

PARTE I
DOTTRINA

Franca Borgogelli (*)

RAPPRESENTATIVITÀ SINDACALE E CONSENSO NELLA REGOLAZIONE DELLO SCIOPERO NEI SERVIZI ESSENZIALI

SOMMARIO: 1. Introduzione: «i piedi di argilla» del sistema regolativo. — 2. Il tavolo negoziale e il consenso. — 2.1. Il rilievo della composizione del tavolo negoziale per la validità degli accordi. — 2.2. Il referendum disciplinato dall'art. 14, legge n. 146/1990. — 3. Prospettive.

1. — *Introduzione: «i piedi di argilla» del sistema regolativo* — Massimo D'Antona in uno scritto del 1989 (1), riflettendo sul provvedimento per la regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali in discussione in Parlamento, in un paragrafo intitolato «attuazione della legge attraverso accordi sindacali e rappresentanza debole: i piedi di argilla della proposta di legge», osservava come «L'innesto della contrattazione collettiva nel processo di attuazione della legge risolve implicitamente il problema dell'efficacia degli accordi, ma rende ineludibile la domanda: quali sindacati, e in virtù di quale mandato da parte dei rappresentati, hanno titolo per negoziare con amministrazioni e imprese le modalità di attuazione di una legge limitativa del diritto di sciopero?». Aggiungeva ancora: «La proposta di legge non giustifica eccessive aspettative di normalizzazione della conflittualità nel settore pubblico, dato che si concentra sul “come” degli scioperi mentre la crisi dei codici sindacali di autodisciplina doveva pur insegnare che l'epicentro dei sussulti conflittuali che scuotono il settore pubblico sta nel “chi”, ossia nel pluralismo concorrenziale e segmentato che ha preso il posto dell'oligopolio esercitato dalle Confederazioni e da alcuni sindacati autonomi nel decennio trascorso; pluralismo per la cui spontanea organizzazione il sistema sindacale non mostra di avere risorse di autorità e di consenso adeguate».

(*) Professore straordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Siena.

(1) D'Antona, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale*, in q. *Riv.*, 1989, I, pp. 9 ss. (ora anche in *Opere*, a cura di Caruso e Sciarra, Milano, Giuffrè, 2000, vol. II, pp. 143 ss., da cui tutte le citazioni che seguiranno; qui pp. 157 e 159).

Il timore espresso da Massimo D'Antona si è dimostrato fondato: nelle sue parole troviamo indicata quella che si è rivelata essere la difficoltà principale incontrata dalla legge n. 146 nel processo di attuazione. Infatti, la scelta effettuata dal legislatore del 1990 di porre gli accordi collettivi al centro del sistema regolativo, assegnando loro la cura di interessi generali, senza dare alcuna indicazione in merito ai criteri di selezione dei soggetti negoziali, ha fatto sì che i conflitti endosindacali e le disfunzioni nella rappresentanza oggettiva e soggettiva (2) in settori circoscritti, ma particolarmente significativi per l'impatto sull'utenza, mettersero in crisi sia l'equilibrio delle fonti disegnato dalla legge, a scapito del ruolo da questa attribuito all'autonomia collettiva, sia il consenso, ovvero l'elemento essenziale per garantire in questo ambito l'effettività delle regole. Si aggiunga che le situazioni di criticità nel sistema di rappresentanza/rappresentatività sindacale, che influiscono negativamente sull'efficace applicazione della legge, non trovano in questa alcuno strumento adeguato per gestirle. Infatti, l'unica disposizione cui la legge n. 146 affida il compito di regolare le ipotesi di dissenso endosindacale nella definizione delle prestazioni indispensabili – l'art. 14, che prevede in tal caso una consultazione tra i lavoratori interessati – non si è rivelata di alcun ausilio in quanto tecnicamente inadeguata e di fatto inutilizzata; l'assenza di supporti legislativi ha altresì limitato la possibilità di prendere in considerazione l'ampiezza del consenso sindacale nella valutazione dell'idoneità degli accordi da parte della Commissione di Garanzia (d'ora innanzi CdG). La situazione non è mutata dopo l'entrata in vigore della legge n. 83/2000, la quale è intervenuta per correggere i «difetti» della legge n. 146 evidenziati nel primo decennio di applicazione, ma ha lasciato irrisolto il problema delle regole della rappresentanza e rappresentatività dei soggetti negoziali stipulanti gli accordi cui è demandata l'individuazione delle misure di garanzia dei diritti degli utenti; né ha fornito strumenti adeguati per risolvere i contrasti endosindacali (3).

(2) Per tali problematiche in relazione all'attuazione della legge n. 146/1990 v. *Sciopero e rappresentatività sindacale*, Atti del Convegno organizzato dalla Commissione di Garanzia, Roma 17 settembre 1998, Milano, Giuffrè, 1999, con introduzione di Ghezzi, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: esperienza e prospettive della Commissione di Garanzia*; v. altresì Treu, *Politiche del lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 221 ss.

(3) È vero che le modifiche introdotte dalla legge n. 83 «si limitano 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 ma-

In termini più puntuali, si osserva come la strategia regolativa di «istituzionalizzazione dei processi di autonomia collettiva», a cui si può ricondurre il modello normativo sotteso alla legge n. 146 del 1990 (4), per raggiungere l'obiettivo di assicurare il consenso dei gruppi sociali interessati presupponga organizzazioni sociali forti, largamente ed effettivamente rappresentative, capaci di controllare e razionalizzare gli impulsi della base (5); o, quanto meno, richiede l'introduzione di regole *ad hoc* che definiscano la formazione e la legittimazione della rappresentanza dei soggetti negoziali e misurino la loro rappresentatività. Il mancato verificarsi di almeno una di queste condizioni rende estremamente fragile il sistema regolativo disegnato dal legislatore: la definizione negoziale delle regole sulle prestazioni indispensabili e sulle altre misure di garanzia dei diritti degli utenti diviene difficile e/o inefficace negli ambiti caratterizzati da elementi di criticità sul fronte dell'assetto contrattuale e della qualità delle relazioni sindacali. Infatti la legge n. 146/1990 ha manifestato la sua debolezza proprio nei settori – in particolare quelli dei trasporti – caratterizzati, da un lato, da una frammentazione estrema della rappresentanza sindacale, basata su una pluralità di criteri organizzativi, e da una forte conflittualità endosindacale (6) e, dall'altro lato, da

nipolativa» (Caruso, *Il conflitto collettivo post moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 3953). Ma se l'interprete non poteva che mettere le stampelle al testo zoppicante, il legislatore si è limitato a rendere definitive le stampelle: il che appare insufficiente.

(4) D'Antona, *op. cit.*, p. 146.

(5) D'Antona, *op. cit.*, p. 150.

(6) Dalle ricerche condotte per l'Osservatorio dei conflitti istituito dalla Commissione di Garanzia (Accornero, Carrieri, *I comportamenti conflittuali nei servizi pubblici dopo la legge: 1990-1996*, in *Lav. dir.*, 1997, pp. 651 ss.; Accornero, Della Ratta Rinaldi, *La conflittualità nei servizi pubblici: tipi di comportamenti e tipi di sindacati*, *ivi*, 2004, pp. 405 ss.) si riscontra la presenza di ben 335 sigle sindacali: oltre alle 155 organizzazioni «inquadrate maggiori» appartenenti alla tradizione sindacale, sono state individuate 180 sigle «autonome minori», *op. ult. cit.*, p. 405). Per il rilievo della «eccezionale vulnerabilità che i trasporti, come sistema a rete e come servizio pubblico di massa, dimostrano di fronte ad azioni sindacali anche minoritarie o a carattere locale» v. D'Antona, *Per una storia del patto dei trasporti*, in *Agens Quaderni*, 1999, n. 0, pp. 50 ss. (e in *Opere*, cit., vol. II, qui p. 440). Con riferimento in particolare al trasporto ferroviario, Rusciano, evidenziando i riflessi sulle dinamiche e sui soggetti sindacali della sistemicità interna (ovvero del fatto che il prodotto risulta costituito dalla interazione di una pluralità di apporti arrecati da soggetti con caratteristiche e interessi assai diversificati), osserva come «la diversificazione professionale è, sotto il profilo che qui rileva, diversificazione di interessi, sulla quale si plasma il quadro sindacale, tendenzialmente molto articolato, perché alcune delle innumerevoli “sigle” sono animate soltanto, data la loro natura di “sindacati di mestiere”, dal perseguimento del pro-

una frammentazione ancor più accentuata della negoziazione conseguente alla disomogeneità giuridico-istituzionale dei servizi, a cui corrisponde una particolare complessità della struttura contrattuale (7): un intreccio di criticità che ha reso difficile il raggiungimento degli accordi o ha impedito che le regole fissate in accordi valutati idonei raggiungessero l'obiettivo prefissato dalla legge. Inoltre le difficoltà di applicazione manifestate dalla legge in questi ambiti, di grande rilevanza sociale ed economica, hanno finito con l'oscurare, soprattutto agli occhi dell'opinione pubblica, i pur rilevanti successi ottenuti dalla regolazione negoziale nella maggior parte dei settori interessati e il suo importante contributo alla razionalizzazione del conflitto.

Per quanto riguarda il profilo critico della rappresentatività sindacale, si tratta di contesti in cui il legame intrinseco tra frammentazione della rappresentanza e conflitto si trasforma «in un rapporto di circolarità: la dispersione della rappresentanza in una miriade di organizzazioni specifiche “irresponsabili” alimenta il conflitto: ma d'altro canto la facilità di ricorso al conflitto e la protezione contro le sue ricadute, rafforzata anche per via istituzionale, incentivano i processi di frammentazione della rappresentanza, ne costituiscono un potente fattore di moltiplicazione». Il modello regolativo proposto dalla legge è in tali situazioni inadeguato, perché privo di strumenti per spezzare il circolo vizioso e per affrontare le situazioni di criticità del legame tra conflitto e rappresentanza, in cui sono «le caratteristiche della seconda che spiegano l'esercizio esasperato e spesso fuori controllo del primo». Se «sono l'indeterminatezza nella titolarità della funzione della rappresentanza – chi ha titolo a rappresentare chi, a proclamare scioperi in suo nome, a sottoscrivere gli accordi – e la lotta per la conquista e la difesa di questo titolo a caratterizzare gli scioperi» (8), è difficile che possa risultare efficace un modello di di-

prio particolare tornaconto corporativo» (*L'applicazione delle norme sullo sciopero al trasporto ferroviario*, in Corduas, Romei, Sapelli, a cura di, *La testimonianza del giurista nell'impresa. Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 116).

(7) Cfr. La Macchia, *Rappresentanza e rappresentatività nell'esperienza della Commissione di Garanzia*, in *Sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., pp. 41 ss.; Bordogna, *Tendenze e problemi della sindacalizzazione nei servizi pubblici*, *ivi*, pp. 17 ss.; Treu, *Il patto delle regole nei trasporti e la regolazione dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 2295 ss.

(8) Le citazioni sono da Bordogna, *op. cit.*, p. 30, il quale sottolinea altresì come in tali contesti il conflitto venga «a configurarsi come uno strumento essenziale per dirimere rivalità tra sindacati che competono sulla stessa area contrattuale e di rappresentanza, per acquisire riconoscimento dalla controparte e ammissione al tavolo negozia-

sciiplina dell'esercizio dello sciopero che attribuisce il compito di elaborare le regole a quello stesso instabile sistema di rappresentanza senza fornire strumenti per renderlo meno fragile e controverso. Il funzionamento del modello legislativo diviene ancor più incerto nelle situazioni in cui si aggiungono (ed è ancora esemplare il caso dei trasporti) le difficoltà derivanti da una struttura contrattuale complessa e precaria (9) e ove, per di più, non vi è corrispondenza tra l'area di contrattazione individuata dalle parti in ragione dell'attività svolta dall'amministrazione o dall'impresa e l'area di riferimento degli accordi sulle prestazioni indispensabili (10): situazioni in cui per garantire una effettiva ed efficace tutela dei diritti degli utenti sarebbe necessario individuare unità contrattuali di riferimento delle prestazioni indispensabili più ampie e articolate rispetto al modello tradizionale.

Peraltro si può osservare come dei due nodi critici considerati – debolezza del sistema di rappresentanza/rappresentatività, complessità contrattuale – è soprattutto il primo a condizionare in modo decisivo l'effettività del sistema regolativo (11); infatti dalle analisi condotte sull'esperienza di attuazione della legge n. 146 emerge come le difficoltà derivanti dalla necessità di coordinamento tra servizi strutturalmente connessi e di armonizzazione tra le relative discipline siano state superate nei settori caratterizzati da un equilibrato sistema di relazioni sindacali. In particolare è significativo il fatto che ove – l'ambito del lavoro alle di-

le» (p. 17) e come non si possano cercare le ragioni della sofferenza in uno solo degli ambiti: «è il circolo vizioso tra quegli elementi nel contesto dei servizi pubblici che, in sede di *policy*, un intervento correttivo dovrebbe proporsi di interrompere o attenuare, operando in qualche misura su ciascuno di essi» (p. 31).

(9) Treu, *Il patto delle regole nei trasporti*, cit., p. 2323, sottolinea come il settore trasporti rappresenti un esempio estremo di come la struttura contrattuale complessa e precaria tenda a operare come moltiplicatore di conflitti; il settore dei trasporti è dunque emblematico per evidenziare come i due nodi critici – rappresentatività sindacale, struttura della contrattazione collettiva – interagiscano negativamente.

(10) Nel saggio di La Macchia, *op. cit.*, p. 74, si evidenzia come la discrasia derivi dal fatto che alle prestazioni indispensabili si perviene attraverso attività svolte da imprese e amministrazioni diverse, da cui consegue l'inadeguatezza di accordi limitati a una sola attività.

(11) «Quel che mi pare certo è che le regole sull'esercizio dello sciopero non sono in grado di supplire alla mancanza di regole sulle relazioni sindacali. È un caso che abbia creato molti più problemi il settore dei trasporti che non quello della sanità? In teoria, quest'ultimo avrebbe dovuto essere di centrale importanza, data la delicatezza degli interessi dell'utenza coinvolti; e invece non ha creato grandi problemi»: così M. G. Garofalo, *Le sanzioni nell'attuale disciplina dello sciopero nei s.p. e.*, in D'Onghia, M. Ricci, a cura di *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 94.

pendenze delle pubbliche amministrazioni – il procedimento di selezione dei soggetti sindacali per la stipula dei contratti collettivi è stato legislativamente disciplinato (12), conseguendone un accorpamento delle sigle sindacali (13) e uno sviluppo del sistema contrattuale privo di rilevanti conflitti intersindacali (14), sono stati positivamente superati anche i problemi di coordinamento contrattuale per la disciplina dello sciopero (15). Per contro si deve registrare l'esito insoddisfacente del «Patto dei trasporti» (16) sottoscritto nel dicembre 1998 tra il Ministro dei trasporti, le associazioni imprenditoriali, le confederazioni e le maggiori organizzazioni sindacali dei settori interessati, che pure, nella consapevolezza che la gestione dei conflitti sindacali necessita di una trattazione coordinata dei diversi profili coinvolti, affianca alle regole per la prevenzione e la disciplina dei conflitti (17) – assai innovative e in par-

(12) *Ex d.lgs. n. 396/1997; v. ora l'art. 43 d.lgs. n. 165/2001.*

(13) V. i risultati della ricerca condotta da Accornero e Della Ratta Rinaldi, cit., p. 407; osserva Fontana, *Profili della rappresentanza sindacale*, Torino: Giappichelli, 2004, p. 129: «lo sbarramento al cinque per cento ha determinato una effettiva aggregazione della rappresentanza, senza ledere il pluralismo sindacale, contribuendo al superamento dell'asfittico microcorporativismo del settore pubblico. L'esperienza "a regime" del nuovo modello e le tornate elettorali nei diversi comparti hanno dimostrato la sostanziale credibilità del progetto legislativo, con un positivo fenomeno di concentrazione delle diverse rappresentanze associative e con una tenuta oltre le aspettative dei sindacati confederali».

(14) Cfr. L. Zoppoli, *La riforma della contrattazione collettiva vista dal versante del lavoro pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 316.

(15) È il caso in particolare dei servizi rientranti nell'ambito dei comparti degli enti di ricerca e delle regioni e autonomie locali. V. altresì, per quanto concerne l'adeguamento della disciplina delle prestazioni indispensabili al processo di riorganizzazione che ha interessato negli ultimi anni le amministrazioni del comparto dei Ministeri e che ha comportato il trasferimento di funzioni dai Ministeri alle Regioni e agli enti locali, l'Accordo dell'8 marzo 2005 concernente le norme di garanzia dei servizi pubblici essenziali in caso di sciopero del personale dipendente dalle amministrazioni del comparto Ministeri, valutato idoneo dalla Commissione con delibera n. 05/178 del 13 aprile 2005 (in *Boll. Uff. Comm. Gar.*, XII, 2005, n. 2, p. 27); è significativa anche la ricostruzione dell'*iter* dell'accordo, che sostituisce una proposta della Commissione del 1995, integrata nel 1999.

(16) Per una analisi del «Patto sulle politiche di concertazione e sulle nuove regole delle relazioni sindacali per la trasformazione e l'integrazione europea del sistema dei trasporti» siglato il 23 dicembre 1998 si rinvia in particolare a: D'Antona, *Per una storia del patto dei trasporti*, cit.; Treu, *Il patto delle regole nei trasporti*, cit.; Ales, *Dal conflitto alla partecipazione: le nuove regole sindacali nei trasporti*, in *q. Riv.*, 2000, I, pp. 81 ss.

(17) Si riconduce alla attuazione del patto l'Accordo sulle prestazioni indispensabili nel settore del trasporto ferroviario del 23 novembre 1999: il primo che ottiene la

te poi recepite dalla legge n. 83/2000 – la revisione degli assetti contrattuali e la misurazione della rappresentatività per le relazioni sindacali (18). Senza entrare nel merito dell'analisi della vicenda e delle molteplici variabili che hanno inciso sul suo esito (19), si può ipotizzare che i risultati deludenti siano da ricondurre anche al carattere programmatico di molte disposizioni e alla mancanza di un sostegno legislativo ai profili più delicati, quale in particolare quello della disciplina della rappresentanza sindacale.

Il modello regolativo disegnato dalla legge del 1990 ha dunque incontrato gravi difficoltà applicative, in settori circoscritti ma particolarmente significativi soprattutto per le rilevanti ripercussioni sull'utenza, derivanti o dal mancato raggiungimento degli accordi o dall'insufficienza delle regole o dal non rispetto delle stesse. Tale inadeguatezza ha messo in crisi la centralità della fonte negoziale: da un lato rendendo sempre più frequente e pervasivo l'intervento della precettazione, anche al di fuori dei limiti tracciati dal legislatore; dall'altro modificando il ruolo della CdG. Questa – che sin dall'inizio, oltre a svolgere una importante funzione di incentivo e sollecito, ha contribuito, con i suoi suggerimenti, alla creazione di un puntuale e articolato sistema regolativo – sempre

valutazione di idoneità da parte della CdG, seppure con alcuni chiarimenti e puntualizzazioni enunciati nella delibera medesima (delibera n. 0045.9.1 del 3 febbraio 2000); fino a quel momento la disciplina dei servizi minimi si era basata su due proposte della Commissione (1991 e 1998). Per l'analisi dell'Accordo v. Rusciano, *L'applicazione delle norme sullo sciopero al trasporto ferroviario*, cit., pp. 122 ss.; per una analisi critica della vicenda v. Magrini, *Lo sciopero con prestazioni indispensabili ridotte*, in *Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova: Cedam, 2005, pp. 595 ss.

(18) Infatti esso si compone di tre atti negoziali tra loro collegati: un protocollo (trilaterale) sull'applicazione del metodo della concertazione per affrontare taluni nodi strutturali, tra cui la revisione degli assetti contrattuali; un protocollo (sottoscritto dalle parti dei contratti collettivi del settore) sulle relazioni sindacali e la prevenzione dei conflitti, che contiene tra l'altro regole per la misurazione della rappresentatività per le relazioni sindacali, ispirate ai criteri introdotti per il lavoro pubblico; un Accordo applicativo della legge n. 146/90 che mira a integrare gli accordi sui servizi minimi.

(19) V. in particolare le riflessioni di Treu, in *Il patto delle regole nei trasporti*, cit., p. 2314. Da ricordare anche l'intesa tra governo e parti sociali, firmata il 28 febbraio 2000, volta ad assicurare «tranquillità» all'organizzazione del Giubileo, riducendo «il rischio di scioperi mediante l'istituzione di una apposita *task force* abilitata a monitorare gli eventi, le situazioni e le vertenze da cui potrebbero scaturire conflitti», alla quale però «non aderiscono i sindacati autonomi: il che ne limita gravemente l'efficacia»: così Rusciano, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 169. Per un commento all'intesa per il Giubileo v. Biagi, *La pace sociale del giubileo*, in *Guida dir. – Il Sole 24 ore*, 11 febbraio 2000.

più spesso viene chiamata a svolgere anche un ruolo di supplenza e ad assumere, pur non avendone il potere, la veste di soggetto-attore della regolazione. Appare dunque evidente come le difficoltà nella sfera sindacale, incidendo sull'autorevolezza e la responsabilità dei gruppi organizzati che sono «attori decisivi, ancorché fragili della regolazione» (20), indeboliscano la capacità autoregolativa del modello e la forza delle fonti. Di questi elementi però il legislatore del 2000, come si è già rilevato, non può, o non vuole, tener conto nell'intervento di riforma (21), pregiudicandone così l'efficacia. Infatti la legge n. 83 ha rinunciato ad affrontare la causa principale della debolezza della legge n. 146, continuando a trascurare il nodo centrale della disciplina della rappresentanza/rappresentatività dei soggetti sindacali (22); non si è preoccupata neppure di introdurre strumenti adeguati a superare i dissensi o, quanto meno, di correggere l'istituto del *referendum* disciplinato dall'art. 14, rivelatosi inutile.

Il legislatore del 2000 ha ritenuto sufficiente, a monte aumentare i vincoli legislativi ai contenuti negoziali, a valle ratificare formalmente il

(20) Treu, *op. loc. cit.*

(21) Per la legge n. 146 si poteva affermare che la «disattenzione» del legislatore del 1990 fosse da ricondurre al fatto che egli, «troppo assorbito dall'interesse di raggiungere un risultato tanto atteso, lascia deliberatamente fuori dalla porta tutto ciò che tale risultato potrebbe ulteriormente ritardare o addirittura compromettere» (La Macchia, *op. cit.*, p. 43). Questa spiegazione non può però valere per la riforma del 2000, dopo che l'esperienza decennale di applicazione della legge n. 146 aveva cancellato ogni speranza che il sistema potesse egualmente funzionare in modo soddisfacente anche nei settori più critici; in questo caso, il fatto che degli elementi di debolezza della legge del 1990 indicati dalla dottrina solo il nodo della rappresentatività non sia stato affrontato (come criticamente rileva Ghezzi, *La Commissione di Garanzia nella legge di riforma tra profili funzionali e dinamica delle istituzioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 3) viene collegato alla contemporanea discussione in Parlamento di un disegno di legge sulla rappresentanza sindacale che avrebbe dovuto finalmente disciplinare l'intera materia (così Rusciano, *L'applicazione delle norme sullo sciopero al trasporto ferroviario*, cit., p. 130). Per Vallebona, *Introduzione*, in Menghini, Miscione, Vallebona, a cura di, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Padova, Cedam, 2000, p. 9, il legislatore ha scelto «di utilizzare meccanismi formalmente neutri di controllo diretto del conflitto, senza affrontare il problema della rappresentatività sindacale anche sul versante dello sciopero, probabilmente in considerazione delle forti e motivate opposizioni già incontrate nella proposta di legge sulla rappresentatività».

(22) Dunque la nuova disciplina «nasce da un *deficit* di efficienza del sistema di relazioni industriali e però continua, ove possibile, a fare comunque affidamento – o, forse, “finge” di farlo! – sul sistema di relazioni industriali»: Rusciano, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, cit., p. 171.

ruolo di supplenza assunto di fatto dalla CdG (23), aumentandone i poteri. In tal modo si è ridimensionato/marginalizzato il ruolo delle parti sociali, alterando l'equilibrio disegnato dalla legge n. 146 (24), senza peraltro risolvere i problemi, anzi per certi aspetti aggravandoli (25). Al riguardo, si consideri, in primo luogo, il ruolo assunto dalle regole eteronome, nel momento in cui queste divengono più numerose e pervasive. La legge n. 83 non si limita più a indicare alla autonomia collettiva il fine – il contemperamento – lasciandole scegliere i mezzi, ovvero i parametri di adeguatezza sociale, e affidando alla CdG il controllo sulle soluzioni individuate dai soggetti negoziali, ma si preoccupa di dare puntuali e vincolanti indicazioni sulla tipologia degli stessi. In termini più precisi, il legislatore del 1990 rinviava agli accordi la formulazione delle regole procedurali e sostanziali da osservare durante il conflitto «in relazione alla natura del servizio e alle esigenze della sicurezza», limitandosi a suggerire in modo generico le possibili modalità. Ora invece interviene direttamente nel merito delle misure con indicazioni precise: impone la definizione di procedure di raffreddamento e conciliative a fini preventivi; prescrive la rarefazione a maggior tutela degli utenti; per bilanciare pone tetti rigidi alle prestazioni indispensabili (26) offrendo una garanzia – più apparente che reale (27) – all'esercizio del diritto di scio-

(23) Per una analisi critica del ruolo svolto dalla CdG prima della riforma del 2000 v. Mc Britton, *Sciopero e diritti degli utenti*, Milano, F. Angeli, 1995.

(24) Sebbene molte di queste novità siano state anticipate dalla «giurisprudenza» della Commissione, con la «sanzione legale» acquistano una valenza diversa proprio con riguardo all'incidenza sull'equilibrio delle fonti disegnato dall'originario sistema regolativo.

(25) Di diverso parere Treu, *Politiche del lavoro*, cit., p. 254, per il quale «Dalla novella legislativa del 2000 il sistema della legge n. 146 esce dunque rafforzato. Le innovazioni introdotte, proprio in quanto coerenti con l'impianto pluriordinamentale, ma arricchite da una esperienza decennale, possono accrescere l'effettività del sistema».

(26) Fissando un tetto massimo alle prestazioni indispensabili, individuato nel 50% delle prestazioni normalmente erogate, e una quota massima del personale necessario, indicata in un terzo del personale normalmente utilizzato per la piena erogazione del servizio, tenuto conto delle condizioni tecniche e della sicurezza, si deve altresì comunque valutare l'utilizzabilità di servizi alternativi o forniti da imprese concorrenti (v. il novellato art. 13, comma 1, lett. a). I vincoli sono posti alla provvisoria regolamentazione, ma è lo stesso legislatore a estenderli alla contrattazione collettiva nel momento in cui prescrive che essi «costituiscono parametri di riferimento per la valutazione, da parte della Commissione, dell'idoneità degli atti negoziali e di autoregolamentazione» (così si legge nel comma 1, lettera a, penultimo periodo, dell'art. 13 novellato).

(27) La dottrina è prevalentemente assai critica al riguardo. Per una analisi delle opinioni della dottrina sui diversi profili problematici della disposizione si rinvia a

però. In secondo luogo, la legge n. 83, prevedendo in caso di carenza di accordo (28) l'adozione di una provvisoria regolamentazione da parte della CdG, «attribuisce all'intervento di questa un rilievo più pregnante, in quanto lo riconosce come esercizio di un potere di regolazione espressamente conferito dal legislatore e quindi rafforzato nella sua autorevolezza anche nei confronti dei giudici» (29). Dunque non si può più parlare di un «procedimento pubblicistico incentrato sulla Commissione di Garanzia, non destinato a formare decisioni amministrative ma valutazioni e proposte strumentali alle conclusioni di accordi sindacali, formalmente liberi...» (30), perché se il procedimento *standard* (accordo più valutazione di idoneità) non dà esito positivo subentra la decisione della Commissione che, seppure in via provvisoria (una provvisorietà a tempo indeterminato), diviene l'unica fonte regolativa. Dunque la CdG non è più un semplice «facilitatore e propositore di regole», ma diviene un soggetto «decisore» (31), non solo di fatto, ma di diritto: benché organo tecnico politicamente neutro e irresponsabile (32), perde il suo carattere di imparzialità garantita dalla posizione di indipendenza rispetto al conflitto e dall'assenza di poteri cogenti, e diviene organo di amministrazione attiva assumendo una posizione nella gestione del conflitto, in quanto dotato di consistenti poteri, e in particolare di «poteri decisionali esercitati secondo un parametro normativamente indeterminato come il grave danno all'utenza» (33). Per contro, i suoi interventi, in presenza di un alto grado di frammentazione sindacale, ponendosi in modo autoritario nei confronti delle organizzazioni sindacali, rischiano di alimentare ulteriore conflittualità (34) e di provo-

D'Onghia, *I poteri della Commissione di Garanzia*, in M. Ricci, a cura di, *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 267 ss.

(28) Sia che l'accordo non sia raggiunto, sia che lo stesso non sia giudicato idoneo dalla Commissione: è questa l'opinione degli interpreti anche se l'art. 13, comma 1, lett. a, esplicitamente prevede l'intervento della provvisoria regolamentazione solo nella seconda ipotesi.

(29) Così Treu, *Politiche del lavoro*, cit., p. 241.

(30) D'Antona, *Crisi e prospettive...*, cit., p. 268.

(31) Termini usati da Treu, *Il patto delle regole nei trasporti*, cit., pp. 2295-2296.

(32) Sottolinea questo aspetto, in una valutazione critica, M. G. Garofalo, *Del valore giuridico della proposta della Commissione di Garanzia ovvero del dovere professionale di essere «loici»*, in q. Riv., 1999, II, pp. 714 ss.

(33) M. G. Garofalo, *op. cit.*, p. 723; al riguardo v. altresì M. Ricci, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali: un primo bilancio*, D'Onghia, M. Ricci, in a cura di, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., pp. 13 ss.

(34) V. già quanto emerge dall'analisi di La Macchia, *op. cit.*, p. 66.

care un effetto diverso da quella convergenza di consensi che è l'obiettivo perseguito dalla legge n. 146 (35).

Si osserva dunque come il disegno regolativo non presenti più una lineare ripartizione di compiti tra la legge, che dà indicazioni generali, e l'autonomia collettiva, cui spetta l'individuazione concreta dei limiti, seppur sotto il controllo della Commissione: ora le parti sociali nello svolgimento del loro compito sono vincolate dai rigidi parametri legislativi e sono sostituite, se necessario, da un soggetto terzo. Per quanto quest'ultimo debba tener conto «delle previsioni degli atti di autoregolamentazione vigenti in settori analoghi o simili nonché degli accordi sottoscritti nello stesso settore dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (36), è evidente l'indebolimento del ruolo della fonte negoziale. D'altra parte i limiti quantitativi posti al potere regolamentare della CdG a salvaguardia dell'esercizio dello sciopero segnalano la consapevolezza di un problema senza risolverlo; si aggiunga che l'estensione di tali limiti alla contrattazione – nel momento in cui costituiscono parametri di riferimento per la valutazione degli accordi – si traduce in un intervento ulteriormente limitativo dell'autonomia negoziale.

In termini generali, il maggior rilievo attribuito all'intervento autoritario senza modificare il modello base fondato sul sistema delle relazioni sindacali e sul consenso, ma anche senza operare sugli elementi di crisi delle relazioni sindacali e del consenso, che pure erano tra le principali cause delle difficoltà incontrate dalla attuazione della disciplina legislativa del 1990, da un lato ha reso le modifiche introdotte dalla legge n. 83 inadeguate, dall'altro ha per certi aspetti portato ad accrescere il tasso di conflittualità e il dissenso (37); in tale contesto anche le nuove pro-

(35) M. G. Garofalo, *Del valore giuridico della proposta della Commissione*, cit., pp. 714 ss., sottolinea come l'affidare la formulazione delle regole a un organo tecnico e politicamente neutro accresce il tasso di autoritarismo perché non viene compensato dalla responsabilità politica.

(36) Art. 13, comma 1, lett. a, legge n. 146/1990 nel testo novellato.

(37) È un dato di fatto che emerge dalle cronache dei quotidiani degli ultimi anni, di cui prendono atto anche le Relazioni annuali della CdG. V. ad esempio la *Relazione ai Presidenti delle Camere sull'attività della Commissione nel corso del 2003* del Presidente Martone (può leggersi in *Newsletter CgS*, 2003, n. 3, pp. 5 ss.), la quale dà conto «di un progressivo incremento della conflittualità, a livello sia nazionale che locale», della «crescente tendenza alla frammentazione della rappresentanza sindacale» e della «tentazione di ricorrere alla proclamazione dello sciopero come strumento di competizione tra le stesse organizzazioni», del fatto che la «disciplina vigente, caratterizzata da una prevalenza delle regolamentazioni provvisorie sugli accordi in sede sin-

cedure di prevenzione risultano depotenziate (38). Ci si può dunque chiedere se la riforma introdotta dalla legge n. 83 del 2000, pur senza modificare, almeno in apparenza, il modello regolativo fondato sulla autonomia negoziale, lo abbia di fatto stravolto. Infatti è dubitabile che oggi si possa ancora parlare di regolazione dello sciopero come «risultato dinamico dell'intreccio tra un negoziato sindacale con finalità di decisione congiunta su materie predeterminate dalla legge e un procedimento pubblicitario con finalità valutative e persuasive ma non decisorie», sostenendo che nessuno dei segmenti procedurali «assume, nello schema legale, un carattere autosufficiente» (39); come è dubbio che oggi si possa ancora affermare che «l'esperienza italiana si conferma eccezionale nel panorama comparato proprio per l'enfasi posta sulla regolazione consensuale piuttosto che su quella eteronoma e sulla capacità decisoria di un organismo come la Commissione» (40) e che «l'assetto delle fonti è dominato dall'etica del consenso a cui la legge si propone visibilmente di rendere omaggio e accordare un totale appoggio» (41).

2. — *Il tavolo negoziale e il consenso* — La riflessione sulle conseguenze dell'assenza di una disciplina della rappresentanza sindacale al ta-

dacale, si presenta complessa e di non agevole applicazione». Da ciò conseguono: da un lato «un'obiettiva difficoltà, soprattutto per gli organismi sindacali in sede locale o aziendale, a rispettare pienamente la detta disciplina»; dall'altro lato «significativi episodi di intenzionale violazione delle regole». La «volontaria e reiterata violazione delle regole vigenti» se da alcuni viene giustificata con «l'eccessiva limitazione che la disciplina vigente – e la sua applicazione da parte della Commissione – determinerebbe sul diritto di sciopero fino a renderne estremamente difficile l'esercizio, con la conseguenza che lo stato di esasperazione dei lavoratori [...] ne giustificherebbe l'aperta violazione», induce altri ad auspicare «una modifica della legislazione vigente, al fine di garantirne l'effettività, in primo luogo attraverso una revisione e un irrigidimento dell'apparato sanzionatorio». V. altresì la significativa ricostruzione degli scioperi effettuati negli ultimi anni nei settori del trasporto ferroviario, aereo e locale illustrata da Ichino, *A che cosa serve il sindacato?*, Milano, Mondadori, 2005, pp. 171 ss.

(38) In una situazione in cui «una pluralità di scioperi sono proclamati dai sindacati minori contro i sindacati maggioritari e contro gli accordi che questi hanno stipulato [...] le procedure di raffreddamento e di conciliazione imposte dalla legge, nel lodevole intento di introdurre un meccanismo di “deflazione” degli scioperi, rischiano di restare dei meri simulacri: di fatto l'obbligo di esperire le procedure si traduce nel solo allungamento del termine di preavviso dello sciopero» (Ballestrero, *Diritto sindacale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 317, nota 6).

(39) V. D'Antona, *Crisi e prospettive*, cit., pp. 268 e 269.

(40) Treu, *Il patto delle regole nei trasporti*, cit., pp. 2295-2296.

(41) Così Romagnoli, *Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Lau. dir.*, 1991, p. 550.

volto negoziale conduce a evidenziare la contraddizione che la lacuna produce, considerando che l'obiettivo sotteso alla scelta legislativa di eleggere la fonte consensuale a fulcro dell'impianto regolativo è «avvicinare il più possibile i "fatti" e le "regole" del conflitto sociale nei servizi pubblici essenziali attraverso l'unica strada tecnicamente praticabile per una simile, difficile operazione: allestire una normativa, che viene dal consenso e per funzionare richiede consenso» (42). Da un lato, infatti, la scelta dell'accordo collettivo quale fonte privilegiata per la disciplina dello sciopero trova un motivo fondante nella consapevolezza dell'importanza del consenso sociale per una efficace regolamentazione del conflitto: dalla presa d'atto che «i meccanismi repressivi non possono funzionare se non funziona anche l'organizzazione del consenso» deriva «una legge espressiva dell'esigenza, finalmente percepita come cogente, di promuovere procedimenti cooperativi per la determinazione consensuale della disciplina del conflitto» (43). D'altro lato, il legislatore, omettendo di indicare criteri di selezione dei soggetti negoziali e di fornire strumenti adeguati a superare le situazioni di dissenso tra di essi, trascura un elemento di importanza centrale per garantire il consenso sulle regole e dunque la loro effettività (44). Pertanto, benché sia stato possibi-

(42) Così Rusciano, *Liter formativo della legge 83 del 2000*, cit., p. 168.

