un pignolo accanimento terapeutico, dissezionare i limiti e le aporie teleologiche dell'astensione collettiva qualificata - da un legislatore voglioso di ossequiare i moniti del giudice delle leggi - in chiave "di protesta o di rivendicazione di categoria"⁸⁰.

L'intenzione del legislatore sembra evidente: la vaghezza dei termini, il non affinamento concettuale sia delle figure soggettive richiamate⁸¹, sia degli scopi delle astensioni, dimostrano la consapevolezza che il governo della complessità di conflitti coinvolgenti beni primari dei cittadini e posti in essere da nuove coalizioni, è affidato ad un circuito procedimentale su cui insiste un'alta densità di fonti regolative sovrapposte secondo un disegno strategico, complessivamente organico; disegno che fa perno sul ruolo e sulle funzioni riconosciute alla Commissione di garanzia, cui spettano - allorché ricorrano situazioni poco scolpite e incerte - anche compiti conformativi delle fattispecie, oltre che di adattamento delle regole alla peculiarità dei casi e all'eccentricità dei protagonisti del conflitto⁸². L'intervento di riforma, per questo profilo, non tradisce ma conferma,

⁷⁹ Anche se la Corte costituzionale aderisce primariamente alla tesi del contemperamento tra libertà di astensione e salvaguardia dei beni essenziali di cui all'art. 1 della l. 146/90, nella motivazione è esplicito il riferimento ad altri valori di rilevanza costituzionale quali la funzionalità e l'efficienza della funzione giurisdizionale, come giustificazione dei limiti cui va incontro tale libertà: punti 3.4. e 3.5 della motivazione.

⁸⁰ CARINCI M. T. 2001b.

⁸¹ Pare francamente stucchevole e irrilevante la discussione sulla opportunità o meno della esclusione dell'impresa medio grande dall'ambito delle figure soggettive richiamate dall'art. 2 bis, posto che la stessa è già inserita nel circuito della regolazione per via diretta dall'art. 2 comma 2 della legge. L'ipotesi ventilata da puntuali esegeti è quella di una iniziativa conflittuale autonoma della grande impresa magari in risposta ad uno sciopero dei lavoratori: pare evidente, invece, che non sarebbe plausibile, giusti i canoni elementari dell'interpretazione sistematica, che l'impresa medio grande, tenuta agli adempimenti di cui all'art. 2 nel caso di sciopero dei lavoratori, fosse invece libera di non garantirli nel caso di serrata di ritorzione o di serrata per fini rivendicativi o di serrata di protesta in quanto non espressamente richiamata dall'art. 2 bis. In altri termini la grande impresa non è inclusa nel circuito regolativo specifico (previsto dall'art. 2 bis) in quanto lo è già nel circuito principale (quello dall'art. 2).

⁸² Si vedano D'ANTONA 2000b, id. 2000d; PASCUCCI 1999; TREU 1995, id. 1992; GHEZZI 1990; ROMAGNOLI 1991; CARINCI F. 1990; MARIUCCI 1990; GRANDI 1999; da ultimo pure PINO 2005.

anzi rafforza, la sua ispirazione originaria: non è una legge per precetti, né rispondente ad un obiettivo di sistematica e geometrica regolazione e precisazione delle fattispecie conflittuali (posto che in questa materia sia possibile). Si limita, invece, a regolare procedimenti convenzionali ed unilaterali, da cui scaturiscono precetti sostanziali e regole formali, e a prevedere sanzioni in caso di violazione degli uni e delle altre, affidandone la gestione (ed ora anche la propulsione) ad una autorità indipendente (ed alla sua giurisprudenza pratica) i cui poteri vengono significativamente rafforzati per colmare vecchie lacune e per adempiere alla nuova funzione di regolatore dei conflitti - in funzione della direttiva generale del bilanciamento - oltre il lavoro dipendente.

Il controllo esterno sull'autoregolazione unilaterale delle categorie dei lavoratori non dipendenti affidata dal legislatore alla Commissione di garanzia - che diventa *authority* di vigilanza sui conflitti di lavoro e non più e soltanto dello sciopero (malgrado il mancato *restyling* del titolo della legge) – richiama, peraltro, una tecnica non sconosciuta nel sistema di diritto sindacale italiano. Anche le regole unilaterali in materia delle elezioni delle RSU nel pubblico impiego, pur formalmente contenute in regolamenti allegati a protocolli convenzionali, sono, infatti, affidate a soggetti e luoghi procedurali esterni all'ordinamento intersindacale, per non parlare degli stessi codici di autoregolamentazione sindacale dello sciopero adottati prima della l. 146/90, in una fase in cui però l'autoregolazione era, per così dire, "incontrollata"⁸³.

4. L'opzione terminologica del legislatore e le ricadute sul piano giuridico: diritto, quasi diritto o libertà?

La novella del 2000, se per un verso ha il pregio di allargare l'ambito di operatività della l. 146/1990, per altro verso non scioglie il dubbio circa la natura giuridica dei nuovi comportamenti ricondotti nell'ambito della propria regolamentazione. Chiarito che non si tratta di sciopero nel senso costituzionale del termine⁸⁴, sembra opportuno, tuttavia, verificare se la protesta dei lavoratori autonomi, dei professionisti o dei piccoli imprenditori, possa essere riportata sotto l'ombrello regolativo del diritto di sciopero - attraverso un'operazione di applicazione estensiva della fattispecie ben nota in campo giurisprudenziale - o non debba, piuttosto, essere ricondotta nella più generale sfera di protezione delle libertà⁸⁵.

La questione non è di poco momento: un conto è la titolarità di un diritto⁸⁶ che, in quanto tale,

⁸³ CARUSO 2000; ID. 1999. Come è noto i contenuti dei codici di autoregolamentazione sullo sciopero si sono spesso trasferiti, con l'appoggio esplicito della Commissione, negli accordi collettivi e la ricchezza di certi codici ha opportunamente allargato l'ambito delle regolazioni negoziali: ROMAGNOLI 1991, p. 564.

⁸⁴ Che lo sciopero sia cosa socialmente e giuridicamente diversa dalla astensione dalle prestazioni anche per il legislatore della novella, è assunto assolutamente chiaro se si guarda alla relazione di accompagnamento firmata da Massimo D'Antona: tra le ragioni che giustificano l'intervento di modifica si fa riferimento al fatto che «la legge (146/90 ndr) considera il fenomeno dello sciopero, ossia l'astensione collettiva dei lavoratori subordinati, e non le altre forme di protesta collettiva di lavoratori autonomi, di professionisti o piccoli imprenditori, che non sono sciopero in senso tecnico e ciò nondimeno possono compromettere il funzionamento di importanti servizi di pubblica utilità» c.vo nda. Per la tesi della parificazione oltre MISCIONE 2001, RUGA RIVA 2000a, p. 770 ove la svalutazione di un dato assolutamente chiaro nella novella, nel senso della distinzione tra sciopero e astensione dalle prestazioni, quale l'art. 8 comma 1 di nuova fattura e la sopravvalutazione di disposti equivoci solo perché non adattati, essendo rimasti immutati, quali l'art. 12 comma 1 o il titolo della legge che sembrerebbero far riferimento soltanto allo sciopero includendo, quindi, le astensioni dalle prestazioni.

⁸⁵ In generale su questi temi *cfr.*, da ultimo, le riflessioni di GIANFRANCESCO, 2002a, p.103 ss.; PILATI 2004.

⁸⁶ Giungono alla conclusione che sia possibile configurare un diritto di astensione collettiva in capo ai lavoratori autonomi *ex aliis* PILATI 2004, p. 197, cui si fa rinvio per le citazioni della dottrina che si è espressa nella medesima direzione; MISCIONE 2001, p. 156 e 164;

esclude conseguenze di natura civile e penale, altra cosa la configurazione di una mera libertà che esclude solo l'addebito sotto il profilo penalistico, ma lascia spazio per l'azione di inadempimento⁸⁷.

Pare opportuno, pertanto, prima di affrontare l'analisi esegetica dell'art. 2bis della l. 146/1990, nuovo testo, stabilire se sia o no possibile considerare in qualche modo espressione del diritto di sciopero anche l'attività posta in essere dai soggetti contemplati in questa norma, al fine di valutare, come si è osservato, le ricadute sul piano della conseguente responsabilità. La questione è stata affrontata, già, in via generale nei paragrafi precedenti. A conferma della tesi sostenuta, di seguito, si avanzano alcune osservazioni di ordine strettamente analitico ed esegetico.

Il legislatore, nel novellare la l. 146/1990, ha considerato esplicitamente "l'astensione collettiva" di tali soggetti come condotta in grado di incidere sulla funzionalità dei servizi pubblici. Il fatto che sia stata usata tale espressione rende comprensibili le difficoltà riscontrate dai primi commentatori nell'offrire una risposta univoca alla questione *de qua*.

Secondo alcuni, nonostante la "cautela o il pudore delle parole"⁸⁸, il legislatore avrebbe finito per attribuire il riconoscimento del diritto di sciopero ai soggetti contemplati nell'art. 2 bis, l. 146/1990, nuovo testo (ovvero i non subordinati); ad avviso di chi scrive, l'uso di una formula così sfumata esclude la riconducibilità di tale condotta nell'ambito dell'esercizio del diritto di sciopero di cui all'art. 40 Cost. Per la verità, vi sono tracce evidenti in tutta la l. 146/1990, testo novellato, a sostegno di quest'ultima lettura interpretativa: basti osservare, ad esempio, l'art. 8, che ricorrendo alla disgiuntiva "o" come *distinguo* tra lo sciopero e l'astensione collettiva, funge da cartina di tornasole della validità di detta condivisibile opzione interpretativa⁸⁹.

Tale orientamento dottrinale trova conforto anche nella giurisprudenza della Consulta. Come già rilevato, la sentenza n. 171 del 27 maggio 1996 ha considerato l'astensione collettiva degli avvocati espressione della libertà associativa (ex art. 18 Cost.), ma non esercizio del diritto di sciopero, come pure parevano sostenere alcune precedenti sentenze⁹⁰.

D'altra parte, in applicazione del noto brocardo dell'*ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*, l'astensione dei soggetti contemplati nell'art. 2 bis, l. 146/1990, nuovo testo, proprio in assenza di un'esplicita qualificazione in termini di diritto di sciopero, rimane estranea alla fattispecie di cui all'art. 40 Cost. Essa galleggia tra le libertà, in un limbo di ambiguità caratterizzato dalla "medesima funzione" e "medesima incidenza" dell'esercizio del diritto di sciopero⁹¹.

CURZIO 2003, spec. p. 59, che, pur riconoscendo la diversità dal diritto di sciopero di cui all'art. 40 Cost., riconosce, tuttavia, i tratti del diritto all'astensione dei soggetti previsti nell'art. 2 bis proprio a seguito della relativa riconduzione sotto l'egida della regolamentazione della l. 146/1990.

⁸⁷ Sul punto v. pure MENGHINI, 1997, II, spec. 100-101 e le note di rinvio ivi contenute.

⁸⁸ Così MISCIONE, 2001.

⁸⁹ Ma nel senso che il dato testuale non può essere considerato conclusivo v. RUGA RIVA, 2000a, 6, p. 770-771, che si schiera con quanti sostengono si tratti di sciopero; *amplius* ID, 2000a, spec. 748 ss.

⁹⁰ Cfr. Corte. cost. n. 222 del 1975, sopra citata; così pure Cass. 29 giugno 1978 n. 3278, *Foro it.*, 1978, I, 1630, citata; in senso conforme pure la giurisprudenza di merito e quella amministrativa v. P. Monza 15 maggio 1993, *FI*, 1994, I, 186 e P. Genova 15 giugno 1994, *Foro it.*, 1994, I 267; A. Napoli 22 agosto 1995, *Gius.*, 1995, 3375; Corte app. Napoli 15 giugno 1995, *Gir. Mer.*, 1995, 901; TAR Lazio, I Sez., 17 aprile 1992, n. 545, *Foro it.*, 1993, III, 135; TAR Lazio 1° marzo 1994, n. 297, *Foto it.*, 1994, III, 407.

⁹¹ Cfr. Corte. cost. 171 del 1996, cit.

Né può sostenersi, d'altro canto, che la fattispecie in esame coinvolga un *tertium genus*, ovvero il "diritto d'azione" che parte della dottrina⁹² ha sostenuto, soprattutto con riferimento alla astensione degli avvocati, potersi configurare in capo alle categorie di soggetti previste nella norma in esame.

Con riferimento alla astensione di questi ultimi, la pronuncia della Consulta n. 171 del 1996, in realtà, ha aperto un varco⁹³ per il riconoscimento del fondamento costituzionale dell'azione di protesta degli avvocati; non nel senso, tuttavia, del riconoscimento di un vero e proprio diritto vestito dei peculiari panni del "diritto di azione", quanto piuttosto dell'inserimento di tale forma di protesta nella categoria delle libertà di associazione previste dall'art. 18 Cost.⁹⁴.

Seppure intrigante, la tesi della configurabilità del "diritto d'azione" sconta la debolezza di essere poggiata sui *non dicta* della Corte costituzionale. Secondo questa tesi, solo la sussistenza di un diritto d'azione (nei termini di pretesa del rinvio dell'udienza) rende comprensibile l'affanno della Consulta nel ricercarne gli eventuali limiti, rinvenibili sostanzialmente in seno all'art. 24 della Costituzione⁹⁵, il quale delinea la posizione giuridica soggettiva con cui fisiologicamente l'astensione degli avvocati finisce per conflagrare⁹⁶.

È innegabile che la Corte costituzionale abbia riscontrato la necessità di tutelare i valori costituzionali minacciati dall'astensione collettiva degli avvocati, ma è vero pure che il "bilanciamento" voluto dalla l. 146/1990 è possibile tanto relativamente ai diritti propriamente intesi - come quello ex art. 40 Cost. - quanto a libertà del tipo di quella prevista dall'art. 18 Cost., cioè le libertà fondamentali della persona che possono esprimersi nelle forme più variegate⁹⁷.

La stessa dottrina costituzionalistica si preoccupa di precisare che "il problema della convivenza delle libertà, considerate nelle loro varie dimensioni («positive» e «negative»), diviene fondamentale ai fini della determinazione della «costituzione della libertà», ovvero ai fini della definizione dei valori della personalità umana come sistema di valori supremi". Riconosce pure che "è errato affermare che nella Costituzione italiana vi sia una gerarchia (astratta) dei valori di libertà, dal momento che il principio della «indivisibilità delle libertà», derivante dal fatto che queste sono

⁹² Oltre agli autori citati *supra* alla nota 63, cfr., con riguardo specifico al diritto d'azione, il saggio di CARINCI M. T., 2001b, spec. 940, e la replica di GIANFRANCESCO 2002a, p.103 ss.; sul tema pure GHEZZI 2003b, p. 125, si esprime nel senso della sussistenza di un "diritto d'azione" diretta inteso nei suoi termini più generali [...] di un diritto di coalizione a scopi conflittuali connesso alla più generale libertà di associazione [...]."

⁹³ Come sopra osservato, tale pronuncia rientra, per l'appunto, nel novero delle pronunce additive di principio che mirano a censurare omissioni legislative, senza interferire nella sfera riservata alla discrezionalità del legislatore e, che tuttavia, indicano i principi cui il legislatore stesso deve ispirarsi; cfr. le osservazioni di VESPAZIANI 1996, p. 2718; nel senso che sia più corretto parlare di "additiva di programma" piuttosto che di "additiva di principio" v. DI NICOLA GUZZETTA 1998, p.468.

⁹⁴ Cfr. soprattutto il punto 3.1 della sentenza.

⁹⁵ Il diritto previsto nell'art. 24 Cost. si caratterizza per la sua doppia accezione l'una con riguardo al soggetto titolare, l'altra con riguardo allo Stato. Nel primo caso esso salvaguarda "l'invulnerabilità di un *agere licere* individuale, qualificato dalle peculiarità dell'oggetto e dalle forme del suo esercizio". Nel secondo caso esso delinea "il diritto alla giurisdizione, ovvero il diritto al giudizio avanti ad organi indipendenti e imparziali". Cfr. esaustivamente l'ampio scritto di COMOGLIO 1981.

⁹⁶ Cfr. i punti 3.1, 3.3 e 3.5 della motivazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 171/1996.

⁹⁷ Riconosce la natura di libertà all'astensione collettiva seppur agganciandola all'art. 41 della costituzione, GIANFRANCESCO 2002a, p. 105.

nel loro complesso manifestazioni giuridiche (o valori costituzionali espressivi) dell'unitario concetto normativo di persona umana, impedisce di attribuire un maggior pregio a determinate libertà anziché ad altre[...]”⁹⁸. Il presupposto di tali affermazioni consiste nella visione unitaria del sistema delle libertà contemplato dalla Costituzione, perché tutte concorrono a stabilire lo statuto di indipendenza della persona umana. È la dimora costituzionale che rende *omogenei* e quindi *bilanciabili* l'astensione collettiva radicata nell'art. 18 Cost.⁹⁹ e tutti gli altri valori di pari dignità costituzionale che con essa possono entrare in conflitto.

Per la dottrina costituzionalistica¹⁰⁰, la libertà costituisce un *prius* rispetto al diritto che da essa promana. Ciò consente di affermare che la qualificazione giuridica dell'astensione dei soggetti di cui all'art. 2 *bis* nei termini di una libertà, piuttosto che di un diritto, non inficia il *balancing test* promosso dalla l. 146/1990, vecchio e nuovo testo.

La Consulta ha solo consentito l'emersione sul piano giuridico di un fenomeno, il conflitto degli avvocati - e quindi di altre categorie equiparabili sotto il profilo dello status giuridico -, sino ad allora ancora sommerso dalle incertezze sulla relativa ammissibilità nel nostro ordinamento. Il legislatore ha dato voce a questa operazione interpretativa e ha colto l'occasione regolamentando non solo il conflitto specifico degli avvocati, ma anche il conflitto di tutti i soggetti di cui all'art. 2 *bis*. La libertà di configgere configurata in capo a questi ultimi, delineata *in nuce* nella sentenza della Consulta, assurge alla dignità di libertà, riconosciuta dal nostro ordinamento in quanto radicata nell'art. 18 Cost.¹⁰¹. Sotto l'ombrello della libertà di associazione è possibile, allora, ricondurre tutte le espressioni dell'astensione collettiva diverse dallo sciopero, indirizzate al perseguimento di “fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale” (art. 18, comma 1°, Cost.)¹⁰².

In effetti, poco importa che questa libertà sia positiva o negativa, si esprima, cioè, come si avrà modo di osservare, nell'astensione dalla prestazione, nella richiesta del pagamento del *ticket* e, quindi, in un'azione, o in altro ancora, perché il necessario bilanciamento tra beni di pari dignità costituzionale può ben essere operato tra la libertà di astenersi collettivamente, regolata dalla l. 146/1990 e radicata nell'art. 18 Cost. e i valori costituzionali che entrano in conflitto con questa; si pensi, per tornare al caso precedente, agli avvocati e al buon funzionamento del servizio pubblico essenziale “giustizia” tutelato dall'art. 24 Cost.

Si vedranno più avanti le conseguenze di questa ricostruzione sul piano giuridico: qui basti osservare che la fattispecie dell'astensione collettiva di cui all'art. art 2 *bis*, sebbene “orizzontalmente” più estesa rispetto al diritto di sciopero, è verticalmente meno efficace perché meno tutelata.

5. Astensioni collettive di lavoratori subordinati e astensione dalle prestazioni di lavoratori auto-

⁹⁸ BALDASSARRE 1990, p. 18.

⁹⁹ Già in questa direzione CARUSO 2002, NICOSIA 2004.

¹⁰⁰ Cfr. PALADIN 1995, che afferma come “basta scorrere il testo costituzionale, per avvedersi che esso ragiona *della libertà e delle libertà*, fatte consistere – più volte in modo testuale – nei contenuti di altrettanti diritti costituzionalmente garantiti [...]”.

¹⁰¹ Secondo la più accreditata dottrina penalistica si tratta di una sorta di *para-sciopero* o *quasi sciopero* che consente di applicare in via estensiva la disciplina prevista per il diritto di sciopero con particolare riguardo alle sue immunità. Cfr. PULITANO, 1999, p. 6.

¹⁰² Sulla questione relativa alla reale portata dell'art. 18 Cost., da ultimo, v. esaustivamente VOZA 2004, spec. il cap. II.

nomi, liberi professionisti o piccoli imprenditori, tra diritto e libertà; ovvero: il “valore della tradizione”.

Cosa resta dello sciopero e del diritto di sciopero in questa prospettiva? È ancora giuridicamente rilevante distinguere sul piano costituzionale lo sciopero diritto, dallo sciopero libertà o, nella prospettiva post moderna, da altre manifestazioni di conflitto diverse dallo sciopero, quali appunto le astensioni dalle prestazioni dei lavoratori autonomi, dei liberi professionisti e dei piccoli imprenditori?

La tesi di fondo che si intende avanzare, come del resto si è già osservato, è che tale distinzione non solo permane, ma viene anzi rafforzata dall'evoluzione del quadro normativo tracciato sulla base delle direttive della Corte Costituzionale. Si tratta soltanto di trarre soluzioni interpretative coerenti con tale quadro che, in questa sede, possono essere avanzate in via generale. Le conseguenze di tale distinzione debbono essere collocate a valle delle differenziate fattispecie sciopero e astensione dalle prestazioni, con riferimento agli effetti che da esse scaturiscono, andando, in tal modo, oltre il punto in cui il discorso della Corte Costituzionale era stato volutamente interrotto.

Poiché, come anticipato, la astensione collettiva dalla prestazione, riconducibile al principio di libertà associativa, è fattispecie, magari orizzontalmente più estesa rispetto ai titolari del diritto di sciopero, essa è tuttavia giuridicamente meno tutelata in quanto manifestazione di un mera libertà (la coalizione che si trasforma in potere quando produce conseguenze su terzi), le conseguenze sul piano degli effetti debbono essere coerenti con questo diverso statuto giuridico, posto che l'esercizio della libertà di coalizione non è coperto in pieno dalla immunità dell'esercizio del diritto¹⁰³.

a) Innanzitutto sul piano delle obbligazioni civili il sistema dell'immunità predisposto dal diritto di sciopero è più profondo di quello offerto dalla libertà di astensione dal lavoro: l'esercizio dello sciopero da parte dei lavoratori subordinati sospende le due obbligazioni civili fondamentali del rapporto di lavoro, non costituendo, l'astensione collettiva dal lavoro, inadempimento¹⁰⁴ anche se parziale (sarebbe pertanto legittimo, secondo recenti pronunce della Cassazione¹⁰⁵, lo sciopero delle mansioni). Ciò non è altrettanto vero per l'astensione dalle prestazioni da parte di autonomi e affini; quest'ultima, anche se esercitata legittimamente perché nel rispetto delle regole che determinano il contemperamento nei confronti dei diritti dei terzi, espone i protagonisti alle responsabilità derivanti dal fascio di obbligazioni civili rimaste inadempite.

Il rispetto dei vincoli di esercizio (preavviso, durata massima, prestazioni indispensabili ecc.) rende, infatti, compatibile l'astensione con gli interessi pubblici generali tutelati dalla legge, ma non estende oltre l'ombrello dell'immunità civile: se, infatti, l'osservanza dei vincoli di esercizio è necessaria per evitare l'imputazione di responsabilità e l'irrogazione delle specifiche sanzioni ex art. 4 comma 4 della legge, il comportamento lecito, a norma della l. 83/2000, non pone l'astensione al riparo dalle conseguenze civili che ineriscono all'esercizio di una mera libertà.

Anche in ipotesi di astensione legittima le conseguenze si riverberano su altri rapporti contrattuali

¹⁰³ Su questi temi cfr. VOZA 2004.

¹⁰⁴ Sempre utile la rilettura di GIUGNI 1992, p. 3, e dei classici della tradizione.

¹⁰⁵ Cass. 6 .10. 1999, n. 11147, GI, 2000, I, 1825 con nota contraria di PISANI.

(d'opera o d'opera intellettuale), con tutti gli effetti civilmente rilevanti per l'eventuale inadempimento: si pensi, per esempio, al caso della perdita di *chance* di un dirigente pubblico, imputato per un reato connesso alla sua funzione, il cui slittamento del processo dovuto alla partecipazione alla astensione del proprio difensore, ne determini la perdita di un incarico e della remunerazione consequenziale, proprio in ragione del ritardo della sentenza di assoluzione ragionevolmente attesa. Allo stesso modo, nel caso in cui l'astensione dalla prestazione incida su un contratto di lavoro subordinato (per esempio nel caso di astensione dalle prestazioni di piccoli imprenditori stante il concetto di "prevalenza", e non di esclusività del lavoro proprio e dei componenti della famiglia che si trae dall'art. 2083 c.c.) il datore di lavoro è obbligato a corrispondere la retribuzione a titolo di *mora credendi*, oltre eventuali danni ulteriori se provati.

b) L'esercizio della libertà di coalizione non opera neppure come scriminante dell'esercizio del diritto per eventuali fattispecie penali, residualmente rilevanti. Sotto questo profilo l'esercizio della astensione dalle prestazioni dei lavoratori autonomi, liberi professionisti e dei piccoli imprenditori si svolge in un'area di immunità penale rigorosamente e positivamente delimitata dalla "golden formula" che funge da ombrello protettivo: "astensione collettiva delle prestazioni a fini di protesta o di rivendicazione di categoria", legittimamente esercitata. Tale forma di conflitto, per godere dell'immunità, deve svolgersi entro il perimetro fissato dalle concrete regole inserite nei codici unilaterali approvati dalla Commissione o nella sua regolamentazione provvisoria. In tale circostanza, a rigore, il comportamento neppure in astratto potrebbe configurare un'ipotesi di reato (per es. l'art. 340 c.p.) non punibile in concreto in quanto posto in essere nell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.): in detta evenienza non si pone proprio il problema della scriminante, venendo a mancare, l'elemento oggettivo costitutivo del reato, ovverosia l'interruzione del servizio¹⁰⁶. La non equiparazione delle astensioni all'esercizio di un diritto costituzionalmente rilevante come lo sciopero produce, dunque, come conseguenza che soltanto i comportamenti omissivi legittimi, perché in ossequio della legge e dei codici, godono di immunità che può considerarsi relativa e non assoluta come per lo sciopero (il cui esercizio, in violazione delle regole, può comportare le sanzioni disciplinari previste dalla legge, ma giammai l'integrazione di fattispecie penali ulteriori)¹⁰⁷.

L'astensione dalle prestazioni dei lavoratori non subordinati posta in essere in lesione dei diritti

¹⁰⁶ Nell'ipotesi di astensione degli avvocati, in tal senso DI NICOLA GUZZETTA 1998, Per la non applicabilità del reato previsto dall'art. 340 c.p. in generale allo sciopero si rinvia a PULITANÒ 1991, p. 182 ss. ed ivi le esaustive argomentazioni.

¹⁰⁷ Salvo che si tratti di fatti commissivi che vanno oltre la mera astensione dal lavoro che integra la fattispecie sciopero: per es. la violenza privata (art. 610 c.p.) o il blocco stradale a norma dell'art. 1 comma 1 d.lgs. n.66/48 oggi peraltro parzialmente depenalizzato con riguardo al blocco delle strade ordinarie, ma non ferrate o portuali e fluviali commesso mediante abbandono di congegni o altri oggetti, e non quindi con l'invasione ad opera di manifestanti in sciopero ed in corteo (art. 17 d.lgs. n. 507/1999): si rinvia a DE GIOIA 2000, p. 328; pure GIOVAGNOLI 2001, p. 1171, ed ivi il commento alla sentenza della Corte di Cass. 24 maggio 2001, n. 21228, che ritiene la depenalizzazione riferita solo alla fattispecie del blocco stradale, ma non al reato meno grave di violenza privata, fatta salva la teoria delle "condotte sussidiarie impeditive" coperte dalla scriminante del diritto di sciopero accolta dalla giurisprudenza di merito; su tale questione si rinvia a GALLO 1981, p. 302; NEPPI MODONA, 1982, p. 67. È bene ricordare che per altre fattispecie per es., l'art. 508 c.p. (Arbitraria invasione e occupazione di aziende agricole o industriali, sabotaggio) la Corte costituzionale, con sentenza interpretativa di rigetto ha precisato che «si è fuori dalle previsioni dell'art. 508 c.p. se al momento dell'occupazione, lo svolgimento del lavoro sia già sospeso per effetto di una causa antecedente e indipendente rispetto all'occupazione stessa: si rinvia a RUGA RIVA 2000b, p. 740.

degli utenti espone gli autori, oltre alle sanzioni di cui all'art. 4 comma 4 della legge, alla applicabilità delle sanzioni penali per i reati non espressamente abrogati, nell'ipotesi in cui essa integri tali fattispecie delittuose. Soltanto nei limiti delle regole predisposte o certificate dall'autorità garante, l'astensione della prestazione può considerarsi penalmente lecita in quanto esercizio legittimo della libertà di associazione.

Per esemplificare: in caso di violazione di tali limiti sovengono le sanzioni amministrative e disciplinari previste dalla legge (art. 4 comma 4), sostitutive delle fattispecie penali esplicitamente abrogate (art. 330-333); ma la violazione delle regole, infrangendo l'ombrello dell'immunità apprestata dal legislatore potrebbe comportare, se ne ricorressero i presupposti di fatto, l'azione penale per violazione di norme quali l'art. 331 c.p. che prevede la punibilità dell'interruzione d'un pubblico servizio, l'art. 340 che prevede la punibilità per l'interruzione di un ufficio o servizio pubblico o servizio di pubblica necessità da parte di "esterni"¹⁰⁸, oppure la sanzione amministrativa in caso di blocco stradale o la sanzione penale in caso di blocco ferroviario attuato, per esempio, con il mezzo dell'autotrasporto, ma pure l'art. 380 c.p. patrocinio o consulenza infedele richiamata per i comportamenti degli avvocati¹⁰⁹; e così via.

Da quanto sinora detto, emerge l'intreccio virtuoso che caratterizza, il percorso regolativo dello sciopero nei s.p.e. nell'ultimo decennio, tra l'analisi e l'opera interpretativa della giurisprudenza e la succedanea azione normativa; sembra opportuno, perciò, analizzare la vasta e oscillante giurisprudenza, cui in qualche passaggio si è già fatto cenno, formatasi prima della novella del 2000, in modo da far luce su alcuni passaggi cruciali della l. 146/1990 che hanno dato la stura alle più rilevanti innovazioni introdotte con la l. 83/2000.

6. Il background giurisprudenziale e il ruolo del giudice.

La giurisprudenza ha avuto un ruolo determinante nel disegnare le coordinate della regolamentazione del conflitto dei lavoratori non legati da un rapporto di lavoro subordinato. Essa, nel tempo, ha surrogato l'opera del legislatore, intervenendo con efficaci *guidelines* laddove la lettera della norma non si prestava ad offrire adeguata tutela. Ciò è tanto vero che i principali contenuti innovativi della riforma del 2000 costituiscono "la trasposizione in legge di principi e decisioni

¹⁰⁸ In tal senso Pret. Monza 15. 5.1993, Foro it., II, 186; in dottrina DI NICOLA, GUZZETTA 1998, p. 475; *contra* l'applicabilità dell'art. 340 agli avvocati sul presupposto che l'astensione costituisca esercizio del diritto di sciopero RUGA RIVA 2000b, p. 748; conf. ROMANO 1999.

¹⁰⁹ Diversa la questione del rapporto tra azioni conflittuali e reati di danno o di pericolo nei confronti dei beni individuali elementari di primario rilievo costituzionale della vita, dell'integrità fisica e della salute dei cittadini (diversi dai beni giuridici metaindividuali dell'economia pubblica, dell'ordine del lavoro e del regolare funzionamento della p.a.). In tal caso ciò che vale per lo sciopero non può che valere *a fortiori* per le astensioni delle prestazioni: tali conflitti, ancorché svolti nel rispetto dei limiti legali di esercizio, non esimono i protagonisti dall'obbligo di approntare tutte le cautele e le misure di protezione già sorte in capo al garante a prescindere da eventuali astensioni dal lavoro o dalle prestazioni. Esse si configurano come limiti esterni al diritto di sciopero che trovano spiegazione nel giudizio di comparazione tra beni di rango costituzionale che vede prevalere i beni della vita, dell'integrità fisica e le loro proiezioni collettive (incolumità e salute pubblica) già sul diritto di sciopero e a maggior ragione sull'astensione dalle prestazioni. Non appare condivisibile, dunque, il ragionamento di CARINCI M. T. 2001b, condotto invero lungo il pericoloso sentiero dell'argomento per paradossi, di considerare scriminabili fattispecie come l'omissione di soccorso o l'omicidio colposo in caso di astensione dalle prestazioni legittima perché in osservanza dei codici. L'esercizio del diritto di sciopero (che è cosa già bene diversa dalla libertà di astensione dalle prestazioni) è questione concettualmente indipendente dalla punibilità di condotte omissive o commissive direttamente pericolose o lesive in rapporto a determinati beni protetti da norme di diritto penale comune.

giurisprudenziali, nati e collaudati nella realtà dei rapporti sociali”¹¹⁰.

Il percorso della giurisprudenza si snoda lungo un cammino tortuoso, caratterizzato dall’incapacità di assumere una chiara e univoca posizione sulla questione dello “sciopero” dei lavoratori non subordinati. Al di là della diversità dei soggetti coinvolti (marittimi, esercenti di piccole industrie e commerci, farmacisti, avvocati) merita attenzione il minimo comune denominatore sotteso alle soluzioni giurisprudenziali succedutesi costituito da un lato dalla difficoltà nel considerare espressione del diritto di sciopero l’astensione dei lavoratori non subordinati e, dall’altro, dalla consapevolezza dei giudici di non potersi sostituire al legislatore¹¹¹ (sebbene la tentazione in tal senso traspaia con evidenza dai pesanti *obiter dicta* delle diverse pronunce).

Tuttavia, la giurisprudenza della Consulta, in particolare quella degli anni 90, con maggiore lucidità rispetto a quella di merito, traccia un percorso lungo il quale il legislatore del 2000 ha potuto muoversi più agilmente.

È possibile dividere l’ampia giurisprudenza in materia, precedente la novella del 2000, in tre filoni ideali, che si indicheranno come: *a) giurisprudenza esclusionista, b) possibilista e c) garantista.*

Sub a) si possono considerare le pronunce che escludono la configurabilità dell’esercizio del diritto di sciopero in capo ai lavoratori sopra menzionati¹¹². *Sub b)* è possibile includere tutte quelle pronunce che, pur non spingendosi sino alla configurabilità del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*, si esprimono, tuttavia, a favore della estensione delle regole dettate dal legislatore per i lavoratori subordinati ai lavoratori non subordinati¹¹³. Nel filone *sub c)* si possono infine annoverare le soluzioni che promuovono la sostanziale omologazione tra lavoratori subordinati e non, sia ai fini del riconoscimento del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*, sia – a fronte di fattispecie successive al 1990 - dell’applicazione delle regole contenute nella l. 146/1990¹¹⁴.

¹¹⁰ RUSCIANO 2001; nello stesso senso cfr. ancora CARUSO 2002; TREU, 2000b, p. 285, GHEZZI 1999, SANTONI 2000.

¹¹¹ Cfr. ad esempio Corte. cost. n. 114/1994, cit., che a fronte del bisogno manifestato di introdurre la regola dell’interruzione della prescrizione del reato preferisce una posizione “attendista” (l’espressione è di CARINCI M. T. 2001b): pronunciare una sentenza additiva *in malam partem* avrebbe infatti comportato la violazione del principio di legalità.

¹¹² Cfr. Corte. cost. 24 marzo 1986, n. 53, cit., che parla di autotutela ed evita di qualificare come sciopero l’azione dei piccoli imprenditori.

¹¹³ Cfr. TAR Lazio 17 aprile 1992, n. 545, *Foro it.*, 1993, III, 135; TAR Lazio 1 marzo 1994, n. 297, *Foro it.*, 1994, III, 407, che considerano l’astensione dei farmacisti una sorta di sciopero, ma ai soli fini dell’estensione della disciplina contenuta nella l. 146/1990; Corte. cost. 31 marzo 1994, n. 114, cit., che pur non considerando uno sciopero l’astensione degli avvocati ritiene possibile che il legislatore estenda le norme previste per i s.p.e. anche a queste aree di conflitto; Corte. cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit., che pur escludendo categoricamente che si configuri uno sciopero e, pertanto, possa applicarsi la l. 146/1990 alle astensioni degli avvocati, invita egualmente il legislatore a procedere all’estensione delle regole previste per gli scioperi nei s.p.e. a questa fattispecie; Cass. pen. n. 1895 del 1997, cit., che aggancia l’astensione del singolo avvocato all’esercizio della libertà di associazione e quindi esclude l’esercizio del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*; Cass. pen. 20 gennaio 1998, n. 3138, *Cass. Pen.*, 1999, 2232, che si adegua all’orientamento dominante di configurare l’astensione come esercizio della libertà *ex art. 18 Cost.*

¹¹⁴ Cfr. C. cost. 225 del 1975, cit., che riqualifica come sciopero la serrata di protesta degli esercenti di piccole industrie e commerci privi di lavoratori alle proprie dipendenze; Cass. 29 giugno 1978, n. 3278, *Fl*, 1978, I, 1630, che adotta un’interpretazione estensiva dell’esercizio del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.* ritenendone la configurabilità anche in capo alle categorie dei lavoratori autonomi e parasubordinati; Cass. 16 maggio 1986, mass., che si esprime nel senso che l’astensione degli avvocati è esercizio di un diritto garantito; P. Monza 15 maggio 1993, *Foro it.*, 1994, II, 186, che considera “protesta” assimilabile allo sciopero quella degli avvocati e in quanto tale ritiene applicabile la l. 146/1990; App. Napoli 22 agosto 1995, cit. che ritiene configurabile il diritto di scioperare in capo agli avvocati; App. Napoli 15 giugno 1995, *Arch. Civ.*, 1995, 1415; P. Ivrea 26 marzo 1996, *Rass. For.*, 1997, 256, P. Genova 15 giugno 1994, *Foro it.*, 1994, I, 2267, che in verità usa un’espressione sibillina laddove si esprime nel senso dell’illegittimità dell’astensione

In tale contesto interpretativo, la novella della l. 146/1990 sembra far tesoro degli *input* provenienti dalla giurisprudenza *esclusionista* ed in qualche modo possibilista, nella misura in cui non si spinge sino a riconoscere la completa equivalenza tra l'azione conflittuale dei lavoratori subordinati e quella dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori. Si vedranno le conseguenze di questa mezza equiparazione soprattutto per quanto concerne le procedure sanzionatorie.

7. L'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 2 bis.

La l. 146/1990, nuovo testo, è chiara nel definire lo spazio di applicazione oggettivo dell'art. 2 bis: esso trova attuazione ogni qual volta ci si è dinanzi a una "astensione collettiva dalle prestazioni a fini di protesta o di rivendicazione di categoria", "che incida sulla funzionalità dei servizi pubblici di cui all'art. 1".

La lettera della norma solleva almeno due questioni interpretative: a) la prima è correlata al nesso eziologico – introdotto dal primo comma, primo periodo, dell'art. 2 bis - tra astensione collettiva dalle prestazioni e finalità della protesta; b) la seconda riguarda i tipi di azione che integrano la fattispecie "astensione collettiva".

a) Quanto al primo aspetto, come già osservato dai primi commentatori¹¹⁵, il legislatore ha aperto il varco per la sindacabilità¹¹⁶ dei profili teleologici di quel che impropriamente la dottrina definisce "sciopero" dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori. È necessaria, pertanto, la sussistenza di tale finalità perché l'astensione dal lavoro di questi soggetti rientri nel novero delle azioni riconducibili alla disciplina regolatrice del c.d. "sciopero" nei s.p.e. e quindi delle azioni *protette* in quanto regolate. Rispetto a tale affermazione, ci si può domandare se, a fronte dell'astensione dei soggetti in questione, non connotata da dette finalità, sia possibile configurare un'azione meritevole di tutela e contestualmente di regolazione; se sia possibile cioè che, rispetto all'assenza di una tale relazione causal-finalistica, possa escludersi l'esercizio di una libertà. Se così fosse, si avrebbe la riemersione dell'addebito penale, accanto a quello civilistica, relativo all'inadempimento.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui gli avvocati decidano di "scioperare" non per esigenze rivendicative della categoria, né per protesta, ma per pura strategia di difesa processuale, magari perché confidano nel decorso del termine per la prescrizione del reato contestato al proprio cliente¹¹⁷; in tale situazione, dal momento che gli autori della protesta non si muovono nell'area protetta

degli avvocati per le modalità della sua esecuzione "anche a voler ritenere che la l. 146/1990 comprenda, fra i lavoratori autonomi cui allude, gli avvocati e procuratori, estendendo così ad essi la titolarità del diritto di sciopero".

¹¹⁵ VALLEBONA, 2000b, p. 14.

¹¹⁶ Sul punto NOGLER 2001, spec. 99.

¹¹⁷ In giurisprudenza merita di essere segnalata, in argomento, la pronuncia della Cassazione pen., S.U. 11 gennaio 2002, n. 1201 che ha stabilito il seguente principio di diritto: "L'articolo 159 comma 1 c.p. deve essere interpretato nel senso che la sospensione o il rinvio del procedimento o del dibattimento hanno effetti sospensivi della prescrizione, anche se l'imputato non è detenuto, in ogni caso in cui siano disposti per impedimento dell'imputato o del suo difensore ovvero su loro richiesta, salvo quando siano disposti per esigenze di acquisizione della prova o in seguito al riconoscimento di un termine a difesa".

configurata dall'art. 18¹¹⁸, gli stessi sono passibili di addebito penale. Né tale soluzione interpretativa può scandalizzare, visto che anche il lavoro subordinato si confronta con limiti del medesimo tenore. A fronte di fattispecie, nell'area del lavoro subordinato, difficilmente configurabili come sciopero in senso tecnico, la giurisprudenza della Suprema Corte ha valorizzato "l'interesse professionale collettivo"¹¹⁹ quale elemento imprescindibile per la configurazione di uno sciopero; esso costituisce in buona sostanza la soglia oltre la quale si verifica l'inadempimento. È stato condivisibilmente osservato¹²⁰ che tra le finalità "di protesta o di rivendicazione di categoria" e detto "interesse collettivo" non corre molta differenza. Il problema si risolve, allora, al pari di quanto accade per il lavoro subordinato, nell'individuare i fini che rendono legittima, *rectius* che riconducono l'astensione tra le azioni contemplate dall'art. 2 *bis*. Anche sotto questo aspetto, la sottile linea di confine che separa lo sciopero dalle "astensioni collettive" dei soggetti di cui all'art. 2 *bis*, pur impercettibile come filigrana, emerge nella sua straordinaria consistenza e mette in rilievo la differenza che separa le due forme di protesta.

In effetti, per individuare le finalità che rendono legittima l'astensione dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, è inopportuno indagare sul piano *stricto sensu* del rapporto professionale, quello che, nel settore del lavoro subordinato, corrisponde al piano "contrattuale"; ciò perché i fini di natura contrattuale, come osservato da qualche autore¹²¹, "non sono implicati dalla sua stessa struttura". Il terreno da setacciare è, piuttosto, quello della distinzione elaborata dalla dottrina, rispetto allo sciopero tradizionale, tra finalità politiche¹²² *tout court* e finalità economico/politiche. Sembra opportuno domandarsi se sia possibile, cioè, che l'astensione dal lavoro dei soggetti previsti nell'art. 2 *bis* sia funzionale al raggiungimento di fini meramente politici oppure se sia necessario, contestualmente, che la stessa sia diretta "ad ottenere dalla pubblica autorità interventi, o a resistere ad interventi che riguardino le condizioni socio-economiche dei lavoratori"¹²³.

L'espressione usata dal legislatore non richiede letture eccessivamente restrittive: l'uso della disgiuntiva "o" lascerebbe, infatti, aperta la possibilità di perseguire tanto finalità ampie come quelle di protesta, in grado di coinvolgere meri scopi di pressione politica, quanto quelle politico/economiche evocate dalla "rivendicazione di categoria".

Quanto all'incidenza sulla "funzionalità dei pubblici servizi", quale secondo fattore teleologico, non rilevano particolari problemi interpretativi. La terminologia cui ricorre il legislatore è lo spec-

¹¹⁸ In questo senso cfr. PILATI 2000, p. 78-79.

¹¹⁹ Cfr. Cass. 23 luglio 1991, n. 8234, *MGL*, 1991, 500, che si è espressa nel senso che "lo sciopero dei lavoratori è legittimo se realizza un'astensione dal lavoro intesa a tutelare un interesse professionale collettivo dei lavoratori e non se persegue finalità pretestuose e il soddisfacimento di contingenti esigenze di singoli dipendenti".

¹²⁰ NOGLER, 2001, p. 99; nel senso, invece, che la terminologia del legislatore è talmente ampia da rendere praticamente "inutile" il limite teleologico, "perché tutto può essere 'di protesta' rispetto a qualunque fine, anche politico in senso stretto o in senso ampio", v. MISCIONE, 2001.

¹²¹ CARINCI, 2001b.

¹²² Nel senso che gli scioperi degli avvocati sono in buona sostanza scioperi che perseguono obiettivi di politica del diritto cfr. PULITANO 1999.

¹²³ La definizione è di GIUGNI 1992, p. 7, col. 2.2.3., cui si rinvia per la ricostruzione della problematica relativa alla legittimità nel nostro ordinamento dello sciopero politico.

chio della necessità - via via maturatasi - di regolare le astensioni dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, in grado di compromettere il buon funzionamento di servizi essenziali per la collettività. Pure relativamente a tali soggetti è necessario, pertanto, a fini regolativi, verificare l'interferenza dell'astensione dalle prestazioni con il godimento di tutti i servizi tutelati dalla l. 146/1990, nuovo testo; su suggerimento dello stesso legislatore, ciò deve avvenire attraverso il contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati, di cui all'art. 1 della legge menzionata.

b) riguardo al secondo profilo problematico sopra prospettato- quello relativo alle azioni che integrano gli estremi della fattispecie "astensione collettiva" – è, allo stesso modo, opportuno un adattamento della definizione normativa alle specificità del tipo di protesta di cui all'art. 2 bis. È evidentemente necessario ricorrere a un'interpretazione estensiva della norma, visto che assai spesso le manifestazioni conflittuali dei lavoratori autonomi consistono in *fattispecie commissive* piuttosto che *omissive*¹²⁴.

Sarebbe opportuno, pertanto, elaborare un concetto unitario, ma omnicomprensivo di astensione collettiva, al pari di quanto è avvenuto per lo sciopero tradizionalmente inteso, in modo da coinvolgere tutte le possibili situazioni concrete in grado di integrare gli estremi dell'art. 2 bis¹²⁵. Ad esempio, si potrebbe pensare di rinominare la fattispecie "astensione collettiva dalle prestazioni, a fini di protesta o di rivendicazione di categoria", definendola come "azioni collettive a fini di protesta o di rivendicazione di categoria"; in questo modo anche le fattispecie commissive potrebbero più agevolmente essere ricondotte nell'alveo del dettato normativo in questione.

Riguardo infine alla problematica, del tutto residuale, della valenza "collettiva" dell'azione dei soggetti di cui all'art. 2 bis, è lo stesso legislatore che taglia in radice i dubbi sul punto, qualificando l'astensione in questi termini¹²⁶: così, il singolo che decida di astenersi dalle proprie prestazioni non sarà *coperto* dalla fattispecie regolata, quindi protetta, dall'articolo *de quo*¹²⁷.

8. L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 2 bis.

L'affermarsi delle nuove dinamiche conflittuali, cui sopra si accennava, ha avuto come principale conseguenza l'allargamento dell'ambito soggettivo di applicazione della l. 146/1990 allo scopo di coinvolgere le nuove espressioni del conflitto che prescindono dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. In effetti, i nuovi attori del conflitto non sono più riconducibili allo "schema

¹²⁴ Si pensi al caso dei medici convenzionati con il Servizio sanitario nazionale che si facevano pagare le visite da parte dei loro assistiti, ma anche dei medici pediatri convenzionati con l'INAM che avevano preteso il pagamento delle visite da parte dei loro mutuati, ma anche dei farmacisti che richiedevano il prezzo pieno dei farmaci; in dottrina sul punto v. PASCUCCI 2001, p. 6-9; per la breve ricostruzione dei vari tipi di azioni rivendicative cfr., fra gli altri, MENGHINI, 2000, che sostiene, a questo proposito, come il legislatore *minus dixit quam voluit* visto che tali fattispecie a pieno titolo possono rientrare nella definizione troppo restrittiva usata dal legislatore.

¹²⁵ Si interroga sul punto pure CARINCI M. T. 2001c, spec. 611-612, che nel rilevare il *background* dei tipi di azioni rivendicative poste in essere dai lavoratori autonomi, si chiede se la l. 146/1990 disciplini solo una delle manifestazioni dell'astensione dei soggetti ex art. 2 bis lasciandone impregiudicate altre che potranno svolgersi al di fuori delle sue regole, oppure ne esaurisca ogni possibile contenuto.

¹²⁶ Sul punto MISCIONE 2001.

¹²⁷ Si avrà modo di chiarire *infra* la delicata questione delle conseguenze che derivano dal porre in essere astensioni collettive non in linea con le disposizioni della l. 146/1990, testo novellato.

duale capitale e lavoro”¹²⁸, ma rispondono a nuove logiche.

La l. 83/2000 e il suo intervento novellatore, come osservato da tutti i primi commentatori¹²⁹, trova uno dei suoi punti di forza proprio nell'applicabilità dei principi contenuti nella l. 146/1990 alle astensioni collettive dalle prestazioni dei “lavoratori autonomi, professionisti, o piccoli imprenditori”, (art. 2 *bis* l. 146/1990, aggiunto dall'art. 2 della l. 83/2000). Più si riesce ad operare un'interpretazione espansiva dei confini applicativi tracciati dal legislatore, più efficace sarà la tutela assicurata all'utenza nel pieno rispetto dei principi ispiratori della novella del 2000 e degli auspici dalla stessa Commissione di garanzia¹³⁰.

Sembra pertanto opportuno specificare brevemente quali soggetti rientrino nell'ambito soggettivo descritto dalla norma sopra citata.

Il dubbio esegetico avanzato dai primi commentatori¹³¹ concerne, infatti, la possibilità, o meno, di considerare centrale nell'economia dell'art. 2 *bis* l'espressione “lavoratori autonomi”, alla quale accede, ma solo a titolo esemplificativo, l'ulteriore specificazione “professionisti o piccoli imprenditori”. È evidente che la lettura interpretativa che conferisce centralità al *genus* lavoro autonomo, se da un lato consente di valorizzare la potenzialità di coinvolgimento di un più vasto numero di soggetti, dall'altro deve confrontarsi con il problema, già sollevato da qualcuno¹³², relativo alla difficoltà di ricondurre nell'alveo della norma in questione i “lavoratori autonomi che svolgono prestazioni non intellettuali e che siano al contempo privi di organizzazione”.

Tale lettura, per altro verso, consente di risolvere le incertezze interpretative relative ai lavoratori parasubordinati. Nonostante l'assenza di un'esplicita menzione, essi possono senza dubbio rientrare nella categoria dei lavoratori autonomi prevista e disciplinata dall'art. 2 *bis* e da ogni altra norma indirizzata dal legislatore ai soggetti di cui allo stesso articolo.

Secondo alcuni¹³³, resterebbero, tuttavia, fuori dall'ambito di applicazione della norma in questione gli imprenditori medio-grandi, perché non espressamente citati¹³⁴. Quanto alle ragioni di questa dimenticanza, è difficile e forse inutile, come evidenziato nei precedenti paragrafi, ricercarle sul piano strettamente giuridico; qualcuno ha cercato soluzioni sul piano più propriamente

¹²⁸ MANGHI 2001.

¹²⁹ NOGLER 2001; PILATI 2000; MENGHINI 2000; BIAGI, 2000, p. 10.

¹³⁰ Cfr. relazione 18 luglio 1996, e relazione sull'attività della Commissione 1° maggio 1997 – 30 aprile 1998, in http://www.commissione-garanziasciopero.it/relazioni_camere.htm.

¹³¹ NOGLER, 2001, correttamente si riferisce alle due categorie (professionisti o piccoli imprenditori) quali espressione del più ampio *genus* del lavoro autonomo; GIANFRANCESCO 2000, p. 36-37, individua tre categorie di soggetti, i lavoratori autonomi, i professionisti e i piccoli imprenditori; CARINCI M. T. 2001b, nella stessa direzione interpretativa, trasformando la disgiuntiva “o” del primo periodo comma 1° dell'art. 2 *bis*, in congiunzione “e”, parrebbe individuare tre categorie: lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori, ricongiunte “*in negativo*” dal fatto che tutte e tre individuano soggetti che non lavorano in condizione di subordinazione; nello stesso senso MISCIONE, 2001, 4; in argomento pure BIAGI 2000, p. 13, che parla, però, di due categorie: lavoratori autonomi e professionisti; da ultimo pure VOZA 2004, p. 115.

¹³² NOGLER, 2001, *contra* MISCIONE, 2001, che rilevata l'omnicomprensività della terminologia usata dal legislatore considera un “vecchio dilemma” quello relativo alla possibilità di considerare professionista solo colui che svolge attività intellettuale o anche colui che svolge attività di altro tipo.

¹³³ Cfr. le considerazioni di NOGLER, 2001.

¹³⁴ Ma in senso correttivo della svista normativa cfr. MENGHINI, 2000. Vedi comunque la nota 62.

di politica del diritto, affermando che configurare anche in capo agli imprenditori medio/grandi la libertà di astenersi dalle proprie prestazioni lavorative a norma dell'art. 2 *bis* significherebbe aprire un varco al riconoscimento costituzionale della serrata¹³⁵.

Risulta a questo punto, opportuno, delineare i contorni giuridici delle categorie di soggetti menzionate dal legislatore.

Per "lavoro autonomo" deve intendersi quello disciplinato dal titolo III del codice civile: tale espressione può essere interpretata, come si è detto, nel senso di *genus* entro cui far rifluire le *species* relative tanto alla prestazione dei professionisti (artt. 2222 cod. civ. e ss., spec. art. 2229), quanto al lavoro dei piccoli imprenditori (art. 2083), quanto dei lavoratori parasubordinati (art. 409 comma 3 del c.p.c.; oltre alle tipologie di cui al titolo VII del d.lgs 276/2003, nuovo testo). Questa lettura è confortata per un verso dalla più accreditata dottrina civilistica - che appoggia la tesi di quanti sostengono che il professionista, cioè chi svolge lavoro autonomo, può farlo in forma di impresa, soggiacendo al relativo statuto¹³⁶ - per altro verso, dalla stessa struttura del codice civile, che entro il capitolo dedicato al lavoro autonomo (titolo III "del lavoro autonomo") inserisce pure quello dedicato alle "professioni intellettuali" (artt. 2229 ss.) unitariamente ad una norma di rinvio, l'art. 2238, che consente di applicare il titolo II del codice civile all'esercizio della professione organizzata in forma di impresa. Relativamente alla categoria del piccolo imprenditore, quale soggetto destinatario della disciplina *ex l.* 146/1990, nuovo testo, è lo stesso legislatore del 2000 che nel novellare questa normativa si preoccupa di dettare le coordinate per individuarla e precisa che "ai fini della presente legge si considerano piccoli imprenditori i soggetti indicati all'art. 2083 del codice civile" (art. 20, comma 1-*bis*, l. 146/1990, nuovo testo). Questo rinvio consente di ricondurre nell'alveo della legge "i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia" (ovverosia quei piccoli imprenditori con lavoratori alle proprie dipendenze, purché il lavoro di questi ultimi non infici il carattere di "prevalenza" dell'attività propria e della loro famiglia)¹³⁷.

In questo modo appare risolta l'annosa *querelle* relativa alla configurabilità come serrata dell'azione di quegli imprenditori che abbiano uno o più dipendenti. Ciò perché questi soggetti possono agevolmente rientrare nell'ambito della definizione di cui all'art. 2083 c. c.: questo significa che, a fini regolatori, rileva il fatto che la loro astensione collettiva dal lavoro integra gli estremi della fattispecie di cui all'art. 2 *bis* senza che si renda necessario verificare se si tratti o no di serrata.

Da un diverso angolo prospettico, attribuire al *genus* lavoro autonomo carattere centrale nell'identificazione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 2 *bis* citato, se da un lato risolve problemi in senso espansivo della fattispecie astensione collettiva, poiché rende più ampio il ventaglio delle categorie di soggetti riconducibili nell'alveo dispositivo della norma, consente dall'altro, una considerazione più restrittiva, di quanto si è fatto sinora, della fattispecie sciopero *ex art.*

¹³⁵ Cfr. NOGLER, 2001.

¹³⁶ GALGANO 2000, p. 15.

¹³⁷ Così PILATI 2000, p. 76.

40 Cost.. *Quid iuris*, infatti, per gli esercenti di piccole aziende industriali o commerciali senza dipendenti, rispetto ai quali C. cost. n. 222/1975 si è espressa nel senso della sussistenza degli estremi dell'esercizio del diritto di sciopero¹³⁸?

L'opzione normativa relativa alla definizione di "astensione collettiva", come fattispecie distinta dallo sciopero costituzionalmente inteso, non può che portare l'interprete a considerare risolta la questione nel senso della riqualificazione giuridica¹³⁹, operata *ex lege*, della protesta di tali soggetti nei termini della libertà di astenersi piuttosto che del diritto; ciò con tutte le conseguenze del caso con riguardo alla disciplina e alle sanzioni applicabili¹⁴⁰.

In ogni modo, i problemi esegetici intorno alla norma in esame trovano adeguata soluzione se si accetta l'idea, come sopra argomentato, che non sia più opportuno restare entro l'angusto ambito del dubbio su chi possa astenersi dalle prestazioni, perché normativamente autorizzato, e chi no: al contrario, è opportuno verificare chi debba soggiacere alla regolamentazione a norma della l. 146/1990 nuovo testo.

A fronte dei nuovi tipi e modi conflittuali, ciò condurrebbe a rafforzare la portata precettiva della legge in questione, al fine di imbrigliare nel suo tessuto regolamentare quante più azioni possibili, da qualunque soggetto poste in essere.

9. Le sanzioni e i codici: nuovi strumenti di effettività della tutela.

La sottile linea di confine che separa lo sciopero in senso tecnico dall'astensione collettiva dei soggetti di cui all'art. 2 *bis* si intravede lungo tutto il crinale della tematica delle sanzioni e delle loro fonti.

I primi commentatori della novella del 2000 hanno osservato la sussistenza di un "bilanciamento alla rovescia" degli interessi in gioco: la salvaguardia del "diritto al conflitto" rispetto ai diritti della persona sarebbe provata dall'esclusione delle sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto¹⁴¹. Questa lettura, applicata alla fattispecie *ex art. 2 bis*, conduce a considerazioni ancor più rigorose, poiché per i lavoratori previsti in questa norma la sanzione disciplinare non viene presa in considerazione.

¹³⁸ Secondo la Consulta, la "realtà dimostra che ci si trova pur sempre di fronte ad una categoria di lavoratori, definibili autonomi in quanto svincolati da ogni rapporto di dipendenza, la cui forma di autotutela, strutturata dallo stesso codice sul modello di quella dei lavoratori dipendenti, non può non essere compresa in quel più ampio concetto di sciopero che ha trovato modo di esprimersi nell'attuale mondo del lavoro" (cfr. punto 2 della motivazione in diritto, *GU* n. 195 del 23/07/1975); in argomento in dottrina cfr. l'ampia ricostruzione di NOGLER, 2001.

¹³⁹ Nel senso che anche per una parte dei lavoratori autonomi sia possibile configurare l'esercizio del diritto di sciopero cfr. TOPO, 1997, p. 203, che nel ricostruire le categorie di lavoratori autonomi cui spetterebbe l'esercizio del diritto li ricongiunge tutti nell'ambito della fattispecie lavoro parasubordinato come espressione di una fetta del lavoro autonomo; SANTONI, 2000, spec. 378, che, invece, pur riconoscendo ai lavoratori parasubordinati l'esercizio del diritto *ex art. 40 Cost.*, lo fa in antitesi al lavoro autonomo e dei piccoli imprenditori, "le cui manifestazioni conflittuali, pur se esercitate collettivamente, ricadono sotto la protezione di altre disposizioni costituzionali".

¹⁴⁰ Sul punto cfr. pure VOZA 2004, p. 120.

¹⁴¹ Cfr. PESSI 2001.

Tutto ciò non rende giustizia ai buoni propositi del legislatore del 2000¹⁴². Il riconoscimento normativo delle nuove forme di conflitto, sussumibili tutte sotto la definizione di “astensione collettiva”, non comporta nuovi pericoli per i diritti degli utenti; al contrario, si traduce nell’ingabbiare in un apparato di norme limitative un’azione di protesta che troverebbe in ogni modo concreta attuazione e che, grazie alla regolamentazione *ex lege*, diviene tollerabile per la collettività.

Il fatto che non siano irrogate sanzioni disciplinari ai lavoratori che ricorrono all’astensione collettiva *ex art. 2 bis*, non significa che tali soggetti siano esenti da addebiti e da punizioni gravose al pari di quelle disciplinari o che la loro facoltà di astenersi dal lavoro sia valorizzata a scapito dei diritti della persona costituzionalmente garantiti: l’apparato sanzionatorio previsto per l’astensione collettiva si rivela sufficientemente oneroso da trasformarsi in efficace deterrente contro le eventuali inadempienze del dettato normativo della l. 146/1990, nuovo testo¹⁴³. La struttura di tale apparato si regge su due pilastri: a) la valorizzazione dei codici di autoregolamentazione e b) la previsione di adeguate sanzioni per le inadempienze ritenute rilevanti dal legislatore. Su tutto il sistema opera con funzione propulsiva e verificatrice la Commissione di Garanzia.

a) Riguardo ai codici di autoregolamentazione¹⁴⁴, sembra opportuno mettere in evidenza il ruolo di *fonte*¹⁴⁵ regolativa delle misure dirette a consentire l’erogazione delle prestazioni indispensabili di cui all’art. 1 della l. 146/1990, nuovo testo; essi svolgono, infatti, la parallela funzione assolta per il lavoro subordinato dai contratti collettivi, con la variante che in questo caso manca una controparte specifica con la quale siglare un accordo bilaterale. Il ruolo essenziale assegnato a tali codici spiega il potere sostitutivo, accanto a quello propulsivo¹⁴⁶, conferito alla Commissione di Garanzia, laddove, a fronte dell’inerzia dei soggetti deputati alla loro adozione o della riscontrata inidoneità di detti codici, essa “delibera” una provvisoria regolamentazione nelle forme previste dall’art. 13, primo comma, lett. a), l. 146/1990, nuovo testo¹⁴⁷. Pur non avendo i codici efficacia *erga omnes ex se* (come ha osservato la stessa Corte costituzionale¹⁴⁸), la previsione della delibera di idoneità, coniugata con il riconoscimento in capo alla Commissione di Garanzia - diversamente dal passato - del potere normativo¹⁴⁹ (espresso dalla provvisoria regolamentazione, che surroga

¹⁴² Per un giudizio complessivamente positivo v. PASCUCCI 2000.

¹⁴³ Tuttavia, nella provvisoria regolamentazione dell’astensione degli avvocati, deliberata dalla Commissione e citata *infra* alla nota 128, si legge, all’art. 6 comma 2, che rimane ferma “quanto alle violazioni delle disposizioni concernenti la proclamazione e l’attuazione dell’astensione, oltre a quanto previsto dagli artt. 2 bis e 4, comma 4 della l. 146/1990 così come riformulati dalla l. n. 83/2000, anche l’eventuale valutazione dei Consigli dell’Ordine in sede di esercizio dell’azione disciplinare”.

¹⁴⁴ In dottrina sul punto v. tra gli altri NOGLER, 2001; MISCIONE, 2001; da ultimo pure PINO 2005.

¹⁴⁵ Nel senso che l’art. 2 *bis*, che prevede tali codici, è classificabile come “norma sulla fonte secondaria (la delibera dell’organo di garanzia) di disciplina delle misure dirette a consentire l’erogazione delle prestazioni indispensabili”, v. ancora NOGLER, 2001.

¹⁴⁶ L’art. 2 *bis* dispone, infatti, che la Commissione promuove l’adozione di tali codici da parte delle associazioni o degli organismi di rappresentanza delle categorie interessate.

¹⁴⁷ È il caso della provvisoria regolamentazione in tema di astensione collettiva dall’attività professionale degli avvocati. La tormentata vicenda del codice di autoregolamentazione dello stato di agitazione dell’Avvocatura non accenna, infatti, a concludersi. La provvisoria regolamentazione emanata (delibera n. 02/137) dalla Commissione nella seduta del 4 luglio 2002 può leggersi in www.commissione-garanziasciopero.it; per un commento v. GHEZZI 2003b, p. 113; PINELLI 2002, p. 2, 3; GIANFRANCESCO, 2002b.

¹⁴⁸ Cfr. C. cost. 171/1996, cit., che al punto 3.5 della motivazione afferma, rispetto ai codici, che “tuttavia, non hanno efficacia generale”; in dottrina in senso favorevole all’ammissibilità di un’efficacia generalizzata v. PILATI 2000, 84 - 85, che attraverso un rinvio normativo dell’art. 2 *bis* all’art. 2, comma 3°, che a sua volta richiama l’art. 2, comma 2°, quinto periodo, giunge a sostenere “la vincolatività *ex lege* dei codici di autoregolamentazione”; *contra*, condivisibilmente, NOGLER, 2001.

¹⁴⁹ V. BALLESTRERO 2001, p. 28.

il codice inidoneo o mancante), consente di sostenere che proprio la delibera attribuisca al codice efficacia generalizzata¹⁵⁰.

In effetti, com'è stato rilevato, è possibile riconoscere ai provvedimenti¹⁵¹ della Commissione, a fronte della nuova disciplina, un ruolo di fonte normativa subprimaria, quindi la natura di atti in grado di vincolare tutti coloro che sono soggetti all'ordinamento giuridico statale¹⁵². Rispetto allo sciopero costituzionalmente inteso, appare evidente la differenza sul piano della fonte della regolamentazione del conflitto, nell'un caso su base negoziale, nell'altro su base unilaterale. Tuttavia, il fatto che il codice, così come l'accordo, debba essere comunque consacrato dalla delibera di idoneità, quindi dalla fonte normativa subprimaria, significa che esso acquista la possibilità di irradiare i propri effetti vincolanti nei confronti di tutti i lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, coinvolti dal codice di riferimento.

In entrambe le vicende, quella relativa ai codici e quella relativa agli accordi, si persegue il fine dell'effetto *erga omnes*¹⁵³, ma attraverso due strade diverse, l'atto unilaterale e quello bilaterale, che convergono in un atto di recezione della fonte destinato ad attribuire tale valenza generalizzata. La valorizzazione dei codici collima con il crescente sviluppo, negli attuali ordinamenti, dei fenomeni di complementarità tra le fonti istituzionali in senso proprio, espressione dell'ordinamento "generale", e quelle per così dire "particolari".

La diffusione dell'autoregolamentazione si giustifica per il fatto che quest'ultima nasce dall'esigenza di normazione correlata ad un gruppo omogeneo e ha, quindi, quelle caratteristiche di uniformità che a volte mancano alla legge, "stretta tra l'esigenza di rappresentare l'interesse generale e le pressioni degli interessi particolari"¹⁵⁴. Nel caso dei codici di autoregolamentazione dei soggetti di cui all'art. 2 *bis*, rileva il carattere "cooperativo"¹⁵⁵ del codice rispetto alle previsioni di

¹⁵⁰ Cfr. BALLESTRERO, 2001, p. 28, che mette bene in evidenza il fatto che può considerarsi confermata la tesi, sostenuta già prima della novella del 2000, e per la quale si rinvia a D'ANTONA, in CARUSO e SCIARRA (a cura di), 1991, oggi 2000, spec. p. 261 ss., che riconduce alla valutazione d'idoneità "l'estensione erga omnes delle discipline negoziali valutate idonee"; nello stesso senso GRAGNOLI, in PASCUCCI (a cura di) 2000 cit., p. 48, che attribuisce alla delibera il carattere essenziale di "presupposto dell'efficacia soggettiva generale dei contratti collettivi"; sul punto, in giurisprudenza, è di fondamentale importanza C. cost. 18 ottobre 1996, n. 344, ADL, 1997, 294, e il dibattito dottrinale che ha preso le mosse dai suoi *dicta* (per tutti, v. GRAGNOLI 1997, spec. 152, che già osservava come "la valutazione positiva della Commissione è il presupposto dell'efficacia *erga omnes*"; in argomento pure D'ATENA 1996, p. 3024; nel senso che, invece, dalla valutazione non scaturisce "il sigillo della efficacia generalizzata dell'accordo medesimo"; ROMEI 1999, p. 255).

¹⁵¹ Ivi compresa la delibera di idoneità, che si iscrive in un "disegno generale perseguito dalla riforma del 2000 di operare un rinvio formale ad una nuova fonte normativa (secondaria) in grado in quanto tale «di vincolare tutti coloro che sono soggetti all'ordinamento giuridico» statale" (NOGLER, 2001; cfr. pure PASCUCCI 1999; sul riconoscimento della natura provvedimentale della delibera già prima della novella del 2000 v. BALLESTRERO, in ROMAGNOLI e BALLESTRERO, 1994, spec. 274 ss.

¹⁵² Cfr. BALLESTRERO, 2001, p. 28; NOGLER, 2001; GHEZZI 2001, p. 18, che mette in evidenza il fatto che "la provvisoria regolamentazione, allora, lungi dal presentare un carattere solo strumentale, assume – essa sì – i tratti fondamentali propri del provvedimento amministrativo, primo fra tutti l'imperatività"; in generale, sulla "giustiziabilità" del potere di provvisoria regolamentazione della Commissione cfr. MERUSI 2001.