(43) Così Romagnoli, *Introduzione*, in Romagnoli, Ballestrero, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Commentario della Costituzione, fondato da Branca e continuato da Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro italiano, 1994, p. 19, evidenziando il legame tra il rilievo attribuito alla fonte negoziale e il consenso quale garanzia di effettività delle regole, sottolineato dalla maggior parte dei commentatori della legge n. 146: v. ad es. la netta affermazione di Ghezzi: «unica garanzia di effettività della disciplina legislativa è il consenso» (*Sul ruolo istituzionale della Commissione di Garanzia*, relazione tenuta il 18 gennaio 2002 alla Camera dei Deputati, in *Newsletter CgS*, 2002, n. 1, p. 8). In tema v. altresì i rilievi di Suppiej, *Realismo e utopia nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 189.

(44) Per Galantino, *Competenze arbitrali della Commissione di Garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, cit., qui p. 1813, «il presupposto ispiratore di fondo» della opzione di affidare la determinazione delle prestazioni indispensabili, delle modalità e delle procedure di erogazione dei servizi pubblici essenziali «alla contrattazione collettiva senza che venga negata ad alcuno la possibilità di partecipare agli accordi, ma invitando anzi alla negoziazione tutti gli organismi rappresentativi del personale [...] risiede intuitivamente nella convinzione che solo il consenso delle parti sociali possa rendere effettiva la compressione del diritto di sciopero, e ciò a tutto favore di una "politica" mirante a orientare i comportamenti dei soggetti piuttosto che la repressione durante il conflitto». Ma i fatti hanno dimostrato che l'apertura a tutti, senza regole, del negoziato non garantisce affatto il consenso sull'accordo.

le garantire, sul piano interpretativo, l'efficacia *erga omnes* degli accordi anche senza sciogliere il nodo della rappresentanza (45), la mancata soluzione di questo problema è di ostacolo all'efficacia *erga omnes* effettiva delle regole negoziali.

Come si è già più volte rilevato, il legislatore del 2000 ha confermato il «permisivismo» che connota l'atteggiamento del legislatore del 1990 riguardo alla legittimazione a negoziare dei rappresentanti dei lavoratori, ritenendo di poter rimediare ai danni prodotti nei settori «sindacalmente disastriati» da quella «scelta di comodo o meglio una non

(45) Gli interpreti sono stati posti di fronte al problema di assicurare, giustificandola *ex art. 39 Cost.*, l'efficacia *erga omnes* delle regole sancite negli accordi collettivi, e, ancor prima, di individuare la natura giuridica della fonte consensuale, la quale appare diversa da un «normale» contratto collettivo, sia per l'interagire di elementi pubblicistici, sia perché la finalità perseguita – il contemperamento – da un lato coinvolge interessi terzi, dall'altro implica in qualche modo la disposizione di un diritto costituzionalmente garantito che nella lettura prevalente, per quanto discussa, è un diritto dei singoli e non dei soggetti negoziali. Le analisi ricostruttive della dottrina si sono sviluppate in un percorso articolato, offrendo risposte differenziate in relazione ai passaggi problematici in cui si svolge l'argomentazione interpretativa: la natura dell'obbligo (a contrarre oppure a trattare), il carattere del ruolo (ricognitivo o costitutivo) e la qualificazione giuridica della fonte (non normativa, normativa o tipica *ad hoc*). Tutte peraltro giungono all'affermazione dell'efficacia generale delle regole definite negli accordi stipulati ai sensi dell'art. 2, comma 2, dopo la loro valutazione positiva da parte della CdG, sebbene riconducendo tale effetto a causali diverse: taluni deducendolo dal carattere generale dell'obbligo legale, altri imputandolo alla valutazione di idoneità della CdG, altri ancora facendo perno sul regolamento di servizio: un *escamotage* (Romagnoli, *Le fonti regolative dello sciopero*, cit., p. 559) utilizzato anche dalla Corte Costituzionale (n. 344/1996), per legittimare ai sensi dell'art. 39 Cost. l'attribuzione dell'efficacia soggettiva generale alle scelte dell'autonomia collettiva (peraltro con argomentazione ritenuta dai più poco soddisfacente nelle basi teoriche che la sorreggono). Non potendo qui richiamare la ricchissima dottrina, si rinvia da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici, alla ricostruzione di Pascucci, *Gli accordi sulle prestazioni indispensabili nella disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, in D. Garofalo e M. Ricci, a cura di, *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2006, pp. 279 ss. Per una recente valutazione critica delle interpretazioni, per questo profilo, della legge n. 146, nel contesto di una analisi più generale delle «acrobazie interpretative» sull'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi, v. Carabelli, *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*, Padova, Cedam, 2005, vol. I, qui p. 407. È opportuno ricordare che il dibattito dottrinale sull'efficacia generale delle regole negoziate si è svolto soprattutto con riferimento agli accordi collettivi siglati nell'ambito dei servizi essenziali gestiti in regime privatistico, perché è diverso il percorso con cui si giunge all'affermazione dell'efficacia generale delle regole negoziate per i servizi essenziali gestiti da amministrazioni pubbliche.

scelta» (46) con una accentuazione delle discipline eteronome e autoritative, ovvero con un rimedio che prefigura un effetto diverso e contraddittorio rispetto a quella convergenza di interessi che era lo scopo originario perseguito dal legislatore del 1990. Riassumendo, la legge n. 83: con la provvisoria regolamentazione risolve il problema dell'assenza di disciplina, ma non della mancanza di condivisione del progetto regolativo, «proprio perché per definizione prescinde dal consenso» e «salta a piè pari, soprattutto in presenza di un alto grado di frammentazione sindacale, qualunque problema di effettiva rappresentatività della fonte di disciplina» (47); con le norme sulla rarefazione, in particolare quella cd. oggettiva, accentua il problema della difforme rappresentatività dei sindacati, poiché non garantisce una equa distribuzione del sacrificio del diritto di sciopero, sovente a vantaggio dei sindacati più piccoli e più corporativi, fornendo così in qualche modo una giustificazione alla violazione della regola ritenuta ingiusta (48); con la riforma del sistema sanzionatorio rafforza il profilo repressivo senza però renderlo veramente efficace nel colpire le azioni di lotta promosse da gruppi spontanei, spesso le più dannose per gli utenti (49). Più in generale, il legislatore sembra trascurare le implicazioni del fatto che l'ampliamento dell'ambito di in-

(46) Romagnoli, *Introduzione*, cit., p. 26, sottolineando altresì come il legislatore abbia «evitato di scottarsi le mani con la patata bollente dell'individuazione dei soggetti collettivi qualificati, rigirandola furbescamente ad altri».

(47) Così Ghezzi, *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in q. *Riv.*, 1999, I, qui p. 707.

(48) Perché la regola della rarefazione «non può funzionare in un sistema che non affronti i due nodi fondamentali della disciplina [...] del diritto di sciopero: il nodo della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e il nodo della conflittualità e cioè della valutazione delle cause del conflitto»: Ghera, *Conclusioni*, in D'Onghia, M. Ricci, a cura di, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 215. Le difficoltà di regolazione della rarefazione oggettiva e le conseguenze negative della stessa erano già emerse nei settori in cui era stata sperimentalmente introdotta e trovano conferma dopo la sua disciplina legislativa; per la ricostruzione dei problemi sorti e dei tentativi della CdG di ovviarvi v. Prosperetti, *La Commissione di Garanzia tra rarefazione degli scioperi e visibilità sindacale*, in *Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, cit., pp. 846 ss. Al riguardo v. anche la *Relazione annuale ai Presidenti delle Camere sull'attività della Commissione di Garanzia nel corso del 2004*, estensore Martone, in *Newsletter CgS*, 2005, n. 1/2, p. 7.

(49) I «risultati» della riforma del sistema sanzionatorio confermano la diffusa consapevolezza che in questa materia ove manca il consenso la repressione «ha le armi spuntate»; in particolare è significativa la sua inadeguatezza, documentata dalle relazioni annuali della Commissione, a colpire le violazioni da parte delle coalizioni occasionali e gli illeciti in caso di sciopero spontaneo.

tervento della Commissione e l'attribuzione a essa di maggiori poteri cogenti, da un lato, accentua i caratteri autoritari della disciplina (50), in senso contrario all'affermata necessità di una percezione di condivisione e corresponsabilizzazione (51) e, dall'altro, fa perno sulla capacità di questa di compiere un equilibrato temperamento degli interessi dei cittadini e dei lavoratori e quindi di convogliare sulle proprie decisioni il consenso. Si finisce così per affidare il meccanismo di attuazione della legge agli orientamenti e alla attività di regolazione della CdG, e quindi alla autorevolezza e sensibilità politica dei suoi componenti (52), di cui vengono pertanto in rilievo i criteri di scelta (53) e la mancanza di una

(50) Come conseguenza del passaggio «dal fisiologico primato attribuito alla ricerca di una soluzione concordata affidata a una autonomia collettiva “guidata”» (Ghezzi, *La Commissione di Garanzia nella legge di riforma*, cit., p. 2) «a soluzioni francamente eteronome, di cui si pretende di attenuare l'autoritarismo affidandone la formulazione a un organo tecnico e politicamente neutro, non percependone – evidentemente – che con ciò, al contrario, il tasso di autoritarismo si accresce, perché non viene compensato dalla responsabilità politica» (M. G. Garofalo, *Del valore giuridico della proposta della Commissione di Garanzia*, cit., p. 727).

(51) È significativo al riguardo ciò che scrive Cesare Pinelli, componente la CdG, nell'editoriale della *Newsletter CgS* (2002, n. 2, pp. 5-6), sui «ben diversi oneri che rispettivamente conseguono all'adozione di un accordo ovvero di una regolamentazione provvisoria: mentre nel primo caso ogni futura infrazione equivarrà a contraddire regole che le stesse parti hanno previamente concordato, una regolamentazione provvisoria, proprio in quanto predisposta in via eteronoma, favorirà in misura minore comportamenti conformi delle parti e consentirà loro di addebitare eventuali infrazioni a presunti limiti strutturali di quella stessa disciplina».

(52) La quale, come per ogni autorità indipendente la cui composizione non deriva da una legittimazione democratica ed elettiva, si fonda sul prestigio derivante dalla qualità ed esperienza scientifica e professionale, sulla autonomia e imparzialità. Sulle ipotesi di modifica dei compiti e della composizione della CdG, v. Caruso, *Il conflitto collettivo post moderno*, cit., pp. 3977 ss.

(53) Circa il rilievo dell'indipendenza della Commissione in rapporto al meccanismo di designazione, osserva McBritton: «Certo, l'affidamento del potere di designazione dei suoi componenti ai Presidenti delle due Camere, quando fu elaborata la legge n. 146, era un elemento che rafforzava tale indipendenza stante la prassi di affidare la presidenza della Camera dei deputati a un rappresentante dell'opposizione; oggi, questa prassi è venuta meno e ciò suscita più di qualche dubbio sull'idoneità del meccanismo» (M. Mc Britton, *Qui custodiet custodes?*, in D'Onghia, M. Ricci, a cura di, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 208). Sono al riguardo significativi i criteri di scelta dei membri della Commissione adottati in occasione del parziale rinnovo della Commissione nel febbraio 2006, allo scadere della legislatura: i Presidenti di Camera e Senato, decidendo a Camere già chiuse e dunque senza possibilità di riscontro parlamentare, non solo non hanno seguito la prassi di riconfermare tutti i componenti per un secondo mandato, ma hanno effettuato scelte che non sono parse rispettare né i criteri di competenza tecnica indicati dalla legge (l'art. 12, legge n. 146, ri-

responsabilità politica (54): in ogni caso è dubbio che si tratti di un metodo che garantisce basi solide al processo attuativo della legge (55).

Un esame puntuale di questo profilo problematico rende necessario innanzi tutto chiedersi se la lacuna possa essere colmata sul piano interpretativo, configurando la composizione del tavolo sindacale come uno degli elementi del giudizio sulla validità degli accordi, in base alla considerazione della centralità del consenso per l'effettività delle regole; in secondo luogo riflettere sugli strumenti predisposti dal legislatore per affrontare le situazioni di dissenso endosindacale nella fase negoziale, in particolare sull'utilità del *referendum* disciplinato dall'art. 14, legge n. 146/1990.

2.1. — *Il rilievo della composizione del tavolo negoziale per la validità degli accordi* — La CdG ha affrontato il problema del rilievo della consistenza rappresentativa del tavolo sindacale di contrattazione per il giudizio sulla idoneità degli accordi sin dall'inizio del suo operare, chiamata in causa da «reiterate pressioni esercitate da sindacati, generalmente minoritari, esclusi da trattative o da accordi sulle prestazioni indispensabili, e che reclamano la propria partecipazione, dovendo poi rispettare gli accordi». Ma, pur constatando che «nel caso di mancato rispetto del servizio minimo garantito le inadempienze sono state commesse soprattutto da soggetti sindacali non firmatari di accordi», deve prendere atto del fatto che la «legge non dà alla Commissione il potere di costringere le

chiede «esperti in materia di diritto costituzionale, diritto del lavoro e di relazioni industriali»), né le esigenze di terzietà (che impongono l'assenza di conflitti di interesse). Le perplessità e i rilievi critici espressi al riguardo sia da autorevoli giuslavoristi (anche già membri della CdG), sia da organizzazioni sindacali (confederali e autonome), mettono in dubbio quell'autorevolezza della Commissione – derivante da elevata professionalità, imparzialità e indipendenza – che rappresenta la condizione essenziale per garantire il consenso alle sue scelte e dunque l'efficacia dei suoi interventi (v. la documentazione nel Dossier elaborato dalla *Labourlist* dell'Università di Catania in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/labourlist/materiali/htrm>).

(54) «...l'indipendenza dal potere politico significa la garanzia che le decisioni in materia non siano immediatamente condizionate dalle contingenze politiche, ma anche che le stesse decisioni non possano essere controllate da parte dei cittadini. L'indipendenza politica diventa quindi assenza di responsabilità politica»: McBritton, *op. loc. ult. cit.*

(55) Non si condivide pertanto l'ottimismo di Pascucci, il quale ritiene possibile che «il ruolo assegnato dalla legge alla Commissione di Garanzia e, in particolare, la sua valorizzazione» siano in grado di «sdrammatizzare» il «pur rilevante problema della rappresentanza sindacale» (*L'obbligo a trattare e il referendum*, in Pascucci, a cura di, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Milano, Ipsosa, 2000, p. 251).

parti a contrarre congiuntamente con tutte le rappresentanze, sebbene ciò sia desiderabile per l'efficacia e l'autorevolezza delle intese raggiunte». Poiché peraltro «le maggiori difficoltà di accordo si riscontrano in aree negoziali caratterizzate dalla presenza di una più o meno accentuata molteplicità, differenziata per categorie professionali, di soggetti sindacali (e, nel caso del trasporto aereo, anche aziendali)» e «nella frammentazione – e non, si badi, nel pluralismo – della rappresentanza sindacale, è dunque da ravvisare sicuramente un punto critico dell'attuazione della legge n. 146», alla Commissione non resta che un auspicio: «È quindi ragionevole supporre che un riassetto della rappresentanza sindacale e dei livelli di contrattazione avrebbero una ricaduta positiva anche sull'attuazione della legge n. 146» (56). La CdG ha formalizzato la sua posizione al riguardo in alcune delibere emanate nel 1991, affermando che l'idoneità non ha a che fare né con la rappresentatività né con la rappresentanza di chi stipula, poiché «la legge non considera come condizione di rilevanza degli accordi [...] la loro stipulazione a opera di tutti i gruppi sindacalmente organizzati», ponendo «a carico degli enti erogatori dei servizi essenziali gestiti in regime privatistico un obbligo a contrattare senza formulare indicazioni quanto ai soggetti collettivi legittimati a pretenderne l'adempimento» (57). Dunque la Commissione è tenuta a formulare il giudizio di idoneità sulle regole pattizie «indipendentemente – sia pure entro i limiti della ragionevolezza – dall'ampiezza del consenso che su di esse si sia formato», considerando inoltre che «manca di poteri coercitivi nei confronti delle parti che escludono Oo.Ss. dalle trattative» (58). Si precisa peraltro che il termine ragionevolezza sta a indicare che l'interesse collettivo dei lavoratori e degli utenti rende preferibili gli accordi che per l'ampiezza del concorso sindacale hanno una larga base d'intesa (59).

Le risposte della Commissione lasciano dunque aperto solo uno spiraglio alla valorizzazione, ai fini del giudizio di idoneità di un accordo

(56) Le citazioni sono tratte dalle *Relazioni sull'attività della Commissione*, nell'ordine: 27 gennaio-26 luglio 1991, 27 luglio 1991-26 gennaio 1992, ancora 27 gennaio-26 luglio 1991, 29 luglio 1992-28 gennaio 1993.

(57) Commissione di Garanzia, delibera 18 luglio 1991, in q. *Riv.*, 1991, I, p. 552.

(58) Commissione di Garanzia, delibera 3 giugno 1991, in q. *Riv.*, 1991, I, p. 551, che richiama anche una precedente delibera del 9 maggio.

(59) Profilo messo in rilievo da Ballestrero nel commentare le delibere in oggetto (v. *Il sistema delle fonti. Le prestazioni indispensabili. Art. 2, 3, 16, 19*, in Romagnoli, Ballestrero, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., qui p. 114).

sulle prestazioni indispensabili, del numero e della sfera di rappresentanza dei sindacati stipulanti; ma la prassi sembra diversa, come mette in rilievo Romagnoli. Egli infatti prende atto che «teoricamente» la legge «– se non attribuisce all'eventuale incompletezza dello schieramento di parte sindacale nemmeno la mediocre rilevanza che riconosce alla dissociazione di uno dei sindacati contraenti dall'esito del negoziato, la quale per lo meno consente il ricorso all'iniziativa referendaria prevista dall'art. 14 – non può certamente consentire all'interprete di ravvisare nella medesima circostanza un vizio della formazione del consenso apprezzabile secondo i principi dell'invalidità o dell'inefficacia dei contratti in generale» (60); e dunque la CdG è tenuta a valutare la validità delle regole pattuite «indipendentemente dalla quantità dei consensi documentabili come dalle caratteristiche, anch'esse documentabili, dei soggetti collettivi che li hanno prestati». Peraltro sottolinea poi come «in pratica, invece, la Commissione ha sviluppato un costante orientamento decisionale da cui è dato desumere che gli accordi [...] di fatto superano il *test* dell'idoneità in quanto sia realisticamente prevedibile che le regole, anche in ragione della qualità dei loro autori, possiedono l'attitudine a produrre effetti non solo nella sfera del diritto, ma anche “quell'effetto consistente nella conformità alla norma del comportamento concreto dei soggetti a cui essa è rivolta”» (61). Una possibilità prospettata anche

(60) Così Romagnoli, *Introduzione*, in Romagnoli, Ballestrero, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 27. Egli osserva altresì (p. 26) come di fronte a una situazione in cui «la *partnership* contrattuale è riconosciuta più ai fini dell'adempimento dell'obbligo legale a negoziare le regole del conflitto che ai fini dell'esercizio di un diritto» e «l'esclusione di un soggetto collettivo dal processo formativo della regola della proporzionalità dei sacrifici corrisponda a una linea di politica sindacale ordinariamente praticata dagli enti erogatori dei servizi pubblici essenziali e dai loro abituali *partners* a livello di settore o d'azienda, ad avviso del legislatore prevale l'esigenza di arrivare egualmente all'accordo sulle prestazioni indispensabili».

(61) Romagnoli, *ibidem*, p. 27. Rileva che «dall'evoluzione delle indicazioni» della CdG «traspare» che possono «essere valutati in modo positivo i soli contratti conclusi con sindacati forniti di una consona rappresentatività» anche Gagnoli, *Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero*, in Pascucci, a cura di, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, cit., p. 46, che richiama, per la ricostruzione di tali percorsi, La Macchia, *Rappresentatività sindacale e Commissione di Garanzia*, in q. *Riv.*, 1998, I, pp. 599 ss. Si noti che talvolta nelle delibere di valutazione degli accordi, nei «Considerando» che precedono la valutazione positiva di idoneità, compare la presa d'atto che l'accordo è stato sottoscritto «da una larga maggioranza delle organizzazioni sindacali presenti nel settore» (v. ad es. il punto 1 dei Considerando della delibera n. 05/178 del 13 aprile 2005 – in *Boll. Uff. Comm. Gar.*, XII, n. 2, p. 28 – con cui la Commissione valuta idoneo l'Accordo dell'8 marzo 2005 concernente le norme di ga-

da Massimo D'Antona, che nel 1991 osservava come il «prodotto normativo demandato dalla legge alla contrattazione collettiva [...] non postulerebbe, in sé stesso, l'accordo unanime di tutti i sindacati presenti nel settore di riferimento e neppure di tutti i sindacati firmatari del contratto di categoria; tuttavia, il rinvio legale agli accordi sindacali è destinato a ottenere, non solo regole sociali idonee, ma anche il consenso preventivo dei titolari del diritto di sciopero su di esse» (62). Aggiungeva che ai fini della validità degli accordi «il numero e la sfera di rappresentanza dei soggetti sindacali stipulanti non è per nulla irrilevante. Di un accordo sindacale minoritario e contestato [...] sarà dubbia la idoneità a individuare validamente le prestazioni indispensabili agli effetti della legge n. 146/1990. Sarà invece valido agli effetti legali – e per ciò stesso efficace anche nei confronti dei non firmatari e dei loro iscritti – l'accordo sindacale maggioritario, benché non sottoscritto dalla totalità dei sindacati, verso il quale non sia stato manifestato alcun motivato dissenso e che venga valutato idoneo dalla Commissione di Garanzia» (63). Infatti, se «il “contemperamento” degli interessi si può dire raggiunto quando si abbia contemporaneamente una adeguata protezione degli utenti e il minor sacrificio possibile del diritto di sciopero», il dissenso endosindacale sul merito dell'accordo «segnala una difficoltà di “contemperamento” dal lato dei titolari del diritto limitato» (64).

La questione resta irrisolta anche dopo la novella legislativa, che ha ignorato il suggerimento di Giorgio Ghezzi di «pensare all'adozione di criteri di valutazione dell'idoneità dell'accordo, da parte della Commissione, che tengano conto, in qualche modo, “anche” della rappresentatività sindacale complessiva dei soggetti che debbono, appunto, garantire, fianco a fianco, o comunque in modo necessariamente complementare, le prestazioni indispensabili», utilizzando, come «punto di riferimento, per la credibilità della configurazione teorica e pratica di codesta rappresentatività sindacale complessiva [...] l'accettata elaborazione del concetto di “rappresentatività cumulativa sufficiente” delle parti sociali contraenti, fatto proprio, come è noto, dalla giurisprudenza co-

ranza dei servizi pubblici essenziali in caso di sciopero del personale dipendente dalle Amministrazioni del Comparto Ministeri).

(62) D'Antona, *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *q. Riv.*, 1991, I, p. 419, e in *Opere*, cit., vol. II, p. 271.

(63) *Ibidem*, pp. 272-273.

(64) *Ibidem*, p. 273, nota 22.

munitaria, sia pure, evidentemente, ad altri scopi)» (65). Insufficiente appare, per l'aspetto in esame, il «moderato omaggio» che Giorgio Ghezzi individuava (66) nell'innovazione contenuta nella legge n. 83 ove si prevede che nel «caso in cui il servizio sia svolto con il concorso di una pluralità di amministrazioni e di imprese la Commissione può convocare le amministrazioni e le imprese interessate, incluse quelle che erogano servizi strumentali accessori o collaterali, e le rispettive organizzazioni sindacali, e formulare alle parti interessate una proposta intesa a rendere omogenei i regolamenti di cui al comma 2 dell'art. 2, tenuto conto delle esigenze del servizio nella sua globalità» (67). A parte il rilievo che i regolamenti di servizio ora sono previsti come fonte di disciplina delle prestazioni indispensabili solo per il settore del lavoro pubblico, la disposizione sembra riguardare piuttosto il profilo della frammentazione contrattuale (68) che non quello della frammentazione sindacale (69), per quanto entrambi siano strettamente interrelati. Un ruolo posi-

(65) Così Ghezzi, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale...*, cit., p. 12.

(66) Peraltro dopo aver affermato che «un aspetto tra i più carenti della vecchia, come della nuova, disciplina, consiste ancora nella mancata valorizzazione, ai fini del giudizio di idoneità di un accordo sulle prestazioni indispensabili, del numero e della sfera di rappresentanza dei soggetti negoziali»: Ghezzi, *La Commissione di Garanzia nella legge di riforma...*, cit., p. 3.

(67) Così si legge nel comma 1, lett. *b*, seconda parte, dell'art. 13, legge n. 146, come novellato dalla legge n. 83/2000; si tratta di una «ipotesi peraltro nella pratica poco sviluppata»: Santoni, *Rappresentatività sindacale e conflitto nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, qui p. 340.

(68) Al riguardo v. la proposta contenuta nella relazione conclusiva del Gruppo di studio sulla rappresentatività sindacale promosso dalla CdG in *Sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 173.

(69) Gagnoli, *Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero*, cit., pp. 47-48, attribuisce invece notevole importanza a tale prerogativa dell'organo di garanzia, per la quale «per un verso la Commissione deve considerare la rappresentatività dei soggetti e l'adeguatezza dei livelli di contrattazione per adottare la sua valutazione positiva e, per altro verso, si vede assegnare dall'art. 13, lett. *b*, il potere e la responsabilità di indirizzare le strategie negoziali, seppure senza interventi coercitivi. Nonostante l'atto della lettera *b* non abbia mai carattere imperativo, esso dovrebbe raggiungere un consistente livello di effettività, perché le indicazioni fornite in via preventiva dalla Commissione possono (o forse debbono) essere utilizzate in prosieguo quali parametri per l'esercizio del potere di valutazione». Santoni, *op. loc. ult. cit.*, ritiene che per il profilo in esame potrebbe invece assumere qualche rilievo quanto disposto nella prima parte del comma 1, lett. *b*, dell'art. 13, ove si prevede che la Commissione esprima il proprio giudizio, e, su richiesta congiunta delle parti, emani un lodo, sulle questioni interpretative o applicative degli accordi: «può ipotizzarsi» un intervento della Commissione «su materie che investono il diretto accertamento della rappresentatività dei soggetti coinvolti».

tivo può essere piuttosto attribuito alla norma contenuta nel novellato art. 13, comma 1, lett. *a*, che impone alla Commissione di tener conto, nell'elaborare la provvisoria regolamentazione, «degli accordi sottoscritti nello stesso settore *dalle* organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (corsivo di chi scrive) (70): con ciò infatti il legislatore, nel momento in cui cerca di ridurre il grado di invasività delle regole autoritative chiedendo alla Commissione di conformarle a quelle consensuali, attribuisce rilievo al numero e alla sfera di rappresentanza dei soggetti sindacali stipulanti e manifesta una esplicita opzione in favore degli accordi su cui si è convogliato un vasto consenso dei soggetti negoziali.

Più in generale, nonostante il silenzio del legislatore, è difficile negare la possibilità di dare rilievo in via interpretativa, tra i parametri di adeguatezza sociale da applicare nella verifica del contemperamento tra diritti costituzionali realizzato dall'accordo, anche al grado di rappresentatività dei soggetti sindacali che lo hanno negoziato e/o sottoscritto. Infatti, il giudizio di idoneità della Commissione, se deve misurare l'equilibrio e l'adeguatezza del contemperamento tra diritti degli utenti e diritto di sciopero assicurato dalle regole concordate, non può prescindere dalla considerazione della qualità ed entità dei soggetti negoziatori, perché la loro autorevolezza e legittimazione democratica sono la condizione principale affinché i lavoratori coinvolti accettino la limitazione del diritto di sciopero, e dunque assicurino quell'effettivo, ampio rispetto delle regole che rappresenta la migliore garanzia dei diritti degli utenti. Il problema non è però meramente esegetico: l'attribuzione di un siffatto rilievo si confronta con la difficoltà di individuare in concreto la «misura» della «ragionevolezza» di cui parla la delibera della Commissione e con l'inopportunità di affidare tale compito a un organo quale la CdG senza la preventiva definizione legislativa di alcuni criteri generali. Il coinvolgimento delle questioni connesse alla legittimazione e ai rischi di sovraesposizione della CdG, da un lato, e l'intreccio con il complesso problema, sempre presente e mai risolto, del varo di una legge generale sulla rappresentanza e rappresentatività sindacale, dall'altro, spiegano e giustificano l'estrema prudenza con cui è stata considerata la possibilità

(70) Nonostante le perplessità manifestate per la poca chiarezza della disposizione quanto al termine di riferimento: così Ballestrero, nella Parte I, par. 1, *La Commissione di Garanzia: poteri e funzioni secondo la legge n. 83/2000*, da lei redatta, della *Relazione sull'attività della Commissione*, 26 aprile 2000-30 settembre 2001 (Roma, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 2002, p. 14).

di tener conto della consistenza rappresentativa del tavolo sindacale nella valutazione di idoneità degli accordi.

Si deve peraltro rilevare il peculiare configurarsi della questione per quanto concerne gli accordi stipulati nell'ambito dei servizi essenziali erogati dalle pubbliche amministrazioni, considerato che il nuovo art. 2, comma 2, inserisce le intese in oggetto nel sistema regolativo disciplinato dal d.lgs. n. 29/1993 e successive modifiche, con riferimento sia ai modelli contrattuali, sia ai requisiti di rappresentatività dei soggetti sindacali (ora dunque nel sistema di verifica della rappresentatività ai fini della legittimazione a trattare e della validità degli accordi di cui all'art. 43, d.lgs. n. 165/2001). Appare infatti condivisibile la tesi prospettata in dottrina per cui «spetta alla Commissione verificare l'osservanza dei requisiti di rappresentatività quale condizione per la stipulazione delle intese, poiché la legittimità dei contratti sulla scorta del d.lgs. n. 29/1993 dovrebbe assurgere a presupposto della valutazione di idoneità. In caso di errata attuazione dei principi del d.lgs. n. 29/1993, la Commissione si dovrebbe astenere dall'emanazione dell'atto positivo, poiché essa può intervenire solo per le intese concluse in coerenza con l'art. 2, comma 2, e, quindi, con i canoni ivi previsti per la selezione dei soggetti più rappresentativi» (71).

(71) Così Gragnoli, *Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero*, cit., pp. 45-46, il quale si esprime in senso decisamente favorevole al rilievo di una «circostanziata analisi della rappresentatività» anche per la valutazione di idoneità degli accordi del settore privato, ritenendo che «non si dovrebbe registrare nei fatti una distonia fra il modello invalso nel lavoro pubblico e in quello privato». Anche Santoni, *Rappresentatività sindacale e conflitto*, cit., p. 329, ritiene che per quanto riguarda il lavoro pubblico «la stessa osservanza dei requisiti di rappresentatività dei soggetti sindacali si riflette pure sull'idoneità degli accordi e sui poteri di verifica al riguardo della Commissione di Garanzia». Egli osserva altresì come la legge n. 83 abbia ulteriormente allargato il solco tra lavoro pubblico e privato, perché il nuovo testo dell'art. 2, comma 2, sottolinea con maggiore puntualità rispetto al passato che le intese sindacali debbono essere stipulate in aderenza ai modelli contrattuali di cui al d.lgs. n. 29 e al connesso sistema di accertamento della rappresentatività ai fini della legittimazione a contrattare. Di parere contrario Pino, *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 228, e Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, Cedam, 1998, p. 238, nota n. 267, per la quale «si potrebbe anche ritenere [...] che possa essere valutato idoneo un contratto collettivo stipulato senza l'osservanza di tali regole [quelle introdotte dalla riforma del 1997 sui soggetti collettivi ammessi a trattare e a stipulare con l'Aran: *n.d.r.*], venendo allora la rappresentatività in considerazione, come di consueto, alla stregua di un parametro di controllo del giudizio di affidabilità collettiva degli accordi e non come un limite legale imperativo».

2.2. — *Il referendum disciplinato dall'art. 14, legge n. 146/1990* —

Le considerazioni svolte relativamente al rilievo che possono assumere, per la valutazione positiva degli accordi da parte della Commissione, la rappresentatività dei soggetti sindacali negozianti e il consenso che le loro scelte raccolgono tra i lavoratori vanno integrate esaminando l'unico strumento che la legge offre per dirimere i contrasti endosindacali nella definizione delle prestazioni indispensabili. Ci si riferisce all'istituto del *referendum* disciplinato dall'art. 14 della legge n. 146/1990, ovvero alla più criticata (72), e meno applicata, disposizione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali, oggetto di una sola, di rilievo discusso, modifica da parte della legge n. 83. La ineffettività della norma non rende però inutile il suo esame, seppur limitato ai punti qualificanti, per cercare di comprendere il ruolo che all'istituto ha attribuito il legislatore e le ragioni del suo mancato impiego.

In sintesi: la situazione che può dar luogo alla consultazione referendaria è quella del «dissenso tra le organizzazioni sindacali su clausole specifiche concernenti l'individuazione o le modalità di effettuazione delle prestazioni indispensabili di cui al comma 2 dell'art. 2»; la Commissione di Garanzia *indice* (così dopo la novella che sostituisce il precedente *può indire*) la consultazione «di propria iniziativa ovvero su proposta di una delle organizzazioni sindacali che hanno preso parte alla trattativa o su richiesta motivata dei prestatori di lavoro dipendenti dall'amministrazione o impresa erogatrice del servizio»; la Commissione avvia la procedura «sempre che valuti idonee, ai fini di cui al comma 2 dell'art. 1, le clausole o le modalità controverse oggetto della consultazione e particolarmente rilevante il numero dei lavoratori interessati che ne fanno ri-

(72) Per l'ambiguità e i difetti nella formulazione della norma v. in particolare i commenti critici di Ballestrero, per la quale l'art. 14 non è altro che «un contentino di mera facciata alla domanda di democrazia sindacale avanzata dalla sinistra in Parlamento» (*Art. 12, 13, 14. La Commissione di Garanzia*, in Romagnoli e Ballestrero, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero*, cit., p. 296) e anche dopo la novella resta «una disposizione totalmente "eccentrica" e a mio giudizio di applicazione non meno difficile di quanto non lo fosse nella formulazione precedente: il nuovo testo non ha, infatti, corretto, e forse ha aggravato, i difetti di formulazione che hanno impedito sinora l'applicazione dell'art. 14» (*La Commissione di Garanzia dieci anni dopo*, in *Il conflitto collettivo nei servizi pubblici*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 25, 2001, p. 44). Pascucci parla di «traballante testo dell'art. 14» (*L'obbligo a trattare e il referendum*, cit., p. 252). Sulle vicende che hanno portato all'inserimento dell'art. 14 nel corpo di quella che diverrà la legge n. 146 solo nella fase della sua approvazione definitiva da parte della Camera dei deputati, v. la accurata ricostruzione di Corbo, *Il referendum*, in M. Ricci, a cura di, *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, cit., pp. 303 ss.

chiesta [...] indicando le modalità di svolgimento, ferma restando la valutazione di cui all'art. 13, comma 1, lettera a». Dopo aver dettato alcune regole procedurali e affidato all'Ispettorato provinciale del lavoro il compito di sovrintendere allo svolgimento della consultazione (73), il legislatore conclude: «La Commissione formula, per altro, la propria proposta sia nell'ipotesi in cui persista, dopo l'esito della consultazione, il disaccordo tra le organizzazioni sindacali, sia nel caso in cui valuti non adeguate le misure individuate nel contratto o accordo eventualmente stipulato dopo la consultazione stessa».

Si noti che il legislatore fa riferimento a disaccordi interni a una delle parti negoziali, non tra le parti contrapposte (74), e solo all'ambito delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, mentre non attribuisce rilievo ai dissensi nella parte datoriale (75). Peraltro ciò non implica, come pure potrebbe far pensare la terminologia al singolare usata dal legislatore, che venga considerato solo un dissenso sorto a livello di accordi decentrati: è una lettura da respingere (76), perché, considerando che gli accordi locali sono finalizzati alla specificazione e adattamento di quelli nazionali, sarebbe illogico che il legislatore desse rilievo al dissenso sorto nella fase dell'applicazione a valle delle regole e non in quella a monte della definizione dei profili più generali (77) del temperamento tra diritto di sciopero e diritti degli utenti.

(73) Napoli critica l'affidamento di tale compito a un organismo «niente affatto adestrato a svolgere tale ruolo» (*Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Linee interpretative della legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *Jus*, 1991, n. 1, pp. 49 ss., ora in *Idem*, *Occupazione, rappresentatività, conflitto*, Torino, Giappichelli, 1992, qui p. 255).

(74) Il termine «dissenso» marca la differenza con la situazione considerata nell'art. 13, lett. a, ove si considera il «mancato accordo» tra le parti sociali contrapposte (così Ballestrero, *Art. 12, 13, 14*, cit., p. 290).

(75) Pascucci, *L'obbligo a trattare e il referendum*, cit., p. 252, giustifica l'esclusione del dissenso nell'ambito di organizzazioni di datori di lavoro «in ragione del loro ruolo strumentale nell'economia della legge: non è un loro diritto a essere messo in gioco, ma quello riconosciuto ai lavoratori».

(76) Per Ballestrero «la logica impone tuttavia di prendere in considerazione controversie di dimensione maggiore»: *Art. 12, 13, 14*, cit., p. 290, nonché p. 295 per l'analisi della questione sotto il profilo dell'individuazione dei votanti e delle difficoltà di gestire un *referendum* di dimensione nazionale, per la quale v. anche Roccella, *La Commissione di Garanzia (art. 12, 13, 14)*, in *Treu, Roccella, Garilli, Pascucci, Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla l. 12 giugno 1990, n. 146*, Padova, Cedam, p. 74.

(77) Per quanto debba trattarsi sempre di «clausole specifiche, dal cui spettro di incidenza si ricava anche l'ambito della base da consultare», perché «il *referendum* non è proposto come strumento di valutazione delle linee politiche generali segui-

Le principali questioni controverse in dottrina, rilevanti per il profilo di analisi prescelto, concernono l'oggetto del *referendum*, i presupposti e le condizioni per la sua indizione, la valenza giuridica e «politica» dell'istituto.

Ci si chiede innanzi tutto se il dissenso intraorganizzativo su specifiche clausole debba riferirsi alla fase prodromica all'accordo (o al mancato accordo) tra i soggetti negoziali, cioè al momento della elaborazione della proposta sindacale da presentare alla controparte datoriale (78), piuttosto che a clausole sulle quali si sia già raggiunto l'accordo con la rappresentanza datoriale, per quanto nel contesto di un negoziato complessivamente ancora *in itinere* (79), oppure, infine, a clausole di un accordo già stipulato e valutato idoneo dalla Commissione (80). Si ritiene di poter accantonare quest'ultima ipotesi, che condurrebbe all'irrazionale messa in discussione di un accordo già concluso e approvato, perché, come si evidenzierà nel seguito dell'analisi, i dati letterali su cui si fonda – i due richiami al giudizio di idoneità della Commissione contenuti nell'art. 14 (81) – possono ritenersi compatibili anche con la tesi, che

te dai sindacati in conflitto e neanche di valutazione dell'accordo nel suo complesso» (così Curzio, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali*, Bari, Cacucci, 1992, p. 156). Pino, *I poteri della Commissione di Garanzia*, in Santoni (a cura di), *Le regole dello sciopero*, Napoli, Jovene, 2001, p. 134, ritiene invece che non si debba escludere che il *referendum* possa essere indetto anche «quando il dissenso, opportunamente e credibilmente accertato dall'organismo di garanzia, non si limiti a singole clausole ma risulti esteso all'accordo nel suo complesso»; una interpretazione peraltro non seguita dalla CdG, la quale, con deliberazione del 4 luglio 1991 (Rel. Ghera), ha dichiarato irricevibile una richiesta di indizione di *referendum* presentata dalla Faisa-Cisal in relazione a un accordo sottoscritto dalle parti aziendali con Cgil-Cisl-Uil, anche perché contestava l'accordo nel suo insieme, quindi senza l'indicazione delle specifiche clausole cui si riferiva il dissenso (al riguardo v. Curzio, *op. loc. cit.*, nota 41).

(78) Per l'illustrazione di questa tesi v. Corbo, *op. cit.*, p. 307.

(79) Per questa interpretazione v. in particolare Pascucci, *L'obbligo a trattare e il referendum*, cit., p. 254 ss.

(80) Ballestrero, *Art. 12, 13, 14*, cit., p. 293, ritiene che questa sia l'unica interpretazione consentita dalla lettera della legge, pur criticandola poiché, «se si tratta di clausole già valutate idonee, l'indizione del *referendum* equivale, press'a poco, a un suicidio in pubblico della Commissione. Sarebbe, infatti, grottesco che la Commissione, dopo aver espresso un giudizio positivo, dovesse rimmetterlo in discussione, sottoponendo le clausole contestate da talune organizzazioni sindacali al giudizio dei lavoratori interessati».

(81) L'uno collocato tra le condizioni per l'indizione del *referendum*: è subordinata al fatto che la Commissione «valuti idonee» le clausole e le misure controverse; l'altro configurato come affermazione di carattere più generale: chiude infatti il primo perio-

qui si accoglie, che riferisce il *referendum* a un accordo ancora in fase di elaborazione (82). Una interpretazione che è da preferire anche rispetto alla prima delle opzioni indicate, innanzi tutto per i dati letterali, ovvero i richiami sia alle «prestazioni indispensabili di cui al comma 2 dell'art. 2», sia al positivo giudizio di idoneità da parte della Commissione «sulle clausole e modalità controverse oggetto della consultazione», che presuppongono entrambi regole, per quanto parziali, già concordate tra le parti sociali (83); oltre che per l'opportunità di evitare dilazioni, ovvero «diseconomiche» (84) consultazioni su proposte di regolazione che potrebbero poi non essere accolte dalla controparte datoriale. Assume altresì rilievo l'attribuzione alla Commissione del compito di indire il *referendum*: un ruolo che si giustifica più nella fase conclusiva dell'*iter* negoziale, quando, come sovente avviene nella prassi, essa è chiamata a svolgere l'attività consultiva e di sostegno alla definizione dell'accordo che le è propria, piuttosto che nella fase iniziale di formazione della volontà all'interno della sfera sindacale.

Si può trovare ulteriore, seppur indiretta, conferma dell'opzione interpretativa prescelta nella diversa formulazione utilizzata dalla legge quando, da un lato, individua come ambito del dissenso «le organizzazioni sindacali dei lavoratori» e, dall'altro lato, indica come possibile proponente la consultazione «una delle organizzazioni sindacali che hanno preso parte alle trattative»; purché – seguendo la prevalente dottrina – si coordinino le due espressioni attribuendo rilievo

do dell'art. 14 la locuzione «ferma restando la valutazione di cui all'art. 13, comma 1, lettera a». Al riguardo v. le osservazioni di Ballestrero, *op. loc. ult. cit.*

(82) Si aggiunga che l'accoglimento della tesi criticata renderebbe difficile inquadrare le conseguenze del *referendum* delineate nell'ultima parte dell'articolo in oggetto, ove si prospetta la formulazione di una proposta della Commissione, oltre che nel caso in cui venga valutato inidoneo l'accordo stipulato dopo la consultazione, anche nel caso in cui persista il disaccordo tra le organizzazioni. Se il *referendum* si collocasse a valle di un accordo stipulato e dichiarato idoneo sarebbe difficile la configurazione di tale proposta, che non potrebbe essere ricondotta all'alveo dell'art. 13, lett. a, come rileva Ballestrero, *op. ult. cit.*, p. 294. Su questo aspetto v. *infra* nel testo.

(83) Si rinvia al riguardo alle approfondite argomentazioni di Pascucci, *op. ult. cit.*, p. 255, condivisibili anche per quanto riguarda l'interpretazione della richiesta della legge di una valutazione di idoneità delle clausole contestate da parte della Commissione: «la Commissione valuterà l'idoneità delle stesse non già come atto con cui concludere l'*iter* procedimentale previsto dalla legge, ma semplicemente per verificare se sia opportuno o meno indire la consultazione, e propendendo naturalmente per la soluzione negativa in caso di inidoneità».

(84) Usa questo aggettivo Pascucci, *op. ult. cit.*, p. 256.

anche al dissenso espresso da sindacati esclusi dal tavolo delle trattative, i quali peraltro potranno chiedere il *referendum* solo per le vie indirette (85) del sollecito alla iniziativa propria della Commissione o della «richiesta motivata» di un numero significativo di lavoratori coinvolti (86). Si può allora ipotizzare che il legislatore imponga alla Commissione l'indizione della consultazione non per indurre i sindacati a elaborare la propria proposta rispettando i principi di democrazia sindacale, come sarebbe nella prima opzione, ma per consentire ai sindacati che siedono al tavolo negoziale, e che hanno già raggiunto accordi parziali con la controparte, di conoscere l'opinione della base quando su alcuni profili dell'accordo *in itinere* emergano segnali rilevanti di insoddisfazione da parte di sindacati interni o esterni al negoziato. In altri termini, appare più ragionevole che il *referendum* intervenga non per risolvere un problema di formazione della volontà di parte sindacale prima del pronunciamento della controparte datoriale, ma per saggiare l'opinione dei lavoratori qualora clausole e modalità significative della disciplina delle prestazioni indispensabili – definite successivamente al confronto con i datori di la-

(85) Non potendo presentare direttamente una richiesta di *referendum* (v. Ballestrero, *Art. 12, 13, 14*, cit., p. 291, e la delibera della Commissione di Garanzia del 4 luglio 1991, cit.).

(86) Rileva Pascucci, *op. ult. cit.*, p. 253, come il dissenso possa essere manifestato anche da organizzazioni non partecipanti al negoziato le quali, pur non potendo proporre direttamente il *referendum*, «potrebbero tuttavia giungere allo stesso risultato mediante la proposta motivata formulata da un numero particolarmente rilevante di lavoratori». Aggiunge che questa è l'unica interpretazione che attribuisce un senso alla presenza dei lavoratori tra i soggetti che possono spingere la Commissione a indire il *referendum*, poiché la precisa previsione dell'art. 14 – «dissenso tra le organizzazioni sindacali» – fa sì che l'iniziativa dei lavoratori valga soltanto a «veicolare» le ragioni delle organizzazioni dissenzienti che non siedono al tavolo negoziale, e non anche a far emergere eventuali dissensi né tra i negoziatori e gruppi di lavoratori non aggregati nelle tradizionali forme di organizzazione sindacale, né, tanto meno, tra le stesse organizzazioni trattanti e i loro affiliati. Anche Pino, *Conflitto e autonomia collettiva*, cit., p. 229, ritiene che non si possa escludere che la Commissione accolga, «nella sua discrezionalità», «le istanze di altre organizzazioni sindacali, reputate di una certa rilevanza, le quali non hanno partecipato alle trattative e manifestino recisamente il proprio dissenso all'intesa raggiunta da altri soggetti collettivi. Sarà, dunque, rimessa alla Commissione una sorta di riscontro sulla consistenza rappresentativa di tale istanza e dello stesso soggetto sindacale che la propone e l'opzione referendaria diventa, così, uno strumento di verifica della rappresentatività». Sulle richieste di *referendum* presentate da coalizioni occasionali v. altresì i rilievi di Roccella, *La Commissione di Garanzia*, cit., pp. 73 ss.

voro (dunque con ogni probabilità modificate rispetto alla iniziale proposta sindacale) e valutate idonee dalla Commissione – vengano messe in discussione da alcune componenti della delegazione sindacale trattante, o da organismi sindacali esterni. In tale contesto la Commissione, sia che registri il disaccordo e lo ritenga rilevante (87), sia che venga sollecitata da uno o più sindacati trattanti o da un numero significativo di lavoratori, deve promuovere la consultazione per consentire ai lavoratori interessati di esprimere il proprio parere, *recitius* per consentire la verifica del consenso/dissenso della base rispetto ai profili controversi.

In questa logica assume un significato positivo anche l'unica modifica dell'istituto introdotta dalla legge n. 83/2000: la trasformazione da facoltà in obbligo del compito assegnato alla Commissione di indire il *referendum* (88), quando questa abbia vagliato l'esistenza delle condizioni di legge, ovvero qualora, verificata l'idoneità ai fini dell'art. 1, comma 2, delle clausole e modalità controverse, registri la proposta di uno dei sindacati trattanti o le richieste di un numero particolarmente rilevante di lavoratori interessati oppure ritenga il dissenso comunque significativo ai fini dell'effettività delle regole. Infatti, il venir meno della discrezionalità nell'*an* del *referendum* quando lo chiedano sindacati trattanti o lavoratori (e sussistano i requisiti di legge) – pur restando ampi margini di discrezionalità nella valutazione delle circostanze per l'iniziativa *motu*

(87) Al riguardo si condivide la interpretazione proposta da Pascucci, il quale – sulla base della considerazione che il superamento del carattere facoltativo dell'indizione del *referendum* non implica «assecondare tutte le paradossali conseguenze» a cui la modifica potrebbe condurre, imponendo la consultazione, in mancanza di proposte o richieste altrui, anche quando la Commissione non la ritenga opportuna (*L'obbligo a trattare*, cit., p. 258) – ritiene che «l'obbligatorietà dell'indizione del *referendum* riguarda [...] solo le ipotesi in cui vi sia stata una proposta di un sindacato trattante o una richiesta motivata dei lavoratori interessati. In mancanza di tali fatti, la Commissione dovrebbe poter essere libera di valutare se procedere di propria iniziativa a indire o meno la consultazione» (*ibidem*, p. 159). Condivide tale opinione Ballestrero, *La Commissione di Garanzia dieci anni dopo*, cit., p. 45.

(88) Peraltro una lettura in tal senso dell'art. 14 era già stata prospettata, prima della novella del 2000, da M. G. Garofalo, *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1990*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 425, per il quale si poteva ritenere che la Commissione avesse un potere discrezionale nell'indire o meno il *referendum* solo in base a una interpretazione restrittiva della norma, da respingere. L'Autore ritiene altresì che l'esito del *referendum* sia condizionante dell'efficacia dell'accordo nei confronti dei lavoratori non iscritti e delle organizzazioni dissenzienti: poiché questi possono chiedere il *referendum*, se non lo fanno, o se lo stesso si risolve in favore dell'accordo, quest'ultimo è idoneo a vincolarli.

proprio (89) – significa che il legislatore dà particolare rilievo al consenso dei rappresentati rispetto alle scelte regolative dei rappresentanti e dunque, per quanto indirettamente, alla valutazione della rappresentatività dei sindacati negozianti. Si aggiunga che il *referendum* potrebbe rivelarsi utile non solo «per agevolare il raggiungimento di un'intesa» (90), ma anche per garantire *ex post* il rispetto delle regole negoziate: la consultazione, avallando le discusse scelte regolative a cui sono pervenuti i soggetti negoziali o consentendo a questi di valutare la rilevanza del dissenso ai fini di una eventuale modifica delle parti contestate, può assicurare alla disciplina un più ampio consenso e dunque una maggiore effettività. L'imposizione dell'indizione del *referendum* può dunque essere considerata una modifica positiva, soprattutto nel contesto di una riforma legislativa che in generale accentua i poteri della Commissione e in particolare le assegna il compito di disciplinare direttamente, seppure in via sussidiaria, le prestazioni indispensabili. Infatti, lasciare la Commissione arbitra di decidere se indire o meno il *referendum*, anche a fronte di una richiesta sindacale o di un numero significativo di lavoratori, apparirebbe quanto meno politicamente inopportuno, considerando la possibile incidenza dell'esito della consultazione sulla positiva definizione dell'accordo. Pertanto, per questo aspetto, non si possono condividere le critiche rivolte alla novella del 2000 per aver fatto venir «meno l'ampia discrezionalità della Commissione in ordine all'opportunità di dar corso al *referendum*» in quanto, «se la Commissione è garante dell'attuazione della legge, solo a essa spetterebbe di decidere la strada più consona per giungere alla realizzazione dell'obiettivo posto dal legislatore» (91).

Non sembra contraddire questa lettura «l'assenza di effetti giuridici propri della consultazione referendaria», ovvero il fatto che l'esito del *referendum* non sia idoneo «a scalfire i poteri di valutazione della Commissione di Garanzia» (92), come emerge dallo scenario delineato nell'ultima parte della disposizione, ove si prefigura, dopo la consulta-

(89) Secondo la interpretazione qui accolta per cui l'iniziativa *motu proprio* della Commissione, in mancanza di richieste, presuppone una valutazione preliminare dell'utilità della consultazione.

(90) Pascucci, *op. cit.*, p. 259.

(91) La critica che non si condivide è espressa e argomentata da Pascucci, *op. ult. cit.*, p. 263, e ha il consenso di Ballestrero, *La Commissione di Garanzia dieci anni dopo*, cit., p. 45.

(92) Napoli, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 225.

zione, una proposta della Commissione sia nell'ipotesi in cui persista il disaccordo tra le organizzazioni sindacali, sia nel caso in cui questa valuti inadeguate le misure individuate nell'accordo successivamente stipulato. Infatti appare ragionevole che la legge – che ha come obiettivo la tutela dei diritti degli utenti, seppur nei limiti del bilanciamento con il diritto di sciopero, e auspica il consenso sulle regole, ma nel rispetto delle proprie finalità – ritenga necessaria in ogni caso la valutazione sulla validità dell'accordo complessivamente considerato, come si preoccupa di precisare, richiamando l'art. 13, comma 1, lett. *a*, nel disciplinare le condizioni e le modalità della consultazione (93). Pertanto i risultati del *referendum* non possono condizionare né il giudizio della Commissione su eventuali nuove clausole negoziate che modifichino quelle che, in quanto oggetto di consultazione, avevano già positivamente superato il preventivo esame di idoneità, né il potere/dovere di intervento della Commissione, dopo il *referendum*, nel caso di assenza di accordo (94) o di complessiva inidoneità dello stesso. In altri termini, l'impiego di uno strumento di democrazia diretta svolge la funzione di verificare/allargare il consenso dei lavoratori sulle regole negoziate dai sindacati, ma il parere dei lavoratori non può incidere direttamente sulla definizione delle regole: in considerazione della terzietà degli interessi protetti e dei principi di solidarietà sottesi, la disciplina di legge fa perno sugli accordi affidati alle parti sociali, ovvero sulle proposte sindacali mediate dal confronto con i datori di lavoro, e sul controllo dell'organo di garanzia, che verifica l'adeguatezza del contemperamento rispetto agli obiettivi perseguiti dalla legge.

Appare dunque congruente che il legislatore si preoccupi di precisare che la Commissione non può essere vincolata dall'esito del *referen-*

(93) Dunque qui si ritiene che tale locuzione possa essere interpretata come semplice riaffermazione del «primato» del giudizio della Commissione, che deve valutare l'adeguatezza complessiva delle regole concordate e dare un giudizio complessivo sull'equilibrio dell'accordo, a prescindere dall'opinione di una delle parti in causa rispetto a singoli aspetti nonché del giudizio parziale di idoneità sulle singole clausole controverse già espresso durante la fase di elaborazione dell'accordo. Per letture diverse del significato della locuzione v. Ballestrero e Pascucci, *op. ult. cit.*

(94) Come conseguenza del persistere, dopo la consultazione, del disaccordo tra le organizzazioni sindacali. Una diversa interpretazione è prospettata da Ballestrero, *op. ult. cit.*, p. 294, nel contesto peraltro della tesi per cui il *referendum* sia da riferire a clausole di un accordo già definito e valutato idoneo dalla Commissione, che il permanere del dissenso tra le organizzazioni non può far cadere: pertanto la proposta indicata nell'art. 14 non sarebbe riconducibile all'art. 13, lett. *a*.

dum, qualora dopo la consultazione l'accordo manchi o risulti insoddisfacente, in tutto o in parte, rispetto agli obiettivi e ai vincoli posti dalla legge; il che peraltro non incide sul ruolo che il *referendum* può svolgere per verificare e ampliare il grado di rappresentatività dei sindacati negoziatori, la cui importanza viene accentuata rendendo obbligatoria per l'organo di garanzia l'indizione della consultazione quando ne ricorrano i presupposti (95). È significativo al riguardo che il legislatore dia voce ai lavoratori per esprimere il parere sulle clausole controverse, e ancor prima per chiedere – e, se numerosi, ora imporre – alla Commissione la indizione del *referendum* sulle stesse, ma non attribuisca alcun rilievo al loro dissenso qualora non sia condiviso da almeno una associazione sindacale, interna o esterna al negoziato che sia (96). Se ne può dedurre, infatti, una conferma del fatto che il *referendum* sia concepito non come strumento di democrazia diretta per consentire ai lavoratori di regolare l'esercizio del diritto di sciopero – aggirando il filtro del negoziato sindacale, necessario per una legge che persegue obiettivi di solidarietà in un'ottica di contemperamento dei diritti –, ma come un modo per assicurare una più ampia rappresentatività ai soggetti negoziali. Di conseguenza l'attribuzione – per di più in termini vincolanti – della responsabilità di indire il *referendum* alla Commissione, ovvero all'organo a cui è deputato il compito di sollecitare, favorire, ma soprattutto controllare ai fini dell'adeguatezza, le regole negoziate, può essere letto come una indiretta conferma del rilievo attribuito dal legislatore alla rappresentatività del tavolo negoziale per la valutazione dell'idoneità degli accordi rispetto alle finalità della legge.

Dunque, seppure con una disposizione indubbiamente «mal fatta» (97) e con un istituto assolutamente inadeguato rispetto alla complessità

(95) *Contra* Ballestrero, *La Commissione di Garanzia*, cit., p. 45, per la quale «la modifica introdotta nel testo dell'art. 14 è in sostanza priva di senso, perché alla Commissione spetta in ogni caso l'ultima parola, sia quando il dissenso persista, sia quando valuti inadeguate le misure eventualmente concordate a consultazione avvenuta: il che rende la consultazione dei lavoratori largamente inutile». Anche Ghezzi, *Una importante riforma tutta in salita*, cit., p. 725, facendo peraltro riferimento alla proposta di legge di riforma della legge n. 146 in relazione alla coeva proposta di legge sulla rappresentatività sindacale in discussione in Parlamento, critica la istituzionalizzazione di una consultazione nella quale i lavoratori non abbiano l'ultima parola.

(96) Per questo rilievo v. anche Pascucci, *op. ult. cit.*

(97) Anche perché «residuo» di progetti con più ampi obiettivi. L'attribuzione di un valore più ampio alla consultazione era stata prospettata da Ghezzi, *Lo sciopero nei servizi pubblici: considerazioni sul testo approvato dal senato della Repubblica*, in *q. Riv.*, 1989, I, p. 51 (su tale proposta v. Corbo, *op. cit.*, p. 305).

del problema, il legislatore si preoccupa di ampliare, per quanto indirettamente, la rappresentatività del tavolo negoziale, dando voce anche alle organizzazioni che ne sono rimaste escluse, nonché di offrire ai sindacati uno strumento per sondare l'opinione della base al fine di facilitare la soluzione delle questioni controverse e di assicurare un più esteso consenso dei lavoratori, coinvolti peraltro sempre attraverso i loro rappresentanti (98), al fine di rendere più autorevoli, e quindi più efficaci, le intese raggiunte.

La lettura proposta attribuisce al *referendum* disciplinato dall'art. 14 una importanza che non ha trovato alcun riscontro nella prassi attuativa della legge, la quale registra una pressoché totale irrilevanza dell'istituto. Un fallimento che può anche essere imputato alla infelice costruzione della disciplina, e allo squilibrato rapporto costi-benefici, «considerando la fisionomia normativa della consultazione prevista dalla legge: molto poco referendaria, se per *referendum* si intenda una votazione idonea a esprimere (almeno nei suoi tratti essenziali) il contenuto di una decisione; e assai più simile a un sondaggio d'opinione, di cui la Commissione potrà tener conto al momento di esercitare il proprio potere di proposta» (99). Ma le ragioni di fondo risiedono forse nelle implicazioni «politiche» (100), ovvero nel legame con la complessa e irrisolta questione della regolazione della rappresentanza e rappresentatività dei sindacati: chiamare in causa la base per dirimere controversie tra organizzazioni sindacali, per di più in ambiti caratterizzati da frammentazione sindacale e relazioni intraorganizzative conflittuali, avrebbe significato scoperchiare il vaso di Pandora senza avere strumenti per governarne le conseguenze. Un timore che ha rappresentato un comprensibile, forte disincentivo all'utilizzo dell'istituto. Dunque non resta che attribuire alla disposizione una valenza esegetica per quanto concerne il ri-

(98) Dunque il legislatore non sembra «eccedere in democratismo», come invece ritiene Napoli, (*Lo sciopero nei servizi pubblici*, cit., p. 225, perché non intende dare voce diretta ai lavoratori (così anche Pascucci, *op. ult. cit.*, p. 253).

(99) Così Roccella, *op. cit.*, p. 75, ove osserva anche come la parola *referendum* non sia mai utilizzata nel testo della legge (*ivi*, nota n. 56).

(100) Curzio, *op. cit.*, p. 159, mette in rilievo il carattere «fondamentalmente politico» dell'istituto, «mediante il quale si mira a risolvere, facendo esprimere i lavoratori interessati, gli eventuali dissensi emersi tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori nelle trattative per la stipulazione degli accordi sulle prestazioni indispensabili. Uno strumento di unificazione, giuridicamente non vincolata, della posizione sindacale [...] perché l'eventuale accordo stipulato a seguito della consultazione [...] avrà efficacia generale».

lievo della rappresentatività dei soggetti sindacali stipulanti ai fini del giudizio di idoneità degli accordi (101); leggendo altresì la norma come un ulteriore segnale della rilevanza di un problema che solo con altre modalità potrà essere risolto (102).

3. — *Prospettive* — La difficile situazione che si è registrata nel settore dei trasporti anche dopo la riforma della legge n. 146 ha reso evidente come le regole sull'esercizio del diritto di sciopero non sono in grado di supplire alla mancanza di regole sulle relazioni sindacali e di porre rimedio alle negative conseguenze che derivano ai cittadini – sia per l'eccessiva frequenza degli scioperi sia per il mancato rispetto delle misure di garanzia – negli ambiti caratterizzati da situazioni di frammentazione e crisi del sistema delle relazioni sindacali. Pertanto, dopo la novella si è riaperto il dibattito sull'introduzione di misure più adeguate a governare la conflittualità nei settori ad alto tasso di criticità (103).

Alcune proposte mirano a ridurre a monte le occasioni di sciopero, agendo sulle cause della conflittualità: rafforzando le procedure di soluzione pacifica dei conflitti (104), comprendendovi l'arbitrato, in parti-

(101) «La controprova del fatto che la legge non richiede l'adesione della totalità dei sindacati, ma nel contempo esclude l'idoneità di accordi minoritari o contestati, è offerta dalla disciplina del *referendum*, che la stessa Commissione può indire, su richiesta delle parti o di propria iniziativa, quando vi sia dissenso tra organizzazioni sindacali (art. 14). Il *referendum*, si badi bene, non ha valore decisivo, ma puramente consultivo; non costituisce una fonte plebiscitaria alternativa a quella negoziale. Né la Commissione né le parti collettive sono vincolate all'esito del *referendum*: l'organizzazione sindacale o la coalizione sconfitte potranno accettare l'accordo contestato, partecipare alla stipula di un nuovo accordo o mantenere fermo il dissenso. E, in tutti i casi, la Commissione eserciterà liberamente i suoi compiti di valutazione/proposta sui contenuti dell'accordo indipendentemente dall'esito del *referendum*»: D'Antona, *Crisi e prospettive...*, cit., pp. 271-272.

(102) Ghezzi, *Un'importante riforma tutta in salita*, cit., p. 725, commentando i lavori di quello che era ancora «un cantiere appena aperto» per la riforma della legge n. 146, afferma che «l'attuale art. 14 andrebbe radicalmente rivisitato, o soppresso».

(103) Per un quadro delle proposte presentate prima della novella, v. Ghezzi, *Il diritto al conflitto nei servizi pubblici essenziali e la dinamica delle istituzioni*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1995, qui pp. 985 ss.

(104) Considerati gli insufficienti risultati raggiunti con l'introduzione da parte della legge n. 83 dell'esperimento preventivo di procedure, negoziali o amministrative, di raffreddamento e conciliazione, come condizione di procedibilità dell'azione di sciopero; da ultimo, sulle critiche rivolte all'interpretazione data alla disposizione dalla CdG, v. Ballestrero, *Discutendo di rappresentatività sindacale e conflitto*, in *Newsletter CgS*, 2006, n. 2.

colare per i micro-conflitti non originati dai rinnovi dei contratti collettivi (105), attribuendo poteri di mediazione, nel merito delle controversie, a una CdG modificata nella sua natura e composizione, ovvero trasformata in una sorta di Agenzia per le relazioni e le controversie di lavoro, o costituendo organismi pubblici professionali di mediazione e arbitrato distribuiti nel territorio (106). Altre proposte si pongono l'obiet-

(105) V. in particolare Treu, *Politiche del lavoro*, cit., pp. 253-255, che propone di separare i conflitti originati dalla ridefinizione della disciplina dei rapporti di lavoro tramite la contrattazione collettiva, dai microconflitti riguardanti l'applicazione della normativa esistente e la gestione quotidiana delle relazioni, individuali e collettive, e di trattare le controversie applicative con i metodi della composizione pacifica del conflitto. Rilevando criticamente la diffidenza verso tali metodi che caratterizza il nostro sistema di relazioni industriali, costruito su basi di forte contrapposizione ideologica e dotato di debole stabilità e capacità autoregolativa, e richiamando le positive esperienze di altri ordinamenti, suggerisce di perfezionare le procedure negoziali di conciliazione e le clausole di raffreddamento esistenti, e di completarle con procedure arbitrali rese contrattualmente obbligatorie che chiudano il circuito regolatorio in caso di fallimento della conciliazione. A suo avviso, una diffusione generale di simili procedure contrattuali, con un sostegno legislativo soprattutto per chiarire le condizioni d'uso dell'arbitrato, produrrebbe effetti rilevanti nella prevenzione dei conflitti, anche in assenza di un'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi. Anche Ghera, *Conclusioni*, cit., pp. 215 ss., è favorevole a un rafforzamento delle procedure di prevenzione promuovendo, e, se del caso, imponendo, forme di arbitrato collettivo o intersindacale, in base a una selezione delle motivazioni per la composizione del conflitto; dunque separando, ai fini dell'esercizio del diritto di sciopero, i conflitti «primari» finalizzati al rinnovo o alla legittima modifica dei contratti collettivi, o che abbiano origine in vicende estranee alla applicazione della disciplina collettiva (difesa dell'occupazione aziendale, scioperi economico-politici nazionali) dai conflitti «secondari», di interpretazione e applicazione delle norme contrattuali, ma anche originati da rivendicazioni economiche eccedenti le condizioni di lavoro stabilite dagli stessi: per i secondi l'arbitrato dovrebbe essere incluso nei contratti.

(106) V. Treu, *op. ult. cit.*, pp. 255-256; l'Autore ipotizza anche, pur giudicandolo «un passo ulteriore più delicato», il ricorso a procedure conciliative e arbitrali in mancanza di previsione contrattuale al riguardo, affidata alla valutazione della CdG e al potenziamento di istituti pubblici di mediazione e arbitrato. Per l'attribuzione di più incisivi e diversi poteri alla CdG v. anche Biagi, *La legislazione sullo sciopero: riforma o novella?*, in *Guida lav. – Il Sole 24 ore*, 2000, n. 16, pp. 11 ss.; nel *Libro bianco sul lavoro in Italia* presentato dal Ministero del lavoro nell'ottobre 2001 si prospetta (par. III. 4) la sostituzione della CdG con un organismo specializzato in materia di prevenzione e composizione delle controversie collettive di lavoro, anche con competenza nella gestione del conflitto nei servizi essenziali; su tale proposta v. Caruso, *Il conflitto collettivo post moderno*, cit., p. 3960. Si noti che, ben prima della novella, Giugni auspica che la CdG potesse esercitare con più forza una vera azione di mediazione tra le parti anche in alcune materie che fanno parte del merito della trattativa che sfocia nello sciopero, anche con qualche ritocco legislativo (Orioli, *Intervista con Giugni*, Roma, Ediesse, 1994, pp. 61-62).

tivo di limitare la possibilità di proclamazione degli scioperi: vincolando i potenziali scioperanti al rispetto di clausole di tregua a efficacia *erga omnes* (107), condizionando la decisione di sciopero al previo ricorso al *referendum* per impedire a piccoli gruppi sindacali dissidenti di imporre decisioni conflittuali dannose contro la volontà della maggioranza (108), subordinando la possibilità di ricorso allo sciopero alla proclamazione da parte di una coalizione sindacale effettivamente maggioritaria nell'azienda o nel settore (109) o «ai sindacati o ai gruppi i quali abbia-

(107) Al riguardo v. in particolare: Ghera, *Conclusioni*, cit., spec. pp. 216 ss.; Ichino, *A che cosa serve il sindacato?*, cit., pp. 210-212. Sulle clausole di tregua v. Magnani, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, pp. 387 ss. e, da ultimo: Pino, *Conflitto e autonomia collettiva*, cit., pp. 85 ss., A. Zoppoli, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 158 ss.

(108) Proposto anche dal *Libro bianco sul lavoro in Italia* del 2001 (par. III. 4). In senso favorevole v.: Biagi, *La legislazione sullo sciopero: riforma o novella?*, cit., qui p. 13; Treu, *Politiche del lavoro*, cit., pp. 256 ss., il quale ne sottolinea l'opportunità quale contromisura (più adeguata della riproposizione di una titolarità sindacale dello sciopero, giudicata, «più che irrealistica, controproducente») per i comportamenti degli *outsiders* che si sottraggono per definizione alle regole sia procedurali sia sostantive previste dalle leggi nn. 146 e 83, di cui non hanno condiviso gli obiettivi; ma, consapevole della delicatezza del tema e della scarsa esperienza, suggerisce una applicazione sperimentale affidata alla CdG, restando nell'ambito delle esistenti categorie contrattuali di riferimento per quanto concerne le «condizioni d'uso» del *referendum*. In senso critico v.: Ghera, *Conclusioni*, cit., qui p. 219, per il quale il *referendum* preventivo avrebbe effetti destabilizzanti, perché indurrebbe le organizzazioni sindacali concorrenti a una continua prova di forza; Ballestrero, *Discutendo di rappresentatività sindacale e conflitto*, cit., che ne evidenzia sia gli ostacoli giuridici in relazione alla titolarità del diritto di sciopero sia le difficoltà pratiche in relazione alla individuazione dei lavoratori da coinvolgere, considerata la particolare configurazione contrattuale dei settori interessati. Per una valutazione dei vantaggi e dei profili critici, anche sul piano della praticabilità, di tale ipotesi v. l'analisi di Santoni, *Rappresentatività e conflitto*, cit., pp. 341 ss., nonché *Pro e contro il referendum consultivo per lo sciopero*, le opinioni di Accornero, Bordogna, M. G. Garofalo, Matteucci, Bonfanti, Lotito, Inglese, Tulli, raccolte in *Newsletter CgS*, 2001, n. 2, pp. 28 ss. Per la disciplina del *referendum* preventivo negli ordinamenti britannico e tedesco v. Ales, *La disciplina del conflitto nei servizi pubblici essenziali: vecchi limiti e nuove frontiere*, in *Il conflitto collettivo nei servizi pubblici*, cit., pp. 232 ss. È da segnalare come già nel Patto dei trasporti del 23 dicembre 1998 si riscontrino «timidi accenni» alla consultazione dei lavoratori prima dello sciopero, mentre l'art. 21 della regolamentazione provvisoria adottata per il trasporto aereo (delibera n. 92 del 16 luglio 2001) prevede di dar corso a una preventiva consultazione referendaria, peraltro in via sperimentale ed eccezionale e limitata a una fattispecie peculiare.

(109) Per la proposta v. Ichino, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 429-430; Idem, *A che serve il sindacato?*, cit., p. 212; per una sua critica Ballestrero, *Discutendo di rappresentatività sindacale e con-*

no acquisito in modo certo e trasparente una quota di rappresentatività ritenuta sufficiente a instaurare il conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali» (110). In sintesi, per ridurre l'uso dello sciopero negli ambiti in cui esso causa pregiudizio più ai terzi estranei che alle parti interessate al merito della controversia (111), da un lato si cerca di intervenire con un'azione preventiva quale tecnica di governo costruttivo del conflitto, cercando di superare la «congenita debolezza» della legge n. 146 che «si esprime in un dato irresolubile di conflitto tra forma ed effettività. Alla forma regolativa, infatti, non corrisponde l'effettività della risoluzione del conflitto, perché tale risoluzione eccede lo scopo della disciplina limitativa del diritto di sciopero» (112). Dall'altro lato, anche in assenza di una disciplina generale della rappresentatività sindacale, si cerca di introdurre criteri selettivi dei soggetti che possono utilizzare lo strumento dello sciopero, al fine di contenere la conflittualità abnorme dettata da interessi corporativi e parziali o da mere finalità di «autoaffermazione della propria identità» (113) nei contesti sindacali caratterizzati da pluralismo segmentato e concorrenziale. Altre proposte si preoccupano di annullare o ridurre le conseguenze negative degli scioperi per i terzi estranei al conflitto: con la scelta di modalità collaborative che consentano di non danneggiare l'utenza, in particolare lo sciopero cd. virtuale (114); con la preventiva dichiarazione individuale di adesione allo scio-

flitto, cit.; sulle discipline selettive dei soggetti sindacali legittimati a contrattare e a proclamare lo sciopero in alcuni ordinamenti europei v. Ales, *Sciopero ultima ratio e principio di libertà sindacale*, in *Lav. dir.*, 2003, pp. 608 ss.

(110) Ghera, *Conclusioni*, cit., p. 220.

(111) V. Ichino, *A che cosa serve il sindacato?*, cit., pp. 202-204, per una efficace rappresentazione dei guadagni per le aziende di trasporto nei giorni di sciopero. Per una riflessione di carattere generale sulle trasformazioni del conflitto nel passaggio al settore terziario e sull'attuale fase di «socializzazione del conflitto» si rinvia a Caruso, *Il conflitto collettivo post moderno*, cit., spec. pp. 3961 ss.