¹⁵³ Sulla questione dell'efficacia *erga omnes* antecedentemente alla novella del 2000, v. pure PERSIANI 1992, I, spec. 27, già nel senso che "tanto i codici di autoregolamentazione che i contratti collettivi che specificano le modalità di esercizio del diritto di sciopero nei pubblici servizi essenziali, hanno efficacia *erga omnes* [...]. L'autonomia collettiva, infatti, si limita a specificare un precetto già posto dalla legge, su delega di questa"; sensibile al problema pure ROMAGNOLI 1994, p.13 ss.

¹⁵⁴ Così CAFAGGI, 2001, p. 549. Si v. PURE ID. 2004

¹⁵⁵ Per la distinzione tra autoregolamentazione che opera in alternativa alla legge, quindi in funzione di supplenza, e autoregolamentazione "cooperativa", che opera in funzione di precisazione dei contenuti della legge, funzionale solo ad offrire un quadro di principi v. CAFAGGI, 2001, p. 550. Id. 2004, 206 ss. sulle diverse modalità di coinvolgimento dei privati nei processi regolativi.

legge: le disposizioni della novella del 2000 rinviano, infatti, ai codici il compito di disciplinare, nel dettaglio, l'astensione collettiva dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, in maniera conforme alla sua *ratio*.

I codici sono espressamente preposti alla previsione del termine di preavviso, che non può essere inferiore a 10 giorni, e della durata dell'astensione collettiva; essi devono, altresì, assicurare un livello di prestazioni compatibile con la finalità del temperamento dell'esercizio dell'astensione con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati.

Per quanto concerne i contenuti inderogabili dei codici, alcuni problemi emergono dal confronto della disciplina dello sciopero con quella dell'astensione collettiva. Il primo riguarda la possibilità, in assenza di esplicita estensione della relativa disciplina (art. 2, primo comma, terzo periodo), di gravare dell'obbligo di comunicazione della durata e delle motivazioni dell'astensione¹⁵⁶ i soggetti di cui all'art. 2 *bis*: la dottrina propende per la risposta affermativa¹⁵⁷, soprattutto considerando come, altrimenti, "rischierebbe di essere frustrata la stessa funzione della comunicazione preventiva"¹⁵⁸. Quanto, invece, alla questione della sussistenza o meno di "contenuti necessari" dei codici di autoregolamentazione circa le disposizioni dell'art. 2, comma 2 e dell'art. 13, lett. a) della l. 146/1990, nuovo testo (ovverosia quelle norme che per il lavoro subordinato prevedono gli intervalli minimi, l'idoneità delle prestazioni indispensabili, le procedure di raffreddamento e quelle di conciliazione), v'è chi risponde affermativamente¹⁵⁹, chi propone soluzioni intermedie¹⁶⁰, chi si limita ad evidenziarne l'inopportunità sotto il profilo esegetico¹⁶¹.

I sostenitori della soluzione interpretativa "estensiva", facendo perno sulla teoria del "doppio rinvio" - secondo la quale l'art. 2 *bis* rinvia al terzo comma dell'art. 2, che a sua volta rinvia al secondo comma del medesimo articolo - affermano che il disposto del secondo comma dell'art. 2 in questione troverebbe applicazione anche con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 2 *bis*. A questa lettura assimilatrice dello sciopero all'astensione collettiva, spiegata con "l'*habitus* mentale omnicomprensivo"¹⁶² dei giuslavoristi, se ne contrappone un'altra¹⁶³ che rinvia al prudente apprezzamento, caso per caso, dell'organo garante, cioè la Commissione. In effetti, vista l'eterogeneità delle agitazioni collettive che contraddistinguono il settore del lavoro autonomo rispetto a quello del lavoro subordinato, sembra più opportuna un'analisi condotta "settore per settore" della conciliabilità, o no, di tutti i limiti sopra evidenziati col tipo di astensione collettiva di volta in volta considerato.

¹⁵⁶ Sollevano il problema PILATI 2000; MENGHINI, 2000, p. 67 ss., NOGLER, 2001.

¹⁵⁷ Ma già la provvisoria regolamentazione dell'astensione degli avvocati, deliberata dalla Commissione e citata alla nota 129, prevede, agli artt. 1 e 2 comma 2, che venga data "specificata motivazione" dell'astensione medesima e comunicata la relativa durata.

¹⁵⁸ Così NOGLER, 2001, 107, ma in senso positivo pure PILATI 2000, e MENGHINI, 2000, p. 68, che si esprime a favore della comunicazione (della durata e delle motivazioni dell'astensione) anche all'autorità preposta ad emanare l'ordinanza di precettazione, perché essa possa a sua volta comunicarle alla Commissione.

¹⁵⁹ BIAGI 1999, p. 12; VALLEBONA 2000b, p. 15; PILATI 2000, p. 82; MENGHINI 2000 p. 66.

¹⁶⁰ NOGLER, 2001, p. 108-109.

¹⁶¹ Secondo MISCIONE, 2001, 16, "se veramente valesse la teoria del "doppio rinvio", non sarebbero state estese espressamente alcune regole soltanto, ma sarebbe stato fatto un rinvio generale".

¹⁶² Così NOGLER 2001, 109, che spiega la tendenza all'assimilazione con una sorta di riflesso incondizionato dello studioso di diritto del lavoro.

¹⁶³ Condivisibilmente NOGLER 2001.

D'altra parte, è evidente la difficoltà di ipotizzare, "in assenza di parti sindacali contrapposte", le procedure di raffreddamento e conciliazione *de quibus*¹⁶⁴.

Con riferimento al disposto contenuto nell'art. 13 lett. a), cui si è accennato, è necessario evitare, pure in questo caso, facili assimilazioni tra sciopero e astensione collettiva. Pur riconoscendo l'opportunità dell'interpretazione di chi¹⁶⁵ non vuole ingabbiare aprioristicamente il potere valutativo della Commissione con riguardo ai codici, rifiutando l'affermazione di quanti sostengono, ad esempio, che la quota di un terzo del personale è "inapplicabile per definizione"¹⁶⁶, non può essere tuttavia trascurata la diversità che separa lo sciopero in senso tecnico, per il quale tali disposizioni sono state pensate, e l'astensione collettiva alla quale esse vanno, invece, adattate. Sarà opportuna, pertanto, una verifica caso per caso¹⁶⁷.

b) Riguardo al punto b) sopra prospettato, cioè la previsione di adeguate sanzioni per le inadempienze ritenute rilevanti dal legislatore, è possibile osservare quanto segue.

Ai sensi dell'art. 4, comma 4, secondo periodo, l. 146/1990 nuovo testo, la sanzione prevista per i soggetti a norma dell'art. 2 *bis* è di natura "amministrativa pecuniaria" e il suo ammontare varia da 2582.28 euro a 25822.84 euro¹⁶⁸. La responsabilità prevista dal legislatore del 2000 grava solidalmente in capo alle associazioni e organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori e ai singoli lavoratori che, aderendo alla protesta, si siano astenuti dalle prestazioni, in caso di violazione dei codici di autoregolamentazione di cui all'art. 2 *bis*, o della regolamentazione provvisoria della Commissione e in ogni altro caso di violazione dell'art. 2, terzo comma.

Sotto il profilo delle sanzioni, la distinzione tra astensione collettiva e sciopero in senso tecnico si presenta, allora, ancora più evidente. I soggetti menzionati nell'art. 2 *bis* non sono passibili di addebito disciplinare¹⁶⁹ in senso tecnico, poiché non esiste datore di lavoro, ragione per cui gli stessi rispondono solo sul piano "squisitamente pubblicistico"¹⁷⁰.

¹⁶⁴ In questo senso VALLEBONA 2000b, 15, SANTONI 2000, p. 379; NOGLER 2001; in generale, sulle procedure di conciliazione e raffreddamento v., fra gli altri, TOPO 2004; con un approccio all'analisi comparata, v. pure BORDOGNA 2002.

¹⁶⁵ NOGLER 2001, p. 110.

¹⁶⁶ VALLEBONA 2000b, ritiene invece compatibile, pur se difficilmente individuabile, il limite del 50% delle prestazioni.

¹⁶⁷ Anche NOGLER 2001, si esprime a favore di un ampio spazio valutativo della Commissione, anche a norma dell'art. 13, comma 1°, lett. a), che fa riferimento a "eventuali deroghe da parte della Commissione, per i casi particolari". Del resto, la provvisoria regolamentazione nel settore della distribuzione del carburante adottata nella seduta del 14.6.2001, dispone all'art. 8 lett. b che "per la rete della viabilità ordinaria urbana ed extraurbana, dovrà essere mantenuto in servizio un numero di stazioni di rifornimento non inferiore al 50 % degli esercizi aperti nei giorni festivi secondo i turni programmati. L'individuazione di tali stazioni dovrà essere effettuata dal Prefetto per la viabilità urbana e per quella extraurbana"; così pure l'art. 5 della provvisoria regolamentazione del settore farmacie, adottata nella seduta del 17.12.2003, dispone che "le attività di dispensa dei farmaci di cui all'art. 1 saranno garantite con il normale organico delle farmacie".

¹⁶⁸ Di recente, ad esempio, la Commissione ha deliberato la condanna ai sensi dell'art. 4 comma 4, l. 146/1990, testo novellato, al pagamento di una somma di 7746 euro, nei confronti del Presidente dell'assemblea del consiglio dell'Ordine degli avvocati di Nuoro per violazione dell'obbligo di preavviso e di durata massima; violazione ritenuta grave a fronte degli effetti determinati e del mancato riscontro di una precedente delibera della Commissione medesima. Si v. il bollettino ufficiale della Commissione di Garanzia, anno XI, n. 4, luglio agosto 2004, p. 17-18.

¹⁶⁹ Tuttavia, è opportuno osservare che sono previste procedure disciplinari all'interno degli ordini professionali che potrebbero comunque costituire la sede per l'applicazione di tale tipologia di sanzione. (Cfr. il d.p.r. 328/2001 in G.U. n. 190 del 17 agosto 2001).

¹⁷⁰ Così PASCUCCI 2000b, p. 123.

Le disposizioni in tema di regime sanzionatorio inducono alla riflessione circa la sperequazione afflittiva derivante, rispettivamente, dalla disciplina dettata per lo sciopero in senso tecnico e da quella relativa all'astensione collettiva *ex art. 2 bis*: mentre nel primo caso le sanzioni sono prevalentemente di natura disciplinare e, come tali, materialmente sopportabili dai lavoratori subordinati, nel secondo caso ci si potrebbe trovare dinanzi al paradosso per cui, in assenza¹⁷¹ di un'associazione o organismo rappresentativo dei soggetti di cui all'*art. 2 bis*, sia possibile solo l'escusione di questi ultimi¹⁷². Situazione, questa, di evidente iniquità¹⁷³, se si pensa che rispetto al *quantum* previsto dal legislatore non tutti i soggetti di cui all'*art. 2 bis* sono in grado di sostenerne il peso debitorio.

Sarebbe auspicabile pure la previsione in seno ai codici di autoregolamentazione di un diverso riparto del vincolo di solidarietà¹⁷⁴ tra associazioni e organismi in questione, se costituitisi, e lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, che abbiano preso parte alla protesta, al fine di bilanciare il peso della sanzione in maniera proporzionata alle possibilità di tutti i soggetti coinvolti¹⁷⁵.

Si è detto che la fattispecie dell'astensione collettiva, rispetto allo sciopero *ex art. 40 Cost.*, sul piano giuridico è verticalmente meno efficace perché meno tutelata. Questa affermazione può essere verificata sul piano delle risposte sanzionatorie provenienti dall'ordinamento, sia sotto il profilo civile, sia sotto quello penale.

Sotto il primo profilo, pur a fronte di un'astensione legittimamente esercitata, persiste l'addebito di natura civilistica in capo ai soggetti di cui all'*art. 2 bis* per l'inadempimento della prestazione dedotta nel contratto: si pensi al caso dell'astensione degli avvocati e all'eventuale azione di inadempimento, cui può ricorrere il cliente danneggiato dall'esercizio di questa libertà. I problemi più rilevanti sorgono per i tipi di lavoro autonomo che non presuppongono un rapporto preesistente su cui l'astensione produce i propri effetti (si può fare l'esempio del gestore di un distributore di carburante): l'astensione, in tale ipotesi, più che un vero e proprio inadempimento, si configura come una sorta di rifiuto a contrattare, rispetto al quale è dubbio il rimedio giuridico

¹⁷¹ Si ricorda, peraltro, che gli ordini professionali non sono equiparabili ai sindacati; sul punto, per tutti, le ancor valide osservazioni di TOPO 1997, p. 212.

¹⁷² Sul punto cfr. GHEZZI 2003a, p.500 che analizza le delibere della Commissione n. 7/2002 e 113/2002.

¹⁷³ Hanno rilevato l'eccessivo peso della sanzione prevista per i lavoratori *ex art. 2 bis* rispetto a quella prevista per i lavoratori subordinati GHEZZI 1999, p. 690; VALLEBONA 2000b, p. 15; MENGHINI 2000, p. 70, BORGOGELLI 2001, p. 82; in senso conforme PASCUCCI 2000b, p. 124, perplesso circa le ricadute dell'introduzione del vincolo di solidarietà.

¹⁷⁴ Si rammenta che, in mancanza di diversa disposizione, vige il principio della ripartizione dell'obbligazione solidale in parti uguali tra gli obbligati *ex art. 1298 c. c.*; gli obbligati potrebbero anche convenire che l'onere dell'intero pagamento ricada su uno soltanto di essi; la diversità di riparto può, poi, derivare anche da circostanze obiettive preesistenti al negozio che genera l'obbligazione (in dottrina cfr. RUBINO 1961, spec. 221–222). In senso critico rispetto all'applicabilità della disciplina del vincolo solidale di cui agli artt. 1292 e ss. del codice civile v. da ultimo SANTONI 2005, p. 477 ss.

¹⁷⁵ L'auspicio parrebbe ad oggi disatteso. Nell'ambito delle più recenti delibere di provvisoria regolamentazione si guardi, a titolo di esempio, la Deliberazione: 03/169 della Commissione che contiene la Regolamentazione provvisoria delle prestazioni indispensabili ai sensi dell'*art. 2 bis*, l. n. 146/90 come modificata dalla legge n. 83/2000 per la categoria professionale dei farmacisti privati (pos. 8187 e 9573), in www.commissione-garanziasciopero.it, che si limita al mero rinvio all'*art. 4*, comma 4 della stessa legge, senza ulteriori specificazioni. Per non parlare della provvisoria regolamentazione dell'astensione degli avvocati che non si occupa proprio della questione.

eventualmente azionabile¹⁷⁶.

Sul piano penale, invece, occorre verificare se sussistano, o meno, spazi residuali per muovere un addebito in termini penalistici ai lavoratori menzionati nell'art. 2 *bis*, pur a seguito del riconoscimento normativo della loro "astensione collettiva" quale azione di protesta regolabile e per ciò solo legittima.

L'aver escluso che l'astensione degli avvocati configuri un vero e proprio diritto ha come probabile conseguenza l'impossibilità di invocare l'applicabilità dell'art. 51 c.p., vale a dire la scriminante dell'esercizio del diritto¹⁷⁷. Tuttavia, se i soggetti indicati nell'art. 2 *bis* restano entro i confini della legittimità tracciati dalla novella del 2000, cioè nel rispetto delle regole previste nei codici unilaterali o, in via surrogatoria, dalla provvisoria regolamentazione della Commissione di garanzia, la loro azione sfugge egualmente all'addebito penalistico¹⁷⁸. In tal caso mancherebbe, infatti, l'offesa¹⁷⁹ al bene giuridico protetto dalla norma penale di volta in volta considerata. Al contrario, laddove le condotte dei lavoratori indicati nell'art. 2 *bis* fossero poste in essere in dispregio della l. 146/1990, nuovo testo, esse, oltre a determinare l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 4, comma 4, integrerebbero anche gli estremi delle fattispecie di reati non espressamente abrogati¹⁸⁰.

10. La procedimentalizzazione della rilevazione della condotta sanzionabile: il ruolo dell'autorità di regolazione.

La novella della l. 83/2000 ha accentuato le caratteristiche di Authority della Commissione di Garanzia¹⁸¹ e di "centro di gravità"¹⁸² dell'intero sistema di rilevazione delle azioni illegittime, a

¹⁷⁶ Parla di responsabilità precontrattuale MISICIONE 2001, p. 11.

¹⁷⁷ Il principio secondo cui *qui suo iure utitur neminem laedit*, nella prassi è interpretato restrittivamente, di cui sia titolare il cittadino *uti singulus*: cfr. le classiche ricostruzioni di Cass. 25 giugno 1982, mass.; Cass. 27 novembre 1968, in *Giur. Pen.*, 70, II, 188; *contra* la dottrina giuspenalistica che tende, invece, a conferire al concetto la massima estensione possibile (v. MANTOVANI 1992, p. 257; PAGLIARO 1996, p. 433), cosicché si potrebbe abbracciare ogni potere giuridico d'agire, quale che sia la relativa configurazione giuridica o dommatica.

¹⁷⁸ In dottrina è stato osservato che eventuali spazi per un rimprovero penale sussistono per azioni collaterali diverse dalla mera partecipazione all'astensione collettiva, in analogia a quanto accade per i lavoratori subordinati a seguito dell'abrogazione degli artt. 330 e 333 c.p.: v. PILATI 2000, 76; ma v. *supra* la nota 50 e il par. 5.

¹⁷⁹ Per alcuni, in questa circostanza viene a mancare l'elemento oggettivo costitutivo del reato, cosicché non si pone proprio il problema della scriminante (DI NICOLA, GUZZETTA, 1998, p. 477, i quali giungono a ritenere incostituzionale la norma incriminatrice "nella parte in cui qualifica come penalmente illecite le condotte che non possono che essere l'unica modalità di esplicazione del diritto"); CARUSO 2002.

¹⁸⁰ Nel rinviare alle osservazioni contenute nel par. 5, giova qui ripetere che potrebbero, ad esempio, rilevare l'omissione ex art. 328 c.p., ma anche l'interruzione ai sensi ex art. 340 c.p., l'infedele patrocínio (art. 380 c.p.), l'attentato alla sicurezza dei trasporti (art. 432 c.p.), l'abbandono di incapaci (art. 591 c.p.) e così via. in senso positivo rispetto alla possibilità di integrazione del reato di cui all'art. 340 c.p. nel caso di mancato rispetto delle misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili v. NOGLER 2001, p. 119. In giurisprudenza, in senso contrario alla configurabilità del reato di cui all'art. 340 c.p. (interruzione di un ufficio o servizio di pubblica necessità), v. Cass. pen., Sez. VI, 9 gennaio 1997, n. 1895, cit.; in argomento cfr. pure CARINCI M. T., 2001b, p. 961.

¹⁸¹ Così RUSCIANO 2001; per la ricostruzione del ruolo della Commissione di Garanzia v. D'ANTONA, 1991 ora 2000d; D'ATENA, 1999; successivamente alla novella del 2000 v. esaustivamente BALLESTRERO, 2001 e ID, 2004; GHEZZI 2001, p. 1; PINO 2001, p. 159; per alcuni si tratterebbe addirittura di una "magistratura speciale che esercita poteri di imperio" ZANGARI 2000, p. 18; sulla natura giuridica di autorità amministrativa indipendente v. da ultimo e LOFFREDO, 2005, p. 545; per una veduta d'insieme dell'attività della Commissione, con particolare riguardo al periodo precedente la novella del 2000, v. RAFFI 2001; da ultimo sul tema pure PINO 2005. Per spunti sull'opportunità di decentrare le funzioni della Commissione cfr. CARUSO 2004.

¹⁸² L'espressione è di GHEZZI 2001, p. 1.

norma della l. 146/1990, nuovo testo, anche con riguardo all'astensione dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori.

La Commissione ha assunto un ruolo più decisivo non tanto sotto il profilo della discrezionalità nella valutazione degli accordi¹⁸³ (rispetto alla quale sembrerebbe avere perso terreno¹⁸⁴), quanto sotto il profilo delle deliberazioni, che diventano oggi "vincolanti" per espressa previsione di legge¹⁸⁵, del potere di iniziativa e di parere in tema di precettazione e, *last but not least*, sotto il profilo del potere sanzionatorio¹⁸⁶. L'apparato sanzionatorio non è previsto, infatti, nel mero interesse privato della parte datoriale, come nella generalità delle situazioni, ma con una connotazione pubblicistica: poiché la sanzione soddisfa l'interesse pubblico alla tutela dell'utenza, la sua irrogazione è atto dovuto¹⁸⁷, sia che si tratti di sanzione relativa allo sciopero dei lavoratori subordinati¹⁸⁸, sia che riguardi l'astensione dei lavoratori previsti nell'art. 2 *bis*, sia per gli illeciti individuali sia per quelli collettivi.

Al datore di lavoro, nel caso di sanzioni destinate ai lavoratori subordinati, o alla Direzione provinciale del lavoro - sezione Ispettorato del lavoro -, nel caso di sanzioni destinate ai soggetti indicati nell'art. 2 *bis*, è devoluta, infatti, solo l'esecuzione di una sanzione predeterminata nell'*an* e nel *quantum* dalla Commissione; quest'ultima assolve così ad una funzione pubblica strumentale alla realizzazione di un interesse di rango costituzionale¹⁸⁹.

Per comprendere il nuovo ruolo di questa Authority, ma anche per verificare l'efficacia¹⁹⁰ della regolamentazione dell'astensione collettiva di cui all'art. 2 *bis*, è necessario analizzare la sequenza procedimentale che conduce all'emersione della condotta sanzionabile ai sensi della l. 146/1990 nuovo testo.

La Commissione agisce nella veste di autorità sanzionatrice a fronte dell'inosservanza dei codici di autoregolamentazione e in tutti i casi in cui le modalità dell'astensione collettiva dal lavoro dei soggetti *ex art. 2 bis* si presentino oggettivamente in grado di compromettere il godimento dei servizi pubblici tutelati ai sensi della l. 146/1990, nuovo testo. A tale proposito, è opportuno distinguere l'intervento della Commissione a seconda che si ponga attenzione alla fase antecedente e preventiva del conflitto o, piuttosto, a quella in cui l'astensione è stata avviata.

¹⁸³ Sul punto BALLESTRERO 2001, p. 33.

¹⁸⁴ Si pensi alla soglia del 50% delle prestazioni normalmente erogate e alla misura di un terzo del personale normalmente utilizzato per la piena erogazione del servizio nel tempo interessato dallo sciopero, quali criteri quantitativi cui deve uniformarsi la Commissione in sede di provvisoria regolamentazione, *ex art. 13, lett. a)*. Sul punto, in dottrina, v. per tutti BALLESTRERO 2001, p. 33.

¹⁸⁵ È il caso della provvisoria "regolamentazione" nel caso qualora manchino i codici di autodisciplina o questi siano valutati inidonei.

¹⁸⁶ Nel senso che la Commissione è "il motore dell'apparato sanzionatorio" cfr. RUSCIANO, 2001.

¹⁸⁷ Cfr. PERA 2000; in argomento pure BORGOGELLI 2001 p. 49, che rileva il carattere di "doverosità" delle sanzioni nei confronti di tutti i soggetti responsabili.

¹⁸⁸ Il fatto che la Commissione di Garanzia prescriva al datore di lavoro di applicare le sanzioni individuali esclude la discrezionalità di questi, dimostrando che il potere disciplinare in tale fattispecie assolve la funzione pubblica di garantire la realizzazione di un bene costituzionalmente garantito: sul punto PESSI, 2001.

¹⁸⁹ GAROFALO M. G. 1999, II, p. 721, sostiene che la collocazione istituzionale della Commissione "non può che essere giocata con gli strumenti tradizionali di poteri autoritativi tesi a realizzare la supremazia dell'interesse pubblico (quello dell'utenza) sugli interessi privati (quello dei lavoratori e dei loro sindacati all'autotutela, ma anche quello dei datori di lavoro)"; interessi ai quali BORGOGELLI 2001 p. 50 aggiunge "quello dei lavoratori autonomi e dei loro organismi associativi o di rappresentanza".

¹⁹⁰ Sul punto v. le osservazioni di BORGOGELLI 2001, p. 48.

a) Gli interventi a carattere preventivo costituiscono una delle innovazioni più rilevanti della novella del 2000¹⁹¹: pur non comportando esplicitamente l'attribuzione in capo alla Commissione di un ruolo di mediazione del conflitto¹⁹², sono finalizzati a prevenire conseguenze non compatibili con il «necessario contemperamento» tra diritto di sciopero e diritti degli utenti. Essi sono indicati nell'art. 13, lett. c), d), e), f), h). Con riguardo all'astensione collettiva dei soggetti indicati nell'art. 2 bis possono trovare applicazione¹⁹³ solo le lettere: c), con gli opportuni adeguamenti visto che la conciliazione non è istituito applicabile a tali lavoratori per assenza di una controparte datoriale con la quale esperirlo; d) con i medesimi adattamenti; e), e f). La previsione legislativa di questa attività preventiva della Commissione è dotata di un'efficacia correlata alla previsione di una specifica sanzione. Nel caso in cui i lavoratori di cui all'art. 2 bis effettuino l'astensione collettiva nonostante le delibere d'invito di cui alle lett. c), d) ed e) dell'art. 13, primo comma, le sanzioni eventualmente applicabili subiscono un raddoppio nel massimo. Tuttavia, a fronte di un eventuale ricorso, il giudice del lavoro¹⁹⁴, competente ex art. 20 bis in materia di delibere sanzionatorie della Commissione, può operare una riformulazione del *quantum debeat* relativo alla soglia base della sanzione su cui confermare, poi, il raddoppio della medesima. Fra i poteri del giudice del lavoro, espressamente chiamato in causa dal legislatore del 2000 sulla materia delle sanzioni, è, infatti, possibile annoverare anche quello di ridefinire l'ammontare della sanzione amministrativo-pecuniaria, laddove questa operazione sia necessaria.

Tra le fasi di intervento precedenti il conflitto si colloca pure l'ordinanza di precettazione, che deve essere adottata non meno di 48 ore prima dell'astensione collettiva: la novella del 2000 ha definitivamente chiarito che il potere di precettazione¹⁹⁵ coinvolge tanto lo sciopero quanto le astensioni collettive dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori (art. 8, l. 146/1990, nuovo testo)¹⁹⁶.

Anche sotto questo profilo si percepisce la *ratio* sottesa a tutta la novella: tenere separate le due fattispecie, il diritto di sciopero da un lato, la libertà di astenersi dal lavoro dall'altro, disgiunte nell'art. 8 dalla lettera "o".

¹⁹¹ In argomento v. per tutti BALLESTRERO 2001, p. 37; per la ricostruzione dell'uso dei poteri in questione, subito dopo la novella del 2000, si rinvia a PINTO 2003.

¹⁹² Nel senso che è possibile configurare in capo alla Commissione di Garanzia un potere di mediazione cfr. TREU, 2000b, p. 316, e ID., 2001, p. 256, ove si evidenzia l'esigenza di potenziare organismi pubblici di mediazione adeguatamente attrezzati e distribuiti sul territorio, ai fini della prevenzione del conflitto (si possono individuare anche soggetti diversi dalla Commissione di Garanzia). Sul punto v. pure la p.d.l. di modifica della novella del 2000 (avanzata dallo stesso On. TREU: vedila in ID 2001, p. 393 ss.) che all'art. 4 prevede l'introduzione di una lettera o) all'art. 13 della l. 146/1990, ove sarebbe previsto che la Commissione svolga "le funzioni di conciliazione, mediazione e arbitrato ai sensi dell'art. 2, 2° comma". Sui possibili spazi lasciati dal legislatore del 2000 per la configurazione di un potere di mediazione in capo alla Commissione, v. da ultimo GALANTINO 2002, p. 47.

¹⁹³ Per l'applicabilità delle lettere c), d), ed e) anche ai lavoratori ex art. 2 bis, cfr. MENGhini 2000, p. 69, che promuove un'estensione "elastica di tutto ciò che è compatibile con i caratteri delle azioni in questione".

¹⁹⁴ Critica sul punto GALANTINO 2000, p. 15; in argomento v. pure PASCUCCI 2000b, p. 124. In giurisprudenza, sull'uso del potere sanzionatorio da parte del giudice ordinario, anche se con riguardo ai lavoratori subordinati, v. Trib. Roma 21. 11 2002, in Riv. Giur.lav., 2003, II, p. 406, con nota di ALLAMPRESE.

¹⁹⁵ Sul tema v. *ex alii*, RICCI M. 2003, spec. p. 16 ss. ed in generale i contributi contenuti in D'ONGHIA E RICCI 2003.

¹⁹⁶ Del resto, la stessa giurisprudenza aveva ritenuto ammissibile la precettazione nei confronti dei farmacisti già nel 1992. Si veda, per l'appunto Tar Lazio, sez. I, 17.04.1992, n. 545, Foro it., 1993, III, 135.

b) Successivamente all'attuazione dell'astensione collettiva, la Commissione ha ampi poteri di intervento, relativi alla valutazione dei comportamenti dei soggetti ex art. 2 *bis* e all'eventuale sanzione da comminare¹⁹⁷.

La norma di riferimento relativa alla procedura, oggi rigidamente regolata, è quella prevista dall'art. 4, comma 4^{quater}, della legge citata. Il procedimento prende le mosse da un atto notificato alle parti interessate, a partire dal quale iniziano a decorrere 60 giorni, comprensivi dei 30 giorni¹⁹⁸ entro i quali le parti possono inviare proprie osservazioni e chiedere di essere sentite; è solo al termine di tale procedimento che la Commissione delibera la valutazione del comportamento. L'apposizione del termine si rivela utile ad evitare l'eccessiva e controproducente¹⁹⁹ distanza tra momento della commissione del fatto sanzionabile e applicazione della sanzione medesima.

La delibera, poi, deve essere notificata alle parti e trasmessa alla Direzione provinciale del lavoro, cui compete l'applicazione della sanzione amministrativa. Si è già detto che, in caso di valutazione negativa, la Commissione può deliberare l'irrogazione di una sanzione, quantificata entro i limiti minimo e massimo previsti dalla novella del 2000 (art. 4, comma 4, l. 146/1990, testo novellato e art. 13, lett. i): è questo uno dei passaggi cruciali della novella del 2000, che rende effettivo il potere valutativo della Commissione, relativamente ai soggetti indicati nell'art. 2 *bis*, attraverso l'attribuzione del potere di disporre una sanzione²⁰⁰.

Molti sono i dubbi che la dottrina²⁰¹, ma anche gli stessi destinatari della norma, hanno sollevato sull'idoneità della Commissione ad essere il soggetto depositario di questi ampi poteri di censura; qui preme soltanto rilevare come il legislatore si sia preoccupato di chiarire che avverso la valutazione del *quantum debeat* è ammesso ricorso al giudice del lavoro (cfr. art. 20 *bis*, l. 146/1990, nuovo testo).

L'espressione utilizzata nell'art. 2 *bis* per i comportamenti sanzionabili ex l. 146/1990 solleva problemi interpretativi circa la possibilità per la Commissione di valutare, a fini sanzionatori, l'eventuale inosservanza degli "intervalli minimi", delle "procedure di raffreddamento" e delle "prestazioni indispensabili", con particolare riguardo alle ipotesi in cui manchino i codici di autoregola-

¹⁹⁷ Si veda per es. la delibera 03/57 in www.commissione-garanziasciopero.it, relativa alla seduta del 3.4.2003, con la quale la Commissione ha valutato negativamente ai sensi dell'art. 4 comma 4^{quater} e 13 comma 1 lett. i) della l. 146/1990, nuovo testo, il comportamento dell'Assemblea degli iscritti al Consiglio dell'Ordine degli avvocati del foro di S. Angelo dei Lombardi, per violazione dell'obbligo in tema di preavviso e di ragionevole predeterminazione della durata delle astensioni. In questa sede è stata comminata, per l'appunto, una sanzione pari a 2.582, 28 euro nei confronti del presidente dell'assemblea, in solido con i singoli professionisti aderenti alla protesta. Del medesimo tenore le delibere n. 03/58 e la 03/59, relative alla medesima seduta della Commissione.

¹⁹⁸ GHEZZI 1999, p. 710, pur non contestando la necessità dell'apposizione di un termine per la conclusione della procedura, solleva il problema dell'inopportunità di un termine perentorio, che diviene "del tutto impraticabile, ove si pensi alla difficoltà di gestire procedimenti complessi come quelli in esame e alle accresciute competenze della Commissione stessa" e propone di articolare l'adempimento dei nuovi compiti previsti in capo alla Commissione "scaglionandone una parte prima della vera e propria apertura del procedimento [...], una parte durante e un'altra dopo la chiusura del procedimento".

¹⁹⁹ Così GHEZZI 1999, p. 710; sul punto già D'ANTONA nella relazione introduttiva al d.d.l. di modifica e integrazione alla l. 146/1990, cit., osservava, tra i punti deboli della legge, proprio il fatto che le sanzioni non erano applicate "perché a distanza di molto tempo dai fatti il datore di lavoro può non avere convenienza a creare nuovi motivi di conflitto".

²⁰⁰ A titolo di esempio, si vedano le deliberazioni della Commissione n. 03/57; 03/58 e 03/59, relative alla seduta del 3.4. 2003, citate alla nota 177.

²⁰¹ Si rinvia alla ricostruzione di CARUSO 2002.

mentazione e la Commissione di Garanzia non abbia proceduto alla provvisoria regolamentazione.

Probabilmente, in tale caso, i punti di riferimento per l'individuazione delle coordinate della procedura di valutazione a fini sanzionatori diventano il dettato normativo della l. 146/1990, successivo alla novella del 2000, e il suo *background* interpretativo, opportunamente adeguato alla fattispecie "astensione collettiva" prevista nell'art. 2 *bis*. L'esempio delle "prestazioni indispensabili" può indicare il percorso giuridico per la risoluzione di tale questione: si pensi al caso dell'assenza di indicazioni circa la misura delle prestazioni indispensabili da assicurare relativamente all'astensione collettiva degli avvocati dovuta all'assenza, *rectius* mancata approvazione, del relativo codice di autoregolamentazione. A fronte di siffatta situazione si potrebbe trarre spunto, in via del tutto analogica, dalla previsione dell'art. 13, lett. *a*) e dall'indicazione ivi contenuta del 50% delle prestazioni normalmente erogate; ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

11. Conclusioni.

Volendo provare a svolgere alcune brevi riflessioni conclusive, è possibile prendere le mosse dall'interrogativo che ha formato il leitmotiv sotteso ai ragionamenti esposti nei paragrafi che precedono: esistono limiti assoluti o confini assolutamente certi ove tracciare la linea del temperamento tra i diritti o tra sciopero lecito ed illecito? Se all'interrogativo così posto dovesse seguire risposta affermativa, non ci sarebbe bisogno di un apparato di regolazione che facesse perno su un'autorità indipendente che ne governi il funzionamento. È sufficiente, infatti, dare uno sguardo alla vicenda della regolamentazione giuridica dello sciopero nel sistema britannico per capire che il legislatore, anche in un sistema politico sicuramente democratico, non ha limiti predeterminati (salvi i vincoli internazionali) entro cui spostare la linea tra lecito ed illecito e le sue scelte rispondono alla pura (e ferrea se si vuole) logica della politica: ma in quell'ordinamento, non a caso, lo sciopero non è un diritto costituzionale (di libertà pubblica o assoluto della persona che dir si voglia), ma una mera immunità civile e proprio per questo molti giuristi d'oltremarica hanno a lungo guardato all'ordinamento europeo ed internazionale per restituirgli la dignità perduta nel sistema nazionale ²⁰². D'altro canto, se la configurazione giuridica dello sciopero dipendesse dalla definizione che ne dà il legislatore, cosa e chi avrebbero potuto impedire ad un legislatore, più sprovveduto di quello che ha posto mano alla riforma della l. 146, in commento, di qualificare come sciopero anche le manifestazioni di conflitto che non sono tali, per esempio le astensioni collettive dalle prestazioni dei lavoratori indipendenti?

La verità è che i diritti non possono essere ridotti alla loro definizione linguistica, con tutto il rispetto che occorre portare all'approccio analitico al diritto, specie se tale definizione è affidata all'arbitrio creativo, ma contingente, della politica. I diritti, anche in questo caso, soprattutto di fronte ad un diritto sociale per antonomasia, vanno presi sul serio. Il che significa soprattutto coscienza dei limiti di qualsiasi operazione di riduzione concettuale delle fattispecie di fronte alla essenziale funzione del conflitto e delle molteplici sue varianti qualificabili come sciopero, quali

²⁰² WEDDERBURN 1998b, p. 137 ss.; pure EWING 1991, specie p. 4 ss., ma *passim*.

componenti del processo sociale volto al continuo riposizionamento e qualificazione degli interessi nelle società pluralistiche²⁰³. Il che non esclude che fondamentale rimane il contributo della comunità degli interpreti nell'argomentare, problema per problema, caso per caso, la riconducibilità o no del fatto (sciopero) sotto il vigore e la tutela della norma costituzionale²⁰⁴.

Se ciò è vero, è comprensibile il rafforzamento, ad opera della novella del 2000, del ruolo assegnato già dalla l. 146 del 1990 alla Commissione di garanzia; ma è, a maggior ragione, comprensibile l'interpretazione in senso fortemente asseverativo che la Commissione medesima ha dato della novella, negli ultimi cinque anni della relativa applicazione.

La regolamentazione provvisoria in molti ambiti del lavoro autonomi, ma pure l'esercizio deciso del potere sanzionatorio, sono alcuni fra i più significativi esempi di come i garanti abbiano inteso dare ampia attuazione al disposto normativo della novella in questione.

La Commissione parrebbe avere ben interpretato il ruolo per essa disegnato dal legislatore.

E, tuttavia, i problemi che si dipanano agli occhi dell'interprete, e rispetto ai quali bisognerà osservare attentamente i prossimi anni di applicazione della legge in commento, riguardano tutti il rafforzamento del ruolo di authority di questo organismo.

In effetti, la regolazione mediante autorità indipendenti, nelle società complesse, è in grado di funzionare soltanto a condizione che i membri che le compongono, che non godono di legittimazione democratico-elettiva, possano vantare un fortissimo prestigio morale - ai limiti del carisma - che rappresenta l'unica garanzia di effettiva indipendenza da chi li nomina; pena una perdita di capacità, efficienza, efficacia della attività di regolazione dell'organismo medesimo. La commissione di garanzia non si sottrae a questa regola. Anzi: la sua collocazione ne aumenta la responsabilità; essa è, infatti, snodo fondamentale di un sistema ad alta sensibilità sociale e politica; è infatti chiamata a regolare un sottosistema sociale e a mediare tra interessi, alcuni dei quali non si presentano né "liquidi", né diffusi, ma estremamente solidi e corposi, se non altro perché tutelati e rappresentati nella scena politica e sindacale, da potenti enti esponenziali: organizzazioni sindacali e corporazioni.

Si capisce, allora, perché da parti anche opposte si possa convergere verso un comune interesse a svilire ruolo e funzione della Commissione di garanzia; ciò attraverso un ridimensionamento del valore di competenza ed expertise incorporato nella sua composizione²⁰⁵: si può trovare in questa vicenda una indiretta conferma rispetto alla inutilità del disegno complessivo di governo del conflitto nei spe attraverso tecniche di regolazione più sofisticate e riflessive, ma proprio per questo sistemicamente più delicate e vulnerabili, rispetto a interventi regolatori rigidi e draconiani. Si può puntare opportunisticamente su una commissione "debole" e screditata per aumentare il tasso di negoziazione politica, caso per caso, sui "limiti" di legittimità del conflitto, avendo in ogni caso un soggetto debole, in funzione di capro espiatorio, su cui scaricare proprie responsabilità. Si può semplicemente pensare di usare la commissione, considerata inutile per scopi nobili, come

²⁰³ Più ottimista rispetto alla funzione di concettualizzazione dell'interprete sembra invece BORGOGELLI 1998, specie p. 39 ss.

²⁰⁴ In tal senso condivisibilmente GHEZZI ROMAGNOLI 1997, p. 198: <<la risposta che bisogna dare non è quella che si illude di sciogliere il dilemma "sciopero sì" o "sciopero no" ma quella che cerca di soddisfare l'esigenza di rispetto dell'assetto più vasto degli interessi costituzionalmente protetti. Quindi "sciopero come">>.

²⁰⁵ Il riferimento è alla vicenda del rinnovo della composizione dell'organismo; sul vivace dibattito accesi a ridosso di questo evento si rinvia alla labourlist di www.lex.unict.it.

terreno di scorribanda per pratiche usuali e consuete di lottizzazione politica.

Qualunque sia l'opzione che conduce ad infliggere un vulnus al sistema nervoso su cui si regge la legge italiana di regolazione del conflitto nei servizi pubblici essenziali, quel che viene messa in discussione non è soltanto una tecnica di regolazione ma anche una nuova frontiera su cui tentare di riposizionare il governo democratico delle società complesse.

12. Riferimenti bibliografici

ACCORNERO A. (1985), *Conflitto "terziario" e terzi*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 25, p. 17.

ANZON A. (1992), *Nuove tecniche decisorie della Corte*, in *Giust. Civ.*, p. 3199.

BALDASSARRE (1990), voce *Libertà*, EGT, 1990, Roma, 18.

BALLESTRERO M. V. (1994b), *Commento sub artt. 12–14*, in ROMAGNOLI U., BALLESTRERO M.V., *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna.

BALLESTRERO M. V. (2001), *La Commissione di garanzia dieci anni dopo*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 25, p. 23.

BALLESTRERO M. V. (2004), *La grève en droit italien*, *Droit social*, n. 4, p. 386 ss.

BALLESTRERO M.V. (1994a), *Commento all'art. 1*, in ROMAGNOLI U., BALLESTRERO M. V., *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Zanichelli, Bologna.

BARNES M., WALKER A. (1996), *Consumerism versus empowerment: A principled approach to the involvement of older service users*, in *Policy and Politics*, n. 4, p. 375.

BECK U. (2000), *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino.

BEUTLER B., BIEBER R., PIPKORN J., STREIL J., WEILER J.H.H. (2001), *L'unione europea, Istituzioni, ordinamento e politiche*, il Mulino, Bologna.

BIAGI M. (1986), *Sindacato, democrazia conflitto*, Giuffrè, Milano.

BIAGI M. (1999), *Il diritto di sciopero rivisitato*, in *G. Lav.*, 6 aprile, n. 13, p. 12.

BIAGI M. (2000), *La legislazione sullo sciopero: riforma o novella?*, in *G. Lav.*, n. 16, p. 10.

BLYTON P., MARTÍNEZ LUCIO M., MCGURK J., TURNBULL P. (2001), *Globalization and trade union strategy: industrial restructuring and human resource management in the international civil aviation industry*, in *Int. J. of Human Resource Management*, n. 12:3, p. 445.

BOLOGNA S. (1997), *Dieci tesi per la definizione di uno statuto del lavoro autonomo*, in BOLOGNA S., FUMAGALLI A. (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Feltrinelli, Milano.

BORDOGNA L. (2002), *La composizione delle controversie con intervento di terze parti, gli insegnamenti dell'analisi comparata*, NewsletterCgs, p. 26.

BORGOGELLI F. (1998), *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino.

BORGOGELLI F. (2001), *Le innovazioni nel sistema sanzionatorio della legge n. 146/1990*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 25, p. 47.

- BOYER R., DURAND J.P. (1998), *L'après fordisme*, II ed., Syros, Paris.
- CAFAGGI F. (2001), *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. Dir.*, n. 4, p. 543.
- CAFAGGI F. (2004), *Un diritto privato europeo della regolazione? coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*; in *Pol. Dir.*, n. 2, p. 205 ss.
- CARINCI F. (1990), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 457.
- CARINCI M.T. (2001a), *L'immagine della l. 146/1990 nelle pronunce giurisprudenziali: l'affermazione del modello pubblicistico*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 25, p. 147.
- CARINCI M.T. (2001b), *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2 bis, l. 146/1990*, in *Arg. Dir. Lav.*, p. 931.
- CARINCI M. T. (2001c), *Le domande di un giuslavorista ai costituzionalisti*, in *Quad. Cost.*, n. 3, p. 609.
- CARUSO B. (1986), *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, Giuffrè, Milano.
- CARUSO B. (1992), *Sindacato, arbitrato e conflitto collettivo*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 1, p. 47.
- CARUSO B. (1999), *Rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego riformato: "L'interramento del cratere"*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, n. 2, p. 225.
- CARUSO B. (2000), *Rappresentanza e rappresentatività nel D.Lgs. n. 396/1997*, in CARINCI F. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni pubbliche, Commentario*, 2, II edizione, Giuffrè, Milano, p. 1297.
- CARUSO B. (2001), *Patti sociali decentrati, sindacato e contrattazione collettiva: un osservatorio sui cambiamenti del diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 4, p. 429.
- CARUSO B. (2002), *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, *Giorn. Dir. Lav.* 2002, p. 93 ss.
- CARUSO B. (2002), *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, *Giorn. Dir. Lav.* 2002, p. 93 ss.
- CARUSO B. (2004), *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, ADL, 2004, 801.
- CASTELLS M. (1998), *La société en réseaux*, Fayard, Paris.
- CELLA G. P. (2000), *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici*, in *Aggiornamenti sociali*, n. 11, p. 731.
- CELLA G.P. (1999), *Il sindacato*, Laterza, Bari.
- COHEN D. (1999), *I nostri tempi moderni*, Einaudi, Torino.
- COLLINS H. (1993), *Why are There Contract of Employment?*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n. 4, p. 762.

- COLLINS H. (1996), *Legal Regulation of Dependent Entrepreneurs*, in *Journ. Inst. and Theor. Econ.*, n. 1, p. 263.
- COLLINS H. (2002), *Is There a Third Way in Labour Law?* in CONAGHAN J., FISCHL M., KLARE K. (editors), *Labour Law in An Era of Globalization – Transformative Practices and Possibilities*, OUP, Oxford.
- COMOGLIO (1981), *Commento sub art. 24 comma 1, 2 e 3*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, Rapporti Civili*, Zanichelli, Soc. ed del Foro Italiano, Bologna.
- CORSO F. (1981), *Conflitto e autotutela nei servizi pubblici essenziali*, in *Dir. Lav.Rel. Ind.*, n. 10, p. 157.
- CURZIO P. (2003), *Il campo soggettivo di applicazione della legge. Le astensioni dei lavoratori autonomi*, in D'ONGHIA M. E RICCI M. (2003), (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano.
- D'ANTONA M. (1990 ora 2000a), *Diritto sindacale in trasformazione, Opere*, vol. I, a cura di CARUSO B. e SCIARRA S., Giuffrè, Milano, p. 15.
- D'ANTONA M. (1989 ora 2000b), *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale, Opere*, vol. II, a cura di CARUSO B. E SCIARRA S., Giuffrè, Milano, p. 143. D'ANTONA M. (19992ora 2000c), *Per una storia del patto dei trasporti*, in *Opere*, vol. II, (a cura di) CARUSO B. E SCIARRA S., Giuffrè, Milano, p. 439
- D'ANTONA M. (1991 ora 2000d), *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Opere*, vol. II (a cura di) CARUSO B. E SCIARRA S., Giuffrè, Milano, p. 261.
- D'ANTONA M. (1993 ora 2000e), *La Commissione di garanzia come arbitro (sciopero e contrattazione collettiva nei servizi pubblici essenziali, Opere*, vol. II (a cura di) CARUSO B. E SCIARRA S., Giuffrè, Milano, p. 343.
- D'ANTONA M. (1998 ora 2000f), *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione oggi*, in *Opere*, vol. II (a cura di) CARUSO B. E SCIARRA S., Giuffrè, Milano, p. 399.
- D'ATENA A. (1996a), *Costituzione e autorità indipendenti. Il caso della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge nei servizi essenziali*, in *Lav. Dir.*, n. 4, p. 767.
- D'ATENA (1996b), *L'efficacia degli accordi contemplati dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *GCost*, p. 3024.
- D'ATENA (1999), *Sciopero nei servizi pubblici essenziali, Enc dir*, IV aggiornamento, Giuffrè, Milano.
- DÄUBLER W. (1999), *Working People in Germany*, in *Comp. Labor Law, & Policy Journ.*, n. 211, p. 77.
- DAVIES J. (2001), *International comparisons of labour disputes in 1999*, in *Lab. Market Trends*, n. 4, p. 195.
- DAVIES P. (2000), *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 2, p. 207.
- DE FALCO F. (2003), *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, Novene, Napoli.
- DE GIOIA V. (2000), *Attuata la depenalizzazione dei reati minori e la riforma del sistema sanzionatorio: decreto legislativo 30 dicembre 199, n. 507*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 3, p. 323.

- DEAKIN (2002), *The Many Futures of the Contracts of Employment*, in CONAGHAN J., FISCHL M., KLARE K. (editors), *Labour Law in An Era of Globalization – Transformative Practices and Possibilities*, OUP, Oxford.
- DEAKIN S., HUGHES A. (1997), *Comparative Corporate Governance: An Interdisciplinary agenda*, in DEAKIN S., HUGHES A. (editors), *Enterprise and Community: New Directions in Corporate Governance*, Blackwell, Oxford.
- DEAN J., GOODLAD R., ROSENGARD A. (2000), *Citizenship in the New Welfare Market: the Purposes of Housing Advice Services*, in *Jour. Soc. Pol.*, n. 2, p. 229.
- DI NICOLA P., GUZZETTA G. (1998), "Esercizio del diritto" e suo abuso. L'astensione degli avvocati tra disciplina costituzionale ed ordinamento penale, in *Cass. Pen.*, n. 2, p. 456 ss.
- EWING K. D. (1991), *The Right to Strike*, Clarendon Press, Oxford.
- FREEDLAND M. (1998), *Law, Public Services, and Citizenship – New Domains New Regimes?*, in FREEDLAND M., SCIARRA S. (editors), *Public Services and Citizenship in European Law*, Clarendon Press, Oxford, p. 1.
- FREEDLAND M. (2003), *The Personal Employment Contract*, Oxford, OUP.
- FREEDLAND M., SCIARRA S. (editors) (1998), *Public Services and Citizenship in European Law*, Clarendon Press, Oxford.
- GAETA L. (1990), *Lo sciopero come diritto*, in D'ANTONA M. (a cura di) *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, Napoli.
- GALANTINO L. (2000), *Sciopero nei servizi pubblici essenziali: riflessioni sulla riforma*, *GLav*, 11 aprile, n. 14, 15;
- GALANTINO L. (2002), *La Commissione di garanzia e gli spazi in tema di mediazione del conflitto*, *NewsletterCGS*, 47.
- GALGANO F. (2000), *L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna – Roma.
- GALLO E. (1981), *Sciopero e repressione penale*, il Mulino, Bologna.
- GAROFALO M. G. (2003), *Le sanzioni nell'attuale disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in D'ONGHIA E RICCI M. (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano.
- GAROFALO M.G. (1999), *Del valore giuridico della proposta della Commissione di garanzia ovvero del dovere professionale di essere "loici"*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 4, p. 701.
- GAVALDA N. (2001), *La réduction du temps de travail des chauffeurs routiers: un réel défi pour les transporteurs français*, in *Dr. Soc.*, n. 9/10, p. 813.
- GHEZZI G. (1990), *Prime riflessioni in margine alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge 12 giugno 1990, n. 146)*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 153.
- GHEZZI G. (1999), *Una importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 4, p. 687.
- GHEZZI G. (2001), *La Commissione di Garanzia nella legge di riforma tra profili funzionali e dinamica delle istituzioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, p. 1.

- GHEZZI G. (2003a), *La Commissione di garanzia tra politiche di prevenzione e poteri sanzionatori: spunti per la riflessione*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 3, p. 495.
- GHEZZI G. (2003b), *Sciopero dei magistrati e "sciopero" degli avvocati nelle valutazioni della Commissione di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 113.
- GHEZZI G. ROMAGNOLI U. (1997), *Diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna.
- GIANFRANCESCO E. (2000), *Legali: entro sei mesi l'autoregolamentazione*, *Guida lav.*, 15, pp. 36-37.
- GIANFRANCESCO E. (2002a), *Il fondamento costituzionale del diritto di azione collettiva di lavoratori autonomi e professionisti*: in risposta a Maria Teresa Carinci, in *Quad. cost.*, p. 103.
- GIANFRANCESCO E. (2002b), *La Commissione e gli avvocati. Storia di una regolamentazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 4, p. 739.
- GIANFRANCESCO E. (2002c), *«Sciopero» degli avvocati e Costituzione*, Giuffrè, Milano.
- GIOVAGNOLI R. (2001), *Blocco stradale e violenza privata nell'esercizio del diritto di sciopero*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 11, p. 1169.
- GIUGNI G. (1982), *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 16, p. 373.
- GIUGNI G. (1986), *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 317, ora in *Lavoro legge contratto* (1989), il Mulino, Bologna.
- GIUGNI G. (1992), *Sciopero (ordinamento italiano)*, XXVIII, *Enc. Giur.*, Treccani, Roma.
- GRAGNOLI E. (1997), *Sciopero nei servizi pubblici essenziali ed efficacia soggettiva dei contratti sulle "prestazioni indispensabili"*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 4-5, p. 143.
- GRAGNOLI E. (2000), *Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Ipsa, p. 48.
- GRANDI M. (1999) *Sciopero, prevenzione del conflitto e servizi pubblici essenziali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, n. 3 p. 257.
- GUAZZAROTTI (2002), *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, *Giur. Cost.*, 2, p. 3435.
- HOLMES S., SUNSTEIN C.R. (2000), *Il costo dei diritti*, il Mulino, Bologna.
- ICHINO P. (2000), *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 3, p. 635.
- ICHINO P. (2005), *A che cosa serve il sindacato*, Mondadori.
- INGLESE I. (2000), *Non mitizziamo lo sciopero virtuale*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 8-9 p. 842.
- JACKSON M. (1985), *The British Miners' Strikes of 1974 and 1984: a Comparison of the Role and Strategy of the Miners' Union*, in *Trade Unions Today and Tomorrow. 1: Trade Unions in a Changing Europe*, edited by SPYROPOULOS G., Presses Interuniversitaires Europeennes, Maastricht p. 157.
- KAHN FREUND O. (1974), *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Mod. Law Rev.*, n. 1, p. 1.
- KAHN FREUND O. (1980), *Relazioni sindacali: tradizioni e rinnovamento*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 7, p. 413.

- KUMAR K. (2000), *Le nuove teorie del mondo contemporaneo*, Einaudi, Torino.
- LA MACCHIA C. (1998), *Rappresentatività sindacale e commissione di garanzia*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 1, p. 593.
- LA MACCHIA C. (2000), *L'organizzazione ed i compiti della Commissione di garanzia*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, Milano.
- LA SPINA A., MAJONE D. (2000), *Lo stato regolatore*, il Mulino, Bologna.
- LA VALLE D. (2001), *La partecipazione sindacale in Italia: la sindacalizzazione e i giorni persi per sciopero dal 1960 al 1999*, in *Polis*, n. 1, p. 101.
- LABORDE J.P. (2001), *Conflits collectifs et conflits de lois. Entre réalité et métaphore*, in *Dr. Soc.*, n. 7-8, p. 715.
- LEONARDI S. (1999), *Lavoro flessibile e crisi della rappresentanza sociale del sindacato*, in *Dem. Dir.*, n. 4, p. 156.
- LLOYD R.M. (1995), *Consumerism in legal education*, in *Journal of Legal Education*, n. 4, p. 551.
- LOFFREDO A. (2005), *La Commissione di garanzia: un'autorità indipendente tra diritto amministrativo e ordinamento intersindacale*, in *Lav. Dir.*, n. 3, p. 545.
- LYON CAEN A., CHAMPEIL-DESPLATS V. (2001), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, Paris.
- LYON CAEN G. (1993), note ss. TGI Rouen 23 mars 1993, *DO*, 413.
- MAGGI S. (2001), *Politiche ed economia dei trasporti (secoli XIX-XX)*, il Mulino, Bologna.
- MAGNANI M. (2005), *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dei fatti*, in Studi in memoria di Giorgio Ghezzi, oppure in *Riv. It. Dir. Lav.*, n. 1, pag. 69.
- MANGHI B. (2000), *Sindacalismo oggi: la giustizia oltre i confini e l'azione di tutela domestica*, in *Aggiornamenti sociali*, n. 1, p. 37.
- MANGHI B. (2001), *Lo sciopero post moderno e la sua regolamentazione*, *Aggiornamenti sociali*, 3, pp. 206-211.
- MANTOVANI (1992), *Diritto penale*, Cedam, Padova, p. 257.
- MARIUCCI L. (1990), *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: problemi chiusi e aperti*, in *Lav. Dir.*, n. 4, p. 533.
- MENGHINI L. (1997), *L'astensione dalle udienze da parte degli avvocati e il problema dell'estensibilità del diritto di sciopero oltre il limite della subordinazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 1, p. 61.
- MENGHINI L. (2000), *Le regole per il lavoro autonomo*, in MENGHINI L.-MISCIONE M.-VALLEBONA A. (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova.
- MENGHINI L., MISCIONE M., VALLEBONA A. (a cura di) (2000), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova.
- MERLINO M., TESTA S. (2001), *Logistica e new economy: alcune considerazioni*, in *Trasporti, diritto, economia, politica*, n. 83, p. 131.

- MERUSI F. (2001), *Sul potere di regolamentazione provvisoria della Commissione di Garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, n. 1, p. 13.
- MICHELETTI M. (2003), *Political Virtue and Shopping: Individuals, Consumerism, and Collective Action*, New York: Palgrave Macmillan.
- MINDA G. (2001), *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna.
- MISCIONE M. (2001), *Lo "sciopero" dei lavoratori autonomi professionisti e piccoli imprenditori*, in *ILLeJ*, <http://www.ditittodellavoro.it/ejournal/asp/corpoDottrina.asp?nomefile=06-2001/art58>
- MODUGNO F. (1981), *La funzione legislativa complementare della Corte Costituzionale*, in *Giust. Civ.*, n. 1, p. 1646.
- MONACO M.P. (2002), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 1, p. 517.
- NANIA R. (1995), *Sciopero e sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- NEPPI MODONA G. (1982), *Conflittualità operaia e repressione penale: il <<delitto di picchettaggio>>*, in *Quest. Giust.*, n. 1, p. 67.
- NICOSIA G. (2004), *La sostenibile leggerezza del confine tra sciopero e astensione collettiva dei lavoratori autonomi*, *Riv. it. dir. lav.*, l, p. 121 ss.
- NOGLER L. (2001), *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 25, p. 87.
- NUGENT N. (1995), *Governo e politiche dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna.
- PAGLIARO (1996), *Principi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, p. 433.
- PALADIN (1995), *Diritto Costituzionale*, Cedam.
- PARODI G. (1996), *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino.
- PASCUCCI P. (1990), *La regolamentazione autonoma del diritto di sciopero*, in D'ANTONA M. (a cura di) *Letture di diritto sindacale*, Jovene, Napoli.
- PASCUCCI P. (1999), *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino.
- PASCUCCI P. (2000a), *La riforma della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: l. 11 aprile 2000, n. 83*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 8, p. 745.
- PASCUCCI P. (2000b), *Le sanzioni*, in PASCUCCI (a cura di) *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Ipsoa.
- PASCUCCI P. (2001), *Lavoratori autonomi e pubblici servizi*, in *Newsletter CGS*, n. 1, p. 6.
- PASCUCCI P. (2003), *Gli orientamenti della Commissione di garanzia dopo la l. 83/2000*, in D'ONGHIA M. E RICCI M. (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano.
- PERSIANI M. (1992), *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. Lav.*, l, p. 13.
- PERSIANI M. (2000), *Diritto sindacale*, Cedam, Padova.

- PESSI R. (2001), *Il regime sanzionatorio nella legge 146/1990 dopo la novella n. 83/2000: le sanzioni individuali e collettive*, dattiloscritto.
- PILATI A. (1998), *La commissione di garanzia nella opinione dei giudici*, in *Lav. Dir.*, n. 2, p. 365.
- PILATI A. (2000), *Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo*, in PASCUCCI (a cura di) *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Ipsosa.
- PILATI A. (2004), *I diritti di sciopero*, Cedam, Padova.
- PINELLI C. (2002), *Accordi delle parti e regolamentazione provvisoria*, *NewsletterCgS*, n. 2, p. 3.
- PINO G. (2002), *I poteri della Commissione di garanzia*, in *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, in SANTONI F. (a cura di), Jovene Napoli, p. 105.
- PINO G. (2005), *Conflitto e autonomia collettiva*. *Cacucci*.
- PINTO V. (2003) *La prevenzione degli scioperi nei servizi pubblici essenziali osservazioni critiche in merito alle procedure di raffreddamento e di conciliazione dei conflitti*, in *Riv. Giur. Lav*, p. 853 ss.
- PULITANÒ D. (1991), *Riflessi penalistici della nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Leg. Pen.*, p. 177.
- PULITANÒ D. (1999), *Lo sciopero degli avvocati: se, come, quando*, in *Dir. Pen. e proc.*, n. 1, p. 6.
- RAFFI A. (2001), *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, Giuffrè, Milano.
- REVELLI M. (2001), *Oltre il novecento*, Einaudi, Torino.
- RICCI M., (2003), in D'ONGHIA E RICCI M., (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano.
- RIFKIN J. (1995), *La fine del lavoro*, Baldini & Castoldi, Milano.
- ROMAGNOLI U. (1979), *Commento all'art. 40 della Costituzione*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Zanichelli, Bologna.
- ROMAGNOLI U. (1991), *Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Lav. Dir.*, n. 4, p. 547.
- ROMAGNOLI U. (1994), *Introduzione*, in ROMAGNOLI, BALLESTRERO (a cura di), *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, Commento all'art. 40 della Costituzione*, (fondato da) BRANCA, *Commentario alla costituzione*, Zanichelli, Bologna.
- ROMANO M. (1999), *sub art. 340. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, pp. 53-62.
- ROMEI R. (1999), *Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, in *Lav. Dir.*, n. 2, p. 221.
- ROSANVALLON P. (1988), *La question syndicale, Histoire et avenir d'une forme sociale*, Calmann-Lévy, Paris.
- RUBINO (1961), *Delle obbligazioni in solido*, in *CommSB*, p. 221.
- RUGA RIVA C. (2000a), *Sciopero degli avvocati e modifiche alla legge sui servizi pubblici essenziali*, in *Dir. Pen. e Proc.*, n. 6, p. 763.

- RUGA RIVA C. (2000b), *Sciopero (profili penalistici dello)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, aggiornamento, Utet, Torino, p. 738.
- RUSCIANO M. (2001), *Continuità e discontinuità della legge 83 del 2000, relazione al Convegno di Venezia 19 ottobre 2001*, dattiloscritto.
- RUSCIANO M. (2003), *L'iter formativo della legge 83/2000*, in D'ONGHIA M. E RICCI M. (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano.
- SANTONI F. (2000), *Continuità e innovazione nella disciplina degli scioperi nei servizi essenziali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, n. 4, p. 373.
- SANTONI F. (2001), *Lo sciopero*, Jovene, Napoli.
- SANTONI F. (2005), *Il potere sanzionatorio della Commissione di Garanzia nella disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, *Riv. It. dir. Lav.*, I, p. 455.
- SANTORO PASSARELLI G. (1979), *Il lavoro parasubordinato*, Angeli, Milano.
- SIMITIS S. (1990), *La legge Le Chapelier tra storia e attualità*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 48, p. 743.
- STONE K. W. (2004), *From Widgets to Digits*, CUP, Cambridge.
- SUPIOT A. (1998), *Le Travail en perspectives: une introduction*, in *Le travail en perspective*, sur la direction de SUPIOT A., L.G.D.J., Paris, p. 1-12.
- SUPIOT A. (1999), *Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, in *Dr. Soc.*, n. 5, p. 431.
- SUPIOT A. (2000), *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 2, p. 217.
- SUPIOT A. (2001), *Revisiter les droits d'action collective*, in *Dr. Soc.*, n. 7-8, p. 687.
- TOPO A. (1997), *Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, n. 2, p. 203.
- TOPO A. (2004), *Raffreddamento e composizione del conflitto industriale nel settore dei servizi pubblici essenziali*, *Riv. It. dir. Lav.*, I, 351.
- TREU T. (1992), *Lo sciopero nei servizi pubblici: prestazioni indispensabili e altre regole*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 12, p. 9.
- TREU T. (1995), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: un caso estremo di regolazione plurastica*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni, II*, Giuffrè, Milano, p. 1325.
- TREU T. (1999), *Il patto dei trasporti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, n. 1, p. 11.
- TREU T. (2000a), *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 3, p. 467.
- TREU T. (2000b), *Il conflitto e le regole*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 86, p. 285.
- TREU T. (2001), *Politiche del lavoro*. Il Mulino, Bologna.
- VALLEBONA A. (2000a), *Introduzione*, in MENGHINI L., MISCIONE M., VALLEBONA A. (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova.
- VALLEBONA A. (2000b), *La disciplina del lavoro autonomo*, in *Guida al Lav. Il sole 24ore*, n. 16, p. 14.

VESPAZIANI A. (1996), *Una sentenza additiva di principio riguardo allo «sciopero» degli avvocati*, in *Giust. Civ.*, p. 2718.

VOZA (2004), *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari.

WEBB S. E B. (1994), *Democrazia industriale. Antologia degli scritti*, in BERTA G. (a cura di), Ediesse, Roma.

WEDDERBURN (LORD) B. (1998a), *Il diritto del lavoro inglese*, in *I diritti del lavoro*, Giuffrè, Milano.

WEDDERBURN (LORD) B. (1998b), *Il diritto di sciopero: esiste uno standard europeo?*, in *I diritti del lavoro*, Giuffrè, Milano.

WILHELMSSON T. (1998), *Consumer Law and the Environment: From Consumer to Citizen*, in *Journ. of Consumer*, n. 21, p. 45.

ZANGARI G. (2000), *Il ruolo della Commissione di garanzia*, in *Guida al Lav. Il sole 24ore*, n. 16, p. 18.

Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*

Maria Teresa Carinci

1. Premessa.	81
2. Strategie di delocalizzazione e strumenti giuslavoristici. Una visione di insieme.	82
2.1. La delocalizzazione di attività di supporto alla produzione in funzione di riorganizzazione/razionalizzazione nell'ambito dei gruppi societari.	83
2.2. La delocalizzazione di attività di supporto alla produzione verso soggetti terzi.	83
2.3. La delocalizzazione realizzata tramite la creazione di una nuova società all'estero.	84
2.4. La delocalizzazione realizzata tramite contratti commerciali.	85
2.5. La "delocalizzazione alla rovescia".	85
3. Opzioni preferenziali nella scelta degli istituti giuslavoristici: il gioco delle convenienze.	86
3.1. Il trasferimento di ramo d'azienda.	86
3.2. Licenziamento collettivo e licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo.	91
3.3. La "delocalizzazione alla rovescia": il distacco e l'appalto transnazionale.	95
4. Le parti sociali di fronte alle scelte di delocalizzazione: strumenti e contenuti.	96
4.1. Obblighi di informazione e consultazione – di fonte legale e contrattuale - come strumenti di sostegno alla contrattazione collettiva.	96
4.2. I contenuti dei contratti collettivi: il prevalere della logica difensiva a ridosso della delocalizzazione.	98
5. I pubblici poteri e le delocalizzazioni. Cenni. Verso un capovolgimento di prospettiva (da una logica difensiva del reddito dei lavoratori eccedentari ad una logica incentivante per scongiurare in radice le delocalizzazioni)?	99

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 44/2006

1. Premessa.

Il presente intervento si propone di analizzare – prima di tutto - quali istituti del diritto del lavoro italiano siano chiamati in causa dalle strategie di delocalizzazione delle imprese e se tali istituti siano idonei a garantire sufficiente tutela ai lavoratori coinvolti. Ci si interrogherà poi sul ruolo del sindacato e del potere pubblico nei processi di delocalizzazione, per verificare quali strategie siano state utilizzate per arginare o per governare il fenomeno.

Con il termine “delocalizzazione” si vuole alludere alla scelta dell’impresa di spostare altrove - in tutto o in parte - la propria attività produttiva e nella larga maggioranza dei casi in un diverso Paese.

Delocalizzazione, dunque, non coincide con esternalizzazione – fenomeno, questo, molto studiato oggi dalla dottrina giuslavoristica italiana – anche se può accadere che le due scelte siano contestuali.

Con il termine delocalizzazione, infatti, si allude ad un mero spostamento geografico dell’attività produttiva, a prescindere da ogni variazione della struttura giuridica del soggetto imprenditore (può così accadere che una medesima casa-madre apra una filiale o unità produttiva all’estero continuando a produrre in prima persona lo stesso bene o servizio, ma in un luogo diverso); con il termine esternalizzazione si allude alla dismissione di una fase o parte dell’attività produttiva prima realizzata dall’impresa al suo interno, seguita dalla riacquisizione del prodotto, del semilavorato, del servizio realizzato ora da un terzo, a prescindere da ogni variazione spaziale (può così accadere che il terzo realizzi il prodotto, il semilavorato o il servizio all’interno dello stabilimento dell’impresa esternalizzante²⁰⁶).

Non esistono ad oggi ricerche che registrino l’ampiezza delle scelte di delocalizzazione compiute dalle imprese italiane.

Alcuni studi²⁰⁷ forniscono – è vero - la dimensione dell’internazionalizzazione delle imprese italiane attuata tramite l’acquisizione di partecipazioni azionarie, di maggioranza o di minoranza, in società estere, tramite *joint ventures* o incroci azionari. Si tratta, come subito si dirà, di quelle strategie di delocalizzazione che sfuggono in larga parte al dominio del diritto del lavoro italiano.

Non esistono, invece, dati sulle delocalizzazioni operate dalle imprese italiane tramite accordi commerciali con imprese estere o – ma accade più raramente - tramite trasferimenti di rami d’azienda verso imprese estere, magari con rilevanti ripercussioni sull’occupazione interna²⁰⁸. Chi

²⁰⁶ Come è accaduto per la Fiat che ha deciso di esternalizzare una molteplicità di attività che continuano però ad essere svolte, da imprese-terze, nell’area dello stesso stabilimento, cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Dir.merc.lav.*, 1/1999, p. 49 ss.