(112) Grandi, *Sciopero, prevenzione del conflitto e servizi pubblici essenziali*, cit., p. 259, che sottolinea la necessità «di agire sulla causa mediata dello sciopero, ovvero il conflitto, cioè una crisi di rapporti, alla quale “regole” e “procedure” non possono essere imposte»; infatti: «Se tra conflitto e sciopero vi è una connessione genetica, non vi è una identità causale, poiché si tratta di fenomeni distinti nella dinamica dei rapporti collettivi. Regolare il diritto di sciopero non vuol dire regolare il conflitto; ma regolare le modalità di esercizio del diritto non può significare la dichiarazione d'irrelevanza del conflitto, che ne costituisce la ragione causale» (*ibidem*, p. 258).

(113) L'espressione è di Romagnoli, *Le fonti*, cit., p. 575.

(114) In tema v.: Prosperetti, *Lo sciopero virtuale*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, pp. 323 ss.; Idem, *Sciopero virtuale, un sasso nello stagno*, e Gianfrancesco, *Servizi pubblici essenziali e sciopero virtuale: la prospettiva costituzionale*, in *Newsletter CgS*, 2001, n. 1, pp.

pero per rendere prevedibile la sua incidenza, con la conseguente possibilità per le imprese di misurare e far conoscere agli utenti gli effetti dello sciopero (115); con l'introduzione di criteri di selezione dei soggetti legittimati a negoziare le misure di tutela degli utenti che garantiscano una effettiva rappresentatività, e dunque maggiore consenso e più elevato grado di rispetto delle regole.

È evidente che l'elencazione schematica delle proposte, a meri fini descrittivi, non tiene conto delle strette interrelazioni tra le discipline, e soprattutto delle loro diverse implicazioni: per alcune proposte e/o profili il problema è prevalentemente «tecnico», di una valutazione sul piano della fattibilità e dell'efficacia delle misure; per altre si tratta di fare i conti con la questione sempre aperta della titolarità del diritto di sciopero o di valutare la compatibilità con il principio di libertà sindacale e con i vincoli costituzionali in materia di contrattazione collettiva efficace *erga omnes*, ovvero di mettere in discussione consolidate interpretazioni degli artt. 40 e 39 della Costituzione. In questa sede non è possibile entrare nel merito del dibattito; peraltro, considerando che si è più volte messa criticamente in evidenza la lacuna legislativa in merito alla definizione dei soggetti negoziatori degli accordi sulle misure di tutela

31 ss.; Topo, *Raffreddamento e composizione del conflitto industriale nel settore dei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, pp. 370 ss.; Ichino, *A che cosa serve il sindacato?*, cit., pp. 215 ss. La proposta è stata più volte avanzata in ambito sindacale da Cgil, Cisl e Uil, e ha trovato spazio in alcuni accordi e regolamentazioni provvisorie, nonché nella prassi: da ultimo v. il comunicato stampa del 27 settembre 2006 – riportato in *CgSnews*, notiziario n. 19 del settembre 2006 – in cui la CdG «rileva con soddisfazione che lo sciopero nazionale dei piloti di elicotteri, proclamato dalle organizzazioni sindacali Anpac e Unione Piloti per il 10 ottobre p. v., verrà attuato nelle forme dello “sciopero virtuale”, con devoluzione della relativa trattenuta salariale in favore di un Ospedale Pediatrico. La Commissione auspica che anche negli altri settori del trasporto si addivenga ad accordi tra le parti sociali che prevedano l'esercizio del diritto di sciopero in forma “virtuale”, evitando in tal modo di ledere il diritto alla libertà di circolazione riconosciuto dalla Costituzione ai cittadini».

(115) Sulla possibilità di inserire nella parte normativa dei contratti collettivi dei settori dei servizi essenziali un obbligo d'informazione preventiva circa la partecipazione allo sciopero, da considerare vincolante per tutti i lavoratori il cui rapporto sia assoggettato all'applicazione del contratto stesso, v. Ichino, *A che cosa serve il sindacato?*, cit., pp. 213 ss., il quale la ritiene compatibile con la disciplina vigente; l'opportunità di introdurre un tale obbligo di comunicazione preventiva era già stata sostenuta dal presidente della CdG, Antonio Martone, nella *Relazione ai Presidenti delle Camere sull'attività della Commissione nel corso del 2003*, ma subordinata a un apposito intervento legislativo di modifica della disciplina vigente. Al riguardo v. anche Magnani, *I problemi della rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge?*, in *Newsletter CgS*, 2006, n. 1.

degli utenti, si ritiene opportuna qualche breve riflessione su questo aspetto. Se la via maestra di una legge sulla rappresentatività sindacale appare ancora irta di ostacoli che impediscono di raggiungere la meta, se «una selezione dei soggetti legittimati a proclamare lo sciopero non è possibile, senza stravolgere le basi del nostro diritto sindacale» (116), sembra invece praticabile il percorso, che conduce a una meta più modesta, ma pur sempre di qualche utilità, dell'introduzione di criteri selettivi dei soggetti sindacali autorizzati a partecipare alla definizione consensuale delle prestazioni indispensabili.

Innanzitutto, si osserva come la determinazione per via legislativa di tali criteri non pare incontrare ostacoli d'ordine costituzionale, in specie, ma non solo, qualora si accolga la tesi che configura l'accordo come modulo di un procedimento tipo disciplinato dalla legge di attuazione del rinvio di cui all'art. 40 Cost. (117). Infatti, una tale regolamentazione non rientrerebbe nel campo di applicazione dei vincoli posti dall'art. 39 Cost. per i contratti collettivi efficaci *erga omnes* volti a disciplinare le condizioni economiche e normative dei rapporti di lavoro, perché nel caso degli accordi in oggetto la disciplina collettiva viene in considerazione quale espressione non di autoregolamentazione di interessi privati, ma dell'oggettivo temperamento tra interesse all'autotutela e altri interessi costituzionalmente protetti (118): il legislatore attribuisce la legittimazione a negoziare alle parti sociali per perseguire l'interesse generale al bilanciamento tra il diritto di sciopero e i diritti costituzionali degli utenti dei servizi pubblici, in attuazione del mandato a regolare l'esercizio del diritto di sciopero attribuitogli dall'art. 40 Cost. Per quanto nell'attività negoziale si possa riscontrare anche un interesse delle parti

(116) Così Ballestrero, *Discutendo di rappresentatività sindacale e conflitto*, cit.

(117) Una tesi per la quale la legge disegna un procedimento costituito da una fase negoziale e una fase amministrativa dalla cui combinazione virtuosa scaturisce la fonte tipica che individua le prestazioni indispensabili, elaborata compiutamente da Pascucci, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Torino, Giappichelli 1999, spec. pp. 113 ss., traendo spunto dall'analisi di D'Antona, *Crisi e prospettive*, cit., pp. 268 ss., che oggi raccoglie numerosi e autorevoli consensi.

(118) Sottolinea questo aspetto Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, cit., p. 228, rilevando come non si possano estendere allo sciopero le regole sulla rappresentanza unitaria e il corrispondente potere negoziale *erga omnes* di cui all'art. 39, comma 4; sottolinea altresì la diversità del caso in cui i sindacati, nell'esercizio della libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1, si impegnino, e impegnino i propri iscritti, attraverso l'ordinaria rappresentanza volontaria, per alcune modalità di attuazione dello sciopero, compreso il non esercizio, nella logica propria delle clausole di tregua.

sociali (119), il suo risultato – l'accordo – è preso in considerazione dal legislatore per un fine proprio, diverso da quello dei negozianti, e per ciò sottoposto a una speciale procedura di controllo dal cui esito dipende l'efficacia dell'accordo stesso: che può essere nulla ai fini della legge se l'esito del controllo è negativo, o generale, e dunque oltre l'ambito dei soggetti rappresentati dai negozianti, se positivo. Se dunque il sistema dell'accordo collettivo dichiarato idoneo dalla CdG e la sua efficacia generale derivano da una fonte costituzionale autonoma rispetto all'art. 39 Cost. (120), la questione della scelta dei soggetti legittimati a negoziare l'accordo medesimo si colloca al di fuori della sfera di influenza e dai vincoli posti da tale disposizione. Peraltro, riconducendo la questione in oggetto al solo ambito dell'art. 40 Cost. non si vuole negare la stretta correlazione che lega la libertà sindacale e il diritto di sciopero, e dunque gli artt. 39 e 40 della Costituzione, come «elementi costitutivi, ugualmente importanti, del potere sociale di autotutela degli interessi collettivi e quindi del modello pluralistico (o conflittuale) delle relazioni industriali» (121), ma sottolineare come i presidi della tutela costituzionale siano distinti e come la garanzia del diritto di sciopero assicurata dall'art. 40, nel legittimare il legislatore alla regolazione dell'esercizio del diritto, lo lasci libero di scegliere le modalità regolative (a differenza dell'art. 39). Quindi, se si individua una violazione dell'art. 40 Cost. nel prospettare anche per l'esercizio del diritto di sciopero una rappresentanza selezio-

(119) In particolare, i rappresentanti dei lavoratori perseguono l'interesse collettivo a ridurre al minimo i vincoli al diritto di autotutela (ma anche, almeno nelle intenzioni delle confederazioni sindacali che favorirono alla fine degli anni ottanta del secolo scorso l'intervento del legislatore, a tutelare i diritti di altri lavoratori nelle vesti di utenti dei servizi); i datori di lavoro e i loro rappresentanti perseguono «l'interesse di ruolo a ridurre nella misura più ampia possibile le turbolenze organizzative provocate dagli scioperi» (Romagnoli, *Solidarismo giuridico e conflitto post-industriale*, in *Lav. dir.*, 1991, p. 191). Se dunque non si può negare che nelle trattative per l'accordo si confrontino interessi strutturalmente antagonisti delle parti negoziali, resta preminente il fatto che l'accordo non è finalizzato a comporre contrasti tra interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori, da loro stessi individuati, ma un interesse diverso, imposto dal legislatore in attuazione dei precetti costituzionali. La legge, infatti «assegna rilevanza giuridica agli interessi dell'utenza pubblica e, quindi, a interessi estranei alla logica del rapporto di lavoro nel cui ambito lo sciopero si esercita [...] con la consapevolezza dell'idoneità del sindacato a essere gestore e garante anche di una solidarietà che, a ben guardare, è destinata a essere realizzata soprattutto tra lavoratori» (Persiani, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. lav.*, 1992, pp. 20 e 23).

(120) Come affermato da Corte Cost. n. 344/1996.

(121) Ghera, *Conclusioni*, cit., p. 221.

nata ai sensi dell'art. 39, comma 4, Cost. (122), che persegue una finalità diversa, non si può configurare una violazione dell'art. 39 nel definire un criterio di rappresentatività per la selezione dei soggetti che operano nel modello di regolazione prescelto dal legislatore nell'attuare l'art. 40 Cost. (123).

Pertanto, a differenza di alcune delle misure proposte dalla dottrina, dianzi richiamate – per le quali si configura un nesso con la normale attività contrattuale e dunque un legame sia con il principio di libertà di organizzazione sindacale, sia con i vincoli posti dall'art. 39, comma 4, per la contrattazione collettiva *erga omnes* –, la legittimità costituzionale dell'introduzione di criteri selettivi dei soggetti negoziali deve essere giudicata solo in relazione all'art. 40 Cost., ovviamente interpretato alla luce degli altri principi costituzionali, e in particolare degli artt. 2, 3, comma 2, 39, comma 1, Cost. La valutazione, in assenza di vincoli espressi, concerne soprattutto la discussa questione della titolarità del diritto di sciopero. Al riguardo, se si riflette con occhi disincantati alla luce della ormai lunga esperienza di applicazione della legge n. 146 e del quadro normativo come modificato dalla riforma del 2000, si rileva che nulla cambierebbe, sotto il profilo giuridico, rispetto alla situazione attuale: ovvero la questione resterebbe impregiudicata, e la modifica non avrebbe alcuna significativa incidenza (124) nel dibattito, sempre aperto, sulla alternativa tra titolarità individuale o collettiva del diritto e sulla specifica valenza delle opzioni negli ambiti disciplinati dalla legge n. 146.

(122) Così Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, cit., p. 229.

(123) Peraltro la proposta di definire criteri selettivi per i soggetti sindacali negozianti degli accordi *ex lege* n. 146 non implica l'utilizzazione dei medesimi criteri di misurazione della rappresentatività ai fini della «comune» contrattazione collettiva.

(124) Di diverso parere Santoro Passarelli, *Prime questioni in tema di sciopero nei servizi essenziali dopo la novella dell'11 aprile 2000*, n. 83, in *Arg. dir. lav.*, 2001, qui p. 195, per il quale «non c'è dubbio [...] che ove la legge identificasse criteri di selezione dei soggetti legittimati a stipulare accordi con efficacia generale sulle prestazioni indispensabili ne discenderebbe come conseguenza, sia pure non automatica, l'illegittimità degli scioperi proclamati da soggetti diversi da quelli che hanno contrattato le prestazioni indispensabili». Ma non mi è chiaro il motivo: anche i sindacati esclusi dalla trattativa in base alla modifica legislativa proposta potrebbero proclamare scioperi, purché rispettando le modalità prescritte dagli accordi idonei, di generale efficacia, così come possono farlo oggi, qualora l'esclusione dal tavolo negoziale, come accade sovente nel vigente contesto legislativo, sia imposta, in base ai rapporti di forza, da altri sindacati partecipanti alla trattativa, o derivi da una scelta autonoma dovuta al dissenso nel merito delle regole; qualora invece scioperassero senza rispettare le regole, l'illegittimità del comportamento si configurerebbe qualunque fosse stato il motivo di esclusione dal tavolo negoziale.

Mentre cambiamenti positivi potrebbero determinarsi, per i lavoratori destinatari delle regole limitative del diritto di autotutela, sotto il profilo delle garanzie di procedure partecipative rispettose dei principi di democrazia sindacale, e dunque del loro consenso. Infatti, se nel 1991 si poteva affermare che il «silenzio del legislatore» «in realtà è un tentativo [...] per non minimizzare la portata della titolarità del diritto, riducendola a una formula verbale espressiva della libertà di aderire o non aderire ad astensioni collettive proclamate e attuate nel rispetto d'una disciplina vincolistica decisa da pochi e calata dall'alto o dall'esterno» (125), sul finire del 2006 appare evidente come «il fantasma della totalità dei consensi», assicurata da «un obbligo generalizzato a negoziare con qualunque soggetto collettivo in automatica connessione con l'indiscriminata legittimazione a partecipare alle trattative» (126), sia solo, appunto, un fantasma. Da un lato, perché il sistema della legge determina comunque l'incidenza dei parametri negoziati e dichiarati idonei sull'esercizio del diritto di tutti i soggetti collettivi a proclamare, e di tutti i singoli lavoratori a effettuare, scioperi (127), con il contrappunto di un rafforzato sistema sanzionatorio, e offre solo limitatissimi spazi al rilievo della quantità dei consensi e della qualità dei negoziatori per decidere l'idoneità dell'accordo e dunque l'efficacia generale delle regole pattuite; e in caso di mancanza o inidoneità delle regole consensuali impone l'applicazione di quelle definite dalla CdG. D'altro lato, perché quel «silenzio del legislatore» non garantisce nei servizi pubblici essenziali gestiti in regime privatistico – che sono la maggioranza e comprendono i settori più complessi contrattualmente e più frammentati sindacalmente – alcuna effettività allo «schema smodatamente inclusivo» della legge, che «finisce per porre sul medesimo piano tutti i lavoratori organizzati sindacalmente» (128).

Si è osservato che la mancata individuazione dei soggetti collettivi legittimati a negoziare non è una anomalia della legge, perché da essa «discende chiaramente che le diverse organizzazioni sindacali (anche organismi non associativi, come comitati di base e altre espressioni dell'autotutela dei lavoratori) hanno pari titolo a concorrere al-

(125) Romagnoli, *Le fonti regolative*, cit., p. 576.

(126) *Ibidem*, p. 577.

(127) E dunque già ora le misure negoziate da alcuni sindacati, se dichiarate idonee, vincolano tutti gli altri: sindacati che sono rimasti estranei alle trattative o non hanno sottoscritto gli accordi, coalizioni occasionali, singoli lavoratori.

(128) Romagnoli, *op. ult. cit.*, p. 576.

la formazione dell'accordo nell'ambito della procedura stabilita dalla legge», e che «ogni altra soluzione avrebbe portato a riconoscere, senza alcuna particolare giustificazione, un monopolio negoziale a favore dei sindacati maggiormente rappresentativi o maggioritari» (129). Ma a questa tesi si contrappone il dato fattuale, nel momento in cui dall'assenza di regole consegue la possibilità che l'accesso al tavolo negoziale dipenda dall'esito di estenuanti contese tra organismi sindacali, dove i rapporti di forza prescindono da verifiche oggettive di rappresentatività, e l'esclusione di un gruppo possa essere imposta dagli altri come condizione per la stipula dell'accordo (130), e che sia alla fine la parte datoriale a selezionare i propri interlocutori; oppure che si giunga alla paralisi reciproca, e dunque ora all'operare dell'«efficienza dei meccanismi istituzionali garantita da procedimenti decisionali "forti"» (131), ovvero all'intervento della provvisoria regolamentazione della CdG. Per contro, l'introduzione di criteri selettivi adeguati può dare a tutti i lavoratori, in base a un procedimento certo e democratico, la possibilità di partecipare, per quanto indirettamente, alla scelta delle organizzazioni sindacali che accedono al tavolo negoziale, e dunque di sentirsi in qualche modo responsabili delle regole da questi concordate, anche nel momento in cui devono applicarle e rispettarle; e può favorire il raggiungimento dell'accordo, evitando l'intervento «autoritario» della CdG.

Nel merito della scelta delle modalità regolative, utili indicazioni possono essere offerte, pur con necessari adeguamenti, dalla disciplina legislativa per la contrattazione di comparto nel lavoro pubblico (132), e dalla esperienza acquisita nella sua applicazione (133). Non si propone di esportare un modello ignorando le molteplici differenze di contesto e

(129) Bellocci, *Libertà e pluralismo sindacale*, cit., pp. 237-238.

(130) Romagnoli, *op. ult. cit.*, p. 577.

(131) Romagnoli, *ibidem*.

(132) M. Ricci, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali tra vecchi e nuovi limiti*, cit., p. 68, sottolineata l'importanza di verificare il numero e la sfera di rappresentanza dei sindacati stipulanti gli accordi, e la maggiore credibilità e rispetto di questi se sottoscritti seguendo percorsi di democrazia sindacale, suggerisce di creare una struttura unitaria ed elettiva dei lavoratori, recependo, con gli opportuni adattamenti, il modello presente nel lavoro pubblico.

(133) Anche con riguardo alla definizione delle regole per le azioni di autotutela nei servizi essenziali gestiti dalle pubbliche amministrazioni; si ridurrebbero così anche le attuali ingiustificate differenze nelle procedure di regolazione dello sciopero tra servizi essenziali gestiti in regime privatistico e pubblicistico.

funzione (134), ma di considerarlo un riferimento importante, anche per la ricorrenza di alcune analogie: in entrambi i casi si tratta di una sostanziale situazione di un bilaterale «obbligo a negoziare» regole che acquistano efficacia *erga omnes*. Indubbiamente si tratterebbe di un intervento parziale, che affronta un profilo di una complessa e intricata questione e interviene solo su una delle cause, e non la più grave, della attuale situazione critica, da cui emerge come l'obiettivo di conformare l'uso della risorsa sciopero al principio di solidarietà (135) in alcuni ambiti non sia stato ancora raggiunto. Ma se appare improbabile che si possano trovare soluzioni sufficienti nello stesso sistema della legge, spingendo «un po' più avanti» la sua interpretazione (136), e se, per contro, gli interventi più incisivi e sistematici appaiono quanto mai controversi e di difficile attuazione, potrebbe essere questo un piccolo passo in avanti, utile anche sul piano sperimentale, che potrebbe «consentire processi di riagggregazione di “sigle” minori, e soprattutto una effettiva rappresentatività complessiva di questo tavolo contrattuale e, con essa, una maggiore credibilità del risultato negoziale, nonché, come pratica conseguenza, anche un ulteriore calo della conflittualità globalmente considerata» (137). Sarebbe forse un contributo a preservare la possibilità dell'uso dello sciopero, neutralizzandone i profili più esasperati e negativi, in contesti in cui il concetto di interesse collettivo sovente si perde in conflitti di interesse tra gruppi e dove aziende e sindacati spesso trascurano il dovere di assicurare a tutti il godimento dei diritti costituzionali.

(134) Peraltro anche nelle pubbliche amministrazioni non mancano comparti caratterizzati da complessità contrattuale; e ora anche per esse l'ambito contrattuale non è più definito legalmente ma dagli Accordi quadro: dunque la selezione *ex lege* dei soggetti negoziali convive con l'autonomia della scelta della categoria, affidata al negoziato.

(135) Romagnoli, *Le fonti*, cit., p. 575.

(136) Di questa opinione è invece Magnani, *op. ult. cit.*

(137) Ghezzi, *Sul ruolo istituzionale della Commissione di Garanzia*, cit., p. 11.

Mario Giovanni Garofalo (*)

UNA RIFLESSIONE SUL CODICE DELLE PARI OPPORTUNITÀ
TRA UOMO E DONNA (**)

1. — Dividerò questo mio intervento in tre parti; nella prima cercherò di individuare le ragioni di un certo abbassamento di tensione nel dibattito sul rapporto tra le donne e il lavoro per il mercato; nel secondo muoverò qualche osservazione critica al cd. Codice che oggi siamo chiamati a commentare; nella terza formulerò qualche tesi sul nostro problema per verificare se, partendo da esse, il dibattito sul tema possa ripartire superando l'*impasse* in cui si trova.

Quando la collega Minervini mi ha invitato a tenere questa relazione, sono stato ben lieto di accettare, non solo per la bellezza della città che ci ospita, ma anche – e soprattutto – perché è da tempo che la nostra comunità scientifica non discute più sul tema della parità tra uomini e donne, dopo che, in un ancor recente passato, è stato oggetto di ampie, appassionate e approfondite trattazioni, a partire da quelle, in un certo senso pionieristiche, di Cecilia Assanti, di Maria Vittoria Ballestrero, di Marisa De Cristofaro, di Paola Catalini. E questo dibattito, specificamente giuridico, si inseriva in un più ampio dibattito politico e culturale che ha avuto il grande merito di far acquisire visibilità ai rapporti di riproduzione occultati dalla scissione tra economia e società prodotta dalle rivoluzioni borghesi, non smentite su questo dai movimenti politici di ispirazione socialista.

Vale la pena riflettere un attimo sulle ragioni di questo abbassamento di tensione e mi permetto di formulare un'ipotesi che vorrei fosse verificata o falsificata nei successivi interventi: il dibattito giuridico cui ho fatto cenno ha portato il suo contributo al dibattito più generale elaborando tecniche normative e di tutela via via più sofisticate, e queste tecniche sono

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bari.

(**) Il testo che qui si pubblica è la relazione svolta al Seminario sul tema *Le pari opportunità e le azioni positive* tenutosi all'Università di Bergamo il 2 febbraio 2007 e organizzato da Annamaria Minervini.

state in buona misura adottate dal legislatore sia nazionale che comunitario. E ciò era indispensabile: non si tratta di indurre modificazioni nell'ordinamento giuridico che lo adattino a modificazioni della dinamica sociale già realizzate; al contrario si tratta di utilizzare lo strumento normativo per indurre modifiche a una dinamica sociale che continua a proporre antiche e nuove discriminazioni. L'attuazione dei nuovi principi non può, dunque, restare affidata ai meccanismi spontanei della società per l'ovvia ragione che è esattamente su questi che si vuole intervenire.

Alla sofisticazione delle soluzioni giuridiche via via adottate, però, corrisponde un'intrigante povertà di risultati concreti e immediati. A parte l'ovvia osservazione che era ed è utopico pensare a risultati immediati quando si vuole incidere sulla qualità delle relazioni tra i generi, l'ipotesi che voglio discutere con voi è che lo scarto denunciato abbia prodotto stanchezza e disinteresse.

Se questo è vero, occorre superare e stanchezza e disinteresse: la posta in gioco è troppo importante. Ne va di mezzo la possibilità – che un tempo è apparsa a portata di mano – di cambiare profondamente le relazioni tra i generi e, con essi, la società in generale.

Questa esortazione – se volete, questo ottimismo della volontà – nulla toglie alla necessità di porsi la domanda se lo scarto di cui parlavamo sia frutto di errori di progettazione della normativa ovvero dovuto a ragioni più profonde, tutte da indagare.

2. — Mi interessa poco – anzi, per dirla tutta, per niente – la *querelle* su quale sia oggi la contraddizione fondamentale delle nostre società occidentali; se sia la contraddizione di classe, ovvero quella tra i generi, ovvero ancora quella tra nativi e immigrati o tra omosessuali ed eterosessuali o qualche altra ancora.

Quel che mi interessa è che le nostre società sono strutturate in modo tale da creare gruppi sociali svantaggiati e che lo svantaggio sociale si sostanzia nella maggiore difficoltà, rispetto agli appartenenti ad altri gruppi, a soddisfare i propri bisogni: in una parola a subire trattamenti discriminatori. Di qui l'esigenza, in un ordinamento che fa dell'egualianza sostanziale il proprio principio fondante, di contrastare queste dinamiche sociali attraverso la legislazione antidiscriminatoria.

Però, questa legislazione si è sviluppata in modo alluvionale: man mano che nel dibattito politico è affiorata la consapevolezza che l'appartenenza a un determinato gruppo sociale provoca svantaggi, si è fatta una legge *ad hoc*. Senonché, in parallelo a questo processo, si svolgeva il

dibattito giuridico sulle tecniche di tutela contro le discriminazioni. Il risultato di questo doppio processo è che ciascuno di questi interventi legislativi non ha riprodotto la normativa del precedente estendendolo al nuovo motivo di discriminazione, ma ha dettato una normativa distinta; né può dirsi che la diversità di disciplina sia giustificata dalla necessità di adattarla a peculiarità del motivo discriminatorio.

Non starò qui a elencare questa successione di leggi (1), perché è ben conosciuta. Questo discorso a me serve per dire che bene aveva fatto il legislatore della legge 28 novembre 2005, n. 246, a delegare il governo «ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di pari opportunità [...] nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) individuazione di strumenti di prevenzione e rimozione di ogni forma di discriminazione, in particolare per cause direttamente o indirettamente fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età e l'orientamento sessuale, anche al fine di realizzare uno strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di pari opportunità previsti in sede di Unione europea e nel rispetto dell'articolo 117 della Costituzione;

b) adeguamento e semplificazione del linguaggio normativo anche attraverso la rimozione di sovrapposizioni e duplicazioni».

Invece, il governo della passata legislatura, pochi giorni prima di passare il testimone al nuovo, ci ha fatto il discutibile regalo del «Codice delle pari opportunità tra uomo e donna», mancando l'obiettivo prioritario posto dal legislatore delegante di una razionalizzazione complessiva della legislazione antidiscriminatoria nel nostro paese.

La necessità sistematica rimane e mi sembra, quindi, ragionevole formulare l'auspicio che il nuovo Parlamento e il nuovo governo riprendano il cammino inutilmente interrotto.

(1) Abbiamo avuto, per primo, il divieto di discriminazione retributiva tra lavoratrici e lavoratori contenuta nell'art. 37 Cost.; poi il divieto di discriminazioni sindacali, politiche e religiose nello Statuto dei lavoratori del 1970; poi due interventi legislativi sulla discriminazione per ragioni di sesso, la legge n. 903 del 1967 e la legge n. 125 del 1991; poi, il divieto di discriminazione per Aids, disposto dalla legge n. 135/1990; successivamente quello per ragioni di razza, colore, ascendenza od origine nazionale del d.lgs. n. 286 del 1998; a questi vanno, infine, aggiunti e decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 che tipizza una serie ampia di motivi di discriminazione vietata. E prescindendo volutamente dai divieti di discriminazione ai danni dei lavoratori contraenti di alcuni contratti cd. atipici che assolvono a una diversa funzione.

3. — Persa questa occasione, il Codice assolve alla più modesta funzione di Testo Unico delle leggi sulle pari opportunità tra uomini e donne. Di un Testo Unico in materia, in realtà, non si sentiva un grande bisogno, essendo la normativa contenuta essenzialmente in due leggi – la legge n. 903/1977 e la legge n. 125/1991 –, e le modifiche successive, contenute nei d.lgs. n. 196/2000 e n. 145/2005, avevano usato la tecnica della novella; per questo erano già incorporate nella legge di base.

In più, è stata dimenticata qualche norma extra-vagante come l'art. 10 del d.lgs. n. 276/2003, che dispone il divieto di indagini sulle opinioni e di trattamenti discriminatori da parte delle agenzie che operano nel mercato del lavoro, o l'art. 3 della legge n. 108/1990, che sanziona con la nullità il licenziamento discriminatorio, anche per ragioni di genere. Quest'ultima omissione si accompagna stranamente con la riesumazione, nell'art. 35 del Codice, del divieto di licenziamento per causa di matrimonio della legge n. 7/1963; l'effetto combinato di questi due elementi sembra essere che al licenziamento per causa di matrimonio debba applicarsi la sanzione della nullità di diritto comune e non l'art. 18 Stat. lav.: e, infatti, è l'art. 3 della legge del 1990 che dispone l'applicazione della sanzione della reintegrazione, mentre la legge del 1963 – precedente, dunque, allo Statuto – disponeva la nullità di diritto comune. Per il principio della successione delle leggi nel tempo, la norma del 1990 doveva prevalere su quella del 1963; ma, oggi, il rapporto temporale tra le due norme viene capovolto. È certamente da preferire un'interpretazione che, al contrario, privilegi non la successione formale, ma quella sostanziale dei precetti in contraddizione, rendendo così applicabile l'art. 18. Se così non fosse, si realizzerebbe una differenza di trattamento del tutto irrazionale in contrasto con l'art. 3 Cost.

È stata inspiegabilmente trascurata anche l'intera materia dei congedi, regolati oggi dal d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, che avrebbe potuto essere ripreso e trascritto nel Codice.

Ma, soprattutto, l'approssimazione con cui è stata fatta l'operazione di taglia e incolla è dimostrata dal fatto che sono state riprodotte norme ormai abrogate: è il caso dell'art. 38 che richiama l'art. 5 della legge n. 903/1977, in materia di lavoro notturno femminile, quando la materia è oggi interamente regolata dall'art. 11 d.lgs. n. 66/2003. In un caso, addirittura, è stata riesumata una norma dichiarata incostituzionale: si tratta dell'art. 30, comma 1, che riconosce il diritto delle lavoratrici a continuare nel rapporto di lavoro fino all'età pensionabile prevista per i lavoratori maschi, subordinandolo però a una comunicazione da effet-

tuare almeno tre mesi prima. La norma così riproduce l'art. 4 della legge n. 903/1977 nonostante la dichiarazione di illegittimità costituzionale pronunciata con la sentenza 27 aprile 1988, n. 428.

Inoltre, come giustamente ha segnalato Donata Gottardi, non è per nulla convincente la norma che dovrebbe, per la sua collocazione, dare la chiave di lettura dell'intero testo: l'art. 1, infatti, lo destina all'eliminazione di «ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso». A parte l'uso del termine «sesso» invece di quello di «genere», la norma appartiene a una fase ormai superata: quella che interpretava l'egualianza come un dato statico e, per così dire, passivo; manca, insomma, la previsione della possibilità-liceità di norme di diritto che valorizzino la differenza di genere, ma anche delle azioni positive. Ma è anche pericolosa la seconda parte della norma, quella per cui le distinzioni, esclusioni o limitazioni vietate con il divieto di discriminazione sarebbero quelle che abbiano «come conseguenza, o come scopo, di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali». Un'interpretazione capziosa di questo testo potrebbe portare a ritenere che non si abbia discriminazione quando non sia coinvolto un diritto umano o una libertà fondamentale: si tratterebbe, come dicevo, di un'interpretazione capziosa perché il diritto a non essere discriminati per uno dei motivi tipizzati dall'ordinamento è, in sé, un diritto fondamentale, ma una più attenta formulazione avrebbe evitato questo rischio.

Un'altra critica può essere mossa, questa volta specificamente, alla definizione della fattispecie discriminatoria dell'art. 25, anche se il Codice riprende tale descrizione dal d.lgs. n. 145/2005 (che, però, appartiene alla medesima stagione politica). In queste norme, la discriminazione è definita come «il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga». Invece, nella Direttiva n. 2002/73/Ce e in quella n. 2006/54 Ce si ha discriminazione quando il trattamento in base al sesso è meno favorevole «di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra (persona) in una situazione analoga». Potrebbe, dunque, opinarsi che, nell'ordinamento italiano possa aversi discriminazione solo quando il trattamento comparabile sia effettivamente esistente, mentre in quello comunitario può essere meramente virtuale. Certo, ove si ritenesse così, il contrasto tra ordinamento nazionale e comunitario sarebbe evidente; però, ancora una volta, una più attenta redazione del cd. Codice avrebbe evitato il problema.

Non ho intenzione di continuare ad annoiarvi con questa sorta di caccia all'errore. La loro segnalazione mi serve a portare un ulteriore argomento all'auspicio che ho già formulato di un nuovo intervento legislativo.

Del resto, il cd. Codice è già diventato vecchio sotto due distinti profili.

In primo luogo, il 13 dicembre 2004 è stata approvata la Direttiva n. 2004/113/Ce, «che attua il principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura». Si tratta, a mio avviso, di una normativa di grande importanza, anche se non risolutiva e criticabile sotto alcuni profili (ad es., prevede come sanzione solo il risarcimento del danno, anche se lo stesso deve essere effettivo e dissuasivo), perché – come insisterò più volte nel corso di questo mio intervento – sono convinto che le discriminazioni di genere in materia di lavoro in gran parte nascano fuori del mondo del lavoro. Non risolutiva, dicevo, perché queste radici vanno essenzialmente cercate nella diseguale distribuzione del lavoro di cura e, a questo fine, la parità di trattamento nell'accesso ai beni e ai servizi è certamente utile ma, appunto, non risolutiva. Comunque, questa Direttiva è, oggi, diritto comunitario vigente e occorre adeguare a essa l'ordinamento nazionale. È vero che si ha tempo fino al 21 dicembre 2007, ma – appunto – per farlo occorrerà intervenire sulla normativa che stiamo commentando.

Inoltre, il d.lgs. di cui stiamo trattando porta la data dell'11 aprile 2006; il 5 luglio successivo è stata definitivamente approvata la Direttiva n. 2006/54/Ce che modifica e riunifica quasi tutta la precedente legislazione comunitaria in materia. Termine ultimo per il recepimento è il 15 agosto 2008 ma, nuovamente, la normativa che stiamo commentando dovrà essere modificata in più punti.

In un caso, si tratta di una normativa già in vigore quando è stato emanato il cd. Codice; nell'altro di una normativa in stato di avanzata elaborazione; il meno che si possa dire è che gli estensori del Codice siano stati un po' disattenti.

4. — Ma il Codice ha anche un pregio: l'aver messo in fila la normativa in materia di pari opportunità ne ha anche evidenziato le lacune ed è su queste che voglio ancora dire qualcosa.

Una prima lacuna deriva dalla sproporzione tra l'attenzione dedicata alle pari opportunità in materia di lavoro e quella prestata alle

medesime pari opportunità in altre relazioni sociali. Anche solo dal punto di vista quantitativo: su 58 articoli, da cui vanno dedotti n. 9 articoli generali (quindi, su 49 articoli), ben 42 sono dedicati al lavoro (compreso quello imprenditoriale). Dei residui 7, 4 sono dedicati all'accesso a impieghi pubblici (e questi ben potrebbero essere inclusi tra quelli dedicati al lavoro), 2 ai rapporti di famiglia e 1 all'accesso alle cariche elettive.

Eppure, come già accennavo, sono convinto che la diseguale distribuzione del potere tra i generi nella società italiana condizioni l'assetto storicamente dato dei rapporti di lavoro (per il mercato) molto più di quanto ne sia condizionato. Se questo è vero, quando prendiamo il problema dal lavoro, spesso ci troviamo in situazioni di necessità che non sono aggredibili con il più sofisticato degli strumenti giudiziari. Faccio un esempio: se il lavoro può prolungarsi indefinitamente, a un semplice cenno dell'imprenditore – come consente l'attuale legislazione sull'orario di lavoro – a quel lavoro potranno accedere, in realtà, solo maschi che possano scaricare il lavoro di cura su mogli casalinghe o con lavori meno impegnativi (ma anche meno pagati). E non sarà il principio di parità retributiva che può salvaguardare la donna da una simile situazione. Un altro esempio può essere tratto dal lavoro di ricerca: se lo stesso continua a essere costruito su parametri maschili, il cd. tetto di cristallo nella nostra professione potrà essere superato solo da donne che si uniformino al modello maschile, trasferendo su altre donne gli oneri del lavoro di cura.

Insomma: come si può promuovere la posizione lavorativa della donna se non si interviene sul lavoro di cura?