²⁰⁷ Cfr. S. MARIOTTI, M. MUTINELLI, *Italia Multinazionale 2004. Le partecipazioni italiane all’estero e estere in Italia, Sintesi*, in www.ice.it; C. TARTAGLIONE, R. SANNA, D. DI NUNZIO, *Internazionalizzazione delle imprese italiane e prospettive dei nuovi CAE*, in *I CAE italiani e francesi nella prospettiva dell’allargamento dell’Unione europea*, Roma 15 ottobre 2004, stesura provvisoria, in www.ires.it

²⁰⁸ S. MARIOTTI, M. MUTINELLI, *Italia Multinazionale 2004. Le partecipazioni italiane all’estero e estere in Italia, Sintesi*, cit., p. 6 affermano di non considerare nel loro lavoro “le forme ‘leggere’ di internazionalizzazione, corrispondenti a quell’enorme varietà di accordi *non equity* con cui le imprese danno impulso al loro coinvolgimento estero. La dimensione e la complessità di questi fenomeni sono tali che, all’attuale stato dell’arte, nonostante la crescente attenzione dedicata ad essi dagli Istituti di statistica, da centri di ricerca e da altre istituzioni pubbliche e private, non esistono né in Italia, né in altri paesi, banche dati in grado di censire l’universo delle iniziative.

si è occupato del tema pensa comunque che “le imprese italiane che hanno sperimentato in questi anni accordi di cooperazione con *partner* esteri sono certamente nell’ordine di qualche decina di migliaia”²⁰⁹.

Gli unici dati disponibili dimostrano, infatti, come l’internazionalizzazione delle imprese italiane sia in crescita²¹⁰ ed è ragionevole pensare che in crescita sia anche la delocalizzazione, almeno in alcuni settori.

2. Strategie di delocalizzazione e strumenti giuslavoristici. Una visione di insieme.

Diverse sono le ragioni per cui un’impresa decide di delocalizzare parte delle sue attività verso Stati esteri e diversi sono gli strumenti giuridici che può mettere in campo allo scopo.

In linea di massima la scelta di delocalizzare può avere alla base ragioni di natura organizzativa – razionalizzare certe funzioni nell’ambito dei gruppi -, di natura economica – produrre lo stesso bene a costi inferiori, realizzando risparmi sul costo del lavoro-, di natura commerciale – produrre il bene nel luogo in cui verrà venduto, creando così condizioni favorevoli ad una sua più ampia diffusione.

Quanto agli strumenti giuridici implicati, è bene porre subito in evidenza come il diritto del lavoro venga chiamato in causa solo in alcune ipotesi. Le strategie di delocalizzazione, infatti, aggirano in misura consistente gli strumenti giuslavoristici per avvalersi invece delle soluzioni offerte dal diritto commerciale.

²⁰⁹ S. MARIOTTI, M. MUTINELLI, *Italia Multinazionale 2004. Le partecipazioni italiane all'estero e estere in Italia, Sintesi*, cit., p. 6.

²¹⁰ Rilevano C. TARTAGLIONE, R. SANNA e D. NUNZIO, *Internazionalizzazione delle imprese italiane e prospettive dei nuovi CAE*, in *I CAE italiani e francesi nella prospettiva dell'allargamento dell'Unione europea*, Roma 15 ottobre 2004, stesura provvisoria, p. 7 ss., che negli ultimi 10 anni si assiste ad una crescente internazionalizzazione delle imprese italiane che si concentra sempre più in forme di investimento diretto nei paesi di destinazione.

All’inizio del 2004 le imprese italiane con partecipazioni in società estere risultano 5.202. Esse hanno partecipazioni in 14.104 società estere per un totale di 1.147.000 addetti e 267 milioni di euro di fatturato. Solo nel settore manifatturiero le imprese italiane che hanno fatto investimenti all’estero sono passate da 282 nel 1986 a 2.766 nel 2003; le imprese partecipate sono passate da 697 nel 1986 a 5.052 nel gennaio 2003; gli occupati all’estero, nello stesso periodo, sono passati da 197.000 a 919.000.

Quanto alla distribuzione geografica, oltre l’80% si concentra nel Nord Italia, il 15% al Centro e meno del 5% al Sud. All’interno di questa macro-ripartizione geografica la sola Lombardia rappresenta oltre 1/3 degli investitori nazionali, nonché delle imprese e degli occupati all’estero.

Quanto alla dimensione delle imprese, 2.746 gruppi italiani con meno di 50 addetti hanno fatto investimenti diretti all’estero. Risulta dunque che oltre la metà degli investitori nazionali sono piccole realtà industriali.

Quanto ai settori, il 36% degli investitori appartengono al comparto manifatturiero (con il 60% del fatturato e l’80% degli addetti) e in modo particolare al tessile-abbigliamento e alimentare (30%), macchinari (15%), prodotti di metallo e mezzi di trasporto.

Quanto alle aree geografiche privilegiate, gli investimenti azionari delle imprese italiane si dirigono per il 42% verso l’Europa Occidentale (per una quota di occupazione del 38% e di fatturato del 57%), per il 19% verso l’Europa Centro-Orientale (per una quota di addetti del 21%); in posizione più distaccata compaiono poi Asia e Nord America (che assorbono quote che si avvicinano al 10%). Un’analisi geografica più dettagliata – condotta in base al numero degli addetti – mostra che il primo paese di destinazione è la Francia (149.000 addetti) seguito da Germania (87.000 addetti) USA (86.000 addetti) e Brasile (85.000 addetti), segue il Regno Unito (75.000 addetti); ci sono poi 6 paesi dell’Europa Centro Orientale che rappresentano poco più del 15% dell’occupazione, di cui oltre il 5% in Romania e Russia. Se si guarda ai flussi finanziari in larga parte gli investimenti sono rivolti all’Europa (79,7%) e in modo prevalente all’area UE (71,4%).

Nonostante tutti i dati denotino un incremento della partecipazione azionaria delle imprese italiane in società estere, l’Italia continua ad occupare una posizione abbastanza marginale rispetto ad altre nazioni. Si calcola infatti che nel 2001 la quota degli investimenti italiani sia pari al 3% del totale ed il dato è identico al quello del 1990. I principali paesi da cui partono flussi finanziari sono gli Stati Uniti (21%), il Regno Unito (15%) e la Francia (poco oltre il 7%).

2.1. La delocalizzazione di attività di supporto alla produzione in funzione di riorganizzazione/razionalizzazione nell'ambito dei gruppi societari.

Vi sono delle ipotesi - abbastanza frequenti in questo periodo - in cui la delocalizzazione dall'Italia verso altri Paesi è disposta per attuare razionalizzazioni organizzative nell'ambito di gruppi societari multinazionali. Accade che si scelga di accentrare nella società capogruppo o in una società del gruppo quelle attività, per l'efficiente svolgimento delle quali la collocazione spaziale non ha rilievo - anche in considerazione dei moderni sistemi di comunicazione - quali la gestione dei sistemi IT, la gestione del magazzino, la gestione dei crediti, la gestione amministrativa del personale, le funzioni di contabilità ecc.

In questi casi esiste in ogni società del gruppo un apparato organizzativo – per lo più consistente nel personale addetto ed in qualche struttura materiale di secondario rilievo – specificamente deputato a svolgere l'attività che si sceglie di riaccentrare. In conseguenza la riorganizzazione comporta spesso anche una diminuzione del numero complessivo dei lavoratori da assegnare al settore o ufficio interessato.

Si tratta quindi di ipotesi di *delocalizzazione in funzione di razionalizzazione e, al contempo, di riduzione del numero degli addetti*.

Gli strumenti giuridici di solito utilizzati dalle imprese italiane in questi casi sono nell'ordine:

- a) se i lavoratori interessati in Italia sono meno di 5 -il che accade spesso – si opta per il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo;
- b) se i lavoratori interessati sono più di 5, si preferisce ricorrere ad una cessione di ramo d'azienda.

Come illustrerò subito, questa seconda soluzione è preferita al licenziamento collettivo perché *ne realizza nella sostanza lo stesso risultato espulsivo, ma in modo più rapido e meno oneroso* per il datore di lavoro.

- c) Solo se i lavoratori interessati in Italia sono moltissimi, il datore di lavoro italiano sceglie la via del licenziamento collettivo.

Quale che sia lo strumento prescelto, comunque, alla dismissione della attività o della funzione da parte della società italiana farà seguito la riacquisizione del servizio, ora realizzato dalla società estera, tramite un contratto di appalto di servizi. Contratto di appalto che il legislatore italiano con la cd. Legge Biagi (D.Lgs. 276/2003) ha reso più conveniente.

2.2. La delocalizzazione di attività di supporto alla produzione verso soggetti terzi.

Succede qualche volta che la delocalizzazione appena descritta sia realizzata non all'interno dei gruppi societari, ma verso società estere non collegate alla società decentrante. Anche qui, comunque, si assiste ad una esternalizzazione/delocalizzazione verso terzi di attività di supporto alla produzione che non comportano un rilevante impiego di mezzi materiali.

In questi casi l'ordine di preferenza degli strumenti giuslavoristici, sopra descritti, cambia di poco:

- a) la prima opzione è il trasferimento di ramo d'azienda, con contestuale stipulazione di un contratto di appalto ed impegno dell'acquirente ad assumere i dipendenti del cedente;

b) se invece non si configura in alcun modo un trasferimento di ramo d'azienda, si ricorre o al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo oppure al licenziamento collettivo, a seconda del numero dei lavoratori coinvolti.

Dunque lo strumento del trasferimento di ramo d'azienda è qui preferito rispetto al licenziamento (non solo collettivo, ma anche individuale per giustificato motivo oggettivo) probabilmente proprio per il fatto che il soggetto che dovrà subentrare nel contratto di lavoro con il personale coinvolto (e accollarsi il relativo costo) è un soggetto terzo, completamente estraneo rispetto al decentrante. Il rischio che *a posteriori* il giudice qualifichi diversamente l'operazione realizzata dall'impresa delocalizzatrice – con la conseguenza che non potrà allora prodursi l'effetto del passaggio automatico dei dipendenti in capo al cessionario – è compensato dal vantaggio certo e immediato di liberarsi seduta stante del personale.

2.3. La delocalizzazione realizzata tramite la creazione di una nuova società all'estero.

Quando la decisione di delocalizzare investe non semplicemente servizi di supporto alla produzione, ma una sua parte più o meno rilevante (in termini qualitativi: un semilavorato o una componente del prodotto, che verrà poi completato e commercializzato dall'impresa italiana; in termini quantitativi: una certa quantità del prodotto finito, da commercializzare nello stesso paese straniero o da riacquistare per rivenderlo in Italia), la soluzione prescelta – molto praticata – è quella della creazione di una nuova società all'estero (una *new corporation* di diritto cinese, di diritto rumeno ecc.), con assunzione di nuovo personale locale²¹¹.

Si tratta di una scelta imprenditoriale – spesso compiuta per ridurre i rischi, rendendo autonome dal punto di vista finanziario le due società - che può avere come obiettivo l'espansione dell'impresa e la penetrazione di nuovi mercati e dunque senza ripercussioni immediate sul livello occupazionale in Italia.

In queste ipotesi la disciplina giuslavoristica risulta in larga parte inutile. La decisione è rimessa quasi esclusivamente alla libertà dell'imprenditore, che al più – in virtù di previsioni della contrattazione collettiva – sarà tenuto a informarne il sindacato.

Tuttavia anche in questo caso la decisione di impiantare altrove una parte della produzione impedisce che l'espansione dell'impresa si ripercuota positivamente sul livello occupazionale in Italia.

A volte, comunque, anche queste scelte espansive implicano “dimagrimenti” dell'impresa o addirittura la cessazione dell'attività e dunque il ricorso in Italia a licenziamenti collettivi²¹² (le due ipotesi sono infatti accomunate dalla legge, cfr. 24, 2 comma, l. 223/1991).

Raro è invece l'uso del trasferimento di ramo d'azienda, per il rilevante costo che implicherebbe lo spostamento all'estero del complesso di beni, strumenti, attrezzature necessari alla produzione²¹³; è molto più economico impiantare *ex novo* degli stabilimenti all'estero.

²¹¹ È il caso per es. della Piaggio che ha deciso di installare uno stabilimento in Cina per la produzione di alcuni modelli di ciclomotori.

²¹² All'ordine del giorno è oggi il caso della Zucchi, impresa tessile, che ha deciso di licenziare 750 lavoratori, dopo aver delocalizzato una parte della produzione in India e Pakistan.

²¹³ Infatti il concetto di ramo d'azienda – la necessità che il trasferimento coinvolga consistenti beni materiali o sia limitato al passaggio dei rapporti di lavoro - varia in funzione della specifica attività che la parte di impresa oggetto del trasferimento è deputata a realizzare.

In qualche caso si ricorre al distacco o alla trasferta per inviare temporaneamente personale presso l'impresa situata all'estero. Si tratta, comunque, di strumenti che interessano piccoli numeri: non i lavoratori genericamente addetti alla produzione, ma il personale altamente specializzato ed i dirigenti.

2.4. La delocalizzazione realizzata tramite contratti commerciali.

La ragione principale per cui la decisione dell'impresa di delocalizzare una parte della produzione (ancora: in termini qualitativi o quantitativi) aggira le tutele apprestate dal diritto del lavoro risiede nella struttura stessa di una componente rilevante del sistema produttivo italiano.

Si tratta, infatti, di un sistema a rete, soprattutto in certi ambiti particolarmente esposti alla concorrenza internazionale: il settore del tessile/abbigliamento, il settore meccanico ecc. L'impresa medio-grande per tradizione non realizza, dunque, al suo interno l'intero prodotto, ma si limita a progettarlo, ad assemblarlo e a commercializzarlo; acquista, invece, da piccole e piccolissime imprese sparse sul territorio (l'indotto) i semilavorati realizzati sulla base di sue precise indicazioni, progetti, disegni – dunque realizzati con certe caratteristiche predefinite – per poi appunto assemblarli e commercializzarli.

Nei comparti produttivi contrassegnati da tali caratteristiche la delocalizzazione si realizza semplicemente risolvendo i contratti di fornitura stipulati con fornitori nazionali e acquistando (a minori costi) gli stessi semilavorati, componenti ecc. da fornitori stranieri.

L'impresa che delocalizza, dunque, non è costretta a incidere sul proprio personale e così il diritto del lavoro non è chiamato in causa.

Ma questo non significa che non vi siano pesanti ripercussioni sull'occupazione: le piccole imprese dell'indotto – che spesso sono fornitrici della grande-media impresa in rapporto di monocommitenza – saranno costrette a cessare o diminuire la produzione e dunque a ridurre il personale licenziando i lavoratori (ricorrendo a seconda del numero dei lavoratori coinvolti ora – più spesso - al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, ora al licenziamento collettivo).

2.5. La "delocalizzazione alla rovescia".

Nell'area milanese si assiste anche ad un fenomeno di "delocalizzazione al contrario"²¹⁴: lavoratori stranieri dipendenti da imprese straniere (per es. imprese dell'Europa orientale) vengono inviati in Italia per svolgere attività sotto la direzione dei loro datori di lavoro stranieri (nell'ambito di appalti di servizi) oppure vengono distaccati in Italia dai loro datori di lavoro per lavorare sul territorio italiano, ma soggiacendo al potere direttivo di imprese italiane.

In questi casi dovrebbe trovare applicazione – ma è invece sovente disattesa – la disciplina posta in tema di distacco internazionale (in attuazione della dir. 96/71/CE) dal D.Lgs. 72/2000, il cui art. 1, 3 comma prevede che "le disposizioni del presente decreto si applicano anche alle imprese stabilite in uno Stato non membro che si trovano in una delle situazioni indicate al comma 1".

²¹⁴ Il fenomeno sembra aver assunto notevoli proporzioni con particolare riferimento al settore edile.

3. Opzioni preferenziali nella scelta degli istituti giuslavoristici: il gioco delle convenienze.

Ma cosa spinge l'impresa che decide di delocalizzare – quando non possa evitarli completamente o quasi, ricorrendo a soli contratti commerciali e/o alla creazione di una nuova società all'estero²¹⁵ – a scegliere l'uno o l'altro degli istituti giuslavoristici? Si è visto, infatti, che in linea di massima l'opzione preferenziale è per il trasferimento di ramo d'azienda e solo in seconda battuta si ripiega sul licenziamento, soprattutto se, in dipendenza del numero dei lavoratori coinvolti, a venire in considerazione è il licenziamento collettivo.

3.1. Il trasferimento di ramo d'azienda.

Nel codice civile è sempre esistita una norma in tema di trasferimento d'azienda (art. 2112 c.c.), poi integrata e modificata in attuazione di direttive comunitarie (l. 428/1990, di attuazione della dir. 77/187/CE; D.Lgs. 18/2001, di attuazione della dir. 50/98/CE. Da ultimo l'articolo è stato modificato dal D.Lgs. 276/2003 in attuazione della l. delega 30/2003, cd. Legge Biagi).

Questa norma prevedeva e prevede tutt'oggi in caso di trasferimento dell'azienda o di un suo ramo o parte – in deroga alla regola generale in tema di cessione del contratto che richiede il consenso del contraente ceduto (art. 1406 c.c.) – l'automatica imputazione del contratto di lavoro in capo al cessionario senza necessità del consenso del lavoratore²¹⁶.

La previsione è sempre stata deputata a soddisfare una pluralità di interessi: del cedente a trasferire un'entità produttiva dotata di ogni sua componente, compresa la forza-lavoro, e dunque di maggior valore economico; del cessionario ad acquisire un'entità organizzata ed immediatamente idonea alla produzione; del lavoratore a conservare l'occupazione.

Tuttavia nei tempi più recenti il trasferimento d'azienda - proprio in virtù dell'effetto dell'automatica imputazione del contratto di lavoro in capo al cessionario - è stato utilizzato dalle imprese non solo al fine di esternalizzare fasi dell'attività, magari anche all'estero, ma anche e soprattutto per espellere lavoratori²¹⁷.

Il trasferimento d'azienda diviene, dunque, un equivalente funzionale del licenziamento collettivo.

Come è potuto accadere?

²¹⁵ Si è detto che, quando la delocalizzazione è effettuata tramite la creazione di una società all'estero destinata a produrre autonomamente il prodotto o tramite l'acquisizione di semilavorati o componenti, anziché da imprese nazionali, da imprese estere, il diritto del lavoro è in larga parte tagliato fuori (viene chiamato in causa solo quando vengano operati sul territorio nazionale licenziamenti individuali o collettivi o quando si pongano in essere fusioni o scissioni societarie, caso nel quale opera la procedura di informazione e consultazione prevista per il trasferimento di ramo d'azienda).

²¹⁶ L'effetto del passaggio automatico è regolato diversamente con specifico riferimento alle imprese in crisi (imprese per le quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale ai sensi della l. 675/1977, imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione di provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione ad amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata).

L'art. 47, 3 comma, l. 428/1990 prevede infatti che, se è raggiunto un accordo nella fase di informazione e consultazione sindacale circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, non trovano automatica applicazione – salvo diverse disposizioni contenute nell'accordo stesso - le garanzie dell'art. 2112 c.c. In particolare l'accordo può prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere in tutto o in parte alle dipendenze del cedente.

²¹⁷ Fra i casi che hanno fatto più discutere v. Pret. Milano, 16 settembre 1998, e Pret. Genova 22 ottobre 1998, in *RIDL*, 1999, II, p. 416 ss.

I punti salienti della metamorfosi dell'art. 2112 c.c., che da norma di tutela (anche) per i lavoratori è divenuta norma di favore principalmente per i datori di lavoro sono:

a) il modificarsi del concetto di azienda e di ramo d'azienda oggetto del trasferimento – si parla al riguardo di “smaterializzazione” – con la conseguenza di rendere non solo più ampia, ma anche sfuggente la fattispecie;

b) l'assenza di sanzioni deterrenti di un qualche spessore per il caso in cui la fattispecie non ricorra e dunque sia fatto un uso improprio dell'istituto;

c) regole procedurali più rapide, meno onerose e provviste di blandi rimedi rispetto a quelle previste per il licenziamento collettivo.

a) *La nozione di azienda e di ramo di azienda.*

a.1) *La “smaterializzazione” del concetto.*

Secondo l'opinione tradizionale, poiché l'art. 2112 c.c. - nella sua originaria formulazione - non poneva un autonomo concetto di “azienda” (o di ramo di azienda) oggetto del trasferimento, esso doveva essere ricavato *aliunde* ed in particolare dall'art. 2555 c.c., che, nel fissare la nozione d'azienda a fini commercialistici, la definisce come “il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”.

Dunque, secondo l'interpretazione che ha continuato ad essere maggioritaria in dottrina²¹⁸ e in giurisprudenza²¹⁹ fino a tempi recenti, in ambito giuslavoristico poteva parlarsi di trasferimento d'azienda solo quando il cedente trasferiva “beni” – nel senso di “cose che possono formare oggetto di diritti” (art. 810 c.c.) - (per es. macchinari, attrezzature, scorte ecc.), organizzati a fini produttivi. Solo in quel caso, dunque, si poteva produrre l'effetto dell'automatica imputazione del contratto di lavoro in capo al cessionario.

Quella interpretazione, però, era entrata in collisione prima con la giurisprudenza della Corte di giustizia che – nel tentativo di estendere l'area di incidenza della disciplina comunitaria sul trasferimento di impresa – aveva adottato una nozione molto ampia dell'oggetto del trasferimento, assestandosi infine - almeno dalla sentenza *Suzen* dell'11 marzo 1997²²⁰ – nel ritenere che il trasferimento deve avere ad oggetto un complesso organizzato di persone e cose finalizzato all'esercizio di un'attività economica. Secondo la Corte in certe circostanze – e cioè quando l'entità economica sia in grado di operare essenzialmente in base all'impiego di manodopera – può acquisire rilevanza il passaggio non solo di elementi materiali, ma anche di rapporti giuridici ed in particolare di rapporti di lavoro²²¹.

²¹⁸ V. per tutti M. GRANDI, *Le modificazioni dei rapporti di lavoro: le modificazioni soggettive*, I, Milano, 1972, p. 271-272; G. SANTORO PASSARELLI, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1992, p. 21; R. ROMEO, *Il trasferimento d'azienda*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, p. 8 ss.

²¹⁹ V. Cass., 4 aprile 2001, n. 5025, in *Not.giur.lav.*, 2001, p. 652 ss.; Cass. 6 marzo 1998, n. 2521, in *Mass.giur.lav.*, 1998, p. 432 ss.

²²⁰ C.Giust. 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1998, II, p. 651 ss. Ma nello stesso senso cfr. poi C.Giust., 10 dicembre 1998, C-127/96, C-229/96, C-74/97, *Hernandez Vidal, Satner, Gomez Montana*, in *Not.giur.lav.*, 1999, I, p. 132; C.Giust., 10 dicembre 1998, C-173/96, C-24/76, *Sanchez Hidalgo*, in *Mass.giur.lav.*, 1999, p. 98 ss.; C.Giust. 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 142 ss.

²²¹ La Corte ha in più occasioni indicato quali elementi debbano essere valutati dal giudice per verificare se di trasferimento d'impresa si tratti. Cfr. in particolare C.Giust. 18 marzo 1986, C-24/85 *Spijkers*, in *Foro it.*, 1989, IV, c. 14 ss. (punto 31); C.Giust. 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*, cit. (punto 15); C.Giust. 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco*, cit. (c. 146).

L'interpretazione tradizionale era risultata poi in conflitto anche con la disciplina comunitaria, che aveva recepito gli orientamenti della Corte di giustizia (l'art. 1, lett. b, della dir. 98/50/CE dispone infatti che "è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di una entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere attività economica sia essa essenziale o accessoria"). Infine anche il legislatore nazionale nel modificare la norma codicistica ha fatto propria una nozione smaterializzata di azienda - da intendersi come mutamento nella titolarità di "un'attività economica organizzata ... preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità" (art. 2112, 5 comma, prima parte, c.c., nella versione introdotta dal D.Lgs. 18/2001) - e di ramo d'azienda - da intendersi "come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ... preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità" (art. 2112, 5 comma, seconda parte c.c., nella versione introdotta dal D.Lgs. 18/2001).

La dottrina e la giurisprudenza nazionale hanno allora preso atto della situazione ed hanno ammesso che possa configurare un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda ai fini del diritto del lavoro anche il passaggio dal cedente al cessionario di meri rapporti giuridici - ed in particolare di un insieme di rapporti di lavoro - senza la necessità del trasferimento di beni materiali²²². La rilevanza dei singoli elementi ai fini dell'individuazione del passaggio di una entità economica organizzata dipende dal tipo di impresa che viene volta a volta in considerazione.

a.2) Il requisito della preesistente autonomia funzionale del ramo ceduto (art. 2112 c.c. come modificato dal D.Lgs. 18/2001).

Come anticipato, con le modifiche apportate all'art. 2112, 5 comma, c.c. dal D.Lgs. 18/2001 viene per la prima volta introdotta nel diritto nazionale italiano una nozione legislativa di ramo d'azienda.

Ai sensi della norma il ramo d'azienda deve possedere le stesse caratteristiche dell'azienda nel suo complesso - dunque deve consistere in un insieme organizzato di mezzi materiali e/o di rapporti giuridici, a seconda della specifica attività cui è deputato - ed inoltre deve essere dotato di "autonomia funzionale" "preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità".

Molto si è discusso e si discute sul concetto di "autonomia funzionale".

Secondo l'opinione preferibile - accolta ora anche in giurisprudenza - un'articolazione aziendale può ritenersi funzionalmente autonoma se è in grado di operare come una piccola azienda, cioè se è dotata di tutti gli elementi necessari per produrre per il mercato.

E tale elemento deve preesistere al trasferimento, cioè connotare la porzione di azienda già presso il cedente nella fase che precede il trasferimento.

a.3) L'eliminazione del requisito della preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo ceduto (ai sensi del nuovo testo dell'art. 2112 c.c. come modificato dal D.Lgs. 276/2003)

Proprio su quest'ultimo aspetto, però, cerca di incidere l'ultima novella, eliminando - almeno testualmente - il requisito della "preesistenza" dell'autonomia funzionale del ramo ceduto.

²²² In giurisprudenza v. Trib. Ravenna, 8 giugno 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 949.

Ai sensi dell'art. 32 D.Lgs. 276/2003, infatti, il ramo d'azienda è oggi un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata "identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento".

Il tentativo legislativo di rendere ancora più ampia ed evanescente la fattispecie è evidente: si vuole che l'effetto dell'automatica imputazione dei rapporti di lavoro in capo al cessionario si realizzi anche se l'autonomia del ramo emerge al momento e in vista del trasferimento in virtù dall'unificazione *ad hoc* di un coacervo di beni e rapporti giuridici fra loro prima non collegati.

Molte voci critiche si sono levate in dottrina, soprattutto in considerazione del fatto che in tal modo si rischia di porre una disciplina inderogabile, volta (anche) alla tutela dei lavoratori coinvolti nel trasferimento, nella disponibilità delle parti del contratto commerciale.

Comunque la giurisprudenza fino ad ora intervenuta – ed in particolare quella del Tribunale di Milano²²³ – si è mostrata conservatrice: facendo leva sia sul dettato della direttiva (che richiede che il trasferimento riguardi un'entità economica che "conserva la propria identità"), sia sul dato costituzionale (ritenere superata la preesistenza comporterebbe un vizio di costituzionalità dell'art. 32 D.Lgs. 276/2003 per eccesso di delega, considerato che l'art. 1, punto p), della legge delega^{30/2003} imponeva l'adeguamento della normativa interna alla normativa comunitaria), sia sul fatto che una diversa lettura si porrebbe in contrasto con il principio per cui la qualificazione giuridica è riservata al giudice e non rimessa alla volontà delle parti (tanto più, poi, quando dalla qualificazione discende l'applicazione di norme inderogabili poste nell'interesse di terzi) conclude che il trasferimento di ramo d'azienda presuppone la preesistenza di un'entità economica organizzata in maniera autonoma per la produzione o lo scambio di beni o servizi.

b) I rimedi per l'ipotesi di carenza dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda.

In ogni caso, quando – al di là della qualificazioni operate da cedente e cessionario – si riscontri l'assenza dell'autonomia funzionale del ramo ceduto (preesistente al trasferimento), l'unica conseguenza è il diniego dell'effetto tipico: non si produce l'automatica imputazione del rapporto di lavoro dal cedente al cessionario.

Il rapporto di lavoro continuerà, dunque, con il cedente che, però, a questo punto potrà più facilmente licenziare i lavoratori (tramite licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo o tramite licenziamento collettivo), dimostrando di aver dimesso l'attività a cui quei lavoratori erano addetti.

Sul piano economico, poi, il cedente potrà essere chiamato a rispondere per le sole differenze retributive eventualmente non percepite dai lavoratori (infatti in conseguenza della cessione è possibile che si modifichi immediatamente, anche *in pejus*, la disciplina collettiva applicabile al lavoratore ceduto, cfr. art. 2112, 3 comma, c.c.) ma potranno essere conteggiati e detratti (quali adempimenti ad opera del terzo ai sensi dell'art. 1180 c.c.) i pagamenti già effettuati dal cessionario²²⁴.

²²³ V. Trib. Milano (est. Ianniello), 8 luglio 2005, inedita.

²²⁴ Quanto poi ai rapporti fra cedente e cessionario, si potrebbe sostenere che operi la compensazione: da una parte, infatti, il cessionario potrebbe pretendere il rimborso delle retribuzioni versate ad un dipendente altrui, dall'altra però, il cedente potrebbe opporre al cessionario di aver ricevuto l'adempimento del lavoratore e dunque di essersi "arricchito senza causa" (art. 2041 c.c.).

Il diniego dell'effetto tipico del trasferimento del contratto di lavoro in capo al cessionario è dunque una conseguenza molto poco incisiva di per sé.

E lo è tanto più se la si raffronta con i rimedi previsti dalla legge per la violazione delle regole in tema di licenziamento collettivo, laddove è esplicitamente previsto (art. 5 l. 223/1991) che il lavoratore abbia diritto alla tutela reale di cui all'art. 18 St.lav. (abbia cioè diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, al pagamento di una indennità commisurata alla retribuzione dal giorno del licenziamento fino alla effettiva reintegrazione e abbia la facoltà di optare, invece della reintegrazione, per una indennità pari a 15 mensilità di retribuzione).

Né il discorso cambia con riferimento al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, quando il datore di lavoro²²⁵ superi certe soglie dimensionali (art. 2, l. 108/1990: più di 15 dipendenti nell'unità produttiva – o più di 5 se imprenditori agricoli - o più di 60 lavoratori sull'intero territorio nazionale); anche in questo caso è prevista l'applicazione dell'art. 18 St.lav.²²⁶.

c) gli oneri procedurali previsti per il trasferimento d'azienda e le sanzioni in caso di violazione. Le minori garanzie rispetto alle procedure di licenziamento collettivo e l'assenza di oneri economici.

Nel caso in cui il trasferimento sia disposto da un datore di lavoro che occupa più di 15 dipendenti - anche se riguarda solo una parte dell'azienda - è prevista l'attivazione di una procedura di informazione e consultazione sindacale (art. 47 l. 428/1990). Così cedente e cessionario devono informare le rispettive rappresentanze sindacali delle unità produttive interessate, nonché i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato o, in mancanza, i sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi; l'obbligo di informazione, che deve essere assolto almeno 25 giorni prima che sia raggiunta fra le parti un'intesa vincolante, riguarda la data del trasferimento, i motivi, le previste conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori e le eventuali misure di sostegno previste per loro; a questo punto le rappresentanze dei lavoratori possono – entro 7 giorni dal ricevimento della comunicazione – chiedere un incontro al cedente e al cessionario – che sono tenuti a convocarlo nei successivi 7 giorni -, ma la procedura si intende esaurita se entro 10 giorni non è stato raggiunto un accordo.

Si tratta dunque di una procedura obbligatoria volta a coinvolgere il sindacato, ma destinata a concludersi in tempi assai rapidi (massimo 25 giorni) e difficilmente in grado di incidere effettivamente sull'accordo traslativo che - seppure tenuto segreto per rispettare il dettato legislativo, che richiede l'avvio della procedura 25 giorni prima di una intesa vincolante fra le parti – nella totalità dei casi è già raggiunto e perfezionato in ogni suo dettaglio prima dell'avvio della procedura.

La modifica degli accordi intercorsi fra cedente e cessionario è dunque una remota eventualità.

Non solo. Il mancato rispetto della procedura – per es. il mancato rispetto dei tempi o la comunicazione di informazioni inesatte o incomplete – espone cedente e cessionario all'azione per con-

²²⁵ Come verrà chiarito oltre, la distinzione fra licenziamento collettivo e licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo è data dal numero di lavoratori che si intendono licenziare. Si tratta di licenziamento individuale se si decide di licenziare meno di 5 lavoratori nell'arco temporale di 120 gg. nel territorio della stessa provincia, cfr. art. 24 l. 223/1991.

²²⁶ Se quelle soglie dimensionali, invece, non sono raggiunte, la tutela esperibile per il licenziamento individuale privo di giustificato motivo oggettivo è unicamente di tipo risarcitorio (tutela obbligatoria, cfr. art. 8 l. 604/1966).

dotta antisindacale ex art. 28 St.lav. (art. 47, 3 comma, l. 428/1990), ma - secondo la tesi assolutamente dominante in dottrina e giurisprudenza – non comporta l'inefficacia del negozio traslativo che costituisce come tale *res inter alios acta*. È rimasta infatti minoritaria la tesi che riteneva nullo il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda per difetto di un suo presupposto.

Dunque, ex art. 28 St.lav. il giudice può solo ordinare a cedente e cessionario di fornire le informazioni dovute o di effettuare correttamente l'esame congiunto e, al più, dichiarare l'inefficacia o l'inopponibilità del trasferimento d'azienda ai lavoratori coinvolti (con la conseguenza che il loro rapporto rimane imputato al cedente). Ma è assai frequente che *side letters* che formalizzano fra le parti l'accordo traslativo – e che rimangono ignote al sindacato e ai lavoratori – contemplino anche questa eventualità e ne regolino le ricadute economiche. *Side letters* di cui, per maggiore cautela, si prevede la giustiziabilità non davanti al giudice, ma solo in sede arbitrale.

Ben più lunga ed onerosa è la disciplina in tema di licenziamento collettivo.

L'art. 4 l. 223/1991 prevede, infatti, una procedura preventiva assai più dettagliata (per es. per quanto riguarda le informazioni da rendere al soggetto collettivo: i motivi del licenziamento; il numero, la collocazione aziendale e i profili dei lavoratori abitualmente impiegati e di quelli da licenziare; i tempi di attuazione del programma di licenziamento; le eventuali misure programmate per fronteggiare la situazione) e assai più lunga (75 giorni complessivi, di cui 45 giorni per l'informazione e consultazione al sindacato e ulteriori 30 giorni per una ulteriore fase di consultazione in sede amministrativa). E la giurisprudenza ne impone un puntuale e scrupoloso rispetto.

Ancora, la scelta dei lavoratori da licenziare deve avvenire applicando i criteri fissati dal contratto collettivo o, in subordine, dalla legge (carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive, cfr. art. 5, 1 comma, l. 223/1991).

Se tutte queste prescrizioni non sono rispettate il licenziamento ai sensi di legge è inefficace – se la violazione concerne le procedure – o nullo – se la violazione riguarda l'applicazione dei criteri di scelta – ed è esplicitamente richiamata per entrambe le ipotesi la tutela di cui all'art. 18 St.lav. In particolare nel caso di mancato rispetto della procedura, non viene ritenuto sufficiente il rinnovo parziale di essa – a partire dall'atto viziato – ma se ne impone il rinnovo *ab origine*.

Infine, mentre cedente e cessionario nell'ambito del trasferimento non sono gravati da nessun onere economico particolare, per l'ipotesi di licenziamento collettivo il datore di lavoro è tenuto ad un contributo economico sia in fase di avvio della procedura (ai sensi dell'art. 4, 3 comma, l. 223/1991 il datore di lavoro che vuole dar corso ad una procedura di licenziamento collettivo è tenuto ad allegare copia del versamento all'INPS – a titolo di anticipazione della somma di cui all'art. 5, 4 comma – di una somma pari al trattamento massimo mensile di integrazione salariale moltiplicato per il numero dei lavoratori ritenuti eccedenti: si tratta di poco più di 930,00 Euro per il 2005) sia alla sua conclusione, al momento del recesso (ai sensi dell'art. 5, 4 comma, l. 223/1991 all'atto del licenziamento il datore di lavoro è tenuto a versare all'INPS, in trenta rate mensili, una somma pari a sei volte il trattamento mensile iniziale di mobilità spettante a ciascun lavoratore licenziato)

3.2. Licenziamento collettivo e licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo.

Se il trasferimento d'azienda è lo strumento giuslavoristico indubbiamente preferito e preferibile per i datori di lavoro - sia in generale per realizzare esternalizzazioni sia anche per dar corpo a

delocalizzazioni verso paesi esteri – può accadere tuttavia che nel caso specifico non risulti utilizzabile, o perché non si vuole accollare personale ad altra società del gruppo oppure perché l'attività delocalizzata richiede un rilevante impiego di strumenti, macchinari ecc. che risulta antieconomico trasferire all'estero, come invece sarebbe necessario per configurare un reale trasferimento d'azienda.

In questi casi, il datore di lavoro che abbia bisogno di ridurre la forza lavoro in Italia in conseguenza della delocalizzazione opta per il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo o per il licenziamento collettivo, a seconda del numero dei lavoratori da espellere.

Ai sensi dell'art. 24, l. 223/1991 viene in considerazione un licenziamento collettivo quando un datore di lavoro che occupa più di 15 lavoratori "in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro" intenda licenziare almeno 5 lavoratori nell'arco di 120 giorni nell'ambito del territorio di una stessa provincia²²⁷.

Al di sotto di quelle soglie dimensionali, invece, l'art. 3 l. 604/1966 legittima il datore di lavoro ad effettuare un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, cioè per "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

La seconda opzione è indubbiamente preferibile per il datore di lavoro, sia perché il licenziamento individuale non è soggetto a procedure preventive di informazione e consultazione, sia perché, se le violazioni relative al licenziamento collettivo importano sempre l'applicazione della tutela reale di cui all'art. 18 St.lav., non è così per il licenziamento individuale che – al di sotto di certe soglie dimensionali del datore di lavoro (15 dipendenti nell'unità produttiva o in più unità produttive situate nello stesso comune; 5 se impresa agricola; 60 dipendenti sull'intero territorio nazionale) – gode unicamente della tutela obbligatoria e dunque di una protezione di natura meramente economica (corrispondente ad una somma compresa fra 2,5 a 6 mensilità di retribuzione).

Ma cosa si intende per ragioni oggettive? Le ragioni giustificative richieste dalla legge per il licenziamento collettivo e per il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo sono le stesse?

a) *"ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3, l. 604/1966)*

Secondo l'opinione prevalente in giurisprudenza, il giustificato motivo proprio del licenziamento individuale (art. 3, l. 604/1966) ricorre quando sono soddisfatte tre condizioni:

- a) il datore di lavoro ha disposto una reale modifica dell'organizzazione produttiva/organizzativa²²⁸;
- b) esiste un nesso causale fra la modifica dell'organizzazione e le mansioni svolte dal dipendente

²²⁷ La l. 223/1991 contempla anche un'ulteriore ipotesi di licenziamento collettivo (denominata "per messa in mobilità" e così contrapposta all'altra di cui nel testo "per riduzione di personale"). Il licenziamento collettivo "per messa in mobilità", ai sensi dell'art. 4, 1 comma, l. 223/1991, si configura quando un'impresa - ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale - nel corso dell'attuazione del programma o al termine di esso ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego di tutti i lavoratori sospesi; in questo caso la disciplina in tema di informazione e consultazione trova applicazione a prescindere dai requisiti numerico-spaziotemporali, invece previsti per il licenziamento collettivo "per riduzione di personale".

²²⁸ Quale che essa sia: alleggerimento della struttura personale e/o materiale, eventualmente tramite scorporo verso l'esterno di fasi dell'attività, oppure sostituzione di una o più delle sue componenti e/o l'adozione di un diverso schema delle loro relazioni reciproche, per es. con l'introduzione di nuovi macchinari o di una nuova ripartizione dei compiti.

licenziato;

c) non esistono altre posizioni vacanti nell'ambito della struttura organizzativa a cui il lavoratore possa essere addetto (nel rispetto del principio di equivalenza delle mansioni o, con il suo consenso, anche in deroga all'art. 2103 c.c.). Si parla al riguardo di obbligo di *repechage*.

Secondo l'orientamento prevalente, dunque, il giudice non può controllare le ragioni (economiche) che determinano il datore di lavoro a modificare l'organizzazione (ridurre i costi, aumentare i ricavi, fronteggiare una grave crisi dell'impresa ecc.); al contrario, le ragioni economiche che determinano la scelta di ridurre il personale sono insindacabili da parte del giudice.

Il giustificato motivo oggettivo comporta unicamente una verifica della legittimità della causa dell'atto di recesso ed in particolare che esso sia diretto a soddisfare una reale esigenza tecnico-organizzativa - come tale lecita e tutelata dall'art. 41 Cost. (che sancisce la libertà di impresa) - e non invece un diverso interesse, estraneo alla causa dell'atto e come tale illecito (un interesse per lo più di tipo discriminatorio: misogino, sessista, razzista ecc.).

Se ricorre una (reale) modifica tecnico-organizzativa – la sostituzione di parte della manodopera con macchine, l'esternalizzazione di fasi dell'attività, lo spostamento di tutta o parte della produzione all'estero – il licenziamento è conforme all'ordinamento giuridico, che non richiede affatto l'elemento ulteriore costituito da una situazione di crisi dell'impresa²²⁹.

Insomma il giustificato motivo oggettivo costituisce un limite interno al potere di licenziamento del datore di lavoro, imponendo che l'atto di esercizio sia posto in essere in conformità alla causa attribuitagli dall'ordinamento (che consiste nel creare, modificare, disporre di una organizzazione ex art. 41 Cost.).

Esiste, è vero, un orientamento minoritario in dottrina e giurisprudenza – espresso anche dal Tribunale di Milano – che ritiene non solo che il giudice sia chiamato a controllare anche le ragioni a monte del licenziamento, ma soprattutto che solo alcune ragioni e non altre legittimino il recesso; secondo questa tesi il licenziamento sarebbe ammesso dalla legge solo per fronteggiare la crisi economica dell'impresa, dunque per non per incrementare i profitti.

In questa prospettiva il giustificato motivo oggettivo assume un significato opposto a quello proprio dell'opinione maggioritaria che si è sopra descritta: segna il sorgere di un vero e proprio diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, fino al limite esterno costituito dalla sopravvivenza stessa dell'impresa.

Ma la tesi è – appunto – minoritaria e, per quel che si è appena osservato, non condivisibile.

b) identità o difformità fra "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" nel licenziamento individuale (art. 3, l. 604/1966) e "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro" nel licenziamento collettivo (art. 24, 1 comma, l. 223/1991).

Si è discusso se – a prescindere dai requisiti dimensionali - per il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (art. 3, l. 604/1966) e per il licenziamento collettivo (art. 24, l. 223/1991) sia necessario lo stesso presupposto giustificativo. In effetti le espressioni utilizzate

²²⁹ Crisi che peraltro può ricorrere.

dalla legge nelle due ipotesi sono alquanto simili (“ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” ex art. 3, l. 604/1966 e “riduzione o trasformazione di attività o di lavoro” ex art. 24, 1 comma, l. 223/1991).

Al riguardo le opinioni dottrinali e giurisprudenziali sono divise.

I primi due orientamenti – minoritari - ripropongono le stesse posizioni già viste in merito al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo.

Una prima opinione – minoritaria almeno nella giurisprudenza della Cassazione, ma a mio parere più convincente - risponde positivamente alla domanda: anche per la legittimità del licenziamento collettivo sono richiesti la reale modifica dell’organizzazione ed il nesso causale fra tale modifica e le mansioni dei lavoratori da licenziare (si omette di solito la terza condizione – e cioè il cd. obbligo di *repechage* – reso spesso improponibile vuoi dalla decisione di ridurre in senso quantitativo il personale, vuoi dalla decisione di eliminare proprio le mansioni a cui il lavoratore è addetto). Il giudice, dunque, non può sindacare le ragioni a monte del licenziamento (che possono essere le più varie - riduzione dei costi, incremento dei ricavi, crisi di impresa ecc. – ma non fanno parte della fattispecie), ma deve limitarsi a verificare la conformità della causa a quella prevista dall’ordinamento e dunque che la causa dell’atto sia di natura tecnico/organizzativa.

È evidente, comunque, che è un controllo in tal senso è qui reso meno pressante rispetto al licenziamento individuale, perché è comunque compiuto – oltre che dal giudice *ex post* - anche dal sindacato *ex ante* in fase di procedura di informazione/consultazione.

La mancanza della causa prevista dalla legge comporta la nullità dell’atto di recesso e la tutela reale ex art. 18 St.lav.

Un ulteriore orientamento – per vero anch’esso minoritario – ritiene invece che le ragioni a monte del recesso non solo possano essere sindacate dal giudice, ma che solo alcune ragioni e non altre possano giustificare il recesso: non l’incremento degli utili, ma solo la riduzione delle perdite per fronteggiare una situazione di crisi aziendale.

Infine un terza posizione – maggioritaria nella giurisprudenza della Corte di Cassazione²³⁰ – ritiene che il licenziamento collettivo configuri una ipotesi di recesso *ad nutum* o a-causale: al controllo giudiziale sulla legittimità della causa effettuato *ex post* proprio del giustificato motivo oggettivo nel caso di licenziamento individuale si sostituisce qui un controllo sindacale esercitato *ex ante*, rispetto al quale sono funzionali gli obblighi di informazione e consultazione e tutta la procedura posta dalla l. 223/1991; il giudice, dunque, può controllare solo il rigoroso rispetto della procedura (ed in difetto il licenziamento è inefficace con applicazione dell’art. 18 St.lav., ex art. 4, 12 comma, e art. 5, 3 comma, l. 223/1991).

Questa lettura, anche se appunto maggioritaria, appare in contrasto con il sistema: sono i principi generali sanciti dal Codice civile in tema di contratto (art. 1325 c.c.) e di atto unilaterale (art. 1324 c.c.) ad imporre la causalità degli atti negoziali.

²³⁰ Cfr. Cass. SU, 27 giugno 2000, n. 461, in *Riv.it.dir.lav.* 2001, II, p. 144 ss.; Cass. SU, 13 giugno 2000, n. 419, in *Lav.giur.*, 2001, p. 247 ss.; Cass. SU, 11 maggio 2000, n. 302, in *Mass.giur.lav.*, 2000, p. 949 ss.

3.3. La “delocalizzazione alla rovescia”: il distacco e l'appalto transnazionale.

Resta da discutere di quel fenomeno - che sembra assumere oggi consistenza nell'area milanese – di “delocalizzazione alla rovescia”: anziché spostare all'estero l'attività, vengono spostati in Italia – tramite appalto di servizi o distacco - lavoratori stranieri – comunitari o non comunitari²³¹ - dipendenti da imprese straniere – comunitarie o non comunitarie.

In entrambi i casi il rapporto di lavoro rimane imputato al datore di lavoro straniero, che però nel caso dell'appalto di servizi rimane titolare del rapporto nel suo complesso, nel caso del distacco trasferisce temporaneamente all'utilizzatore italiano il potere direttivo sul lavoratore (distinzione questa ora confermata dagli artt. 29 e 30 D.Lgs. 276/2003).

Il D.Lgs. 72/2000 – in attuazione della direttiva 96/71/CE in materia di distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi - prevede alcune garanzie per il lavoratore inviato in Italia da impresa straniera (anche extracomunitaria, cfr. 1, 3 comma, D.Lgs. 72/2000) in esecuzione di una prestazione di servizi o in attuazione di un comando presso un'unità produttiva della medesima impresa o presso altra impresa appartenente allo stesso gruppo (rimane dunque scoperta l'ipotesi del distacco da impresa straniera ad impresa italiana al di fuori dei gruppi societari):

a) il diritto a beneficiare delle medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate comparabili in Italia nel luogo di esecuzione della prestazione²³² (art. 3, 1 comma);

²³¹ Per i cittadini non comunitari ai profili analizzati nel testo si aggiunge poi la questione relativa alle modalità di ingresso disciplinate dall'art. 27, lett. i), del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 268, che ammette il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, al di fuori delle quote annuali di ingresso, ai lavoratori dipendenti da datori di lavoro residenti o aventi sede legale all'estero che siano temporaneamente trasferiti presso società operanti in Italia per la realizzazione di determinate opere o per la prestazione di servizi oggetto di contratto di appalto. È utile sottolineare come l'impresa estera – comunitaria o non comunitaria – sia obbligata a garantire ai propri lavoratori il medesimo trattamento minimo retributivo previsto dal c.c.n.l. di categoria applicato ai lavoratori italiani o comunitari dipendenti della società operante in Italia, nonché il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali (art. 40, comma 13, d.P.R. n. 394 del 1999, come modificato dal d.P.R. n. 334 del 2004).

Nell'intento di superare le difficoltà connesse al rilascio del permesso di soggiorno, la proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno presentata dalla Commissione nel gennaio del 2004 (COM (2004) 2 def.) (c.d. *Bolkestein*) prevede invece che, in caso di distacco di un lavoratore extracomunitario presso un altro stato membro, quest'ultimo non possa imporre al lavoratore l'obbligo di disporre di un documento d'ingresso, di uscita o di soggiorno o di un permesso che consenta l'accesso a un posto di lavoro o ad altre condizioni equivalenti (art. 25), con il conseguente probabile superamento della regola nazionale che prevede l'applicazione uniforme del trattamento previsto dal contratto collettivo. Nella proposta di direttiva, l'unico limite previsto impone allo Stato d'origine di controllare affinché siano distaccati presso altri Stati membri lavoratori stabilmente occupati nel proprio territorio e ivi residenti conformemente alla normativa nazionale (art. 25, par. 2).

[Com'è noto, la proposta di direttiva è stata poi profondamente emendata dal Parlamento europeo nella seduta del 16 febbraio 2006, all'esito della quale il c.d. “principio del paese di origine” (art. 16) – vero motivo ispiratore della proposta della Commissione e principale causa delle polemiche che hanno preceduto il dibattito parlamentare – è stato definitivamente soppresso. Del tutto coerentemente al superamento dell'originario principio ispiratore, anche l'art. 25 sopra citato è stato integralmente eliminato dal testo approvato dal Parlamento europeo. Da ultimo, nella seduta del 4 aprile 2006, la Commissione europea ha presentato al Parlamento una nuova proposta di direttiva sui servizi nel mercato interno, recependo fedelmente, con riguardo agli aspetti che qui maggiormente interessano, le profonde modifiche apportate al testo originario].

²³² Sono previste tuttavia delle eccezioni per il caso di assemblaggio iniziale o di prima installazione, previsti in un contratto di fornitura di un bene, indispensabili per mettere in funzione il bene fornito ed eseguiti dai lavoratori qualificati o specializzati dell'impresa di fornitura, in relazione ai quali sia stato disposto un distacco non superiore ad 8 giorni (cfr. art. 3, 2 comma, D.Lgs. 72/2000).

b) per il caso di appalto di servizi da rendersi all' "interno" delle aziende italiane è poi prevista la solidarietà fra appaltante e appaltatore per il trattamento spettante ai lavoratori (art. 3, 3 comma);

c) i diritti dei lavoratori possono essere esercitati nei confronti dell'appaltante entro 1 anno dalla cessazione dell'appalto (art. 3, 4 comma).

Il D.Lgs. 72/2000 (ed anche la direttiva di cui è attuazione) non si applica all'ipotesi di distacco da impresa straniera verso un'impresa italiana al di fuori dei gruppi. In questo caso non potrà che trovare applicazione l'art. 6 della Convenzione di Roma in tema di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali²³³, che potrebbe comunque portare a riconoscere al lavoratore straniero il diritto allo stesso trattamento riconosciuto al lavoratore italiano, se non altro in applicazione del principio di ordine pubblico internazionale (art. 16 Conv. Roma).

Le disposizioni richiamate, volte ad evitare il *dumping* sociale, sono tuttavia in concreto sovente disattese, rendendo così particolarmente conveniente per l'impresa italiana ricorrere a queste forme di "delocalizzazione al contrario".

4. Le parti sociali di fronte alle scelte di delocalizzazione: strumenti e contenuti.

4.1. Obblighi di informazione e consultazione – di fonte legale e contrattuale- come strumenti di sostegno alla contrattazione collettiva.

Si è visto come il legislatore – anche in attuazione di direttive comunitarie – sia intervenuto prevedendo forme di informazione e consultazione quali strumenti di sostegno alla contrattazione collettiva - così incentivata, ma non necessaria – in diverse ipotesi in cui le decisioni imprenditoriali possono avere riflessi negativi sugli interessi di un rilevante numero di lavoratori (per es. nel trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda e nei licenziamenti collettivi). La violazione di questi obblighi di informazione e consultazione – che devono essere rispettati anche nel caso in cui il fine ultimo dell'imprenditore sia quello di spostare la produzione all'estero – comporta l'applicazione dell'art. 28 St.lav., che reprime la condotta antisindacale, e – secondo l'opinione maggioritaria - solo nei casi previsti dalla legge (licenziamento collettivo) anche l'inefficacia dell'atto che ne consegue (il recesso).

Nella stessa direzione – ma con un impianto di più ampio respiro: qui le informazioni devono essere rese con cadenza periodica ed in via preventiva, non a ridosso di una singola e ben individuata decisione imprenditoriale – si muove anche il D.Lgs. 74/2002, che ha dato attuazione in Italia alla direttiva 94/45/CE sui CAE (comitati aziendali europei): fra le informazioni relative agli snodi cruciali della vita delle imprese e dei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie rientra

²³³ L'art. 6 della Convenzione di Roma del 1980 prevede "1. In deroga all'art. 3, nei contratti di lavoro, la scelta della legge applicabile ad opera delle parti non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto, in mancanza di scelta, a norma del paragrafo 2.

2. In deroga all'articolo 4 ed in mancanza di scelta a norma dell'articolo 3, il contratto di lavoro è regolato: a) dalla legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese, oppure b) dalla legge del paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore, qualora questi non compia abitualmente il suo lavoro in uno stesso paese, a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese. In questo caso si applica la legge di quest'altro paese".

sicuramente anche la decisione di trasferire in tutto o in parte la produzione all'estero (il contenuto delle informazioni deve in realtà essere individuato dall'accordo sui CAE, ma per il contenuto minimo v. art. 16, 8 e 9, comma, D.Lgs. 74/2002). Si tratta tuttavia di una disciplina che – a giudizio degli esperti²³⁴ – ha dimostrato un debole tasso di effettività in Italia anche per l'esiguità delle sanzioni previste dalla legge²³⁵.

Accanto agli obblighi di informazione e consultazione posti dalla legge, altri sono stati introdotti dalla contrattazione collettiva²³⁶.

Così capita spesso che i contratti nazionali prevedano obblighi di informazione – di carattere periodico consuntivo o preventivo - e di consultazione a favore dei sindacati o di commissioni paritetiche appositamente costituite con riferimento alle strategie di investimento, di decentramento ed anche di *internazionalizzazione e di delocalizzazione*, anche all'estero (v. per es. CCNL tessile abbigliamento del 28 maggio 2004, capitolo III) delle imprese del settore a vari livelli (nazionale, regionale, territoriale, di distretto, aziendale).

Anche in queste ipotesi la violazione degli obblighi importa l'applicabilità dell'art. 28 St.lav.

Si tratta comunque di obblighi che non circoscrivono in alcun modo, sul piano sostanziale, il potere di organizzazione dell'imprenditore, che – una volta che li abbia rispettati - rimane libero di adottare le scelte che ritiene più opportune in ordine alla struttura e all'organizzazione dell'impresa.

Si discute, poi, se in particolare la violazione degli obblighi di informazione di carattere preventivo possa dar luogo anche ad un'azione individuale. Si tratta, in altre parole di definire se l'informazione preventiva attenga unicamente alla parte obbligatoria del contratto collettivo – e si contrapponga, quindi, solo ad un corrispettivo diritto del sindacato – oppure anche alla parte normativa (ci si troverebbe allora di fronte a clausola cd. "mista") – e sia oggetto, quindi, anche di un diritto dei singoli lavoratori. L'opinione preferibile pare quella di chi ha sostenuto che la questione si risolve in un problema interpretativo²³⁷. Una volta accertata l'appartenenza della clausola alla parte normativa del contratto collettivo, essa fonderà una vera e propria pretesa del singolo lavoratore al rispetto delle procedure, da intendersi come requisito di efficacia dei provvedimenti datoriali che incidono sul singolo rapporto di lavoro (licenziamento, trasferimento ecc.).

L'opinione maggioritaria esclude invece qualsiasi ripercussione della violazione degli obblighi di informazione sul contratto commerciale (di appalto, di fornitura ecc.), che - *res inter alios acta* – rimane perfettamente valido ed efficace.

²³⁴ V. F. GUARRIELLO, *Comitati aziendali europei: tempo di bilanci*, in F. GUARRIELLO, S. LEONARDI, *Globalizzazione e relazioni industriali*, Ediesse Roma, 2003, p. 120, nonché gli altri contributi contenuti nello stesso volume relativi a specifiche realtà aziendali. Per un giudizio negativo sulla sanzione v. anche G.DONDI, *Comitati aziendali europei: il D.Lgs. n. 74 del 2002 per l'attuazione della direttiva n. 94/45/CE*, in *Arg.dir.lav.*, 2003, p. 128 ss.

²³⁵ L'art. 17, 2 comma, D.lgs. 74/2002 prevede – nel caso non siano rese le informazioni dovute - la costituzione di una commissione di conciliazione composta da componenti nominati dalle parti interessate e presieduta da un soggetto nominato dalle parti stesse di comune accordo. In caso di mancato accordo, poi, il direttore generale della direzione generale del Ministero del lavoro, sentite le parti, accerta l'inadempienza e ordina l'adempimento degli obblighi. Se l'ordine non è ottemperato nel termine di 30 giorni il direttore generale applica una sanzione amministrativa pecuniaria (compresa fra 5.165 Euro e 30.988 Euro).

²³⁶ Cfr. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giapicchelli Torino, 2002, p. 27 ss.

²³⁷ Cfr. C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè Milano, 1988, p. 79.

4.2. I contenuti dei contratti collettivi: il prevalere della logica difensiva a ridosso della delocalizzazione.

Quanto ai contenuti, possono essere individuate due distinte linee di intervento della contrattazione collettiva, una di più ampio respiro volta a prevenire in generale i fenomeni di delocalizzazione ma dai contenuti ormai deboli, un'altra in funzione puramente difensiva realizzata a posteriori quando la decisione di delocalizzare è già stata assunta dall'impresa.

a) *Gli interventi contrattuali in funzione di prevenzione.*

Non sono molti i settori produttivi nei quali - presa consapevolezza del pericolo costituito dalla fuga delle imprese verso l'estero - si è cercato di elaborare a livello nazionale precise e consapevoli strategie di contenimento del fenomeno.

Particolarmente sensibile - ed evidenti ne sono le ragioni - è stato il settore tessile-abbigliamento, dove da molti anni si cerca di fronteggiare e limitare le delocalizzazioni. È dunque questo settore che è stato preso a riferimento.

Qui il Contratto collettivo nazionale di lavoro ha optato per una maggiore flessibilità degli orari di lavoro per realizzare una diminuzione dei costi ed un recupero di competitività²³⁸.

Così dal 1983 il contratto di categoria ha generalizzato - dopo una prima sperimentazione settoriale iniziata nel 1979- una nuova articolazione dell'orario di lavoro a parità di retribuzione - con l'introduzione del cd. 6 (ore) per 6 (giorni), anziché 8 ore per 6 giorni - che ha permesso - a fronte della riduzione dell'orario individuale di lavoro - una utilizzazione intensiva degli impianti ed una diminuzione dei costi per unità di prodotto. Inoltre veniva stabilito che altre forme per una maggiore utilizzazione degli impianti potessero essere introdotte a livello aziendale.

Sempre il CCNL del 1983 ha ulteriormente flessibilizzato l'orario permettendo all'impresa di far fronte con maggiore elasticità, e senza ricorrere al lavoro esterno alle variazioni di mercato. Così è stata introdotta la cd. "flessibilità ordinaria" ovvero la possibilità per l'impresa - previo accordo con le r.s.a. - di superare - sino al limite delle 48 ore settimanali e per un massimo di 96 ore nell'anno - la durata della settimana lavorativa fissata contrattualmente in 40 ore, salvo corrispondente riduzione dell'orario settimanale in altri periodi dell'anno tramite riposi compensativi di pari entità. La retribuzione, invece, è mantenuta invariata sia nei periodi di contrazione dell'attività sia nei periodi di maggior lavoro, salvo il caso del superamento dell'orario contrattuale, nel qual caso scatta una maggiorazione retributiva compresa fra il 12% e il 15%.

Infine il CCNL del 2000 ha introdotto ulteriori novità. In primo luogo è contemplata la possibilità per la contrattazione aziendale di stabilire l'orario multiperiodale e cioè una variazione dell'orario settimanale fra le 32 e le 48 ore settimanali, purché la media annuale su base settimanale sia di 40 ore. In secondo luogo, se la "flessibilità ordinaria" è mantenuta a 96 ore, viene introdotta una "flessibilità tempestiva" - dunque non programmata *ex ante*, ma le cui modalità applicative devono comunque essere concordare con le r.s.u. nell'arco di 5 giorni -, per il caso di variazioni di produzione imprevedibili ed urgenti, con una retribuzione maggiorata del 21%.

Oggi gli spazi di manovra a disposizione delle parti collettive sembrano esauriti.

²³⁸ Cfr. G.L. CECCARELLI, I. DEL BIONDO, A. FEDELI, F. LORETO, *Territorio e lavoro*, Ediesse Roma, 2001, specie p. 147 ss.

Così nel contratto collettivo nazionale dei tessili concluso nel 2004 si legge (art. 23 dedicato a *Lavoro esterno* ed anche alle delocalizzazioni) che “si conviene che le commissioni istituite al livello territoriale [e destinatarie delle informazioni, anche in tema di politiche aziendali di delocalizzazione] si attivino per l’affermarsi di un ambiente idoneo allo sviluppo delle iniziative e delle realtà imprenditoriali e l’utilizzazione più corretta ed efficace possibile, delle azioni di sostegno per lo sviluppo, decise dal Governo, allo scopo di evitare che tali realtà siano poste fuori dal mercato e per promuovere iniziative finalizzate al miglioramento degli standard produttivi, alla tutela dell’occupazione, dei diritti dei lavoratori ed alla positiva evoluzione delle relazioni sociali ed industriali sul territorio”.

Come dire che le parti sociali sono ormai disarmate e che una competizione al ribasso rispetto ad altri paesi non è proponibile senza disgregare il tessuto sociale.

b) Gli interventi contrattuali in funzione puramente difensiva.

L’altra linea di intervento delle parti sociali è quella che si esplica in funzione difensiva a ridosso della decisione imprenditoriale di delocalizzare (come visto il sindacato è chiamato in causa sia nel caso – assai più frequente - di licenziamenti collettivi, che nell’ipotesi – assai più rara - del trasferimento d’azienda).

Qui gli strumenti messi in campo, se non per scongiurare, almeno per ridurre l’entità della delocalizzazione (e il numero dei licenziamenti) o comunque dilatarne i tempi, sono: il ricorso al part-time, la previsione di incentivi economici all’esodo volontario dei lavoratori (dimissioni), la ricollocazione dei lavoratori in altre società del gruppo ed il ricorso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria (v. Accordo 8 aprile 2005 relativo alla Ratti s.p.a., azienda tessile, che ha deciso di spostare parte della produzione in Cina; v. Accordo 17 marzo 2005 relativo alla De Longhi s.p.a., azienda meccanica, che ha deciso di spostare parte della produzione in Romania).

Si tratta comunque di interventi-tampone non in grado di incidere sulla decisione imprenditoriale, che di norma rimane ferma.

5. I pubblici poteri e le delocalizzazioni. Cenni. Verso un capovolgimento di prospettiva (da una logica difensiva del reddito dei lavoratori eccedentari ad una logica incentivante per scongiurare in radice le delocalizzazioni)?

Uno sguardo, infine, va dedicato all’azione dei pubblici poteri. In particolare qualche cenno va fatto agli strumenti prefigurati dalla legge e demandati alla pubblica amministrazione, utilizzabili (anche) a fronte del fenomeno delle delocalizzazioni.

Al riguardo la prima notazione è che l’intervento privilegiato dalla legge italiana è ancora di tipo prevalentemente difensivo, a valle della decisione già assunta dall’impresa di delocalizzare la produzione (i cd. ammortizzatori sociali) e mira alla tutela del reddito dei lavoratori prima o dopo il licenziamento, mentre tardano ad essere introdotte discipline incentivanti che operino a monte, per scongiurare in radice ogni scelta di delocalizzazione, anzi per attrarre investimenti (discipline a beneficio dell’impresa, che incentivino la ricerca, la formazione, l’innovazione del prodotto o del processo produttivo ecc.; creazione e potenziamento delle infrastrutture, per es. del sistema dei trasporti). Si tratta cioè di strumenti di carattere prevalentemente se non esclusivamente difensivo, il cui intervento si concretizza quando la delocalizzazione è già stata realizzata e il cui unico scopo è ridurre le conseguenze sul piano sociale.

Qui le notazioni non potranno che essere estremamente schematiche, sia perché la questione da una parte – per i profili più innovativi e di prospettiva futura – fuoriesce dall'area di competenza del giuslavorista e spetta all'esperto di politica industriale, sia perché – per i profili connessi al rapporto di lavoro – è di pertinenza prevalentemente dell'esperto di previdenza sociale.

a) gli interventi pubblici a sostegno del reddito dei lavoratori coinvolti nelle delocalizzazioni alternative al licenziamento: la Cassa integrazione straordinaria.

Quanto alla tutela del reddito dei lavoratori coinvolti nelle delocalizzazioni, va ricordato in primo luogo l'istituto della Cassa integrazione guadagni²³⁹ (in particolare: intervento straordinario²⁴⁰), che dovrebbe venire in considerazione quando l'impresa si trovi in una situazione di temporanea difficoltà, destinata prevedibilmente a risolversi senza riduzione della forza-lavoro.

Si tratta, infatti, di un istituto di sostegno al reddito dei lavoratori alternativo ai licenziamenti collettivi (almeno nelle intenzioni del legislatore della l. 223/1991, l'ultima disciplina organica ma subito corretta, distorta, piegata da una legislazione derogatoria successiva, cosicché oggi non accade di rado che la Cassa integrazione straordinaria sia solo una fase preliminare di un percorso che si conclude con il licenziamento collettivo), perché destinato ad intervenire nell'ipotesi di difficoltà transitorie dell'impresa prevedibilmente superabili: in presenza di certe condizioni (oggettive e soggettive), nel rispetto di una determinata procedura (di informazione e consultazione sindacale, nonché di carattere amministrativo), il datore di lavoro ha facoltà di richiedere l'intervento pubblico a sostegno del reddito del lavoratore – per un certo periodo – e, ove questo sia concesso, ha facoltà di sospendere in tutto o in parte il rapporto di lavoro (e l'obbligazione retributiva).

Nei fatti, tuttavia, la Cassa integrazione straordinaria viene spesso utilizzata per ritardare gli inevitabili licenziamenti (l'art. 4, 1 comma, l. 223/1991 del resto prevede esplicitamente che nel corso dell'attuazione di un programma di integrazione salariale straordinaria l'impresa che ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego di tutti i lavoratori abbia facoltà di dar corso alla procedura di licenziamento collettivo). L'affermazione è confermata dal fatto che di recente – prima in conformità alle linee guida contenute in alcuni decreti ministeriali²⁴¹ e poi ai sensi dell'art. 3, 13 comma, l. 350/2003 - l'intervento per "crisi aziendale" è previsto anche per il caso di cessazione totale o parziale dell'attività dell'impresa.

²³⁹ La Cassa integrazione – forma di sostegno al reddito dei lavoratori introdotto in origine dalla contrattazione collettiva durante il secondo conflitto mondiale, volta ad assicurare una continuità di introiti agli operai sospesi dal lavoro per eventi non imputabili al datore di lavoro (distruzione dell'impresa a causa dei bombardamenti, carenza di materia prime, carenza di energia elettrica ecc.) e quindi in deroga alla disciplina della mora del creditore – è stata poi disciplinata dalla legge (gli interventi al riguardo sono stati molteplici) e ampiamente estesa così da fronteggiare anche ipotesi di mera difficoltà dell'impresa a ricevere la prestazione, che come tali non esonererebbero il datore di lavoro dal corrispondere la retribuzione ai dipendenti.

²⁴⁰ La legge disciplina, due distinte ipotesi di intervento della Cassa integrazione guadagni, l'intervento ordinario e l'intervento straordinario. L'integrazione salariale ordinaria è ammessa a fronte di: a) situazioni aziendali "dovute ad eventi transitori e non imputabili all'imprenditore o agli operai"; b) crisi temporanee di mercato" (cfr. art. 1, l. 164/1975). L'intervento straordinario è ammesso, invece, - oltre che per crisi aziendale che presentino "particolare rilevanza sociale in relazione alla situazione occupazionale locale ed alla situazione produttiva del settore" (art. 2, l. 675/1977) e di ristrutturazioni, riorganizzazioni o conversioni aziendali (art. 1, l. 164/1975) ma v. *infra* nel testo – anche per il caso in cui l'impresa sia assoggettata ad una procedura concorsuale (fallimento liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo) su domanda del curatore, del liquidatore o del commissario, purché la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata (art. 3, l. 223/1991) e per l'ipotesi dei contratti di solidarietà interna (art. 1, l. 863/1984; art. 5, 1 comma, l. 236/1993; art. 6, 3 e 4 comma, l. 608/1996; art. 13, l. 223/1991).

²⁴¹ Cfr. GRANDI, PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam Padova, 2005, sub art. 1 l. 223/1991, p. 1119 s.

Come anticipato, è in particolare la disciplina in tema di intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni che può venire in considerazione per il caso delle delocalizzazioni.

Infatti l'integrazione straordinaria è consentita specificamente a) per il caso di crisi aziendale che presentino "particolare rilevanza sociale in relazione alla situazione occupazionale locale ed alla situazione produttiva del settore" (art. 2, l. 675/1977) e b) per l'ipotesi di ristrutturazioni, riorganizzazioni o conversioni aziendali (art. 1, l. 164/1975).

Può essere richiesta – a beneficio di operai e impiegati (art. 1, 4 comma, l. 464/172) e quadri (art. 2, 3 comma, l. 190/1985) (nonché soci di cooperative di produzione e lavoro, art. 8, 2 comma, l. 236/1993) che abbiano una anzianità di servizio presso l'azienda di almeno 90 giorni (art. 8, 3 comma, l. 160/1988) – dalle imprese che nel semestre precedente la data di presentazione della richiesta abbiano occupato mediamente più di 15 dipendenti (tenuto conto anche degli apprendisti e dei lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro, v. art. 1, 1 comma, l. 223/1991).

Legittimate a presentare la richiesta in origine erano le sole imprese industriali, edili e affini. In seguito l'intervento è stato esteso per fronteggiare le sofferenze dei settori più vari per es. delle imprese commerciali con più di 50 dipendenti, delle agenzie di viaggio e del turismo, delle imprese di vigilanza²⁴², delle imprese appaltatrici di servizi di mensa o ristorazione e di servizi di pulizia di imprese industriali in GIG, delle imprese artigiane sottoposte ad "influsso gestionale prevalente" da parte di una impresa che abbia sospeso o ridotto l'attività produttiva e sia stata ammessa al trattamento di integrazione salariale straordinaria²⁴³ (art. 12 l. 223/1991), da ultimo anche delle imprese del trasporto aereo (art. 1 *bis*, l. 291/2004).

La misura dell'integrazione è pari all'80% della retribuzione che sarebbe spettata per le ore di lavoro non prestate e comunque non superiore ad un tetto massimo (art. 1, l. 427/1980 e art. 14, 1 comma, l. 223/1991) (per il 2005 si tratta di 930,00 Euro mensili). Di norma viene erogata dal datore di lavoro e quindi rimborsata dall'INPS, ma in particolari situazioni di sofferenza dell'impresa il Ministro del lavoro può prevedere il pagamento diretto da parte dell'INPS (art. 1, 5 comma, l. 223/1991).

In base alla disciplina standard, la durata massima del trattamento per l'ipotesi di crisi aziendale è di 12 mesi, non sono ammesse proroghe e l'intervento non può essere concesso nuovamente se non sia trascorso un periodo pari a 2/3 di quello relativo alla precedente concessione; per le ipotesi invece di ristrutturazione ecc. il periodo massimo è di 2 anni, con la possibilità di due proroghe ciascuna non superiore a 12 mesi. È poi previsto un limite temporale cumulativo: in ciascuna unità produttiva tutti i trattamenti straordinari di integrazione salariale non possono superare i 36 mesi. Questa disciplina base tuttavia è stata oggetto di innumerevoli deroghe ad opera della legge per situazioni particolari di crisi di impresa.

La procedura si compone di due fasi, una sindacale e una amministrativa.

²⁴² Con riferimento ai settori menzionati nel testo - imprese esercenti attività commerciali che occupano da 51 a 200 addetti, aziende operanti nel settore delle agenzie di viaggi e del turismo compresi gli operatori turistici e imprese di vigilanza - l'ammissione al trattamento straordinario di CIG è previsto come temporaneo ed è stato prorogato con cadenza annuale da ultimo fino al 31.12.2005.

²⁴³ Lo stesso art. 12, l. 223/1991 precisa le condizioni in presenza delle quali una impresa artigiana possa ritenersi sottoposta ad influsso gestionale prevalente e ribadisce che, in ogni caso, il trattamento di integrazione salariale può essere richiesto da imprese artigiane che soddisfino il requisito occupazionale richiesto dall'art. 1 della legge.

La fase sindacale – prodromica e necessaria rispetto alla fase amministrativa (art. 5, u.c., l. 164/1975, che richiede la comunicazione all'autorità pubblica dell'esecuzione degli adempimenti in questione) - prevede una comunicazione preventiva alle rappresentanze sindacali aziendali, cui può fare seguito, a richiesta dell'una o dell'altra parte, un esame congiunto (art. 5, l. 164/1975). Oggetto delle comunicazioni e dell'esame congiunto saranno il programma per uscire dallo stato di crisi che l'impresa deve predisporre e comunicare (art. 1, 2 comma, l. 223/1991) nonché i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere (art. 1, 7 comma, l. 223/1991).

La fase amministrativa prevede la presentazione di una domanda ad un apposito ufficio del Ministero del lavoro. È lo stesso Ministro, con proprio decreto (che ha natura costitutiva), a decidere la concessione del trattamento²⁴⁴.

I lavoratori da porre in CIGS sono individuati dal datore di lavoro in relazione alle esigenze tecnico-organizzative e nel rispetto dei divieti di discriminazione oppure in base alle regole eventualmente fissate nell'accordo sindacale raggiunto nel corso della procedura. È previsto per legge un obbligo di rotazione dei lavoratori adibiti alle stesse mansioni (art. 1, 8 comma, l. 223/1991), che però può essere superato dal datore di lavoro con un onere economico²⁴⁵.

b) Gli interventi pubblici a favore dei lavoratori coinvolti nelle delocalizzazioni e successivi al licenziamento: il trattamento di mobilità.

L'ordinamento italiano prevede, comunque, anche interventi di sostegno al reddito e agevolazioni per la riassunzione dei lavoratori licenziati.

Da una parte, per i lavoratori licenziati con licenziamento collettivo – ed un'anzianità minima di 12 mesi - da imprese che rientrano nel campo di applicazione della CIGS è prevista l'indennità di mobilità. Si tratta di una prestazione previdenziale di durata variabile (dai 12 ai 48 mesi a seconda dell'anzianità di servizio del lavoratore e dell'area, svantaggiata o meno, in cui è avvenuto il licenziamento). L'importo dell'indennità è pari al trattamento di CIGS per i primi 12 mesi e poi decresce all'80%. Può essere erogata in un'unica soluzione per i lavoratori che ne facciano richiesta per intraprendere attività di lavoro autonomo o associarsi in cooperativa.

Dall'altra, tutti i lavoratori licenziati con licenziamento collettivo (ed anche con licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo “connesso a riduzione, trasformazione o cessazione di attività o di lavoro” da imprese anche con meno di 15 dipendenti, in virtù di una disposizione temporanea più volte prorogata da ultimo fino al dicembre 2005 dalla l. 26/2005) vengono iscritti in apposite liste di mobilità. L'iscrizione nella lista dà diritto di precedenza, entro 6 mesi dal licenziamento, nelle assunzioni presso l'impresa che lo ha effettuato (art. 8, 1 comma, l. 223/1991), oltre che a svariate agevolazioni contributive e retributive per chi assuma comunque i lavoratori (art. 8, 2 e 4 comma, l. 223/1991).

c) le strategie incentivanti per scongiurare le delocalizzazioni.

Ferma restando la necessità – per attutire dirompenti tensioni sociali – di prevedere forme di sostegno ai lavoratori in esubero, si è ormai diffusa la consapevolezza – anche in ambito sindacale

²⁴⁴ La cassa integrazione straordinaria è finanziata dallo Stato. Tuttavia è previsto un contributo addizionale a carico delle imprese che in concreto ricorrono alla Cassa, che è consistentemente maggiorato in caso di proroghe.

²⁴⁵ È raddoppiato il contributo di cui alla nota che precede.

– che altre sono le strade da percorrere per prevenire e scongiurare – e non subire – le delocalizzazioni: lo sviluppo delle infrastrutture (telecomunicazioni, sistema di trasporti ecc.), il sostegno alla ricerca e all'innovazione del prodotto e del processo e la diffusione dei risultati della ricerca nel sistema delle imprese, l'assistenza allo sviluppo delle commercializzazioni dei prodotti anche sui mercati esteri ecc.

Interventi – questi – verso i quali con decisione dovrebbero dirigersi gli investimenti pubblici, anche ad opera delle amministrazioni locali.

L'argomento fuoriesce dalle mie competenze.

L'impressione comunque – soprattutto dopo un'indagine compiuta con specifico riferimento alla regione Lombardia – è quella di un forte ritardo.

Infatti la l. regionale 16 dicembre 1996, n. 35 che ha disciplinato la materia – e che prevede finanziamenti alle imprese, ad associazioni imprenditoriali, a soggetti pubblici (comuni, province, comunità montane, università) per la realizzazione di progetti che si muovano nella direzione indicata – è rimasta per alcuni anni lettera morta perché priva di finanziamenti, e solo ora sono stati emessi i primi bandi, cosicché non è possibile allo stato fornirne un bilancio.

Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*

Silvana Sciarra

1. La derogabilità come nuova tecnica regolativa applicata ai contratti di lavoro.	105
1.1. L'evoluzione delle politiche sociali europee: razionalità del mercato e diritti sociali fondamentali.	108
2. La tutela dei diritti sociali fondamentali in alcune recenti decisioni della Corte di giustizia europea: la tutela della salute.	112
2.1. <i>Mangold</i> : il «principio generale comunitario» di non discriminazione.	116
3. Contratti di lavoro non-standard, norme inderogabili e riequilibrio dei poteri dei contraenti individuali.	121
3.1. Lavoro tramite agenzia.	122
3.2. Lavoro a chiamata.	124
3.3. Il contratto di lavoro part-time.	126
4. Conclusioni.	127
5. Riferimenti bibliografici	128

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 44/2006

1. La derogabilità come nuova tecnica regolativa applicata ai contratti di lavoro.

Questo saggio si propone di verificare se nella recente evoluzione del diritto del lavoro sia in atto un mutamento delle tradizionali finalità della materia e se questo stia avvenendo attraverso una erosione della nozione di inderogabilità. Un tale processo è caratterizzato da scelte del legislatore nazionale che talvolta, nel confronto con il diritto europeo, esprimono una tensione critica, talaltra sembrano disorientate dal confronto medesimo ed esprimono scelte strumentali, non sempre coerenti con l'impianto costituzionale su cui poggia l'ordinamento nazionale.

La limitazione dei poteri del datore di lavoro, giustificata in primo luogo dalla implicazione della persona del lavoratore nel contratto, si ispira, soprattutto nella giurisprudenza costituzionale, al principio di proporzionalità, che meglio di altri dimostra la piena operatività dei diritti fondamentali. Esso diviene uno dei cardini intorno a cui ruota e si consolida la coerenza interna degli ordinamenti giuridici.

Si tratta, come vedremo in seguito, di un principio che emerge distintamente anche nell'evoluzione recente della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, a fronte del moltiplicarsi delle tipologie contrattuali ed in presenza di modalità sempre più disparate di inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa. Esso si affianca ad un solido principio di supremazia del diritto europeo, che assume caratteristiche di grande originalità nella materia di cui qui ci occupiamo.

La nozione italiana di norma inderogabile, applicata alla legge ed ai contratti collettivi²⁴⁶, l'attenzione della dottrina francese verso l'*ordre public* e l'*ordre public relatif o social*²⁴⁷, entro cui si sviluppa il diritto del lavoro, ed anche, in un contesto assai diverso, gli orientamenti britannici in materia di *restraint of trade*²⁴⁸, tutti si basano sulla funzione di norme e principi che assumono grande rilievo nell'evoluzione della materia. Il modo di operare di tali norme comporta che le parti private non debbano allontanarsi dal rispetto di standard minimi legali o contrattuali, a meno che non siano riconosciute alle stesse poteri eccezionali e specifici. Questo limite posto alla libertà delle parti nel contratto individuale di lavoro sta ad indicare una delle finalità precipue del diritto del lavoro: la tutela del contraente debole è impostata come questione di rilevanza pubblica.

La terminologia a cui si è fatto riferimento è coerente con i concetti sviluppati nel diritto internazionale privato. Nella Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali le «norme imperative» nei contratti di lavoro sono quelle che assicurano «protezione» al lavoratore. Sono, pertanto, norme alle quali egli non può rinunciare (art. 6)²⁴⁹. La regola prescelta è quella della legge obiettivamente applicabile.

²⁴⁶ De Luca Tamajo 1976; D'Antona 2000, vol. I, 117 ss.

²⁴⁷ Pélissier, Supiot, Jammaud 2004, 119 ss., che si occupano del complesso rapporto fra legge e contratti collettivi ispirato al principio del *favor* nei confronti del lavoratore.

²⁴⁸ Freedland 2002, 165 ss. Un'importante analisi comparata è offerta da Lord Wedderburn 1992, 127.

²⁴⁹ L'art. 6 si occupa del contratto di lavoro, che rappresenta un'eccezione rispetto al principio della libera scelta del diritto applicabile sancita dall'art. 3. Si rinvia a tale riguardo a Lyon-Caen A., Sciarra, 1998, 9; Clerici 2003, 809.

Non è da sottovalutare, a tale riguardo, lo sforzo della Commissione europea di attrarre la Convenzione di Roma nell'ambito del diritto europeo²⁵⁰. Per i contratti di lavoro ciò dovrebbe comportare un confronto permanente, anche a livello europeo, con la nozione di «norme imperative», nozione che presuppone il rispetto di standard minimi di tutela²⁵¹.

Il significato da attribuire al termine «protezione», è stato ripetutamente e significativamente adattato ai cambiamenti intervenuti nel diritto del lavoro. Nel dibattito corrente, come si avrà modo di dire meglio in seguito, uno degli aspetti più appassionanti attiene alla definizione dei diritti da riconoscere ai soggetti più deboli nel mercato del lavoro. Tali sono da considerarsi non solo i lavoratori non occupati ed i soggetti in cerca di occupazione, ma anche quanti lavorano secondo modalità discontinue o ad orario ridotto, tutte riconducibili per comodità espositiva alla definizione di contratti di lavoro non-standard.

La sfida interpretativa per i giuristi del lavoro consiste nel costruire un nucleo centrale di principi fondamentali intorno a cui far ruotare tali contratti non-standard. Questa scelta, da segnalare con urgenza sia ai legislatori nazionali orientati a ridefinire le finalità del diritto del lavoro, sia al legislatore europeo, presenta elementi di continuità con le precedenti linee di evoluzione della materia e nel contempo lascia ampio spazio ad una nuova definizione delle obbligazioni dedotte nel contratto.

Nella tradizione europea i sistemi nazionali di diritto del lavoro e la loro interna coerenza sono il frutto di politiche legislative ispirate al rispetto dei valori costituzionali. La rilevanza pubblica della materia si afferma in una sempre più stretta combinazione di «individuale» e «collettivo» e - si potrebbe aggiungere - nonostante l'autonomia dei sistemi di contrattazione collettiva. In paesi quali l'Italia, la Germania e la Svezia - a voler fare alcuni esempi - non v'è stato bisogno di ricorrere a leggi sul salario minimo poiché, nonostante la natura privata dei soggetti collettivi attivi nei sistemi di contrattazione collettiva, le politiche salariali hanno mantenuto una loro propria funzione pubblica di stabilità e di giustizia sociale.

Quando, a causa delle mutate circostanze economiche, clausole derogatorie *in peius* sono comparse nei contratti collettivi, la rilevanza pubblica di tali soluzioni non ha cessato di essere apprezzata nell'equilibrio generale delle fonti. Gli standard concordati dalle parti collettive sono stati ritenuti funzionali alle scelte di politica legislativa ed orientati, sia pure in modi dirompenti rispetto alla precedente tradizione, al perseguimento di un bene pubblicamente rilevante.

La più autorevole dottrina francese ha fatto ricorso al concetto di norme «suppletive» per descrivere una funzione di completamento della volontà dei privati, funzione divenuta più ricorrente con il primo avvio delle politiche di flessibilità. La funzione delle norme imperative non scompare

²⁵⁰ Commissione delle Comunità Europee, Libro Verde sulla Trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima, Bruxelles 14.1.2003, COM (2002) 654 definitivo. Si occupa di norme imperative all'art. 1:103 dei principi anche la Commissione Lando, per cui cfr. Castronovo 2001, 101

²⁵¹ Cass. 11.11.2000, n. 14662, NGL, 2001, 235 apre un nuovo corso nella definizione di ordine pubblico internazionale, con l'affermare che deve esistere corrispondenza fra i diritti inderogabili garantiti al lavoratore nell'ordinamento statale e quelli garantiti dalle fonti internazionali, con ciò suggerendo una nozione universale di diritti fondamentali. In tal senso anche Cass. 26.11.2004, n. 22332, NGL, 2005, 169. Si veda inoltre Cass. 21.4.2005, n. 8296, NGL 2005, 707 che conferma il limite dell'ordine pubblico nell'applicazione della legge straniera solo quando sia stata espressamente dedotta dal ricorrente la lesione delle norme imperative italiane.

del tutto. Ad esse si deve, a ben guardare, il funzionamento dell'*ordre public libéral*, presupposto stesso di una economia di mercato, costruita sul contemperamento delle libertà dell'imprenditore e del lavoratore²⁵².

In anni più recenti, il confine fra inderogabilità e derogabilità è divenuto un confine mobile. I poteri delle parti collettive di spostare questa linea di demarcazione e di aprire spazi concordati alla derogabilità sono stati ampliati, tanto da rendere frequente quella che prima era da considerarsi una prerogativa eccezionale. Si è inoltre aperta in più occasioni la possibilità di accedere a deroghe individuali, anche in assenza di criteri chiari di collegamento con la fonte collettiva. Se tali pratiche di individualizzazione divenissero ancor più frequenti, esse indurrebbero ad un ripensamento circa il rapporto virtuoso fino ad ora sperimentato tra fonte legale e fonte negoziale. Ugualmente urgente diverrebbe la valutazione critica dei criteri che assistono il rapporto fra contratti collettivi di diverso livello.

Basti pensare al dibattito che in Germania appassiona la dottrina e le parti sociali circa le «clausole di apertura», inserite nei contratti di settore per autorizzare deroghe peggiorative nei contratti aziendali, anche in materia di retribuzione²⁵³.

In Francia la legge *Fillon* del 2004 prevede che le deroghe da introdursi nel contratto aziendale siano vincolate al rispetto del principio di maggioranza, articolato secondo modalità diverse stabilite dai contratti nazionali e rese vincolanti da decreti ministeriali. A differenza delle precedenti leggi *Auroux*, la legge *Fillon* ha esteso i poteri derogatori dei soggetti collettivi ed ha lasciato fuori dall'area della derogabilità, oltre ai minimi salariali, i sistemi di classificazione dei lavoratori, la protezione sociale complementare, la mutualizzazione dei fondi destinati alla formazione professionale²⁵⁴.

In Svezia - un paese in cui il ruolo della giurisprudenza nell'estendere l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi ha funzionato da sostegno all'autonomia delle parti sociali - si riscontrano sempre più frequentemente casi controversi di deroghe peggiorative nei confronti di lavoratori non iscritti ai sindacati firmatari²⁵⁵.

Anche nel Regno Unito è segnalata la problematicità di alcune soluzioni derogatorie anche peggiorative affidate a contratti collettivi definiti di «aggiustamento di seconda generazione», generati dal diritto comunitario, a partire dalla Direttiva del 1993 sull'orario di lavoro. Tali contratti sfuggono a precisi controlli, a differenza dei contratti di «aggiustamento di prima generazione», sottoposti al vaglio di un decreto ministeriale per verificare l'adeguatezza dello standard concordato al rinvio operato dalla legge²⁵⁶.

In Italia la dottrina valuta con meticolosa cura i rinvii operati dal legislatore delegato alla contrattazione collettiva, nel riformare la disciplina dell'orario di lavoro, a conferma della centralità ed

²⁵² Lyon-Caen G. 1985, 801.

²⁵³ Fuchs 2004a, 54 ss.; Santagata 2005.

²⁵⁴ Pélissier, Supiot, Jeammaud 2004, 956-957; Supiot 2005, 155 e 164 in particolare.

²⁵⁵ Una commissione di nomina governativa (*Committee Concerning the Surveillance of Collective Agreements*, N 2004:17), presieduta da B. Nystrom, sta lavorando su questa complessa materia.

²⁵⁶ Davies, Kilpatrick 2004, 125-126.

insieme criticità di questa materia in molti ordinamenti europei²⁵⁷. Tali numerosi rinvii rispondono ad una mutata funzione della norma collettiva, a cui si chiede di ristabilire limiti massimi – ad esempio nell'orario settimanale complessivo – rispetto ad uno standard legale già derogatorio *in peius* nel confronto con la disciplina precedente. Si fa notare che una tale soluzione può «condurre ad un'accentuazione dei differenziali protettivi tra lavoratori, a seconda che essi appartengano o meno a categorie «forti» [...] ovvero che siano o meno coperti dall'applicazione di un contratto collettivo»²⁵⁸.

La derogabilità, divenuta quasi una nuova tecnica regolativa dei rapporti individuali di lavoro, crea incertezza nel regime delle fonti. Su questo sfondo si colloca il fenomeno di una sempre più complessa diversificazione dei trattamenti economici e normativi all'interno dello stesso luogo di lavoro e/o alle dipendenze dello stesso datore di lavoro²⁵⁹.

La diversificazione, concetto estraneo al diritto del lavoro classico, preoccupato al contrario di perseguire l'uniformità e di non violare il principio di parità di trattamento, governa il territorio dei contratti non-standard, caratterizzato da forme di frammentazione delle tutele. Il trattamento 'più favorevole' – come recitano alcune direttive europee - quello che la norma inderogabile dovrebbe assicurare al lavoratore, diviene sempre più una nozione controversa, soggetta a valutazioni discontinue e talvolta irrazionali.

Per valutare più a fondo il ruolo della norma imperativa e la sua rilevanza nel panorama contemporaneo del diritto del lavoro nazionale e sovranazionale, oltre ad analizzare una recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea (§ 2), è utile soffermarsi su una breve analisi comparata di alcuni contratti non-standard, selezionati con l'intento di intrecciare i riferimenti al diritto interno ed a quello europeo (§ 3).

Prima di avviare una tale analisi è opportuno descrivere l'evoluzione delle fonti di diritto europeo a cui si farà riferimento.

1.1. L'evoluzione delle politiche sociali europee: razionalità del mercato e diritti sociali fondamentali.

In una recente valutazione delle politiche sociali europee si sottolinea che negli anni Settanta non ci fu «un'armonizzazione verso l'alto»²⁶⁰, bensì un 'riavvicinamento' di diritti procedurali, attraverso l'imposizione dell'obbligo di informare e consultare i rappresentanti dei lavoratori in occasioni assai traumatiche per le imprese, quali i licenziamenti collettivi, o il trasferimento di azienda.

Quando diritti di natura procedurale si combinano con la salvaguardia dei diritti dei lavoratori,

²⁵⁷ D.lgs. 8.4.2003, n. 66 (in attuazione della L. 1 marzo 2002, n. 39, Legge Comunitaria 2001), che traspone le Direttive in materia di orario di lavoro, cit. *infra* a nota 22. Si veda anche, per alcune ulteriori modifiche, il decreto correttivo 19 luglio 2004, n. 213. In tema con ampi riferimenti Leccese 2006; Carabelli, Leccese 2005b, 345 ss.; Maresca 2005, 41 ss. ed in particolare 44 dove si sottolinea con preoccupazione il ruolo della contrattazione collettiva nel «mantenimento-rimozione della flessibilità di fonte legale» e dunque il rischio di flessibilità maggiori in presenza di sindacati deboli.

²⁵⁸ Leccese 2006, 22.

²⁵⁹ Parla di «generale arretramento» ma non di «totale superamento della tecnica di regolazione per norme inderogabili» Novella 2003, 547.

²⁶⁰ Hepple 2005, 200.

come negli eventi prima citati, il diritto del lavoro si propone di introdurre regole standardizzate. Pertanto le norme nazionali che pongono limiti alle scelte imprenditoriali non devono abbassare il livello di tutela fissato dalla norma sovranazionale, quanto piuttosto ispirarsi alla logica trasparente del mercato e garantirne l'equilibrio.²⁶¹

La centralità, anche a distanza di tempo, della Direttiva sul trasferimento di azienda²⁶² si spiega alla luce dei diffusi fenomeni di ristrutturazione che si riscontrano nell'UE.²⁶³

Quanto alla Direttiva sui licenziamenti collettivi²⁶⁴, è sufficiente ricordare che l'esigenza di introdurre criteri di scelta dei lavoratori da licenziare ha dato luogo a soluzioni diverse nei singoli ordinamenti nazionali. Le garanzie da riconoscere alle scelte economiche del datore di lavoro si pongono in equilibrio con il rispetto di criteri obiettivi e non discriminatori, ispirati al principio di proporzionalità nella scelta delle misure da adottare.²⁶⁵

Si potrebbe aggiungere, a distanza di anni ed alla luce delle modifiche intervenute nei Trattati, che la scelta dell'art. 100 (ora art. 94) TCE come base giuridica, ovvero della norma che più di altre si prefiggeva il buon funzionamento del mercato comune, non ha causato gravi sconvolgimenti negli assetti nazionali. Si coglie, osservando con occhio più distaccato gli avvenimenti di quegli anni, una prima sfida culturale lanciata al diritto del lavoro nazionale, non certo un capovolgimento delle sue tradizionali funzioni.

Negli anni Ottanta è ancora una volta la razionalità del mercato che ispira la normativa europea in materia di salute e sicurezza. La base giuridica su cui essa poggia è tale da ispirare una produzione completa e molto variegata di norme. Anche gli osservatori più scettici delle vicende europee nel campo delle politiche sociali non possono non riconoscere l'enorme importanza delle direttive europee che regolano la materia. Il diritto fondamentale alla salute e sicurezza, così come il diritto fondamentale alla parità di trattamento fra uomini e donne ed in seguito il diritto a non essere discriminati in materia di occupazione e condizioni di lavoro, sono tutti esempi della connotazione 'pubblica' impressa alle norme europee, in linea con le tradizioni costituzionali degli Stati membri.

La principale differenza da sottolineare rispetto agli ordinamenti nazionali è che l'*ordre public* europeo, nel predisporre un sistema di diritti vincolanti nei confronti dei privati oltre che degli stati, non si avvale di un sistema parallelo di contrattazione collettiva strutturato in modo da sostenere e specificare i diritti medesimi. L'incapacità delle parti sociali europee di stipulare veri e propri contratti collettivi dotati di vincolatività negli ordinamenti nazionali - e dunque fonti di

²⁶¹ Nel Regno Unito, ad esempio, il legislatore fu costretto ad intervenire per garantire il rispetto degli obblighi di informazione e di consultazione previsti dalle Direttive europee, a seguito della pronuncia di condanna della Corte di Giustizia, C-382/92 CE *EC Commission v United Kingdom* (1994). Si veda in tema Deakin, Morris 2005, 864 ss.

²⁶² Direttiva 2001/23 CE del 12 marzo 2001, che modifica la Direttiva 77/187.

²⁶³ Edwards 2002.

²⁶⁴ Direttiva 98/59 CE del 20.7.1998, che modifica la Direttiva 75/129.

²⁶⁵ Perulli 2005, 17 colloca i licenziamenti collettivi fra gli esempi utili a provare la centralità dei principi di obiettività e proporzionalità al fine di salvaguardare la razionalità del diritto del lavoro.

diritti inderogabili - crea a livello sovranazionale una situazione anomala, della quale si dovrà tener conto nella elaborazione delle future politiche sociali²⁶⁶.

La Direttiva 93/104 sull'organizzazione dell'orario di lavoro (ora codificata nella Direttiva 2003/88, a seguito delle numerose modifiche intervenute)²⁶⁷, si inserisce nel solco aperto dalla Direttiva 89/391 sul miglioramento della salute e della sicurezza dei lavoratori. Quest'ultima rappresenta, anche a distanza di tempo, un pilastro insostituibile nella costruzione di un sistema di norme europee inderogabili, anche in forza della sua base giuridica, l'art. 137 TCE, che prevede decisioni a maggioranza qualificata nel Consiglio, sulla scia delle modifiche introdotte dall'Atto Unico Europeo con l'art 118 a.

La trasposizione della Direttiva sull'orario di lavoro si è rivelata complessa in molti Stati membri, soprattutto in ragione dell'intricato sistema di deroghe in essa previsto. Gli articoli 17, 18 e 19 della Direttiva 2003/88 hanno dato adito all'espandersi di quella che si è prima definita tecnica regolativa della derogabilità, consistente in una serie ricorrente di eccezioni alla regola primaria, quella incardinata nell'*ordre public*, da considerarsi, in quanto tale, inderogabile. In base ad un tale regime di deroghe si crea un sistema di fonti legali e contrattuali interconnesse, che apre un numero potenzialmente infinito di modalità specifiche per dare attuazione alla tutela del lavoratore. Dal diritto fondamentale alla salute e sicurezza si diramano rivoli differenziati di tutela, legati per la loro effettività al grado di vincolatività delle fonti collettive e talvolta alla rappresentatività dei soggetti che tali fonti contribuiscono a produrre.

Inoltre, l'art. 23 della Direttiva 2003/88 sull'orario di lavoro contiene una «clausola di non regresso», concepita in modo ambiguo. Nell'affermare che «i requisiti minimi» previsti dalla Direttiva devono comunque essere rispettati, sia pure nelle libere scelte di politica legislativa operate dagli Stati Membri «alla luce dell'evoluzione della situazione», si dice anche che la trasposizione della Direttiva «non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori». Questa clausola va posta in diretto collegamento con la facoltà di deroga riconosciuta agli Stati membri ed ai soggetti collettivi negli articoli 17, 18 e 19, prima citati.

Ne deriva un sistema estremamente frastagliato di fonti, che ha indotto la Commissione a proporre nuove modifiche alla normativa in materia di orario di lavoro²⁶⁸. Dal punto di vista del diritto

²⁶⁶ Il riferimento è alle procedure previste nel Titolo XI TCE. L'analisi critica più completa di tale sistema è in Lo Faro 1999 (una versione inglese di questo libro è pubblicata da Hart Publ. Oxford 2000). La Commissione europea si occupa del tema della contrattazione collettiva europea transnazionale e di un possibile modello 'opzionale' a cui fare ricorso sia a livello settoriale che di impresa nell'Agenda sociale in cui si enumerano le iniziative da prendersi fino al 2010. Si veda *Communication from the Commission on the Social Agenda*, Brussels 9.2.2005, COM (2005) 33 definitivo, 8.

²⁶⁷ Direttiva 2003/88 CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 Novembre 2003, che consolida le modifiche apportate dalla Direttiva 2000/34 alla Direttiva 93/104. È importante sottolineare che i requisiti minimi previsti dalla Direttiva ora in vigore si applicano a tutti i lavoratori, come definiti dall'art. 3a della Direttiva 1989/391 CEE del 12 giugno 1989 in materia di tutela della salute e sicurezza, fonte da cui trae origine la disciplina dell'orario di lavoro ed a cui costantemente fa riferimento la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

²⁶⁸ Si veda la proposta di modifiche da apportare alla Direttiva sulla regolamentazione dell'orario di lavoro presentata dalla Commissione in COM (2004) 607, definitiva 2004/0209 COD inviata al Consiglio ed al Parlamento Europeo il 22.9.2004 e su cui si è espresso criticamente il CESE (SOC 2004 CESE 527/2005). A seguito della posizione presa dal Parlamento Europeo, che ha proposto ulteriori modifiche nella sua prima lettura dell'11 maggio 2005, si veda ora la nuova Proposta presentata dalla Commissione COM (2005) 246 definitiva 2004/0209 COD.

nazionale resta aperto il confronto fra standard di tutela applicabili e dunque fra norme derogabili e non, anche alla luce di alcune importanti sentenze della Corte di Giustizia europea di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

Diversa è la propensione mostrata dalle Direttive²⁶⁹ che, nel tentativo di cogliere la natura transnazionale di taluni diritti dei lavoratori, si prefiggono non tanto l'uniformità, quanto l'equivalenza degli standard di tutela²⁷⁰.

Le procedure per l'informazione e la consultazione a livello transnazionale, a voler fare un esempio, «dovrebbero essere garantite in tutti i casi in cui viene costituita una Società europea e nel caso di accordi sul coinvolgimento dei lavoratori tali procedure dovrebbero formare oggetto di accordo fra le parti interessate»²⁷¹. Nella Direttiva sui Comitati aziendali europei (CAE) le procedure per l'informazione e la consultazione servono ad evitare disuguaglianze di trattamento fra lavoratori i cui rapporti di lavoro sono regolamentati da normative nazionali differenti e verso cui si indirizzano le decisioni prese da imprese transnazionali²⁷². La Corte di giustizia non ha mancato di sottolineare che il dovere di informare i lavoratori ha natura transnazionale²⁷³. Anche i diritti procedurali sanciti dal diritto europeo possono pertanto svolgere nel mercato transnazionale un utile ruolo di bilanciamento dei poteri imprenditoriali, a favore di un potenziale riequilibrio delle posizioni individuali nei contratti di lavoro.

Le diverse tecniche regolative adottate nel diritto europeo e le rispettive ricadute negli ordinamenti nazionali stanno a dimostrare, come si è già detto, che il diritto del lavoro è sottoposto a costanti verifiche della sua coerenza interna.

Nell'analisi di questa perdurante tensione fra ordinamenti nazionali ed ordinamento sovranazionale un orientamento da seguire consiste nel misurare la rilevanza dei diritti fondamentali nei contratti individuali di lavoro. Le interpretazioni giurisprudenziali che ne valorizzano l'incidenza all'interno dei rapporti interpretati stanno a dimostrare l'attualità del diritto del lavoro e delle sue tradizionali finalità nel riequilibrare i poteri dei contraenti individuali.

Ancora più complesso appare il test di razionalità presentato ai legislatori nazionali, se si analizzano le Direttive che recepiscono gli accordi quadro siglati dalle parti sociali europee. Nelle Direttive sul lavoro *part-time* e sui contratti a termine²⁷⁴ la risposta alla crescente domanda di flessibilità nelle tipologie contrattuali, oltre che nell'organizzazione del lavoro, si combina con il rinvio agli Stati membri di talune modalità applicative e dunque con il riconoscimento della pluralità di soluzioni che da questa formula possono emanare.

²⁶⁹ Direttiva 94/45 CE del 22 settembre 1994, riguardante l'istituzione dei comitati aziendali europei; Direttiva 2001/86 CE dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della Società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori.

²⁷⁰ Di recente Blanc-Jouvan 2002, 229.

²⁷¹ Direttiva 2001/86, rispettivamente *Considerando* 6 ed 8.

²⁷² Direttiva 94/45, *Considerando* n. 10.

²⁷³ C-349/01 *Betriebsrat der Firma ADS Anker GmbH v ADS Anker GmbH*, Racc 2004, 6803.

²⁷⁴ Direttiva 97/81CE del 15.12.1997, che recepisce l'accordo quadro sul lavoro part-time; Direttiva 99/70 CE del 28.6.1999, che recepisce l'accordo quadro sui contratti di lavoro a termine.

Nella Direttiva sul lavoro *part-time* si invitano gli Stati Membri ad eliminare gli ostacoli potenzialmente limitativi del ricorso a tale tipologia di contratti. Nella Direttiva sui contratti a termine si parla, con finalità forse più prescrittive che nel precedente esempio, di misure da introdurre per la prevenzione degli abusi sia nella fissazione del termine, sia nella durata massima e nel rinnovo dei contratti²⁷⁵.

Nelle ultime due fonti citate la norma imperativa fissa il principio di parità di trattamento fra lavoratori comparabili. Il rispetto di tale diritto fondamentale deve combinarsi con le indicazioni non vincolanti contenute in entrambe le direttive che, come si è visto, lasciano facoltà agli Stati membri di selezionare le proprie priorità sul piano degli interventi legislativi e di farlo nel modo più consono rispetto all'evoluzione dell'ordinamento interno.

Entrambe le Direttive, analogamente a quanto già detto per la Direttiva sull'orario di lavoro, contengono una «clausola di non regresso», ovvero un'indicazione di incerta natura giuridica in base alla quale non dovrebbe essere consentito agli Stati membri di ridurre il livello delle tutele garantite dalle norme vigenti, ponendo tali iniziative legislative in diretto collegamento con l'obbligo di trasposizione delle Direttive.

Mentre le clausole non vincolanti delle due Direttive di cui si discute lasciano ai legislatori nazionali un vasto ambito di discrezionalità, le clausole di non regresso dovrebbero vincolarli al rispetto dei valori fondamentali su cui gli ordinamenti sono sorti e si sono consolidati. Fra tali valori deve annoverarsi il principio di inderogabilità delle norme imperative, vero e proprio principio regolatore dei rapporti di lavoro, poiché proteso ad assicurare un necessario equilibrio fra i poteri dei contraenti individuali.

L'obiettività di misure legislative orientate in tal modo si misura in ragione della rilevanza del bene pubblico protetto. La proporzionalità dei limiti posti ai contraenti individuali torna dunque al centro delle funzioni del diritto del lavoro. Garantire la tutela della persona del lavoratore è la formula che meglio di ogni altra riunisce in sé le finalità vecchie e nuove del diritto del lavoro, anche nel dialogo costante che impegna gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento europeo.

2. La tutela dei diritti sociali fondamentali in alcune recenti decisioni della Corte di giustizia europea: la tutela della salute.

Nelle battute iniziali di questo scritto si è affermato che l'*ordre public* europeo non è meno significativo di quello nazionale nel segnare soglie di tutela basate su norme imperative. Oltre tali soglie non è dato sporgersi se si vuole mantenere intatto l'impianto del diritto del lavoro, conservandone le finalità principali.

La nozione di orario di lavoro e le finalità delle Direttive europee in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori sono al centro di alcune recenti decisioni della Corte di giustizia.

Nel caso *Bectu*, con riferimento al diritto alle ferie retribuite sancito dalla Direttiva sull'orario di lavoro, la Corte ha ribadito la priorità della tutela della salute ed ha affermato che i diritti sociali

²⁷⁵ Si veda in entrambe le Direttive la Clausola 5 degli accordi quadro recepiti.

non sono in alcun modo subordinati ai diritti economici²⁷⁶. Le norme di trasposizione della Direttiva nell'ordinamento del Regno Unito, fatte oggetto di rinvio pregiudiziale, prevedevano che, solo dopo un periodo ininterrotto di 13 settimane di lavoro, i lavoratori potessero vantare tale diritto. Il fatto che questa previsione escludesse dal godimento del diritto alle ferie i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato inferiore alle tredici settimane diede luogo all'affermazione da parte della Corte della natura inderogabile del diritto sociale in questione, fondato nella Direttiva.

Questo caso fu salutato dai primi commentatori con entusiasmo, poiché nelle sue Conclusioni l'Avvocato Generale Tizzano, dopo aver minuziosamente esaminato fonti esterne all'ordinamento europeo, cita l'art. 31 della Carta di Nizza quale fonte ancor più significativa a cui fare riferimento, nonostante il valore non vincolante della Carta medesima²⁷⁷. Anche se la Corte, conservando il suo ben noto *self-restraint*, non fonda il suo ragionamento su tale norma, essa apre un varco significativo nel costruire il diritto alle ferie come diritto di tutti i lavoratori, senza che il legislatore nazionale possa condizionare l'esistenza del diritto medesimo, pur intervenendo nel regolamentarne l'esercizio.²⁷⁸

Uno sviluppo recente da collegarsi alla decisione della Corte si rinviene in una legge greca del 2003, che garantisce il diritto fondamentale alle ferie retribuite ai lavoratori assunti con contratto a tempo determinato, indipendentemente dalla durata del contratto²⁷⁹.

Inoltre, in alcune domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte da giudici del Regno Unito²⁸⁰ si discute della violazione del diritto fondamentale alla salute, nel caso in cui contratti individuali o collettivi di lavoro facciano riferimento fra le voci della retribuzione ad una non ben specificata indennità per ferie, senza che siano chiaramente disciplinate da altra fonte negoziale le effettive modalità di godimento delle ferie medesime. Nel pronunciarsi su questa questione la Corte ribadisce la natura inderogabile del diritto alle ferie retribuite e la contrarietà con tale diritto di misure legislative che non ne rendano effettivo il godimento.²⁸¹

Come si vede, il diritto fondamentale alla salute non può essere sottovalutato dal legislatore nazionale che traspone la Direttiva nell'ordinamento interno, né tanto meno dalle parti individuali o collettive che operano in concreto su rinvio della legge. A tal fine, il dovere di informazione da parte del datore di lavoro, collegato al rispetto di un principio di trasparenza delle disposizioni concordate in sede individuale o collettiva, assume una valenza strumentale non secondaria nel fortificare l'impianto della norma imperativa.

²⁷⁶ C-173/99 *The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, Racc., 2001, I, -4881, al punto 59 della decisione. Si vedano i commenti di Ricci 2001, 401 ss. Si veda anche Sciarra 2002. *Bectu* ha ispirato alcune importanti argomentazioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl nelle sue Conclusioni in C-131/04 and C-257/04 *C.D. Robinson-Steele v R.D. Retail Services Ltd; Michael Jason Clarke v Frank Staddon Ltd; J.C. Caulfield, C.F. Caulfield, K.V. Barnes v Hanson Clay Products Ltd*, del 27 Ottobre 2005, su cui v. *infra* note 35 e 36.

²⁷⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale, 8 febbraio 2001, 26 e 27. Tizzano sviluppa argomenti analoghi nelle sue Conclusioni in C-133/00 *J.R. Bowden and Others v Tuffnells Parcels Express Ltd*, 8 maggio 2001.

²⁷⁸ Si sofferma sull'importanza di questa decisione O'Leary 2005, 78-79.

²⁷⁹ Yannakourou (2004) http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/ell_el_en.pdf p. 41.

²⁸⁰ C-131/04 e C-257/04, cit. a nota 31 V. in particolare le Conclusioni dell'Avvocato generale nei due casi citati, al punto 111.

²⁸¹ La sentenza è stata resa il 16 marzo 2006.

Tali rinvii pregiudiziali mettono a nudo il canone di estrema flessibilità introdotto nel Regno Unito dalle *Working Time Regulations* del 1998²⁸². Le norme di trasposizione della Direttiva sull'orario di lavoro hanno indotto situazioni di incertezza diffusa quanto ai regimi di tutela applicabile, soprattutto per i lavoratori non-standard. In uno dei casi sottoposti alla Corte, infatti, è un lavoratore temporaneo che si vede conglobare nella retribuzione oraria una maggiorazione per le ferie, senza che tale parte della retribuzione sia posta in relazione ad un periodo di ferie effettivamente godute. Nell'altro caso è un lavoratore apparentemente autonomo, ma in concreto dipendente da un appaltatore, che rivendica un analogo diritto all'effettivo godimento del periodo di ferie.

L'Avvocato Generale richiama, a tale riguardo, la condizione di sottoprotezione di lavoratori a basso reddito, costretti ad un improbabile accantonamento delle maggiorazioni ricevute per poter poi godere in concreto delle ferie²⁸³. Alla luce di queste vicende, è opportuno sottolineare che la Corte, a cui non spetta valutare l'adeguatezza delle norme di trasposizione della Direttiva sull'orario di lavoro, non può non evidenziare con forza la centralità del diritto comunitario. Essa vuole, in tal modo, accentuare il ruolo dei giudici nazionali nel promuovere un'interpretazione del diritto interno conforme alla Direttiva²⁸⁴.

In un rinvio pregiudiziale promosso da un giudice olandese il diritto al godimento effettivo delle ferie torna, ancora una volta, prepotentemente alla ribalta, alla luce dell'art. 7 c.2 della Direttiva 2003/88 sull'orario di lavoro²⁸⁵. Secondo i sindacati ricorrenti, la legge olandese che consente di spostare all'anno successivo il periodo di ferie e poi di rinunciarvi in cambio di una indennità sostitutiva, esporrebbe i lavoratori 'al rischio di subire pressioni' da parte dei datori di lavoro²⁸⁶. L'avvocato generale, nel ritenere che vi sia contrasto fra la norma di diritto interno e l'art. 7 c. 2 della Direttiva, sottolinea che la violazione del diritto al riposo permane, nonostante la prospettiva di un incentivo economico²⁸⁷.

È evidente come entrambi questi passaggi servano a disegnare – ed ancora se ne avverte il bisogno – il percorso della norma inderogabile. Nel prefiggersi la tutela di soggetti esposti alle conseguenze di comportamenti arbitrari, essa innesca comportamenti virtuosi in entrambe le parti del contratto di lavoro, costrette, nel caso specifico di cui qui si discute, a programmare correttamente il periodo di godimento delle ferie nell'anno di riferimento. La Corte non manca di seguire le Conclusioni dell'avvocato generale e conferma che i giorni di ferie annuali non goduti nel corso di un anno, non possono essere sostituiti da un'indennità nel corso di un anno successivo.²⁸⁸

In *Jaeger*²⁸⁹ la Corte si sofferma sul diritto inderogabile del lavoratore a vedere rispettato l'orario

²⁸² Per cui si rinvia a Ricci 2005, 412 ss.

²⁸³ Come sostenuto dai ricorrenti ed avallato dalle osservazioni della Commissione, riportate nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale, rispettivamente a 59 e 73.

²⁸⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale nelle cause riunite C-131/04 e C-257/04, ai punti 38 e 41 in particolare ed anche 43, con rinvio al caso *Pfeiffer*, cit. *infra* a nota 48

²⁸⁵ C-124/05 *Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) contro Staat der Nederlanden*.

²⁸⁶ C-124/05, punto 15 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kokott presentate il 12 gennaio 2006.

²⁸⁷ *Ibidem*, punto 31.

²⁸⁸ C-124/05, cit. del 6 aprile 2006

²⁸⁹ C-151/02 *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger*, un rinvio pregiudiziale presentato da un giudice tedesco, incentrato sulla nozione di orario di lavoro, intesa come inclusiva delle prestazioni di guardia da svolgersi in ospedale.

massimo di lavoro, indicato dalla Direttiva in 48 ore settimanali, incluso l'orario straordinario. Le nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo» – sostiene la Corte – sono «nozioni di diritto comunitario» che occorre definire secondo criteri oggettivi, in modo da garantirne un'applicazione uniforme in tutti gli Stati membri²⁹⁰. Questi ultimi, coerentemente a quanto affermato dalla Corte, non possono «unilateralmente» modificare tali nozioni, considerate strettamente funzionali alla tutela della salute, a meno di non perdere di vista lo scopo della Direttiva e la tutela del diritto fondamentale in essa «direttamente» fondato²⁹¹.

Su queste premesse si basa la decisione della Corte di ritenere rientranti nella nozione di orario di lavoro i servizi di guardia svolti dai medici in ospedale, anche se in tali periodi è reso possibile riposare. I periodi compensativi devono funzionare in modo tale da consentire il recupero psico-fisico del lavoratore che abbia superato l'orario massimo di lavoro. Né può l'accordo aziendale o il contratto collettivo regolamentare periodi di riposo compensativo solo con riferimento ai servizi di guardia durante i quali vi sia stata effettivamente una prestazione professionale.

Affermare che la norma inderogabile è generata dall'ordinamento sovranazionale ed in esso resta incardinata è una premessa importante per limitare i poteri di deroga previsti dalla Direttiva, anche per il tramite della contrattazione collettiva. Il principio di proporzionalità è evocato per garantire che le deroghe siano solo circoscritte a 'quanto strettamente necessario alla tutela degli interessi che tali deroghe permettono di proteggere'²⁹².

In *Pfeiffer*²⁹³ la Corte afferma l'imperatività delle norme poste a tutela della salute e sicurezza, quali sono da considerarsi le disposizioni in materia di limiti legali all'orario di lavoro, all'orario massimo settimanale, ai periodi di riposo. Il lavoratore, evocato esplicitamente dalla Corte come contraente debole, non necessariamente trova nel contratto collettivo aziendale o di settore una fonte certa di regolamentazione, se il regime delle deroghe previsto ed i relativi riflessi sul piano del contratto individuale di lavoro risultano oscuri e non facilmente accessibili.

La Corte sostiene che il diritto alla salute, configurato dalla Direttiva come diritto soggettivo che fa capo al singolo lavoratore, non può essere indebolito da deroghe individuali, specialmente se il singolo non è in grado di conoscere gli effetti che da tali deroghe conseguono²⁹⁴. La salute, bene pubblico per eccellenza, non può essere pienamente tutelata se la fonte volontaria operante su rinvio della legge abbassa la soglia dei diritti inderogabili che fanno capo ai singoli lavoratori.

In *Pfeiffer* la Corte propone in termini originali l'obbligo per i giudici nazionali di interpretare il

²⁹⁰ *Jaeger*, cit., 58.

²⁹¹ *Jaeger*, cit., 59 con riferimenti all'importante precedente posto dalla sentenza C- 303/98 *Simap*, Racc., 2000, I -7963.

²⁹² *Jaeger*, cit., 89. Sulle conseguenze che questo caso sta producendo nell'organizzazione del lavoro degli ospedali pubblici tedeschi si sofferma O'Leary 2005, 80, preoccupata dall'espansione di un ricorso indiscriminato alle clausole di 'opt-out', basate sul consenso del singolo lavoratore.

²⁹³ In C-397/01 *Pfeiffer v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e V*, Racc. 2004 I-8835, la Corte si pronuncia su un rinvio pregiudiziale presentato da un giudice tedesco. La questione riguarda lavoratori della Croce rossa il cui orario di lavoro prevede periodi di permanenza obbligatoria, di reperibilità e di guardia, nozioni queste ultime oggetto di controverse interpretazioni anche alla luce delle formulazioni adottate nelle fonti collettive. Uno dei punti centrali su cui la Corte si interroga è se un contratto collettivo di settore o aziendale possa introdurre norme derogatorie rispetto all'orario massimo giornaliero.

²⁹⁴ C-397/01 *Pfeiffer*, cit., 82 ss. Il tema controverso del consenso alle deroghe individuali è trattato anche in C-303/98 *Simap*, cit. a nota 46, un caso centrale nella giurisprudenza della CGE. Si veda in proposito Fairhurst 2001, 236 ss.

diritto nazionale conformemente ai contenuti letterali della Direttiva ed alle sue finalità. Essa afferma, infatti, che un tale obbligo di interpretazione conforme è «inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta»²⁹⁵. Si può dunque intendere che il giudice applichi questo principio non solo con riferimento alle Direttive, ma al diritto comunitario nel suo complesso.

L'interpretazione conforme, inoltre, deve investire la normativa preesistente e successiva alla Direttiva²⁹⁶ e valutare l'ordinamento nazionale nel suo complesso. Pertanto – dato questo di grande rilievo per il diritto del lavoro – anche le fonti volontarie che affiancano la disciplina legale rientrano nella valutazione del giudice²⁹⁷. L'enfasi posta dalla Corte sulla natura vincolante del diritto alla salute costituisce un richiamo forte e significativo per le parti collettive, come per i contraenti individuali. Poiché la Direttiva non può produrre effetti nei rapporti interpretati, l'obbligo di farla osservare ricade su tutti gli organi degli Stati membri, inclusi gli organi giurisdizionali, investiti di un nuovo e proficuo protagonismo nella materia dei diritti sociali fondamentali.

Come si è già detto, la Corte elabora la sua giurisprudenza con riferimento a due direttive funzionalmente collegate nella tutela di un bene pubblico ed entrambe emanate sulla base giuridica dell'art. 137 TCE (ex art. 118 a). La tecnica dell'armonizzazione degli standard normativi, ancorché orientata al buon funzionamento del mercato, non impedisce di elaborare forme di tutela della persona assai valide, anche a distanza di tempo. Con ciò si vuole sottolineare che, negli anni in cui trionfano modalità «flessibili» di organizzazione del lavoro, la norma imperativa, anche quella incardinata nell'ordinamento europeo, può continuare ad operare quale strumento di bilanciamento dei poteri delle parti nei contratti individuali di lavoro.

I diritti fondamentali nascenti dall'ordinamento comunitario si insinuano, in virtù della giurisprudenza della Corte, nella regolamentazione del rapporto di lavoro e sono in grado di influenzare il comportamento dei contraenti individuali. Essi contrastano in modo efficace quella che in precedenza si è voluto provocatoriamente definire tecnica regolativa della derogabilità, tecnica che in anni recenti tanto spazio ha trovato nelle scelte imprecise e talvolta ambigue dei legislatori nazionali.

2.1. *Mangold*: il «principio generale comunitario» di non discriminazione.

Anche le Direttive in materia di lavoro part-time e contratti di lavoro a termine, che recepiscono i contratti quadro stipulati dalle parti sociali²⁹⁸, hanno dato luogo a controverse norme di trasposizione negli ordinamenti nazionali. La ragione è da ricercarsi nel fatto che le norme che disciplinano questi contratti di lavoro si collocano sovente all'interno di più ampie strategie nazionali per

²⁹⁵ *Pfeiffer*, cit., 114. Questo aspetto è evidenziato da Prechal (2005 b) in una lunga nota alla decisione della Corte 1445 ss. ed in particolare 1452 e 1461, dove si afferma che l'obbligo di interpretazione conforme, come descritto in *Pfeiffer*, è vicino al principio della responsabilità dello Stato inadempiente nella trasposizione delle direttive, esemplificato in *Francovich*. Si veda anche più in generale Prechal (2005 a), 180ss.

²⁹⁶ In merito all'obbligo di interpretazione conforme anche prima che la Direttiva sia stata trasposta si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott in C-212/04 *Konstantinos Adeneler e altri*, 27 Ottobre 2005, che cita le sue stesse Conclusioni in C-313/2003, *Nicole Wippel v Peek & Cloppenburg GmbH & Co.KG*. Il caso *Konstantinos* riguarda la prassi, invalsa in Grecia nel settore del lavoro pubblico, di reiterare la stipula di contratti a termine. Tale prassi, in possibile contrasto con i principi della Direttiva, è proseguita anche dopo l'emanazione della stessa, prima della sua trasposizione nell'ordinamento greco.

²⁹⁷ *Pfeiffer*, cit., 115 e 118.

²⁹⁸ C. cit. a nota 29.

incrementare l'occupazione, in sintonia con quanto indicato dalla strategia europea regolamentata nel Titolo VIII del TCE.

Si è detto in precedenza della doppia valenza di tali Direttive, da un lato orientate a garantire il rispetto del diritto fondamentale alla parità di trattamento fra lavoratori comparabili, dall'altro aperte a formule non vincolanti, che sollecitano in modo generico gli Stati membri ad adottare misure di concreta apertura alle tipologie contrattuali in questione. La clausola di non regresso, presente in entrambe le Direttive, ci ricorda inoltre che la trasposizione delle stesse non può essere adottata come giustificazione valida per l'abbassamento del livello generale di tutela previsto per i lavoratori.

Se, da un lato, le clausole non vincolanti delle Direttive potrebbero essere intese come fonti che legittimano qualunque intervento del legislatore nazionale, le clausole di non regresso, dall'altro, si porrebbero a salvaguardia degli standard di tutela esistenti. In realtà questo gioco di apparente reciproca attenuazione degli effetti derivanti dalle iniziative legislative degli Stati membri dimostra lo scarso rilievo, sul piano di un'interpretazione sistematica, sia dell'uno, sia dell'altro impulso impresso dal legislatore comunitario nei confronti dei legislatori nazionali. La debolezza di entrambe le formule crea un vuoto di riferimenti precisi ed incondizionati e può favorire soluzioni strumentali da parte di chi usa il diritto comunitario quale schermo dietro cui nascondere scelte controverse e non lineari nell'elaborazione delle politiche legislative nazionali.

Su questo sfondo si colloca una recente sentenza della Corte di giustizia²⁹⁹, preceduta da argomentate conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano³⁰⁰. A quest'ultimo, in linea con gli orientamenti recenti della dottrina italiana³⁰¹ e nell'assenza di significativi riscontri in altri ordinamenti, si deve una classificazione delle clausole di non regresso ed un primo importante contributo alla loro interpretazione.

In *Mangold* la Corte è investita di una questione pregiudiziale circa una legge tedesca che facilita il ricorso a contratti a termine per lavoratori anziani, al fine di agevolare l'occupazione. La liberalizzazione nel ricorso a tali contratti sarebbe in contrasto con i limiti obiettivi posti dalla Direttiva 1999/70, quanto alla possibilità di rinnovo dei contratti. L'età massima dei lavoratori abilitati alla stipula di contratti a termine svincolati da tali limiti, abbassata in sede di trasposizione della Direttiva, da un lato violerebbe la clausola di non regresso, dall'altro introdurrebbe una discriminazione in ragione dell'età, vietata dalla Direttiva 2000/78 CE.

Nelle sue Conclusioni l'Avvocato generale sottolinea che le leggi in materia di contratti a termine, succedutesi nell'ordinamento tedesco fin dalla metà degli anni Ottanta e culminate in una disciplina che trae origine dalle proposte della Commissione *Hartz*³⁰², si caratterizzano per avere as-

²⁹⁹ C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, 22.11.2005.

³⁰⁰ C-144/04 *Mangold*, Conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 30 giugno 2005.

³⁰¹ Si veda un'ampia disamina delle clausole in questione – in parte ripresa dall'Avvocato Generale Tizzano in *Mangold* – in Carabelli, Leccese 2005a. Per alcuni riferimenti si rinvia anche a Sciarra 2005, 204-207.

³⁰² Per cui si rinvia a Fuchs 2005a, 135 ss.

sunto come obiettivo principale la promozione dell'occupazione e per «voler perseguire una propria scelta di politica economica e sociale indipendente dai vincoli comunitari»³⁰³. Questo passaggio viene ripreso dalla Corte nel rilevare che «i successivi abbassamenti dell'età oltre la quale è consentita la stipula di contratti a tempo determinato senza restrizioni sono giustificati non già dalla necessità di applicare l'accordo quadro, ma da quella di incentivare l'occupazione delle persone anziane in Germania»³⁰⁴. Pertanto non vi sarebbe violazione della clausola di non regresso, invocata dal ricorrente, poiché politiche occupazionali come quella su cui si innesta la controversia esulano dalle finalità della Direttiva.

Tuttavia, il richiamo alla Direttiva 1999/70, insinuato in un passaggio quanto mai ambiguo della decisione, consente alla Corte di affermare che la normativa nazionale controversa è «misura di attuazione» di tale legislazione secondaria e dunque vincolo ineliminabile per l'ancoraggio al «diritto comunitario» ed ai principi generali su cui lo stesso si fonda³⁰⁵. Alla legge sul contratto a termine, fonte di trasposizione della Direttiva 1999/70 nell'ordinamento tedesco, si deve dunque guardare per poter invocare i principi di diritto comunitario preesistenti alla Direttiva medesima, fra cui il principio di non discriminazione, riconosciuto, come la Corte ricorda in apertura del suo ragionamento, in numerose fonti internazionali³⁰⁶.

Nell'abile virata, che la porterà a riscontrare il contrasto con la Direttiva 2000/78, consistente in una discriminazione in ragione dell'età nei confronti dei lavoratori anziani assunti con contratti a termine, la Corte è consapevole di un intralcio che interrompe il suo cammino. Tale Direttiva, infatti, non è ancora trasposta nell'ordinamento nazionale, poiché la Germania ha esercitato la facoltà di richiedere tre anni supplementari entro cui provvedere all'emanazione della normativa in materia di discriminazioni per età ed handicap. La dottrina dell'interpretazione conforme, come illustrata in *Pfeiffer*, non può essere invocata, né tanto meno si può adombrare un effetto diretto orizzontale della direttiva nei rapporti interprivati.

La Corte mette dunque al centro della sua valutazione l'età, criterio che accomuna una intera categoria di lavoratori, ed applica ancora una volta il principio di proporzionalità, in base al quale ogni deroga a diritti individuali deve consentire di conciliare il principio di parità di trattamento con le finalità perseguite³⁰⁷. Essa sostiene che il principio di non discriminazione, preesistente all'emanazione della Direttiva, è «principio generale del diritto comunitario», in quanto tale sufficiente ad assicurare ai singoli la tutela che il diritto comunitario stesso ad essi riconosce, indipendentemente dalla scadenza dei termini di trasposizione della Direttiva. È compito del giudice nazionale disapplicare la normativa in contrasto con tale principio fondamentale ed applicare la norma sovranazionale, anche quando il termine per la trasposizione della direttiva non è ancora scaduto³⁰⁸.

³⁰³ *Mangold*, Conclusioni, cit., 76.

³⁰⁴ *Mangold*, 53.

³⁰⁵ *Mangold*, 74.

³⁰⁶ *Mangold*, 7, dove si richiamano i 'considerando' 1 e 4 della Direttiva 2000/78.

³⁰⁷ *Mangold*, 65.

³⁰⁸ *Mangold*, 74-77.

Una tale interpretazione suscita reazioni interlocutorie in chi si ponga l'obiettivo di salvaguardare una coerenza complessiva dell'ordinamento comunitario. Il riferimento all'art 6 TUE ed ai diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, allacciato in rapida successione all'evocazione generica di un principio di tutela contro le discriminazioni, anch'esso garantito da varie fonti internazionali, avviene attraverso le citazioni di alcuni 'considerando' della non trasposta Direttiva 2000/78³⁰⁹.

Inoltre, per giustificare l'obbligo degli Stati di astenersi dall'adottare misure potenzialmente contrarie agli obiettivi perseguiti dalla direttiva in corso di trasposizione, la Corte cita precedenti in cui, in forza dell'efficacia verticale della fonte secondaria in questione, tale obbligo incombeva direttamente sullo Stato membro, senza alcuna ricaduta nei rapporti fra privati³¹⁰.

Resta ancora da dimostrare che, attraverso l'interpretazione conforme, i giudici nazionali possano riconoscere in capo ai singoli diritti soggettivi da far valere nei rapporti di lavoro, in forza di un non ben definito principio fondamentale alla non discriminazione. Sullo sfondo di questa vicenda giurisprudenziale si vorrebbe poter scorgere, con rinnovata convinzione, la sagoma di diritti fondamentali di nuova e vecchia generazione, saldamente incardinati in una fonte vincolante di rango costituzionale. Una tale lacuna, tuttavia, non è ragione sufficiente per aprire sentieri interpretativi impervi e tortuosi.

Nel caso *Mangold* la Corte non prende in considerazione il principio di non discriminazione fra lavoratori comparabili, previsto dalla Direttiva sui contratti a termine (clausola 4). Si deve ritenere che anche quel principio, specialmente se orientato alla tutela della dignità del lavoratore e del suo diritto a condizioni di lavoro giuste, sia da annoverare fra i principi generali dell'ordinamento comunitario e possa in quanto tale proiettare la sua ombra lunga nei rapporti di lavoro. Ciò che rende più complessa la sua applicazione è la verifica dell'attinenza o meno dello stesso con criteri organizzativi obiettivi, adottati dal datore di lavoro nella gestione dei rapporti individuali di lavoro.

Il divieto di discriminazioni fra lavoratori comparabili dovrebbe teleologicamente affiancarsi alla compressione di comportamenti discrezionali, non fondati su ragioni obiettive. La Direttiva in questione prevede infatti che siano obiettive le ragioni che spingono il datore di lavoro alla stipula di contratti a termine (clausola 5a). Su questo punto si riscontra un'omissione nel ragionamento della Corte ed una ritrosia nell'incamminarsi sul terreno incerto aperto da una direttiva che – occorre ricordarlo – recepisce un accordo quadro stipulato dalle parti sociali.

L'argomentazione della Corte finisce dunque con il ruotare intorno alla Direttiva sul contratto a termine, senza riuscire ad addentrarsi nella stessa. La clausola di non regresso mostra in questa operazione tutta la sua intrinseca debolezza. Se fosse intesa come obbligo di *standstill*, essa costringerebbe il legislatore nazionale in uno stato innaturale di inattività, privandolo delle sue essenziali prerogative sia nell'iniziativa, sia nella scelta delle soluzioni ritenute più adatte alla promozione dell'occupazione. Se fosse interpretata come clausola di trasparenza, essa funzionerebbe come premessa per motivare e razionalizzare le scelte storicamente succedutesi nella trasposizione delle norme comunitarie.

³⁰⁹ Cfr. supra nota 58.

³¹⁰ L'osservazione critica, da condividere appieno, è in Editorial Comments (2006), 7. I casi citati in *Mangold* ai punti 67 e 68 come precedenti non pertinenti, secondo la critica riportata, sono C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie ASBL c Region Wallonie*, Racc. 1997, p. I-7411 e *ATRAL SA v Etat Belge*, Racc. 2003, p. I-4431.

Si deve aggiungere che un nucleo ancora inesplorato - e non per questo precluso alla valutazione dei giudici di Lussemburgo - riguarda non tanto le politiche occupazionali intese in senso lato, quanto piuttosto le modifiche che esse inducono negli equilibri interni degli ordinamenti nazionali. Quando le ragioni addotte dai legislatori nazionali riflettono indefinite e non circostanziate scelte di efficienza produttiva, viene meno il loro ancoraggio a criteri obiettivi nell'organizzazione del lavoro. Anche in questi casi le finalità del diritto del lavoro e la rilevanza pubblica della norma inderogabile andrebbero ricercate, in linea con quanto suggerito più volte dalla Corte di giustizia, nel principio di proporzionalità, applicato all'interpretazione dei limiti da porre ai poteri imprenditoriali.

Si vuol suggerire, come si cercherà di dimostrare nel paragrafo che segue, che l'obiettività delle scelte imprenditoriali e l'esercizio corretto dei poteri che da esse emanano possono essere intesi come presupposto per l'applicazione del principio di non discriminazione fra lavoratori comparabili, così come per la tutela di altri diritti della persona. Tale presupposto si rafforza in situazioni di forte squilibrio fra i contraenti individuali, come frequentemente accade nei contratti di lavoro non-standard.

La giurisprudenza della Corte di giustizia prima citata affronta con vigore il tema del primato del diritto comunitario, percorrendo in modi diversi la strada dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti fra privati, attraverso la mediazione del giudice nazionale.

Al cuore delle sentenze della Corte si trovano diritti legati alla tutela della persona, quale il diritto alla salute, che meglio di altri si prestano ad un confronto serrato con i legislatori nazionali. Tra le pieghe di una imperfetta trasposizione delle direttive si scorge in molte occasioni il ricorso ad un esercizio arbitrario dei poteri imprenditoriali, visto dalla Corte come conseguenza di una responsabilità dello Stato. La ben nota tensione fra diritti sociali e diritti economici si colora pertanto di altre sfumature, poiché lo Stato si colloca correttamente nel mercato solo quando, attraverso il perfetto adempimento degli obblighi nascenti dalla sua appartenenza all'Unione Europea, garantisce la tutela della persona.

Se questo è vero per il diritto fondamentale alla salute, uguale argomentazione si può proporre per il diritto a non essere discriminati, così come sancito dall'art. 13 TCE, diritto anch'esso riferito alla tutela della persona. In realtà i percorsi fino ad ora seguiti per giungere ad un tale risultato sono stati, come si è detto in precedenza, molto diversi. Si comprende dunque quanto sia difficile risalire al «nucleo forte» dei diritti fondamentali all'uguaglianza corrispondenti a diritti soggettivi perfetti³¹¹. Il rischio è di far annegare la portata del principio medesimo in una generica e troppo vasta nozione di parità, che mal si concilierebbe con la ragionevolezza di talune scelte del legislatore indirizzate a gruppi ben identificati di soggetti ed orientate alla promozione dell'occupazione.

Sia pure con queste precisazioni, in tutti i casi citati le norme imperative collocate nell'ordinamento europeo riflettono le finalità originarie del diritto del lavoro e non cessano di marcarne la rilevanza pubblica, in un complesso intreccio fra norme nazionali e sovranazionali. Resta da chiarire se quella che si è definita «tecnica della derogabilità» si presti ad avvicinare il diritto del lavoro alle politiche occupazionali. Il quesito da porsi è quanto le finalità dell'uno siano offuscate da una eccessiva incombenza delle altre.

³¹¹ Si rinvia a tale riguardo a F. Ghera 2003 per un'analisi della dottrina costituzionalista italiana (35 ss.) e per una riflessione sul diverso atteggiamento del diritto comunitario (185 ss.).

3. Contratti di lavoro non-standard, norme inderogabili e riequilibrio dei poteri dei contraenti individuali.

L'analisi precedente ha messo a fuoco la funzione di taluni diritti sociali fondamentali, a fronte di scelte dei legislatori nazionali e della contrattazione collettiva che hanno accentuato la flessibilità nell'organizzazione del lavoro attraverso la tecnica della derogabilità. Da tali scelte, per lo meno da quelle che sono passate al vaglio della Corte di giustizia e che qui sono state analizzate, emerge un quadro frastagliato dei poteri imprenditoriali ed una espansione delle forme di subordinazione che meglio si prestano ad essere funzionalmente orientate verso tali poteri.

Non solo si espandono le tipologie contrattuali in cui, ad un esercizio assai ampio di prerogative manageriali, fanno riscontro posizioni soggettive di tutela attenuata, come accade nel caso di prestazioni ad orario ridotto. Si verificano anche situazioni in cui le norme inderogabili che tradizionalmente hanno governato gli equilibri contrattuali nel lavoro subordinato, come nel caso della disciplina dell'orario di lavoro, sono adattate alle esigenze di un'organizzazione così flessibile da divenire incompatibile con la garanzia dei diritti fondamentali del lavoratore.

In tutti questi casi si scopre una rinnovata centralità della persona ed una sua presenza forte sulla scena del diritto del lavoro in evoluzione. Non è un caso che anche l'OIL dedichi spazio a questi temi, con toni di particolare originalità³¹². Né si può trascurare di citare la dottrina che, con potenzialità ancora da esplorare nella prospettiva comparata, tralascia la tradizionale nozione di lavoratore per valorizzare la persona nello studio di una «categoria estesa di contratti»³¹³. Tutto questo prelude ad una comprensione più approfondita delle nuove forme di dipendenza economica in cui si svolgono prestazioni lavorative non facilmente assimilabili alla classica formula del lavoro subordinato³¹⁴.