Invece, il cd. Codice, per le norme in materia di parità nei rapporti familiari, si limita a far rinvio al codice civile (art. 23). Si badi, non ho nulla da obiettare a questa collocazione: le norme sulla parità tra i coniugi stanno bene dove stanno, appunto nel codice civile. La materia richiederebbe, però, tutta una serie di interventi tesi a redistribuire il lavoro di cura tra i sessi e ad alleggerirli; sarebbe un fuor d'opera inserirli nel codice civile e troverebbero idonea collocazione in un codice sulla parità uomo-donna. Nel cd. Codice delle pari opportunità, invece, non c'è nulla più che questo insignificante rinvio, neanche – come già ho segnalato – un richiamo alla materia dei congedi che, chi sa perché?, è stata ritenuta estranea alle pari opportunità.

Altrettanto deve dirsi per due altri aspetti di fondamentale importanza. Il primo è la parità uomo-donna nei rapporti sociali (ad esempio,

si è mai fatta un'indagine sulle difficoltà di una donna *single* a ottenere un finanziamento bancario?): su questo vi è solo la previsione di una Commissione presso la Presidenza del Consiglio che non si comprende bene quali funzioni abbia. Eppure, come già segnalato, al momento della stesura del Codice era già in vigore la Direttiva n. 2004/113/Ce sulla parità nell'accesso a beni e servizi.

L'altro aspetto è quello della presenza delle donne nel sistema politico: come bene ha segnalato Donata Gottardi, non viene richiamato l'art. 51 Cost., come modificato dalla legge cost. n. 1/2003, che obbliga la Repubblica a promuovere «con appositi provvedimenti le pari opportunità tra uomini e donne» in materia, e neanche l'art. 117, come modificato dalla legge cost. n. 3/2001, che obbliga le leggi regionali alla promozione delle pari opportunità anche nell'accesso alle cariche elettive. È ripresa solo la norma che prevede un meccanismo di penalizzazione sul rimborso delle spese elettorali per le liste che non abbiano candidati del sesso meno rappresentato in una misura pari almeno a un terzo. Ma ciò vale solo per il Parlamento europeo: e perché? Non c'è analogo problema nelle altre elezioni?

5. — Come molti di Voi sapranno, io, personalmente, sono un cultore del diritto sindacale, al quale ho dedicato buona parte del mio lavoro di ricerca. Bene, al cultore del diritto sindacale dovrebbe saltare agli occhi un aspetto della regolamentazione giuridica – sia nazionale che comunitaria – della materia delle pari opportunità che è trascurata dal dibattito: mi riferisco alla (quasi) completa assenza dei soggetti collettivi. Il tema delle pari opportunità è gestito o dal singolo soggetto individuale che si ritiene discriminato ovvero da organi pubblici, mai da soggetti collettivi esponenziali dell'interesse collettivo lesa.

E, infatti, la legittimazione all'azione giudiziale antidiscriminatoria è attribuita o alla lavoratrice discriminata (art. 36) o alla consigliera di parità (art. 37), in caso di azione «a tutela di più soggetti»: così recita la rubrica dell'art. 37 dimostrando un'assoluta ignoranza della tematica dell'interesse collettivo.

Né le cose vanno meglio nel diritto comunitario: l'art. 17 della Direttiva n. 2006/54/Ce dispone che gli Stati debbano prevedere la possibilità che le associazioni che vi abbiano «legittimo interesse» promuovano l'azione in giudizio «per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso». «...e con il suo consenso», come se la situazione concreta che può impedire al soggetto lesa di chiedere la tute-

la giudiziaria miracolosamente mutasse di segno se si presta il consenso a che l'azione sia promossa dall'associazione.

Ma dobbiamo prendere atto che tutto ciò è solo il riflesso, sul piano dell'azione in giudizio, del fatto che, fino a oggi, il movimento delle donne – che pure ha così fortemente contribuito al rinnovamento ideale e pratico della nostra società, del nostro modo di agire e pensare – non ha prodotto organizzazioni stabili che possano, nella pratica politica, porsi come soggetti esponenziali dell'interesse collettivo delle donne alla parità. So bene che, nel dibattito, questa mancanza è stata teorizzata come un obiettivo da perseguire, ma sono anche convinto che questa è una delle cause delle difficoltà. Sempre attingendo all'esperienza sindacale, è certo che nei momenti alti il movimento può procedere anche senza un'organizzazione formale; ma è altrettanto certo che un'organizzazione stabile è quella che consente di affrontare i momenti bassi senza reflussi disastrosi.

Insomma, l'esperienza, ormai più che secolare, del diritto sindacale ha come perno la nozione di interesse collettivo, cioè dell'interesse di un gruppo di lavoratori che si costituisce come tale proprio per perseguire quell'interesse; si tratta di un interesse distinto sia da quello dei singoli lavoratori appartenenti al gruppo, sia dall'interesse generale perseguito dall'istituzione pubblica, con il quale volta a volta può coincidere o confliggere. Ciò crea, anche questa è una vicenda nota, il difficile e delicatissimo problema – vera croce e delizia degli studiosi della materia – della rappresentanza e della rappresentatività: a quale titolo l'azione dell'organizzazione può influire sulla sfera giuridica del lavoratore rappresentato? A quale o a quali organizzazioni l'ordinamento può affidare la produzione di determinati effetti giuridici?

Di tutto ciò non c'è traccia nel dibattito sulla questione di genere. La dinamica che ha portato alla costruzione della normativa in materia è tutta politica, tutta interna alle istituzioni nazionali e comunitarie; non c'è mai stato neanche un tentativo di costruire un autonomo contro-potere sociale che guardasse alle istituzioni come altro da sé. Paradossalmente, la negazione della possibilità stessa di rappresentare collettivamente i bisogni e gli interessi delle donne ha prodotto una delega forte di rappresentanza alle pubbliche istituzioni.

Eppure, la discriminazione è sempre un fatto collettivo: o guardiamo alle donne come gruppo distinto all'interno della società o non riusciamo neanche a vedere il problema. La singola donna che non riesce a realizzare i più elevati livelli di qualificazione (il tetto di cristallo) non può

che essere confusa con i tanti uomini che ugualmente non riescono a realizzare questo obiettivo se non viene vista come appartenente al genere femminile, a un gruppo, cioè, cui quella possibilità viene collettivamente negata. Anche quando si tratti di una discriminazione individuale, l'appartenenza al gruppo svantaggiato è quello che qualifica una differenza di trattamento come discriminazione.

6. — Ma vi è anche un'altra grave aporia nell'assetto giuridico delle pari opportunità: nonostante che, storicamente, il genere svantaggiato sia quello femminile, la norma è costruita con riferimento ad ambedue i generi, sia nel diritto nazionale che in quello comunitario.

Art. 25, comma 1: «Costituisce discriminazione diretta [...] qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando *le lavoratrici o i lavoratori* in ragione del loro sesso...»

Art. 25, comma 2: «Si ha discriminazione indiretta [...] quando una disposizione, un criterio ecc. apparentemente neutri mettono [...] *i lavoratori di un determinato sesso* in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori *dell'altro sesso*...».

E non è diverso il diritto comunitario:

Art. 2, par. 1, Direttiva n. 2006/54/Ce: «...a) discriminazione diretta: situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso...»; «...b) discriminazione indiretta: [quando] una disposizione, un criterio ecc. possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso...».

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi e non è certo il caso di farlo.

Nella fattispecie, dunque, il soggetto destinatario della norma non è la donna, come soggetto storicamente discriminato, ma un soggetto neutro e, nel costruirlo normativamente, si fa astrazione dal suo genere; il precetto, poi, consiste nell'obbligo per il soggetto agente di mantenere questa astrazione anche nel momento in cui si decidono le disposizioni, gli atti, i comportamenti ecc.

Può affermarsi che una simile tecnica normativa si risolve in una piccola e irrilevante ipocrisia verbale: e, infatti, nell'attuale struttura sociale, sono le donne a essere sfavorite e, dunque, saranno loro a beneficiare della normativa. Ma non può essere trascurato che questa concessione retorica rappresenta, comunque, una conferma simbolica del principio per cui una disposizione, un comportamento, una regola, per essere conforme al principio di parità di trattamento, deve essere neutra; deve avere come destinatario un soggetto neutro, asessuato. La differenza di

fatto da superare (il fatto storicamente dato che le donne sono discriminate nell'attuale struttura della società a vantaggio degli uomini) viene, ancorché solo formalisticamente, espulsa dalla costruzione della norma giuridica astratta e generale per essere rinviata al suo momento applicativo, quando, cioè, si verifica empiricamente quale dei due generi sia sottorappresentato.

Il risultato di una simile impostazione è la legittimazione di una lettura del principio di eguaglianza che contrappone l'eguaglianza formale – quella, cioè, che obbliga a fare astrazione dall'elemento differenziante – all'eguaglianza sostanziale, quella, cioè, per dirla con le parole della nostra Costituzione, che impone ai poteri pubblici di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini e impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Se vi è contraddizione tra i due principi, l'unico modo per ricomporla è quello di porre l'eguaglianza formale come regola e l'eguaglianza sostanziale come eccezione. Come è noto, è questa impostazione che, a sua volta, ha consentito una lettura restrittiva dell'ammissibilità delle azioni positive, in quanto attuazione del principio di eguaglianza sostanziale, da parte della Corte del Lussemburgo (ma anche della Corte Costituzionale italiana della sentenza n. 422/1995, che ha reso necessaria la modifica dell'art. 51 Cost. avvenuta con legge cost. 30 maggio 2003, n. 1).

In realtà, se si ritiene – come io ritengo – che le azioni positive, ben più della normativa antidiscriminatoria, occupino un posto centrale in una politica delle pari opportunità perché consentono (meglio: potrebbero consentire se effettivamente praticate) di aggredire le cause del fenomeno, occorre battere questa interpretazione.

E gli elementi di diritto positivo autorizzano pienamente questa opzione interpretativa. E, infatti, la contrapposizione tra le due eguaglianze ha certamente una forte capacità esplicativa della storia dei concetti giuridici e del loro uso politico. L'eguaglianza formale è lo strumento attraverso il quale è stato possibile passare dagli *status* al contratto, costruire i sistemi giuridici successivi alle grandi rivoluzioni borghesi che fanno astrazione dalla concreta collocazione sociale del soggetto. L'eguaglianza sostanziale è, invece, quella che segna il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale.

Ma, se lasciamo il discorso storico per porci sul piano del diritto positivo, per ciò che riguarda il diritto nazionale italiano, l'esistenza, fianco a fianco, della tradizionalissima formula dell'eguaglianza di fronte alla

legge e dell'eguaglianza sostanziale obbliga l'interprete a interpretare la stessa eguaglianza di fronte alla legge come precetto, cioè come obbligo di non praticare trattamenti irragionevolmente differenziati, ma *contemporaneamente* di rendere giuridicamente rilevanti le differenze di fatto per introdurre differenze normative tese a superarle: una volta si diceva il diritto diseguale.

Insomma, se è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di fatto che si frappongono al «pieno sviluppo della persona umana e (al)l'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale», è per definizione «ragionevole» una differenza di trattamento che abbia questa finalità e ciò la rende legittima anche in forza del comma 1 dell'art. 3. Del resto, è in questo senso che si muove – nel caso particolare dell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive – l'art. 51 Cost. dopo la modifica del 2003 (legge cost. 30 maggio 2003, n. 1): dopo aver affermato l'eguaglianza dei generi in questa materia, si dispone che la Repubblica *debba* promuovere le pari opportunità tra uomini e donne.

A ben guardare, il discorso che sto conducendo può riassumersi nell'osservazione che all'eguaglianza formale è estraneo il concetto di promozione della parità: ad assicurarla è, infatti, sufficiente il divieto di praticare differenze di trattamento fondate sulla differenza di genere (per esempio il divieto alle donne di accedere alla magistratura) ovvero l'obbligo di costruire la fattispecie astratta escludendo la rilevanza del genere.

Non mi sembra differente il discorso da condurre sul diritto comunitario. Anche in questo ordinamento, il riconoscimento delle pari opportunità è accompagnato dalla previsione di misure promozionali. L'art. 3.2 Trattato Ce, infatti, dispone che: «L'azione della Comunità [...] mira a eliminare le ineguaglianze nonché a promuovere la parità tra uomini e donne»; di conseguenza, l'art. 141 Ce dispone che possono prevedersi «vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale (da parte delle donne) ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali». Anche per l'ordinamento comunitario, dunque, le azioni positive non sono un'eccezione al principio di eguaglianza, ma una sua attuazione.

Qualche dubbio può sorgere dalla Carta di Nizza del 2000 che, dopo aver posto il generale principio di eguaglianza nell'art. 20, dedica l'art. 23 alla parità tra uomini e donne affermando, in negativo, che «il principio di parità *non osta*» alle azioni positive. Non credo, però, che ciò

impedisca l'interpretazione che prima ho difeso, non tanto per l'incerto valore giuridico della Carta, quanto per il fatto che la Carta stessa è subordinata al Trattato e deve essere interpretata alla luce di questo.

7. — Permettetemi di concludere sottolineando come la strada da percorrere per realizzare le pari opportunità sia ancora lunga e in salita. Varie, a mio avviso, sono le difficoltà a percorrerla tutta; quelle che ritengo centrali sono:

– Una considerazione separata di ciascun gruppo svantaggiato da tutti gli altri: le donne distintamente dagli immigrati; i *gay* dagli *handicappati* ecc., e ciò ostacola una lettura della società che sveli la trama che produce diseguaglianze e l'individuazione degli strumenti per costruirne una un po' più giusta;

– La mancata costituzione di organizzazioni stabili che abbiano, come proprio statuto ideologico, la tutela dei gruppi svantaggiati da parte dei gruppi stessi;

– A livello ideologico, la permanenza di una lettura dell'eguaglianza come astrazione dei soggetti dalla loro concreta collocazione sociale.

Stefano Caliendo (*)

IL LAVORO A TEMPO PARZIALE NELLA PROSPETTIVA COMUNITARIA

SOMMARIO: 1. Premessa: la transizione comunitaria e il *Libro bianco* di Delors. — 2. L'obiettivo dell'occupazione di qualità. — 2.1. *Segue*: le prospettive della qualità. — 3. L'europeizzazione dei diritti del lavoro: il *part-time*. — 4. L'Organizzazione internazionale del lavoro: la Convenzione n. 175/194. — 5. Il rapporto di lavoro a tempo parziale nella prospettiva comunitaria. — 5.1. *Segue*: analisi della Direttiva n. 97/81. — 5.1.1. *Segue*: il principio di non discriminazione. — 5.1.1.1. *Segue*: divieto di discriminazione nel *part-time* e divieto di discriminazione di genere: un rapporto di concorrenza? 5.1.2. *Segue*: la volontà del lavoratore. — 5.1.2.1. La gestione individuale del tempo di lavoro: la flessibilità biunivoca. — 6. Il ruolo delle clausole per la tutela dei lavoratori. — 6.1. Il dovere di leale cooperazione e la sentenza n. 45/2000 della Corte Costituzionale. — 7. Conclusioni.

1. — *Premessa: la transizione comunitaria e il Libro bianco di Delors*
— L'analisi relativa al processo di integrazione europea rappresenta oggi uno spaccato significativo della nostra storia contemporanea.

Da Roma ad Amsterdam i paesi che aderiscono alla Comunità europea hanno progressivamente modificato il proprio apparato giuridico istituzionale per andare incontro alla creazione di un mercato unico comunitario che ha modificato radicalmente il tessuto economico e sociale degli stessi aderenti.

Il risultato di questo percorso ha cambiato definitivamente l'identità degli Stati che vi aderiscono e dei loro rapporti con i cittadini (1). Infatti merita di essere rammentato come lo stesso Trattato di Roma

(*) Assegnista di Ricerca nell'Università degli Studi di Bologna, Facoltà di Giurisprudenza.

(1) Si veda Tizzano, *Introduzione al codice dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 1995. *Caratteristiche generali dell'Unione europea*. Per una analisi approfondita sui temi dei diritti sociali si veda (a cura di Ghezzi, Naccari, Torrice) *Il Libro bianco e la carta di Nizza. Il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa*, pp. 212; Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*,

nella prima delle cosiddette clausole sociali (art. 117) (2) preveda per gli Stati membri il dovere di «promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta la loro parificazione». La citata affermazione ha, tuttavia, scosso la sensibilità della dottrina che ha accusato i padri fondatori dell'Europa di «frigidità sociale» (3) poiché dall'articolato complessivo del Trattato costitutivo della Cee emerge un interesse secondario verso le politiche sociali rispetto alla promozione della concorrenza nel mercato comune.

Nell'ambito comunitario la tematica del tempo di lavoro, pur essendo stata presa in considerazione fin dall'elaborazione dei Trattati di Roma, non ha riscontrato alcun intervento significativo né ha comportato per lungo tempo l'adozione di strumenti di carattere vincolante per gli Stati membri.

Agli inizi degli anni novanta il proliferare di accordi sulla flessibilità degli orari in numerosi settori della Comunità ha stimolato l'intervento del legislatore comunitario, che, al fine di dettare le condizioni minime per la tutela della salute dei lavoratori, ha emanato una serie di direttive (4).

2004, 9; Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006.

(2) Si veda Giugni, *La dimensione sociale del mercato del lavoro*, in Aa.Vv., *Italia e Germania protagoniste dell'integrazione europea* (a cura di Ferrera e Regelsberger), Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 379 ss.; si veda Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella Ce*, in q. *Riv.*, 2007, 1, p. 33.

(3) Si veda Mancini, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in Aa.Vv., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1998, p. 26.

(4) Si rammenta per chiarezza che a sostegno dell'obbligo per il datore di lavoro di informare il lavoratore circa le condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro è stata emanata la Direttiva n. 91/533; per quel che riguarda la tutela del lavoratore nelle crisi d'impresa si ricorda la Direttiva n. 98/59 Ce del 20 luglio 1998, che adegua la disciplina dei licenziamenti collettivi risalente agli anni settanta; la Direttiva n. 77/187/Cee del 14 febbraio 1977 e la Direttiva n. 2001/23/Ce del 12 marzo 2001, entrambe in materia di trasferimenti d'impresa; Direttiva n. 2002/74/Ce, del 23 settembre 2002, che modifica la Direttiva n. 80/987/Cee concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. Sul punto la Direttiva riprende il Programma «azione» relativo alla messa in opera della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, Com. (89) 568, Bruxelles, 29 novembre 1989. Si veda La Macchia, *La Carta Comunitaria dei diritti sociali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, pp. 769 ss.

Un esempio di questa tendenza è dato dalla Direttiva n. 93/104 del 23 novembre 1993 che affronta alcuni aspetti dell'organizzazione del tempo di lavoro significativi solo dal punto di vista delle prescrizioni minime relative alla salute e alla sicurezza del lavoratore.

Con questo intervento si cerca di contemperare sia le esigenze aziendali alla ristrutturazione dei cicli di produzione, sia le esigenze fisiologiche del lavoratore (il provvedimento vuole garantire le condizioni essenziali che devono in ogni caso essere assicurate in materia di durata massima del tempo di lavoro, di tempo di riposo, di congedi, di lavoro di notte, di lavoro nel fine settimana, di ore supplementari sistematiche).

Fondamentale per il rilancio e l'integrazione delle politiche economiche e delle politiche sociali nella Comunità è il *Libro bianco su «Crescita, competitività e occupazione»*.

La Programmazione assume come priorità dell'Unione la creazione di posti di lavoro, stabilendo che lo sviluppo economico non sia di per sé sufficiente a dar luogo a maggiore occupazione. A parere della Commissione è necessario un rinnovato e più semplificato sistema di norme e di incentivi per la promozione dell'impiego.

Il tempo di lavoro e la flessibilità degli orari, sono a parere della Commissione strumentali al rilancio delle politiche economiche e delle politiche sociali. Infatti vengono indicate tra le azioni di intervento «la necessità di adattare costantemente la struttura e la durata dell'orario di lavoro per riflettere le nuove esigenze in materia di organizzazione del lavoro e di occupazione», riconoscendo le trasformazioni già in atto nel mercato del lavoro, in particolare nel campo del lavoro a tempo parziale o variabile.

La Commissione interviene per precisare che il ricorso a nuove forme flessibili di lavoro deve essere tale per cui queste siano accettate diffusamente; tuttavia perché ciò sia possibile è necessario che i nuovi lavoratori «flessibili» possano fruire di condizioni di lavoro grosso modo equivalenti a quelle dei lavoratori con contratto *standard*. Pertanto la Commissione si propone di compiere un primo passo mediante una direttiva sul lavoro a tempo parziale, rispetto alla quale si potrebbe tener conto dei principi ora sanciti in sede Oit con la Convenzione n. 175, raccomandazione n. 182, del 1994.

Il Libro bianco sulla «Crescita, competitività e occupazione» si propone inoltre di intervenire su altri aspetti considerati centrali, in particolare modo sugli incentivi all'occupazione, mediante l'eliminazione di tutti quei fattori, di ordine fiscale e previdenziale, che possono essere

di ostacolo all'assunzione, specie di lavoratori poco qualificati; nonché sullo sviluppo del capitale umano, tramite in particolare il perfezionamento e l'estensione della formazione professionale e della formazione continua, considerata strumento essenziale per adeguare la forza lavoro ai rapidi mutamenti tecnologici e produttivi.

Un merito di Delors e del suo *Libro bianco* è aver saputo leggere il contesto economico sociale in cui si andava costruendo l'Unione europea, cioè la crescente competizione e integrazione dei mercati, da un lato, e la rigida protezione delle normative lavoristiche dei diversi paesi aderenti (5), dall'altro. Per evitare fenomeni di *dumping sociale* tra i vari gruppi di popolazione occorreva distribuire equamente tanto le tutele minime per i lavoratori quanto il buon funzionamento del mercato in tutto il territorio dell'Unione.

Questi orientamenti sono stati confermati dal *Summit di Essen* (1994), occasione in cui si precisa che l'obiettivo di incrementare la flessibilità del lavoro deve allo stesso tempo sostenere lo sviluppo di strumenti di *welfare* attivo, e si consolidano con il processo di *Lussemburgo* (1997) trovando un definitivo radicamento nel cd. «terzo pilastro» delle politiche del lavoro europee: «l'adattabilità» (6).

La filosofia che accompagna questo progressivo «processo di adattamento» tra la deregolamentazione neoliberista e l'assorbimento all'interno della fabbrica fordista viene sintetizzata dai documenti ufficiali tanto della Commissione quanto del Consiglio con la formula «flessibilità nella sicurezza». Si cerca di tenere insieme sia le nuove modalità di organizzazione del lavoro e le conseguenti figure giuridiche del lavoro, sia l'adattabilità delle imprese.

Obiettivo del «terzo pilastro» è quello di coniugare la maggiore flessibilità alla sicurezza e non alla precarietà, in quest'ottica la trasformazione dell'organizzazione del lavoro non è sensibile solo alle esigenze della produzione ma prende in considerazione anche il fattore umano (7).

(5) Treu, *Politiche del lavoro*, 2001, Il Mulino, Bologna, p. 83. Si veda anche Streek, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato Mercato*, 2000, pp. 20 ss.; Biagi, *Le relazioni industriali nell'Unione europea*, in *Scritti in Onore di Federico Mancini*, vol. I, Giuffrè, 1998, Milano, p. 73; Accornero, *Era il secolo del lavoro*, Bologna, 1997, pp. 160 ss.; Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, pp. 87 ss.

(6) Caruso, *Alla ricerca della «flessibilità mite»: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *Dir. rel. ind.*, II, 2000, pp. 141-150.

(7) Caruso, *Alla ricerca della «flessibilità mite»: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, cit., p. 143.

In quest'ottica si declina la tipicità del modello europeo i cui i punti di riferimento per l'adattamento dei lavoratori e delle imprese al mercato si rinvengono nei principi di equità, socialità e sicurezza (8).

Per l'ammodernamento del mercato del lavoro nella direzione dell'adattabilità è necessario stimolare la costruzione di istituti normativi e contrattuali che siano in sintonia con i continui mutamenti delle realtà economiche e sociali. La Commissione europea nel 2000 ha, per questo motivo, invitato le parti sociali a negoziare ai livelli appropriati accordi che modernizzino l'organizzazione del lavoro dando seguito anche a formule flessibili di lavoro al fine di rendere le imprese produttive e competitive e di raggiungere il necessario equilibrio tra sicurezza e flessibilità.

Da uno sguardo complessivo sui quattro pilastri (9) si coglie una sorta di contrapposizione tra i pilastri della «imprenditorialità e della "occupabilità" che tendono alla deregolazione, e quello delle "pari opportunità" che tende palesemente alla difesa dei diritti. Questa constatazione ha appalesato il tentativo comunitario di perseguire una terza via tra la tutela rigida del rapporto di lavoro del modello europeo e il modello deregolativo anglosassone» (10).

2. — *L'obiettivo dell'occupazione di qualità* — La fase sperimentale del processo di integrazione delle politiche sull'occupazione dei paesi membri dell'Unione europea avviato con il «Processo del Lussemburgo» e sviluppato dal Trattato di Amsterdam ha posto in evidenza come il nuovo obiettivo della strategia europea non sia la semplice crescita dell'occupazione ma l'incremento di un'occupazione di qualità.

Questa impostazione è stata ripresa con forza tanto dal Consiglio europeo di Lisbona 2000 (23-24 novembre) quanto dal vertice di Nizza del dicembre dello stesso anno; i due appuntamenti hanno delineato una strategia di inclusione sociale che basa la propria azione

(8) Perulli, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, 2003, p. 60.

(9) Ai sensi della Risoluzione del Consiglio europeo del 22 febbraio 1999 sugli orientamenti in materia di occupazione per il 1999. Le linee guida relative ai diversi pilastri sono Occupabilità, Sviluppo dell'imprenditorialità, Adattabilità, Pari opportunità.

(10) Perulli, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, 2003, p. 62; Romagnoli, *I profili istituzionali della contrattazione collettiva europea*, p. 24, in Lettieri, Romagnoli (a cura di), *La contrattazione collettiva in Europa*, 1998, Ediesse.

di intervento su una forma d'incentivazione del lavoro in grado non solo di garantire un'alta intensità occupazionale nell'Unione, ma capace allo stesso tempo di professionalizzare i lavoratori e metterli nelle condizioni di spendere le proprie conoscenze nel mercato del lavoro.

La delineata nuova strategia trova conferma nel Consiglio europeo di Stoccolma del 2001 (23-24 marzo), ove si afferma che ripristinare la piena occupazione non significa solo creazione di nuovi posti di lavoro, ma significa anche creare posti di lavoro migliori, e che in tale prospettiva occorrerà definire approcci comuni a livello comunitario per migliorare e mantenere la qualità del lavoro che dovrà essere inserito tra gli orientamenti per l'occupazione.

L'obiettivo dell'occupazione di qualità come strumento d'inclusione sociale trova una sua naturale collocazione nelle politiche di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore; nelle tematiche legate alle pari opportunità tra uomini e donne; nel miglioramento delle opportunità di scelta dei singoli lavori all'interno del mercato del lavoro.

È del tutto evidente che il tema oggetto della presente ricerca si trovi in stretta assonanza con il concetto «multidimensionale» (11) di qualità del lavoro, poiché il *part-time*, come tutti i lavori atipici, si espone con forza ai fenomeni di esclusione sociale.

A testimoniare una crescente attenzione delle istituzioni comunitarie sul tema deve segnalarsi una recente raccomandazione della Commissione europea (Com. 8 aprile 2003) sull'attuazione delle politiche degli Stati membri in materia di occupazione. Nel provvedimento, al fine di perseguire gli orientamenti fissati al Consiglio europeo di Lisbona, viene presa una posizione netta a tutela dei lavori atipici. Gli Stati membri sono invitati a evitare il rischio che le condizioni dell'impiego del lavoratore non siano connesse alla possibilità di scelta del tipo di lavoro, o alla possibilità di fruire di formazione continua o la prospettiva di carriera. La Commissione pone tre obiettivi complementari tra loro: piena occupazione, qualità e produttività sul posto di lavoro, coesione e integrazione sociale.

Per quel che concerne l'Italia la Raccomandazione precisa che nonostante i miglioramenti degli ultimi anni, permane un ampio divario

(11) Perulli, cit., p. 64; si veda anche Lassandari, *Sulla crisi della regolamentazione tra lavoro e flessibilità*, in q. *Riv.*, 2006, 4, p. 694; La Macchia, *Profili della politica comunitaria in tema di occupazione*, in q. *Riv.*, 2000, I, p. 915.

tra i tassi occupazionali del nostro paese e la media europea, in particolare per le donne e i lavoratori anziani. Si precisa che gli obiettivi assegnati all'Italia sono stati fissati tenendo conto di questa realtà, ma che tuttavia continua a esservi un ampio divario fra regioni, con un Nord che registra alti tassi di partecipazione e un'occupazione quasi piena e un Sud caratterizzato da bassa partecipazione e alta disoccupazione. Inoltre viene posto in rilievo che se le riforme del passato possono aver contribuito ad aumentare l'occupazione e a ridurre il numero dei senza lavoro in entrambe le parti del paese, il differenziale relativo è rimasto praticamente intatto e potrebbe nascondere un'ampia percentuale di lavoro nero.

A giudizio della Commissione un'ulteriore debolezza strutturale è data dal crescente squilibrio tra flessibilità e sicurezza, il ricorso a contratti più flessibili, con un grado di tutela relativamente basso rispetto alla protezione ancora rigorosa dei posti di lavoro a tempo indeterminato nelle imprese di medie e grandi dimensioni, ha accresciuto la dualità del mercato di lavoro, creando insicurezza a uno dei due estremi; insicurezza amplificata da un sistema assai limitato di prestazioni di disoccupazione e di assistenza sociale. L'Italia dovrebbe pertanto, secondo quanto stabilito nella Raccomandazione, adottare nuovi e incisivi provvedimenti per affrontare gli squilibri regionali per quanto riguarda occupazione, disoccupazione e creazione di posti di lavoro, facendo un uso efficace di tutti i mezzi a disposizione, compresa l'assistenza da parte dei fondi strutturali. Inoltre al fine di promuovere un cambiamento equo si devono realizzare, di concerto con le parti sociali, misure intese ad aumentare la flessibilità del mercato del lavoro e a modernizzare l'organizzazione del lavoro, promuovendo la sinergia tra flessibilità e sicurezza e operando per prevenire l'emarginazione delle fasce svantaggiate. Infine devono essere adottati provvedimenti per realizzare la strategia di apprendimento lungo tutto l'arco della vita, in particolare aumentando l'offerta di formazione continua attraverso accordi con le parti sociali.

Pare quindi attuale a distanza di 16 anni una riflessione che Massimo D'Antona faceva all'inizio degli anni novanta, cioè che la lotta alla disoccupazione attuata attraverso politiche di flessibilità sino ad allora adottate era fallita, perché la diffusione di occupazione flessibile e temporanea non aveva compensato la disoccupazione di lungo termine, che allora come oggi riguardava classi anagrafiche, aree geografiche determinate e specifici gruppi professionali; che il risultato cui si

era pervenuti aveva solo sostituito l'occupazione stabile e garantita con forme di occupazione fluttuante e sottoprotetta (12).

È evidente che l'approccio alla flessibilità e alle nuove forme di lavoro deve nel panorama globale, ma nel caso della realtà comunitaria maggiormente, liberarsi della comparazione tra dati statistici per dedicarsi a una comparazione tra sistemi di *welfare*.

Gli indicatori economici e sociali descrivono realtà in movimento, e hanno il compito di aiutare a cogliere la distribuzione dell'esclusione sociale e a segnalare le aree di maggiore sofferenza nel mercato del lavoro per poter mostrare i collegamenti fra politiche occupazionali, innovazione e ricerca (13).

Il «debole» invito rivolto dalla Commissione, dovuto ai limitati poteri d'intervento della stessa, è figlio di una progressiva mutazione genetica che il diritto del lavoro sta attraversando abbandonando lo storico ruolo di garanzia di stabilità e di uguaglianza per trasformarsi lentamente in una tecnica di incentivazione dell'impiego che si limita a fare incontrare domanda e offerta.

Se quindi la scelta operata a livello europeo è quella di una politica occupazionale condivisa e che tuteli la sicurezza e la salute dei lavoratori occorre definire a cosa serve il «cd. metodo aperto di coordinamento delle politiche occupazionali». Esso serve per spiegare alle istituzioni comunitarie le scelte dei legislatori nazionali, a svelare il funzionamento delle macchine burocratiche, a illustrare da quali presupposti si prendono le mosse e a dimostrare come, nel tentativo di coordinarsi, le posizioni di partenza possono essere modificate (14).

Ottenute queste informazioni sarà compito delle istituzioni comunitarie svolgere un monitoraggio delle misure adottate a livello nazionale, sollecitando, se necessario criticando e invitando a correggere l'indirizzo dei paesi membri attraverso raccomandazioni.

(12) D'Antona, *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, 1990, Esi, Napoli. In tal senso Garofalo, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, 1999, in *Dir. lav. rel. ind.*; Alleva, *I lavori atipici: pericolo o opportunità?*, in q. *Riv.*, 2000; Fumagalli, *Flessibilità e gerarchie nel mercato del lavoro: il potere dell'economia sul diritto*, in q. *Riv.*, 2001; Perulli, cit., pp. 67 ss.

(13) Sciarra, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, in *Quad. fior.*, n. 31/2002, p. 27.

(14) Ales, *La modernizzazione del modello sociale europeo: la lotta all'esclusione sociale attraverso l'open method of co-ordination*, in *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 37; Perulli, *Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana*, in q. *Riv.*, 2006, 4, p. 731.

Questa procedura è detta di *soft law* e come conseguenza ha il fatto che si apre la strada a una tecnica regolativa che nella realtà dei fatti, come detto sopra, risulta poco regolativa (15).

2.1. — Segue: *le prospettive della qualità* — Le sopramenzionate «necessità comunitarie» e la crescente spinta verso un diritto al lavoro di qualità sono i pilastri di una tecnica regolatrice che poggia su una lettura del contratto di lavoro che in primo luogo smette di «identificare l'obbligazione di lavoro nella messa a disposizione di mere energie psico-fisiche» (16); e che inoltre al fine del superamento delle disuguaglianze nel mercato identifica nell'autonomia individuale lo strumento attraverso cui l'individuo può rivendicare la propria libertà di scelta. Non a caso è stato sottolineato da una qualificata dottrina che il significato plurimo cui presta il fianco il concetto di autonomia individuale debba indirizzare, nella prospettiva della tutela del lavoratore, il proprio intervento verso l'identificazione della domanda collettiva a cui il diritto del lavoro deve rispondere. L'accentuarsi delle «*differenze* nel mondo del lavoro (di genere, di razza, di età, di impiego di tempo, di programma di vita, di *status*, di identità professionale e di forme di organizzazione collettiva)» è rappresentato da «un'articolata serie di differenze che chiedono di essere riconosciute e non tacitate in nome di un supposto bene comune, ma che si convertono fatalmente in discriminazioni se non sono costantemente garantite quelle condizioni di uguaglianza sostanziale che rendono la libertà di scelta significativa per l'individuo» (17).

La qualità del lavoro quindi come metafora dell'autonomia dell'individuo, intendendo la *mission* del diritto del lavoro, e delle sue tecniche regolatrici, indirizzata a perseguire «un'insieme di valori espressi dal sistema giuridico e dall'ambiente sociale» tale da superare una lettura bloccata sull'efficienza dell'economia ma capace di identificare un quadro di riferimenti normativo-valoriali più ampio (18).

La sensazione è che dietro una timida apertura all'occupazione di qualità si nasconda un pensiero, e un'aspirazione più forte e trascen-

(15) Sciarra, cit., p. 28.

(16) Romagnoli, *Il diritto del secolo. E poi?*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, editoriale.

(17) D'Antona, *Alla ricerca dell'autonomia individuale (passando per l'uguaglianza)*, in *q. Riv.*, 1992, I, p. 156.

(18) Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 3.

dente, che tenta di introdurre nell'ordinamento comunitario una parte di discussione dottrinale che ha animato gli ultimi decenni. Valorizzazione della qualità della vita e valorizzazione al tempo stesso del profilo soggettivo diritto del lavoro. Intendendo tale indirizzo non nella mera accezione della esaltazione della volontà individuale dei soggetti del rapporto, bensì considerando «ogni collegamento tra subordinazione tecnica ed esistenziale in modo tale da rendere conto sia della durata (e dell'intensità) del lavoro prestato, ma anche delle ripercussioni che quest'ultimo determina sull'esistenza del lavoratore» (19).

Orientandosi in questa prospettiva è possibile intravedere una via interpretativa che superi l'impostazione utilitaristica del benessere (inteso come mero raggiungimento delle aspirazioni dei soggetti) ma che si colloca sulla linea d'onda della *teoria dell'eguaglianza delle capacità fondamentali* (20). Lo sbocco naturale di una scelta di questo tipo lega inevitabilmente i diritti sociali, e le connesse problematiche, al mercato (21) nella prospettiva della promozione del benessere della società nel suo complesso e che si propone di spostare l'attenzione dalle cd. condizioni statiche, che incidono inevitabilmente sulla qualità della vita, ai cd. processi dinamici strumentali alla realizzazione della trasformazione.