La complessità dei temi di cui si discorre conferma inoltre la marginalità di impostazioni che privilegiano talune formule programmatiche dei legislatori nazionali - quali ad esempio la modernizzazione, l'occupabilità, l'adattabilità - rispetto al raffronto rigoroso fra norme nazionali e principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. L'uso strumentale del diritto comunitario, per giustificare scelte sofferte dei legislatori nazionali, può rivelarsi miope ed in ogni caso non in grado di ostacolare il vaglio finale della Corte di giustizia, a cui spetta ribadire la centralità dell'analisi giuridica.

Nel confronto fra standard normativi la clausola di non regresso si dimostra problematica nella formulazione e debole nelle finalità che si propone. A fronte di una sempre più complessa valutazione comparativa delle tutele fornite da norme nazionali e norme europee, le nuove tipologie di contratti non-standard sembrano allontanarsi da uno schema classico di reciprocità delle prestazioni nel contratto di lavoro.

Nella valutazione dell'adeguatezza degli standard di tutela da applicare in tali contratti si fronteggia il paradosso di un diritto del lavoro costretto a negare se stesso, poiché la finalità della legislazione che introduce flessibilità senza limiti è quella di escludere progressivamente l'incidenza

³¹² Basti pensare al tema del «lavoro decente», proposto da qualche anno ed in costante espansione. Cfr. *Decent Work. Report of the Director General to the 87th Session of the International Labour Conference*, Ginevra 1999. Si veda anche Supiot in corso di pubblicazione, che presenta i risultati di un gruppo di ricerca promosso dall'OIL nel 2003.

³¹³ Freedland 2003.

³¹⁴ Perulli 2003; Voza 2004.

delle norme imperative. Se non si rivisita la funzione della norma inderogabile e non si usa la bussola dei diritti fondamentali, si corre il rischio di aprire varchi profondi di disuguaglianza sociale, che attraversano trasversalmente il nuovo universo dei contratti non-standard.

Al fine di offrire una prospettiva costruttiva, rilevante anche in termini comparati, occorre verificare se sono state messe in atto di recente politiche legislative che in prospettiva potrebbero sminuire le finalità del diritto del lavoro e mirare ad eludere la funzione stessa delle norme imperative. Ciò può accadere se, nel ridurre la sfera dei diritti posti a tutela della persona del lavoratore, i rapporti fra i contraenti individuali non si presentano bilanciati secondo il principio di proporzionalità. Una tale impostazione degli obblighi nascenti dai contratti di lavoro segnala una ritrovata utilità della nozione di contraente debole, pur nelle mutate circostanze economiche e sociali in cui si vanno ridefinendo le finalità del diritto del lavoro.

3.1. Lavoro tramite agenzia.

L'esempio più clamoroso di ridimensionamento delle finalità tradizionali del diritto del lavoro viene dalla 'sfida della disintegrazione verticale' dei contratti di lavoro, già segnalata all'inizio degli anni Novanta e culminata nel lavoro tramite agenzia³¹⁵. Il fatto stesso che si addivenga ad una triangolazione dei rapporti fra i soggetti coinvolti, apre un nuovo terreno per l'esercizio delle prerogative imprenditoriali, dentro e fuori i confini dell'impresa, tanto da richiedere nuove misure di bilanciamento dei poteri, sia in direzione dell'agenzia, sia nei confronti dei lavoratori somministrati.

La recente riforma che il legislatore italiano ha impresso al lavoro tramite agenzia, denominandolo somministrazione di lavoro³¹⁶, prevede che il contratto che lega l'utilizzatore al somministratore, in modo dissimile da quanto accade nella maggior parte degli ordinamenti europei, possa essere a tempo indeterminato. A tal fine si offre un lungo elenco di prestazioni per le quali è ammessa la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e si chiarisce che la contrattazione collettiva può espandere ulteriormente tali previsioni. Nel contratto di somministrazione a tempo determinato l'utilizzatore, quale condizione di ammissibilità per accedere al contratto medesimo, deve indicare le «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore».

L'art. 27 segnala, quasi a voler prevenire interferenze dentro questa così vasta area di discrezionalità manageriale, che il controllo giudiziale è limitato «all'accertamento della esistenza delle ragioni» che giustificano il ricorso alla somministrazione. Nella somministrazione a tempo determinato la contrattazione collettiva può intervenire a fissare limiti quantitativi, dunque con una funzione di contenimento del fenomeno, a differenza di quanto visto per la somministrazione a tempo indeterminato, potenzialmente ampliata dalle fonti collettive.

A voler riprendere la terminologia di Gerard Lyon-Caen prima citata, adattandola al caso italiano di cui si discute, sono da considerarsi norme «suppletive» quelle che regolano l'accesso ai due tipi di somministrazione di lavoro. Le uniche classiche norme imperative che si scorgono sullo sfondo di questa disciplina sono quelle poste a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, sia in regime di somministrazione, sia nel rapporto di lavoro con il somministratore.

³¹⁵ Collins 1990, 353.

³¹⁶ D.Lgs. 10.9.2003, n. 276, art. 20.

Ma, a ben guardare, nell'*ordre public* in cui si muovono i soggetti del rapporto trilaterale prima descritto un peso significativo assume la disciplina dell'autorizzazione da rilasciare al somministratore, quasi che questa misura di natura amministrativa rappresenti il nesso di collegamento fra attività privata dei contraenti e rilevanza pubblica della funzione svolta nel collocare i lavoratori presso l'utilizzatore. I requisiti di forma richiesti per la stipula del contratto ed anche le norme sulla misura minima dell'indennità mensile di disponibilità prevista per i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato, da decidersi con Decreto ministeriale, in assenza di contratto collettivo, confermano la volontà del legislatore italiano di procedere sulla via di una regolamentazione dettagliata del contratto di somministrazione di lavoro e di adattare progressivamente in una tale prospettiva le finalità del diritto del lavoro.

Più sfuggente appare, anche nel quadro comparato, il principio di parità di trattamento fra lavoratori comparabili. Non è un caso che proprio su questo gradino scivoloso si sia fermata la proposta di Direttiva avanzata dalla Commissione, su cui sembra sceso un preoccupante silenzio delle istituzioni comunitarie³¹⁷. L'unica fonte da richiamare, anch'essa collegata alla Direttiva «madre» 89/391, è la Direttiva che promuove il miglioramento della salute dei lavoratori nei rapporti di lavoro a termine o interinali³¹⁸, a conferma dello spessore di una tutela che non può non ritenersi inerente a tutti i rapporti di lavoro.

Negli ordinamenti nazionali si riscontrano soluzioni molto differenziate circa il trattamento economico e normativo dei lavoratori dipendenti da agenzie.

In Germania i lavoratori somministrati possono essere pagati meno dei lavoratori comparabili dipendenti dall'utilizzatore³¹⁹. In Svezia essi ricevono il 100% della retribuzione dal somministratore, dopo 18 mesi dall'assunzione, anche nei periodi di inattività³²⁰. In Finlandia, in assenza di un contratto collettivo del settore, le agenzie di somministrazione applicano i minimi salariali vigenti per l'utilizzatore³²¹. Anche in Austria vige una disciplina analoga; i contratti collettivi applicati dalle agenzie di somministrazione definiscono l'indennità da versare ai lavoratori nei periodi in cui non sono somministrati. Durante tali periodi i lavoratori dipendenti dalle agenzie devono essere disponibili durante il normale orario di lavoro, fino ad un massimo di 38,5 ore per settimana ed hanno l'obbligo di prestare l'attività lavorativa ogni volta che l'agenzia lo richiama³²².

Il sistema olandese si segnala per il riconoscimento ai lavoratori dipendenti dalle agenzie di alcuni diritti, legati con modalità premiali alla durata del rapporto di lavoro. Questa legislazione, definita a fasi, avvicina progressivamente il lavoratore al traguardo del contratto a tempo indeterminato, garantendogli soprattutto diritti alla formazione professionale, ma anche diritti sindacali e di rappresentanza³²³.

³¹⁷ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei, COM (2002) 149 definitivo, del 20.3.2002. In tema si rinvia alla completa analisi di Zappalà 2003, 69 ss.

³¹⁸ Direttiva 91/383 CEE del 25 giugno 1991.

³¹⁹ Fuchs (2005b), http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html

³²⁰ Nystrom (2005), http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html

³²¹ Bruun (2005), http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html

³²² Runggaldier (2005), http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html

³²³ Visser 2005, 142; Sol 2001, 97 ss.

La dottrina, anche nella prospettiva comparata, ha segnalato il principio di responsabilità 'congiunte' fra somministratore ed utilizzatore come cardine forte intorno a cui far ruotare il complesso rapporto triangolare che caratterizza il lavoro in somministrazione³²⁴. Tale principio, anche se circoscritto alla tutela della salute e sicurezza del lavoratore, si rinviene nella Direttiva 91/383, a cui, a voler citare un esempio, fa riferimento una recente legge finlandese³²⁵. Il nucleo centrale della tutela consiste in un intreccio di obblighi di informazione a cui sono tenuti l'utilizzatore e l'agenzia e nella individuazione di specifici obblighi formativi. Ad un tale intreccio di tutele occorrerebbe ispirare altri istituti del rapporto di lavoro tramite agenzia.

3.2. Lavoro a chiamata.

Un altro contratto non-standard da analizzare, proprio perché coerente con il paradigma di una flessibilità che si allontana dalle finalità del diritto del lavoro, è stato definito dal legislatore italiano contratto di lavoro intermittente, ma può anche essere denominato lavoro a chiamata o «*job on call*», o contratto a zero ore. Esso si caratterizza per la discontinuità delle prestazioni lavorative richieste, congiunta all'obbligo di disponibilità nei periodi di non lavoro e si avvicina, proprio per tali caratteristiche ad una forma estrema, quasi esasperata di lavoro part-time.

Il contratto di lavoro intermittente, una novità introdotta dal già citato decreto legislativo di riforma del mercato del lavoro³²⁶, si presta a riflessioni più generali riconducibili all'ipotesi di ricerca da cui si sono prese le mosse. Si conferma anche in questo istituto, come già detto per il contratto di somministrazione di lavoro, un ruolo 'suppletivo' della norma, affiancata dalla contrattazione collettiva, a cui spetta di individuare le prestazioni «di carattere discontinuo o intermittente» ovvero «predeterminate nell'arco della settimana, del mese o dell'anno». Alla disponibilità dichiarata dal lavoratore di attendere la richiesta di utilizzazione da parte del datore, fa riscontro l'obbligo di quest'ultimo di versare una indennità di disponibilità, la cui misura minima è definita da un Decreto Ministeriale, in assenza di contratti collettivi. Nel lavoro predeterminato tale indennità viene corrisposta solo in caso di effettiva chiamata da parte del datore di lavoro, sulla scia di quanto previsto in altri ordinamenti per i contratti a zero ore³²⁷.

Nel prevedere il ricorso al contratto di lavoro intermittente per lavoratori con meno di 25 anni d'età o più di 45, anche se pensionati, il legislatore delegato conferma una scelta discutibile di promozione nei confronti di categorie a rischio di esclusione sociale. Il riscatto in termini occupazionali di tali lavoratori si fonda su una loro presunta maggiore adattabilità, necessaria per accettare modalità discontinue e precarie della prestazione, dovuta alla particolare debolezza degli stessi nel mercato del lavoro

³²⁴ Corazza 2004, 247. Si veda ora T. Potenza, ord. 21.3.2005 che, nell'ordinare la cessazione di un comportamento discriminatorio perpetrato contro un lavoratore somministrato, in violazione del D.Lgs. 216/2003, richiama l'art. 20 D.Lgs. 276/2003 e ad esso fa risalire «una fitta rete di obblighi solidali del somministratore e dell'utilizzatore».

³²⁵ Finish Employment Contracts Act del 2001.

³²⁶ D.lgvo 276/2003, art. 33-40. In tema, fra i primi commenti, si rinvia a Boni 2005, 113 ss.; Romei 2005, 1183.

³²⁷ Perulli 2004, 143 parla a questo riguardo di «una crudele condizione di sfruttamento»; Bano 2006, dà conto dello scarso interesse della contrattazione collettiva nei confronti del lavoro intermittente, mentre la fonte amministrativa (D.M. 10 maggio 2004) si è occupata di determinare la misura minima dell'indennità di disponibilità (20% della retribuzione applicabile, secondo il contratto collettivo). I contraenti collettivi sono stati silenziosi nell'individuazione delle esigenze aziendali che rendono ammissibile il ricorso a contratti di lavoro intermittente. Anche a questo riguardo la fonte amministrativa (D.M. 23 ottobre 2004) si è affrettata a riempire gli spazi vuoti, facendo riferimento alle attività discontinue indicate nella Tabella allegata al RD 6 dicembre 1923, n. 2657. Si veda anche Bellocchi 2005.

Il rifiuto della prestazione da parte del lavoratore, previsto solo in caso di malattia o di eventi che rendono impossibile rispondere alla chiamata, fa perdere il diritto all'indennità di disponibilità. Negli altri casi di rifiuto di rispondere alla chiamata si può avere la risoluzione del contratto ed anche – sanzione questa bizzarra e sproporzionata nell'equilibrio dei poteri dei contraenti – un «congruo risarcimento del danno». In questo esempio le finalità del diritto del lavoro sembrano capovolte in modo quasi paradossale. Il lavoratore, contraente debole proprio in ragione della non continuità della prestazione lavorativa, viene costretto a risarcire il datore di lavoro come se tale prestazione fosse da ritenersi essenziale nell'organizzazione complessiva dell'attività produttiva, tanto che il suo venir meno causa un danno nella sfera patrimoniale del datore di lavoro. A voler seguire fino in fondo l'impostazione di questa norma, la prestazione di lavoro intermittente, pur nella sua estrema flessibilità, finirebbe con l'apparire funzionale alla complessiva organizzazione del lavoro e dunque meritevole di un diverso apprezzamento sul piano degli equilibri contrattuali.

La Corte di Giustizia si è occupata di lavoro «secondo il fabbisogno» nel valutare un ricorso pregiudiziale proveniente da un giudice austriaco³²⁸. Una delle questioni sottoposte alla valutazione della Corte riguarda l'applicabilità a prestazioni di lavoro discontinue della Direttiva sul lavoro part-time e la verifica della sussistenza o meno di una discriminazione, rispetto ai lavoratori a tempo pieno, basata sull'assenza di regolamentazione dell'orario di lavoro. La Corte ha assimilato il lavoro a chiamata al lavoro part-time, non senza forzare i termini di tale raffronto, vista l'assenza di una precisa definizione degli obblighi reciproci nel contratto in questione. Né ha colto le indicazioni dell'Avvocato generale che, per lo meno, aveva evidenziato l'obbligo del datore di lavoro di rendere palesi le conseguenze derivanti da una richiesta discontinua e non programmata di prestazioni lavorative³²⁹. Conseguenza di una tale impostazione è l'impossibilità di operare un confronto con lavoratori comparabili. Ciò porta la Corte a concludere che non è stato violato il principio di non discriminazione.

Questa decisione della Corte conferma, in modo analogo a quanto già detto in precedenza a commento del caso *Mangold*, che non è dato ai giudici di Lussemburgo avventurarsi sui sentieri delle politiche occupazionali, né entrare nel merito delle priorità che ispirano i parlamenti nazionali nel fare ricorso a strumenti flessibili di accesso al mercato del lavoro. L'Avvocato Generale Kokott tesse le lodi della flessibilità quale strumento di facilitazione nell'accesso al lavoro ed evidenzia che nel lavoro «secondo il fabbisogno» vi è massimo rispetto della libertà dei lavoratori, nella scelta di orari irregolari, confacenti a scelte particolari di vita. Si dice perfino che una «determinazione legislativa» dell'orario di lavoro nel lavoro part-time «non sempre è un vantaggio»³³⁰, con ciò mettendo in discussione l'utilità stessa del contratto di lavoro e la sua funzione regolatrice del rapporto che si instaura.

Nonostante queste note critiche si deve sottolineare che la Corte, alla luce della sua stessa giurisprudenza, ben potrebbe intervenire per ridurre gli spazi di discrezionalità imprenditoriale che comprimono in modo eccessivo i diritti fondamentali della persona. Anche nel caso *Wippel* un

³²⁸ C-313/02 *Nicole Wippel contro Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG*, 12 ottobre 2004, Racc., 2004 I, 9483. Già in C-357/89 *Raulin*, del 26.2.1992 la Corte aveva ritenuto che fosse da considerarsi lavoratore chi lavora su chiamata

³²⁹ C- 313/02 Conclusioni Avvocato Generale Kokott, 81 e 128, punto 4.

³³⁰ C- 313/02 Conclusioni, cit., 85.

modo per correggere eventuali eccessi nell'esercizio non obiettivo dei poteri organizzativi del datore di lavoro avrebbe potuto rinvenirsi in un esercizio trasparente dei doveri di informazione, tale da consentire al lavoratore di esprimere liberamente e correttamente il suo consenso circa le modalità della prestazione dedotta nel contratto.

3.3. Il contratto di lavoro part-time.

Il lavoro part-time presenta profili utili alla ricostruzione di un quadro comparato di tutele essenziali, volte ad attenuare posizioni di squilibrio fra i contraenti. Punto di partenza è ancora una volta la riforma italiana del mercato del lavoro, che interviene a ritoccare la già esistente disciplina del lavoro part-time³³¹. Il confronto con la disciplina precedente mostra una riduzione del ruolo riservato alla contrattazione collettiva, prima ritenuta fonte di rinvio per la regolamentazione delle principali modalità di ricorso al lavoro part-time ed anche per la disciplina delle «clausole elastiche», ovvero dello strumento di flessibilità utilizzato per modificare l'assetto orario precedentemente concordato. Tale disciplina, in linea con una consolidata tradizione nel nostro paese, proponeva un regime di bilanciamento fra l'espansione delle prerogative manageriali e le tutele da riservare ai lavoratori.

Le «clausole elastiche» possono ora essere previste nei contratti individuali anche in assenza di contratti collettivi, purché vi sia il consenso del lavoratore. Permane il divieto di licenziamento in caso di rifiuto del lavoratore di accettare le nuove modalità proposte, ma non è più previsto il diritto del lavoratore a rinunciare al regime concordato e dunque a ritirare il consenso dato circa l'utilizzazione delle clausole in questione³³².

Nella regolamentazione del lavoro supplementare nei contratti part-time organizzati su base giornaliera il lavoratore può trovarsi sguarnito di una norma collettiva a cui fare ricorso, per definire l'ammissibilità delle ore aggiuntive richieste oltre l'orario concordato. Senza voler sottovalutare la rilevanza di un'autonoma scelta del singolo lavoratore in una materia che ben si presta a scelte individuali ritagliate su specifiche esigenze, non si può non osservare l'assenza di un principio regolatore unitario circa l'obiettività delle scelte organizzative e la conseguente proporzionalità dei cambiamenti richiesti nella sfera della vita privata del lavoratore³³³.

Anche in questo contratto non-standard modifiche unilaterali nelle modalità della prestazione introdotte dal datore di lavoro possono avere un impatto sproporzionato nella sfera complessiva dei diritti del lavoratore, se questi viene a trovarsi in posizione di debolezza contrattuale, ovvero nella condizione di non poter rifiutare le modifiche richieste. È dunque rassicurante apprendere che, nella più recente evoluzione, la contrattazione collettiva ha, in alcuni casi, reintrodotta il consenso individuale per il ricorso al lavoro supplementare ed in altri ha reso superflua una tale manifestazione della volontà, in presenza di una regolamentazione collettiva³³⁴. La contrattazione collettiva si riappropria in tal modo di una sua propria funzione equilibratrice, con benefici effetti

³³¹ D.lgs. 276/2003, artt. 46 ss. Si rinvia in tema a Del Punta 2004, 469 ss.; Caruso 2003.

³³² La recente contrattazione collettiva disciplina le clausole elastiche, introducendo talvolta l'obbligo del preavviso, talaltra un limite quantitativo commisurato all'orario concordato nel contratto di lavoro part-time. Così riferisce Bano 2006; si veda anche Del Punta 2005, 46 ss.

³³³ A «coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili» fa riferimento la Corte Costituzionale quando si propone di tutelare «la libertà del lavoratore». Cfr. C. Cost., 11.5.1992, n. 210, Giur. Cost., 1992, 1717.

³³⁴ Bano 2006.

sull'impianto complessivo degli obblighi a cui sono tenuti i contraenti individuali.

In altri paesi europei si incontrano soluzioni immaginative nella regolamentazione del lavoro part-time. In Germania si favorisce il passaggio dal contratto a tempo pieno a quello part-time per i lavoratori oltre i 55 anni di età, che affrontano gradualmente il proprio allontanamento dalla vita lavorativa attiva per favorire l'occupazione di lavoratori giovani. La legge riconosce una sorta di quota di compensazione da versare nel fondo pensioni, come se il lavoratore percepisse una retribuzione pari al 90% ed inoltre rimborsa tali somme ai datori di lavoro che dimostrino di aver assunto giovani disoccupati il cui periodo di formazione professionale sia stato portato a compimento³³⁵. Una soluzione analoga si rinviene in Austria, con la previsione di una indennità per i datori di lavoro che promuovono il lavoro part-time fra i lavoratori anziani³³⁶.

Ci sono anche casi, come la Svezia³³⁷ ed i Paesi Bassi³³⁸, in cui il ricorso al lavoro part-time è più strettamente associato a scelte individuali dei lavoratori e pertanto affiancato a leggi in materia di congedi familiari o formativi, da godere nell'arco della vita lavorativa, prevedendo un'alternanza di modalità nella prestazione di lavoro a tempo pieno o ridotto.

4. Conclusioni.

L'apparente eterogeneità degli esempi analizzati deve essere misurata alla luce dei tratti comuni che le politiche legislative recenti hanno assunto, per lo meno in alcuni paesi europei.

Lo sguardo rivolto verso altri ordinamenti è, in questi casi, mediato dall'impatto che negli stessi ordinamenti ha il diritto europeo. Per questo motivo, nell'ipotesi di lavoro da cui questo scritto ha preso le mosse, si è proposto di valutare il livello di coerenza interna che ciascun ordinamento mantiene nel confronto costante e dinamico con l'ordinamento europeo. Questa analisi è stata orientata a cogliere il ruolo delle norme imperative nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, ruolo avvalorato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Tale giurisprudenza si sofferma su segmenti dei sistemi normativi nazionali, posti in evidenza dalla sensibilità dei giudici che hanno presentato ricorsi in via pregiudiziale. I casi esaminati, sia pure in modi diversi, dimostrano che tanto più le finalità tradizionali del diritto del lavoro possono oscillare e talvolta indebolirsi, quanto più si ampliano le esigenze organizzative del datore di lavoro. Ad un tale ampliamento può non fare riscontro uno strumento legislativo o contrattuale di limitazione dei poteri imprenditoriali. In tutti questi casi al diritto del lavoro si chiede di essere, al tempo stesso, diritto della flessibilità e diritto incardinato nell'*ordre public*. Ciò conduce talvolta ad insinuare negli ordinamenti nazionali tensioni verso il cambiamento che non sempre appaiono bilanciate da un consenso sociale diffuso.

Le conclusioni di questa indagine, svolta con l'intento di misurare il ruolo equilibratore delle

³³⁵ Zachert (2004), http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/ell_de_at.pdf; Caruso and Fuchs (a cura di) 2004; Fuchs 2004 b, 121 ss.

³³⁶ Runggaldier (2005), http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html

³³⁷ Nystrom (2005), http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html; Eklund 2004, 258 ss.

³³⁸ Verhulp (2005), http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html; Visser 2005, 144, dove si illustra la nozione di 'diritto al part-time' per le richieste di riduzione del 20% dell'orario di lavoro a cui il datore di lavoro non possa opporre valide ragioni organizzative.

norme imperative nei contratti non-standard, mostrano che alla dottrina spetta uno sforzo immaginativo e propositivo ancora più forte e coeso. La propensione a favorire l'emergere di nuove tipologie contrattuali non deve, infatti, essere considerata in contrasto con l'affermazione di taluni diritti rilevanti nella tutela della persona del lavoratore, anche quando sono flessibili le modalità della prestazione di lavoro dedotta nel contratto.

Il contratto di lavoro, pur nei casi in cui si manifesta uno squilibrio fra i poteri dei contraenti, mantiene «l'idoneità [...] a fungere da fattispecie unitaria della disciplina imperativa e quindi dello statuto protettivo del lavoratore», poiché permane la sua funzione di «fonte regolatrice del contenuto obbligatorio del rapporto»³³⁹.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sembra configurare un sempre più ampio obbligo di interpretazione conforme per i giudici nazionali, a fronte dell'impossibilità di garantire ai diritti nascenti dalle Direttive un'efficacia diretta nei rapporti interprivati. Sull'onda di queste riflessioni si avvertono incertezze e talvolta qualche forzatura nella valorizzazione dei diritti fondamentali incardinati nell'ordinamento europeo.

Dai casi esaminati, tutti originati, come si è visto, da rinvii pregiudiziali, assumono contorni più precisi talune figure di lavoratori non-standard, protagonisti di vicende contrattuali dissimili e tuttavia accomunate da caratteristiche costanti. Dalla stessa giurisprudenza emerge inoltre un'area vasta di prerogative manageriali legate prevalentemente alla gestione del tempo di lavoro. Non sempre in questo contesto le fonti collettive assumono un ruolo chiarificatore, sia per l'incerto regime dei rinvii dalla fonte legale, sia per un'imperfetta informazione offerta ai lavoratori dai soggetti stipulanti.

In tali circostanze si fa pressante l'esigenza di rivisitare ed adattare gli strumenti tradizionali di riequilibrio delle posizioni contrattuali. Per questi motivi, oltre che per le molte novità che caratterizzano gli interventi legislativi recenti, i contratti di lavoro non-standard si prestano ad un'analisi comparata che faccia emergere i punti critici delle tendenze in atto.

La ricerca comparata può scrutare dentro gli spazi dell'autonomia negoziale lasciati sguarniti dalle norme imperative. Essa può mirare ad attenuare la tecnica della derogabilità e suggerire di racchiuderla entro i confini sicuri di una ragionevole reciprocità delle prestazioni, di un esercizio obiettivo dei poteri imprenditoriali, di una rappresentatività certa dei soggetti collettivi a cui spetta il compito di intervenire su rinvio della legge.

5. Riferimenti bibliografici

Bano F. (2006), *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, di prossima pubblicazione in Lav. Dir.

Bellocchi P. (2005), *Le aporie del lavoro intermittente*, ADL, p. 567 ss.

Blanc-Jouvan X. (2002), *Les Limites d'un droit européenne du travail*, in Birks P., Pretto A. (eds.), *Themes in Comparative Law*, Oxford University Press, p. 229 ss.

Boni G. (2005), *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, RIDL, p.113 ss.

³³⁹ Così E. Ghera 1999, 483.

- Bruun N. (2005), «*Finnish National Report*», *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe (1990-2003)*, http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html
- Carabelli U., Leccese V. (2005a), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, WP D'Antona, n. 64.
- Carabelli U. e Leccese V. (2005b), *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, I, Cedam, Padova, p. 345 ss.
- Caruso B. (2003), *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinali*, WP D'Antona, n. 17.
- Caruso B., Fuchs M. (2004) (a cura di), *Labour Law and Flexibility in Europe: The Cases of Germany and Italy*, Nomos, Baden-Baden & Giuffrè, Milano.
- Castronovo C. (2001) (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti. Commissione per il diritto europeo dei contratti*, Parte I, edizione italiana Giuffrè, Milano
- Clerici R. (2003), *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*, RDIPP, p. 809 ss.
- Collins H. (1990), *Independent Contracts and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, O.J.L.S., p. 353 ss.
- Corazza L. (2004), «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova.
- D'Antona M. (2000), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in Caruso B. e Sciarra S. (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, I, p. 117 ss.
- Davies P., Kilpatrick C. (2004), *UK Worker Representation After Single Channel*, I.L.J., p. 121 ss.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- Deakin S., Morris G. (2005), *Labour Law*, Hart Publishing, Oxford, IV ed.
- Del Punta R. (2004), *Commento sub art. 46*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 469 ss.
- Del Punta R. (2005), *Il part-time nella contrattazione collettiva del 2004*, in Rustichelli E. (a cura di), *Il nuovo part-time. La concertazione della flessibilità*, ISFOL, Roma, p. 46 ss.
- Editorial Comments (2006), CMLR, p. 1.
- Edwards T. (2002), *Corporate Governance Systems and the Nature of Industrial Restructuring*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, <http://eiro.eurofound.ie/about/2002/09/study/tn029101s.html>.
- Eklund R. (2004), *Sweden: Part-time Work – welfare or unfair?*, in Sciarra S., Davies P., Freedland M. (eds.), *Employment Policies and the Regulation of Part-time Work in the European Union*, CUP, Cambridge, p. 258 ss.
- Fairhurst J. (2001), *SIMAP- interpreting the Working Time Directive*, I.L.J., p. 236 ss.

- Freedland M. (2003), *The Personal Employment Contract*, OUP, Oxford.
- Freedland M. (2002), *Jus Cogens, Jus dispositivum, and the Law of Personal Work Contracts*, in Birks P., Pretto A. (eds.), *Themes in Comparative Law*, Oxford University Press, p. 165 ss.
- Fuchs M. (2004a), *Flexibility in Labour Law: the German Approach*, in Caruso B., Fuchs M. (eds.), *Labour Law and Flexibility in Europe. The Cases of Germany and Italy*, Giuffrè, Milano, p. 47 ss.
- Fuchs M. (2004b), *Germany: part-time work – a bone of contention*, in Sciarra S., Davies P., Freedland M. (a cura di.), *Employment policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press
- Fuchs M. (2005a), *I contratti di lavoro flessibile in Germania, Olanda e Spagna*, DLRI, p. 135 ss.
- Fuchs M. (2005b), «German National Report», *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe (1990-2003)*, http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html.
- Ghera E. (1999), *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Studi sul lavoro, Scritti in onore di Gino Giugni*, I, Cacucci, Bari, p. 477 ss.
- Ghera F. (2003), *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova.
- Hepple B. (2005), *Labour Law and Global Trade*, Hart Publishing Oxford.
- Leccese V. (2006), *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, WP D'Antona, n. 83.
- Lo Faro A. (1999), *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, Milano.
- Lyon-Caen A., Sciarra S., (1998), *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, QL, p. 9
- Lyon-Caen G. (1985), *La bataille truquée de la flexibilité*, Dr. Soc., p. 801 ss.
- Maresca A. (2005), *Contratto collettivo e lex superveniens: brevi considerazioni su innovazione legislativa e apporti dell'autonomia sindacale*, in *Orari e tempi di lavoro: le nuove regole*, I saggi di NGL, p. 41 ss.
- Novella M. (2003), *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, ADL, p. 509 ss.
- Nystrom B. (2005), «Swedish National Report», *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe (1990-2003)*, http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html
- O'Leary S. (2005), *Solidarity and Citizenship Rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in De Burca G. (a cura di.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Hart Publ., Oxford, 39 ss.
- Pélissier J., Supiot A., Jemmaud A. (2004), *Droit du Travail*, Dalloz, Parigi, XXII ed.
- Perulli A. (2003), *Report for the European Commission: Economically Dependent, quasi-subordinate employment: legal, social and economic aspects*, Bruxelles, http://Europa.eu.int./comm/employment_social/labour_law/docs/parasubordinatio_repot_en.pdf

- Perulli A. (2004), *Il lavoro intermittente*, in Id. (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Perulli A. (2005), *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, DLRI, p. 1 ss.
- Prechal S. (2005 a), *Directives in EC Law*, Oxford University Press Oxford.
- Prechal S. (2005 b), *Case law*, C.M.L.R., p. 1445 ss.
- Ricci G. (2001), *BECTU: an Unlimited Right to Annual Paid Leave*, ILJ, p.401 ss.
- Ricci G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, Milano.
- Romei R. (2005), *Brevi osservazioni sul contratto di lavoro intermittente*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di M. Persiani*, 2, Cedam, Padova, p. 1183 ss.
- Runggaldier U. (2005), «*Austrian National Report*», *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe (1990-2003)*, http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html.
- Santagata R. (2005), *La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali*, di prossima pubblicazione in DLRI
- Sciarra S. (2002), *Market freedom and fundamental social rights*, in B. Hepple (ed.), *Social and labour rights in a global context*, CUP, Cambridge, p. 95 ss.
- Sciarra S., Davies P., Freedland M. (2004) (a cura di.), *Employment policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press
- Sciarra S. (2005), *Fundamental Labour Rights after the Lisbon Agenda*, in De Burca G., B. de Witte (eds.), *Social Rights in Europe*, OUP, Oxford, p. 199 ss.
- Sol E. (2001), «*Targeting on Transitions: Employment services in the Netherlands*», 22, 1, C.L.L.P.J., p. 81
- Supiot A. (2005), *La riforma del contratto collettivo in Francia*, DLRI, p. 155 ss.
- Supiot A. (in corso di pubblicazione) *Standards Related Activities and Decent Work: Prospects in the Field of Social Security. Final Report of the group of experts*.
- Verhulp E. (2005), «*Dutch National Report*» *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe (1990-2003)*, http://www.unifi.it/polo-universitario-europeo/ricerche/collective_bargaining.html.
- Visser J. (2005), *I contratti di lavoro flessibile in Germania, Olanda e Spagna*, DLRI, p. 142 ss.
- Voza R. (2004), *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari.
- Wedderburn Lord (1992), *Inderogability, Collective Agreements and Community Law*, I.L.J., p. 245 ss.
- Yannakourou S. (2004), «*Greek National Report*», *The Evolution of Labour Law in the European Union 1992-2003*, http://europa.eu.int/comm/employment_social/la_bour_law/docs/ell_el_en.pdf.

Zachert U. (2004), «*German and Austrian National Report*», *The Evolution of Labour Law in the European Union 1992-2003*, http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/ell_de_at.pdf.

Zappalà L. (2003), *Le «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra «soft law e hard law»*, DLRI, p. 69 ss.

Elenco delle abbreviazioni delle riviste citate nei riferimenti bibliografici e nelle note:

<i>ADL</i>	- Argomenti di diritto del lavoro
<i>C.M.L.R.</i>	- Common Market Law Review
<i>C.L.L.P.J.</i>	- Comparative Labour Law and Policy Journal
<i>DLRI</i>	- Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>Dr. Soc.</i>	- Droit social
<i>Giur. Cost.</i>	- Giurisprudenza costituzionale
<i>I.L.J.</i>	- Industrial Law Journal
<i>Lav. Dir.</i>	- Lavoro e diritto
<i>NGL</i>	- Notiziario di giurisprudenza del lavoro
<i>O.J.L.S.</i>	- Oxford Journal of Legal Studies
<i>QL</i>	- Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>Racc.</i>	- Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee
<i>RIDL</i>	- Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RDIPP</i>	- Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>WP D'Antona</i>	- Working Papers del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"

Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*

Giovanni Orlandini

1. Introduzione	134
Parte I	136
1.1 L'efficacia orizzontale diretta dell'art.49 TCE	136
1. 2. Misure collettive o (anche) atti individuali?	140
1.3 Conclusioni (aperte) sul problema dell'efficacia orizzontale dell'art.49 TCE	141
2. Il controllo indiretto sugli atti dei privati: la responsabilità statale	143
3. Giustificazioni e diritti fondamentali	145
4. Legge applicabile e direttiva sul distacco. La legittimità dell'azione collettiva dei lavoratori distaccati.	150
4.1. A proposito del caso Laval-Vaxholm. Legge applicabile ed azione collettiva dei lavoratori dello Stato ospitante	153
Parte II	154
1.1.Quale diritto di sciopero? Un diritto fondamentale senza base normativa	154
1.2.I limiti interni dell'azione collettiva comunitaria.	156
2. Il bilanciamento tra azione collettiva e "altri" diritti e libertà fondamentali	160
2.1 Una diversa prospettiva	161
2.2 Oltre il diritto di sciopero	164
3. Verso un cambiamento nell'approccio comunitario al conflitto?	166
4. Divagazioni sul tema. Il fondamento procedurale del diritto all'azione collettiva.	168

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 45/2006

1. Introduzione

La compagnia di navigazione Viking Line Abp utilizza la nave “Rosella” per trasportare merci e passeggeri da Helsinki a Tallin. Seguendo una prassi ben nota, la Viking, nel novembre 2003, decide che, adottando la bandiera estone, la sua nave potrebbe acquistare un vantaggio competitivo rispetto alle altre che percorrono la stessa rotta. Il cambio di bandiera consente di assumere marinai estoni e, soprattutto, di applicare all’equipaggio i trattamenti legali e contrattuali del paese baltico, assai più convenienti rispetto a quelli finlandesi. Anche il sindacato finlandese (FSU) segue una prassi ben nota ai marittimi scandinavi e, con il sostegno dell’ITF (*International Transport Federation*), organizza un’azione collettiva tesa ad impedire il cambio di bandiera e ad indurre la Viking a riconoscerlo come controparte contrattuale. La novità è che l’Estonia dal maggio 2004 è uno Stato membro dell’UE e la mobilitazione sindacale impedisce alla compagnia finlandese di esercitare il diritto di scegliere liberamente dove stabilirsi, in forza dell’art.43 TCE e, conseguentemente, di erogare servizi all’interno del mercato comunitario ai sensi dell’art.49 TCE. Per questo motivo la Viking ricorre contro l’FSU e l’ITF davanti alla Commercial Court di Londra (competente in ragione della sede legale dell’ITF), ed ottiene un’*injunction* che ordina la sospensione dell’azione collettiva. La Corte d’appello, in sede d’impugnazione dell’*injunction*, rimette alla Corte di Giustizia la soluzione del problema della legittimità dell’azione sindacale ai sensi del diritto comunitario³⁴⁰.

Pochi mesi prima che il caso Viking finisse all’attenzione della Corte di Giustizia, l’impresa edile lettone Laval vinceva un appalto per ristrutturare una scuola a Vaxholm, cittadina vicino a Stoccolma. La Laval impiega lavoratori lettoni ed applica loro le condizioni di lavoro ed il trattamento economico contrattualmente concordato con il sindacato baltico. Il sindacato svedese degli edili (*Byggnads*) chiede di essere riconosciuto come controparte e di siglare un contratto collettivo che estenda ai lavoratori lituani gli stessi trattamenti previsti per i lavoratori svedesi. Davanti al rifiuto della Laval, viene organizzato uno sciopero che, sorretto da picchettaggi e dall’azione di solidarietà del sindacato degli elettrici, blocca l’attività dell’impresa. Quest’ultima decide allora di ricorrere al giudice svedese contestando la legittimità dell’azione sindacale, lesiva della libertà di prestare servizi garantita dall’art.49 TCE nonché delle disposizioni contenute nella direttiva 96/71/CE, che disciplina il rapporto dei lavoratori coinvolti in appalti di servizi transnazionali. Si sostiene che la Svezia non ha attuato la direttiva imponendo il rispetto da parte delle imprese straniere dei contratti collettivi svedesi, ragion per cui deve considerarsi illegittima l’azione collettiva attuata per perseguire tale finalità. Anche in questo caso la soluzione del problema della legittimità dell’azione collettiva ai sensi dei principi deducibili dall’art.49 TCE è rimessa alla Corte di Giustizia³⁴¹.

Le regole che sovrintendono al funzionamento del mercato interno pongono al centro dell’attenzione delle istituzioni comunitarie un tema, quello del conflitto sindacale, da esse colpevolmente

³⁴⁰ Causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation (ITWF) and Finnish Seamen's Union (FSU) v Viking Line ABP and Viking Line Eesti*. Per un commento alla sentenza di rinvio della Court of Appeal (*Viking Line ABP v International Transport Workers' Union* [2005] EWCA Civ 1299, IRLR 2006, 58 ss. e CMLR 2006, 27 ss.) cfr. A.C.L. Davies, *The Right to Strike Versus Freedom of Establishment in EC Law: The Battle Commences*, ILJ 2006, 75 ss.

³⁴¹ Causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Avdelning 1 of the Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Elektrikerförbundet*. La sentenza di rinvio del Tribunale svedese (Swedish Labour Court Decision 2005, n.49) è pubblicata in RIDL 2006, II, 229 ss. con nota di M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*. Cfr. anche il commento alla sentenza di R.Eklund, *The Laval Case*, ILJ 2006, 202 ss., che fornisce il quadro della peculiare normativa svedese applicata all’azione sindacale che ha dato origine al caso Laval-Vaxholm

ignorato perché (a torto) ritenuto confinabile nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali. I casi all'attenzione della Corte impongono di interrogarsi sul problema dello spazio e del significato che l'UE intende riconoscere all'azione collettiva nelle dinamiche dell'integrazione europea. Un tema a sua volta connesso con il problema più generale relativo al rapporto tra libertà economiche e diritti sociali che si va definendo nell'ordinamento comunitario.

L'intento di queste pagine non è ovviamente quello di anticipare la Corte entrando nel merito delle specifiche e distinte questioni sollevate dai giudici nazionali nei casi ora richiamati, ma di cercare di fornire un quadro dei principali nodi problematici che è indispensabile sciogliere per affrontare un problema di decisiva importanza per i futuri assetti dell'UE. S'intende in particolare porre l'attenzione sulle regole che guidano la piena integrazione del mercato interno dei servizi per valutare se ed in che misura queste incidono sull'esercizio dell'autotutela collettiva, sia quando questa è attuata all'interno degli ordinamenti nazionali che quando assume un carattere transnazionale, coinvolgendo lavoratori di diversi Stati membri. Si tratta di rispondere alla domanda circa lo spazio che, allo stato attuale del processo d'integrazione europea, è riconosciuto all'azione dei sindacati e dei lavoratori "comunitari" posta in essere per contrastare strategie di esternalizzazione dei servizi operate fuori dai confini nazionali e per ridurre gli effetti che l'internazionalizzazione del mercato dei servizi inevitabilmente comporta sui mercati del lavoro nazionali.

A tal fine, nella prima parte del presente scritto si renderà conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art.49 TCE per valutare se ed in che modo l'attuazione di azioni collettive possa rientrare nell'ambito di applicazione di quella norma. In particolare si affronterà il tema della c.d. "efficacia orizzontale diretta" della stessa, ovvero della possibilità di considerare tenuti al rispetto della libertà di circolazione dei servizi, e dei principi elaborati intorno ad essa dalla Corte di Giustizia, non solo gli Stati membri ma anche i soggetti privati (*par.1.1; 1.2; 1.3*). Si chiarirà poi come la rilevanza degli atti privati per il diritto del mercato interno dei servizi possa derivare anche dal principio della "responsabilità indiretta" degli Stati, elaborato dalla Corte in materia di libertà di circolazione delle merci (*par.2*). Proprio la giurisprudenza in materia di "responsabilità indiretta" segnala come la Corte, nel valutare se il comportamento dello Stato possa giustificarsi in nome del rispetto di un diritto fondamentale, finisca per operare un bilanciamento tra quest'ultimo e libertà economica fondamentale che si ritiene lesa (*par.3*).

Ulteriori scenari di incidenza del mercato interno dei servizi sull'esercizio dell'azione collettiva sono configurati dai principi relativi alle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi. Si cercherà di capire se ed in che modo tali principi, elaborati dalla Corte di Giustizia e recepiti dalla direttiva 96/71/CE, possano essere invocati in caso di sciopero posto in essere sia dai lavoratori distaccati (*par.4.1*) che dai lavoratori dello Stato ospitante (*par. 4.2*).

La configurazione di uno scenario nel quale gli atti collettivi dei privati sono attratti nell'ambito di applicazione dell'art.49 TCE, imporrà, nella seconda parte, di passare dal piano degli effetti dell'integrazione "negativa" a quello dei possibili spazi per un'integrazione "positiva", affrontando il tema del riconoscimento del diritto all'azione collettiva nell'ordinamento comunitario; un passaggio indispensabile per giustificarne l'esercizio a fronte dei vincoli posti dal mercato interno. Ciò suggerirà di analizzare la nozione che di quel diritto è stata adottata nella Carta di Nizza, vista la rilevanza che ad essa è ormai riconosciuta nell'ordinamento comunitario indipendentemente dalle incerte vicende che interessano il processo di costituzionalizzazione dei Trattati (*par.1.1;*

1.2). Il confronto tra tale diritto e libertà di circolazione dei servizi prospetta scenari diversi a seconda dell'equilibrio che s'intende riconoscere nell'ordinamento europeo tra regole del mercato e autonomia collettiva dei lavoratori organizzati (*par.2*). Nella parte finale del saggio si suggerisce che l'ordinamento comunitario potrebbe diventare un terreno d'elezione per far emergere più ampi spazi di libertà per l'autonomia collettiva (*par.3.1; 3.2; 4*) e che le teorie che ispirano le nuove forme di *governance* europea possano fornire argomenti a sostegno di una simile soluzione (*par.5*).

Parte I

1.1 L'efficacia orizzontale diretta dell'art.49 TCE

L'integrazione del mercato dei servizi dovrebbe essere perfezionata con l'adozione della contrastata direttiva nota con il nome del Commissario che per primo ne ha proposto l'adozione³⁴². La futura direttiva non inciderà però su un terreno vergine, visto che a definire le regole del mercato dei servizi ha sino ad oggi contribuito la Corte di Giustizia con la sua opera di interpretazione dell'art.49 TCE, e delle norme ad esso connesse.

Si deve alla giurisprudenza in materia di servizi l'adozione di un'interpretazione delle norme del Trattato a garanzia delle libertà economiche fondamentali per la quale queste non si limitano a vietare misure che, direttamente o indirettamente determinano un trattamento discriminatorio in base alla nazionalità, ma censurano qualsiasi restrizione od ostacolo al loro esercizio. Il passaggio da un approccio basato sul principio di non discriminazione a quello basato sul libero accesso al mercato, è segnato dalla sentenza *Sager*, che ispirerà poi la Corte di Giustizia in decisioni successive relative alle altre libertà sulle quali si fonda la mobilità intracomunitaria delle persone e delle imprese³⁴³. Un simile approccio ha rappresentato un indubbio passo avanti nel riconoscimento del potere della Corte di vagliare i comportamenti degli Stati che, spesso ispirati da intenti protezionistici, rallentano la piena integrazione del mercato comunitario.

A tale interpretazione orientata chiaramente ad ampliare la sfera d'influenza del TCE, non è corrisposto un altrettanto lineare indirizzo che chiarisca se l'art.49 TCE sia invocabile anche nel caso in cui l'accesso al mercato venga impedito da atti e comportamenti posti in essere da soggetti privati. Un aspetto ovviamente di centrale importanza per il tema in oggetto. Risolvere il problema della c.d. efficacia orizzontale dell'art.49 è il presupposto per considerare attratte nell'ambito di applicazione delle regole del mercato interno le azioni collettive e gli scioperi che intralciano la libera circolazione dei servizi.

Il termine "efficacia orizzontale" può essere fuorviante: è pacifico che le norme del TCE possano acquistare rilevanza anche nelle controversie tra privati quando si tratta di interpretare le norme

³⁴² Cfr. Commissione CE, *Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno*, COM (2006)160 del 4.4.2006, che ha profondamente riformato l'originaria *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno*, COM (2004) 2 def., sulla base degli emendamenti adottati dal Parlamento Europeo nell'Assemblea Plenaria del 16 febbraio 2006.

³⁴³ C.Giust. causa C-76/90, *Sager v Dennemeyer & Ltd* [1991] Racc. I-4221. Sulla giurisprudenza delle Corti di Giustizia relativa alle libertà riconosciute dagli artt.39, 43 e 49 TCE e basata sul criterio dell' "accesso al mercato" cfr. C.Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2004, 256 ss.

di diritto interno alla luce del diritto comunitario³⁴⁴. È opportuno chiarire che in queste pagine, per efficacia orizzontale, si intende un diverso e più complesso problema di vincolatività della norma³⁴⁵, relativo al fatto se le persone, agendo come singoli o in gruppo, debbano rispettare tali norme nel momento in cui esercitano la loro autonomia privata.

Il confronto tra le norme sulle libertà economiche e gli artt. 81 e ss. sembra configurare una ripartizione nel Trattato tra regole sulla concorrenza rivolte ai privati e regole sulla libertà di circolazione rivolte agli Stati³⁴⁶. In realtà questa schematica ripartizione, fatta propria da subito da Commissione e Consiglio³⁴⁷, è stata ben presto smentita da un'interpretazione giurisprudenziale tesa ad estendere l'ambito soggettivo delle quattro libertà.

Ma in quali casi le norme sulla libera circolazione vincolano soggetti privati? Al pari di quanto avviene per altri profili della disciplina comunitaria in materia di libera circolazione, se da una parte nella giurisprudenza della Corte in merito si scorgono segnali dell'adozione di un approccio unitario alle quattro libertà³⁴⁸, dall'altra restano differenze significative che impediscono di operare facili trasposizioni dei principi da essa elaborati con riferimento alle diverse norme del TCE.

La Corte ha considerato l'art.30 TCE applicabile ai soggetti privati che svolgono funzioni pubbliche e producono "normative private"³⁴⁹. La Corte adotta in questi casi un approccio "sostanziale" o "funzionalista", ignorando l'aspetto "formale" della natura giuridica dell'organismo. A ben vedere coglie nel segno chi evidenzia come in questa giurisprudenza siamo in presenza dell'adozione di un concetto ampio di Stato membro, più che di un riconoscimento della vincolatività delle norme del TCE nei confronti dei privati: l'elemento decisivo è che la "misura" sia in ultima analisi imputabile allo Stato, anche se in concreto poi è realizzata da soggetti privati³⁵⁰. Con riferimento all'art.30 la Corte non sembra distaccarsi da quest'approccio "restrittivo"³⁵¹. Un approccio che

³⁴⁴ Cfr. P.Oliver- W.H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, CMLR 2004, 421

³⁴⁵ Come a ragione osserva J.Baquero Cruz, *Free Movement and Private Autonomy*, ELR 1999, 604 ss., si tratta di rispondere alla domanda circa l'ambito soggettivo di applicazione delle norme del TCE sulla libertà di circolazione: posta la loro efficacia "diretta", chi è vincolato e nei confronti di chi? Se le norme del Trattato vincolano solo gli Stati gli atti dei privati fuoriescono dall'ambito di applicazione delle stesse, altrimenti anche i cittadini, come singoli e come gruppi, sono chiamati a rispettarle, vuoi nei confronti di altri soggetti privati (efficacia orizzontale) che dello Stato (efficacia verticale).

³⁴⁶ In tal senso cfr. G.Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague/London/New York, 2002, 145 "The initial impression from the Treaty is [...] of a division of labour between the rules governing free movement and the rules governing competition"

³⁴⁷ Cfr. "Programma Generale sui Servizi" adottato all'unanimità dal Consiglio sulla base della proposta della Commissione nel 1961 (in GUCE 2 del 15/01/1962, 32)

³⁴⁸ In merito ad un possibile approccio unificato alle "quattro libertà" cfr. M.Poiates Maduro, *Harmony and Dissonance in Free Movement*, in Andenas- W.Roth (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2000, 41 ss. e H.Jarrass, *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms*, ibid., 141 ss.

³⁴⁹ Cfr. C.Giust. causa 249/81, *Commissione c. Irlanda (Buy Irish)* [1982] Racc. 4005 e causa 222/82, *Apple and Pear Development Council c. K.J.Lewis Ltd* [1982] Racc. 3091. Entrambi i casi riguardano organismi "semi-pubblici" (cfr. G.Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 150 ss.), creati o sostenuti finanziariamente dal Governo, e si configurano come ipotesi di esternalizzazioni di specifiche funzioni pubbliche. La Corte di Giustizia ha seguito un simile approccio anche in presenza di organismi privati dotati di autonomia e di discrezionalità nell'esercizio dei propri poteri regolativi (cfr. C.Giust. causa 267/87, *R c. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain ex parte Association of Pharmaceutical Importers* [1989] Racc. 295)

³⁵⁰ Cfr. J. Snell, *Goods and Services in EC Law*, Oxford 2002, 139

³⁵¹ Una parziale eccezione può essere rappresentata dal caso *Dansk Supermarket* (C.Giust. causa 58/80, *Dansk Supermarket A/S v A/S Imerco* [1981] Racc. 181) dove anche i contratti individuali stipulati da un'impresa vengono considerati soggetti alle norme sulle libertà di circolazione delle merci (punto 17). In realtà in questo caso, più che un comportamento di un soggetto privato, si è trattato di valutare la normativa nazionale che permette a questi di porlo in essere in determinate circostanze (considerate contrarie ai vincoli

trova una solida base nella lettera del Trattato: l'art.30, a differenza degli artt.49 e 43 (che adottano formule equivalenti³⁵²) e dell'art.39 si riferisce espressamente alle "restrizioni" "fra gli Stati".

Sensibilmente diversa appare la giurisprudenza in materia di libera circolazione di lavoratori e servizi. La differenza rispetto alla giurisprudenza relativa all'art.30 consiste nell'attrarre nell'orbita delle norme del TCE anche il soggetto o l'organismo privato che non ha alcuna relazione con i poteri statali, ma esercita un proprio potere regolativo, prodotto dell'autonomia che l'ordinamento gli riconosce. Nei casi relativi alla libertà di circolazione dei lavoratori, l'argomento della Corte è senz'altro rafforzato dal fatto che il divieto di discriminazione per nazionalità necessariamente si applica ai rapporti tra privati, quando questi riguardano le relazioni di lavoro (art.39 e art.7.4 Reg. 1968)³⁵³. Ciò che qui più interessa è che la Corte (seppur con poca coerenza sistematica) utilizza l'art.39 per estendere il principio dell'efficacia orizzontale anche all'art. 49, in base all'argomento per il quale *"le attività di cui all'art.[49] differiscono ad quelle considerate dall'art.[39] ... solo per il fatto di non essere disciplinate da un contratto di lavoro. Quest'unica differenza non può giustificare un'interpretazione che limiti la sfera di applicazione del principio di libertà in questione"*³⁵⁴. L'efficacia orizzontale dell'art.49 è ribadita in più di una sentenza, sempre con riguardo a organismi privati (per lo più associazioni sportive) titolari di poteri (privati) di regolazione collettiva³⁵⁵.

Il passo in avanti rispetto alla giurisprudenza sull'art.30 non è da poco: è irrilevante la natura pubblico o privata del soggetto che pone in essere le "misure", se queste comportano una violazione delle libertà economiche fondamentali; ciò che rileva è che queste abbiano "natura collettiva"³⁵⁶. Da qui il problema di definire quali "misure private" possano considerarsi di "natura collettiva". Si tratta di capire se debbano concretizzarsi in "regole" (seppur di natura privata) o possano consistere anche in comportamenti di carattere collettivo.

La Corte ha sempre parlato di "regole" ed i casi in esame sono riferiti ad ipotesi di regolamentazioni poste in essere da organismi privati. È vero però che la Corte rifugge in materia di libera circolazione da un approccio formalistico: ciò che conta sono gli effetti (lesivi della libertà del TCE) non la forma con la quale questi sono realizzati. Gli effetti restrittivi sul mercato prodotti dai privati devono essere analoghi a quelli prodotti da una norma statale o da un atto pubblico. In base

del TCE). Oggetto della censura è cioè, in ultima analisi, la legislazione nazionale (nel caso relativa ai diritti di proprietà intellettuale) piuttosto che il mero comportamento dell'impresa, sindacabile non alla luce dell'art.30 ma dell'art.81 (in dottrina vd. J.Snell, *Goods and Services*, cit., 133; G.Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 156; J. Bacquero Cruz, *Free Movement*, cit., 608). Il principio affermato dalla Corte in Dansk è stato per altro ripetutamente smentito dalla giurisprudenza successiva.

³⁵² Sia l'art.43 che l'art.49 fanno riferimento genericamente al divieto di "restrizioni" ("le restrizioni alla libertà di stabilimento...vengono vietate" e "le restrizioni alla libera prestazione dei servizi... sono vietate"). L'analogia della formula utilizzata e la sostanziale "contiguità" tra le due libertà in questione, spesso invocate congiuntamente negli stessi casi posti all'attenzione della Corte (così è nello stesso caso Viking), permette di considerare i principi elaborati in relazione alla libertà di circolazione dei servizi applicabili anche alla libertà di stabilimento.

³⁵³ C.Giust. causa C-415/93, *Union Royale Belge des Societes de Football Association ASBL c. Jean Marc Bosman* [1995] Racc. I-4921

³⁵⁴ C.Giust. causa 36/74, *Walrave and Kock c. Association Union Cycliste Internationale* [1974] Racc. 1405, punti 23- 24

³⁵⁵ Cfr. C. Giust. causa 13/76, *Dona c. Mantero* [1976] Racc. 1333; cause 51/96 e 191/97, *Deliege c. Ligue Francaise de Judo et Discipline Associees ASBL* [2000] Racc. I-2549; causa C-309/99, *J.C.J.Wouters et al. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* [2002] Racc. I-1577

³⁵⁶ Come osserva la Corte nella sentenza Walrave, cit., punto 17, le disposizioni relative alla libertà di circolazione riguardano *"non solo gli atti dell'autorità pubblica, ma le norme di qualsiasi natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e la prestazione di servizi"*

a tale considerazione la dottrina maggioritaria considera rilevanti, al pari delle fonti di regolazione, atti e comportamenti “collettivi” capaci di creare ostacoli e intralci alla prestazione di servizi intracomunitari³⁵⁷. Se tale argomentazione è fondata, si aprono le porte per una attrazione delle azioni collettive nell’ambito di applicazione del TCE, quando queste producono effetti “rilevanti” sul funzionamento del mercato interno.

Qualche dubbio in merito deriva però dal fatto che proprio sul piano degli effetti esiste una ovvia differenza sostanziale tra una “regola” ed un atto o comportamento, tra una “norma”, cioè, anche di natura privata, ed un “fatto”; la prima ha una portata generale e si applica ad una generalità di casi e di soggetti (tutti quelli che cadono nella sua sfera d’applicazione); il secondo produce effetti limitati al momento in cui è posto in essere. C’è insomma una differenza “qualitativa” sul piano degli effetti sul mercato interno tra i due casi difficilmente contestabile.

E che l’equiparazione degli atti dei privati alle norme, anche di natura privata, sia un’operazione tutt’altro che scontata sul piano interpretativo lo conferma proprio il TCE che, come detto, riferisce ai primi le regole in materia di concorrenza. Gli articoli 81 e seguenti del TCE vincolano sì soggetti privati, ma solo se questi assumono la forma di “impresa”. Ed uno dei passaggi interpretativi più delicati delle norme in questione è proprio quello teso a definire che cosa si considera “impresa” per il diritto comunitario della concorrenza³⁵⁸. Le “regole” di funzionamento del mercato interno configurano quindi un sistema nel quale rispetto delle libertà economiche e tutela della concorrenza svolgono funzioni complementari, proprio in ragione dell’ambito soggettivo nel quale rispettivamente sono invocabili. Il passaggio interpretativo che legge le libertà economiche vincolanti per i comportamenti di soggetti privati non è un passaggio di poco conto, perché rompe l’equilibrio sul quale si regge il sistema di regole di funzionamento del mercato concepito dal TCE. Il confine davanti al quale quelle regole si fermano e non sono invocabili, non passerebbe più dal significato da attribuire alla nozione di “impresa”; con quelle regole si troverebbero a confrontarsi tutti gli attori che si muovono sul mercato, salvo poi valutare gli effetti e le conseguenze delle loro azioni ed, eventualmente, le ragioni per le quali tali effetti sono stati prodotti³⁵⁹. A ciò si aggiunga il fatto che anche per le imprese, sono gli “accordi” ad acquistare rilevanza per il mercato interno e non gli atti unilaterali; questi ultimi contrastano con le regole della concorrenza solo se l’impresa che li pone in essere detiene una posizione dominante nel mercato³⁶⁰.

³⁵⁷ Cfr. J.Baquero Cruz, *Free Movement*, cit., 618, per il quale “Only in those instance in which private action is comparable to that of the States should be caught by Community law under free movement, because otherwise the purpose of such rules would be severely damages. Competition will do the rest”; analogamente cfr. J.Snell, *Goods and Services*, cit., 150-151

³⁵⁸ Sul tema cfr., tra gli altri, L.Di Via, *L’impresa*, in N.Lipari, *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, vol.I., 252 ss. Nella sentenza Albany (C. Giust. causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioen fonds Textielindustrie* [1999] Racc. I-5751) l’Avvocato Generale Jacobs affronta il problema della natura del sindacato, concludendo che anch’esso debba considerarsi un’impresa per il diritto comunitario della concorrenza, laddove svolga attività di tipo economico (punti 218-227 delle sue conclusioni).

³⁵⁹ In merito al rapporto tra norme relative alle libertà di circolazione e articoli 81 e ss. cfr. J.Snell, *Private Parties and Free Movement of Goods and Services*, in M.Andenas-W.Roth (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002, 233. L’autore (contrariamente a quanto si sostiene supra nel testo) considera il fatto che l’art.81 vincola solo le imprese un argomento per estendere l’ambito di applicazione soggettiva dell’art.49: “if the private party creating obstacles to the free movement of goods or services is not an undertaking [...] Articles 28 and 49 should be applicable in certain circumstances. Otherwise, a lacuna is formed”.

³⁶⁰ Cfr. P.Oliver- W.H. Roth, *The Internal Market*, cit., 423 -424

1.2. Misure collettive o (anche) atti individuali?

L'argomento della diversa rilevanza degli effetti prodotti dai comportamenti dei privati rispetto alle "regole" verrebbe fortemente indebolito se si considerassero applicabili le norme del Trattato non solo alle "misure collettive" ma anche ai contratti individuali, come prospetta la Corte nella sentenza *Angonese*³⁶¹. In questo caso la Corte estende il principio di parità di trattamento al di là dell'ipotesi di discriminazioni fondate su fonti normative o collettive, includendovi anche le discriminazioni prodotte dalle condizioni poste da un singolo datore privato all'assunzione di un lavoratore³⁶². Tuttavia, su questo piano, le differenze tra le quattro libertà appaiono significative. Il caso in questione attiene infatti alla libera circolazione dei lavoratori, in relazione alla quale, come detto, è lo stesso legislatore comunitario a prevedere la vincolatività del divieto di discriminazione per nazionalità nei rapporti interprivati con riguardo alle condizioni di lavoro. Il passo in avanti compiuto in *Angonese* rispetto al diritto comunitario "positivo" è consistito nell'estendere il principio di non discriminazione anche alle condizioni di accesso al rapporto di lavoro imposte da un singolo datore³⁶³.

Se si considera quanto affermato in *Walrave*, ovvero che l'ambito di applicazione delle libertà di circolazione dei servizi e dei lavoratori deve considerarsi sotto ogni profilo identico³⁶⁴, si dovrebbe comunque concludere che il principio adottato in *Angonese* valga anche per i contratti individuali di prestazione di servizi³⁶⁵. Il che aprirebbe la strada alla sindacabilità alla luce dell'art.49 TCE di ostacoli posti in essere anche da singoli soggetti privati nelle loro relazioni commerciali, quanto meno quando questi hanno natura discriminatoria. *A fortiori* dovrebbero considerarsi attratte le azioni collettive nell'ambito di applicazione di quell'articolo, in ragione del maggior impatto sugli scambi intracomunitari che queste normalmente sono in grado di produrre rispetto alla singola transazione commerciale.

Si può però ritenere l'estensione ai contratti individuali dell'efficacia delle norme in materia di libera circolazione limitata all'art.39 e ciò in ragione della particolarità di tale libertà, connessa ad esigenze di tutela del lavoratore, cioè di un soggetto "contrattualmente" debole. Non a caso in *Angonese* la Corte si richiama alla consolidata giurisprudenza relativa alla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di retribuzione sancito dall'art.141 TCE³⁶⁶. La "peculiarità" del "bene" oggetto dell'art.39 (il lavoro umano) imporrebbe una diversa qualificazione dello *status* di chi ne è titolare rispetto alle altre libertà economiche³⁶⁷. Da ciò l'adesione ad una più piena interpretazione della norma come fonte di garanzia di un diritto fondamentale, come tale inviolabile da parte di qualsiasi soggetto (pubblico o privato) e con qualsiasi "mezzo" (norma, atto

³⁶¹ C.Giust. causa C-281/98, *Angonese (Roman) c. Cassa di Risparmio di Bolzano* [2000] Racc. I-4139

³⁶² Nel caso oggetto della sentenza *Angonese* una banca privata richiedeva come condizione per essere assunti la produzione di un certificato di bilinguismo rilasciato dall'autorità provinciale.

³⁶³ Che l'art.39 TCE si applichi a qualsiasi atto tra privati è opinione maggioritaria in dottrina (tra gli altri, cfr. J.M. Fernandez Martin, *Re-difing Obstacles to the Free Movement of Workers*, ELR 1996, 323 ss. e S.Weatherill, *Discrimination on Grounds of Nationality in Sport*, YEL 1989, 65).

³⁶⁴ Cfr. *supra* nt.15

³⁶⁵ In questo senso cfr. P.Delannay, nota a *Walrave*, in CDE 1976, 223

³⁶⁶ Cfr. *Angonese*, cit., punto 34

³⁶⁷ Cfr. J.Baquero Cruz, *Free Movement*, cit., 115 e 124; analogamente cfr. P.Oliver- W.H.Roth, *The Internal Market*, cit., 424 che richiamano a sostegno di una simile conclusione anche l'art.15(1) della Carta di Nizza che riconosce ad ogni persona il diritto al lavoro.

privato, contratto, comportamento)³⁶⁸.

La Corte di giustizia non fornisce indicazioni univoche sul problema della qualificazione giuridica delle libertà economiche sancite dal Trattato. Tuttavia appare significativo che (con un'unica eccezione³⁶⁹) il termine "diritto fondamentale" sia stato utilizzato solo con riferimento all'art.39³⁷⁰. Né può essere ignorato l'utilizzo che la Corte ha fatto dell'art.39 come norma sempre meno fondata sulla logica di mercato e sempre più finalizzata a garantire la piena integrazione dei cittadini comunitari negli Stati ospitanti. Per tali ragioni l'interpretazione ampia dell'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 39 non può automaticamente estendersi alle altre libertà del TCE³⁷¹.

1.3 Conclusioni (aperte) sul problema dell'efficacia orizzontale dell'art. 49 TCE

In base ai principi deducibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è possibile considerare vincolante l'art.49 TCE per i soggetti privati che adottano "misure di natura collettiva". In tale nozione rientrano le regole poste in essere da organismi di natura privata, sia che queste siano espressione di un potere delegato e conferito dall'autorità pubblica, sia che costituiscano esercizio dell'autonomia privata. La dottrina maggioritaria ritiene debbano considerarsi "misure di natura collettiva" anche gli atti ed i comportamenti che determinano ostacoli alla circolazione dei servizi, analoghi a quelli prodotti da fonti regolative. Una conclusione, ad opinione di chi scrive, non del tutto condivisibile, giusta la natura "qualitativamente" diversa degli "effetti" che gli "atti" sono in grado di produrre rispetto alle "norme".

Anche se si nega la pura e semplice estensione della efficacia orizzontale ai "comportamenti collettivi", il confine tra le due situazioni però sfuma se si considerano rilevanti le conseguenze e le finalità perseguite con l'azione collettiva, soprattutto se organizzata su ampia scala. Si pensi ad un'azione di boicottaggio o un'azione sindacale tesa ad impedire rapporti commerciali con imprese straniere (ipotesi che chiama in causa anche l'art.81 TCE), o ad imporre standard di tutela collettiva tali da scoraggiare la prestazione di servizi. L'applicazione delle norme sulla libertà di circolazione alle "regole private di natura collettiva" comporta infatti che la contrattazione collettiva possa essere chiamata a confrontarsi con il rispetto delle libertà del Trattato, al pari di quanto è già avvenuto con riguardo alle regole della concorrenza³⁷². Ciò è d'altra parte del tutto pacifico con riferimento alla circolazione dei servizi, vista la equiparazione che la direttiva 96/71 opera tra

³⁶⁸ Cfr. R.C.A.White, *Workers, Establishment and Services in the European Union*, Oxford, 2004, 255 ss.

³⁶⁹ Cfr. C.Giust. causa C-228/98, *Dounias c. Minister for Economic Affairs* [2000] Racc. I-577, punto 64, relativa alla libertà di circolazione delle merci

³⁷⁰ Cfr. C. Giust. causa 152/82, *Forcheri c. Belgium* [1983] Racc. 2323, punto 11; Causa 222/86, *UNCTEF c. Heylens* [1987] Racc. 4097, punto 14; cfr. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Lenz nel caso *Bosman*, cit., punto 203. Sulla natura e la qualificazione da attribuire alle libertà economiche del Trattato manca una concordanza di opinioni nel dibattito dottrinale, come rilevano P. Oliver-W.H.Roth, *The Internal Market*, cit., 410

³⁷¹ La sentenza *Haug Adrion* relativa all'art. 49 TCE (C. Giust. causa 251/83, *Eberhard Haug-Adrion c. Frankfurter Versicherungs-AG* [1984] Racc. 4277) è solo in apparenza assimilabile alla sentenza *Angonese*. Il caso attiene ad un contratto di assicurazione automobilistica che si sosteneva contenesse clausole discriminatorie. La Corte sembrerebbe avere ammesso che in linea di principio un simile atto di natura privatistica sia da valutare alla luce delle norme del Trattato. In realtà, nel caso di specie, "in issue was not a single decision by an independently acting firm but a tariff condition based on governmental regulation and authorisation and, thus, presumably commonly used by other insurance companies" (così J. Snell, *Goods and Services*, cit., 143; negli stessi termini G. Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 167)

³⁷² Cr. sentenza *Albany*, cit., punti 62-65. La Corte ha escluso nel caso di specie la riconducibilità dell'accordo collettivo nell'ambito di applicazione dell'art. 85(1) TCE in ragione del fatto che, per la natura e gli scopi perseguiti, esso svolgeva funzioni da considerarsi tipiche e normali per l'attività di contrattazione collettiva. Per una valutazione critica su un simile approccio "funzionale" alla contrattazione collettiva, da ultimo, cfr. S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution*, Cambridge, 2006, 200 ss.

fonti eteronome e fonti convenzionali che dettano le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale.