Il lavoro di qualità, quindi, come una sorta di precondizione che anticipa la costituzionalizzazione dei diritti sociali e che indica la strada da seguire agli Stati membri che vogliono orientare il cammino dell'Unione europea lungo un percorso sensibile alle regole della coesione sociale e rispettoso dei diritti fondamentali della persona.

3. — *L'uropeizzazione dei diritti del lavoro: il part-time* — Dopo aver ripercorso i passaggi salienti che hanno caratterizzato il dialogo sociale a livello comunitario l'analisi della Direttiva n. 97/81 relativa al *part-time* costituisce un approdo in un certo senso quasi dovuto.

Appare immediatamente chiaro come l'istituto del *part-time* rappresenti allo stesso tempo sia una stringata sintesi dell'indirizzo segui-

(19) Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, 2004, Cedam, p. 37.

(20) Sen, *Scelta, benessere, equità*, 1986, Il Mulino.

(21) Deakin, Wilkinson, *Capabilities, ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 317. In tal senso si veda Magnani, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 15, 1994, p. 47; Mazzotta, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 489; Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 317; Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 75.

to in ambito comunitario per incentivare il dialogo sociale, che un utile strumento per cercare di sintetizzare un percorso di flessibilizzazione della prestazione lavorativa che non sia solo sbilanciata a favore delle esigenze organizzative del datore di lavoro (22).

Il processo di europeizzazione delle politiche nazionali del lavoro, di cui il *part-time*, oltre che essere figlio, è anche testimone ha acquisito progressivo interesse grazie anche ai ripetuti interventi della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Infatti la giurisprudenza comunitaria ha posto in evidenza come a discapito dei *part-timers* (il più delle volte donne) si sia andata perpetrando una serie di discriminazioni indirette che hanno per molto tempo caratterizzato la maggior parte degli interventi sull'istituto.

Questa situazione ha fatto sì che il *part-time* è divenuto uno dei campi d'elezione per elaborare la nozione di discriminazione indiretta da un lato, e, dall'altro, ha inevitabilmente influenzato anche gli interventi del legislatore comunitario come nel caso dell'*ex art.* 119 (ora 141) TCe (23).

Il percorso attraverso cui si è giunti alla regolamentazione nell'Unione europea del *part-time* è fortemente influenzato dall'evoluzione della politica sociale comunitaria. È, a tal proposito, già stata affrontata la procedura con cui l'Aps prima e il Trattato di Amsterdam dopo hanno voluto istituzionalizzare, al fine di favorire il dialogo sociale, sia la procedura di consultazione preventiva delle parti sociali da parte della Commissione, che il negoziato tra gli attori comunitari.

Merita di essere ricordato che agli inizi degli anni novanta la Commissione si è trovata di fronte all'attuazione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali (1989) dei lavoratori (24); nello specifico è stato affrontato il tema della regolamentazione del lavoro atipico.

Emerse immediatamente l'esigenza di dare seguito alla doppia sollecitazione contenuta nel punto 5 (in tema di incremento e tutela dell'*occupazione e della retribuzione*) e nel punto 7.1 (relativo al *miglioramento delle condizioni di vita e del lavoro*) della Carta comunitaria dei

(22) Gallino, *Se tre milioni vi sembrano pochi. Sui modi per combattere la disoccupazione*, 1998, Einaudi, p. 29. Grandi, *Le parti sociali e l'autonomia contrattuale di fronte all'Unione economica e monetaria*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 463.

(23) Giubboni, Sciarra, *Introduzione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, IV, 2000, p. 550, numero monografico dedicato a *La regolamentazione del part-time in Europa*.

(24) Si veda La Macchia, *La Carta Comunitaria dei diritti sociali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, pp. 769 ss.

diritti sociali fondamentali. La Commissione nell'ottemperare al dettato comunitario, e nell'ottica di impedire lo sviluppo di condizioni occupazionali che avessero potuto sollevare problemi di *dumping* sociale nella Comunità (25), diede luogo a tre proposte di direttiva. Delle tre proposte, rispettivamente dedicate alla determinazione delle condizioni di lavoro, alla tutela contro le distorsioni della concorrenza, e al miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori temporanei, solo quest'ultima è giunta in porto: la Direttiva del 25 giugno 1991, n. 91/383.

Con riferimento alla citata Direttiva n. 91/383 va detto che la stessa non è altro che il risultato di una tecnica di regolamentazione comunitaria tipica delle misure di armonizzazione sociale basate sul vecchio art. 100 TCE. Questa tecnica era una caratteristica dei provvedimenti di *hard law* che, fino all'approvazione degli accordi quadro sui congedi parentali e sul *part-time*, ha rappresentato l'impronta «costruttivistica» della Comunità europea (26).

Si sviluppa in sostanza una tecnica di coordinamento per obiettivi che si sostituisce alla prescrizione minuziosa di regole di comportamento classiche della armonizzazione normativa (27).

La diversità, dal punto di vista della tecnica regolativa delle direttive, è lampante se si prende in esame la Direttiva sul *part-time*.

La Direttiva n. 97/81 rinuncia a un approccio regolativo dettagliato, optando per un linguaggio di carattere «programmatico» (28), e al-

(25) In tal senso si esprime la Comunicazione della Commissione sul Programma d'azione per quanto riguarda l'attuazione della Carta Comunitaria dei Diritti Sociali Fondamentali dei lavoratori, COM (89), 15.

(26) Per un'analisi approfondita sul tema si veda Giubboni, *Diritti sociali e mercato: la dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, 2003, Bologna, p. 332. Utile appare evidenziare che l'armonizzazione sociale comunitaria via *hard law* ha subito dapprima notevoli limitazioni a causa anche delle resistenze espresse dal Regno Unito, poi in seguito alla prospettiva aperta dopo il Trattato di Amsterdam si è definitivamente concluso un ciclo di regolazione in materia lavoristica per lasciare spazio alla stagione degli accordi quadro recepiti in direttiva (come ad es. nel caso del *part-time* e del contratto a termine).

(27) Una dimostrazione lampante di questa tecnica di coordinamento per obiettivi è rappresentata dalle *guidelines* sull'occupazione avviate al vertice di Essen (1994) e poi varate al Consiglio straordinario di Lussemburgo (1997).

(28) Scarponi, *Luci ed ombre dell'Accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in q. Riv., 1999, I, p. 402. Si veda Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, 1999; sempre sugli influssi della globalizzazione sul diritto si veda Romagnoli, *Diritto del lavoro e principio di sussidiarietà*, in Scarponi (a cura di), *Globalizzazione e diritto*

lo stesso tempo, in virtù del principio di sussidiarietà, rinviando alle decisioni degli Stati membri abbandona ogni forma di armonizzazione in tema di sicurezza sociale.

4. — *L'Organizzazione internazionale del lavoro: la Convenzione n. 175/94* — Merita di essere presa brevemente in considerazione la Convenzione Oil n. 175/1994, che pur non essendo mai citata dai *considerando* della Direttiva n. 97/81 ha certamente influenzato la discussione comunitaria intorno ai principi che la disciplina del lavoro a tempo parziale doveva rispettare.

La Convenzione, integrata dalla Raccomandazione Oil n. 182/1994, ha fissato la regola fondamentale per la quale i lavoratori a tempo parziale devono fruire dello stesso regime di tutela dei *full-timers* in materia di salute e sicurezza del lavoro, di tutela contro le discriminazioni dirette e indirette, di maternità, malattia e licenziamento, di sicurezza sociale; inoltre, in forza del principio di proporzionalità, essi devono godere, in misura proporzionalmente ridotta, anche di tutti quei diritti che sono commisurati alla durata della prestazione lavorativa, come quello alla retribuzione diretta, alle ferie, ai premi di rendimento, ai permessi retribuiti ecc. (29).

La Convenzione Oil n. 175/1994 parte da una considerazione di metodo generale: prende atto, cioè, dell'importanza che riveste per l'insieme dei lavoratori un'occupazione produttiva e liberamente scelta, ed espone nel suo articolato normativo la necessità di politiche occupazionali che valorizzino il ruolo del lavoro a tempo parziale come strumento attraverso cui creare ulteriori opportunità di impiego.

L'idea che il lavoro a tempo parziale dovrebbe essere, in linea di principio, una forma di lavoro volontariamente scelta è chiaramente espressa nel Preambolo della Convenzione.

Quest'idea è poi precisata nell'articolo 9 della Convenzione, secondo cui «adeguate misure dovranno essere adottate per facilitare l'accesso a un lavoro a tempo parziale produttivo e liberamente scelto, che risponda alle necessità tanto dei datori di lavoro quanto dei lavoratori», ed è ulteriormente ribadita nell'articolo 10 ove si prevede che «nei casi in cui sia appropriato dovranno essere adottate adegua-

del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali, Giuffrè, 2001; nello stesso volume Treu, *L'influenza dei processi di globalizzazione sulla trasformazione del sistema delle fonti*.

(29) Scarponi, 2004.

te misure per assicurare che il trasferimento da un impiego di lavoro a tempo pieno a un impiego di lavoro a tempo parziale, e viceversa, sia volontario».

L'Organizzazione internazionale del lavoro è esplicita nell'affermare che la Convenzione si applica nei confronti di tutti i lavoratori a tempo parziale. Tuttavia la consapevolezza che non tutte le legislazioni nazionali hanno una definizione legale di lavoro a tempo parziale porta l'Organizzazione internazionale del lavoro a definire all'art. 1 della Convenzione n. 175/94 lavoratore a tempo parziale il lavoratore subordinato il cui normale orario di lavoro sia inferiore a quello dei lavoratori a tempo pieno che si trovino in una situazione comparabile; si prevede alla lett. *b* che il calcolo del normale orario di lavoro potrà essere calcolato su base settimanale o con riferimento alla media dell'orario di lavoro in un determinato periodo di tempo.

Inoltre con l'espressione «lavoratore a tempo pieno che si trovi in una situazione comparabile» a quella del lavoratore a tempo parziale la Convenzione intende fare riferimento a un lavoratore a tempo pieno che abbia lo stesso tipo di lavoro; che sia adibito a mansioni equivalenti all'interno dello stesso stabilimento o in mancanza nella stessa impresa o altrimenti che appartenga allo stesso settore produttivo (art. 1, lett. *c*).

Infine si precisa che i lavoratori a tempo pieno colpiti da disoccupazione parziale, dovuta a una riduzione generale dell'orario di lavoro per questioni economiche, non sono da considerarsi lavoratori a tempo parziale.

La tutela contenuta nella Convenzione (30) a favore dei lavoratori a tempo parziale è analoga a quella garantita ai lavoratori a tempo pieno che si trovino in una posizione «comparabile». Le modalità concrete di tutela dipenderanno poi dalla natura dei diritti che devono essere tutelati, nonché da considerazioni di opportunità e di parità di trattamento.

Con riferimento ai diritti fondamentali dei lavoratori, ai lavoratori a tempo parziale dovrà essere garantita la stessa protezione di cui beneficiano i lavoratori a tempo pieno che si trovino in una situazione comparabile. I diritti fondamentali dovranno includere il diritto di organizzazione, il diritto di contrattazione collettiva e il diritto di agire in qualità di rappresentanti dei lavoratori.

(30) Di Martino, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale nelle fonti dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, I, 1995, p. 130.

Lo stesso livello di protezione dovrà essere garantito con riguardo alla sicurezza e alla salute sui luoghi di lavoro e alla discriminazione nel lavoro e nella professione (articolo 4).

Un trattamento proporzionale dovrà essere garantito per quanto concerne le retribuzioni di base (articolo 5). Per quanto concerne invece i regimi legali di sicurezza sociale, di protezione della maternità, di cessazione del rapporto di lavoro, di permessi annuali retribuiti e di permessi per malattia il trattamento dei lavoratori a tempo parziale dovrà essere *equivalente* a quello dei lavoratori a tempo pieno che si trovino in una situazione comparabile (articoli 6 e 7).

Trattamento equivalente non significa trattamento identico (31): così, per esempio, nel caso della sicurezza sociale un lavoratore a tempo parziale e un lavoratore a tempo pieno in una situazione comparabile beneficeranno della stessa protezione per alcune materie come la tutela della salute, mentre in altre, come nel caso di benefici monetari, potrà essere stabilito a tempo parziale: che la protezione garantita al primo sia determinata in proporzione alle ore di lavoro svolte o all'entità della retribuzione percepita.

Infine, la Convenzione in esame, che è stata recentemente ratificata, ha statuito che le ragioni dell'impresa e quelle del lavoratore devono essere considerate equivalenti; che il rapporto a *part-time* deve essere utilizzato in modo tale da rispondere alle esigenze di entrambi; che, a tal fine, devono essere adottate misure che ne agevolino l'instaurazione e/o la trasformazione.

5. — *Il rapporto di lavoro a tempo parziale nella prospettiva comunitaria* — Dagli inizi degli anni novanta le parti sociali e le istituzioni comunitarie hanno avvertito l'esigenza di promuovere politiche che agevolassero la diffusione di forme flessibili di lavoro in grado di conciliare esigenze personali del lavoratore, esigenze organizzative del datore e pari opportunità tra i lavoratori. In questo contesto prende corpo la discussione sulla prospettiva del lavoro a tempo parziale nella comunità europea e internazionale.

Seguendo questo itinerario di ridefinizione delle politiche del lavoro il rapporto di lavoro a tempo parziale è stato preso in considerazione come strumento capace di assumere una funzione prioritaria nell'ambito della «strategia europea per l'occupazione» improntata,

(31) Di Martino, *op. cit.*, p. 131.

come si è detto in precedenza, a una concezione che coniuga la flessibilità con la sicurezza delle tutele per il lavoratore. Infatti alla strategia europea per l'occupazione si richiama il Preambolo della Direttiva n. 97/81/Ce sul lavoro a tempo parziale.

Va rammentato che anche la Carta europea dei diritti fondamentali siglata a Nizza nel 2000 ha riconosciuto, come diritti connessi alla cittadinanza europea, il diritto del lavoratore alla conciliazione della vita professionale con quella familiare (art. 33), e il diritto alle pari opportunità sia nell'accesso che nella conservazione del rapporto di lavoro (art. 34) (32).

5.1. — Segue: *analisi della Direttiva n. 97/81* — La Direttiva Ce del 15 dicembre 1997, n. 97/81, ha recepito il menzionato Accordo quadro, concluso dall'Unione delle Confederazioni europee dell'industria e dei datori di lavoro (Unice), dal Centro europeo dell'impresa pubblica (Ceep) e dalla Confederazione europea dei sindacati (Ces).

Il contenuto essenziale dell'Accordo consiste in alcuni principi cardine, ripresi dalla Direttiva, fra i quali emergono quelli di non discriminazione, di volontarietà, e di agevolazione della trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* in *part-time*, e viceversa.

Nel Preambolo, infatti, si legge che l'accordo «rappresenta la volontà delle parti sociali di definire un quadro generale per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale e per contribuire allo sviluppo della possibilità di lavoro a tempo parziale su basi che siano accettabili sia per i lavoratori che per i datori di lavoro».

Il rischio che nella fase di trasposizione si potessero verificare abbassamenti dei livelli di tutela dei lavoratori ha indotto le parti sociali a precisare nell'Accordo che agli Stati membri è concesso sia mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli, sia che l'attuazione della Direttiva non può giustificare alcun regresso rispetto alla situazione vigente in ciascuno Stato membro (33).

(32) Si veda Ghezzi, Naccari, Torrice (a cura di), *Il Libro bianco e la carta di Nizza. Il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa*, op. cit. Inoltre Del Punta, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir. rel. ind.*, 2001.

(33) In tal senso la clausola 6, commi 1-2; sul punto si ritornerà in maniera approfondita oltre.

Inoltre nei *considerando* introduttivi della Direttiva n. 97/81 si richiamano esplicitamente le conclusioni del Consiglio europeo di Essen dove, come detto in precedenza (34), si è sottolineata la necessità di provvedimenti che promuovano l'occupazione e la parità di opportunità tra donne e uomini ed è stata evidenziata l'esigenza di adottare misure volte a incrementare l'intensità occupazionale della crescita, in particolare mediante un'organizzazione più flessibile del lavoro, che risponda sia ai desideri dei lavoratori che alle esigenze della competitività.

Tale finalità si traduce in un obbligo giuridicamente vincolante per gli Stati membri: infatti alla clausola n. 5, lett. *a*, dell'Accordo si prevede che questi dovranno identificare ed eliminare gli ostacoli di natura giuridica e amministrativa che possano limitare il ricorso al tempo parziale (35).

L'Accordo quadro definisce, sull'onda anche di quanto già detto dalla Convenzione OIL del 1994 che tuttavia non viene mai menzionata, lavoratore a tempo parziale il lavoratore il cui orario di lavoro normale, calcolato su base settimanale o in media su un periodo di impiego che può andare fino a un anno, è inferiore a quello di un lavoratore a tempo pieno comparabile (36). Quest'ultimo è a sua volta identificato come il lavoratore a tempo pieno dello stesso stabilimento, che ha lo stesso tipo di contratto o di rapporto di lavoro e un lavoro/occupazione identico o simile, tenendo conto di altre considerazioni che possono includere l'anzianità e le qualifiche/competenze (37).

Si prevede inoltre che, qualora non esista nessun lavoratore a tempo pieno comparabile nello stesso stabilimento, il paragone si dovrà effettuare con riferimento al contratto collettivo applicabile o, in assenza di contratto collettivo applicabile, conformemente alla legge, ai contratti collettivi o alle prassi nazionali.

Va rilevato che l'Accordo non ha stabilito quale requisito costitutivo della fattispecie di lavoro a tempo parziale nessuna soglia minima di orario, il che comporta per gli Stati membri una certa libertà di recepimento sia sotto l'aspetto dei minimi retributivi che sotto il profilo qualificatorio dei *part-time* da ritenersi occasionali.

(34) Si veda la nota 26 e la trattazione del paragrafo 2.1.

(35) Per una ricostruzione si veda Reale, *Il lavoro a tempo parziale tra ordinamento comunitario e diritto interno*, in *Mass. giur. lav.*, 12, 2000, pp. 1262 ss.

(36) Clausola 3, comma 1.

(37) Clausola 3, comma 2.

L'Accordo a ogni modo prevede che gli Stati membri, consultate le parti sociali, possano derogare alle disposizioni dell'accordo per ragioni obiettive nel caso di prestazioni occasionali. Queste esclusioni devono essere riesaminate periodicamente al fine di stabilire se le ragioni obiettive che le hanno determinate rimangono valide (38).

5.1.1. — Segue: *il principio di non discriminazione* — I due obiettivi principali di politica sociale espressi dal Preambolo e ribaditi nei *considerando* sono: a) «assicurare la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale [...] e migliorare la qualità (39) del lavoro a tempo parziale» (40); b) «facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro» secondo esigenze di lavoratori e imprese, sul presupposto che questa forma di lavoro corrisponda alle esigenze, oltre che dell'impresa, anche di un'ampia quota di lavoratori.

Il primo obiettivo enunciato, rubricato «Principio di non discriminazione» (41), introduce il diritto alla parità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale rispetto a quelli a tempo pieno, sia sotto il profilo dell'accesso al lavoro sia del trattamento economico-normativo.

Il divieto di discriminazione costituisce l'unico limite che espressamente vincola sia l'intervento legislativo, sia l'autonomia collettiva, altrimenti libere di cercare le soluzioni più adeguate per dare attuazione alla direttiva.

L'influenza della giurisprudenza comunitaria in tema di discriminazioni indirette è lampante; tanto che il testo dell'Accordo quadro tiene espressamente a sottolineare che il principio di non discriminazione è giustificato dal rischio che il lavoratore a tempo parziale sia assoggettato a un regime diverso e meno favorevole rispetto a chi lavora a tempo pieno, e con minori opportunità di progressione economica e professionale (42).

Si intende con questo principio tutelare l'eventuale trattamento meno favorevole dei lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a

(38) Clausola 2, comma 2.

(39) Per ragioni di opportunità espositiva per un'analisi relativa all'indirizzo comunitario sul concetto di occupazione di qualità si rimanda a quanto esposto nel paragrafo 2.2.

(40) Clausola 1.

(41) Clausola 4, comma 1.

(42) Scarponi, *Luci ed ombre...*, *op. cit.*

tempo pieno comparabili, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni oggettive (43). Si prevede anche, ove opportuno, in aggiunta al divieto in questione l'applicazione del principio *pro rata temporis* (44).

Deve tuttavia segnalarsi che l'Accordo quadro ammette delle eccezioni all'applicazione del principio di non discriminazione (45) cui gli Stati membri potranno ricorrere nel caso di ragioni obiettive (46) che ne giustificano la deroga; inoltre tali eccezioni potranno essere di fonte legislativa o contrattuale, ma richiedono in entrambi i casi la consultazione preventiva delle parti sociali.

Da una lettura complessiva dell'Accordo si ricava una definizione di divieto di discriminazione assai elastico e che si preoccupa essenzialmente di tutelare il principio della parità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale rispetto a quelli a tempo pieno. Infatti secondo la clausola 6 dell'Accordo, relativa alle disposizioni attuative, il divieto di discriminazione funge anche da limite esterno all'autonomia degli Stati membri tanto che si prevede che l'attuazione dell'Accordo non costituisce giustificazione valida per ridurre il livello generale di protezione dei lavoratori nell'ambito delle tutele previste dagli Stati membri.

Merita di essere ricordato che la questione della discriminazione dei lavoratori *part-time* rispetto ai lavoratori a tempo pieno è stato oggetto di numerosi interventi della Corte di Giustizia con riferimento all'applicazione dell'art. 141 TCe (*ex art. 119*), che come è noto sancisce il diritto alla parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile (47).

(43) Clausola 4, comma 1.

(44) Clausola 4, comma 2.

(45) Clausola 4, comma 4, ove si prevede espressamente che, quando ragioni obiettive lo giustificano, gli Stati membri, dopo aver consultato le parti sociali conformemente alla legge, ai contratti collettivi o alle prassi nazionali, e/o le parti sociali, possono, se del caso, subordinare l'accesso a condizioni di impiego particolari a un periodo di anzianità, a una durata del lavoro o a condizioni salariali. I criteri di accesso dei lavoratori a tempo parziale a condizioni di impiego particolari dovrebbero essere riesaminati periodicamente tenendo conto del principio di non-discriminazione previsto alla clausola.

(46) Si deve rilevare che la Convenzione OIL del 1994 sul lavoro a tempo parziale prevede un numero ristretto di possibili deroghe, e si prevedono in maniera perentoria la parità dei diritti in materia di diritti sindacali, salute e sicurezza nonché il riproporzionamento dei diversi istituti.

(47) Le disposizioni di cui all'art. 119, commi 1 e 2, del Trattato Ce (ora art. 141 Ce, nn. 1 e 2, Ce) devono essere interpretate nel senso che ostano a una disciplina la

In sostanza la Corte di Lussemburgo facendo propria la teoria del *disparate impact*, mutuata dalla giurisprudenza americana, prende atto di un dato statistico che rileva una maggioranza femminile nel ricorso al lavoro a tempo parziale e indaga sulla genuinità e necessità delle ragioni che hanno spinto il datore di lavoro all'adozione di misure differenti tra i dipendenti; oggetto dell'indagine diventa quindi l'accertamento dell'esistenza di ragioni obiettive tali da escludere forme di discriminazione legate al sesso (48).

5.1.1.1. — Segue: *divieto di discriminazione nel part-time e divieto di discriminazione di genere: un rapporto di concorrenza?* — Il divieto di discriminazione contenuto nella Direttiva n. 97/81 opera, come appena detto, solo sulla base di un giudizio di comparazione rispetto al lavoratore subordinato a tempo pieno. La clausola 3 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 97/81 ha fornito i criteri di definizione della figura del lavoratore a tempo pieno comparabile, qualificato come «il lavoratore a tempo pieno dello stesso stabilimento che ha lo stesso tipo di contratto o di rapporto di lavoro e un lavoro/occupazione identico o simile, tenendo conto di altre considerazioni che posso includere l'anzianità e le qualifiche/competenze». Nonostante tale precisazione accade spesso nei casi portati all'attenzione della Corte di Giustizia che non

quale può comportare una riduzione dell'importo della pensione dei funzionari pubblici che hanno svolto le loro funzioni a orario ridotto durante una parte almeno della loro carriera, quando questa categoria di funzionari pubblici comprende un numero considerevolmente più elevato di donne che di uomini, a meno che tale legislazione non sia giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso (Corte di Giustizia Ce 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*). Sempre in tale direzione si segnala un ulteriore indirizzo in cui si precisa che l'art. 119 del Trattato Ce (ora art. 141 Ce) va interpretato nel senso che l'esclusione, disposta in un contratto collettivo, delle persone che svolgono attività subordinate che comportano un orario normale di lavoro inferiore a quindici ore settimanali e una retribuzione normale che non supera una frazione della retribuzione base mensile di riferimento, e che sono per tale motivo esentate dagli obblighi contributivi, dal godimento di un'indennità straordinaria annuale prevista dallo stesso contratto collettivo, che si applichi indipendentemente dal sesso del lavoratore, ma che colpisca di fatto una percentuale notevolmente più elevata di donne che di uomini, costituisce una discriminazione indiretta fondata sul sesso (Corte di Giustizia Ce 9 settembre 1999, causa C-281/97, *Kruger*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 3).

(48) Alessi, *Lavoro a tempo parziale, job sharing e discriminazioni indirette*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, II, pp. 235 ss.; Mancini, *The new frontiers of sex equality law in the European Union*, in *Studi sul lavoro. Scritti in Onore di Gino Giugni*; Chieco, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *q. Riv.*, 2006, 3, p. 601.

sia sempre facile o non sia affatto possibile individuare in concreto il lavoratore comparabile ai fini della disciplina sul *part-time*. Per questo la Corte del Lussemburgo tende a percorrere la strada meno ripida dell'applicazione del più ampio principio di non discriminazione per ragioni di genere. In questo modo il giudice comunitario ha posto le condizioni per una non sempre virtuosa competizione tra la Direttiva n. 76/207 e la Direttiva n. 97/81; sicché le questioni inerenti la tutela dei lavoratori a tempo parziale vengono ricondotte alla disciplina prevista per tutelare il diritto alla parità di trattamento uomo-donna (49). Tale indirizzo penalizza fortemente i margini di intervento della disciplina sul lavoro a tempo parziale perché rende inefficace il previsto principio di non discriminazione del lavoratore. In sostanza il divieto di discriminazione uomo-donna si sostituisce al divieto di discriminazione nel *part-time* benché sia fondato su presupposti del tutto differenti.

L'obiettivo del *part-time* è quello di garantire la tutela del lavoratore, flessibilizzandola, in ragione delle esigenze personali del lavoratore al fine di garantire un equilibrio tra i tempi di vita e i tempi di lavoro. Tale tipo di tutela prescinde completamente dalle questioni legate al sesso. Non si capiscono quindi le ragioni di un orientamento giurisprudenziale che riduce i campi di intervento della tutela antidiscriminatoria predisposta dalla Direttiva n. 97/81.

La disomogeneità tra i due tipi di tutela antidiscriminatoria dovrebbe condurre non alla esclusione dell'una a favore dell'altra, bensì alla scelta della tutela più opportuna se non addirittura al cumulo delle due.

L'interpretazione riduttiva della Corte di Giustizia Ce è stata apparentemente smentita dalla sentenza Wippel (50) relativa a un rappor-

(49) In tal senso si veda Corte di Giustizia Ce, 11 settembre 2003, causa C-77/02, Erika Steinicke c. Bundesanstalt für Arbeit, in *Racc.*, 2003, p. 9027; Corte di Giustizia Ce 7 febbraio 1991, causa C-184/89, Nimz c. Freie und Hamburg, in *Racc.*, 1991, p. 297; Corte di Giustizia Ce 13 maggio 1986, causa C-170/84, Bilka c. Kaufhaus, in *Racc.*, 1986, p. 1620; Corte di Giustizia Ce 31 marzo 1981, causa C-96/80, Jenkins c. Kingsgate, in *Racc.*, 1981, p. 911; in tal senso, seppur specifiche considerazioni di merito, può essere segnalata Corte di Giustizia Ce 10 marzo 2005, causa C-196/02, Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, pp. 3 ss., con nota di Occhino, *La Corte di Giustizia torna sulla parità tra uomini e donne: l'astratta giustificabilità della discriminazione diretta*.

(50) Corte di Giustizia Ce 12 ottobre 2004, causa C-313/02, Nicole Wippel c. Peek&Cloppenburg GmbH&Co.KG., in *Racc.*, 2004, I-09483, e in *Guida lav.*, 2004, p. 10.

to di lavoro intermittente (nella versione inglese *work on demand*), stipulato con una lavoratrice ai sensi della normativa austriaca sull'orario di lavoro e impostato sul principio del «lavoro secondo fabbisogno». Il giudice austriaco riconducendo il contratto di lavoro secondo fabbisogno al lavoro *part-time* chiedeva se l'art. 141 Ce, nonché l'art. 1 della Direttiva n. 75/117/Cee, l'art. 5 della Direttiva n. 76/207/Cee e il par. 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, siano da interpretare nel senso che sussiste una disparità di trattamento non giustificata qualora per i lavoratori *part-time* manchino tutele legislative o contrattuali previste invece per i lavoratori a tempo pieno.

Per decidere la questione i giudici comunitari dapprima procedono a verificare l'applicabilità delle direttive, e di conseguenza a definire la fisionomia del lavoratore comparabile. Partendo dalla considerazione che il diritto comunitario non conosce una nozione unitaria di lavoratore, la Corte distingue tra la Direttiva sul lavoro a tempo parziale, da un lato, e le disposizioni di cui alle suddette direttive e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, dall'altro. In relazione alla prima la nozione di lavoratore viene definita di volta in volta dal diritto nazionale, mentre in relazione alle seconde è il diritto comunitario che descrive il concetto di lavoratore. La Corte ha quindi ritenuto applicabile la Direttiva in materia di *part-time*, posto che il lavoro secondo fabbisogno è senza dubbio di natura subordinata per l'ordinamento austriaco; al contempo ammette che il lavoro secondo fabbisogno possa rientrare pure nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 76/207/Cee sulla parità uomo-donna. Fin qui nulla di nuovo. L'astratta applicabilità della normativa antidiscriminatoria e di quella sul *part-time* alle medesime ipotesi è stata ammessa con grande frequenza; d'altro canto la giurisprudenza comunitaria in materia di discriminazioni si è in gran parte sviluppata attorno al principio di parità di trattamento tra uomo e donna sul lavoro e, in particolare, in caso di *part-time* (51). Tuttavia, se di solito il divieto di discriminazione in caso di *part-time* soccombe a quello relativo al genere, nel caso Wippel è avvenuto per la prima volta l'esatto contrario. La Corte di

(51) Corte di Giustizia Ce 31 marzo 1981, causa C-96/80, Jenkins c. Kingsgate, in *Racc.*, 1981, p. 911; Corte di Giustizia Ce 13 maggio 1986, causa C-170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber von Harts, in *Racc.*, 1986, p. 1620; Corte di Giustizia Ce 27 giugno 1990, causa C-33/89, Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg, in *Racc.*, 1990, p. 2612; Corte di Giustizia Ce 7 febbraio 1991, causa C-184/89, Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg, in *Racc.*, 1991, p. 297.

giustizia Ce dunque ha ritenuto – a ragione – che la causa della discriminazione della lavoratrice fosse da rinvenire non nel sesso della stessa, ma nella natura atipica di un rapporto di lavoro considerato, nell'ordinamento nazionale di riferimento, sottospecie del *part-time*.

L'innovatività della pronuncia si ferma però alla mera affermazione del principio della possibilità teorica che in taluni casi il divieto di discriminazione in caso di *part-time* possa prevalere sulla più ampia e generale clausola di parità tra i sessi. In concreto, nel caso Wippel, la Corte ha negato alla lavoratrice qualsiasi forma di tutela a causa dell'impossibilità di ritrovare, rispetto all'atipica figura del lavoratore intermittente secondo fabbisogno, il lavoratore comparabile, filtro di accesso alla protezione antidiscriminatoria. L'effetto finale è senza dubbio censurabile: pur procedendo alla corretta individuazione della disciplina di tutela applicabile, la Corte nega quella tutela e giunge a obliterare pure la stessa natura discriminatoria intrinseca alla fattispecie di lavoro sottoposta alla sua attenzione (52).

5.1.2. — Segue: *La volontà del lavoratore* — Per quel che concerne il secondo obiettivo, cioè la promozione del modello volontario del rapporto a tempo parziale, l'accordo invita gli Stati membri e le parti sociali a identificare e a rimuovere «gli ostacoli di natura giuridica o amministrativa che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale» (53). È evidente come la scelta di parificare l'impiego a tempo parziale con quello a tempo pieno, peraltro figlia di una discussione dottrinale assai sviluppata in passato (54), mette il lavoratore nella condizione di poter programmare e autodeterminare il proprio tempo di lavoro.

È seguendo questa impostazione metodologica che la Direttiva chiede agli imprenditori: a) di tenere in considerazione le richieste dei lavoratori che intendano «scegliere» quale regime temporale osservare facilitando la veicolazione delle informazioni in tempi utili al riguar-

(52) La questione è stata approfondita da Militello, *Lavoro e/o tutele secondo fabbisogno? Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in WP Csdle «Massimo D'Antona», Int n. 42/2005.

(53) Clausola 5, comma 1, lett. a e b.

(54) Tra i tanti si segnalano Scarponi, *Riduzione e gestione flessibile dell'orario di lavoro*, 1988, Giuffrè; Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, 1985, Milano; Cester, *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 17, 1995; Supiot, *Alla ricerca della concordanza dei tempi*, in *Lav. dir.*, 1997; Ricci, *L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario*, op. cit.

do; b) «agevolare l'accesso al tempo parziale a tutti i livelli dell'impresa, comprese le posizioni qualificate e con responsabilità direzionali», e, nei casi appropriati, «l'accesso dei lavoratori a tempo parziale alla formazione professionale per favorire carriera e mobilità professionale»; c) informare gli organismi di rappresentanza dei lavoratori sull'andamento delle assunzioni a tempo parziale in azienda (55).

Si cerca con l'Accordo quadro di favorire il ricorso al lavoro a tempo parziale «volontario» riallacciandosi all'obiettivo più generale dell'aumento dell'occupazione, attraverso l'assunzione da parte delle imprese di modalità di organizzazione del lavoro più flessibile (56).

Il fine è anche quello di favorire la conciliazione della vita professionale e familiare del lavoratore, la sua formazione permanente, e di agevolare la diminuzione dell'impegno lavorativo nel periodo immediatamente precedente la pensione (57) in modo tale che la realizzazione degli obiettivi di politica sociale non impedisca, ma anzi favorisca, la competitività dell'economia della Comunità (58).

Il senso di questa impostazione è quello di rimarcare la compatibilità tra le particolari esigenze di flessibilità organizzativa delle imprese e lo sviluppo del lavoro a tempo parziale.

In quest'ottica l'Accordo, tenuto conto della particolare situazione delle piccole e medie imprese, ritiene che tale condizione nel mercato debba essere salvaguardata evitando di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici che ne possano impedire la creazione e lo sviluppo (59).

È stato precisato in dottrina che questo invito della direttiva non deve essere necessariamente inteso come un'esortazione alla deregolamentazione (60) potendosi predisporre, in ossequio al dettato comunitario, un quadro normativo chiaro.

Un aspetto di particolare interesse, che verrà sviluppato nel paragrafo successivo per ragioni di organicità espositiva, ma che tuttavia merita un cenno in questa sede, riguarda il dibattito dottrinale apertosi in seguito al valore da attribuirsi alla volontà del lavoratore.

(55) Clausola 5, comma 3, lett. *a-d*.

(56) Considerando n. 4.

(57) Considerando n. 5.

(58) Considerando n. 6.

(59) Considerando n. 7. Deve intendersi come ammissibilità di regimi parzialmente differenziati, nell'operazione di riregolazione attuata dagli ordinamenti interni, nei limiti indicati dagli obiettivi primari indicati dall'accordo e nel rispetto del divieto di discriminazione.

(60) Roccella, Treu, *op. cit.*, 173.

Si è obiettato che i riferimenti della Direttiva n. 97/81 alla volontarietà del *part-time* sono vaghi e che il d.lgs. n. 61/2000 ha, da un lato, «sostanzialmente tradito lo spirito della direttiva» (61) non avendo eliminato tutti gli ostacoli che possono limitare la possibilità di lavoro a tempo parziale e, dall'altro, non ha incentivato la liberalizzazione del *part-time*.

Correttamente è stato replicato (62) che la teoria che pretende di imporre, *ex art.* 249 TCE, l'obbligo di rimuovere tutti gli ostacoli che potrebbero frapporsi al libero ricorso al tempo parziale non è accoglibile perché se così fosse i requisiti di forma o delle procedure di trasformazione del rapporto di lavoro, richiesti esplicitamente dalla normativa interna, sarebbero da considerarsi indebiti intralci alla diffusione dell'istituto contrattuale promosso dalla Direttiva n. 97/81, che in nessuna parte dell'allegato Accordo prescrive l'utilizzo di particolari e dettagliate procedure.

D'altro canto considerare i riferimenti alla volontarietà della direttiva come contro-limite alla diffusione del *part-time* è contraddetto dall'articolato predisposto dall'Accordo quadro, dove esplicitamente la *clausola 1* prescrive di facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e di contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori.

Infine a garanzia di una tutela minima comune a tutti gli Stati membri dell'Unione europea e delle parti sociali si prevede la possibilità di disciplinare il contratto a tempo parziale anche in modo differente, salvo il rispetto dei soli divieti di discriminazione e di modificazione *in peius* del regime nazionale già vigente.

5.1.2.1. — *La gestione individuale del tempo di lavoro: la flessibilità biunivoca* — Le riflessioni appena esposte, sul ruolo che alla volontà del lavoratore viene riconosciuto dalla Direttiva n. 97/81, si inseriscono all'interno di un dibattito molto più ampio la cui portata riguarda

(61) Biagi, *Introduzione*, in Biagi (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, 2000, Milano. In tal senso anche Tiraboschi, *Verso una nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *Guida lav.*, n. 10, p. 47; Vallebona, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, 2000, in *Mass. giur. lav.*, p. 492.

(62) Lo Faro, *La regolamentazione del part-time in Europa-Italia*; in (numero monografico dedicato a) Giubboni, Sciarra, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, IV, 2000, p. 612, Perulli, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, 2003, *op. cit.*, p. 60.

ambiti di riflessione molto elastici. Occorre quindi orientare l'indagine su una lettura che tenga insieme sia l'apparato normativo di cui si è dotato nel corso del tempo il diritto del lavoro comunitario, che la riflessione dogmatica scaturitane.

Nel rapporto sempre più stretto che lega la flessibilità richiesta dalle mutate esigenze di produzione e la flessibilità chiesta dal lavoratore per le mutate esigenze di vita si colloca una necessità di armonizzazione. Tale regolazione si deve quindi proporre di passare dai «ritmi dovuti della tradizione pre-industriale, attraverso i ritmi imposti della società industriale, al tempo scelto e autogovernato, occorre pensare alle dotazioni individuali e collettive che vanno messe a punto o rese disponibili, per consentire una esplicita gestione personalizzata del tempo» (63).

Alain Supiot ha diretto un gruppo di esperti in Diritto del lavoro, Economia e Sociologia provenienti da vari paesi dell'Unione europea che ha prodotto, per la Direzione generale Lavoro e politiche sociali della Commissione europea un rapporto su *Trasformazioni del lavoro e il futuro della regolazione del lavoro in Europa* (64).

L'obiettivo della ricerca è stato quello di analizzare il mercato del lavoro europeo alla luce delle trasformazioni in atto.

Tra le considerazioni svolte dal Rapporto Supiot emerge che la rivoluzione tecnologica in corso incide profondamente sui processi produttivi e conduce a un mutamento sostanziale del concetto di tempo di lavoro.

Questo dato è corroborato sia dal fatto che la sincronizzazione delle prestazioni lavorative non costituisce più una modalità tipica dell'attività svolta nell'impresa, sia per la progressiva perdita di rilievo della durata temporale del lavoro, quale parametro di riferimento per la commisurazione della quantità della prestazione dovuta.

È facile quindi comprendere come leggi e contratti abbiano sentito il peso delle modificazioni intervenute nel settore della produzione industriale e si siano adattate, da un lato, alle esigenze imprenditoriali di minore standardizzazione degli orari di lavoro e, dall'altro, alle richieste dei lavoratori di riduzione della durata degli stessi, intesa come possibilità per l'operaio «massa» di riappropriarsi del tempo libero.

(63) Vaselli, *Orari e vita quotidiana in una prospettiva post-industriale*, Introduzione a *La rivoluzione del tempo scelto*, 1986, Franco Angeli, p. 19; di rilevante interesse è la distinzione che Foa fa tra ritmi dovuti e tempo scelto dal lavoratore nel saggio *Orario e tempo nel sistema di fabbrica*, in *Pol. ed Eco.*, n. 6, 1984.

(64) Supiot, *Il futuro del lavoro*, Roma, 2003.

Infatti, una condizione lavorativa che permetta al lavoratore di contemporaneamente allo stesso tempo le proprie aspirazioni (culturali, sociali, familiari ecc.) gli consentirà anche di vivere il tempo libero (65) come una risorsa e lo spingerà ad accettare nel suo nome anomale modulazioni o intensificazioni dell'attività lavorativa.

Partendo dalla constatata modificazione delle aspirazioni e delle esigenze dell'offerta e della domanda di lavoro, appare condivisibile l'a-

(65) Tradizionalmente il tempo è stato sempre inteso come mero strumento di misurazione della quantità di attività lavorativa dovuta o come distanza o intervallo fra un'unità lavorativa e un'altra. Questa accezione riguarda la delimitazione dell'oggetto del contratto ed è disciplinata dall'accordo delle parti, il quale fissa anche il *quantum* di energie lavorative messe a disposizione.

Altra dottrina ha inteso il «tempo» come criterio di modulazione della prestazione lavorativa: è il tempo «istantaneo», che scandisce i ritmi produttivi: in tal senso si veda De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro*, vol. II, *Il lavoro subordinato*, Torino, 1997. Questa seconda accezione – riguardante le modalità di svolgimento della prestazione e i suoi ritmi – afferisce alla sfera di esercizio del potere direttivo del datore, connotando i profili caratteristici della subordinazione. La recente letteratura giuridica e sociologica sull'argomento ha indotto a un'importante riflessione in merito alla protezione e all'adozione di misure compensative nei confronti del lavoratore subordinato.

La misurazione del tempo di lavoro e del corrispondente obbligo ha fatto sorgere una contrapposizione tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro, nella quale il tempo dell'uomo sembra rapportato solo al fattore-lavoro inteso come fattore discriminante.

La distinzione ha basi giuridiche, tanto che, secondo certa dottrina, l'espressione «diritto» alle ferie e ai riposi, nella formulazione dell'art. 36 Cost., deve intendersi come limite all'obbligazione di lavoro che non può estendersi – dal punto di vista del tempo – oltre una certa misura, a protezione della salute del lavoratore. Occorre vedere, quindi, se l'ordinamento giuridico debba intervenire solo per delimitare la sfera dell'obbligo, creando le condizioni affinché non vi siano più condizionamenti, oppure se sia opportuno un intervento specifico a tutela di interessi che, pur essendo radicati nel tempo liberato, possono interferire con la sfera dell'obbligo. Infatti, l'accordo delle parti per determinare l'estensione quantitativa della prestazione di lavoro, può risultare insufficiente: rispetto alla quantità, sta assumendo rilievo la distribuzione del tempo di lavoro e la sua collocazione nel generale tempo di vita, in tal senso Cester, *Lavoro e tempo libero nella esperienza giuridica*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1995, secondo il quale «non solo il quanto del lavoro, ma anche e soprattutto il quando e, di conseguenza, il come sono importanti in questa prospettiva».

Non mancano le opinioni di coloro che ritengono determinante il potere direttivo del datore, nello stabilire ogni modalità di svolgimento della prestazione. Nasce un contrasto tra valorizzazione delle necessità personali del lavoratore del tempo liberato con la sfera dell'obbligo; il contrasto può risolversi con un accordo tra le parti, raggiunto attraverso una flessibilizzazione della distribuzione del tempo di lavoro, ma ciò non è sempre possibile in casi particolari.

L'ordinamento, nel regolare il rapporto tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro, regola le pause dell'attività lavorativa (o cd. «riposi»), che hanno per finalità la pro-

nalisi che una qualificata dottrina fa circa l'emersione di una nuova cultura del tempo di lavoro (66). Una cultura che tende a legittimare le più diverse articolazioni, palesando un crescente interesse nei confronti di manovre che incidono sulla durata o sulla distribuzione dell'impiego lavorativo e una montante insofferenza nei confronti di vincoli generali e astratti che costringono le multiformi disponibilità o esigenze delle parti all'interno di modelli rigidi e uniformi.

Il risultato del mutamento di interessi di imprenditori e lavoratori porta inevitabilmente al mutamento del generale processo di articolazione di modelli e di tutele che sembra attualmente prevalere rispetto alla direttiva storica del diritto del lavoro alla uniformazione e alla standardizzazione delle tutele (67).

Nel citato Rapporto Supiot si asserisce, infatti, che «qualsiasi regolamentazione o deregolamentazione dell'organizzazione del tempo di lavoro influisce sull'intera vita umana, tanto dal punto di vista individuale che collettivo. La deregolamentazione del tempo di lavoro compromette, più che mai, l'interesse generale della società» (68).

tezione della salute del lavoratore; probabilmente in origine i riposi erano stabiliti proprio con la finalità di rigenerare le energie del lavoratore e quindi in funzione della capacità di adempiere, in stretto legame con il tempo dell'obbligo.

Solo negli ultimi anni si è ritenuto che le pause assolvano a una funzione autonoma, finalizzata sia alla protezione della salute del lavoratore, sia alla sollecitazione di interessi diversi del lavoratore, relativi al suo tempo di vita.

I periodi di riposo sono fissati nei valori minimi dalla legge e spesso ampliati dai contratti collettivi; i tempi di non lavoro possono dipendere da una impossibilità fisiologica di adempiere l'obbligazione di lavoro (es., la maternità) ovvero da situazioni di disagio (permessi a causa di morte; *handicap* fisico), ovvero ancora da tutela di interessi del lavoratore (permessi per motivi di studio, o per ricerca di nuovi posti di lavoro, come in Inghilterra, Francia e Germania). In questi casi il tempo di lavoro cede di fronte a esigenze considerate preminenti, realizzando così una netta separazione tra ambienti di lavoro e ambienti di vita in generale.

Se invece vengono in considerazione i tempi di preparazione al tempo di lavoro, il problema acquista un diverso spessore, in quanto da ciò può derivare un riflesso sulla qualità del tempo di vita. È per questo motivo che i tempi di preparazione sono di solito esclusi dal tempo di lavoro: ad es., i tempi di spostamento, l'adempimento dei compiti di reperibilità. Sono interferenze che incidono sulla sfera del tempo di vita del lavoratore, compensati, però, da un punto di vista economico.

(66) De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in *Il tempo di lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Genova 4-5 aprile 1986, Milano, 1987.

(67) Ghezzi, *Introduzione* al Convegno *Verso una nuova politica del tempo di lavoro*, in *QG*, 1985.

(68) Supiot, *Il futuro...*, *op. cit.*, p. 98.

Il legislatore comunitario, sempre sensibile alle esigenze di tutela della società, è in più occasioni ricorso a un bilanciamento sostanziale delle esigenze in campo, nello specifico attraverso il richiamo alla volontà del lavoratore contenuto nella Direttiva n. 97/81 in primo luogo, ma anche con le Direttive n. 93/104, per quel che concerne l'orario di lavoro e la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore (successivamente modificata con la legge comunitaria n. 39/2002 che ha trasposto organicamente la Direttiva del 1993, già peraltro modificata dalla Direttiva n. 2000/34, nella Direttiva n. 2003/88), e con la Direttiva n. 96/34, per quanto attiene la regolazione tra tempi di lavoro e congedi famigliari e formativi.

La sensazione è che il dibattito avviatosi nella comunità scientifica comunitaria sia stato in un primo momento capace di indirizzare i provvedimenti normativi comunitari e successivamente in grado di anticipare la codificazione della Carta dei diritti sociali di Nizza.

Il già citato Rapporto Supiot ha certamente recepito le esigenze di tutela emerse nel corso della conferenza dedicata a *The regulation of working time in the European Union* svoltasi a Firenze nell'aprile 1995, mostrando peraltro che la tematica della regolamentazione del tempo di lavoro nell'Unione europea è un tema capace di ridurre a sintesi le diverse spinte del mondo produttivo e dei lavoratori, e che proprio per la sua principale caratteristica necessita di una regolazione quanto più uniforme.

Occorre quindi tutelare la libertà del cittadino, sia esso giovane o anziano, e allo stesso tempo promuovere il progresso materiale e spirituale della società secondo le proprie possibilità e nell'esercizio della propria libertà di scelta. Infatti la principale novità introdotta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è l'abbattimento delle barriere tra le diverse categorie di diritti fondamentali con la conseguente promozione dei diritti sociali fondamentali a diritti di rango pari a quello delle libertà economiche (69).

Si manifesta quindi la necessità per il legislatore comunitario di rifiutare «la concezione che vede nell'energia lavorativa umana solo un fattore di produzione come gli altri» (70), la flessibilità non deve piegare le persone semmai l'impresa deve essere capace di rimodulare le

(69) Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, 2003, pp. 137-138.

(70) Lord Wedderburn, *Laski's Law behind the law. Laski's e il diritto dietro la legge: dal 1906 al diritto del lavoro europeo*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 540.

proprie esigenze produttive senza farsi spezzare dalle circostanze (71). La flessibilità a cui pensa il costituente comunitario è quindi una «flessibilità biunivoca» (72); che necessita quindi di un contratto di lavoro non unidirezionale, ma capace di recepire e valorizzare le «modalità temporali della prestazione lavorativa» e di coniugare il lavoro, inteso nella sua accezione più alta (73), alla qualità della vita (74).

6. — *Il ruolo delle clausole per la tutela dei lavoratori* — La Direttiva n. 97/81 ricorre all'utilizzo di alcune clausole per la tutela delle condizioni lavorative dei *part-timers* la cui trattazione appare in un certo senso obbligata viste le modifiche apportate al quadro istituzionale dell'Unione europea.

(71) Sennet, *Luomo flessibile*, Feltrinelli, 2001, p. 45.

(72) La definizione di flessibilità biunivoca è stata utilizzata da Del Punta, *La nuova disciplina dei congedi familiari, parentali e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 159.

(73) Ghezzi, *Lavoro e politiche sociali*, in *Le eredità di Dossetti*, ed. Provincia di Bologna, 2002, p. 71; Basso, *Giustizia e potere. La lunga via al socialismo*, in *QG*, 1971, p. 654. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, 199, p. 131. È utile riferire che argomento di dibattito dottrinale è stato il rapporto tra art. 4 e art. 41 Cost. che ha spinto un autorevole commentatore ad avanzare la tesi della «funzionalizzazione dell'attività imprenditoriale» rispetto al perseguimento di risultati socialmente convenienti tali da influenzare la stessa iniziativa economica: si veda sul punto Mancini, *Commento all'art. 4 Cost.*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione (artt. 1-12)*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 215. *Contra* Galgano, *Istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 148. Sul ruolo che l'art. 41 della costituzione riconosce a coloro i quali, sul piano politico-sociale, si trovino in una «situazione di privilegio» si veda Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Milano, Giuffrè, 1955, oggi pubblicato anche in *q. Riv.*, n. 4/1993. L'influenza esercitata da Natoli in seguito alla pubblicazione della citata opera è stata evidenziata da Ventura, *Attualità di una linea*, in *q. Riv.*, n. 4/1993. Oltre al citato intervento nella stessa rivista dedicata al ricordo di Ugo Natoli si vedano i contributi di Mengoni, *Ugo Natoli come giurista del lavoro*; Spagnoli, *Ugo Natoli e la Corte Costituzionale*; Franceschelli, *Ugo Natoli e i «sommi giudici»*; D'Antona, *Ugo Natoli un giuslavorista «impolitico»*. Infine, per completezza, si deve segnalare che una ricostruzione puntuale del ruolo svolto dall'art. 4 Cost., sia con riferimento all'accesso al lavoro che per quel che concerne la disciplina dei licenziamenti individuali, è presente in La Macchia, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 21 ss. Di particolare rilevanza sono i contributi di D'Antona, *Il diritto del lavoro nella costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *q. Riv.*, 1999, Suppl. al n. 3, pp. 15-23; e di Rusciano, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in *q. Riv.*, 1999, Suppl. al n. 3, pp. 25-40.

(74) Sul punto si è già intervenuti nel paragrafo n. 2.2.1.

Con il Trattato di Amsterdam il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera diventa uno degli scopi della Comunità (articoli 2, 3 e 136 Trattato Ce dopo Amsterdam), per raggiungere il quale viene predisposto uno specifico fondamento normativo dell'azione comunitaria (articoli 136 ss. TCe). Inoltre tra gli obiettivi comunitari vengono inseriti anche la promozione dell'occupazione (articoli 2 e 3, lett. *i*, Trattato Ce) e la predisposizione del fondamento normativo necessario per la relativa azione (articoli 125 ss. Trattato Ce). Utile è ricordare che questa impostazione è stata confermata dal Trattato di Nizza del 2001 (75).

Tuttavia al fine di impedire che il processo di armonizzazione incida negativamente su posizioni già acquisite dai lavoratori di un certo Stato membro la Direttiva n. 97/81 prevede alcune clausole dette anche «più favorevoli» (76). Sono considerate tali quelle clausole che riconoscono agli Stati membri (clausola 6, comma 1) e/o alle parti sociali la possibilità di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli rispetto a quelle previste nell'Accordo.

Secondo una recente dottrina tali clausole non sono altro che la concreta applicazione di un principio generale del diritto sociale comunitario contenuto nell'art. 137 TCe, ove si prevede la possibilità di adottare direttive basate sul meccanismo delle «prescrizioni minime applicabili progressivamente».

La Corte di Giustizia Ce è intervenuta sul tema stabilendo che l'intervento comunitario è vincolato alla previsione di prescrizioni minime per il perseguimento degli obiettivi sociali del Trattato; ciò comporta che l'applicazione del principio del trattamento di miglior favore per i lavoratori debba lasciare ampi margini di autonomia agli Stati membri nel senso di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli; il tutto nel rispetto delle compatibilità generali previste dal Trattato Ce (77).

(75) Il Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 «che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi» è stato reso esecutivo in Italia con legge 11 maggio 2002, n. 102 (in *Gazz. Uff.* 31 maggio 2002, n. 126, suppl. ord.) ed è entrato in vigore il 1° febbraio 2003.

(76) Per una lettura approfondita del concetto di clausola «più favorevole» e una comparazione con il concetto di clausola «di non regresso» nella prassi seguita dalle direttive comunitarie si veda Garofalo, *Le clausole di «non regresso» nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *q. Riv.*, 4, 2003.

(77) Corte di Giustizia Ce 19 marzo 1993, n. 2/91, in *Racc. giur. Corte*, 1993, I, pp. 1064 ss.

Tale impostazione muove dall'assunto che gli artt. 10 e 249 del Trattato Ce impongono agli Stati membri l'obbligo di rispettare e applicare le norme comunitarie, il che comporta, una volta individuata la *norma* comunitaria e il suo esatto contenuto precettivo, l'individuazione della norma interna e il suo consequenziale adattamento poiché quest'ultima norma deve essere necessariamente conforme a quella comunitaria.

Ne scaturisce una *regula iuris* per l'eventuale attività legislativa d'attuazione degli atti comunitari che non siano *self executing*; le normative ricettive non possono legittimamente discostarsi da tale contenuto precettivo stabilito in sede comunitaria (78).

La Direttiva n. 97/81, oltre all'utilizzo delle clausole relative alle «disposizioni più favorevoli», ricorre anche alle clausole di «non regresso» (79)(considerando 22, clausola 6, comma 2). Occorre precisare che le clausole di non regresso hanno una funzione precettiva più articolata rispetto a quelle «più favorevoli»: esse si riferiscono ai livelli generali di protezione dei lavoratori e non alla disposizioni emanate o da emanarsi in un singolo Stato con riferimento alla stessa materia oggetto della disciplina comunitaria. Nella Direttiva n. 97/81 tali livelli sono indicati in maniera generalissima sia nel *considerando 22* che nella clausola 6, comma 2, dove si prevede che l'attuazione dell'Accordo sul *part-time* non costituisce giustificazione valida per ridurre il livello generale di protezione dei lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso e in modo tale da non arrecare pregiudizio per il diritto degli Stati membri e/o le parti sociali. La Direttiva sul *part-time*, quindi, ricorrendo all'utilizzo delle clausole di non regresso si mostra in sintonia con i principi fondamentali del diritto sociale comunitario. Infatti le menzionate clausole costituiscono l'attuazione concreta di un altro principio fondamentale, e cioè quello previsto dall'art. 136 TCe, che vuole l'azione comunitaria diretta alla promozione dell'occupazione, al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro e alla parificazione nel progresso di tutti i lavoratori. Da ciò si ricava che l'intento della

(78) Garofalo, *Le clausole di «non regresso» nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, op. cit.; si veda inoltre Catalucci, *Direttive europee, clausola di non regresso e modelli di recepimento*, in *q. Riv.*, 2, 2006, pp. 309 ss.

(79) Per una puntuale ricostruzione delle diverse interpretazioni dottrinali sul tema delle clausole «di non regresso» si veda Dondi, *Clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in tema di protezione sociale: quali condizionamenti per l'ordinamento giuridico nazionale?*, in *Arg. dir. lav.*, 4, 2003.

Direttiva n. 97/81 è quello di armonizzare le disposizioni dei paesi membri dell'Unione europea nel segno del «progresso» e per «migliorare le condizioni di vita e di lavoro» dei lavoratori.

Su queste premesse si è sostenuto in dottrina che la parificazione nel progresso non consente agli Stati membri di far regredire il livello generale di tutela già accordato ai lavoratori dalla disciplina nazionale (80).

La citata dottrina sostiene che le direttive che si avvalgono delle clausole di «non regresso» intendono migliorare le condizioni di vita e di lavoro parificandole nel progresso. Ciò comporta che il livello generale di tutela garantito delle singole legislazioni nazionali costituisce lo *standard* di riferimento che ciascuno degli Stati membri dovrà rispettare, in sede di attuazione delle direttive, modificandolo *in melius* solo se inferiore a quello «comunitario». Il tutto, ovviamente, ferma restando la possibilità di modifica *in melius*, oltre lo *standard* comunitario, per effetto delle altre clausole prima ricordate.

Questa ricostruzione porta giustamente a ritenere che la norma d'adattamento che si produce all'interno dell'ordinamento nazionale debba seguire lo stesso schema precettivo previsto nella direttiva.

È inevitabile quindi che si venga a creare, oltre che un evidente limite all'azione legislativa, un canone vincolante per l'interprete nazionale, il quale, nel ricostruire la *regula iuris* del caso concreto, non dovrà applicare la disciplina interna che, posta in attuazione della direttiva comunitaria, costituisca regressione del livello generale di tutela presente nell'ordinamento nazionale al momento dell'adozione dello strumento comunitario e, così, garantire il più elevato *standard* di tutela (81).

6.1. — *Il dovere di leale cooperazione e la sentenza n. 45/2000 della Corte Costituzionale* — Come si è appena detto, tanto le clausole sulle «disposizioni più favorevoli» quanto quelle di «non regresso», essendo espressione di principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, sono portatrici di precisi precetti giuridici.

Tuttavia completezza di analisi vuole che i principi richiamati nel paragrafo precedente siano integrati dagli obblighi generali del diritto comunitario tra cui deve ricordarsi quello alla leale cooperazione previsto dall'art. 10 TCE.

(80) Garofalo, *Le clausole di «non regresso» nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, op. cit., par. 3.

(81) Garofalo, *Le clausole di «non regresso» nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, par. 3.

Questa impostazione ricostruttiva porta a ritenere la clausola 6, comma 2, della Direttiva n. 97/81 uno specifico obbligo comunitario, tale da vincolare il giudice interno a una interpretazione adeguatrice del precetto comunitario (82).

Sul punto chiarificatore è l'intervento della Corte Costituzionale (sentenza del 3 febbraio 2000, n. 45) (83) chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del quesito referendario, proposto dal partito radicale, per l'abrogazione dell'art. 5, legge 19 dicembre 1984, n. 863.

A giudizio della Corte argomento preliminare all'ammissibilità del quesito referendario è la verifica della compatibilità del quesito con le prescrizioni delle direttive comunitarie, qualora, come accade nella specie, queste siano idonee a produrre effetti tali da inibire l'abrogazione delle norme interne, in quanto preclusive del corretto adempimento degli obblighi derivanti allo Stato italiano dal diritto comunitario derivato (84).

Le citate premesse hanno spinto i giudici della Consulta a rilevare che sotto questo profilo la disciplina recata dall'art. 5 della legge n. 863 del 1984 rientrava nel campo di applicazione della Direttiva comunitaria n. 97/81, all'epoca della sentenza in esame non ancora recepita nel nostro ordinamento.

Viene inoltre rilevato dalla Corte Costituzionale che l'Accordo quadro sul *part-time*, dopo avere stabilito, tra l'altro, il principio di non discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo parziale e il principio di agevolazione dello sviluppo del lavoro a tempo parziale, in particolare prevede l'opzione di fondo per il principio *pro rata temporis* (clausola 4.2), nonché la tendenziale eliminazione degli «ostacoli di natura giuridica o amministrativa che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale» (clausola 5.1, lett. a).

(82) In tal senso Garofalo, *op. cit.*; *contra* Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 3, 2002, p. 509.

(83) Per una rilettura attenta dei *referendum* in materia di diritto del lavoro si veda Ghezzi, *Fatti e misfatti: il diritto del lavoro nella «Repubblica dei referendum»*, in *Scritti in onore di Mattia Persiani*. Sul tema dei *referendum* si veda anche Amato, *Sinistra lascia stare i referendum e non contare sulle gaffes degli altri*, ne *Il Corriere della Sera*, 7 luglio 2003; Romagnoli, *Quei referendum boomerang sullo Statuto dei lavoratori*, ne *La Repubblica*, 14 maggio 2003; inoltre sul tema Barbera, Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003; Alleva, *I «referendum sociali» e il rapporto di lavoro*, in *q. Riv.*, I, 2000; Andreoni, *Diritti sociali e diritti economici nella Costituzione della Repubblica. A proposito dei referendum radicali*, in *q. Riv.*, I, 2000.

(84) Corte Cost. n. 36/97.

Queste considerazioni, unite al dettato dell'art. 11 della Costituzione, inducono la Consulta a stabilire che di fronte alla normativa comunitaria «l'ordinamento interno si ritrae e non è più operante» (85), e che gli indicati obiettivi comunitari trovano una sia pure parziale e anticipata conformazione nella disciplina recata dall'art. 5 della legge n. 863 del 1984.

In particolare veniva rilevato dai giudici della Corte che la disciplina prevista dalla legge n. 863/84 era sostanzialmente coerente con i principi richiamati dalla direttiva; infatti risultavano già di per sé stessi ispirati al principio *pro rata temporis* sia il comma 5 dell'art. 5, che regolava il calcolo dei contributi, sia il comma 12, che stabiliva il criterio di computo dei lavoratori *part-time* ai fini del calcolo del numero dei lavoratori dell'azienda.

È opinione della Corte Costituzionale che la complessiva disciplina posta dallo stesso art. 5, legge n. 863/84, avesse già realizzato una sorta di anticipazione della citata Direttiva n. 97/81/Ce, identificando un nucleo minimo di regole che, da un lato, agevolavano il lavoro a tempo parziale e, dall'altro lato, costituivano una forma di protezione del lavoratore *part-time*. Pertanto, il giudizio era che tale nucleo minimo essenziale non potesse essere totalmente rimosso, nell'ordinamento interno, se non attraverso la contemporanea sostituzione con disposizioni a loro volta conformi, proprio perché l'entrata in vigore della direttiva ha determinato il formarsi, durante la pendenza del termine, di una situazione di pre-conformazione all'obbligo di adeguamento, che preclude l'adozione di atti collidenti con i principi della direttiva.

Infine la Consulta, richiamandosi alla giurisprudenza comunitaria, ribadisce il dovere che gli Stati membri hanno, ai sensi degli artt. 10 e 249 del Trattato, di leale cooperazione, che impone, tra l'altro, di astenersi dall'adottare, nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore della direttiva e il termine assegnato per il suo recepimento, qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto (86).

Questa considerazione pare calzante poiché, nel caso di specie, non solo il termine di attuazione della direttiva era già scaduto (il 20 gennaio 2000), rendendo così formalmente inadempiente lo Stato italiano, ma anche perché sia il ventiduesimo «considerando» della direttiva

(85) Corte Cost. n. 285/90.

(86) Corte di Giustizia Ce 18 dicembre 1997, causa C-129/96.

va sia la clausola 6.2 dell'allegato Accordo quadro stabiliscono espressamente che in ragione della direttiva non può essere giustificato alcun «regresso» rispetto alla situazione vigente in ciascuno Stato membro per quanto riguarda il livello generale di protezione dei lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso. L'abrogazione in via referendaria dell'art. 5, legge n. 863/84, avrebbe determinato l'eliminazione pura e semplice della tutela contenuta nella vigente disciplina specifica del rapporto di lavoro a tempo parziale, così da porre in essere una situazione tale da far sorgere la responsabilità dello Stato italiano per inadempimento di uno specifico obbligo comunitario con conseguente violazione dell'art. 75, comma 2, della Costituzione.

Si può quindi sostenere che il vincolo comunitario trascende il mero dato letterale della singola clausola di non regresso e si ricollega all'obbligo di leale cooperazione che, alla luce della citata sentenza della Corte Costituzionale, condiziona tutte le fonti di produzione giuridica dell'ordinamento interno (87).

Infine, a sostegno degli effetti precettivi delle clausole di non regresso, è utile rammentare la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha riformato l'art. 117 della Costituzione.

Tale riforma ha individuato nel rispetto degli obblighi comunitari uno dei parametri per il legittimo esplicarsi della potestà legislativa interna; infatti si prevede all'art. 117 che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

È evidente che questa riforma rafforza la posizione del diritto comunitario rispetto a quello nazionale; viene infatti fornita un'ulteriore garanzia costituzionale rispetto a quella indiretta elaborata dalla nostra giurisprudenza costituzionale intorno al precetto di cui all'art. 11 Cost. (88).

(87) Garofalo, *op. cit.*, par. 7. Approfonditamente sul tema si veda Napoli, «Tutela e sicurezza del lavoro» nella riforma del Titolo V della Costituzione, in Aa.Vv., *Quale futuro per il diritto del lavoro? La politica del governo: dal Libro bianco al Disegno di legge delega sul mercato del lavoro*, Atti di della giornata di studio, Milano, 2002, p. 13. Napoli, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in Aa.Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Milano, p. 483.

(88) Per un repertorio completo, nei relativi riferimenti temporali, della giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno v. Starace e Cannone, *op. cit.*, I, pp. XXXVIII ss. per l'elencazione e nel corpo dei due volumi per i testi rilevanti.

Quindi alla luce della riforma costituzionale del 2001 il legislatore interno sarà tenuto al rispetto di tutti gli obblighi comunitari, anche quelli contenuti, ad esempio, in norme comunitarie non direttamente applicabili o, comunque, inadeguate a produrre effetti diretti. Ciò comporta l'incostituzionalità delle norme interne che contrastino con il precetto comunitario (89).

7. — *Conclusioni* — Se si guarda alla recente storia legislativa del *part-time* nel nostro ordinamento interno è facile ravvisare come l'adattamento alla Direttiva n. 97/81 abbia dato luogo a una situazione paradossale.

Infatti, in un primo momento, nel nome dell'Europa si è dato seguito a una riforma accusata, da una parte della dottrina, di eccessivi vincoli e pertanto in antitesi con il dettato comunitario.

Sempre nel rispetto della Direttiva n. 97/81 la legge n. 30/2003 (art. 3) ha proposto una riforma della disciplina del *part-time* regolata dal d.lgs. n. 61/2000, in cui si prevede (lettera e) l'«abrogazione o integrazione di ogni disposizione in contrasto con l'obiettivo della incentivazione del lavoro a tempo parziale, fermo restando il rispetto dei principi e delle regole contenute nella Direttiva n. 97/81 Ce...» (90). Questa scelta nuovamente ha ridato fiato alla *querelle* politico-dottrinale che ha diviso gli interpreti tra coloro che vedono nell'articolato normativo previsto dall'art. 46 del d.lgs. 276/2003 una «controriforma» del *part-time* e coloro che invece, facendo perno sulla vaghezza della Direttiva n. 97/81, parlano di una «riforma della riforma» (91).

(89) In tal senso Garofalo, *op. cit.*, par. 6; Arrigo, *Ordinamento comunitario e modifica del Titolo V, parte II della Costituzione*, in <http://www.econ.unian.it/distasi/Ordinamento.htm>, pp. 5 ss.; Groppi, *L'incidenza del diritto comunitario sui rapporti Stato-regioni in Italia dopo la riforma del Titolo V*, in http://www.unisi.it/ricerca/di/dir_eco/grop.htm, pp. 22 ss.; Sorrentino, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, Relazione tenuta a Genova il 23 marzo 2002, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/genova020323/sorrentino.html>, pp. 2 ss., nonché, per riferimenti, Condinanzi, *Comunità europee, Unione europea e adattamento*, in Aa.Vv., *Istituzioni di diritto internazionale*, II ed., Torino, 2003, pp. 150 ss., e spec., pp. 180 ss.

(90) Sulla disposizione delegante v. Brollo, *Il lavoro a tempo parziale*, in Aa.Vv., *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, a cura di M. T. Carinci, Milano, 2003, spec. pp. 162 ss. Sulla disposizione delegata (art. 46, d.lgs. n. 276 del 2003) v. Massi, *Riforma del lavoro* (suppl. al n. 40 del 2003 di *Dir. prat. lav.*), pp. 95 ss.

(91) Santucci, *Il part-time nella nuova disciplina: dalla «flessibilità limitata» alla «precarietà»?*, in De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, Ed. Scientifiche, 2004.

Tuttavia se questa situazione non fosse risolta si sarebbe costretti a repentini cambi di normativa a seconda delle maggioranze parlamentari che si susseguono.

In quest'ottica vale la pena ribadire che la strategia europea dell'occupazione punta a un coordinamento delle politiche e degli obiettivi attraverso metodi e strumenti la cui scelta è rimessa agli attori nazionali. Dovere dei governi dell'Unione è convergere su obiettivi e risultati contemperando interessi ed esigenze e, quindi, adottando strumenti che abbiano comuni denominatori (92).

In tal modo si vuole evitare che possano essere messe in campo politiche sociali assolutamente divergenti tra di loro ma che dichiarano formalmente di convergere verso la strategia comune europea.

L'obiettivo del coordinamento delle politiche comunitarie va contemperato con l'altro obiettivo previsto dalla Direttiva n. 97/81: «migliorare la qualità del lavoro a tempo parziale», con un adeguato statuto di protezione, secondo un'ottica di equo contemperamento degli interessi in gioco (93) (clausola 1 dell'Accordo quadro, lett. a). In sostanza la finalità complessiva della direttiva comunitaria è di perseguire una «regolazione a fini sociali e non di mercato» del *part-time*.

L'ordinamento interno può sì scegliere metodi e strumenti per attuare gli obiettivi contenuti nella direttiva, ma non può decidere di ignorare un aspetto degli obiettivi comunitari: quello di rendere migliori la qualità della vita di lavoro, tenendo conto non solo delle condizioni di lavoro in senso stretto ma pure dei bisogni e degli interessi dei lavoratori (94).

Quindi se un obiettivo fondamentale è l'aumento del tasso di occupazione questo non va perseguito a tutti i costi, ma va contemperato con un meta-valore dell'identità sociale dell'Europa: la qualità del lavoro, che deve essere creata anche con strumenti come il *part-time*, ma che deve esser comunque alta, la più alta possibile (95).

(92) Caruso, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, Ed. Scientifiche, 2004.

(93) Perulli, *Interessi e teccniche*, op. cit.

(94) Brollo, *Lavoro a tempo parziale, Art. 46*, pp. 121 ss., in *Le modifiche al D.Lgs. n. 61/2000 sul lavoro tempo parziale*, in *Commentario alla l. 276/2003* (coordinato da Carinci), Ipsoa, 2004; Vol. III (a cura di Brollo, Mattarolo, Menghini, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*).

(95) Caruso, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, op. cit.

Il punto di snodo per risolvere la questione appare essere il ruolo che si vuole attribuire all'Unione europea e al suo modello sociale.

Nel paragrafo precedente si è dato conto di un importante orientamento della Corte Costituzionale (sentenza n. 45/2000). Il ragionamento seguito dai giudici della Consulta è orientato a sostenere che già nella fase antecedente alla trasposizione della Direttiva n. 97/81 la politica sociale del legislatore italiano ha subito una serie di vincoli derivanti sia dall'ordinamento costituzionale interno che dalla trama di reciproci richiami tra principi e diritti regolati dall'integrazione tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario.

Ciò comporta che la regolamentazione del *part-time* apprestata a livello europeo rappresenta un vincolo costituzionale sovra-ordinamentale per il legislatore (96).

Obiettivo dell'indagine è una lettura complessiva della disciplina che oggi regola il lavoro a tempo parziale in Italia, e una valutazione della persistenza dei richiamati equilibri nella regolazione del *part-time* tra esigenze di flessibilità sul lato dell'offerta e della domanda.

Per fare sì che la ricerca sia ragionevolmente equilibrata occorre prendere atto, però, che nel *part-time* il quadro di riferimento non può prescindere dal temperamento di interessi che è stato realizzato a livello comunitario, e che questo deve essere recepito in modo coerente.

Discutendo di *part-time* si apre una finestra sull'Europa e sul suo assetto giuridico istituzionale. È indubbio che oggi il modello sociale europeo, che va al di là dei singoli Stati, si trovi al centro del processo di fondazione costituente di un ordinamento comunitario ancora incerto per quel che riguarda gli esiti, ma molto chiaro nei suoi presupposti (97).