Proprio nel caso Vaxholm, richiamato in apertura di queste pagine, la Corte è chiamata ad esprimersi su questo problema, dal momento che l'azione del sindacato svedese mirava ad estendere ai lavoratori lituani lo stesso trattamento contrattuale applicato ai lavoratori nazionali; cosa considerata dall'impresa appaltatrice contraria al diritto comunitario. Si chiede un giudizio della Corte sulla legittimità dell'azione collettiva in quanto questa avrebbe come conseguenza l'adozione di "misure private collettive" (cioè contratti collettivi di diritto comune) con effetti restrittivi sulla libera circolazione. L'iniziativa del sindacato sarebbe censurabile per il diritto comunitario in ragione della finalità perseguita, se tale finalità non è ammessa dalle regole del mercato interno. Se si accoglie tale interpretazione, non è l'azione collettiva a determinare l'intralcio, ma questo è prodotto dal fine che con essa si persegue. Si tratta cioè di valutare la natura e la rilevanza delle regole di natura privata che si intendono imporre e non l'azione in sé, che acquista così, per il diritto comunitario, un rilievo "indiretto". Si potrebbe cioè considerare l'azione collettiva rilevante per il diritto comunitario, non per il fatto di determinare nel singolo episodio conflittuale un intralcio alla circolazione di un fattore produttivo, ma nella misura in cui sia finalisticamente connessa con l'adozione da parte di un organismo pubblico o privato di "misure collettive" che, certamente, costituiscono un ostacolo alla libertà di circolazione. Solo in questo secondo caso, sul piano degli effetti prodotti nel mercato interno, comportamenti di privati e fonti di regolazione assumerebbero analogo significato, in quanto i primi sarebbero strumentali all'applicazione delle seconde. La distinzione in parola può apparire un bizantinismo, ma è importante perché potrebbe segnare il confine che individua l'ambito di applicazione ai comportamenti privati dell'art.49 TCE; lo stesso potrebbe dirsi per il diritto di stabilimento di cui all'art.43, quando il suo esercizio costituisce, come nel caso Viking, il presupposto di una prestazione transnazionale di servizi.

Se invece si accetta la tesi che appare dominante in dottrina, l'azione collettiva può di per sé (appunto come mero fatto che interrompe una prestazione di servizi) determinare un intralcio alla libertà di circolazione, indipendentemente dal suo essere finalizzata all'adozione di regole non consentite dall'art.49 TCE. Accettando tale prospettiva, resta comunque da valutare che tipo di azione collettiva possa considerarsi, per gli effetti che produce, un "ostacolo" paragonabile ad una regola di natura collettiva. Il giudizio diventa in questo caso particolarmente problematico e prospetta l'adozione di un "*de minimis test*" capace di discernere ostacoli di scarso impatto da quelli che impediscono significativamente l'accesso al mercato³⁷³. I principi elaborati per riconoscere la responsabilità diretta degli Stati aumentano il grado di incertezza se applicati *sic et simpliciter* agli atti privati, considerando che la Corte nega che la responsabilità di questi ultimi possa dipendere dall'entità degli effetti prodotti sugli scambi, che possono essere anche meramente potenziali³⁷⁴. È chiaro che il tasso di discrezionalità di chi è chiamato a giudicare diventa notevole

³⁷³ Come sottolinea J. Snell, *Goods and Services*, cit., 101, "*a de minimis test suffers from a fundamental practical weakness. Although the test is conceptually clear, it is very difficult to use*". In merito cfr. anche C. Barnard, *Fitting the Remaining Pieces into Goods and services Jigsaw?*, ELR 2001, 48 ss. e L.Gormley, *Two Years after Keck*, FILR 1996, 882-883

³⁷⁴ Cfr. la definizione generale adottata nella sentenza *Dassonville*, C. Giust. causa 8/74, *Procureur du Roi c. Dassonville* [1974] Racc. 837, punto 5 (c.d. "Formula Dassonville")

e dipende dai criteri di valutazione che si assumono per determinare la soglia oltre la quale l'ostacolo si ritiene sussistente.

L'applicazione dell'art.49 ai comportamenti collettivi dei privati solleva poi il problema della relazione sussistente tra questi e le norme statali che eventualmente li consentano o che comunque non li vietino espressamente. È vero infatti che la legittimità dell'azione dei privati secondo il diritto comunitario non può dipendere da quanto prevede il diritto interno, visto che questo non può consentire ciò che il primo vieta³⁷⁵. L'efficacia diretta della norma del Trattato permette di applicare al comportamento collettivo il diritto comunitario, anche in assenza di una disposizione di diritto interno che lo sanzioni. Il discorso però cambia quando tale comportamento costituisce esercizio di un diritto costituzionale. Il problema del rapporto con la legislazione nazionale finisce in questo caso per chiamare in causa il tema del riconoscimento dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'UE come motivo che giustifica una deroga alle norme del TCE.

Tale problema si ripropone, seppur in termini sensibilmente diversi, anche applicando alle azioni dei privati la "teorica" della responsabilità statale indiretta, fatta propria dalla Corte in materia di libera circolazione delle merci, ma astrattamente invocabile anche in caso di prestazioni di servizi.

2. Il controllo indiretto sugli atti dei privati: la responsabilità statale

Nella giurisprudenza relativa all'art.30 TCE la Corte di Giustizia ha elaborato il principio per il quale, a fronte di azioni di privati che determinano intralcio alla libera circolazione delle merci, lo Stato è tenuto ad intervenire in virtù degli obblighi di cooperazione previsti dall'art.10 TCE³⁷⁶ ed in caso di inerzia si espone alla procedura di infrazione attivata dalla Commissione ai sensi dell'art.169 TCE. Tale principio è stato "positivizzato" e rafforzato sul piano procedurale dal Regolamento 2679/98 (c.d. Regolamento Monti), che introduce uno speciale regime di scambio di informazioni tra Stato membro e Commissione, teso a permettere il controllo da parte di quest'ultima dei fatti che prendono forma sul territorio del primo³⁷⁷.

Il principio elaborato dalla Corte è affermato in termini generali e sembra invocabile a fronte di azioni che intralciano qualsiasi libertà fondamentale del TCE, dunque anche in caso di prestazioni di servizi³⁷⁸. La eventuale configurabilità dell'efficacia orizzontale dell'art.49 non osterebbe ad una simile conclusione, dal momento che nulla impedisce di considerare un medesimo fatto causa di responsabilità "diretta" dei soggetti privati e fonte di responsabilità "indiretta" per lo Stato³⁷⁹. La piena realizzazione del mercato interno dei servizi potrebbe allora comportare l'adozione di strumenti analoghi al c.d. regolamento Monti anche a tutela della libertà riconosciuta dall'art.49 TCE.

Anche in questo caso tuttavia il parallelismo tra le diverse libertà non è automatico. Si deve tener conto del fatto, sopra evidenziato, che la Corte di Giustizia è meno propensa ad includere atti di

³⁷⁵ Cfr. J. Snell, *Goods and Services*, cit., 152

³⁷⁶ Tale principio è stato elaborato nel c.d. "farmer case" (C.Giust. causa C-265/95, *Commissione c. Repubblica francese* [1997] Racc. I-6959) così chiamato perché relativo ad azioni organizzate dai contadini francesi per impedire l'importazione di prodotti orto-frutticoli dalla Spagna. Lo stesso principio è stato poi ribadito nella causa C-121/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transport und Planzunge c. Repubblica austriaca* [2003] Racc. I-5659

³⁷⁷ Regolamento n.2679/98, GUCE L337 del 12/12/1998, 8 per un commento al quale sia consentito un rinvio a G.Orlandini, *Libertà di circolazione delle merci: un limite comunitario al conflitto sindacale*, GDLRI 1999 652 ss.

³⁷⁸ In tal senso cfr. G. Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 162 e J. Snell, *Goods and Services*, cit., 154

³⁷⁹ Così J. Snell, *ibidem*

natura privata nell'ambito di applicazione dell'art.30, rispetto a quanto non lo sia rispetto all'art.49. Ciò potrebbe prospettare un'evoluzione della giurisprudenza della Corte caratterizzata da un duplice approccio, parimenti teso ad attrarre comportamenti privati nella sfera d'influenza delle norme sulla libera circolazione: l'uno, relativo ai beni, fondato sulla responsabilità indiretta degli Stati, l'altro, relativo ai servizi ed (ed *a fortiori* ai lavoratori) fondato sul riconoscimento dell'efficacia diretta ed orizzontale delle norme del Trattato.

In assenza di sentenze della Corte in materia, si può solo ipotizzare che i principi elaborati dalla Corte in relazione all'art.30 TCE siano applicabili anche a fronte di intralci alla libera circolazione dei servizi. Per questa via si attrarrebbero le azioni dei privati nell'orbita dell'art.49 senza dover affrontare il nodo teorico della vincolatività dello stesso nei rapporti interprivati. Il che non significa che non si ponga ugualmente il problema della configurazione dei comportamenti privati come intralci ad una libertà di mercato. Resta infatti ineludibile la necessità di stabilire quando gli atti dei privati costituiscano un ostacolo alla libera circolazione del quale lo Stato è chiamato a rispondere.

Il Regolamento 2796/98 fornisce delle indicazioni a riguardo³⁸⁰, ma è vero che queste, oltre ad essere estremamente generiche, servono per attivare lo speciale procedimento di informazione e monitoraggio ivi previsto, e non possono ritenersi vincolanti per la Corte nel valutare la responsabilità statale³⁸¹. Tanto più ciò è vero in caso di ostacoli alle prestazioni di servizi, ai quali il Regolamento non si applica. È possibile considerare irrilevanti le azioni poste in essere da privati che abbiano uno scarso impatto sugli scambi, ma come stabilire un criterio di valutazione circa la "gravità" delle azioni? I problemi sollevati dal riconoscimento della efficacia orizzontale della norma si ripropongono per configurare la responsabilità indiretta degli Stati.

La configurabilità di una responsabilità statale per gli atti dei privati che prescindano dall'esistenza di una responsabilità di chi tali atti compie solleva poi complessi problemi interpretativi. È vero che questa soluzione appare meno "invasiva" degli spazi di autonomia dei privati, ed anche per questo è preferibile rispetto a quella della "efficacia diretta orizzontale"³⁸². È anche vero però che è difficile fondare la responsabilità di uno Stato su un atto che l'ordinamento comunitario considera legittimo³⁸³. La Corte di giustizia (seguendo certo un percorso argomentativo assai contorto) potrebbe sviluppare la propria giurisprudenza e giungere a considerare che la responsabilità dello Stato per omissione e mancanza di cooperazione comporti una responsabilità anche di chi ha posto in essere l'ostacolo, del quale questi può essere chiamato a rispondere davanti alle Corti nazionali.

È evidente che a monte della teorica della responsabilità indiretta c'è una forzatura della lettera

³⁸⁰ L'articolo 1 del Regolamento 2679/98 prevede che questo si applichi a in presenza di un "ostacolo" che "induce una grave perturbazione della libera circolazione delle merci impedendone, ritardandone o deviandone l'importazione, l'esportazione o il transito attraverso uno Stato membro, materialmente o in altro modo; causa grave pregiudizio ai privati lesi; esige un'azione immediata al fine di evitare la persistenza, l'estensione o l'aggravamento della perturbazione o del pregiudizio sopra indicati"

³⁸¹ Cfr. J. Snell, *Goods and Services*, cit., 155 e G. Orlandini, *Libertà di circolazione*, cit., 654 ss.

³⁸² Così G. Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 164

³⁸³ Come osserva J. Snell, *Goods and Services*, cit., 154 "it is logically a rather curious move to place a Member State under obligation to adopt appropriate measure to ensure that private individuals do not create obstacles to the free movement of goods, when those private individuals do not have any obligation not to create those obstacles in the first place"

del Trattato ed un salto logico che consiste nel considerare rilevante per l'ordinamento comunitario un fatto (gli atti dei privati che ostacolano le libertà economiche) che non è espressamente contemplato dalle norme del TCE che si intendono applicare. Lo stesso salto logico che sottende alle interpretazioni che ammettono l'efficacia diretta "orizzontale" di tali norme.

Come anticipato, anche la configurazione di una responsabilità indiretta degli Stati membri solleva infine il problema di stabilire se l'atto dei privati debba o meno essere illecito per la normativa interna. Nel silenzio della Corte di Giustizia, si può osservare come, se l'"omissione" ex art.10 TCE esistesse solo in caso di azioni illegittime per il diritto interno, la portata del principio della "responsabilità indiretta" sarebbe ben poca cosa³⁸⁴. L'"ostacolo" esisterebbe solo nei casi in cui il comportamento dei privati è già censurato dal diritto nazionale e la responsabilità statale insorgerebbe solo in caso di inerzia nell'applicazione delle norme interne. Si può allora fondatamente ritenere che l'obbligo di intervenire sussiste comunque, anche se l'azione è legittima per il diritto interno. Spetta allo Stato scegliere il modo più efficace per intervenire ed alla Corte (alla Commissione in prima battuta quando si applica il Regolamento 2769/98) valutare se tale modo è sufficiente a considerare ottemperato l'obbligo di cooperazione³⁸⁵.

Parte della dottrina sostiene che la responsabilità statale insorge anche nel caso in cui non si provveda a modificare la normativa interna per rendere illegittime le azioni censurate, se non lo sono³⁸⁶. Una simile lettura finisce per prospettare, nei fatti ed *ex post*, l'inscindibilità tra responsabilità statale indiretta ed efficacia orizzontale. Non si darebbero infatti ipotesi nelle quali a rispondere della violazione del TCE sarebbe solo lo Stato, ma la responsabilità di quest'ultimo si tradurrebbe in ultima analisi sempre in una responsabilità anche dei soggetti privati.

Anche non aderendo a quest'ultima opinione, resta il fatto che il principio adottato dalla Corte in merito alla responsabilità statale indiretta comporta un'indubbia pressione sugli Stati a modificare la propria legislazione per rendere il meno praticabili possibili azioni capaci di intralciare il libero funzionamento del mercato interno e ridurre il rischio di doverne rendere conto in sede comunitaria. Si può, come detto, non considerare l'efficacia orizzontale presupposto implicito della teorica della responsabilità indiretta, ma i due profili risultano comunque, se non sul piano strettamente giuridico, quanto meno nei fatti strettamente connessi³⁸⁷. Tale connessione emerge con chiarezza ancora maggiore se si considera in che modo la Corte di giustizia esercita il vaglio sulle "ragioni giustificative" invocate dallo Stato per sottrarsi dalla responsabilità derivante dagli atti dei privati.

3. Giustificazioni e diritti fondamentali

I dubbi circa il riconoscimento di una piena efficacia orizzontale dell'art.49 (ma lo stesso potrebbe

³⁸⁴ Dubbi a riguardo sono manifestati da G. Davies, *Nationality Discrimination*, cit., 165-166

³⁸⁵ La Corte di Giustizia considera gravante sullo Stato un'obbligazione di mezzi, non di risultato; in considerazione di ciò, come osserva J. Snell, *Goods and Services*, cit., 156 "the fact that a private party may have created an obstacle to free trade does not automatically indicate a violation by the State and, thus, a right of an individual to claim damages from the State".

³⁸⁶ Cfr. J. Snell, ult. cit., 155

³⁸⁷ Non sono di questa opinione P. Oliver- W-H Roth, *The Internal Market*, cit., 427, per i quali l'"approccio indiretto" "should be up to the Member State to delimit the respective spheres of private autonomy on the one hand and the objectives of the four freedoms on the other"

dirsi per le altre libertà) aumentano se si passa a considerare il profilo delle possibili ragioni che possono giustificare le restrizioni alla libertà di circolazione. E ciò non solo perché l'art.46 TCE (che ammette eccezioni alle regole del TCE basate sull'ordine pubblico, la sicurezza e la sanità pubblica) parla espressamente ed esclusivamente di "disposizioni legislative, regolamentari e amministrative", ma anche perché i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di "interessi generali" o "esigenze imperative" come ragioni giustificatrici degli ostacoli indiretti o "non-discriminatori" mal si attagliano a comportamenti di privati cittadini³⁸⁸.

La Corte ha ammesso che, in materia di libera circolazione dei lavoratori, potessero invocarsi motivi di ordine pubblico, sanità e salute pubblica anche da parte di soggetti privati³⁸⁹. Si trattava però di ipotesi di "atti para-legislativi", per i quali un'identità di approccio con le fonti statali appare meno problematico³⁹⁰. Quando si passa a considerare meri comportamenti dei privati (come nel caso delle azioni collettive) il quadro diventa più complesso.

Applicare ad azioni collettive di sindacati e gruppi di pressione le eccezioni di cui all'art.46 e quelle di origine giurisprudenziale basate sull'interesse pubblico³⁹¹, significa sottoporle al vaglio del giudizio di "proporzionalità", che (pur nelle sue diverse declinazioni) si sostanzia a sua volta in una duplice valutazione: la misura deve risultare appropriata al fine perseguito e non deve imporre limitazioni non necessarie per perseguirlo, come sarebbe se fossero adottabili misure parimenti efficaci ma meno lesive della libertà del Trattato³⁹². È proprio il principio della proporzionalità a sollevare i più evidenti problemi se applicato ad atti di privati cittadini. Come può esercitarsi il vaglio circa la "proporzionalità" dei mezzi adottati rispetto al fine perseguito su comportamenti di privati? Come può questo giudizio conciliarsi con la libertà di autodeterminazione degli stessi? È ovvio che l'applicazione dei criteri elaborati dalla Corte di giustizia ad atti privati non solo è problematica ma muta il loro significato³⁹³.

Si può, con chi scrive, ritenere che, anche per tali ragioni, sia preferibile interpretare l'art.49 TCE in modo tale evitare che la sua applicazione finisca per invadere il terreno dell'autonomia dei gruppi organizzati nel perseguimento dei propri interessi, escludendo così *a priori* il problema

³⁸⁸ Sul tema cfr. J. Fernandez Martin- S.O' Leary, *Judicial Exceptions on the Free Provision of Services*, in M. Andenas- W. Roth (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002.

³⁸⁹ Bosman, cit., punto 86 e C.Giust. causa C-350/96, *Clean Car Autoservice GmbH c. Landeshauptmann von Wien* [1998] Racc. I-2521, punto 24

³⁹⁰ È quanto osserva J. Fernandez Martin, *Re-defining Obstacles*, cit., 324

³⁹¹ In questo senso cfr. J. Snell, *Goods and Services*, cit., 151: "Furthermore, in the case of trade unions, pressure groups etc, the exceptions found in Articles 30 and 46 EC as well as the public interest exceptions developed in the Court's case law are easier to apply than in the case of private profit-oriented undertakings. It is more conceivable that such an entity is in reality pursuing a goal in the general interest than that a private firm is"

³⁹² Vd. la "formula" adottata dalla Corte di Giustizia nella sentenza Gouda, C. Giust. causa C-288/88, *Collectieve Antennevoorziening Gouda et al.* [1991], Racc. I-4007, punto 15: "l'applicazione delle normative nazionali ai prestatori stabiliti in altri Stati membri dev'essere atta a garantire il conseguimento dello scopo con esse perseguito e non può eccedere quanto necessario a tal fine; in altre parole, occorre che lo stesso risultato non possa essere ottenuto mediante provvedimenti meno incisivi". Sull'utilizzo del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia cfr. F.G. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, in E.Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, 1 ss. e T.Tridimas, *Proportionality in the Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, ibidem, 65 ss.

³⁹³ Analogamente, cfr. P. Oliver-W. Roth, *The Internal Market*, cit., 427 e W.Roth, *Drittwirkung der Grundfreiheiten?*, in O.Due et alii (eds.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, 1995, 1241-1242. Con riferimento all'art.30 TCE cfr. M.Quinn-N.MacGowan, *Could Article 30 Impose Obligations on Individuals?*, ELR 1987, 176

delle cause di giustificazione. È chiaro però che la trattazione del tema in oggetto impone che si faccia propria la prospettiva opposta, che per altro si è detta maggioritaria in dottrina e (anche per questo) verosimilmente adottabile dalla Corte di Giustizia.

Un'azione collettiva che si consideri una "restrizione alla libera prestazione dei servizi", può configurarsi diversamente a seconda del modo con cui è realizzata e della disciplina di diritto interno che le si applica. Il diritto interno può considerarla illegittima o legittima ed è in questo secondo caso che si porrà il problema di valutare la presenza di eventuali cause di giustificazioni che consentano di derogare ai vincoli del TCE. Nel caso in cui la legittimità dell'azione possa dirsi fondata su un diritto fondamentale, si invocherà il rispetto di questo da parte dell'ordinamento comunitario. Come è stato osservato proprio in merito al caso Viking, l'argomento dei diritti fondamentali è capace di per sé di giustificare deroghe alle libertà economiche del Trattato, senza bisogno di invocare le ragioni di "ordine pubblico" o dell' "interesse generale" e indipendentemente dalla presenza o meno di una discriminazione diretta³⁹⁴. Tuttavia anche il richiamo ai diritti fondamentali non garantisce una pura e semplice "immunità" per le azioni poste in essere dai privati dai vincoli comunitari: come dimostra la giurisprudenza della Corte, anche in questo caso trova applicazione il principio di "proporzionalità" elaborato in relazione ai motivi di ordine pubblico ed alla teorica delle giustificazioni fondate sull'interesse generale³⁹⁵.

Nel recente caso *Omega Spielhallen* la Corte ha riconosciuto che la protezione di un diritto fondamentale rientra tra le ragioni di ordine pubblico che, ai sensi dell'art.55 TCE, giustificano una restrizione alla libertà riconosciuta dall'art.49 del TCE. Il divieto imposto in Germania allo sfruttamento commerciale di c.d. "giochi di guerra" è stato considerato legittimo in quanto finalizzato a tutelare il diritto al rispetto della "dignità umana" sancito dalla Costituzione tedesca, e valutato una misura necessaria e non "sproporzionata" per raggiungere tale fine³⁹⁶.

Di diritti fondamentali come limite alle libertà economiche la Corte di giustizia si è occupata recentemente anche nel caso *Schmidberger* nel quale è stato applicato il principio della responsabilità statale indiretta³⁹⁷. La Corte è stata chiamata a valutare la responsabilità dell'Austria per gli intralci posti alla libera circolazione delle merci al valico del Brennero da gruppi di ambientalisti. La sentenza è estremamente significativa perché rende manifesto come la Corte non possa astenersi, nel valutare la responsabilità statale, da un'approfondita valutazione circa le modalità e gli effetti dell'azione, nonché circa il significato da riconoscere nell'ordinamento comunitario al diritto che s'invoca a giustificazione dell' "inerzia" da parte delle pubbliche autorità nazionali.

³⁹⁴ Cfr. A.C. L. Davies, *The Right to Strike*, cit., 83

³⁹⁵ Così lo stesso A.C.L. Davies, ibidem e M.K. Bulterman- H.R. Kranenborg, *What if rules on free movement and human rights collide? About laser game and human dignity in the Omega case*, ELR 2006, 99. Il rapporto tra giustificazioni fondate sui diritti fondamentali e giustificazioni fondate sull' "ordine pubblico" o l'"interesse generale" è tutt'altro che chiaro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, e dibattuto in dottrina (in merito, da ultimo, cfr. J. Morijn, *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of European Constitution*, in ELJ, 2005, 30-39)

³⁹⁶ C. Giust. causa C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeister der Bundesstadt Bonn*, [2005] Racc. I-9609. Per un'analisi critica della sentenza cfr. T. Ackermann, *Note on Omega*, CMLR 2005, 1107 ss., che giudica il principio accolto dalla Corte troppo generico e tale da permettere un'eccessiva discrezionalità. La sentenza è commentata criticamente anche da M.K. Bulterman- H.R. Kranenborg, ult. cit., 93 ss.

³⁹⁷ Cfr. supra nt.37

La Corte non si limita a riconoscere che a fondamento dell'azione dei privati c'è un diritto considerato fondamentale dall'ordinamento austriaco, per ritenere giustificato il mancato intervento a garanzia della libertà di circolazione, ma si chiede se tale diritto possa considerarsi parte dei principi generali del diritto comunitario, richiamando il consolidato principio giurisprudenziale accolto nell'art.6.2 TUE³⁹⁸. La presenza della libertà di espressione e di assemblea nelle "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" e nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo le consente di ritenere la tutela dei diritti in questione un "*interesse legittimo che, in principio, giustifica la restrizione della libertà di circolazione*" (punto 74). Ricordata l'argomentazione nell'ambito delle "ragioni giustificative", la Corte applica anche al caso di specie il principio della "proporzionalità" dei mezzi utilizzati rispetto ai fini, che si traduce in un giudizio di bilanciamento tra la libertà fondamentale dei manifestanti e la libertà di circolazione delle merci: si tratta di valutare se nel caso di specie non fossero state possibili restrizioni a tali libertà che "*corrispondono effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati*" (punto 80). In altre parole il giudizio di "proporzionalità" nel caso in cui la deroga ad una libertà fondamentale del TCE si basi sull'esigenza di tutelare un altro diritto fondamentale acquista una valenza "bilaterale", perché anche quest'ultimo ammette solo restrizioni necessarie e proporzionate al fine perseguito.

In tale giudizio di bilanciamento la Corte considera sia il fatto che la manifestazione era stata previamente autorizzata (quindi era pienamente legittima per il diritto interno) sia il fatto che gli effetti della stessa avevano mantenuto un rilievo locale e circoscritto: si trattava in sostanza di un singolo evento limitato ad una unica arteria stradale. Oltre a ciò, sul giudizio finale, pesa l'assenza di finalità "protezionistiche" dei manifestanti (mossi solo da obiettivi ambientalistici)³⁹⁹ e l'adozione, da parte delle autorità austriache, di misure che, senza vietare la manifestazione, erano comunque tese a limitare i danni e l'intralcio alla circolazione (punti 86-88). Infine la Corte considera fondati i timori del Governo austriaco circa gli effetti controproducenti che interventi più incisivi avrebbero potuto determinare sul piano dell'ordine pubblico e, quindi, sulla stessa libertà di circolazione che s'intendeva proteggere (punto 92).

Se ne ricava che per escludere la responsabilità statale non basta che si sia in presenza di un diritto fondamentale che la Corte considera facente parte dei principi generali del diritto comunitario, ma è necessario anche che lo Stato dimostri come nel caso di specie restrizioni e limitazioni di quel diritto necessarie per tutelare la libertà economica minacciata dal suo esercizio avrebbero finito per incidere sul nucleo essenziale dello stesso ("*la sostanza stessa*" del diritto).

³⁹⁸ Come sottolineano P. Oliver-W. Roth, *The Internal Market*, cit., 438, a commento della sentenza Schmidberger, "*attention should [...] be drawn to the insistence that only those fundamental rights recognized as such in Community law itself are thus protected*"

³⁹⁹ Schmidberger, cit., punto 86. La Corte per la verità non adotta un approccio chiaro ed univoco riguardo al problema cruciale del rilievo delle finalità perseguite con l'azione dei soggetti privati, dal momento che in un altro passaggio della sentenza (punto 66) si afferma che "*gli obiettivi specifici di tale manifestazione non sono, in quanto tali, determinanti nell'ambito di un'azione giurisdizionale quale quella intentata dalla Schmidberger, che mira a invocare la responsabilità di uno Stato membro per l'asserita violazione del diritto comunitario*"; in dottrina, sottolinea la necessità di valutare le finalità perseguite dai dimostranti, al fine di operare il giudizio di "bilanciamento" tra diritti fondamentali, C. Brown, *Note on Schmidberger*, CMLR 2003, 1505. Nello stesso senso cfr. J. Morijin, *Balancing Fundamental Rights*, cit., 29 che (ignorando il punto 86) identifica proprio nel punto 66 della sentenza il principale momento di criticità dell'argomentazione della Corte

Spetta alla Corte di giustizia e non allo Stato membro operare un simile giudizio di bilanciamento, che dipende dal tipo di diritto che è in gioco e dagli effetti più o meno rilevanti che il suo esercizio produce sugli scambi intracomunitari.

È vero che in questo caso la Corte ha finito per rispettare le scelte discrezionali operate dallo Stato membro⁴⁰⁰. Ed è altresì vero che nell'applicare il principio di proporzionalità la Corte riconosce sempre un margine più o meno ampio di discrezionalità agli Stati, in alcuni casi lasciando alle Corti nazionali la valutazione circa la corretta applicazione dello stesso⁴⁰¹. Ma mai la Corte di Giustizia rinuncia ad indirizzare le Corti nazionali ed a ribadire che la discrezionalità statale deve comunque essere esercitata "nel rispetto del Trattato"⁴⁰².

Nel caso *Smidberger* la Corte è stata chiamata a valutare la legittimità del comportamento "omissivo" dello Stato e non a sindacare la legittimità degli atti dei privati alla luce dell'art.30 TCE, non essendo oggetto del giudizio l'efficacia orizzontale di tale norma. Ciò non le ha impedito però di domandarsi se quell'azione fosse o meno da considerarsi esercizio di un diritto fondamentale riconosciuto dall'UE e se fosse stata condotta senza finalità protezionistiche ed in maniera tale da limitare gli effetti sulla circolazione intracomunitaria. In altre parole solo una parte delle valutazioni della Corte ha avuto per oggetto il comportamento statale e le misure da questo adottate, a conferma del fatto che anche il principio della responsabilità indiretta implica un giudizio sui limiti di esercizio dell'azione collettiva dei privati⁴⁰³.

Il giudizio di bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali che la Corte è chiamata ad effettuare si profila di natura simile nel caso in cui sia in questione la responsabilità indiretta dello Stato o nel caso (ad oggi ancora ipotetico) in cui si consideri la responsabilità dei privati per violazione delle norme del TCE. Ciò che cambia (oltre agli effetti di tali giudizi) è il fatto che nel primo caso, anche considerando legittimamente esercitato il diritto fondamentale da parte dei privati, lo Stato potrebbe essere egualmente considerato responsabile se non ha adottato le misure necessarie e compatibili con l'esercizio di quel diritto, per rimuovere l'ostacolo o ridurre l'impatto sugli scambi intracomunitari.

È possibile concludere che l' "immunità" di un'azione collettiva dai vincoli posti dall'art.49 TCE

⁴⁰⁰ È quanto sottolinea C. Barnard, *The Substantive Law*, cit., 70

⁴⁰¹ Ciò è rilevabile in particolare nei procedimenti fondati sull'art.177 TCE; cfr. in merito F.C. Jacobs, *Recent Developments in the Principles of Proportionality in EC Law*, in E. Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality*, cit., 19

⁴⁰² Come si legge nella sentenza *Omega Spielhallen*, cit., punti 30-31 "Tuttavia, la possibilità per uno Stato membro di fare uso di una deroga prevista dal Trattato non esclude il controllo giurisdizionale delle misure di applicazione di tale deroga. Inoltre, la nozione di 'ordine pubblico' nel contesto comunitario e, in particolare, in quanto giustificazione di una deroga alla libertà di prestazione dei servizi dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie. Ne deriva che l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. Nondimeno, le circostanze specifiche che potrebbero giustificare il richiamo alla nozione di ordine pubblico possono variare da un paese all'altro e da un'epoca all'altra. È perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato"

⁴⁰³ Analogamente, con riguardo alle valutazioni della Corte nel caso dei contadini francese, cfr. K. Mully, *Angry Farmer and Passive Policemen: Private Conduct and the Free Movement of Goods*, ELR 1998, 471-474. Di opinione diversa è J. Morjin, *Balancing Fundamental Rights*, cit., 27 ss. che sottolinea criticamente come l'approccio adottato dalla Corte in *Schmidberger*, basato sul principio della responsabilità statale indiretta, "sposti" l'oggetto del giudizio dal comportamento dei privati all'atto di autorizzazione dello Stato e impedisca una piena valutazione circa la legittimità delle finalità e degli effetti perseguiti dai dimostranti. L'autore auspica una maggior fedeltà alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il che garantirebbe un sindacato sul comportamento dei privati non "filtrato" dalla condotta dello Stato; un'evoluzione della giurisprudenza che (per quanto qui interessa) rafforzerebbe le conclusioni fatte proprie da chi scrive circa la sovrapposibilità dei giudizi sulla responsabilità diretta dei privati e sulla responsabilità indiretta degli Stati.

dipende dalla qualificazione della stessa come diritto fondamentale per l'ordinamento comunitario. Ma allo stesso tempo, una simile configurazione non esclude comunque il vaglio da parte della Corte di giustizia della sua concreta modalità d'esercizio al fine di effettuare un giudizio di bilanciamento con le libertà fondamentali del Trattato che si ritengono violate.

4. Legge applicabile e direttiva sul distacco. La legittimità dell'azione collettiva dei lavoratori distaccati.

Tema connesso ma non sovrapponibile a quello della vincolatività dell'art.49 nei confronti di chi attua un'azione collettiva, è quello della legge applicabile allo sciopero effettuato dai lavoratori stranieri distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale. I casi Vaxholm e Viking sopra richiamati riguardano ipotesi di sciopero attuato da lavoratori di uno Stato membro per imporre ad un'impresa straniera il rispetto degli standard lavorativi propri di quello Stato o per impedire ad una impresa (nel caso Viking una compagnia navale) di spostarsi in uno Stato membro per sfruttare i differenziali di costo del lavoro. *Nulla questio* sulla legge applicabile, che è quella dello Stato di appartenenza dei lavoratori che pongono in essere l'azione collettiva. Il problema posto all'attenzione della Corte attiene alla legittimità di tale azione alla luce del diritto comunitario, da cui la rilevanza del tema, sin qui affrontato, dell'efficacia nei rapporti interprivati dell'art.49 TCE.

Ma *quid se* l'azione collettiva è attuata dai lavoratori distaccati, sia essa o meno coordinata con quella dei lavoratori dello Stato ospitante? In questo caso al problema (comune a quello sollevato dall'azione dei lavoratori di quest'ultimo) della compatibilità del loro comportamento con l'art.49, si aggiunge quello della normativa applicabile durante il periodo del distacco, ben potendo essere diversa la risposta circa la legittimità dell'azione collettiva a seconda che questa sia la legge dello Stato d'origine o dello Stato dove la prestazione è fornita.

Nel caso di uno sciopero dei lavoratori distaccati si può dire che si apra la prospettiva di un duplice vaglio di compatibilità con il diritto comunitario. Si tratta sia di valutare la legittimità dell'azione collettiva posta in essere, se questa comporta un ostacolo alla libera circolazione dei servizi (naturalmente qualora questa si consideri tutelabile anche a fronte di azioni dei privati), sia di valutare se l'estensione della normativa dello Stato ospitante in materia di sciopero sia o meno compatibile con le norme del TCE ovvero non costituisca a sua volta un ostacolo alla libera circolazione dei servizi. Il primo vaglio attiene all'efficacia orizzontale dell'art.49 TCE, il secondo all'efficacia "verticale", e chiama in causa la natura di ostacolo alla libera circolazione dei servizi che può assumere una normativa lavoristica di uno Stato membro che si pretende applicare ai lavoratori dipendenti dell'impresa straniera⁴⁰⁴. E proprio una funzione "chiarificatrice" circa l'ambito di applicabilità della normativa lavoristica dello Stato ospite ai lavoratori distaccati intende svolgere la direttiva 96/71/CE, che impone l'estensione agli stessi di standard minimi di tutela previsti da tale

⁴⁰⁴ L'applicazione ai lavoratori distaccati delle medesime condizioni di lavoro dei lavoratori nazionali deve considerarsi una restrizione alla libertà di circolazione dei servizi in quanto capace di ostacolare o rendere meno attraente l'attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro. Si tratta poi di valutare se tale restrizione sia o meno fondata su esigenze di "carattere imperativo" o di "interesse pubblico" perseguite con mezzi "proporzionati", come afferma la Corte di giustizia a partire dalle sentenze Webb e Seco (cfr. C. Giust. causa 279/80, *Procedimento penale contro Webb* [1981] Racc. 3305; cause riunite 62-63/81, *Seco c. EVI* [1982], Racc. 223; cfr. anche le sentenze citate infra in nota 67)

normativa nelle materie elencate nell'art.3.1⁴⁰⁵. Le due questioni (l'una attinente all'efficacia verticale l'altra all'efficacia orizzontale), pur strettamente connesse, restano concettualmente distinte.

Come visto, la legittimità del fatto "azione collettiva" per il diritto comunitario dipende dal giudizio circa la sua riconducibilità all'esercizio di un diritto fondamentale, riconosciuto come tale nell'ordinamento dell'Unione, ma tale giudizio presuppone che l'azione sia considerata legittima dalla normativa ad essa applicabile. La legittimità dell'azione potrebbe allora dipendere dall'applicazione al caso di specie della normativa (se più favorevole) dello Stato ospitante: un fatto possibile, ma non automatico, e la cui legittimità passa ancora una volta dal giudizio sulla fondatezza delle ragioni che giustificano un intralcio alla libertà di circolazione determinato (questa volta) da una norma: quella appunto che lo Stato ospitante pretende di applicare ai lavoratori stranieri. Tale giudizio (ed è questo che s'intende sottolineare) non coincide con quello relativo alla legittimità del comportamento dei soggetti che pongono in essere l'azione collettiva, pur fondandosi sull'interpretazione dello stesso articolo del TCE (art.49).

Il giudizio sull'applicabilità della normativa relativa alle condizioni di lavoro (sia di natura eteronoma che convenzionale) dei lavoratori distaccati impone un vaglio circa la natura della norma che si pretende applicare (ovvero la sua funzionalità ad esigenze di interesse pubblico o di carattere imperativo), circa l'assenza nel paese d'origine di norme che soddisfano gli interessi che s'intende tutelare e circa la necessità e proporzionalità della disciplina applicata agli scopi che con essa d'intende perseguire⁴⁰⁶. Il carattere di tale giudizio non è modificato da quanto prevede la direttiva 96/71: al di là delle materie elencate nell'art.3.1 della stessa (tra le quali non rientra lo sciopero), si riconosce la possibilità per gli Stati di applicare la propria normativa se questa contiene "disposizioni di ordine pubblico" compatibili con le regole del TCE (art.3.10). L'efficacia diretta dell'art.49 non preclude il controllo da parte della Corte sulla legittimità dell'estensione ai lavoratori distaccati di norme considerate di "ordine pubblico", alla luce dei sopra richiamati principi di origine giurisprudenziale⁴⁰⁷. S'intende dire che il contenuto precettivo della nozione di "ordine pubblico" adottata dalla direttiva dipende comunque dall'interpretazione che della stessa è data dalla Corte di giustizia.

L'estensione ai lavoratori distaccati della normativa nazionale relativa al diritto di sciopero potrebbe essere ammissibile in quanto considerata di "ordine pubblico" e funzionale a garantire una

⁴⁰⁵ Sulla direttiva 96/71/EC l'analisi più convincente resta quella di P.Davies, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems*, CMLR 1997, 571 ss.

⁴⁰⁶ La Corte di Giustizia ha costantemente utilizzato il principio di proporzionalità per valutare la legittimità dell'estensione del diritto del lavoro interno alle imprese straniere erogatrici di servizi: cfr. C. Giust. cause riunite C-369, 376/96, *Procedimento penale contro Jean-Claude Arblade et. Al.* [1999] Racc. I-2189; cause riunite C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98, *Finalarte Sociedade de Construcao Civil Lda* [2001] Racc. I-7831; causa C-165/98, *Procedimento penale contro André Mazzoleni e Intersurveillance Assistance SARL* [2001] Racc. I-2189; causa C-164/99, *Portugaia Construcoes Lda* [2002] Racc. I-787; causa C-445/03, *Commissione c. Lussemburgo* [2004] Racc. I-10191; causa C-341/02, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* [2005] Racc. I-2733; causa C-244/04, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania* [2006] Racc. I-885. In merito da ultimo cfr. U.Carabelli- V.Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di non regresso nelle direttive sociali*, WP "M.D'Antona".INT, n.64/2005, p.23 ss.

⁴⁰⁷ Come ricorda M.Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm*, cit., 242 richiamando i *dicta* della Corte di Giustizia, la nozione di "ordine pubblico" richiamata dalla direttiva "non deve essere quella propria degli ordinamenti nazionali, ma quella elaborata dalla giurisprudenza comunitaria" (per tutte cfr. Arblade, cit., punto 34); ciò è in linea con quanto sopra detto a proposito delle cause di giustificazione (cfr. nt.63). La Commissione ha esplicitamente richiamato gli Stati ad una interpretazione rigorosa e restrittiva della nozione in parola, ricordando che essa coincide non con quella di "ordine pubblico interno", ma con quella di "ordine pubblico internazionale" (cfr. Commissione CE, Comunicazione del 25.7.2003, *L'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri*, COM (2003) 458, 13-14).

tutela non prevista dalla legge dello Stato d'origine; per cui uno sciopero, per ipotesi illegittimo in base alla normativa dello Stato d'origine potrebbe essere considerato legittimo in ragione dell'applicazione della normativa dello Stato ospitante, senza che ciò venga censurato dalla Corte come intralcio alla libera circolazione dei servizi. Ciò non esclude però che, qualora l'azione collettiva, legittimamente regolata dal diritto dello Stato ospitante, determini intralcio o ostacoli alla prestazione del servizio, lo Stato stesso possa essere chiamato a risponderne in base ai principi elaborati dalla Corte sulla responsabilità indiretta o addirittura possa configurarsi una responsabilità "diretta" di chi tale azione ha posto in essere (se si accetta la tesi dell' "efficacia orizzontale").

È possibile anche l'ipotesi contraria: si pensi al caso in cui l'azione posta in essere, in linea teorica giustificabile in base all'argomento dei diritti fondamentali, risulti "legittimamente" censurabile in base al diritto comunitario, in ragione dell'applicazione nel caso di specie della legge del paese d'origine dei lavoratori distaccati.

Le valutazioni circa la normativa applicabile in base all'art.49 TCE (ed alle disposizioni della direttiva) e circa la legittimità dell'azione collettiva ai sensi dello stesso articolo, si collocano su piani diversi. La giurisprudenza che ha vagliato la legittimità delle norme lavoristiche alla luce dell'art.49 TCE (al pari della direttiva 96/71) detta principi di diritto internazionale privato⁴⁰⁸. Non fornisce risposte circa gli standard di tutela, ma solo circa la normativa applicabile ai lavoratori distaccati durante il periodo del distacco (ed anche su questo piano con ampi margini di incertezza). Il riconoscimento di un diritto come valore fondamentale per l'UE non risolve il problema della differenza di regolazione tra gli ordinamenti in merito a quello stesso diritto. Per quello che qui interessa, anche se il diritto di sciopero venisse considerato un diritto fondamentale rientrante tra i principi generali che l'ordinamento comunitario riconosce, ciò non impedirebbe ad uno Stato membro di limitarne l'esercizio a garanzia della libera prestazione di servizi.

In altre parole, un intralcio prodotto da un'azione collettiva alla libera prestazione di servizi può essere compatibile con il diritto comunitario se considerato esercizio di un diritto fondamentale, ma tale riconoscimento lascia impregiudicato il problema della tutela di quel diritto da parte dei lavoratori "distaccati" qualora la normativa ad essi applicabile non la garantisca.

I due profili potrebbero essere ricondotti ad unità soltanto laddove si considerasse l'azione collettiva materia di competenza dell'UE; cosa che come noto è esclusa dall'art.137.5 TCE. In tal caso il diritto fondamentale potrebbe assumere quella doppia funzione ripetutamente richiamata in dottrina di limite all'integrazione negativa e di orientamento per l'integrazione positiva⁴⁰⁹ e si aprirebbero spazi per la definizione di standard di tutela di quel diritto al cui rispetto sarebbero tenuti tutti gli Stati membri.

⁴⁰⁸ Sul coordinamento tra direttiva 96/71 e Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 cfr. M.E. Corrao, *Profili internazionale-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in LD 2005, 518 ss., per la quale "la direttiva [...] non intende sostituirsi alla convenzione [...] bensì prescrivere una tutela aggiuntiva nei confronti del prestatore di lavoro subordinato rispetto a quella da questa prevista".

⁴⁰⁹ Tra gli altri cfr. J.H.H. Weiler- S. Fries, *A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences*, in P. Alston- M. Bustelo- J. Heenan (eds.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, 1999 e S. Sciarra, *La constitutionnalisation de l'Europe sociale, entre droits sociaux fondamentaux et soft law*, in O.De Schutter- P. Nihoul (eds.), *Une Constitution pour l'Europe. Reflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Brussels, 2004, 171.

4.1. A proposito del caso Laval-Vaxholm. Legge applicabile ed azione collettiva dei lavoratori dello Stato ospitante

Se è vero che la direttiva 96/71 rappresenta una fonte (speciale) di diritto internazionale privato, può sorprendere che, nel preambolo della stessa, si affermi che essa non incide sul “*diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria*” (considerando 22). Visto che la direttiva si limita a stabilire regole di selezione della norma applicabile ai lavoratori distaccati, non si vede in che modo la sua implementazione dovrebbe incidere sul diritto vigente degli Stati membri. Ciò che è a rischio non è infatti il diritto vigente degli Stati membri, sul quale la direttiva non influisce direttamente, ma al più la praticabilità di un’azione collettiva che coinvolga anche i lavoratori distaccati, nel caso in cui a questi venga applicata la legge dello Stato d’origine ed in base ad essa la loro azione sia da considerarsi illegittima. Più in generale a rischio è la possibilità di organizzare azioni sindacali coinvolgenti lavoratori del paese ospitante e lavoratori distaccati, se manca una comune disciplina ad esse applicabile.

Il considerando in questione acquista però rilevanza se si considera quanto sopra accennato a proposito del rapporto tra azione collettiva e contratto collettivo nell’ambito dei principi relativi alla libera prestazione dei servizi. Un’azione collettiva finalizzata ad imporre un contratto collettivo ad un’impresa straniera al di là dei limiti consentiti dall’art.49 TCE e dalla direttiva 96/71, potrebbe considerarsi un atto capace di intralciare la libera prestazione dei servizi. È, come visto, quanto prospettato nel caso Vaxholm, che non a caso ha dato origine a questioni pregiudiziali fondate sulla corretta interpretazione della direttiva. Quest’ultima viene invocata non per valutare se il diritto di sciopero dei lavoratori distaccati possa o meno essere regolato dalla legge del paese ospite, ma per contestare la legittimità dell’esercizio dello stesso da parte dei lavoratori svedesi che lo attuano per far applicare ai lavoratori distaccati condizioni di lavoro che la medesima direttiva non prevede né ammette⁴¹⁰. La direttiva 96/71 potrebbe incidere sugli standard di tutela del diritto di sciopero propri dello Stato ospitante qualora si considerasse che questa non ammette l’applicazione ai lavoratori distaccati del contratto collettivo che con l’esercizio di quel diritto i lavoratori nazionali cercano di imporre all’impresa straniera⁴¹¹. L’illegittimità dello sciopero conseguirebbe dal perseguimento di una finalità considerata in contrasto con il diritto comunitario.

⁴¹⁰ La prima questione pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia nella causa C-341/05 è la seguente: “*Se sia compatibile con le norme del Trattato CE sulla libera prestazione dei servizi e sul divieto di qualsiasi discriminazione a causa della nazionalità, nonché con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CEE, relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi, il fatto che le organizzazioni sindacali tentino, mediante un’azione collettiva esercitata sotto forma di un blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato di occupazione relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come quello descritto nella precitata decisione dell’Arbetsdomstolen, se la situazione nello Stato di occupazione è tale che la legislazione volta a recepire detta direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull’applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione nei contratti collettivi*”

⁴¹¹ Secondo M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm*, cit., 245 il fatto che i lavoratori svedesi nel caso Vaxholm perseguono finalità di proteggere loro stessi dal dumping sociale, esporrebbe la loro azione alla probabile censura da parte della Corte, dal momento che il fine della direttiva è quello di tutelare i lavoratori distaccati e non di “proteggere” il mercato del lavoro nazionale. La Corte tuttavia ha più volte sottolineato (come ricorda lo stesso Pallini) che ciò che rileva non è tanto l’ “intento” di “protezionismo” eventualmente perseguito estendendo la normativa nazionale ai lavoratori stranieri, ma il fatto che tale normativa “*considerata in modo obiettivo [...] promuova la tutela dei lavoratori distaccati*” (cfr. Finalarte, cit., punto 41 e Portugaia, cit., punti 25-30). Il ragionamento, adottato in relazione alle “intenzioni” del legislatore nell’adottare una legge, può applicarsi anche alle “intenzioni” dei sindacati nell’imporre un contratto collettivo.

Come premesso, non si vuole in questa sede entrare nel merito delle singole questioni sollevate nel caso Vaxholm; il che imporrebbe di affrontare il complesso problema dei limiti dell'applicabilità dei contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes* alle imprese straniere di servizi⁴¹². Qui si vuole sottolineare come la disciplina comunitaria contenuta nella direttiva 96/71 può incidere in maniera diversa sul diritto all'autotutela collettiva, a seconda che questo sia esercitato dai lavoratori del paese ospitante o da quelli del paese d'origine. Per i primi limiti possono derivare dall' "illegittimità" del fine perseguito con l'azione sindacale, per i secondi anche dalla "legittimità" dell'applicazione alla stessa della normativa del paese di appartenenza.

Ecco allora che il considerando 22 riacquista significato, dal momento che in base ad esso deve ritenersi esclusa la possibilità di un utilizzo della direttiva finalizzato a mettere in discussione la normativa interna relativa alla regolazione del diritto all'azione sindacale. L'inciso in questione impedirebbe insomma *a priori* di operare la valutazione della compatibilità con l'art.49 TCE dell'azione collettiva attuata dai lavoratori dello Stato ospitante: una valutazione che, se realizzata, finirebbe ancora una volta per chiamare in causa la natura ed il significato attribuito al diritto di sciopero nell'ordinamento comunitario.

Tuttavia qualche dubbio a riguardo è avanzabile, non tanto perché l'inciso non è inserito nel testo della direttiva (vista la ormai pacifica considerazione dei considerando come norme rilevanti per interpretare la portata della parte dispositiva), quanto per il rapporto che si configura tra la direttiva e le norme del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi. Queste infatti hanno efficacia diretta, da cui il valore di mero strumento di chiarificazione e specificazione del loro contenuto precettivo da riconoscere alla direttiva 96/71. È quanto conferma la stessa Corte di Giustizia, che ha continuato negli ultimi anni ad applicare ai lavoratori distaccati l'art.49 TCE, interpretando la stessa direttiva alla luce dei principi da tale articolo deducibili. Pare difficile ritenere vincolata la Corte di Giustizia dal considerando della direttiva, nel momento in cui interpreta non tanto il testo di quest'ultima, ma direttamente la norma del Trattato sulla quale la stessa direttiva fonda la sua legittimità.

La questione va posta in altri termini, chiedendosi se il considerando 22 non si limiti a recepire un principio già presente nell'ordinamento comunitario, in base al quale questo rispetta quanto i singoli ordinamenti prevedono in merito alla disciplina dell'azione collettiva. Se ciò fosse vero si porrebbe il problema di capire la relazione di tale principio, che sembra far salvi gli standard nazionali in materia di conflitto sindacale, con quanto sopra detto in merito alla giurisprudenza della Corte relativa alle deroghe alla libertà di circolazione ed in particolare all'argomento basato sul rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dall'UE. Su questi temi, che impongono di affrontare il problema del significato da attribuire al diritto all'azione collettiva nell'ordinamento comunitario, è opportuno soffermarsi nelle pagine che seguono.

Parte II

1.1. Quale diritto di sciopero? Un diritto fondamentale senza base normativa

Il TCE esclude il diritto di sciopero dalle materie di competenza della Comunità europea (art.137.5). Una scelta confermata dal Trattato costituzionale (art. III-210.6) e che può essere letta

⁴¹² Sul tema si tornerà *infra*, parte II par.3.1.

come espressione della volontà di rispettare gli standard nazionali, rinunciando a qualsiasi interferenza del diritto comunitario su un terreno nel quale è difficile prospettare armonizzazioni normative, in ragione della eccessiva difformità delle discipline nazionali. I pochi riferimenti allo sciopero ed al diritto alle azioni collettive nelle fonti derivate sembrano confermare tale chiave di lettura. Si è detto del considerando 22 della direttiva 96/71; ad esso si deve aggiungere il disposto di cui all'art.2 del Regolamento 2679/98, nel quale si sancisce il divieto di utilizzare le disposizioni in esso contenute in modo da incidere sull'esercizio dei diritti fondamentali, tra i quali va incluso "il diritto o la libertà di sciopero" ed "il diritto o la libertà di adottare altre azioni contemplate dagli specifici sistemi che regolano le relazioni industriali negli Stati membri".

Se ne dovrebbe trarre la conclusione che il diritto comunitario non si "possa" occupare del conflitto sindacale, per cui anche quegli strumenti regolativi che potenzialmente potrebbero incidere su tale materia si fermano davanti all'esercizio di quel diritto. Esso godrebbe insomma di una sorta di immunità assoluta, che si tradurrebbe nel puro e semplice riconoscimento come compatibile con il diritto comunitario di quanto ogni Stato membro prevede in materia. L'assenza di competenza non sarebbe segnale di scarsa considerazione ma di massima attenzione e garanzia, visto che grazie ad essa si porrebbe l'azione collettiva al riparo dalle dinamiche del mercato interno. Con riguardo al tema oggetto di queste pagine, limitazioni all'esercizio di quel diritto derivanti dall'applicazione dei principi elaborati dalla Corte in materia di libertà di circolazione dei servizi, non sarebbero mai configurabili.

Una simile impostazione sembra difficilmente compatibile con i principi generali sui quali si fonda l'integrazione europea. Il diritto di azione collettiva si confronta con il processo d'integrazione comunitaria al pari di tutti gli altri diritti riconosciuti negli ordinamenti nazionali sui quali non esiste una specifica competenza delle istituzioni comunitarie. Esso acquista rilevanza nel momento in cui il suo esercizio si pone in conflitto con norme e principi di diritto comunitario; quando ciò avviene il problema della portata e dei limiti di quel diritto diventa ineludibile, perché diventa necessario operare un bilanciamento ed un confronto con tali principi. Ciò, si ripete, vale per qualsiasi diritto fondamentale, sia esso o meno attratto nella sfera di competenza del Trattato CE, come insegna la giurisprudenza in materia della Corte di giustizia. Gli esempi sopra richiamati dimostrano che, nel momento in cui questa è chiamata a valutare la fondatezza di un'eccezione al rispetto di una norma del TCE, non può non operare una valutazione circa il fatto che tale eccezione sia giustificata dal richiamo a valori facenti parte *l'acquis communautaire*.

Alla definizione di quali siano tali valori è stata orientata tutta la riflessione intorno ai diritti fondamentali che, a partire dagli anni ottanta, ha impegnato istituzioni, dottrina e società civile, e che è sfociata nell'elaborazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, poi inserita nel Trattato costituzionale. Proprio perché la Carta rappresenta una tappa di un lungo processo evolutivo coinvolgente tutti gli attori che concorrono a determinare *l'acquis communautaire*, l'elenco dei diritti in essa inserito acquista un significato (anche sul piano giuridico) che va al di là della sorte che al Trattato costituzionale riserverà la storia dell'integrazione europea⁴¹³.

⁴¹³ La Corte di Giustizia appare ancora poco propensa ad utilizzare la Carta come fonte di riferimento per identificare i diritti fondamentali facenti parte dei principi generali del diritto comunitario, e resta fedele alla tradizionale impostazione che considera fonti d'ispirazione privilegiate a tal fine le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Nella Carta di Nizza il diritto all'azione collettiva, ivi compreso lo sciopero, trova espressa cittadinanza: l'art.28 (art.II-88 del Trattato costituzionale)⁴¹⁴ se da una parte introduce un elemento di tensione, se non di contraddittorietà, con l'art.137.5 TCE (art.III-210.6 del Trattato Costituzionale), dall'altra proprio di tale disposto ridimensiona la portata, o meglio ne chiarisce il significato. L'UE, nei confronti del diritto di sciopero, rinuncia ad assumersi competenze regolative da realizzarsi attraverso la troppo invasiva armonizzazione per mezzo di fonti di *hard law*, ma non dismette il suo ruolo di supremo arbitro delle dinamiche dell'integrazione comunitaria, anche quando queste incrociano l'esercizio di quel diritto. Nella perdurante assenza di competenze in materia, la funzione dell'art.28 della Carta dei Diritti è quella di orientare la Corte di Giustizia nel delicato compito di definire se ed in che misura il diritto all'azione collettiva possa porsi come limite agli effetti dell'integrazione "negativa". Il contenuto di quest'articolo diventa così riferimento di prioritaria importanza per chiarire quale spazio l'ordinamento comunitario riconosca all'azione diretta delle parti sociali, quando questa entra nell'orbita del mercato interno.

1.2. I limiti interni dell'azione collettiva comunitaria.

Le "storie" nazionali del diritto di sciopero insegnano che non esiste un unico diritto di sciopero, ma ve ne sono tanti quante sono le definizioni che dello stesso vengono date nei singoli ordinamenti. In un saggio ormai classico, Lord Wedderburn ha chiarito come limiti significativi a quel diritto siano rintracciabili in tutti gli ordinamenti in ragione dei principi che in ciascuno sono accolti in relazione alla titolarità dello stesso, ai fini che con esso sono perseguibili, alla sua più o meno forte funzionalizzazione alla stipula di un contratto collettivo, alle modalità con le quali viene esercitato, ai diritti ed interessi che chi lo esercita è comunque tenuto a garantire⁴¹⁵. Se l'ambito di legittimità che spetta all'esercizio di quel diritto dipende, anche a livello comunitario, dal combinarsi di questi fattori, l'art. 28 facilmente è destinato a divenire non la tappa finale, ma il punto di partenza di un processo di progressiva definizione dell'*ubi consistam* dello stesso nell'ordinamento dell'Unione.

Gli effetti di tale processo si prospettano tanto più incerti quanto più complesso è l'intrecciarsi di piani ordinamentali e di fonti nazionali e sovranazionali con i quali la stessa Carta chiede di confrontarsi. Non si tratta solo di risolvere il problema del valore giuridico della Carta e della sua eventuale "costituzionalizzazione". Nel momento in cui lo sciopero emerge come diritto fondamentale nell'ordinamento comunitario, questo stesso ordinamento impone di tener conto, per determinarne il contenuto, di quanto relativamente ad esso prescrivono i sistemi nazionali, i principi costituzionali ad essi comuni, gli standard internazionali, le norme del TCE, la CEDU e la Carta Sociale Europea (CSE)⁴¹⁶. Nell'interpretare la Carta è poi necessario tener conto delle spiegazioni

(da ultimo cfr. J. Morijn, *Balancing Fundamental Rights*, 18 ss.). Un'impostazione non rassicurante per il diritto di sciopero, né per i diritti sociali in generali, non compresi nella CEDU. Il perfezionamento del processo di "costituzionalizzazione" dei Trattati comporterebbe il superamento di una simile impostazione, ma è possibile pensare ad una lenta ma progressiva apertura verso un utilizzo della Carta nella giurisprudenza della Corte anche se questo non si compirà in tempi brevi, visto l'ormai frequente riferimento che alla stessa viene fatto dagli Avvocati generali (vd. tra le ultime, C. Giust. causa C-13/05, *Chacón Navas c. Eurest Collectividades SA*; causa C-94/04, *Cipolla c. Rosaria Portolese Infazari*; causa C-3/05, *G. Verdoliva c. J.M. Van der Hoeven BV e al.*).

⁴¹⁴ L'art.28 della Carta (art. II-88 del Trattato costituzionale) prevede che: "I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero"

⁴¹⁵ Cfr. Lord Wedderburn, *The Right to Strike: Is there an European Standard?*, in Id., *Employment Rights in Britain and Europe: Selected Papers in Labour Law*, London, 1991

⁴¹⁶ L'accento sul dialogo tra la Carta e le altre fonti "d'ispirazione" sovranazionali è posto in particolare da S. Sciarra, *Diritti Sociali. Riflessioni sulla Carta Europea dei diritti fondamentali*, ADL 2001, 391 ss.; a riguardo cfr. anche S. Giubboni, *Social Rights*, cit., 215 ss.

alla stessa elaborate dal Presidium, visto il sorprendente obbligo rivolto ai giudici nazionali e comunitari introdotto dall'art.52.7 (II-112.7 del Trattato costituzionale).

Proprio le Spiegazioni forniscono indicazioni circa l'interpretazione dell'art.28. In primo luogo si ricorda che il testo di quest'articolo si ispira a quello dell'art.6 della CSE e degli artt. 12-14 della Carta Comunitaria dei Diritti Sociali Fondamentali dell'89 (CCDSF). Il che sembra suggerire una lettura dell'art.28 coerente con quanto ricavabile dalle due Carta richiamate; una lettura non semplice perché queste, in realtà, oltre a non avere una natura ed un valore assimilabili, non contengono formule identiche di riconoscimento di quel diritto, e perché la formula adottata a Nizza si differenzia a sua volta da entrambe.

Nella Carta di Nizza il diritto di ricorrere ad azioni collettive è riferito non solo ai lavoratori ed ai datori di lavoro, ma anche alle "rispettive organizzazioni". La considerazione dei c.d. modelli organici di sciopero, e di quello tedesco in modo speciale, appare duplice. Non solo (in ciò in conformità con la CSE) si accetta il principio della parità delle armi che impone il riconoscimento della serrata quale diritto di eguale dignità rispetto allo sciopero, ma si ammette che l'esercizio di quest'ultimo possa spettare alle sole organizzazioni sindacali. Lo scarto rispetto agli standard elaborati dal Comitato di esperti indipendenti della CSE (ora Comitato europeo dei diritti sociali) non è di poco conto, se si considera che proprio la Germania è stata da questo censurata in ragione della considerazione dello sciopero quale diritto ad esclusiva titolarità collettiva⁴¹⁷. La scelta dell'UE di scostarsi dalla CSE proprio sotto il profilo della titolarità segnala un'apertura nei confronti di quei sistemi nei quali il "controllo" del conflitto da parte dei sindacati è più forte.

Pur senza scegliere un modello di diritto di sciopero relativamente alla titolarità, la UE mostra attenzione ai sistemi nei quali l'arma del conflitto è posta nelle mani di soggetti considerati "rappresentativi" e per ciò stesso più "responsabili", o per usare la nota espressione olsoniana, più "encompassing". È questo un aspetto tutt'altro che marginale della nozione di sciopero che emerge dalla Carta, perché può rafforzare la tendenza a riconsiderare la sua configurazione quale diritto individuale anche in ordinamenti nei quali questa è tradizionalmente riconosciuta⁴¹⁸. E non si può a tal riguardo ignorare come alcuni dei primi scioperi "europei" siano stati attuati da organizzazioni sindacali non riconosciute nei singoli ordinamenti come rappresentative e che proprio questo tipo di sindacati siano quelli che pongono più attenzione (per ragioni ideologiche) alla solidarietà transnazionale tra lavoratori e rivendicano spazi per un'evoluzione in senso conflittuale delle relazioni sindacali europee.

La Carta non si discosta da quanto prevede la CSE in relazione al fatto che il diritto di ricorrere all'azione collettiva è riconosciuto "in caso di conflitti di interessi". Tale inciso ancora una volta guarda ai sistemi del nord Europa e permette di limitare lo sciopero se attuato nell'ambito di controversie su diritti, cioè risolvibili per via giudiziaria, come nel caso di una controversia sorta intorno all'interpretazione di un contratto collettivo avente efficacia generale. Introducendo un fattore di limitazione ignoto in molti ordinamenti nazionali, la Carta fa proprio in tal modo una lettura del diritto strumentale alla contrattazione collettiva ed apre a sistemi nei quali la stipula

⁴¹⁷ Cfr. European Committee of Social Rights (ECSR), *Conclusions XIV-I*, 361.

⁴¹⁸ In Italia la necessità di superare la qualificazione dello sciopero come diritto assoluto della persona è autorevolmente sostenuta da T.Treu, *Il conflitto e le regole*, GDLRI 2000, 285 ss.

del contratto comporta un obbligo di pace sindacale. È vero che il Comitato Europeo dei diritti sociali ha accolto una nozione molto ampia di “contrattazione collettiva” includendovi anche controversie sorte intorno a decisioni datoriali foriere di conseguenze sulla condizione dei lavoratori⁴¹⁹, ma resta il fatto che nell’ordinamento comunitario sembra prendere corpo una concezione del diritto di sciopero non ispirata al principio dell’autodeterminazione dell’interesse collettivo da parte dei lavoratori organizzati⁴²⁰.

Lo stretto legame tra stipula del contratto collettivo e diritto di sciopero è confermato dalla sua collocazione nel medesimo articolo che riconosce il diritto di negoziazione, anche in questo caso analogamente a quanto dispone l’art.6 CSE. In sintonia con tale impostazione, l’Avvocato Generale Jacobs, nell’opinione del caso Albany, non solo ha iscritto il diritto all’azione collettiva nell’ambito delle dinamiche negoziali, ma adottando una lettura restrittiva delle materie sulle quali queste possono esprimersi senza entrare in contrasto con il diritto europeo della concorrenza, ha implicitamente ristretto anche le finalità perseguibili con l’esercizio dello sciopero⁴²¹.

Quello delle finalità legittimamente perseguibili appare il terreno nel quale il nascente diritto di sciopero comunitario sembra offrire meno garanzie, e ciò non solo per il riferimento al “*conflitto d’interessi*” contenuto nell’art.28. Le azioni collettive e lo sciopero sono riconosciute come diritto solo se attuate dai lavoratori o dai sindacati “*per la difesa dei loro interessi*”, con ciò restando dubbia l’attrazione degli scioperi di solidarietà nella nozione adottata nella Carta.

L’inserimento di tale inciso appare tanto più significativo per il fatto che esso non è presente nell’omologa disposizione della CSE, né in quella contenuta nella CCDSF. Ciò nonostante la tutela delle azioni collettive a sostegno di altrui rivendicazioni non è un dato acquisito neppure nella prassi applicativa della fonte del Consiglio d’Europa. Il Comitato di esperti della CSE, nell’interpretarne l’art.6.4, non ha chiaramente attratto gli scioperi di solidarietà nell’ambito di applicazione di questa norma, pur censurando la legislazione britannica che, sanzionandone sempre l’esercizio, rende impossibile scioperare anche contro quello che, al di là della qualificazione giuridica, è la vera controparte dei lavoratori⁴²². Né indicazioni più confortanti vengono dalle fonti OIL, anch’esse possibili strumenti “complementari” di ispirazione nell’interpretare il disposto della Carta dell’UE. Gli organismi preposti alla supervisione delle Convenzioni OIL (in particolare la n.87 del 1948, relativa alla libertà di associazione e di organizzazione)⁴²³ se da una parte adottano una nozione ampia di interessi socio-economici perseguibili con l’azione sindacale⁴²⁴, dall’altra riconoscono la legittimità dello sciopero di solidarietà soltanto se condotto a supporto di un’azione

⁴¹⁹ Cfr. ECSR, Conclusions IV, 50: “*Any bargaining between one or more employers and a body of employees (whether de iure or de facto) aimed at solving a problem of common interest, whatever its nature may be, should be regarded as 'collective bargaining' within the meaning of Article 6*”

⁴²⁰ Il principio in parola, dedotto nell’ordinamento italiano dall’art.39 comma 1 Cost., è invocato da G. Giugni, *Il diritto sindacale*, Bari 2002, 234, per criticare la celebre sentenza della Corte costituzionale n.123/1962 sui limiti di legittimità dello sciopero di solidarietà.

⁴²¹ Cfr. Albany, cit., Conclusioni dell’AG Jacobs, punti 193-194

⁴²² ECSR, *Conclusions I*, 183 e *Conclusions XII-1*, 131

⁴²³ Le procedure di supervisione dell’ILO, ed in particolare il modo con cui opera il Committee on Freedom of Association (CFA), sono oggetto di ampia analisi da parte di T. Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford, 2003, 185 ss.

⁴²⁴ Cfr. ILO, *CFA Digest of Decision*, Geneve, 1985, par. 363 e CFA, *Digest Decisions*, Geneve, 1996, par. 475

“primaria” legittima⁴²⁵. Un simile test di legittimità, se applicato ad azioni di solidarietà transnazionali, finisce per condizionarne la praticabilità al grado più o meno ampio di tutela apprestato dall’ordinamento dei lavoratori coinvolti nella controversia principale⁴²⁶; l’applicazione di tale criterio a casi di azioni di boicottaggio e di solidarietà a sostegno di lavoratori extracomunitari di paesi non democratici, produce effetti addirittura paradossali.

In un simile contesto di fonti internazionali⁴²⁷, l’aggiunta nella Carta di Nizza del richiamo ai “*propri interessi*” introduce un ulteriore elemento capace di legittimare interpretazioni restrittive in relazione alle finalità perseguibili con l’azione collettiva, con ciò limitando la praticabilità di azioni di solidarietà transnazionali o condotte nei confronti di un datore situato in un altro Stato membro.

In conclusione la nozione di sciopero adottata dalla Carta non appare in sintonia con gli standard di protezione del diritto presenti in vari ordinamenti europei e non tiene conto della possibilità che lo stesso possa esercitarsi sul piano transnazionale. Sul problema delle azioni transnazionali si tornerà più avanti. Qui è già possibile notare come, se con l’art.28 si voleva perseguire l’obiettivo (che si è visto “suggerito” dal diritto derivato) di garantire l’ “immunità” dal diritto comunitario degli standard di tutela presenti nei singoli Stati membri, si sarebbe dovuto mostrare più coraggio, adottando una nozione “aperta” di diritto all’azione collettiva, che riconoscesse il diritto di sciopero “*sans phrase*”, la sola capace di mettere al sicuro dalle dinamiche del mercato interno l’esercizio dell’azione collettiva, in qualunque sistema nazionale questa venga esercitata. Una simile prospettiva non è garantita dall’adozione di nozioni proprie di peculiari sistemi di relazioni industriali ed ignote ad altri.

L’impressione è che la disposizione in questione paghi il fatto di essere il prodotto di compromessi ed equilibrismi tesi a conciliare l’esigenza di ribadire l’estraneità della materia in oggetto dalle dinamiche dell’integrazione “positiva” e di escludere il possibile utilizzo della Carta per “elevare” gli standard nazionali (esigenza sentita particolarmente negli Stati nei quali lo sciopero è sottoposto a stringenti limiti sostanziali e procedurali) con la necessità di fornire un riferimento capace di scongiurare processi di erosione del diritto di sciopero innestati dall’integrazione “negativa”. La prima esigenza ha finito per influire sulla formula scelta per riconoscere quel diritto (come dimostra l’adozione di nozioni capaci di “rassicurare” tutti gli Stati membri) ed ha indotto ad inserire nell’articolo 28 l’inciso (presente anche in altre disposizioni relativi a diritti “sociali”) per il quale l’azione collettiva si esercita “*conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi degli Stati membri*”. La formula compromissoria adottata nell’art.28 si risolve così in una disposizione contraddittoria, dal momento che il rinvio alle regolazioni nazionali mal si concilia con l’adozione di una nozione comunitaria di diritto all’azione collettiva che, per molti tra questi sistemi,

⁴²⁵ Cfr. ILO, *Report of the Committee of Experts*, Geneve, 1999, 87th session

⁴²⁶ Cfr. B. Hepple, *Enforcement: The law and politics of cooperation and compliance*, in Id. (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge, 2003, 245 ss.

⁴²⁷ L’assenza di un’adeguata tutela degli scioperi di solidarietà nelle fonti internazionali è evidenziata da P. Germanotta, *Protecting Workers Solidarity Action: A critique of international Labour Law*, London-Geneve, 2002; cfr. anche P. Germanotta- T. Novitz, *Globalisation and the Right to Strike: The Case for European-Level Protection of Secondary Action*, IJCLIR 2002, 67 ss.

prospetta limiti in essi sconosciuti⁴²⁸ e che, per questa ragione, rischia di non fornire un'adeguata protezione nel caso in cui quel diritto si ponga in contrasto con i principi del mercato interno.

2. Il bilanciamento tra azione collettiva e “altri” diritti e libertà fondamentali

L'inciso per il quale il diritto a ricorrere ad azioni collettive deve essere esercitato “*conforme-mente al diritto dell'Unione*” chiarisce un importante passaggio interpretativo: sia gli Stati che l'Unione devono rispettare i diritti fondamentali nell'applicazione del diritto comunitario, ma anche questi ultimi devono essere esercitati tenendo conto dell'ordinamento dell'UE nel quale si collocano. In breve il diritto fondamentale, nel momento in cui viene riconosciuto nell'ordinamento comunitario, subisce i condizionamenti ed i limiti derivanti dai principi sui quali quell'ordinamento si fonda e dai diritti che esso riconosce. Questa considerazione può apparire banale: è ovvio che il significato di un diritto muta al mutare del contesto ordinamentale nel quale trova riconoscimento, perché il suo esercizio trova necessariamente dei limiti nei principi e nei diritti in esso considerati parimenti fondamentali. Ne consegue che anche il diritto di sciopero può trovare dei limiti di esercizio nell'ordinamento comunitario che non conoscerebbe sul piano dell'ordinamento interno statale. È la stessa Carta di Nizza dunque a porre il problema dei limiti di esercizio del diritto di sciopero, che è problema diverso e successivo rispetto al mero “riconoscimento” dello stesso come diritto fondamentale.

Il problema dei limiti apponibili ai diritti sanciti dalla Carta è al centro delle Disposizioni generali che la chiudono (in particolari gli artt. 52, 53 e 54). Queste a loro volta riprendono principi sanciti a più riprese dalla Corte di Giustizia, primo fra tutti quello della proporzionalità dei limiti cui il diritto può essere sottoposto e della rispondenza degli stessi a finalità di interessi generali perseguiti dall'UE. Il caso Schmidberger dimostra come il criterio della proporzionalità si traduca in un giudizio di bilanciamento tra “diritti fondamentali”, quando la restrizione di un diritto o di una libertà è imposta dal rispetto di un altro diritto riconosciuto dall'ordinamento comunitario. La restrizione può essere imposta se non è sproporzionata rispetto all'obiettivo da raggiungere e se salvaguardia comunque il “contenuto essenziale” del diritto⁴²⁹.

La nozione di “contenuto essenziale” è adottata dallo stesso art.52.1 ed è nota in molti sistemi costituzionali europei, primo tra tutti quello tedesco, alla cui dottrina si deve l'elaborazione del concetto⁴³⁰. In Italia proprio tale nozione è assunta come centrale nella legge n. 146/90 che impone che lo sciopero nei servizi essenziali possa essere esercitato in modo da assicurare “*l'effettività, nel loro contenuto essenziale, dei diritti*” della persona costituzionalmente garantiti (art. 1 comma 2). La logica anche in questo caso è quella del bilanciamento tra diritti che ne preservi l'effettività.

⁴²⁸ Riflesso di tali compromessi si coglie anche nelle Spiegazioni del Presidium, nelle quali, se da una parte si conferma la volontà di adottare una nozione “comunitaria” di sciopero (ispirata come detto alle altre “fonti” sovranazionali), dall'altra si ricorda che sono le normative nazionale a stabilire modalità e limiti dello sciopero, e si rimette all'esclusiva competenza degli Stati membri “*il problema di stabilire se [le azioni collettive] possano esser[vi] condotte parallelamente*”, precludendo così la possibilità di utilizzare la Carta per fornire un fondamento giuridico alle azioni collettive di carattere transnazionale.

⁴²⁹ Schmidberger, cit., punto 80

⁴³⁰ La nozione di “*Wesensgehaltgarantie*” è contenuta nell'art. 19.2 del Grundgesetzes. Tra la sterminata letteratura tedesca in merito, cfr. la traduzione italiana di P. Haberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993

Il riferimento alla legge italiana in materia di sciopero evidenzia però lo “scarto” tra limiti derivanti dagli ordinamenti nazionali e limiti imposti dall’ordinamento comunitario: in ragione delle competenze dell’Unione il bilanciamento cui il diritto di sciopero è sottoposto non avviene con diritti della persona, ma con le libertà economiche sancite dal TCE⁴³¹.

Per questo motivo l’integrazione del mercato interno dei servizi e delle merci potrebbe sollevare il problema non solo del riconoscimento del diritto “comunitario” all’azione collettiva, ma anche di una sua regolazione: l’applicazione del test della proporzionalità significa infatti valutare se quel diritto può essere esercitato in modo tale da ridurre gli effetti dannosi per il funzionamento del mercato interno, pur preservandone l’effettività, ovvero il suo “contenuto essenziale”. Una simile valutazione si traduce appunto in una regolazione dell’esercizio di quel diritto, finalizzata a renderlo compatibile con i vincoli del TCE. Questa esigenza di regolazione ad oggi non può che trovare risposta nel giudizio della Corte di Giustizia e delle Corti nazionali, chiamate anch’esse ad applicare al caso concreto il criterio della proporzionalità, visto l’ostacolo insuperabile posto dall’art.137.5 TCE, ma non è escluso che proprio su di essa possa fondarsi la spinta per un superamento degli attuali limiti di competenza in materia.

È vero dunque che è possibile adottare una prospettiva funzionalista che permette di far emergere l’esigenza di un riconoscimento e di una regolazione del diritto di sciopero nell’ambito del processo d’integrazione europea⁴³². Si è suggerito che tale prospettiva si possa realizzare come necessario corollario della nozione europea di servizio universale, nel momento in cui questa trovasse un chiaro fondamento nei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta dei diritti⁴³³. Allo stadio attuale dell’integrazione comunitaria pare tuttavia più probabile che il problema della regolazione del conflitto sindacale si ponga in relazione alla necessità di garantire che il suo esercizio non incida negativamente sul funzionamento del mercato interno.

Lo scenario non è insomma quello della progressiva assunzione a livello europeo del principio sul quale si fonda la disciplina italiana di regolazione del diritto di sciopero (il contemperamento tra diritti fondamentali della persona), ma al contrario della adozione di un principio che introduce un elemento di contraddizione con quella disciplina, e con quella che caratterizza la regolazione dello sciopero in molti altri Stati membri: il bilanciamento tra il diritto di sciopero e le libertà economiche di cui sono titolari gli attori che agiscono nel mercato interno.

2.1 Una diversa prospettiva

Il diritto di sciopero può diventare un terreno nel quale si manifestano al massimo grado le tensioni tra i principi economici che guidano l’integrazione del mercato interno ed i valori “sociali” sui quali le moderne democrazie europee si sono formate e che contribuiscono a definire il c.d. modello sociale europeo che la stessa UE intende preservare.

⁴³¹ È solo il caso di osservare che una cosa è il rispetto delle libertà di circolazione e delle regole comunitarie in materia di concorrenza, altra il rispetto della libertà di iniziativa economica, sul quale si fonda il limite della “produttività” d’impresa riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità nella sent. 711/80 (in RGL 1980, II, 11ss.) come apponibile allo sciopero. Per usare la felice espressione di N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001, 18 ss. quest’ultimo, fondato sull’art.41 C., attiene alla dimensione “verticale e statica” della libertà d’impresa, mentre il diritto comunitario tutela la dimensione “orizzontale e dinamica” della stessa, ovvero le regole che garantiscono il funzionamento di un “mercato aperto e in libera concorrenza”. Regole che non trovano fondamento nella Costituzione italiana, né in buona parte delle costituzioni nazionali del dopoguerra.

⁴³² È quanto prospettato da B. Caruso, *Il conflitto collettivo post-moderno*, GDLRI 2002, 126 ss.

⁴³³ Cfr. B. Caruso, ult. cit, 130

Se il diritto all'azione collettiva (al pari di quanto può avvenire per altri diritti sociali) viene attratto nelle dinamiche di mercato, si apre la strada per una sua limitazione "pretoria" (per via dell'integrazione negativa) e per una regolazione "normativa" (se mai si apriranno spazi per l'integrazione positiva) che ne renda l'esercizio compatibile con i vincoli del mercato interno, cioè con il "contenuto essenziale" delle libertà economiche sul cui rispetto questo si fonda. Se invece si ritiene che la libertà di azione sindacale debba rimanere esclusa dal giudizio di "razionalità economica" imposto dal mercato, diventa necessario definire uno spazio di immunità che ne garantisca l'esercizio a fronte delle libertà economiche "fondamentali" e delle regole della concorrenza.

L'adozione di questa seconda prospettiva suggerisce di sviluppare il discorso della regolazione funzionalista in chiave opposta rispetto a quella sopra configurata, finalizzandolo a giustificare il riconoscimento di nuovi e più elevati standard di tutela di quel diritto e non a limitarne o ostacolarne l'esercizio. L'assunzione del diritto di sciopero tra i valori comunitari induce a mutare la prospettiva, non ponendosi solo il problema della comprimibilità di quel diritto in funzione dei vincoli del mercato interno. L'ordinamento comunitario può diventare il terreno nel quale il diritto all'azione collettiva trova nuovi spazi di praticabilità e nuove ragioni di giustificazione. Tale diritto si ridefinisce cioè in termini nuovi e distinti da quelli propri delle esperienze nazionali per il fatto di essere attratto nell'orbita delle dinamiche dell'integrazione comunitaria: queste dinamiche evidenziano che il diritto all'azione collettiva, così com'è riconosciuto nei singoli ordinamenti (in relazione alle modalità d'esercizio, ai soggetti titolari, alle finalità perseguite), non è sufficiente a garantire ai soggetti collettivi adeguati spazi di autonomia a livello sovranazionale, ovvero quando essi agiscono sul piano dell'ordinamento europeo o incrociano le regole sulle quali questo si fonda.

Il caso dello sciopero di solidarietà è l'esempio più chiaro di come tale prospettiva possa svilupparsi. Questa forma di sciopero è negata, seppur con diversi gradi di "intensità", in buona parte degli ordinamenti nazionali. Spesso la sua restrizione è connessa con la funzionalizzazione dello sciopero alla contrattazione collettiva, cui è consequenziale l'obbligo di pace sindacale dopo che il contratto stesso è stato stipulato. Si è visto che la formula utilizzata dall'art.28 della Carta dei Diritti rischia di far considerare non rientrante nella nozione comunitaria di sciopero proprio questa forma di conflitto, rendendo così problematica l'attuazione di azioni collettive concertate tra sindacati di ordinamenti diversi.

Questa conclusione può però essere contraddetta considerando che il diritto comunitario debba ammettere la legittimità di questo tipo di azioni per rendere possibile il perseguimento di obiettivi che esso stesso impone o consente. La direttiva 96/71 diverrebbe per tale via, non un mezzo per mettere in discussione la disciplina interna del diritto di sciopero (come pretendono gli "attori" del caso Vaxholm), ma al contrario la base giuridica per far emergere quel diritto sul piano dell'ordinamento comunitario. Essa prevede che vengano garantiti standard minimi di tutela ai lavoratori distaccati, anche se questi sono definiti dai contratti collettivi e non dalla legge. In Svezia (come in Italia), è il contratto collettivo a stabilire i minimi retributivi, non esistendo un minimo fissato legalmente. La stipula del contratto collettivo, a sua volta, è rimessa alle dinamiche sindacali ed ai rapporti di forza tra le parti sociali. Per estendere gli standard contrattuali ai lavoratori stranieri temporaneamente distaccati sul territorio nazionale, non esiste dunque altra via se non

quella di permettere ai sindacati di esercitare le loro prerogative nei confronti delle imprese straniere, al pari di quanto avviene per quelle nazionali⁴³⁴.

Lo sciopero di solidarietà, come forma di pressione per indurre un'impresa straniera ad applicare gli standard minimi retributivi "nazionali", diventa allora lo strumento necessario per garantire l'implementazione della direttiva, non potendo questa essere recepita (sotto questo profilo) per via normativa⁴³⁵. Sostenere (come si prospetta nel caso Vaxholm) che la direttiva 96/71 (e la libertà di prestazione dei servizi) sarebbe violata da uno sciopero operato a sostegno di lavoratori stranieri già "coperti" da un loro contratto, significa non tener conto del fatto che la direttiva prevede che a quei lavoratori si applichino gli standard minimi di tutela che ai lavoratori nazionali sono "garantiti" non dalla legge, ma dal libero esplicarsi delle dinamiche sindacali. Da ciò la conclusione che è la stessa direttiva (e prima ancora l'art.49 TCE, sul quale essa si fonda) a permettere che quelle dinamiche possano svilupparsi liberamente anche nei confronti del datore di lavoro "straniero".

L'esempio ora riportato è offerto dalla vicenda con la quale si sono aperte queste pagine. Ma il discorso può essere esteso ad altri fronti del diritto comunitario, diversi da quello del mercato dei servizi sin qui analizzato. Primo fra tutti quello della contrattazione collettiva. Per sviluppare quest'ultima sul piano transnazionale (come auspica la stessa Commissione nell' Agenda sociale 2005⁴³⁶) è necessario riconoscere la praticabilità dello sciopero allo stesso livello, il che, ancora una volta, può comportare il superamento dei limiti eventualmente posti dagli ordinamenti nazionali alle azioni di solidarietà. Un'azione condotta da un sindacato nazionale per indurre la direzione di una multinazionale ad applicare trattamenti contrattuali omogenei nelle unità produttive situate in Stati diversi, può infatti configurarsi in questi termini.

Che sia lo stesso diritto comunitario a creare i presupposti per l'attuazione di azioni collettive transnazionali, lo dimostra il fatto che i più significativi conflitti sindacali che hanno coinvolto imprese multinazionali europee negli ultimi anni sono originati dalla violazione degli obblighi di informazione e consultazione imposti dalle fonti comunitarie derivate e sono stati organizzati grazie al decisivo ruolo di "coordinamento" svolto dai Comitati aziendali europei, istituiti dalla direttiva 95/45/CE. È il caso della mobilitazione sindacale del 1997, conseguente alla chiusura dello stabilimento Renault di Vilvoorde, che ha indotto la stessa Commissione a censurare il comportamento dell'impresa, o ancora degli scioperi che hanno coinvolto i gruppi Michelin nel 1998, Abb Alstom

⁴³⁴ Non è superfluo ricordare come la stessa Corte di Strasburgo abbia recentemente riconosciuto che in un sistema "volontario" di contrattazione collettiva il diritto ad agire per indurre il datore di lavoro a firmare un contratto collettivo sia garantito dall'art.11 della CEDU (cfr. *Wilson and the National Union of Journalist and others v UK* [2002], IRLR 128); per una analisi approfondita della sentenza e delle sue ripercussioni nell'ordinamento britannico cfr. K.Ewing, *The implications of Wilson and Palmer*, ILJ 2003, 1 ss.

⁴³⁵ Il problema dell'applicazione alle imprese straniere dei contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes* è affrontato, in maniera tutt'altro che limpida, dall'art.8 della direttiva 96/71/CE: "gli Stati membri possono avvalersi [...] dei contratti conclusi dalle organizzazioni più rappresentative sul piano nazionale [...] a condizione che la loro applicazione alle imprese [straniere] assicuri la parità di trattamento [...] tra tali imprese e le altre [...] che si trovano in una situazione analoga" il che avviene quando queste ultime "sono soggette, nel luogo e nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco". È evidente che, come a ragione osserva M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm*, cit., 246 un obbligo per legge di rispettare i contratti collettivi nazionali, oltre a risultare inconciliabile con i principi dei sistemi sindacali interni, si porrebbe inevitabilmente in contrasto con il divieto di discriminazione. Non resta dunque che ammettere anche nei confronti delle imprese straniere l'esercizio dello sciopero come strumento di "implementazione" della direttiva.

⁴³⁶ Commissione CE, *Comunicazione della Commissione sull'Agenda Sociale*, COM (2005)33 def., 9 Febbraio 2005.

Power nel 2000 e General Motors nell'ultimo scorcio del 2004, tutti interessati da drastici piani di ristrutturazione⁴³⁷. Nel caso della General Motors, la mobilitazione europea (che ha coinvolto lavoratori tedeschi, belgi, polacchi, spagnoli, svedesi e inglesi) ha permesso di raggiungere un accordo quadro, siglato dal management europeo della multinazionale americana e dal Comitato aziendale europeo, finalizzato a consentire una gestione "morbida" dei piani di ristrutturazione. È solo un esempio di come lo sviluppo di una prassi negoziale transnazionale passi necessariamente dal riconoscimento del diritto di esercitare l'azione collettiva al medesimo livello.

Il riconoscimento del contratto collettivo come fonte "pre-legislativa" negli articoli 138 e 139 TCE⁴³⁸ giustifica poi il riconoscimento del diritto di azione collettiva al di là della dimensione microeconomica delle relazioni sindacali nell'impresa. Anche sotto questo profilo, la peculiarità del ruolo riconosciuto ai sindacati nel sistema delle fonti comunitarie implica l'adozione di un approccio non vincolato a quanto ricavabile dalle tradizioni nazionali, dove spesso si nega legittimità allo sciopero che non abbia come fine la stipula di un contratto collettivo, o addirittura persegua obiettivi politici. Nel momento in cui si riconosce alle parti sociali il diritto di prendere parte al processo normativo comunitario, si apre la strada al "parallelo" riconoscimento delle finalità politiche della loro azione⁴³⁹.

2.2 Oltre il diritto di sciopero

L'argomento funzionalista può essere invocato anche per confrontarsi con il problema delle forme di conflitto non riconducibili allo sciopero; di quelle modalità di esercizio del conflitto sindacale che si estrinsecano in forme diverse da quelle con la quali si è comunemente identificato lo sciopero nelle esperienze nazionali. Proprio le dinamiche comunitarie dimostrano come l'azione collettiva transnazionale assuma spesso forme diverse dalla tradizionale "astensione concertata dal lavoro", per manifestarsi attraverso modalità che appaiono più vulneranti e capaci di incidere anche su interessi terzi rispetto a quelli della controparte "contrattuale"⁴⁴⁰.

I recenti casi posti all'attenzione della Corte di Giustizia evidenziano anche come il tema dell'azione collettiva travalichi i confini del rapporto di lavoro e coinvolga sempre più frequentemente nuove soggettività, siano esse rappresentate da autotrasportatori, piccoli coltivatori, che

⁴³⁷ I casi di scioperi transnazionali richiamati sono oggetto di analisi in S. Giubboni- G. Orlandini, *Lo sciopero e l'Unione Europea. Aperti critici*, QRS 2005, 295 ss.; per una ricostruzione delle diverse forme che la conflittualità sindacale può assumere nell'ordinamento comunitario cfr. A. Baylos Grau, *La autonomia colectiva en el Derecho Social Comunitario*, in Id. (coor.), *La dimension europea y transnational de la autonomia colectiva*, Albacete, 2003, 33 ss.

⁴³⁸ In merito cfr. ampiamente A.Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999,

⁴³⁹ In Italia è quanto sancito dalla Corte Costituzionale a proposito dello sciopero politico (Corte Cost. n.290/1975, FI 1975, I, c.550), la cui liceità si fonda proprio sulla considerazione del coinvolgimento dei sindacati nella vita politica ed economica del paese; non a caso la sentenza è adottata alla vigilia della stagione degli accordi trilaterali che inaugurano l' "era" della concertazione.

⁴⁴⁰ Analoghe evoluzioni caratterizzano anche le dinamiche sindacali interne ai sistemi nazionali. I fatti che hanno caratterizzato il rinnovo del contratto dei metalmeccanici in Italia nel gennaio 2006 sono estremamente significativi a riguardo. Dopo tre mesi di scioperi "tradizionali", privi di sostanziali effetti sul piano negoziale, la trattativa si è "sbloccata" grazie a due giorni di blocchi stradali culminati nell'occupazione della stazione di Bologna, attuata con il tacito assenso dei sindacati confederali. In quello che è il più tradizionale dei settori dell'economica "fordista" si è manifestata in tutta evidenza la perdita di efficacia delle forme "storiche" del conflitto sindacale; da cui la necessità delle parti sociali di "spostare" quest'ultimo fuori dalla fabbrica, spesso l'unico modo per fargli riacquistare la perduta incisività.

forme organizzate della società civile⁴⁴¹. Il che non può sorprendere, considerando come le profonde trasformazioni indotte dalla rivoluzione dell'economia "globalizzata" abbiano reso sempre più labile il confine tra lavoro subordinato e autonomo. E sono sempre le dinamiche in atto nel mercato "globale" a mettere in evidenza il fatto che per riacquistare l'efficacia perduta il conflitto post-industriale deve passare per nuove solidarietà ed alleanze tra chi sta dentro e chi sta fuori dall'impresa. È indubbio che il boicottaggio è una delle modalità d'azione che influisce maggiormente sulle strategie delle imprese multinazionali, che si mostrano vulnerabili nel momento in cui il conflitto "tradizionale" organizzato all'interno dell'impresa viene supportato dalla mobilitazione della c.d. società civile, e finisce per incidere sulle scelte collettive dei consumatori⁴⁴².

Quelli riportati sono solo alcuni esempi di come le nuove dinamiche conflittuali pongano problemi inediti che attengono alla titolarità del diritto all'azione collettiva, quando è esercitato da soggetti non titolari di un formale rapporto di lavoro ed alle modalità della stessa, quando assume forme diverse dalla semplice astensione concertata dal lavoro. La dottrina ha cominciato ad interrogarsi su tali trasformazioni e sta crescendo la consapevolezza sul fatto che le tradizionali categorie del diritto sindacale se da una parte appaiono "datate", dall'altra possono fornire i principi sui quali costruire una nuova base giuridica per il diritto all'azione collettiva⁴⁴³. In queste pagine simili problemi si possono solo evocare; qui interessa soprattutto evidenziare come il diritto comunitario possa rappresentare una sede privilegiata per superare i limiti delle "tradizionali" impostazioni nazionali.

Le azioni collettive che si svolgono nell'arena del mercato globale (boicottaggi, blocchi, occupazioni, azioni di solidarietà) si pongono in diretta frizione con le regole sulle quali tale mercato si regge e che assurgono a rango di principi e libertà fondamentali nel TCE: si pensi al rapporto tra blocchi e libertà di circolazione delle merci e tra boicottaggio e regole di concorrenza. Le istituzioni dell'UE sono chiamate a dare una risposta al problema del rapporto tra tali regole e dinamiche conflittuali transnazionali. La risposta può essere quella di una subordinazione delle seconde alle prime e di una loro regolazione fondata sulla razionalità economica. Anche sotto questo profilo può però aprirsi una diversa prospettiva, per la quale da una parte si riconoscono nuovi spazi di immunità dai vincoli del mercato per l'autonomia dei gruppi organizzati e dall'altra si cercano regole di convivenza basate sul principio del temperamento tra diritti fondamentali della persona. In questa prospettiva proprio la conflittualità "trans-nazionale" può diventare il volano per definire il bagaglio di diritti che concorrono a determinare il contenuto della cittadinanza europea⁴⁴⁴.

La scelta di fondo diventa politica: si tratta di decidere se nel modello di "economia sociale di

⁴⁴¹ Cfr. Lord Wedderburn, *European Collective Bargaining in the Age of Blockades*, ILJ 2001, 136 ss. Sulle trasformazioni degli attori del conflitto "post-moderno" e sulle conseguenze che esse comportano in merito al regime della titolarità dello sciopero, cfr., da ultimo, B. Caruso-G. Nicosia, *Il conflitto post moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, WP "M.D'Antona".IT, n.43/2006

⁴⁴² Come osserva A. Supiot, *Governing Work and Welfare in a Global Economy*, in J. Zeitlin- D.M. Trubeck (eds.), *Governing Work and Welfare in a New Economy. European and American Experiments*, Oxford, 2003, 401, "in the new world economic order, pre-industrial forms of collective action are making a come-back, and with them the quest for an alliance of workers and consumers to target the Achilles heel of the big companies: sensitivity to demand for their products. The expression par excellence of this alliance is the boycott".

⁴⁴³ Sul tema si rinvia all'analisi di A. Supiot, *Revisiter les droit d'action collective*, DS 2001, 687 ss. e di B. Caruso, *Il conflitto collettivo*, cit., 102 ss.

⁴⁴⁴ La relazione tra diritto del lavoro e diritti di "cittadinanza", nell'ambito della regolazione dei servizi pubblici, è al centro dell'analisi condotta nel saggio di S. Sciarra, *Labour Law- a Bridge between Public Services and Citizenship Rights*, in M. Freedland- S. Sciarra (eds.), *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, 1997, 173 ss.

mercato" dell'UE c'è o meno spazio per il conflitto sociale o se i vincoli di mercato e le esigenze della competitività globale non consentano a tali dinamiche di estrinsecarsi.

La scelta di riconoscere spazi di libertà agli attori sociali e di far loro riacquistare autonomia d'azione rispetto alle dinamiche di mercato, impone di riconoscere legittimità alle nuove forme di azione collettiva; di adottare una nozione ampia di diritto al conflitto che lo renda immune dai vincoli del TCE. Una nozione che tenga conto della "funzione" storicamente svolta dallo sciopero (e posta a base della sua legittimazione in molti ordinamenti nazionali): quella di essere strumento necessario per riequilibrare rapporti di potere diseguali, di proporsi come contropotere collettivo al potere economico delle imprese. Come è stato autorevolmente osservato, il riconoscimento di tale funzione dovrebbe portare a riconsiderare il diritto all'azione collettiva non più solamente nei termini "formalistici" di diritto dei lavoratori ad astenersi dal lavoro, ma come diritto di tutti i cittadini di influire collettivamente sul potere economico⁴⁴⁵.

Al pari di quanto è avvenuto per lo sciopero, la conflittualità post-moderna chiede spazi di immunità dalle regole del mercato, in nome della tutela di quanti, in esso, si trovano ad occupare una situazione di svantaggio economico e di sottoprotezione. Ed al pari di quanto è avvenuto con lo sciopero, anche le nuove forme di conflittualità sono chiamate a rispettare il "contenuto essenziale" degli altri diritti della persona riconosciuti nell'ordinamento dell'UE. Dall'ampiezza e dalla configurazione di tali spazi e dalla "selezione" di tali diritti dipende una parte non piccola del futuro dell'Europa sociale.

3. Verso un cambiamento nell'approccio comunitario al conflitto?

Quanto sin qui detto dovrebbe indurre a modificare l'attuale approccio delle istituzioni comunitarie al diritto di sciopero e di azione collettiva, superando le "timidezze" che la formula di Nizza tradisce ed abbandonando l'opzione fatta propria dall'art.137.5 TCE. Il che pone davanti al problema della inevitabile resistenza degli Stati membri ad accettare uno standard comunitario che rischi di essere utilizzato per contestare le regole interne d'esercizio del conflitto sindacale e che finisca per alterare le dinamiche delle relazioni industriali nazionali. È opportuno allora porsi la domanda circa il modo con cui sia possibile garantire un diritto di azione collettiva "comunitario" senza entrare in rotta di collisione con i delicati equilibri che caratterizzano le discipline nazionali dell'azione collettiva, gelosamente custoditi dagli Stati nazionali.

La soluzione a questo quesito passa dall'adozione di una prospettiva che distingue il piano dell'ordinamento comunitario da quello dei sistemi nazionali. Adottando una prospettiva pluriordinamentale è possibile configurare una nozione ed una disciplina dello "sciopero comunitario" (e più in generale dell'azione collettiva) funzionale a permetterne l'esercizio quando questo acquista una rilevanza transnazionale o quando incide sulle dinamiche dell'integrazione europea, ma che non altera necessariamente gli equilibri propri delle discipline nazionali quando si estrinseca sul piano degli ordinamenti interni. La tutela apprestata dal diritto comunitario sarebbe finalizzata a permettere che nell'ordinamento dell'Unione sia garantito il diritto all'azione collettiva e non a modificare gli standard presenti nei singoli Stati membri. Per fare un esempio, i limiti di diritto interno allo sciopero di solidarietà non potrebbero essere applicati a lavoratori impegnati in un

⁴⁴⁵ Così A. Supiot, *Rivisiter les droit*, cit., 699: "il conviendrait de réexaminer la question des droits d'action collective: non plus seulement comme droit pour travailleurs de suspendre l'exécution de leur contract, mais aussi comme droit pour les citoyens de peser collectivement sur le pouvoir économique".

conflitto transnazionale, pur rimanendo legittimamente invocabili in caso di conflitto condotto entro i confini nazionali. Ciò non escluderebbe ovviamente che per effetto della disciplina comunitaria possano determinarsi effetti “virtuosi” di ampliamento degli spazi di praticabilità del diritto anche quando è esercitato all’interno degli Stati membri; ma si tratterebbe di effetti meramente eventuali e non imposti dal diritto comunitario.

La garanzia di un diritto all’azione collettiva che goda di piena cittadinanza nell’ordinamento comunitario passa dunque per un duplice intervento. Occorrerebbe in primo luogo adottare una nozione “costituzionale” di diritto all’azione collettiva che possa costituire un riferimento certo per la Corte di Giustizia nei casi in cui questa sia chiamata a valutarne la legittimità alla luce delle norme del TCE. In tale nozione è necessario da una parte si faccia riferimento esplicito ad azioni di carattere transnazionale, dall’altra si prospetti, attraverso una nozione “aperta” di diritto all’azione collettiva, un’immunità della stessa quando è legittimamente esercitata in uno Stato membro. In tal modo non sarebbe del tutto scongiurata la prospettiva (adombrata nei casi Viking e Vaxholm) di una limitazione degli standard nazionali esistenti conseguente al giudizio di “bilanciamento” con le libertà fondamentali del Trattato, ma si eviterebbe di doversi confrontare con una nozione “comunitaria” del diritto di sciopero non sintonica con quella propria degli Stati dove questo è più ampiamente garantito.

A questa funzione meramente “negativa” (diritto fondamentale come “limite” all’integrazione negativa), si dovrebbe aggiungere una funzione “positiva” del diritto all’azione collettiva “comunitaria” (diritto fondamentale come “orientamento” per l’integrazione positiva), capace di assicurarne l’esercizio quando questa assume una dimensione transnazionale, anche nel caso in cui l’applicazione della normativa interna la renderebbe illegittima o di difficile realizzazione. Questa seconda funzione del diritto fondamentale troverebbe ovviamente un ostacolo nella perdurante assenza di una competenza normativa in materia che, come detto, limita l’ambito di valutazione della Corte alle ipotesi nelle quali l’azione transnazionale chiami in causa principi e regole del mercato interno. L’argomento “pluriordinamentale” sopra richiamato potrebbe indurre a considerare più accettabile da parte degli Stati membri il superamento dell’attuale disposto di cui all’art. 137.5, rendendo meno “utopica” l’idea di una direttiva tesa a tradurre il diritto fondamentale in una disciplina comunitaria dell’azione collettiva sovranazionale; una disciplina capace di assicurare l’esercizio di una solidarietà transnazionale che non incida sui delicati equilibri dei sistemi di relazione industriale nazionali, ma che impedisca agli Stati di applicare la normativa interna se questa finisce per rendere irrealizzabile l’azione sul piano dell’ordinamento comunitario.

In attesa di una (assai difficile) modifica delle competenze della UE, un ruolo importante nella definizione di standard sovranazionali di esercizio del diritto potrebbe svolgerlo l’Agenzia comunitaria dei diritti fondamentali, oggetto di una recente proposta di regolamento⁴⁴⁶, la cui azione sembra destinata ad ispirarsi alla logica del Metodo Aperto di Coordinamento⁴⁴⁷. Anche in questo caso la *soft law* permetterebbe di arrivare in territori preclusi all’*hard law*, ed il “coordinamento” potrebbe servire per vigilare sul rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta dei diritti

⁴⁴⁶ Cfr. Commissione CE, *Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce l’Agenzia dell’Unione Europea per i diritti fondamentali*, COM (2005) 280, 30 giugno 2005, che ha fatto seguito alla Comunicazione della Commissione CE, *The Fundamental Rights Agency, Public Consultation Document*, COM (2004) 693 def., 25 Ottobre 2004.

⁴⁴⁷ Sul possibile futuro ruolo dell’Agenzia dei diritti fondamentali cfr. P. Alston-O. De Schutter (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU*, Oxford-Portland, 2005.

(e dalla futura Costituzione, se mai questa vedrà la luce) da parte degli Stati membri, secondo la logica del confronto e dello scambio tra migliori prassi tipica del MAC. L'Agenzia potrebbe svolgere un ruolo complementare rispetto al Network di esperti indipendenti (presieduto da De Schutter) che è già operativo e che dal 2002 elabora rapporti annuali sul rispetto della Carta nei singoli Stati dell'Unione. L'interazione tra questi due organismi permetterebbe in futuro di superare gli angusti spazi nei quali i diritti sociali sono confinati dal TCE, e di utilizzare la Carta come parametro di valutazione delle normative in materia di sciopero (per quello che qui interessa) sul modello degli organismi internazionali già esistenti (Comitati ILO e Carta Sociale)⁴⁴⁸.

L'Agenzia comunitaria interloquirebbe con il Comitato della CSE, pur restando gli ambiti di intervento sostanzialmente diversi. La prima infatti potrebbe colmare i limiti che ancora caratterizzano l'impostazione del Comitato e che, in ultima analisi, dipendono dalla formula adottata nell'art.6.4 CSE: un'impostazione caratterizzata da una lettura dell'azione collettiva come fenomeno esclusivamente nazionale e che perciò si dimostra incapace di garantire adeguati standard di tutela ai lavoratori nel momento in cui la loro azione travalica i confini statali.

4. Divagazioni sul tema. Il fondamento procedurale del diritto all'azione collettiva.

L'ordinamento comunitario è una sorta di laboratorio di modelli di regolazione sociale, che a loro volta richiamano diversi modelli di democrazia. In esso coesistono e si sovrappongono il modello di regolazione pluralista, basata sulla fonte *hard*, eteronoma (regolamento e direttiva) e convenzionale (contratto collettivo), con il modello neo-corporativo, caratterizzato dal coinvolgimento delle parti sociali nelle sedi istituzionali deputate a definire le politiche comunitarie. Questi due modelli, nel corso dell'ultimo decennio, hanno progressivamente ceduto spazio ad un modello di regolazione *soft*, fondato sul principio del coordinamento aperto e del "confronto discorsivo" tra attori istituzionali e sociali, locali nazionali e comunitari. In questo intreccio tra diverse forme di regolazione, che a sua volta comporta un dialogo che si svolge a più livelli ordinamentali, sta la ricchezza e la "novità" dell'ordinamento dell'UE.

I primi due modelli si richiamano alle tradizioni costituzionali nazionali nate nel dopoguerra, per le quali il riconoscimento del diritto di sciopero ha costituito un presupposto imprescindibile⁴⁴⁹. Il diritto di sciopero è indispensabile per il funzionamento di un sistema pluralista, basato sull'autonomia dell'azione dei gruppi organizzati e che fa della negoziazione collettiva lo strumento privilegiato di regolazione sociale. Anche sistemi più ispirati al modello neo-corporativo presuppongono l'esercizio del diritto di sciopero, seppur (spesso) nel quadro di più definiti vincoli procedurali e di titolarità. In ragione di ciò, il deficit democratico che caratterizza il processo d'integrazione europea deriva anche dall'assenza in esso di un pieno riconoscimento del diritto all'azione collettiva, senza il quale il sistema di regolazione sociale comunitario manca di un fondamentale presupposto legittimante⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ In questo senso cfr. S. Sciarra, *Fundamental Labour Rights after the Lisbon Agenda*, WP M. "M.D'Antona".INT, n.65/2005, 17. Non si può tuttavia ignorare che i limiti che la Proposta di Regolamento COM (2005) 280 pone alle competenze dell'Agenzia, rappresentano un ostacolo alla realizzazione di tale prospettiva.

⁴⁴⁹ Il problema della legittimazione del diritto di sciopero nei diversi modelli di democrazia è affrontato da T. Novitz, *International and European Protection*, cit., 14 ss., che distingue tra *Representative democracy*, *Participatory democracy* (cui corrispondono sistemi pluralisti e neo-corporativi di relazioni industriali) e *Deliberative democracy*, modello al quale sembrano ispirarsi le nuove forme di *governance* comunitaria

⁴⁵⁰ Vale per il diritto all'azione collettiva quanto, più in generale, osserva A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni*, cit., p.175 ss. e p.280 ss. in relazione alla mancanza di fondamento della libertà sindacale nell'ordinamento comunitario

Il problema della funzione e della legittimazione del diritto all'azione collettiva deve essere impostato diversamente se si considerano le nuove forme di regolazione sociale che a partire dal Consiglio di Lisbona hanno acquistato centralità nelle dinamiche dell'integrazione europea e che hanno nel Metodo Aperto di Coordinamento (MAC) il modello di riferimento.

Proponendosi come forma di regolazione *soft* per via di coordinamento delle politiche nazionali, il MAC si legittima in quanto modello di "governance" complementare alle fonti regolative tipizzate nel TCE. Per definizione il MAC interviene laddove le fonti "tradizionali" *hard* non intervengono, ed apre spazi potenzialmente illimitati per la futura regolazione sociale "europea". Una regolazione che non si esprime nel rigido linguaggio delle norme eteronome, precettive e vincolanti, ma che si realizza attraverso un processo di "policy learning" ispirato alla logica "discorsiva" in base alla quale il coordinamento tra le politiche sociali degli Stati membri è attuato grazie al continuo reciproco confronto e apprendimento tra gli attori che vi prendono parte⁴⁵¹.

L'architrave teorica delle nuove forme di *governance* europea è rappresentata dalle concezioni "procedurali" e "riflessive"⁴⁵² del diritto che si associano (costituendone il presupposto giuridico), sul piano politologico, alle teorie deliberative della democrazia⁴⁵³. Il diritto procedurale fornisce gli "attrezzi" per costruire un modello di democrazia post-nazionale più partecipativa, proprio perché arricchisce il paradigma rappresentativo e pluralista con diritti capaci di aprire canali e spazi inediti di "confronto deliberativo" tra istituzioni e società civile⁴⁵⁴.

I diritti procedurali sono quei diritti che contribuiscono a definire in senso "attivo" la cittadinanza, riconoscendo agli individui, sia come singoli che nel loro agire collettivo e organizzato, gli strumenti per esprimersi e per operare nel mercato e nella società. Rafforzando le "capabilities" dei singoli e dei gruppi⁴⁵⁵ tali diritti mutano la relazione tra Stato e società, tra cittadino e amministrazione, prospettando un più ampio coinvolgimento della "società civile" nel processo di regolazione sociale: questo si sviluppa grazie al consenso fondato sull'argomentazione razionale piuttosto che alla mediazione tra interessi contrapposti che caratterizza il modello pluralista.

Il diritto "procedurale" dunque permette e legittima il confronto (aperto) tra istituzioni e soggetti

⁴⁵¹ Sulla logica innovativa sulla quale si fonda il MAC e sul suo carattere "post-regolativo" la letteratura è ormai amplissima; tra gli altri si rinvia a C. de la Porte- P. Pochet- G. Room, *Social Benchmarking, Policy Making and New Governance in the EU*, JESP 2001, 291 ss.; S. Regent, *The Open Method of Coordination: a New Supranational Form of Governance?*, ELJ 2003, 190 ss.; J. Mosher- D. Trubeck, *Alternative Approaches to Governance in the EU: EU Social Policy and the European Employment Strategy*, JCMS 2003, 63 ss.

⁴⁵² Il debito del MAC nei confronti delle teorie riflessive del diritto ed in particolare degli scritti di G. Teubner, è evidenziato da C. Barnard- S. Deakin, *Market Access and Regulatory Competition*, in C. Barnard- J. Scott (eds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford, 2002, 218 ss.

⁴⁵³ Come osserva S. Giubboni, *Social Rights and market*, cit., 268 "Supranational intervention [...] is predominantly procedural and therefore essentially relies on the legitimacy that derives from the deliberative, open and participatory nature of the 'polyarchic' coordination processes activated by it". Il dibattito in merito al "deliberative supranationalism" ha avuto ampio spazio sulle pagine dell'*European Law Journal*: cfr. J. Cohen- C. Sabel, *Directly-Deliberative Polyarchy*, ELJ 1997, 313 ss.; O. Gerstenberg, *Law's polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel*, ELJ 1997, 343 ss.; C. Jeorges, "Deliberative Supranationalism": *Two Defences*, ELJ 2002, 133 ss. Sulle diverse "basi teoriche" di legittimazione del MAC si sofferma D. Ashiagbor, *The European Employment Strategy. Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford, 2005, 215 ss.

⁴⁵⁴ È ben nota l'influenza che sul dibattito sviluppatosi intorno alla *governance* europea ha avuto la teoria procedurale del diritto di Habermas (cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992). Sul tema si soffermano in particolare A. Andronico- A. Lo Faro, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali: strumenti complementari o grammatiche differenti*, GDLRI 2005, 539 ss.

⁴⁵⁵ cfr. S. Deakin, *The 'Capability' Concept and the Evolution of European Social Policy*, in M. Dougan- E. Spaventa (eds.), *Essays in European Law*, Oxford, 2005, 3 ss. che utilizza il "capability approach" di A. Sen come chiave di lettura critica per analizzare la politica sociale ed economica europea.

pubblici (comunitari, nazionali e locali), attori sociali e organizzazioni private, nell'ambito del MAC. Ma "procedurali" sono anche i diritti che vengono tutelati e implementati attraverso le nuove forme di regolazione *soft* sulle quali si basa la Strategia Europea per l'Occupazione: il diritto alla formazione "per tutto l'arco della vita", alle pari opportunità, a non essere discriminati in ragione della propria "identità", i nuovi diritti di *work-fare*, di ricerca attiva del lavoro, di accesso gratuito ai servizi per l'impiego, il diritto alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, il diritto alla "continuità" del reddito nei tempi di non lavoro; e, sul piano collettivo, i diritti di informazione e consultazione, che dovrebbero caratterizzare relazioni industriali più collaborative e meno conflittuali, per questo capaci di rendere le imprese più competitive. Di questi diritti dovrebbe sostanziarsi la cittadinanza sociale europea che la Carta di Nizza ha definito nei suoi tratti costitutivi e che il MAC intende tradurre in politiche sociali concrete nei singoli ordinamenti nazionali.

In tale contesto non sembra trovare spazio il diritto all'azione collettiva, funzionale com'è alla composizione degli interessi per via negoziale e non "discorsiva", e presentandosi l'arma del conflitto come strumento non conciliabile con la declinazione dei diritti in termini di procedura. Da questo punto di vista non si può non concordare con T. Novitz che, tra le poche a confrontarsi con il tema della relazione tra diritto di sciopero e modello "deliberativo" di democrazia, conclude ritenendo tale modello il meno capace di fornire argomenti di legittimazione al riconoscimento di quel diritto⁴⁵⁶. L'evoluzione del diritto sociale comunitario in chiave "procedurale" e la crescente importanza che in esso acquistano le fonti *soft* di regolazione sociale dovrebbe indurre a considerare il diritto all'azione collettiva un diritto destinato a cedere spazio a modalità e pratiche di coinvolgimento degli attori sociali nella vita dell'impresa e nelle decisioni politiche assunte a livello istituzionale.

Questa conclusione può essere però revocata in dubbio se si considerano le critiche che da più parti sono mosse al MAC sotto il profilo dei presupposti che ne dovrebbero legittimare il funzionamento e se si pone attenzione ai limiti che gli stessi teorici della "democrazia deliberativa" evidenziano nella sua pratica realizzazione.

Si è detto che la legittimità delle politiche sociali sostenute a livello comunitario attraverso il MAC sta nel metodo utilizzato per definirle. La vera, sostanziale differenza tra politiche liberiste e "solidaristiche" si può individuare nel fatto che le seconde sono adottate attraverso una procedura deliberativa che coinvolge tutti gli attori dalle stesse interessati⁴⁵⁷. La logica procedurale ispira "a

⁴⁵⁶ Come osserva T. Novitz, *International and European*, cit, 21: "It does [...] appear that deliberative democracy calls into question the privileged access of workers' and employers' organizations. Moreover, it seems that their industrial weaponry, including a right to strike, is to be left at the door to the debating chamber, for this would lead to bargaining rather than rational choice. Similarly, conflict within the workplace is also no longer seen as a necessary feature of employment relations. Instead, workers are called upon to lay aside their perception of divergent interests, and instead work together in 'partnership' with management to achieve ends which are of mutual benefit to both. Within this framework, industrial action comes to be seen too confrontational to foster the trust needed for deliberation. It becomes redundant".

⁴⁵⁷ In questo senso cfr. C. Jeorges, *What is Left of the European Economic Constitution*, EUI WP Law, 2004/13, 30, per il quale "Whereas *Ordo-liberalism* sought to protect the *ordo* of the economy through a strong state which would rigorously enforce laws against restrictive business practices and abuse of private power, democratic experimentalism is relying on political processes, softer modes of coordination and the subtle power of transparency and exposure to public critique. And, in contrast to the Hayekian discovery process, the proposal to 'institutionalize' democratic experimentalism invoke the imagination not just of entrepreneurs and market participants but also of deliberative political citizens, and trust in their readiness to engage in problem-solving and in their interest to learn from one another".

monte” il processo di creazione delle politiche sociali; un processo, appunto, “aperto” e “partecipativo”, non “regolativo” nel senso proprio delle forme tradizionali della democrazia “rappresentativa”. Il modo con cui perseguire gli obiettivi “sociali” (dando così sostanza ai diritti sociali) viene definito grazie al confronto tra le “migliori prassi” nazionali e locali e la piena partecipazione di tutti i “soggetti” portatori di interessi rilevanti. La parola chiave è dunque “partecipazione”⁴⁵⁸; termine quanto mai ambiguo (soprattutto se declinato a livello micro-economico) e polivalente, ma dal quale dipende la legittimazione democratica delle nuove forme di regolazione sociale. Il diritto “soft” o è partecipativo o non può legittimarsi come “alternativa” alle tradizionali forme di regolazione sociale “hard”, neppure come fonte ad esse “complementare”⁴⁵⁹.

Nella letteratura politologica l’istanza partecipativa è tutt’altro che coesistente all’evoluzione in senso democratico di un sistema, ma anzi è stata “tradizionalmente” letta (da Schumpeter, a Dahl fino a Sartori) come elemento portatore di instabilità e in quanto tale da scongiurare⁴⁶⁰. La democrazia rappresentativa funziona (in tale chiave di lettura) grazie all’attivismo delle élites e la passività delle masse⁴⁶¹. Muoversi in un’ottica partecipativa comporta evidentemente il ribaltamento di tale visione della democrazia e l’adozione della prospettiva (che risale a Rousseau, prima che ad Habermas) per la quale la legittimità democratica di una norma è proporzionale al grado di condivisione della stessa da parte dei soggetti ai quali è applicata. Il problema dell’instabilità è risolto proprio in ragione della condivisione “a monte” della norma stessa.

In base alla logica deliberativa la decisione deriva da una trasformazione delle preferenze di ciascuno tramite l’argomentazione razionale e tramite l’ascolto e apprendimento reciproco⁴⁶². Ed in ciò sta la sostanziale differenza tra teorie “discorsive” e teorie “partecipative” classiche di democrazia, legate alle forme tradizionali di rappresentanza ed al “voto” e la negoziazione come passaggio inevitabile per “produrre regole”⁴⁶³. Resta il fatto che, in entrambe le prospettive, il presupposto legittimante una procedura finalizzata alla produzione di regole sociali è l’eguale potere dei partecipanti di influire sugli esiti della stessa. La piena partecipazione c’è soltanto quando tutti i soggetti interessati all’esito del processo hanno uguale peso nel determinarlo⁴⁶⁴. O, detto in altri termini, tanto più “eguale” è il potere degli “attori” di influire sul processo decisionale, quanto più quello stesso processo si legittima democraticamente.

Questa prospettiva è di decisiva importanza (ovviamente, per chi scrive) nel leggere le nuove

⁴⁵⁸ Come noto, il tema della “partecipazione” è al centro del *Libro Bianco sulla Governance Europea* della Commissione del luglio 2001, COM (2001) 428

⁴⁵⁹ Come osservano J.Cohen-C.Sabel, *Sovereignty and solidarity: EU and US*, in J.Zeitlin- D.Trubek (eds), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, 366 “deliberation [...] is not intrinsically democratic: it can be conducted within cloistered bodies that make fateful choices, but are inattentive to the views or the interests of large numbers of affected parties”.

⁴⁶⁰ È ancora obbligato il riferimento a C.Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1970

⁴⁶¹ Cfr. il “classico” C.Offe, *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*, Frankfurt am Main, 1972

⁴⁶² Il riferimento è naturalmente a J.Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, 1981

⁴⁶³ Cfr. B.Gbikpi, *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità?*, SM 2005, 110

⁴⁶⁴ J.Habermas, *Fatti e norme*, cit., 149, identifica le condizioni procedurali di formazione della volontà politica nel riconoscimento di “diritti fondamentali a pari opportunità di partecipazione ai processi formativi” della stessa; che tra i prerequisiti della deliberazione ci sia l’annullamento delle differenze di potere, assieme al superamento di numerose altre asimmetrie, è sottolineato anche da J.Cohen-J.Rogers, *Power and Reason*, in A.Fung- E.O.Wright (eds), *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*, London-New York, 2003.

forme “comunitarie” di regolazione sociale e, in generale, di *governance* europea. L’opzione “procedurale” per legittimarsi deve affrontare il problema del potere degli attori “comunitari” di incidere sugli esiti del processo di elaborazione delle regole, sia nella sua fase “ascendente” (produzione del diritto “soft”) sia nella sua fase “discendente” (implementazione dello stesso nei singoli ordinamenti); di decidere cioè il se ed il come delle politiche sociali da adottare.

Coglie nel segno chi ricorda che nella letteratura riconducibile alla “teorica deliberativa” (per primo ovviamente Habermas) si sottolinea come il presupposto per cui la logica procedurale possa dirsi adottata (e non sia mistificante), è che la stessa definizione del problema da risolvere e dei modi con cui affrontarlo sia rimessa agli attori che partecipano all’ “arena deliberativa”⁴⁶⁵. La legittimità del processo decisionale è direttamente proporzionale al grado di apertura e di trasparenza dello stesso. In questo senso è vero che la prospettiva procedurale impone l’assunzione di un “diverso piano di discorso” nel quale le categorie ed i concetti propri delle tradizionali forme di regolazione sociale diventano inutilizzabili; un piano di discorso che comporta l’assunzione di un “modello di regolazione e sociale senza modello”, nel quale cioè anche il *modus operandi* si determina per effetto del concorso attivo dei soggetti portatori di interessi oggetto del processo decisionale⁴⁶⁶. Precondizioni di funzionamento di quest’ultimo (cioè tali da fondarne la legittimazione) sono, in primo luogo che l’oggetto dello stesso (il tema o problema affrontato) ed i suoi esiti (la soluzione prospettata) siano “aperti”, cioè non predefiniti né vincolati da presupposti sottratti al confronto “discorsivo”; in secondo luogo che tutti gli attori “collettivi” (istituzionali e sociali) in esso coinvolti siano non solo rappresentativi⁴⁶⁷, ma anche “autonomi”, cioè titolari di un potere “effettivo” e non condizionato di incidere sugli esiti del medesimo. In assenza di tali condizioni il processo deliberativo rischia di diventare una “discussion between elites for elites”⁴⁶⁸.

È sin troppo scontato osservare che nel MAC né l’esito del processo né il metodo sono “aperti” e “partecipativi”. La logica procedurale non ispira realmente il MAC perché il coinvolgimento dei diversi attori avviene a valle e non a monte del processo deliberativo e finisce per essere più funzionale a garantire una legittimazione *ex post* delle politiche considerate necessarie che a definire *ex ante* gli obiettivi da perseguire⁴⁶⁹. Non è vero che le “modalità” per raggiungere l’obiettivo sono “aperte” e rimesse ad una logica di “confronto” deliberativo pluriordinamentale, coordinato a livello comunitario, dal momento che esse sono predeterminate⁴⁷⁰. Ciò perché, in ultima

⁴⁶⁵ Cfr. A.Andronico- A. Lo Faro, *Metodo di coordinamento*, cit., 548

⁴⁶⁶ Cfr. J.Scott-M.Trubeck, *Mind the Gap: Law and new Approaches to Governance in the European Union*, ELJ 2002, 18 ss.

⁴⁶⁷ Il problema della necessità di selezionare soggetti “rappresentativi” è sottolineato da C. Barnard- S.Deakin, , *Corporate governance, European governance and social rights*, in B.Hepple (ed), *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge, 2003, 146

⁴⁶⁸ Così C. Barnard- S.Deakin, ult.cit., 147

⁴⁶⁹ Come osservano A.Andronico-A.Lo Faro, *Metodo di coordinamento*, cit., 549 “è proprio per questo che l’OMC rischia di essere in effetti semplicemente un metodo di ‘cooperazione’: in quanto non prevede nessuna forma di ‘coordinamento’ al momento della costruzione del problema da risolvere, della identificazione degli interessi coinvolti nel procedimento e della selezione locale delle possibili soluzioni”. Lo steso limite del MAC è evidenziato da C.Offe, *The European Model of ‘Social’ Capitalism: Can It Survive European Integration?*, JPP 2003, 462 ss.

⁴⁷⁰ Cfr. a riguardo S.Smismans, *The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights*, in G.de Burca- B.de Witte (eds), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, 220 per il quale “while the precise impact of the ‘soft’ OMC procedure remains unclear, the first years of experience show at least its important potential in the diffusion of a cognitive framework defining in which terms and with which priorities debates on certain policies, such as employment, should take place in Member State. This framework defines the conceptual borders beyond which any alternative becomes increasingly more difficult to defend and even to imagine”; per analoghe considerazioni critiche cfr. anche E.Szysczak, *The Evolving European Employment Strategy*, in J.Shaw (ed.), *Social Law and Policy in*

analisi, “predeterminate” (cioè sottratte al confronto) sono le regole del “mercato aperto e in libera concorrenza”, funzionali a garantire la piena tutela delle libertà economiche fondamentali (queste sì protette dal diritto “hard” al più alto grado). È il rapporto tra diritti sociali e mercato ad essere sottratto alla logica del discorso procedurale, come risulta chiaro leggendo gli orientamenti sull’occupazione (oggi “integrati” con quelli economici)⁴⁷¹. Le “pratiche migliori” sono quelle più sintoniche con i vincoli di competitività considerati ineludibili: è l’*hard law* “economico” che impedisce sia alla “*soft law*” sociale che al metodo grazie al quale questa è prodotta di essere realmente “aperti” e “procedurali”. D’altra parte il MAC è nato nell’ambito dei Consigli europei degli anni novanta che hanno fatto delle politiche anti-inflazionistiche l’obiettivo primario dell’agenda comunitaria, al cui perseguimento lo stesso MAC ha finito per essere funzionale grazie alla diffusione delle “migliori pratiche” ricavate dai mercati del lavoro più flessibili e dai sistemi di sicurezza sociale economicamente più virtuosi⁴⁷².

Né può considerarsi “procedurale” il metodo di coordinamento in relazione all’effettiva partecipazione allo stesso dei diversi attori interessati. Basti considerare che il PAN italiano del 2004 (Piano di azione nazionale) relativo all’inclusione sociale (sulla cui base si “sviluppa” il confronto a livello comunitario) è stato redatto da cinque funzionari ministeriali⁴⁷³, per riconoscere come il deficit partecipativo sia evidente.

A livello comunitario si manifesta poi al massimo grado il problema, noto agli studiosi della teoria pluralista dei gruppi di interesse, della c.d. “rappresentanza incompleta”, ovvero del fatto che alcuni gruppi hanno la possibilità di esercitare un’influenza sulle decisioni finali più che proporzionale rispetto alla loro effettiva rappresentanza⁴⁷⁴. Soprattutto, nessuno degli attori sociali è “autonomo” nel concorrere alla definizione delle politiche sociali, siano essi i sindacati che le forme organizzate della società civile. A tale riguardo più che eloquente è la lettura di come ed in che senso il “partenariato europeo per la crescita e l’occupazione” è considerato indispensabile per il rilancio della Strategia di Lisbona nella comunicazione della neo-insediata Presidenza della Commissione⁴⁷⁵. La partecipazione degli attori sociali è vista come lo strumento necessario per “*ottenere fiducia e sostegno al cambiamento*”. Lo sviluppo di un “partenariato europeo” ha “*un’unica funzione: agevolare e accelerare l’attuazione delle riforme necessarie alla crescita e*

an Evolving European Union, Oxford-Portland Or., 2000, 211; D.Ashiagbor, *EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: From ‘Social Policy’ to ‘Employment Policy’*, *ELJ* 2001, 311; K.Jacobsson, *Soft Regulation and the Subtle Transformation of States: The Case of EU Employment Policy*, *JEP* 2004, 361.

⁴⁷¹ Cfr. Commissione CE, *Comunicazione della Commissione. Raccomandazione per una raccomandazione del Consiglio concernente l’attuazione delle politiche per l’occupazione negli Stati membri*, COM (2004) 239 def.

⁴⁷² Cfr. S.Deakin, *The “Capability” Concept*, cit., 120-121; per l’autore l’origine della Strategia europea per l’occupazione “*accounts for emphasis within the employment strategy upon the promotion of labour flexibility and the reduction of social security expenditure, themes which have led the Commission to give negative evaluations of the employment record of nordic system while leaving th UK’s neoliberal approach relatively free of criticism*”. Per una accurata valutazione critica dell’impatto della SEO sui mercati del lavoro nazionali, cfr. D.Ashiagbor, *The European Employment*, cit., 242 ss.

⁴⁷³ M.Ferrera-Sacchi, *Il metodo aperto di coordinamento e le capacità istituzionali nazionali: l’esperienza italiana*, *GDLRI* 2005, 59 ss.

⁴⁷⁴ Cfr. i “classici” saggi di T.J.Lowi, *The End of Liberalism: Ideology, Policy and the Crisis of Public Authority*, New York, 1969 e di G.Mc Connel, *Private Power and American Democracy*, New York, 1966

⁴⁷⁵ *Comunicazione al Consiglio Europeo di Primavera - Lavorare insieme per la crescita e l’occupazione - Il rilancio della strategia di Lisbona - Comunicazione del presidente Barroso d’intesa con il vicepresidente Verheugen*, COM(2005) 24 def.

all'occupazione"⁴⁷⁶. Riforme le cui linee di sviluppo sono appunto contenute negli orientamenti adottati dal Consiglio: e così il cerchio si chiude.

Il deficit di legittimazione democratica insito nel MAC sta dunque nel fatto che tale metodo non è sufficientemente "aperto" e "partecipativo". Un deficit per altro ampiamente previsto dagli stessi sostenitori delle teorie deliberative. Le condizioni che legittimano e rendono possibile il funzionamento di un' "arena deliberativa" sono tanto più difficili da concretizzarsi quanto più essa è ampia, cioè tanto più alto è il livello ordinamentale nel quale essa si colloca⁴⁷⁷. Non è un caso che le esperienze pratiche di maggior successo di "democrazia partecipativa" si abbiano a livello locale⁴⁷⁸. Il modello deliberativo e procedurale di produzione delle regole, se assunto a livello comunitario, non può che essere imperfetto, ovvero costantemente perfezionabile sotto il profilo dei soggetti coinvolti, della loro rappresentatività e della loro capacità di influire sul processo deliberativo.

In un contesto come quello comunitario, il diritto all'azione collettiva diventa allora un presupposto irrinunciabile delle nuove forme di regolazione sociale affinché esse evolvano nel senso (da più parti auspicato) di rafforzare la legittimazione democratica dell'azione comunitaria e non assumano il carattere di mero strumento di implementazione degli effetti dell'integrazione negativa, o finiscano per sclerotizzarsi in prassi di cooptazione neocorporativa⁴⁷⁹, per giunta con attori depotenziati nella loro capacità di influire sulle decisioni. Tale diritto acquista il valore di diritto procedurale fondamentale, se è vero che la logica procedurale induce a porre l'accento sul "problema" del potere e del modo "diseguale" con cui esso viene esercitato nelle sedi istituzionali, così come nel mercato e nella società e se è vero che un diritto sociale tanto più si giustifica in chiave procedurale quanto più è diritto di "autonomia", funzionale a riequilibrare i rapporti di potere degli attori collettivi nei processi di produzione delle regole sociali.

Il valore aggiunto della concezione procedurale dei diritti fondamentali sta nell'accento posto sul loro essere funzionali ad accrescere le "capabilities" dei singoli e dei gruppi nel prendere parte attivamente alla regolazione sociale. In tale prospettiva il diritto all'azione collettiva garantisce a chi è stato escluso dal processo di formazione delle regole di far sentire la sua voce: usando categorie habermassiane, è il diritto che consente di ampliare la "sfera pubblica" quando questa è

⁴⁷⁶ Ibidem, 16. La Commissione è ancora più esplicita nella *Comunicazione della Commissione al Consiglio Europeo di primavera- È ora di cambiare marcia. Il nuovo partenariato per la crescita e l'occupazione*, COM (2006) 30 def., 12: "Per ottenere l'accettazione del grande pubblico è infatti indispensabile che cittadini e imprese riconoscano l'utilità della riforma e i suoi effetti benefici sulla loro esistenza: un sentimento di appartenenza che può nascere unicamente dalla partecipazione, diretta o indiretta (tramite organizzazioni rappresentative) alla sua elaborazione. Molto resta ancora da fare per convincere i cittadini che le riforme contribuiranno a una maggiore prosperità generalizzata e per riuscire a coinvolgerli nel processo. Ciò richiederà un notevole sforzo sia da parte degli Stati membri che delle istituzioni dell'UE."

⁴⁷⁷ Cfr. J.Parkinson, *Legitimacy Problems in Deliberative Democracy*, PS 2003, 180

⁴⁷⁸ Cfr. B. Gbikpi, *Dalla teoria della democrazia*, cit, 81.

⁴⁷⁹ J.H.H.Weiler, *The Commission as Euro-Skeptic: A Task Oriented Commission for a Project-Based Union. Comment on the First Version of the White Paper*, in C.Georges-Y.Meny-J.H.H.Weiler (eds.), *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, Jean Monnet WP 67/01, sottolinea il rischio che "the inclusion of more players into the circle of decision making [should create] a system with strong crypto-corporatist elements coupled with worst danger of consociational models, notably the exclusion of those interests which are not privileged 'actors' and players'". Anche J.Cohen- J.Rogers, *Solidarity, Democracy, Association*, in E.O.Wright (ed.), *Associations and Democracy*, London-New York, 1995, 237 evocano il rischio che il "deliberative model" possa evolvere in una forma di "post-modern corporativism".

stata costruita senza tener conto dell'opinione di chi è interessato al processo di formazione della volontà politica⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ Anche T. Novitz, *International and European*, cit., 21-22 conclude per la necessità di iscrivere il diritto di sciopero nel quadro dei principi discorsivi, in ragione della inevitabilità di situazioni nelle quali gli interessi contrapposti non possono conciliarsi attraverso il confronto razionale, ma solo con la composizione per via negoziale; negare ciò e sostenere che esista sempre un "punto di vista imparziale" è per l'autrice pericoloso e mistificante. Con tali osservazioni si concorda. Ad esse si ritiene possa aggiungersi che gli stessi principi discorsivi, proprio per la distanza tra la "situazione discorsiva" reale e quella ideale (particolarmente evidente se tali principi si applicano a livello comunitario), giustificano il riconoscimento di un diritto all'azione collettiva. Un diritto non finalizzato alla negoziazione collettiva ma al coinvolgimento nello stesso processo deliberativo e che include ma non si risolve nel diritto di sciopero, proprio in ragione del fatto che esso spetta ai cittadini in quanto tali e non solo a chi è "formalmente" titolare di un rapporto di lavoro subordinato.

Piccolo *requiem* per la flessibilità del lavoro
nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9 marzo 2006, n. 80*

Sandro Mainardi

1. Ultimo atto di legislatura o deriva normativa per il pubblico impiego?	177
2. Dalla Riforma Biagi alla l. n. 80/2006, passando per Leggi Finanziarie e provvedimenti <i>omnibus</i> .	179
3. L'anomala flessibilità: tra fonti privatistiche, ragioni dell'organizzazione e di contenimento della spesa.	184
4. L'art. 4 della l. n. 80/2006 e i nuovi limiti alla stipulazione dei contratti flessibili: a) i limiti nelle procedure concorsuali.	187
5. <i>Segue. b)</i> I limiti motivazionali.	189
6. <i>Segue.</i> Le flessibilità contrattuali come <i>extrema ratio</i> . Una promozione per l' <i>outsourcing</i> nelle p.a. e qualche problema di costituzionalità.	192
7. Conclusioni.	194

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 45/2006

1. Ultimo atto di legislatura o deriva normativa per il pubblico impiego?

Si sa. Difficilmente gli ultimi atti di una legislatura sono in grado di produrre provvedimenti normativi di respiro, capaci di essere ricordati per coerenza sistematica e capacità regolativa di lungo periodo. Spesso mancano le condizioni politico istituzionali per varare leggi destinate a produrre effetti importanti nella legislatura successiva; oppure, più semplicemente, una maggioranza che se ne va si limita a disporre della contingenza, consapevole delle imprevedibili ricadute, in termini di consenso, di interventi di maggiore portata.

Ciò è di ogni legislatura. Per stare alla materia del pubblico impiego è facile ricordare quanto avvenne al termine della XIV^a (Governo Amato), quando l'ambizioso e quanto mai opportuno progetto di codificazione di un "Testo Unico del Pubblico Impiego" (privatizzato) si trasformò, proprio in scadenza di mandato, nel ben più modesto intervento di rinumerazione del d.lgs. n. 29/1993, oggi consolidato nelle «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165⁽⁴⁸¹⁾.

E così è stato anche per la XV^a legislatura appena giunta a termine (Governo Berlusconi), la quale, sempre per il pubblico impiego, ha abbandonato la scena con la conversione in legge del d.l. 10 gennaio 2006, n. 4⁽⁴⁸²⁾ da parte della legge 9 marzo 2006, n. 80⁽⁴⁸³⁾. Si tratta di un provvedimento spot assai eterogeneo, sin dalla sua intitolazione relativa a «Misure urgenti di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione»⁽⁴⁸⁴⁾, misure che, in effetti, a seguito della conversione in legge, toccano solo marginalmente la disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, al quale vengono dedicati 7 articoli su 34, a fronte dei 15 articoli della originaria versione del decreto n. 4/2006.

Il progetto iniziale destava interesse, specie per la disciplina di alcuni istituti di delicata portata applicativa, quali il comando (art. 3 d.l. n. 4/2006), i contratti a termine ed i contratti formazione e lavoro (art. 4), la mobilità volontaria e da eccedenza (artt. 9 e 11), la contrattazione collettiva per i segretari comunali e provinciali (art. 10), i contratti di collaborazione coordinata e continuativa (art. 13), gli incarichi dirigenziali a tempo determinato (art. 15), l'accesso alla qualifica di dirigente (art. 25).

Si sarebbe trattato, per la gran parte, di interventi solo manutentivi dell'esistente. Ma, nonostante ciò, a conferma del profilo basso scelto dal legislatore in sede di conversione, resta di tutto questo

⁽⁴⁸¹⁾ Sul c.d. Testo unico del pubblico impiego e sulla vicenda politica normativa che lo ha caratterizzato v. F. CARINCI, *Spes ultima dea*, in *LPA*, Supplemento al fasc. 2/2001, 1 e ss.

⁽⁴⁸²⁾ In G.U. n. 8 dell'11 gennaio 2006.

⁽⁴⁸³⁾ In G.U. n. 59 dell'11 marzo 2006.

⁽⁴⁸⁴⁾ La legge può essere catalogata nell'ambito dei c.d. provvedimenti "omnibus" che hanno caratterizzato gli interventi della legislatura in materia di organizzazione amministrativa e lavoro pubblico: tra i più recenti vanno ricordate la l. 16 gennaio 2003, n. 3 «*Disposizioni ordinarie in materia di pubblica amministrazione*»; la l. 29 luglio 2003, n. 229 «*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001*»; il d.l. 28 maggio 2004, n. 136, conv. in l. 27 luglio 2004, n. 186 «*Disposizioni urgenti per garantire la funzionalità di taluni settori della pubblica amministrazione*»; il d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, conv. in l. 31 marzo 2005, n. 43 «*Disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, e per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione, nonché altre misure urgenti. Sanatoria degli effetti dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 29 novembre 2004, n. 280*».

un'unica rilevante disposizione, rappresentata dalla disciplina dell'articolo 4, il quale, seppure asetticamente intitolato al «Monitoraggio sui contratti a tempo determinato e la somministrazione a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni», nell'introdurre un nuovo comma 1-bis ad una norma chiave della riforma quale è l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, reca invece importanti limiti generali all'utilizzo delle tipologie di lavoro flessibile e, in particolare, dei contratti a termine e di formazione e lavoro.

È piuttosto evidente, lo si anticipa, che la disciplina della legge n. 80/2006 rinviene la propria trama di politica legislativa nella necessità, ormai portata alle estreme conseguenze, di contenere la spesa per il personale, secondo un trend di carattere strutturale ben conosciuto e ben presente anche negli obiettivi del legislatore degli anni '90⁽⁴⁸⁵⁾ e di quelli che lo hanno preceduto.

Non è, quindi, la tenuta di questo imperativo categorico di carattere finanziario a destare preoccupazione. Piuttosto, preoccupa la sempre più frequente affermazione di una tecnica normativa disorganica, segnata da un iperattivismo della legislazione speciale, che cerca rimedi attraverso il progressivo allontanamento dai modelli dell'impresa, continuamente introducendo diversità di discipline, curvature di istituti, disimpegni di carattere formale e sostanziale rispetto al diritto privato del lavoro, inteso come fonte elettiva di regolamentazione secondo il principio cardine dell'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001 («i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto...»). Per restare al piano delle fonti, tale iperattivismo del legislatore contraddice in modo evidente anche l'investimento inizialmente fatto sulla contrattazione collettiva e sul ruolo della fonte contrattuale con riguardo alla disciplina dei rapporti di lavoro, al punto da sollecitare e rendere attuale il ricorso al meccanismo di deroga del contratto collettivo rispetto alla legge, definito dal primo comma dello stesso art. 2 del d.lgs. n. 165/2001.

Certo, si potrebbe sostenere che questa ripresa forte della regolamentazione di fonte legale costituisca una risposta alla pan-contrattualizzazione o all'«ingordigia contrattuale» della stagione appena precedente, foriera, secondo alcuni⁽⁴⁸⁶⁾, di una eccessiva compressione dei poteri dirigenziali e di una deresponsabilizzazione della dirigenza a favore della mediazione politico-sindacale nella gestione dei rapporti di lavoro⁽⁴⁸⁷⁾; ma è davvero dubbio che i micro-interventi legislativi

⁽⁴⁸⁵⁾ È ormai dato storiografico quello per cui la stessa riforma del pubblico impiego del biennio '92/'93, se è stata ispirata dal sindacato confederale al fine di un generale recupero di rappresentatività nel settore attraverso la diffusione del metodo contrattuale, abbia per contro immediatamente destato l'interesse del Governo, mosso da più pragmatiche e urgenti esigenze di razionalizzazione, contenimento e controllo del costo del lavoro: cfr. RUSCIANO, *Contributo alla lettura della riforma del pubblico impiego*, in Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, XVII; CARINCI F., *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in RIDL, 1993, I, 8.

⁽⁴⁸⁶⁾ V. in particolare CASSESE, *Potere ai sindacati*, in *Il Sole 24 Ore* del 21 febbraio 2001, e, più di recente ID., *La tenaglia del pubblico impiego*, in *Il Corriere della Sera* del 23 novembre 2004, che parla di «straripamento sindacale», di moltiplicazione degli interventi sindacali nelle decisioni amministrative e di materie regolate dal contratto collettivo che dovrebbero, invece, per legge, essere riservate alla decisione unilaterale dell'amministrazione pubblica; CARUSO, *La storia interna della riforma del pubblico impiego: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in LPA, 2001, 980; CARINCI F., *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo 11, titolo II d.lgs. n. 29 del 1993 (il modello universale)*, in ADL, 2001, 50.

⁽⁴⁸⁷⁾ Si veda, in questo senso, e a titolo di esempio, il comma 12-bis dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 introdotto dall'art. 3, comma 1 della legge 15 luglio 2002, n. 145, il quale sottrae l'intera disciplina degli incarichi dirigenziali alla possibilità di deroga da parte dei contratti o accordi collettivi.

di cui è in discorso costituiscono effettivo deterrente rispetto alla espansiva presenza sindacale nei processi di organizzazione e gestione da parte del management pubblico.

2. Dalla Riforma Biagi alla l. n. 80/2006, passando per Leggi Finanziarie e provvedimenti *omnibus*.

Vale allora la pena di ripercorrere in breve questo iter normativo, non si sa quanto consapevole, che ha preso le distanze dagli schemi della c.d. privatizzazione; per verificare, poi, se si tratti di una vera e propria crisi di rigetto o di un semplice stallo nel percorso di riforma del lavoro pubblico.

Occorre naturalmente prendere le mosse dalla esclusione del datore di lavoro “pubblica amministrazione” dall’applicazione della legge delega n. 30/2003 (art. 6) e del decreto legislativo n. 276/2003 (art. 1, c. 2), sulla quale molto si è discusso, con accenti diversi, ma tutti sostanzialmente concordi nel ritenere che essa rappresenti una significativa, quanto irrazionale interruzione del cammino di avvicinamento tra le due discipline del lavoro subordinato, privato e pubblico⁽⁴⁸⁸⁾. Senza voler qui ripercorrere le ragioni di opportunità e le specifiche conseguenze delle esclusioni con riguardo a ciascun istituto interessato dalla riforma del 2003⁽⁴⁸⁹⁾, l’aver distanziato il lavoro nelle pubbliche amministrazioni dalle nuove regole del mercato del lavoro ha prodotto almeno due ricadute, diretta la prima, indiretta la seconda.

La prima consiste nell’aver di fatto inibito qualunque sviluppo della normativa legale (o contrattuale) che, alla lettera del d.lgs. n. 276/2003 (art. 86, c. 9), avrebbe dovuto occuparsi dei «profili di armonizzazione conseguenti all’entrata in vigore del decreto legislativo» per quanto riguarda i dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Non si è mosso il legislatore e non si è mossa neppure la contrattazione collettiva⁽⁴⁹⁰⁾, consapevole, quest’ultima, di essere stata posta nelle condizioni di una ideale difesa del lavoro nelle p.a. da qualunque ipotesi di penetrazione della nuova normativa dettata per il settore privato, la quale si articola, in modo evidente, con riguardo alla disciplina delle tipologie dei lavori flessibili, secondo logiche e modelli di regolazione che possono mettere

⁽⁴⁸⁸⁾ Cfr., già sul progetto di legge delega, CARUSO, *La storia interna della riforma del pubblico impiego*, cit., 991; e poi GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, Ipsoa, 2003, 249; ZOPPOLI L. *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II)*, Intervento al Convegno “Sviluppo e occupazione nel mercato globale”, Napoli, 4-5 dicembre 2003; BELLAVISTA, *Alcune osservazioni sulla legge n. 30/2003*, in *LG*, 2003, 706; MAINARDI, *D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l’esclusione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2003, 1076; BORGOGELLI, *Finalità e campo di applicazione*, in Gragnoli e Perulli, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, Cedam, 2004, 15; ZOLI, *Commento all’art. 1*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, Zanichelli, 2004, 8; CURZIO, *Introduzione*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, Cacucci, 2004, 20; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, cit., 108;

⁽⁴⁸⁹⁾ Solo a titolo di esempio, e per quanto qui interessa, resta aperta la delicata questione della permanente applicabilità della l. n. 1369/1960 al lavoro nelle p.a. nonostante la esplicita abrogazione operata dall’art. 85, c. 1, lett. c) del d.lgs. n. 276/2003; oppure quella della disciplina concretamente applicabile in materia di part time per via della novella al d.lgs. n. 61/2000 (applicabile al p.i.) introdotta dall’art. 46 d.lgs. n. 276/2003 (non applicabile al p.i.).

⁽⁴⁹⁰⁾ Non vi è traccia, infatti, di norme in materia di flessibilità contrattuali, neppure di quelle “praticabili” come la somministrazione a termine, in alcuno dei contratti collettivi di comparto della tornata 2002-2005, tutti sottoscritti già alla luce del d.lgs. n. 276/2003. Essi hanno anzi confermato, in parte qua, le discipline dei Ccnl precedenti (1998/2001).

in discussione i delicati equilibri raggiunti nel settore pubblico nel rapporto legge – contratto collettivo – contratto individuale ⁽⁴⁹¹⁾.

La difesa dello status quo ha avuto la meglio anche sul primo intervento istituzionale, quello dell'Organismo di coordinamento dei Comitati di Settore, che in data 5 marzo 2004⁽⁴⁹²⁾ ha inviato, senza alcun seguito, una precisa direttiva all'Aran per dare corso ad una contrattazione di livello quadro, proprio con riguardo all'innesto ponderato delle regole della riforma Biagi nel lavoro alle dipendenze pubbliche amministrazioni.

La seconda conseguenza, questa volta indiretta, risiede nella profonda incertezza applicativa determinata dalla maldestra esclusione, rispetto ad istituti che le p.a. andavano lentamente ad applicare, per la prima volta, proprio sul modello costituito dalla regolamentazione privatistica, sì come recepita nelle c.d. "code contrattuali" della tornata 1998/2001: la sovrapposizione tra discipline (ad es. per l'utilizzo del tempo parziale) da una parte, ed il denso apparato di responsabilità poste a carico del dirigente in caso di erroneo utilizzo delle tipologie contrattuali (cfr. art. 36, c. 2, d.lgs. n. 165/2001) dall'altra, hanno anche qui indotto comportamenti di eccessiva ma giustificata prudenza nell'utilizzo delle flessibilità contrattuali.

La restante linea di politica legislativa per il settore del pubblico impiego è concentrata nelle discipline delle Leggi Finanziarie 2001-2005 ed in alcuni dei già citati provvedimenti "omnibus", tra i quali è senz'altro possibile catalogare anche la legge 9 marzo 2006, n. 80.

Per quanto riguarda le Leggi Finanziarie, un primo piano di intervento è rimasto costante per l'intero periodo ed è senz'altro rappresentato da una progressiva riduzione delle risorse destinate alla contrattazione collettiva nazionale ed integrativa.

Se la riduzione è avvenuta in via diretta per le amministrazioni statali, essa ha nondimeno interessato anche le amministrazioni con autonomia relativa di bilancio, quali gli enti pubblici non economici, le università, le regioni e le autonomie locali, gli enti del SSN, gli enti di ricerca e sperimentazione. La precisa quantificazione delle risorse spetta qui ai Comitati di settore, che esprimono gli indirizzi per la contrattazione⁽⁴⁹³⁾: in questa quantificazione le amministrazioni vengono tuttavia vincolate al rispetto dei tassi definiti per le amministrazioni statali, sia per la contrattazione nazionale, che per quella integrativa. La Finanziaria per il 2006 (*legge 23 dicembre 2005, n. 266*), nel ribadire tale meccanismo (cfr. art. 1, c. 189), ha previsto, per le amministrazioni dello Stato "allargato" (*Agenzie fiscali, enti pubblici non economici, università, enti di ricerca*) che i fondi destinati alla contrattazione integrativa, a decorrere dal 2006, non possano eccedere quelli previ-

⁽⁴⁹¹⁾ Cfr. BORGOGELLI, *Finalità*, cit., 21, la quale sottolinea appunto questo aspetto di impermeabilità del lavoro pubblico dal processo di marginalizzazione dell'autonomia collettiva a favore di quella individuale e dell'intervento governativo, proprio della recente riforma del mercato del lavoro.

⁽⁴⁹²⁾ L'atto di indirizzo, che porta la data del 13 febbraio 2004, in particolare individuava gli istituti disciplinati dal decreto che trovano applicazione nelle pubbliche amministrazioni; determinava, in base alla normativa attuale, i rispettivi ambiti di intervento, da un lato, della contrattazione collettiva e, dall'altro, della attuazione delle disposizioni legislative, pur non escludendo, a tale riguardo, adeguate forme di partecipazione sindacale; infine, relativamente agli ambiti rimessi alla contrattazione, formulava alcune indicazioni, per costituire, ai sensi dell'art. 47 del d.lgs n. 165 del 2001, un quadro di riferimento generale (accordo nazionale quadro) per la negoziazione del settore.

⁽⁴⁹³⁾ Per tali enti, la spesa sostenibile viene concretamente quantificata attraverso gli atti di indirizzo all'ARAN per la contrattazione collettiva, formulati prima di ogni rinnovo contrattuale dai comitati di settore, composti dalle istanze rappresentative o associative degli enti medesimi (art. 41, comma 3 del d.lgs n.165 del 2001).

sti nel 2004 e certificati dai revisori dei conti, si da cristallizzare, su una cifra formalmente consolidata, le risorse destinate alla negoziazione di secondo livello.

È indubbio, dunque, che la contrattazione collettiva per le amministrazioni non statali va finanziata con deliberazioni specifiche dei rispettivi organi di governo, ma è altrettanto certo che questa risulta indirettamente vincolata, a monte, mediante l'indicazione di rispetto, in capo ai Comitati di settore, nell'elaborazione degli atti di indirizzo, delle percentuali di crescita previste per le amministrazioni statali, sia per gli incrementi derivanti dalla contrattazione nazionale, che per quelli derivanti dalla contrattazione integrativa. Si è ben osservato come questa definizione in misura unica – per lo Stato e per il settore pubblico – dei limiti finanziari della contrattazione integrativa, rende «meno autonoma e meno “integrativa” la contrattazione di secondo livello»⁽⁴⁹⁴⁾, specie laddove tale negoziazione abbia ad operare nell'ambito delle amministrazioni dotate di più spiccata autonomia finanziaria e gestionale⁽⁴⁹⁵⁾.

Ma non è certo questo l'unico, e più penetrante, fattore di criticità che le norme delle Leggi Finanziarie producono con riguardo al sistema della contrattazione collettiva integrativa nelle pubbliche amministrazioni. I vincoli nella costituzione del fondo inducono infatti la contrattazione integrativa verso una difesa non virtuosa, ma a volte giustificata, degli elementi “stabili” del salario integrativo (risorse per le progressioni economiche; indennità di vario genere; retribuzione di posizione), operando di converso una riduzione o l'azzeramento delle risorse destinate, da un lato, all'incentivazione della produttività, delle flessibilità contrattuali e della mobilità; dall'altro, alle flessibilità organizzative che risultano a volte indispensabili per la stessa gestione in efficienza degli enti (ad es. risorse per lavoro straordinario o supplementare)⁽⁴⁹⁶⁾.

Il secondo piano di intervento ha invece accomunato Leggi Finanziarie e provvedimenti “omnibus”.

Si è anzitutto provveduto, da un lato, a rendere strutturale la principale leva di contenimento dei costi del personale quale rappresentata, in una con l'apposizione di limiti alle risorse per la contrattazione collettiva, dal controllo sulle assunzioni e sulle politiche di reclutamento del personale. Il modello utilizzato è quello del blocco delle assunzioni, con deroghe autorizzate o tipologicamente individuate, mentre, per le amministrazioni diverse dallo Stato, viene (ri)proposto il principio dell'adeguamento delle politiche di reclutamento del personale al criterio del contenimento della spesa attraverso la programmazione dei fabbisogni, ma con vincoli e controlli diretti costituiti, i primi, dalla richiesta coerenza di tali politiche con gli obiettivi fissati dai documenti di finanza pubblica; i secondi, dall'obbligo, in capo agli organi competenti ad adottare gli atti di programmazione del personale, di trasmettere annualmente tali atti al Ministero dell'Economia e al Dipartimento della Funzione pubblica.

⁽⁴⁹⁴⁾ TALAMO, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego dopo la legge finanziaria per il 2002*, in GDA, 2002, 569.

⁽⁴⁹⁵⁾ Per i riflessi di carattere costituzionale di tali disposizioni v. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale. Esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, Cedam, Padova, 2005, 171 e ss. Sulla contrattazione integrativa nelle amministrazioni pubbliche v. da ultimo e in generale VISCOMI, *La contrattazione integrativa*, in *Il Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, Utet, 2004, 402 ss.

⁽⁴⁹⁶⁾ Su questi, ed altri aspetti, v. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Trattato di Diritto commerciale e pubblico dell'economia* diretto da Galgano, vol. XXXVIII, Padova, Cedam, spec. 125 e ss.

Tendenzialmente presente nella legislazione finanziaria degli anni '90, questo modello è stato aggiornato mediante un mix con il diverso strumento della programmazione dei flussi assuntivi in relazione ai fabbisogni, a suo tempo introdotto dall'art. 39 della l. n. 449/1997. Se tale legge, con la programmazione triennale, favoriva l'autonomia gestionale degli enti con riguardo agli obiettivi di efficiente utilizzazione delle risorse in una prospettiva di medio termine, oltre che una maggiore flessibilità nelle politiche di riduzione/assunzione del personale nell'ambito delle effettive disponibilità finanziarie⁽⁴⁹⁷⁾, la sua implementazione da parte dei più recenti provvedimenti di finanza pubblica risulta solo parziale e scarsamente produttiva rispetto alle esigenze di razionalizzazione e contenimento del numero dei dipendenti⁽⁴⁹⁸⁾.

Da un versante, infatti, quello relativo alla efficienza e modernizzazione della p.a., il blocco generalizzato impedisce qualunque seria programmazione delle risorse in relazione all'incremento o al potenziamento dei servizi: sottrarre a qualunque datore di lavoro, pubblico o privato, il controllo delle politiche di reclutamento, significa di fatto impedire il raggiungimento di obiettivi di politica attiva del lavoro, della formazione e dell'occupazione, che possono condurre, per altre e più virtuose vie, ad una ottimizzazione dei costi per il personale ed al recupero di efficienza dei servizi. Dall'altro versante, invece, quello del contenimento della spesa, l'ampiezza delle deroghe e l'allentamento dei vincoli per una cospicua serie di categorie di personale, vanifica ogni razionale ed efficace controllo dei flussi del personale in entrata⁽⁴⁹⁹⁾.

Naturalmente, a questi meccanismi si associa quello del potenziamento dei processi di mobilità del personale. Anche qui, però, si è assistito ad una mutazione morfologica e funzionale dell'istituto: da strumento di flessibilità organizzativa per la efficiente e razionale allocazione del personale, secondo lo schema seguito per tutto il decennio '90, con risultati a dire il vero piuttosto sconfortanti⁽⁵⁰⁰⁾, la mobilità costituisce ora, in primis, vincolo procedurale preventivo all'attivazione dei concorsi di assunzione.

In questa direzione, che riecheggia la normativa vincolistica, centralizzata e vagamente "sanzionatoria" della mobilità degli anni '80 (cfr. la l. n. 554/1998 ed il d.p.c.m. n. 328/1988 (c.d. decreto Pomicino), si sono mossi sia l'art. 7 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, che ha introdotto l'art. 34 bis del d.lgs. n. 165/2001 in materia di precedenza obbligatorie costituite, nei processi di assunzione, per il personale collocato in disponibilità; sia l'art. 5, comma 1 quater del d.l. 31 gennaio

⁽⁴⁹⁷⁾ Cfr. MAINARDI, *Legge finanziaria per il 2000: le nuove norme su riduzione di personale e passaggio diretto*, in LPA, 2000, 151 e ss.

⁽⁴⁹⁸⁾ Si legga sul punto il Capitolo VII («Il Personale») della *Relazione della Corte dei conti al Parlamento sul rendiconto generale dello Stato per l'esercizio finanziario 2004*, pubblicato in LPA, 2005, 990 e ss., ove vengono segnalati i risultati del tutto insoddisfacenti del modello in discorso, che ha addirittura prodotto un aumento del personale pubblico dal 1998 al 2003 e solo una lieve flessione dello 0,2 per cento rispetto all'anno precedente nel 2004 (p. 1014). Criticamente, sulla questione dell'incremento dei dipendenti pubblici, CASSESE, *Intervista*, in *La Stampa* dell'11 maggio 2005.

⁽⁴⁹⁹⁾ Cfr. per una più approfondita analisi di questi temi, NIGLIO, *Le politiche di reclutamento nella p.a. negli anni '90 tra programmazione e blocco delle assunzioni*, in www.lexitalia.it; MASTINU, *Le acquisizioni di personale delle pubbliche amministrazioni nella legge finanziaria per il 2004*, in LPA, 2004, 25; MAINARDI, *Legge finanziaria e pubblica amministrazione (commento alla l. 24 dicembre 2003 n. 350): il personale*, in GDA, 2004, 249 e ss.

⁽⁵⁰⁰⁾ Sia ancora consentito il rinvio a MAINARDI, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*, in *Diritto del lavoro. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, Utet, 2004, 709-710; NATULLO, *Gestione delle eccedenze di personale, collocamento in disponibilità e mobilità collettiva*, *ivi*, 755 e ss.; MANNA, *La mobilità nel pubblico impiego: ammortizzatore sociale e strumento di razionalizzazione delle risorse umane*, in D&L, 2001, 311 e ss.; CHIECO, *La disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 1999, 327.

2005, conv. in l. n. 43/2005, che ha introdotto i commi 2 bis, ter e quater all'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001 in materia di necessaria attivazione, per tutte le amministrazioni, delle procedure di mobilità per passaggio diretto prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico⁽⁵⁰¹⁾.

Infine, e dall'altro lato, Finanziarie e provvedimenti omnibus hanno avviato un'azione progressiva sul controllo (anche) delle flessibilità contrattuali.

Questa iniziativa, sempre per finalità di contenimento dei costi, si è articolata, dapprima, nella fissazione di limiti quantitativi di spesa, validi per tutte le amministrazioni, con riguardo all'utilizzo di contratti a tempo determinato, di formazione e lavoro, di collaborazione coordinata e continuativa o di altre forme di rapporto di lavoro flessibile o con convenzioni [cfr. art. 3, c. 65 l. n. 350/2003; art. 1, c. 116 l. n. 311/2004; art. 1, c. 187 l. n. 266/2005⁽⁵⁰²⁾]; nonché nella proroga, continuamente riproposta e quindi ormai sine die, dei contratti di formazione e lavoro soggetti a conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato (art. 3, c. 63 l. n. 350/2003; art. 1, c. 121 l. n. 311/2004; art. 1, c. 243 l. n. 266/2005).

Dopodichè – e qui un modifica essenziale nell'approccio del legislatore – si è avuta l'introduzione di limiti questa volta sostanziali e procedurali all'utilizzo delle flessibilità contrattuali, anzitutto con riguardo al regime degli incarichi professionali e, seppure in misura minore, delle collaborazioni coordinate e continuative. Il lavoro autonomo è stato sottoposto ad una regolamentazione forte e vincolistica (cfr. art. 1, cc. 11 e 42 l. n. 311/2004) a seguito delle allarmate sollecitazioni della Corte dei conti circa l'abuso di tali tipologie contrattuali nelle p.a., spesso utilizzate per fare fronte ad ordinarie esigenze funzionali ed organizzative o, meglio, a vacanze di organico non qualificate⁽⁵⁰³⁾: a ben vedere, almeno per gli incarichi e le consulenze, il regime utilizzato appare più stringente rispetto a quello del lavoro a progetto ex art. 61 e ss. d.lgs. n. 276/2003, con oneri motivazionali da parte dell'ente, limiti di spesa, valutazioni di carattere finanziario, controlli esterni contabili e di legittimità, responsabilità disciplinari ed erariali previste in capo alla dirigenza in caso di violazioni⁽⁵⁰⁴⁾.

⁽⁵⁰¹⁾ Verrebbe da chiedersi, visto il noto orientamento delle Corti superiori, se l'obbligo di legge debba appunto valere anche per le progressioni verticali in carriera, sostanzialmente assimilate, a quanto pare, e non solo sotto il profilo del Giudice competente per le relative controversie, a concorsi di assunzione per la copertura di posti vacanti in organico. Per i termini del dibattito giurisprudenziale v. da ultimo SORDI, *Il giudice ordinario e le procedure selettive e concorsuali nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2005, 289.

⁽⁵⁰²⁾ Tale ultima norma prevede il limite di spesa solo per le amministrazioni dello Stato "allargato", e sancisce espressamente il principio per cui il mancato rispetto del limite «costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale». Per gli altri enti (comma 198), si prevede che essi concorrano alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica adottando misure necessarie a garantire che le spese di personale, non superino per ciascuno degli anni 2006, 2007 e 2008 il corrispondente ammontare dell'anno 2004 diminuito dell'1 per cento. A tal fine si considerano anche «le spese per il personale a tempo determinato, con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, o che presta servizio con altre forme di rapporto di lavoro flessibile o con convenzioni».

⁽⁵⁰³⁾ Per una ricostruzione dei passaggi giurisprudenziali e normativi della vicenda, cfr. AURILIO, *Il ricorso delle pp.aa. al lavoro autonomo nella giurisprudenza della Corte dei Conti*, in *LPA*, 2005, 882 e FILI, *Collaborazioni coordinate e continuative e pubbliche amministrazioni tra legalità (dover essere) e necessità (essere)*, in corso di pubblicazione in *LPA*, fasc. 1/2006.

⁽⁵⁰⁴⁾ L'art. 13 del d.l. n. 4/2006, poi non convertito, nel modificare l'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, estendeva, rafforzandole, le prescrizioni in materia di incarichi a tutti i rapporti di lavoro autonomo, occasionale o coordinati e continuativi, richiedendo coincidenza fra oggetto dell'incarico e attività istituzionale dell'ente; dimostrazione della oggettiva impossibilità di utilizzo di risorse umane interne disponibili; temporaneità della prestazione e sua alta qualificazione, predeterminazione di oggetto, durata, e compenso della collaborazione; previsioni, attraverso regolamenti interni, di procedure comparative per il conferimento degli incarichi. Ad oggi si deve

È di questa ultima stagione la norma dell'art. 4 del d.l. n. 4/2006, conv. in l. n. 80/2006, la quale, come tra poco si dirà, non si occupa più di contingentare quantitativamente l'uso dei contratti atipici, ma tocca al cuore dei meccanismi sostanziali e procedurali lo stesso accesso a tali forme di flessibilità, in deroga alla normativa utilizzata nel settore privato (cioè quella sino ad ora valida per il p.i.).

3. L'anomala flessibilità: tra fonti privatistiche, ragioni dell'organizzazione e di contenimento della spesa.

Lo scenario appena descritto circa la "manutenzione" legislativa della riforma del pubblico impiego successiva al decennio 1992/2002, se si fa salvo l'organico intervento in materia di dirigenza pubblica di cui alla l. n. 145/2002⁽⁵⁰⁵⁾, conduce in modo evidente ad una complessiva anche se disarmonica limitazione della flessibilità del lavoro nelle p.a.: sia con riguardo ai meccanismi di accesso e dunque alle flessibilità contrattuali; sia con riguardo alle flessibilità gestionali nell'ambito del rapporto di lavoro; sia, infine – ma ciò non rappresenta una novità per il settore pubblico – con riguardo alle flessibilità in uscita.

L'incongruenza è evidente appena si rifletta sul fatto che gli interventi del legislatore impattano in maniera forte con uno degli strumenti della "privatizzazione"⁽⁵⁰⁶⁾ – gli istituti della «flessibilità» –, per i quali la riforma del p.i. non ha scelto di predisporre una disciplina privatistica speciale, ma ha rinviato integralmente alle regole presenti e future proprie del lavoro nell'impresa e alla loro implementazione da parte della contrattazione collettiva. Anzi, proprio l'iniezione sempre più consistente di flessibilità nella gestione del personale, con il rafforzamento della determinazione negoziale della dirigenza e dei poteri di conformazione della prestazione, costituisce in termini di recupero di efficienza e di contenimento del costo del lavoro pubblico, uno degli obiettivi della privatizzazione⁽⁵⁰⁷⁾ [cfr. la lettera c) dell'art. 1, c. 1 d.lgs. n. 165/2001 («realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane...curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti...applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato») in relazione agli obiettivi indicati dalle precedenti lettere a) e b) («accrescere l'efficienza»; «razionalizzare il costo del lavoro»)].

In questa direzione, la disciplina dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, nel rendere accessibili alle p.a. datrici di lavoro le forme contrattuali flessibili praticate nel privato⁽⁵⁰⁸⁾, rappresenta una manifestazione della necessità di far avanzare il processo di confluenza tra discipline, salvaguardando, nel contempo, le specificità essenziali, spesso di derivazione costituzionale, che il lavoro pubblico

dunque ritenere che i limiti normativi di accesso al lavoro autonomo (in particolare gli artt. 7 del d.lgs. n. 165/2001 e 1, commi 11 e 42 della l. n. 311/2004) riguardino solo la materia degli incarichi e delle consulenze.

⁽⁵⁰⁵⁾ Sul quale v. da ultimo BOSCATI, *Il Dirigente dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2006 ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici

⁽⁵⁰⁶⁾ Cfr. D'ANTONA, *Part time e secondo lavoro dei pubblici dipendenti*, in *GDA*, 1997, 123.

⁽⁵⁰⁷⁾ D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *LPA*, 1998, 57 e ora in *ID.*, *Opere*, vol. IV, *Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2000, 255; DELL'OLIO, *Istituti di flessibilità: tempo parziale, tempo determinato, mansioni*, in De Martin (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico*, Milano, Angeli, 1999, 71; G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e rapporti di lavoro*, in *ID* (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, 3.

⁽⁵⁰⁸⁾ Per un quadro delle forme contrattuali introdotte cfr. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico, Le forme contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2003.

ha conservato anche dopo l'avvenuta sottoposizione del rapporto alle regole del diritto privato⁽⁵⁰⁹⁾.

È vero, dunque, che il legislatore, nel decidere un'esplicita estensione alle pubbliche amministrazioni delle chances gestionali offerte nel settore privato, ha fissato nel contempo vincoli rigorosi sotto il profilo sia del rispetto del principio della selezione pubblica (cfr. art. 35 d.lgs. n. 165/2001), sia « sotto quello della (almeno parziale) "immunizzazione" delle stesse amministrazioni dalle conseguenze derivanti dal cattivo uso della risorsa contrattuale flessibile»⁽⁵¹⁰⁾, sottraendo le p.a. all'applicazione della regola civilistica della conversione del contratto di lavoro flessibile, in rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato (cfr. l'art. 36, c. 2 d.lgs. n. 165/2001, ma pure l'art. 86, c. 9 d.lgs. n. 276/2003 ove si estende la disciplina della somministrazione a termine alle p.a., ma senza la sanzione della conversione di cui all'art. 27, c. 1)⁽⁵¹¹⁾.

È anche vero, però, che le amministrazioni hanno bisogno delle flessibilità del rapporto di lavoro, nel tradizionale prisma delle fasi di ingresso, gestionale e di uscita. Privare gli enti delle forme contrattuali flessibili, e più in generale della medesima disciplina applicabile ai rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, «preclude alle pubbliche amministrazioni di operare con gli stessi modelli organizzativi, benché le esigenze di «efficienza», di «funzionalità» e di «ampia flessibilità» siano parimenti largamente sentite dalle amministrazioni ed anzi costituiscano veri e propri obiettivi che il legislatore ha loro posto ed ai quali esse devono ispirare la loro organizzazione»⁽⁵¹²⁾. Si potrebbe dire, di più, che questi spazi di flessibilità a tutto campo servono soprattutto alle amministrazioni che, slegate dalla tradizionale organizzazione determinata da un più stretto collegamento con gli organi politici e la loro attività (es. Ministeri, Enti territoriali), devono adattare continuamente le proprie organizzazioni, e così quella del lavoro, al mercato (globale) dei servizi, necessariamente ispirato ai modelli flessibili dell'impresa e alla sua capacità di rapido adattamento alle esigenze dei vari stakeholders (es. Università, Sanità, Scuola, Enti di ricerca).

Ecco perché, almeno dal punto di vista progettuale, l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 sapeva coniugare bene questa esigenza: da un lato con i principi fondanti dell'accesso all'impiego; dall'altro, con una fondamentale parità di condizioni tra pubbliche amministrazioni e datori di lavoro privati rispetto agli strumenti della flessibilità, nel filtro determinato, sul piano delle fonti, dall'autonomia collettiva⁽⁵¹³⁾.

⁽⁵⁰⁹⁾ CARABELLI, *Lavoro flessibile e interessi pubblici differenziati nell'attività delle pubbliche amministrazioni*, Introduzione a *Flessibilità e piccoli comuni*, in www.flessibilitaelavoropubblico.it.

⁽⁵¹⁰⁾ ID., op. ult. cit.

⁽⁵¹¹⁾ Come noto la Corte Costituzionale ha sottoscritto la legittimità costituzionale di tale diversità di discipline, muovendo proprio dall'art. 97 Cost. come norma che, nel porre il principio del concorso a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della p.a., impedisce una piena e totale assimilazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni a quello svolto alle dipendenze di datori di lavoro privati, soprattutto in riferimento al momento genetico del rapporto: cfr. Corte cost., 27 marzo 2003, n. 89, in *LPA*, 2003, 355, con nota di Greco e in *FI*, 2003, I, 2258.

⁽⁵¹²⁾ ZOLI, *Commento all'art. 1*, cit., 8

⁽⁵¹³⁾ Resta invece solo sullo sfondo il piano della tutela del dipendente, il quale, come noto, potrà al massimo aspirare, in caso di violazione delle norme, al risarcimento del danno ex art. 36, c. 2 d.lgs. n. 165/2001, ferme le diverse responsabilità amministrative, penali e disciplinari a carico dei dirigenti: cfr. per una rassegna dottrinale e giurisprudenziale sul punto BATTISTI, *Le tipologie flessibili*, in Amoroso, Di Cerbo, Fiorillo e Maresca (a cura di), *Il Diritto del Lavoro*, III, *Il Lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2004, 336 e ss.

Tuttavia molto è cambiato rispetto all'adozione di questo modello, ed il cambiamento si deve, in definitiva, alla rivalutazione di una vecchia, confusa e forse culturalmente errata presupposizione: quella per cui la flessibilità nel pubblico impiego, pur pensata quale ordinaria forma di gestione al fine di raggiungere l'obiettivo dell'efficienza delle p.a. nella soddisfazione di esigenze anche impreviste e non programmabili, è comunque destinata a produrre forme di precariato che, diversamente dal privato, saranno prima o poi consacrate alla stabilizzazione, con conseguente destabilizzazione degli equilibri finanziari dei vari enti.

Gli istituti della flessibilità si pongono dunque, al di là della regola del divieto di conversione, in termini di perdurante anomalia rispetto al settore privato.

Carlo D'Orta, dal suo osservatorio privilegiato, ebbe a suo tempo ad individuare un primo fondamentale ostacolo rispetto all'attuazione pratica delle forme flessibili di assunzione e di impiego del personale⁽⁵¹⁴⁾. Oltre all'impreparazione delle amministrazioni, spesso lente ad adottare nuovi moduli organizzativi; oltre al timore di parte sindacale che l'introduzione delle flessibilità avvenga a senso unico per creare risparmi di spesa, con mera sostituzione di quote di lavoro stabile con quote di lavoro precario; oltre a ciò, la principale ragione di difficoltà nell'affermazione del nuovo risiede in una mancata riflessione sul legame che deve intercorrere tra flessibilità delle funzioni e dell'organizzazione da un lato e flessibilità del lavoro dall'altro. La flessibilità delle funzioni è un prius logico cui adattare la flessibilità dell'organizzazione del lavoro, sicché la flessibilità del lavoro ha ragione di esistere solo rispetto a funzioni che, dal punto di vista normativo e tecnico, mutano o sono soggette a continua evoluzione⁽⁵¹⁵⁾.

A questa stimolante riflessione, non estranea, a ben vedere, anche al lavoro nel settore privato circa le "ragioni" e le "strategie" di accesso alle flessibilità⁽⁵¹⁶⁾, il legislatore e la contrattazione collettiva hanno dato una risposta estremamente parziale, riproducendo, in sostanza, i termini dell'anomalia. Come visto, gli interventi normativi hanno tutti perseguito l'obiettivo non di promuovere le flessibilità contrattuali e gestionali in chiave organizzativa, ma di limitare comunque l'uso di questi strumenti, salve le ipotesi in cui essi consentono un diretto ed immediato contenimento della spesa.

Paradigmatico è il caso del part time. I contratti di lavoro a tempo parziale sono ancora oggi una delle forme contrattuali alternative al contratto di lavoro standard di più antica e consolidata diffusione nelle pubbliche amministrazioni. Tuttavia la normativa del settore privato è stata qui introdotta con correttivi (specie per effetto della l. n. 662/1996) che hanno determinato una certa

⁽⁵¹⁴⁾ D'ORTA, *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2000, 515 e ss.

⁽⁵¹⁵⁾ D'ORTA, *op. cit.*, 527. In questa logica virtuosa, secondo l'A., l'introduzione della flessibilità del lavoro può creare «occupazione aggiuntiva», in quanto lo strumento «non esclude, ove il flusso della funzione servita si stabilizzi, anche la stabilizzazione di rapporti di lavoro costituiti originariamente come precari ma, al contempo, evita che si verifichino irrazionali rigonfiamenti nell'organico permanente di un ente».

⁽⁵¹⁶⁾ Cfr. ad es., nella vasta letteratura di taglio economico sul tema, SPYROS ARVANITIS, *Modes of labor flexibility at firm level: Are there any implications for performance and innovation? Evidence for the Swiss economy*, in *Industrial and Corporate Change*, Vol. 14, 6, 993-1016; ANTONELLI, *Flessibilità e nuova economia reale*, in *C.i.do.s.pe.l.* (a cura di), *Flessibilità e lavoro*, Milano, Angeli, 2003; BADESCU, NOSVELLI, PAINI, PINI, *Contrattazione aziendale, premi variabili e flessibilità negoziale*, in Pini (a cura di), *Innovazione, relazioni industriali e risultati d'impresa. Un'analisi per il sistema industriale di Reggio Emilia*, Milano, Angeli, 2004. Per una recente riflessione in ambito giuslavoristico, ZAPPALÀ, *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, in RGL, 2006, 171 e ss.

rigidità di utilizzo dell'istituto⁽⁵¹⁷⁾, con riguardo soprattutto all'introduzione di un obbligo per la p.a. di accettare le richieste di trasformazione del rapporto provenienti dai dipendenti, qui incentivati dalla possibile deroga, con l'orario ridotto, al regime delle incompatibilità. Il part-time risulta quindi introdotto con un anomalo processo bottom-up: viene cioè subito dall'amministrazione che deve trovare soluzioni organizzative per fare fronte alle richieste di trasformazione da parte dei lavoratori. Sotto questo profilo si è osservato come i contratti collettivi della tornata 1998/2001 risultino «sin troppo rispettosi» dell'assetto legislativo⁽⁵¹⁸⁾, anche se emerge dai testi negoziali il disagio dell'automaticità della disciplina, con vistosa compressione dell'interesse organizzativo e gestionale delle p.a.

Non solo. Ma rispetto al cuore della disciplina del d.lgs. n. 276/2003, caratterizzata dalle regole "flessibilizzanti" in materia di clausole elastiche e flessibili, lavoro supplementare e lavoro straordinario, il pubblico impiego aveva già inviato segnali di natura contrapposta, espressi in sede di contrattazione collettiva. I contratti di comparto hanno infatti assunto sotto questo profilo una linea restrittiva rispetto al quadro legale, mancando sostanzialmente di dare attuazione proprio alle regole già presenti nel d.lgs. n. 61/2000 che consentono una maggiore flessibilità della tipologia da parte del datore di lavoro (clausole elastiche) ed attuando solo in parte, ed in via più favorevole per il lavoratore, il dettato legislativo sul lavoro straordinario e supplementare.

D'altra parte, e infine, nonostante questa normativa di particolare favore per i lavoratori a scapito delle esigenze dell'organizzazione, il part time non ha avuto quella diffusione che veniva auspicata ai fini della riduzione del costo del lavoro⁽⁵¹⁹⁾, anche sotto il profilo del controllo del fenomeno del doppio lavoro occulto⁽⁵²⁰⁾; così come non hanno, al momento, trovato spazio altre forme di flessibilità giocate sul tempo di lavoro (es. orario multiperiodale).

4. L'art. 4 della l. n. 80/2006 e i nuovi limiti alla stipulazione dei contratti flessibili: a) i limiti nelle procedure concorsuali.

In questa dimensione altra, o diversa, della flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni si inserisce coerentemente la norma dell'art. 4 della l. n. 80/2006. Ispirata al mero principio del controllo della spesa, essa viene a predisporre una serie di vincoli formali e sostanziali alla stipulazione dei contratti atipici, ponendoli, di fatto, in parallelo alle limitazioni generali già operate in materia di assunzioni: come a dire che l'amministrazione deve possibilmente non assumere, o assumere sotto stretta vigilanza, qualunque sia la forma giuridica del reclutamento.

Le ragioni del contenimento della spesa caratterizzano perciò in modo esclusivo la norma da cui prendono spunto queste considerazioni e la cartina di tornasole sta nel testo non convertito del

⁽⁵¹⁷⁾ SANTUCCI, *Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2003, 104; MISCIONE, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in Brollo (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, Ipsoa, 2001, 232.

⁽⁵¹⁸⁾ SANTUCCI, *op. cit.*, 104.

⁽⁵¹⁹⁾ I dati più recenti ricavabili dal Conto Annuale della Ragioneria Generale dello Stato relativo all'anno 2004 indicano, per quanto riguarda il personale delle p.a. in *part time* e l'incidenza sul totale dei lavoratori impiegati, un debole trend di crescita su percentuali davvero basse di utilizzo: 125.583 nel 2002 (3,7%); 136.201 nel 2003 (4,1%); 143.881 nel 2004 (4,3%). Lo stesso può dirsi per il personale a tempo determinato e con contratto di formazione e lavoro: 91.391 nel 2002 (2,7%); 102.863 nel 2003 (3,1%); 115.860 nel 2004 (3,4%), mentre una migliore crescita, ma su percentuali comunque assai basse di utilizzo si ha per il lavoro interinale: 5.482 nel 2002; 6.128 nel 2003; 7.310 nel 2004.

⁽⁵²⁰⁾ Cfr. ALAIMO e NICOSIA, *Il lavoro part time*, in *Dossier di Labour Web*, n. 4, 2000, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm.

d.l. n. 4/2006, tutto dedito, con ben più ampia capacità di controllo finanziario, nel monitorare e nel porre limiti a comandi, distacchi, fuori ruolo, situazioni di soprannumerarietà, co.co.co., eccedenze di personale ai fini della mobilità, collocamento obbligatorio ai sensi della l. n. 68/1999, ecc. L'art. 4 si pone addirittura in controtendenza rispetto alle recenti Leggi Finanziarie, laddove, come visto, alle limitazioni quantitative e procedurali poste per le assunzioni a tempo indeterminato corrispondeva una esenzione dai limiti appunto per la stipulazione dei contratti a termine.

L'azione ora predisposta tocca principalmente la flessibilità in entrata, attraverso un ennesimo doppio ritocco alle norme del d.lgs. n. 165/2001.

Il primo riguarda la norma generale sul reclutamento dell'art. 35, al quale viene aggiunto un comma 4-bis, il quale prevede, per le amministrazioni dello Stato "allargato", l'estensione delle prescrizioni già previste per l'avvio delle procedure concorsuali di assunzione a tempo indeterminato anche per le procedure di reclutamento di personale con contratto a termine, inclusi i contratti di formazione e lavoro, quando esse riguardino contingenti di personale superiori alle cinque unità. In particolare viene estesa la previsione, introdotta dall'art. 1, c. 104, della l. n. 311/2004 nel corpo del 4° comma dell'art. 35, per cui l'avvio della procedura concorsuale è subordinata all'emanazione di un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro per la Funzione pubblica di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

È noto che il ricorso alle tipologie flessibili di lavoro ai sensi dell'art. 36 non pone una deroga al principio del concorso pubblico per l'accesso⁽⁵²¹⁾; ma, a fronte della rigidità del principio, il recupero di flessibilità per le amministrazioni avviene sul piano dell'accelerazione e snellimento delle procedure selettive di cui all'art. 35, commi 1 e 3 del d.lgs. n. 165/2001⁽⁵²²⁾. Modalità selettive semplificate dunque, appunto per contratti a termine e di formazione e lavoro, che, insieme alla possibilità di attingere nel tempo da graduatorie già definite di personale per impiego a tempo determinato, consentono di fatto alle amministrazioni di fare fronte alla copertura di posizioni di lavoro contraddistinte dalla temporaneità dell'esigenza e comunque al momento precluse ad altre forme di accesso in pianta stabile.

L'obbligo per le amministrazioni dello Stato di sottoporre ad autorizzazione l'avvio delle procedure per assunzioni a termine comprime anche tale residua flessibilità ricavata all'interno del meccanismo concorsuale. È chiaro, infatti, che l'innesto di un momento autorizzatorio non può conciliarsi con la necessaria tempestività di esecuzione di procedure che devono rispondere ad esigenze caratterizzate se non proprio dall'urgenza, quanto meno dalla temporaneità di utilizzo del lavoratore. Ci si deve chiedere cioè come potrà un Ministero o un Ente di ricerca fronteggiare in modo efficace l'esigenza "sostitutiva" di lavoratori in malattia o in maternità, dovendo seguire un iter procedurale che, nel migliore dei casi, porterà l'amministrazione a selezionare la risorsa al momento del rientro del lavoratore sostituito.

⁽⁵²¹⁾ Cfr. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, Jovene, 2002, 123; PALLADINI, *Formazione e lavoro*, in *Il Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, Utet, 2004, 579-580.

⁽⁵²²⁾ In sede di contrattazione collettiva viene legittimato l'utilizzo di «procedure semplificate» ad esempio per la selezione di candidati destinatari dei contratti di formazione e lavoro (cr. Art. 21, c. 3 Ccnl Ministeri; art. 33, c. 3 Ccnl Sanità; art. 3, c. 3 Ccnl Regioni ed autonomie locali).

Inoltre, sempre alla lettera della norma del comma 4-bis, la verifica che porta all'autorizzazione da parte della Presidenza del Consiglio tiene conto non solo degli aspetti finanziari, ma anche «dei criteri previsti dall'art. 36», cioè, come subito si vedrà, di una precisa (pre)valutazione, posta in capo all'amministrazione che richiede la procedura, circa la natura dell'esigenza e l'impossibilità di ricorrere ad altre e diverse soluzioni di tipo organizzativo o contrattuale. Con buona pace dei managerial rights che avrebbero dovuto caratterizzare il nuovo modo di gestire le risorse umane nella p.a., si innesta un controllo di merito esterno, burocratico, centralistico e necessariamente meccanico circa le scelte gestionali ed organizzative, secondo un approccio che si colloca ormai a distanza siderale dalle logiche e dai modelli efficientistici propri dell'impresa privata.

5. Segue. b) I limiti motivazionali.

Il secondo ritocco al decreto legislativo n. 165/2001 da parte dell'art. 4 della l. n. 80/2006, riguarda direttamente la norma sulle «Forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale» di cui al più volte citato articolo 36.

Si introduce infatti un comma 1-bis, a norma del quale «Le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi».

Salta subito all'occhio l'ampiezza della nuova disposizione e la portata davvero generale dei vincoli posti in capo alle amministrazioni.

Essa riguarda infatti, con il rinvio ai contratti del 1° comma dell'art. 36, tutte le forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale «previste dal codice civile e dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa», e dunque non solo le flessibilità in entrata, ma anche quelle di «impiego» dei lavoratori nell'ambito del rapporto di lavoro. Questo rilievo testuale, da un lato manda segnali preoccupanti circa la composizione tecnica della norma, perché, ad esempio, il rinvio al comma 1 riguarda anche i contratti di lavoro temporaneo di cui alla l. n. 196/1997, il cui utilizzo dovrebbe, secondo la norma, essere preceduto da una valutazione circa l'opportunità del ricorso alla somministrazione di lavoro tramite agenzia (sic!). Dall'altro lato, il rinvio così ampio induce una lettura restrittiva dell'elencazione dei tipi contrattuali di cui al primo comma dell'art. 36, laddove invece, fino a questo momento, proprio per allargare il panorama delle flessibilità, si era data a quell'elenco di norme, ora legislativamente superate, una interpretazione non tassativa⁽⁵²³⁾. La questione interessa in particolare il lavoro part time, appunto non ricompreso, quanto a rinvio legislativo, nell'elenco dell'art. 36, c. 1; sicché gli oneri di cui al nuovo comma 1-bis possono riguardare, in definitiva – esclusi con correttivo logico i contratti di somministrazione e con correttivo di ratio legislativa (il contenimento della spesa) i contratti a tempo parziale –, contratti a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro e altri rapporti formativi.

Quanto, poi, all'ambito di applicazione "soggettivo", l'ampiezza del precetto viene confermata da un successivo comma 1-bis.1. (con stravagante sottoparagrafazione del comma che precede), a

⁽⁵²³⁾ Cfr. PROIA, *Forme di impiego flessibile nel lavoro pubblico*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano, Ipsoa, 1998, 1722.

norma del quale «le disposizioni di cui al comma 1-bis costituiscono norme di principio per l'utilizzo delle forme contrattuali flessibili negli enti locali». Ciò significa, una estensione diretta dell'obbligo a tutte le amministrazioni anche non statali (es. amministrazioni del SSN), mentre per gli enti locali (Province, Comuni, Camere di commercio, ecc.) la norma, o è direttamente applicabile, oppure diviene vincolo "di principio" per una diversa regolamentazione statutaria o regolamentare della materia da parte degli enti: i "principi" affermati, che rendono imperativo il disposto di legge, sono quelli della restrizione della casistica di possibile ricorso alle flessibilità sotto il profilo causale e, in via subordinata, della ricerca di alternative praticabili nell'universo delle c.d. "esternalizzazioni".

L'obiettivo di disincentivare il ricorso alle flessibilità in entrata, già perseguito, come visto, per le Amministrazioni dello Stato, con il meccanismo autorizzatorio delle procedure di concorso, viene qui in primo luogo realizzato, per tutte le amministrazioni, attraverso una precisa delimitazione delle causali giustificative.

Si diceva, in apertura, della sempre più ricorrente deviazione del diritto del lavoro per le p.a. da quello affermato nel settore dell'impresa. Il diritto privato "parallelo" si manifesta ora attraverso una riproposizione forte, ed indefinita, del requisito di specialità sui contratti a termine, laddove, invece, il trend delle flessibilità contrattuali del settore privato (tempo determinato, ma anche somministrazione) è quello della liberalizzazione della causale giustificativa, non predeterminata dal legislatore o dalla contrattazione collettiva, con l'unica determinante appartenenza alle esigenze oggettive di ordine aziendale (art. 1, c. 1 d.lgs. n. 368/2001), insindacabili nel merito da parte del giudice e corrispondenti anche ad esigenze ordinarie dell'impresa (cfr. art. 20, c. 4 e 27, c. 3 d.lgs. n. 276/2003)⁽⁵²⁴⁾.

Nel richiedere che le esigenze utili a giustificare il ricorso ai contratti a tempo determinato debbano essere «solo» quelle «temporanee ed eccezionali», l'art. 4 della l. n. 80/2006, non solo pone una deroga al d.lgs. n. 368/2001, come noto interamente applicabile alle pubbliche amministrazioni, seppure con adattamenti interpretativi⁽⁵²⁵⁾ e fatta salva la sanzione della conversione del contratto; ma individua una disciplina più restrittiva, quanto al profilo causale, rispetto alla stessa vecchia legge n. 230/1962 e alle discipline recate dalla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 23 della l. n. 56/1987.

Inoltre, ed appunto, mentre le leggi del 1962 e del 1987 individuavano, attraverso le casistiche legali ed il rinvio a quelle contrattuali, precisi parametri per stabilire la temporaneità e/o l'eccezionalità dell'esigenza, la norma dell'art. 4 della legge 80 consegna invece all'interprete l'indagine circa "cosa" è da ritenersi "temporaneo" ed "eccezionale", visto che la congiunzione suggerisce la necessità cumulativa e non alternativa dei requisiti.

È evidente che l'eccezionalità e la temporaneità, in mancanza di ulteriori indicazioni, debbano essere valutate caso per caso, potendo ricondurre a queste caratteristiche situazioni che traggono la loro origine da vicende legate al lavoratore (ed es. assenze per maternità, per aspettative

⁽⁵²⁴⁾ Cfr. CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, Cedam, 2006, 71 e ss.

⁽⁵²⁵⁾ FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico*, cit., 29 e ss.; POTI, *Contratti a termine e lavoro pubblico: riflessioni a margine del d.lgs. n. 368/2001*, in *LPA*, 2001, 785 e ss.; DE ANGELIS, *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti peculiari*, in *D&L*, 2002, 45 e ss.; VOLTATTORNI, *La riforma del contratto a termine nel pubblico impiego*, in *LPA*, 2002, 365 e ss.; VINCENTI, *Le assunzioni a tempo determinato*, in Amoroso, Di Cerbo, Fiorillo e Maresca (a cura di), *Il Diritto del Lavoro*, III, *Il Lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2004, 360

giuridicamente qualificate quali mandato parlamentare, dottorato di ricerca ecc., lunghi periodi di malattia), o ad esigenze di tipo organizzativo (sperimentazione di nuovi servizi/attività richiesti dalla legge, inaspettato innalzamento dei carichi di lavoro) a questo punto mai legate ad esigenze in qualche modo “fisiologiche”, dal punto di vista qualitativo e quantitativo dell’organizzazione. Viene cioè a mente il consolidato orientamento dei giudici circa il requisito della «straordinarietà» od «occasionalità» dell’art. 1, lett. c) della legge n. 230/1962, il quale caratterizzava quelle opere o servizi che «pur potendo consistere in un’attività qualitativamente identica a quella normale esercitata dall’impresa, ne determinano un assai rilevante incremento non affrontabile da una sia pur funzionale ed efficiente organizzazione produttiva, il che può riconoscersi solo in dipendenza di eventi che a loro volta siano straordinari od occasionali e che cioè siano di carattere isolato e quindi eccezionale e di per sé non ripetibile negli stessi tempi e nelle stesse modalità»⁽⁵²⁶⁾.

Non solo, ma rispetto al contratto di formazione e lavoro, non si comprende come, se non stravolgendo completamente la ratio dell’istituto⁽⁵²⁷⁾, i requisiti della temporaneità ed eccezionalità dell’esigenza possano conciliarsi con le tipologie di cfl previste dalla legge e recepite dai Ccnl del pubblico impiego nelle c.d. code contrattuali 1998/2001, vale a dire quella finalizzata all’acquisizione di professionalità elevate e quella diretta ad agevolare l’inserimento professionale mediante una esperienza lavorativa che consenta un adeguamento delle capacità lavorative al contesto organizzativo.

È stato dunque riesumato, ed esasperato, un impianto di vincolatività delle ipotesi legali, ridotte di numero, che retrocede il contratto a termine e di formazione e lavoro ad una ipotesi di assoluta eccezione rispetto alla regola del contratto a tempo indeterminato, ponendosi la norma in netta antitesi rispetto alla lettera e alla ratio dell’art. 36, c. 1 del d.lgs. n. 165/2001 e dei suoi rinvii legislativi.

Al di là di una improbabile tenuta di questa silenziosa “controriforma” sul piano della compatibilità con il diritto comunitario, e, come si dirà, sullo stesso piano costituzionale, essa condiziona per l’immediato, come ovvio, anche e soprattutto l’autonomia collettiva. Uno dei caratteri fondamentali delle flessibilità nel settore pubblico era infatti costituito dal ruolo della contrattazione collettiva, chiamata a disciplinare, come fonte privilegiata, l’operazione di innesto della normativa legale privatistica. Pur nel rinvio forte dell’art. 36, c. 1, i contratti collettivi, che già hanno individuato causali di intervento del contratto a termine (e di formazione e lavoro) ⁽⁵²⁸⁾, non possono oggi prevedere ipotesi prive della combinazione dei due requisiti della temporaneità ed eccezionalità, con sopravvenuta illegittimità per contrasto a norma imperativa di legge delle causali ad essi non riconducibili⁽⁵²⁹⁾.

Da un lato, questo vulnus alle prerogative della contrattazione potrebbe avallare certe latenti

⁽⁵²⁶⁾ Cass., s.u., 29 settembre 1983, nn. 5740 e 5741, in *FI*, 1983, I, 2377, con nota di MAZZOTTA e in *GC*, 1983, I, 2870, con nota di PERA, *Gravi limiti al contratto di lavoro a termine*.

⁽⁵²⁷⁾ Si ricorda che, in forza dell’art. 86, c. 9 del d.lgs. n. 276/2003, la disciplina dei contratti di formazione e lavoro continua a trovare applicazione per il solo pubblico impiego.

⁽⁵²⁸⁾ La dottrina, seppur non unanimemente, considera ultrattive le clausole dei Ccnl stipulati prima del d.lgs. n. 368/2001, fra l’altro come detto integralmente confermati, *in parte qua*, dai contratti collettivi successivi. Per i termini del dibattito sull’ultrattività della casistica contrattuale dopo il d.lgs. n. 368/2001, v. FIORILLO, *op. cit.*, 30 e ss. ed *ivi* i rinvii ad altri Autori.

⁽⁵²⁹⁾ Ci si potrebbe interrogare ad esempio circa la sopravvivenza della causale di ricorso al tempo determinato «per lo svolgimento di attività stagionali», prevista da tutti i contratti collettivi di comparto (cfr. ad es. art. 7 Ccnl Regioni ed Autonomie locali del 14.9.2000).

resistenze sindacali all'introduzione dei contratti flessibili; dall'altro lato, però, in una più ampia prospettiva di tutela degli spazi consegnati all'autonomia collettiva nelle pubbliche amministrazioni, la vicenda sollecita il ricorso, da parte dei contratti, al meccanismo di deroga di cui all'art. 2, c. 2 del d.lgs. n. 165/2001, essendovi tutte le condizioni tecniche previste dalla norma (normativa riferita solo ai dipendenti pubblici, che si occupa del lavoro, senza riserve di "inderogabilità" successiva da parte dei contratti collettivi), per una (ri)appropriazione della materia da parte della fonte contrattuale.

6. Segue. Le flessibilità contrattuali come *extrema ratio*. Una promozione per l'*outsourcing* nelle p.a. e qualche problema di costituzionalità.

Ai vincoli causali la norma associa, infine, vincoli di procedura del tutto inediti, che si cumulano a quelli già previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva⁽⁵³⁰⁾, collocandosi, però, a monte dell'espletamento delle procedure concorsuali di assunzione e comunque della stipulazione del contratto di lavoro.

Il ricorso alle flessibilità deve infatti essere preceduto da «procedure» di assegnazione anche temporanea di personale e da una «valutazione» circa l'opportunità di attivare contratti di somministrazione, di esternalizzazione e appalto di servizi, sì da qualificare il ricorso alle flessibilità contrattuali diverse dalla somministrazione, per la consequenzialità del processo, come reale *extrema ratio* riguardo alle esigenze delle amministrazioni interessate.

Una riflessione, lasciando a dopo qualche profilo tecnico, può riguardare i motivi per i quali è stato introdotto questo onere procedurale.

Verrebbe da pensare, con qualche malizia, vista l'inaspettata promozione della somministrazione di lavoro nelle pubbliche amministrazioni rispetto ad istituti sino ad ora del tutto sottoutilizzati⁽⁵³¹⁾, ad una ben riuscita operazione da parte delle lobbies del lavoro temporaneo tramite agenzia. Tuttavia l'interprete deve limitarsi al dato esegetico e sistematico, dal quale emerge una immediata incoerenza interna della norma dal punto di vista, appunto, teleologico.

Se l'«esternalizzazione», che qui dobbiamo intendere come «trasferimento di attività ad altri soggetti pubblici e privati» ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001⁽⁵³²⁾, determina senz'altro un contenimento dei costi, ed anzi una possibile entrata finanziaria o una economia, determinati dalla cessione a terzi della funzione o del servizio, con relativo passaggio del personale addetto ai sensi dell'art. 2112 c.c.; se è vero questo, non altrettanto può dirsi per la somministrazione di manodopera tramite agenzia o per l'appalto di servizi, i quali, come noto, determinano costi maggiori per la p.a. rispetto all'utilizzo delle flessibilità contrattuali: la prima per il necessario ricavo dell'agenzia somministratrice da imputare al costo complessivo dell'utilizzo, ed entrambi per gli

⁽⁵³⁰⁾ Ad esempio con la previsione di procedure di concertazione sindacale per l'individuazione dei fabbisogni di personale da assumere con contratto a tempo determinato (cfr. art. 7, c. 2 Ccnl Regioni ed autonomie locali 14.9.2000).

⁽⁵³¹⁾ V. i dati riportati alla precedente nota 40.

⁽⁵³²⁾ Sul quale ci si permette di rinviare a MAINARDI e CASALE, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggi di personale*, in QDLRI, *Il trasferimento di azienda*, Torino, Utet, 2004 ed *ivi* ad ulteriori riferimenti bibliografici.

oneri del procedimento ad evidenza pubblica (gara) in ogni caso necessario alla p.a. nel dare corso a tali forme di outsourcing.

L'unica spiegazione potrebbe risiedere nel fatto che i costi della somministrazione e, ovviamente, dell'appalto di servizi, non vengono normalmente imputati ai costi per il personale⁽⁵³³⁾, ma a diversi capitoli di bilancio, quali, ad esempio, le forniture di beni o servizi. Ciò alleggerisce senz'altro i vari fondi di amministrazione destinati al personale e alle flessibilità contrattuali, ma, con evidenza, non determina affatto un risparmio diretto, in senso complessivo, per l'ente o amministrazione interessati.

Al di là di una incrinatura nella ratio di spesa che ha ispirato l'intero nuovo precetto e tra questo e le stesse norme della legge delega n. 421/1992 [(art. 2, c. 1: «...emanare decreti legislativi...diretti al contenimento, alla razionalizzazione e al controllo della spesa per il settore del pubblico impiego...») e del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, c. 1, lett. b): «razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale...»)], mi paiono emergere almeno due possibili profili di incostituzionalità della norma. Il primo, in relazione al principio di buon andamento ex art. 97, c. 1 Cost., consiste nell'irrazionale e non contingente imposizione ex lege alle amministrazioni di taluni modelli contrattuali in luogo di altri, in un ambito nel quale la p.a. opera «con i poteri e le capacità del privato datore di lavoro» e dunque con la relativa discrezionalità; il secondo, sempre in relazione al principio di buon andamento e ad altri principi di difesa dell'autonomia finanziaria e di spesa delle amministrazioni (art. 119, c. 1 Cost.), per l'imposizione di procedure e di valutazioni preventive all'accesso ad alcuni strumenti contrattuali che determinano, di per sé, un'incidenza sull'efficienza/efficacia e sulla spesa. Addirittura, per la esternalizzazione, si tratta di avviare valutazioni macro da parte delle p.a., che toccano processi strategici nell'organizzazione, quali sono quelli riguardanti la scelta di dismettere, cedere, o affidare ad altri soggetti la realizzazione di determinate attività o di parte di esse.

Si potrebbe sostenere, correttamente, che la somministrazione può determinare risparmi indiretti dal punto di vista organizzativo e gestionale; ma questo giustificherebbe senz'altro la promozione della somministrazione se non si fosse posta un'alternativa tra tipologie contrattuali – contratto a termine da una parte e somministrazione dall'altra – che possiedono, nella sostanza, la medesima struttura causale dal punto di vista delle ragioni che consentono il ricorso alla flessibilità. Non si capisce cioè, in definitiva, come potrà l'amministrazione dimostrare che non è opportuno ricorrere alla somministrazione a tempo determinato invece che al contratto a termine, quando la prima è sicuramente praticabile anche per esigenze «temporanee ed eccezionali» e con maggiore rapidità di intervento.

In ogni caso, sempre sul piano generale, la norma determinerà un necessario diverso approccio delle amministrazioni e delle oo.ss. rispetto alla somministrazione a termine e alle esternalizzazioni (che pongono poi il problema della gestione del personale in uscita ex art. 31 d.lgs. n. 165/2001). Poiché esiste un vincolo legislativo ad esplorare l'utilizzo di queste flessibilità in entrata ed in uscita, difficilmente potranno (ri)prodursi resistenze di tipo politico-sindacale, o anche solo amministrativo, circa la definitiva catalogazione di tali processi tra quelli di ordinaria, ma qui pregiudiziale, gestione organizzativa delle risorse umane di ciascun ente. Se si vuole dare una

⁽⁵³³⁾ DI LASCIO, *Il lavoro interinale nelle pubbliche amministrazioni dopo la sigla dell'accordo quadro: finalità ed ambiti di applicazione*, in *LPA*, 2000, 533; DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Lavoro pubblico e flessibilità*, Soveria Manelli, Rubettino, 2002, 109.

lettura in positivo dell'art. 4 l. n. 80/2006, francamente l'unica possibile, si può dire che esso imporrà comunque una riflessione di carattere generale, estesa alle parti sociali, riguardo alle modalità e ai termini di gestione di servizi e attività, nonché agli strumenti disponibili per fronteggiare le relative esigenze.

Sotto il profilo tecnico, il processo è a cascata. L'amministrazione interessata dovrà anzitutto soddisfare l'esigenza tramite procedure di assegnazione temporanea di altro personale, e cioè attraverso le diverse forme di comando o distacco regolate dalla legge (artt. 56-57 t.u. imp. civ. Stato 1957) o da alcuni contratti collettivi⁽⁵³⁴⁾; ma, in ogni caso, occorrerà dare contezza, in sede di valutazione, delle ragioni per le quali non si procede all'utilizzo del lavoro somministrato, ovvero alle esternalizzazioni di attività o agli appalti.

Per dare un senso e una effettività alla norma, non potrà trattarsi di una mera ricognizione delle opportunità offerte dall'outsourcing, o del semplice avvio delle procedure di gara, ma di una precisa delibazione giustificativa del ricorso ai contratti flessibili in sé, e con riguardo alle altre flessibilità imposte dalla norma, divenendo tale step procedurale requisito di validità dello stesso contratto di lavoro a tempo determinato. L'espletamento effettivo dei suddetti oneri procedurali e motivazionali autorizza le p.a. ad utilizzare i contratti flessibili, i quali, diversamente, risulterebbero illegittimamente stipulati, con le conseguenze previste, sul piano delle responsabilità dirigenziali, dall'art. 36, c. 2 d.lgs. n. 165/2001 e, sul piano del rapporto di lavoro, dallo stesso art. 36 o dall'art. 2126 c.c.

7. Conclusioni.

Per tornare al quesito iniziale, questo processo dettato dalle ragioni di finanza costituisce una deriva normativa tutta particolare del pubblico impiego, la quale può condurre ad una crisi di rigetto con riguardo non al regime giuridico applicabile, quanto, piuttosto, rispetto ai principi e agli obiettivi generali della c.d. privatizzazione. Tutta particolare perché essa, diversamente dai timori inizialmente espressi verso le sempre presenti istanze di ri-pubblicizzazione⁽⁵³⁵⁾, avviene invece attraverso norme di diritto privato, un diritto privato che si espande in modo ipertrofico rispetto a quello del lavoro nell'impresa, alimentato dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

L'esperienza non è nuova e ha lasciato il segno. Viene infatti da pensare a chi ha studiato il fenomeno della disciplina degli enti pubblici economici o della privatizzazione dei servizi esercitati da aziende ex pubbliche. Qui è dimostrato che la produzione e l'erogazione del servizio, specie dei servizi pubblici locali, può avvenire secondo le regole del diritto del lavoro privato (si pensi all'esperienza delle aziende municipalizzate). Ma, in queste località, il diritto del lavoro, il regime giuridico e giurisdizionale del contratto, soffre di profonde crisi di convivenza con logiche, spesso di origine e natura politica o politico-sindacale, che lo rendono troppo rigido, che lo obbligano ad

⁽⁵³⁴⁾ Cfr. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, in *Il Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, Utet, 2004, 740 e ss.; KRASNA, *Personale di enti e amministrazioni in servizio presso altre amministrazioni e oneri di spesa per il relativo trattamento economico*, in *LPA*, 1999, 1259 e ss.

⁽⁵³⁵⁾ V. ad es. in questa direzione le critiche avanzate in dottrina già all'indomani della legge n. 145/2002 di riforma della dirigenza pubblica in *Dirigenza statale e dirigenze nella pubblica amministrazione*, in *LPA*, 2002, 837 e ss.

una gestione non manageriale degli organici e degli accessi, con dinamiche retributive e di carriera ancora troppo legate all'anzianità e decisioni societarie di trasformazione dei modelli organizzativi ancora condizionate da forte opposizione sindacale⁽⁵³⁶⁾. Con obiettiva frustrazione, in definitiva, dei motivi di efficienza e di economicità che avevano giustificato, anche sul piano delle relazioni di lavoro, la scelta privatistica.

L'intervento normativo che ha ispirato queste pagine avrebbe svolto una funzione, non si sa con quali risultati, se fosse stato circoscritto nel tempo, sì da porlo come eccezione contingente, imposta da ragioni di finanza pubblica, alla regola del pieno ed utile impiego delle flessibilità nelle amministrazioni. Invece si è scelta una collocazione non transitoria nel cuore della norma che, anche dal punto di vista simbolico, ha segnato il momento progettuale più alto, con riguardo ai temi dell'organizzazione del lavoro, della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, perché in definitiva lanciava una sfida importante, in chiave di modernità ed efficienza del servizio pubblico, per chi ha i poteri di gestione, per gli attori sindacali e per i futuri interventi del legislatore.

Tante potrebbero essere le soluzioni di medio-lungo periodo per rendere feconda, in ogni direzione, l'osmosi di discipline e di modelli tra i due grandi settori del lavoro subordinato. L'impressione è, però, a quasi quindici anni dalla riforma, che l'impianto non riesca per il prevalere di logiche, prassi e resistenze tali da rendere ineffettivo anche il più illuminato dei progetti.

Non credo che l'*impasse* possa essere superato, se non con un'azione, eguale e contraria, anzitutto di razionalizzazione, da parte della legge o, in chiave di deroga, da parte della contrattazione collettiva. Ma sarebbe del tutto inutile, senza una complessiva riflessione ed un serio impegno, non solo normativo, circa le ragioni e l'utilizzo della flessibilità contrattuali nel settore del pubblico impiego.

⁽⁵³⁶⁾ L. ZOPPOLI, *Le trasformazioni dei servizi pubblici e il diritto del lavoro*, in *LD*, 1996, 87.