(96) Caruso, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, op. cit., par. 2. L'Autore ravvisa nella sentenza una serie di importanti implicazioni; alcune riguardano la concezione stessa della Corte Costituzionale nei confronti dell'ordinamento europeo; concezione che, com'è noto, è assestata sinora su tre assi che, per altro, non potranno che essere posti in tensione dagli sviluppi costituzionali sovranazionali e dalla stessa riforma costituzionale in senso federale-regionale (il nuovo Titolo V della Costituzione): a) la concezione ordinamentale dualista; b) la teoria dei diritti fondamentali come controlimiti; c) il dialogo con la Corte di Giustizia, inteso come meramente confermativo della propria giurisprudenza e, pertanto, occasionale.

(97) Sul punto si rinvia a Giubboni, *Diritti sociali e Mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 17 ss.

La base sociale dell'ordinamento in costruzione è costituita dai diritti sociali fondamentali già in larga parte riconosciuti dalle costituzioni dei singoli paesi dell'Unione, ma non ancora tutelati ufficialmente in maniera sistematica.

In sostanza il giusto approdo, dopo la sottoscrizione di numerosi Trattati e innumerevoli dichiarazioni comuni, pare essere rappresentato dalla promulgazione della Costituzione europea che sancisca in maniera chiara i principi fondamentali della nuova Comunità e riaffermi definitivamente il modello sociale fin qui costruito (98).

(98) Sul tema si veda Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, Int n. 46/2006; Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Bari, 2003; Amato, *La Convenzione europea Primi approdi e dilemmi aperti*, in *QC*, 3, 2002, pp. 449 ss.; Torchia, *Una costituzione senza Stato*, in *DP*, 2001, pp. 405 ss.

Per quel che concerne invece il fatto che il dibattito sull'identità politica e culturale dell'Europa ha trovato recenti nuove motivazioni: si rinvia a De Giovanni, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Guida, Napoli, 2002; Cacciari, *Pensare l'Europa*, in *Micromega*, 1999, 4, pp. 199 ss.; Scoditti, *La costituzione senza popolo*, Edizioni Dedalo, Bari, 2001; Rodotà, *La carta come atto politico e documento giuridico*, in Manzella, Melograni, Paciotti, Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2001; D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, ora in Caruso, Sciarra (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 221.

Matteo Corti (*)

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA, LIBERA CIRCOLAZIONE E CONCORRENZA IN EUROPA (**)

SOMMARIO: 1. Introduzione: mercato del lavoro, mercato dei beni e servizi e diritto della concorrenza. — 2. Contrattazione collettiva, diritto del lavoro e libertà economiche nel Trattato della Comunità europea. — 3. La contrattazione collettiva di fronte alle libertà economiche del trattato. — 3.1. Libertà di circolazione e limiti comunitari all'azione collettiva. — 3.2. Diritto *antitrust* comunitario e limiti alla contrattazione collettiva. — 4. L'Unione europea tra economia di mercato e società come mercato.

1. — *Introduzione: mercato del lavoro, mercato dei beni e servizi e diritto della concorrenza* — Questo saggio si propone di fare il punto sugli spazi di azione e regolazione di cui gode il sindacato a livello nazionale e internazionale a fronte dei limiti posti dalla costituzione economica della Comunità europea.

La questione si inserisce in quella più ampia dei rapporti tra diritto del lavoro, e in particolare normative lavoristiche nazionali di protezione, e disposizioni comunitarie che sanciscono le libertà economiche fondamentali (libera circolazione di beni, servizi, lavoratori e capitali) (1) e tutelano la concorrenza nel mercato interno dell'Unione europea (divieto di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante, controllo dei monopoli nazionali, divieto di aiuti di Stato). Quest'ultima tematica è balzata piuttosto tardi all'attenzione della dottrina giuslavoristica italiana. Soltanto a partire dal noto caso

(*) Ricercatore nell'Università Cattolica del Sacro Cuore.

(**) Il presente saggio, aggiornato al 1° settembre 2007, integra e sviluppa alcuni risultati raggiunti nell'ambito dell'elaborazione della tesi dottorale «Concorrenza e lavoro tra ordinamento comunitario e diritti nazionali», discussa nell'Università Cattolica il 18 settembre 2003.

(1) Il conflitto tra disposizioni lavoristiche nazionali di tutela e libertà di circolazione si è in realtà concretizzato sinora esclusivamente con riguardo alla libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché alla libertà di stabilimento. V. *infra* il par. 3.1., anche alle note 53 e 72.

Job Centre II (2), condanna senza appello del monopolio statale italiano del collocamento, i cultori del Diritto del lavoro del nostro paese hanno cominciato davvero a prendere coscienza dei rischi insiti nella cd. integrazione negativa, ovvero nell'armonizzazione delle disposizioni nazionali non mediata da interventi di diritto comunitario derivato, bensì frutto dello scrutinio operato dalla Corte di Giustizia (di seguito: Corte di Giustizia Ce) sulle normative degli Stati membri alla luce delle disposizioni della costituzione economica della Comunità (3). Da allora, peraltro, l'attenzione dei giuslavoristi sugli incroci pericolosi tra normative lavoristiche nazionali e disposizioni comunitarie sulla libera circolazione e la concorrenza non è mai venuta scemando (4), anche a causa dell'attività pressoché incessante della Corte di Giustizia Ce in questi ambiti.

(2) Decisione della Corte di Giustizia della Comunità europea (di seguito: Corte di Giustizia Ce) 11 dicembre 1997, C-55/96, in *Racc. giur. Corte*, 1997, I, p. 7119. Tra i lavoristi vedi in particolare i commenti di Ales, *Macrottron II: ovvero la Corte di Giustizia «abroga» il monopolio pubblico del collocamento?*, in *Dir. lav.*, 1998, II, pp. 93 ss.; Ichino, *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, pp. 22 ss.; Roccella, *Il caso Job Centre II: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*, in *q. Riv.*, 1998, II, pp. 33 ss.

(3) Sulla distinzione tra armonizzazione positiva e negativa, e soprattutto sui rischi (anche relativi al deficit democratico) congeniti alla seconda vedi per tutti A. Lyon-Caen, *Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre*, in *Aa.Vv., Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du Prof. Jean Savatier*, Paris, 1992, pp. 340-341; D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 701 (che distingue armonizzazione di tipo funzionalista e armonizzazione di tipo coesivo); Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, pp. 49 ss.; Barnard-Deakin, «Negative» and «Positive» Harmonization of Labor Law in the European Union, in *Columbia Journal of European Law*, 2002, pp. 389 ss.

(4) In questa fase del lavoro ci si limiterà a richiamare soltanto alcuni contributi della dottrina italiana dedicati all'argomento che rivestono carattere generale, rimandando per il resto alla bibliografia riportata nei vari luoghi dello scritto. V. quindi Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, pp. 587 ss.; Nadalet, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: articolazioni possibili. Qualche proposta scomoda in tema di «globalizzazione»*, in *Lav. dir.*, 2002, pp. 99 ss.; Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; Lambertucci, *Principi comunitari della concorrenza e contrattazione collettiva: alcuni profili problematici*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, pp. 137 ss.; Ravelli, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, pp. 303 ss.; Cazzanti, *Breve rassegna su contrattazione collettiva e concorrenza nella giurisprudenza comunitaria*, in *q. Riv.*, 2004, I, pp. 663 ss.; Di Via, *Antitrust e diritti sociali. Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Napoli, 2004; Balandi, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza tra conflitto e cooperazio-*

Nell'esperienza giuridica successiva alla Rivoluzione francese il mercato dei beni e servizi e quello del lavoro (5) sono stati per lungo tempo governati da regole giuridiche ispirate al medesimo principio di libera concorrenza e ostilità alle concentrazioni di potere privato (6): la *Loi Le Chapelier*, che trovava parallelismi nelle principali realtà europee, esprime emblematicamente l'idea che anche per la domanda e offerta di lavoro debbano valere i meccanismi di mercato, e che nessuna realtà privata debba interferire nel loro libero dispiegarsi (7). Nel corso del XIX secolo e nella prima metà del XX si affermò progressivamente la convinzione che il mercato del lavoro fosse caratterizzato da peculiarità tali da sconsigliarne l'acritica assimilazione con quello dei beni e servizi (8).

ne: prima ricognizione alla periferia del tema, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, Padova, 2005, pp. 107 ss.; Brino, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarietà*, in *q. Riv.*, 2005, I, pp. 319 ss.; Lunardon, *2. L'ordinamento europeo*, in Tosi, Lunardon, *Introduzione al diritto del lavoro*, Bari, 2005, pp. 117 ss. e 180 ss.; G. Santoro Passarelli, *La dialettica tra ragioni del lavoro e della concorrenza nell'orizzonte della normativa europea*, in *Dir. lav.*, 2005, I, pp. 13 ss.; Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006, pp. 101 ss.

(5) Ai fini del presente scritto si utilizzerà l'espressione «mercato del lavoro» in una accezione ampia, che abbraccia non soltanto la fase dell'incrocio iniziale tra domanda e offerta, come è usuale fra i giuslavoristi, ma anche quella successiva dello svolgimento del rapporto, come è invece tradizione più consolidata tra gli economisti.

(6) Per una efficace illustrazione comparata di questa parabola vedi Adlercreutz, *Arbetsrätten och konkurrensrätten*, in Aa.Vv., *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman utgivna av Arbetsrättsliga Föreningen*, Iustus, Uppsala, 1993, pp. 1 ss.; G. Lyon-Caen, *La concurrence par la réduction du coût du travail*, in *Dr. ouv.*, 2003, pp. 261 ss.

(7) Sui contenuti di questa legge e l'ideologia che la anima vedi Simitis, *La legge Le Chapelier tra storia e attualità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, pp. 743 ss.

(8) Quale momento emblematico di questa consapevolezza, radicata nella dignità umana della persona lavoratrice, si può ricordare la Sect. 6 dello statunitense *Clayton Act* del 1914, che, proprio per sottrarre le manifestazioni dell'associazionismo operaio ai rigori della legislazione *antitrust* dello *Sherman Act* del 1890, recitava: «il lavoro umano non è una merce o un articolo di commercio. Nulla di ciò che è contenuto nelle leggi *antitrust* deve essere interpretato in modo da impedire l'esistenza e l'operatività delle organizzazioni operaie o agricole costituite a fini di reciproco aiuto, che non hanno un capitale sociale né scopo di profitto, o in modo da impedire o trattenerne i singoli membri di tali organizzazioni dal perseguire legalmente i legittimi obiettivi di queste; né tali organizzazioni né i loro membri devono essere considerate o interpretate come accordi o intese restrittivi del commercio secondo le leggi *antitrust*». Sulle vicende che portarono all'introduzione della *labor exemption* nel *Clayton Act* vedi Ernst, *The Labor Exemption, 1908-1914*, in *Iowa L. Rev.*, 1989, pp. 1151 ss. La sanzione internazionale dell'unicità del fenomeno «lavoro» e del mercato che lo riguarda si ebbe tuttavia con la dichiarazione di Filadelfia

In particolare, si osservò che la situazione di debolezza contrattuale in cui versavano la maggior parte dei lavoratori subordinati li spingeva a creare coalizioni mediante le quali essi cercavano di riequilibrare i rapporti di forze e ottenere condizioni di scambio più eque (9). I legislatori liberali cominciarono a tollerare il fenomeno sindacale e ad accettare l'idea che nel mercato del lavoro il principio della negoziazione tra coalizioni (principio di coalizione) sostituisse quello della contrattazione in regime di libera concorrenza nella determinazione delle condizioni essenziali dello scambio. La parentesi corporativa determinò l'annacquamento del principio di libera concorrenza anche all'interno del mercato dei beni e servizi, con conseguenze particolarmente pesanti per il nostro paese, che non vide il varo di una legge *antitrust* fino al 1990 e ancora oggi è alle prese con complicati processi di liberalizzazione (10). Nella maggior parte dei paesi dell'Europa occidentale il secondo dopoguerra si aprì con la definitiva sanzione, spesso anche a livello costituzionale, del principio che all'interno del mercato del lavoro le condizioni dello scambio sono stabilite in primo luogo dalla negoziazione

del 1944 sui principi e gli obiettivi dell'Oil, che contiene il celebre principio: «il lavoro non è una merce». Questo principio secondo O'Higgins, *«Il lavoro non è una merce»*. *Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 303, sarebbe ormai da considerarsi «una norma consuetudinaria del diritto internazionale». Sulla persistente attualità di questo principio a fronte delle rinnovate pretese dell'economia neo-classica vedi le riflessioni di Grandi, *«Il lavoro non è una merce»: una formula da rimeditare*, in *Lav. dir.*, 1997, pp. 557 ss.

(9) Si noti che nel mercato dei beni e servizi uno degli obiettivi riconosciuti del diritto della concorrenza è quello di garantire maggiore scelta, e conseguentemente maggiore potere, ai consumatori, spostando quote di potere privato dalle imprese a questi ultimi (cfr. Denozza, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella Cee e negli Usa*, Bologna, 1988, p. 155). Nel mercato del lavoro, a causa della peculiarità del lavoro subordinato, è l'associazionismo a garantire maggiore scelta al lavoratore, mentre un regime di libera concorrenza lo priverebbe, salvo casi particolari di professionalità elevate o particolarmente ricercate, di qualsiasi potere contrattuale nei confronti delle imprese. Su questo punto cfr. le riflessioni di Däubler, *Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten*, Frankfurt am Main, 1976, pp. 8 ss.; Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985, in partic. pp. 266 ss.; Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb*, Berlin, 1996, p. 335; Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, pp. 181-182.

(10) La diffidenza nei confronti dei meccanismi concorrenziali, quanto meno di quelli intesi a selezionare gli operatori più efficienti, ha dominato nel panorama legislativo italiano fino almeno agli anni novanta: vedi il saggio di Donativi, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, I, pp. 260 ss.

tra le parti sociali, mentre le regole poste dalla legge statale devono essere ispirate al principio di protezione del lavoratore (11): in ultima analisi, gli ordinamenti degli Stati dell'Europa occidentale organizzarono ampiamente il mercato del lavoro secondo il principio di solidarietà (12), anche se mai in misura esclusiva (13). Il principio della libera concorrenza tra i produttori fu riaffermato invece nel mercato dei beni e servizi, anche se non sempre in modo incondizionato. Inoltre, tale principio non fu praticamente mai ancorato a livello costituzionale: com'è noto, le legislazioni tedesca e italiana non optarono chiaramente nemmeno per un sistema economico predeterminato (14), lasciando aperta la strada anche a soluzioni di estesa nazionalizzazione e/o socializzazione dei mezzi di produzione.

(11) Cfr. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, pp. 151-152; De Luca Tamajo, *La norma inderogabile*, Napoli, 1976, in partic. p. 28.

(12) Sembra possibile compendiare nella «solidarietà» la cifra dei principi essenziali che governano i mercati del lavoro degli Stati sociali occidentali. Lo spunto viene offerto fin troppo facilmente dal titolo del Capo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito: Carta di Nizza), che contiene la totalità dei diritti fondamentali dei lavoratori.

(13) In particolare il principio di concorrenza ha avuto spazio in vari ambiti, che sono andati gradatamente aumentando nel corso del secondo dopoguerra: l'inderogabilità soltanto *in peius* delle disposizioni lavoristiche e dei contratti collettivi, la libertà sindacale negativa, i limiti all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, la deregolazione e flessibilizzazione di cui è stato soggetto il diritto del lavoro a partire dagli anni ottanta sono tutti fenomeni che iniettano massicce dosi di concorrenza nel mercato del lavoro. La coesistenza di solidarietà e concorrenza anche all'interno del mercato del lavoro ne assicura il funzionamento efficiente: cfr. Brino, *Diritto del lavoro...*, cit., p. 327.

(14) Per quanto riguarda il *Grundgesetz* tedesco vedi Däubler, *op. cit.*, pp. 163 ss.; Rieble, *op. cit.*, pp. 47-48. Sulla circostanza che nel nostro ordinamento il principio di economia in libera concorrenza non godrebbe di copertura costituzionale vedi per tutti Oppo, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 544; Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 95; *contra* però Galgano, *Sub art. 41 Cost.*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, tomo II, Bologna-Roma, 1982, p. 11; Nivarra, *La concorrenza: le disposizioni generali*, in *Jus*, 1998, pp. 472-473. Nella giurisprudenza costituzionale vedi Corte Cost. 7 ottobre 1999, n. 384, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2958, con nota critica di Pace. Il quadro sembra tuttavia cambiato dopo la riforma operata dalla legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, la quale ha inserito tra le materie di competenza statale esclusiva anche la «tutela della concorrenza» (art. 117, comma 2, lett. e, Cost.). La prima giurisprudenza costituzionale in materia di ripartizione di competenze Stato-Regioni sembra riconoscere, sebbene non *expressis verbis*, il rango costituzionale del principio di libera concorrenza: vedi in questo senso Arnaudo, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, pp. 386-387.

2. — *Contrattazione collettiva, diritto del lavoro e libertà economiche nel Trattato della Comunità europea* — Il Trattato di Roma del 1957 scelse invece decisamente la strada di un'economia aperta e in libera concorrenza per fondere nel mercato comune i mercati nazionali degli Stati fondatori. Le libertà di circolazione contribuirono a creare, e successivamente a tutelare il corretto funzionamento del mercato interno, impedendo in particolare agli Stati membri di incidere con le proprie normative nazionali sui flussi di beni, servizi, lavoratori e capitali che in esso si muovevano. Le disposizioni *antitrust* avevano invece l'obiettivo di impedire che fossero soggetti privati, ovvero le imprese, a influire negativamente sul corretto funzionamento dei meccanismi di mercato mettendo in atto comportamenti anti-concorrenziali. Completavano il quadro delle disposizioni poste alla tutela di una concorrenza non falsata gli articoli sul divieto di aiuti di Stato e sul controllo dei monopoli nazionali.

Il Trattato di Roma prevedeva anche una politica sociale, ma i suoi tratti erano nebulosi, e in ultima analisi la materia rimaneva nella piena discrezionalità degli Stati membri. Come è stato ripetutamente sottolineato, questa situazione corrispondeva all'intima convinzione dei padri fondatori della Comunità, secondo i quali l'instaurazione di un mercato transnazionale avrebbe trascinato con sé il progresso sociale senza bisogno di intervenire con misure di armonizzazione (15). Questa ripartizione di competenze, nella quale il mercato del lavoro continuava a essere regolato a livello degli Stati nazionali, mentre il mercato dei beni e servizi veniva plasmato in maniera sempre maggiore mediante l'attuazione della costituzione economica della Comunità, durò soltanto poco oltre la fine del periodo transitorio. Infatti, la Corte di Giustizia Ce riconobbe assai presto alle libertà di circolazione e alle disposizioni *antitrust* del trattato l'ef-

(15) Cfr. per tutti Mancini, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Riv. dir. eur.*, 1989, 10. Si deve anche considerare che gli Stati membri sono da sempre, e tuttora, assai restii a trasferire quote di sovranità all'Ue in materia sociale. Con il tramonto dei miti della razza dopo la seconda guerra mondiale il *welfare state* è diventato parte integrante dell'identità nazionale dei popoli dell'Europa occidentale e, a tutt'oggi, le democrazie europee traggono una parte sostanziale della propria legittimità dalla gestione dei sistemi sociali nazionali: cfr. Streeck, *Neo-Voluntarism: A New European Social Policy Regime?*, in *Eur. L. Journ.*, 1995, 40; D'Antona, *Introduzione: sistema giuridico comunitario*, in Baylos Grau, Caruso, D'Antona, Sciarra, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, pp. 23-24.

ficacia diretta (16), mediante la quale il diritto economico della Comunità acquisì la capacità di penetrare immediatamente all'interno degli ordinamenti nazionali (17). In questo modo, gli Stati membri persero definitivamente la possibilità di modulare l'attuazione della costituzione economica della Comunità mediante l'adozione di direttive che prendessero in considerazione anche gli altri diritti e interessi meritevoli di tutela.

Peraltro, l'interpretazione della Corte di Giustizia Ce munì l'efficacia diretta delle disposizioni comunitarie in materia di libera circolazione e concorrenza di una particolare resistenza nei confronti delle legislazioni nazionali che ne ostacolavano l'esercizio. Il rango *lato sensu* costituzionale delle disposizioni del Trattato della Comunità europea (di seguito: TCe) è stato affermato sin dalla prima giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce (18). Il giudice nazionale è tenuto a disapplicare il diritto interno in contrasto con le disposizioni del TCe aventi efficacia diretta. Le Corti Costituzionali nazionali si sono mantenute aperte alla possibilità di sindacare la legittimità del diritto comunitario soltanto con riferimento al contenuto essenziale dei diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni nazionali (19).

(16) La questione non si è mai posta realmente per la libera circolazione delle merci e le disposizioni a tutela della concorrenza *ex artt.* 81-82 TCe, per le quali il Trattato stesso non sembrava lasciare adito a dubbi. Per altre disposizioni del diritto economico della Comunità l'intervento della Corte di Giustizia Ce ha invece significato un reale spostamento di competenze non contemplato dagli estensori del TCe: vedi i *leading cases* Corte di Giustizia Ce 3 dicembre 1974, C-33/74 (*Van Binsbergen*), in *Racc. giur. Corte*, 1974, p. 1299, per quanto riguarda la libertà di prestazione dei servizi; 19 marzo 1991, C-202/88 (*Terminali*), *ibidem*, 1991, I, p. 1223, per quanto riguarda il divieto di mantenere nei confronti dei monopoli misure contrarie alle disposizioni del TCe. Benché le norme comunitarie in materia di aiuti di Stato non abbiano in genere efficacia diretta, la Corte di Giustizia Ce ha stabilito che gode di questa efficacia il par. 3 dell'art. 88 TCe, che vieta l'introduzione di aiuti di Stato che non siano stati preventivamente comunicati e approvati dalla Commissione: cfr. Corte di Giustizia Ce 11 dicembre 1973, C-120/73, in *Racc. giur. Corte*, 1973, p. 1471.

(17) Le disposizioni del TCe che godono di efficacia diretta creano diritti soggettivi in capo ai singoli: vedi per tutti Ballarino, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2004, pp. 112-114.

(18) Sin dalle sue sentenze più risalenti (vedi la famosa sentenza *Costa c. Enel* della Corte di Giustizia Ce 15 luglio 1964, C-6/64, in *Racc. giur. Corte*, 1964, p. 1127) la Corte di Giustizia Ce ha infatti «costituzionalizzato» il Trattato, stabilendo la supremazia delle disposizioni del TCe su quelle delle legislazioni degli Stati membri, anche se posteriori o di rango costituzionale: vedi per tutti Ballarino, *op. cit.*, p. 114.

(19) Cfr. Ballarino, *op. cit.*, pp. 155-157. Com'è noto si sono avviate per questa strada in particolare le Corti Costituzionali italiana e tedesca: vedi le sentenze del no-

È dunque sin dagli anni settanta che furono creati i presupposti giuridici in base ai quali la Corte di Giustizia Ce potesse vagliare le legislazioni nazionali, anche di carattere sociale, con riferimento all'impatto sulle libertà economiche sancite dal TCe (20). Lo scrutinio si dimostrò da subito estremamente rigoroso: è a tutti noto l'approccio spiccatamente integrazionistico adottato dalla Corte (21). In materia di libertà di circolazione le ormai famose sentenze *Dassonville* e *Cassis de Dijon* (22) testimoniano l'intenzione della Corte di Giustizia Ce di eliminare non soltanto le disposizioni degli Stati membri direttamente o indirettamente discriminatorie, ma pure ogni normativa nazionale che costi-

stro giudice delle leggi 17 dicembre 1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2401; 5 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062, con nota di Tizzano; vedi la sentenza cd. *Solange II* del *Bundesverfassungsgericht* (di seguito: *BVerfG*) 22 ottobre 1986, in *BVerfGE* 73, p. 339, confermata da ultimo da *BVerfG* 7 luglio 2000, in *BVerfGE* 102, p. 147, con la quale la Corte ha sospeso il controllo del diritto comunitario derivato alla luce della legge fondamentale tedesca finché (*Solange*) l'ordinamento comunitario garantisce una tutela del contenuto essenziale dei diritti fondamentali comparabile a quella offerta dal *Grundgesetz*.

(20) Quest'evoluzione non era stata assolutamente presa in considerazione dagli estimatori del Trattato: cfr. Giubboni, *Diritti sociali...*, cit., pp. 170-171.

(21) Tsoukalis, *The New European Economy Revisited*, Oxford, 1997; Hancher, *Community, State and Market*, in Craig-de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, pp. 721 ss.; Giubboni, *Diritti sociali...*, cit., pp. 168 ss.; Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2004.

(22) Corte di Giustizia Ce 11 luglio 1974, C-8/74 (*Dassonville*), in *Racc. giur. Corte*, 1974, p. 837; 20 febbraio 1979, C-120/78 (*Cassis de Dijon*), *ibidem*, 1979, p. 649: queste due decisioni riguardano la libera circolazione delle merci. In materia di libera prestazione dei servizi e diritto di stabilimento i principi elaborati in *Dassonville* e *Cassis* sono stati applicati assai più tardi, in una fase più matura dell'integrazione comunitaria, rispettivamente con i *leading cases Säger* (Corte di Giustizia Ce 25 luglio 1991, C-76/90, in *Racc. giur. Corte*, 1991, p. 4221) e rispettivamente *Gebhard* (Corte di Giustizia Ce 30 novembre 1995, C-55/94, *ibidem*, 1995, I, p. 4165). Curiosamente, peraltro, proprio mentre la dottrina *Dassonville* e *Cassis* si estendeva alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento, essa veniva parzialmente ridimensionata nell'ambito della libera circolazione delle merci con la sentenza *Keck et Mithouard* (Corte di Giustizia Ce 24 novembre 1993, C-267 e 268/91, in *Racc. giur. Corte*, 1993, I, p. 6097), confermata da alcune decisioni successive: secondo tale giurisprudenza le disposizioni nazionali che non riguardano la commercializzazione dei prodotti e che hanno il medesimo impatto sui beni nazionali e su quelli importati non ostacolano la libera circolazione delle merci garantita dall'art. 28 TCe. L'ampiezza del *revirement* effettuato in *Keck* è peraltro controverso: cfr. sulla questione Stuyck, *Gourmet: une nouvelle brèche dans la jurisprudence «Keck»?*, in *Cah. dr. eur.*, 2002, pp. 694 ss.; Carabelli, Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e non regresso nelle direttive sociali*, in *Contr. impr. Eur.*, 2005, pp. 559-561.

tuisse un ostacolo anche solo indiretto a tali libertà. Nell'ambito del diritto antimonopolistico un approccio comparabile rovesciò l'iniziale presunzione di legittimità comunitaria dei monopoli stabiliti dalla legislazione degli Stati membri (23) in una presunzione di illegittimità dei monopoli che non replicassero le condizioni di funzionamento di un mercato concorrenziale (24). Soltanto l'interpretazione delle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato rimase abbastanza fedele a una rigorosa concezione patrimoniale dell'aiuto (25), abbandonando la quale ogni disposizione nazionale che introducesse discipline differenti per diversi attori economici avrebbe potuto essere scrutinata per violazione del divieto comunitario di aiuti di Stato.

Per la verità, nella sua attività interpretativa delle disposizioni nazionali alla luce del diritto economico della Comunità, la Corte di Giustizia Ce non ha quasi mai mancato di prendere in considerazione le esigenze e gli interessi sottesi alle discipline degli Stati membri. Per quanto riguarda in particolare le libertà di circolazione, la Corte di Giustizia Ce ha sempre valorizzato a fini di salvezza delle disposizioni nazionali non soltanto i giustificati motivi espressamente menzionati nel TCE (ordine pubblico, sicurezza, tutela della salute) (art. 30 TCE), ma anche le esigenze di carattere imperativo enucleabili in via interpretativa dal complesso delle norme e dei valori che ispirano l'ordinamento comunitario (26). Tra queste ultime, la protezione del lavoro ha guadagnato ben presto un ruolo di primo piano (27). Nella sua giurisprudenza più

(23) Presente nel *leading case* Sacchi, Corte di Giustizia Ce 30 aprile 1974, C-155/73, in *Racc. giur. Corte*, 1974, p. 409.

(24) V. in questo senso Wachsmann-Berrod, *Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, p. 40. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce le sentenze che hanno segnato il *revirement* sono Corte di Giustizia Ce 23 aprile 1991, C-41/90 (*Höfner*), in *Racc. giur. Corte*, 1991, I, p. 1979; 18 giugno 1991, C-260/89 (*ERT*), *ibidem*, 1991, I, p. 2925; 10 dicembre 1991, C-179/90 (Merci convenzionali), *ibidem*, 1991, I, p. 5889.

(25) Ai sensi della quale al vantaggio patrimoniale dell'impresa deve corrispondere almeno un mancato introito da parte dello Stato: cfr. i punti 24 e 25 della sentenza Corte di Giustizia Ce 24 gennaio 1978, C-82/77 (*Van Tiggele*), in *Racc. giur. Corte*, 1978, p. 25; il punto 19 della sentenza 17 marzo 1993, C-72 e 73/1991 (*Sloman Neptun*), *ibidem*, 1993, I, p. 887; i punti 58-60 della sentenza 13 marzo 2001, C-379/98 (*PreussenElektra*), *ibidem*, 2001, I, p. 2099.

(26) Cfr. il punto 8, secondo capoverso, della sentenza *Cassis de Dijon*, cit.

(27) V. Carabelli, Leccese, *op. cit.*, pp. 552 ss.; Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella Ce*, in *q. Riv.*, 2007, pp. 55 ss.

matura la Corte mostra più o meno apertamente di condurre il vaglio delle disposizioni nazionali secondo i canoni del *Drei-Stufen-Modell* elaborato dalla Corte Costituzionale tedesca in materia di limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali (28): in questo modo la Corte di Giustizia Ce riconosce rango «costituzionale» non soltanto alle libertà di circolazione, ma anche alle summenzionate esigenze di carattere imperativo, e in particolare alla protezione dei lavoratori. Il *Drei-Stufen-Modell* implica i seguenti passaggi: la norma limitatrice deve perseguire uno scopo meritevole secondo l'ordinamento comunitario; la compressione al godimento della libertà o del diritto deve, nel rispetto del suo nucleo essenziale, essere adeguata nei mezzi utilizzati e necessaria a tale scopo, e proporzionata al suo perseguimento (cd. principio di proporzionalità) (29). Analogamente nell'ambito del diritto antimonopolistico la Corte di Giustizia Ce ha enucleato dal Trattato un principio di solidarietà, le cui declinazioni più intense permettono di sottrarre i monopoli previdenziali al divieto di cui all'art. 86 TCE (30): anche in questo caso è garantito il rispetto del principio di proporzionalità, principalmente mediante la graduazione di quello di solidarietà. In materia di intese restrittive della concorrenza, la Corte di Giustizia Ce ha rico-

(28) Rileva l'analogia con riferimento alle decisioni della Corte di Giustizia Ce sulle normative nazionali che limitano la libera circolazione dei servizi Nogler, *Introduzione al mercato unico delle «attività autonome»*, in Nogler (a cura di), *Le attività autonome*, Ajani, Benacchio (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 42.

(29) Per una recente applicazione della *Drei-Stufen-Modell* nell'ambito di un giudizio che ha ritenuto costituzionalmente legittima una normativa del Land Berlino recante l'inserimento automatico di una clausola sociale nei capitolati di appalti pubblici vedi *BVerfG* 11 luglio 2006, in *AuR*, 2007, p. 95: la limitazione del diritto alla libera scelta della propria professione (art. 12 GG) è stata considerata adeguata nei mezzi, necessaria e proporzionata agli scopi perseguiti, ritenuti a loro volta meritevoli secondo la tavola di valori del *Grundgesetz*.

(30) I casi che hanno scandito l'elaborazione della Corte sono le sentenze Corte di Giustizia Ce 17 febbraio 1993, C-159 e 160/91 (*Poucet et Pistre*), in *Racc. giur. Corte*, 1993, I, p. 637; 16 novembre 1995, C-244/1994 (*Fsa*), in *Foro it.*, 1996, IV, 67, con nota di Di Via; 21 settembre 1999, C-67/96 (*Albany*), in *Racc. giur. Corte*, 1999, I, p. 5751; 21 settembre 1999, C-115 e 117/97 (*Bretjens' Handelsonderneming*), *ibidem*, 1999, I, p. 6025; 21 settembre 1999, C-219/97 (*Maatschappij Drijvende Bokken*), *ibidem*, 1999, I, p. 6121; 12 settembre 2000, C-180 e 184/98 (*Pavlov*), *ibidem*, 2000, I, p. 6451; 22 gennaio 2002, C-218/2000 (*Inail*), in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, pp. 462 ss., con nota di Bonardi. Per una rilettura con toni critici di questa giurisprudenza vedi Giubboni, *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o «concorso»?*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, pp. 78 ss., secondo il quale il principio di solidarietà enucleato dalla Corte di Giustizia Ce è troppo dipendente

nosciuto alla contrattazione collettiva un rango particolare in grado di sottrarla all'applicazione dell'art. 81 TCe (31).

L'emersione di questi principi e valori è andata di pari passo con la costruzione e l'ampliamento della politica sociale comunitaria: quest'ultima, pur nella povertà di disposizioni a efficacia diretta, con la sua stessa esistenza e progressiva estensione ha fornito alla Corte di Giustizia Ce lo strumento interpretativo più importante per porre argini all'integrazione negativa in materia sociale operata all'insegna del diritto economico della Comunità (32).

Questa sistemazione teorica ha lasciato profondamente insoddisfatta gran parte della dottrina giuslavoristica, benché vi sia unanimità nel riconoscere che il vaglio del diritto del lavoro degli Stati membri alla luce del diritto economico della Comunità ha condotto soltanto a una salutare (e limitata) razionalizzazione (33). I motivi di perplessità sembrano riconducibili principalmente a due: la circostanza stessa che normative espressione di principi di carattere sociale siano valutate al lume delle libertà economiche del TCe (34); il fatto che tale valutazione avvenga secondo lo schema «libertà fondamentale/regola» e «normativa di carattere sociale/eccezione» (35), che inevitabilmente comporta una notevole

dalle categorie economiche del TCe; per un approccio invece di sostanziale condivisione dell'operato della Corte vedi Balandi, *Diritto del lavoro...*, cit., pp. 116 ss.

(31) V. *infra* il par. 3.2.

(32) In questo senso vedi Carabelli, Lecce, *op. cit.*, pp. 570-573; Carabelli, *op. cit.*, pp. 67 ss.

(33) V. Deakin, *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in Davies, A. Lyon-Caen, Sciarra, Simitis, *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Oxford, 1996, p. 76; la seconda parte dell'opera di Baron, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, Aix-en-Provence, 1998; Roccella, *Il caso Job Centre II...*, cit., pp. 33 ss.; Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in q. *Riv.*, 2000, I, pp. 819-820; Giubboni, *Solidarietà...*, cit., pp. 76-77; Balandi, *Diritto del lavoro...*, cit., pp. 124-125; Brino, *Diritto del lavoro...*, cit., p. 327 e pp. 334 ss.; Lunardon, *op. cit.*, p. 181; Dorssemont, *La «dimensione sociale» nella Costituzione europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 562.

(34) A. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 340; Roccella, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 62; Barbera, *Dopo Amsterdam...*, cit., p. 72; Nadalet, *op. cit.*, pp. 107-108; Ravelli, *op. cit.*, pp. 305 ss.; Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, WP Csdle «Massimo D'Antona», Int n. 47/2006, p. 23; Dorssemont, *op. cit.*, p. 562.

(35) Cfr. Barbera, *Dopo Amsterdam...*, cit., p. 54; Nadalet, *op. cit.*, p. 107; Giubboni, *Diritti sociali...*, cit., p. 233.

riduzione del margine di discrezionalità dei legislatori nazionali (36). Sotto il secondo profilo, la Corte di Giustizia Ce sembra mostrare nella sua giurisprudenza più recente maggiore sensibilità: comincia a farsi timidamente strada l'utilizzo del linguaggio dei diritti fondamentali per supportare i limiti alle libertà economiche della Comunità, con un conseguente ampliamento della sfera di azione degli Stati membri nel tracciare i confini tra i primi e le seconde (37). Quanto al primo profilo, nemmeno le modifiche dei trattati che contemplan la trasformazione della Carta di Nizza in atto giuridicamente vincolante (38) sembrano in grado di bloccare l'influenza del diritto comunitario della concorrenza sui diritti sociali degli Stati membri. Ma su questo punto si ritornerà nelle conclusioni.

3. — *La contrattazione collettiva di fronte alle libertà economiche del Trattato* — Il principio che all'interno del mercato del lavoro l'autonomia collettiva è libera di determinare le condizioni dello scambio è ampiamente riconosciuto a livello internazionale, anche se i limiti di tale libertà e i suoi rapporti con quella individuale ricevono nei diversi sistemi giuridici declinazioni differenziate (39). Così, se la mera libertà sindacale è ampiamente tutelata nelle convenzioni internazionali (convenzioni Oil (40) e Convenzione europea dei diritti dell'uomo *in primis* (41), altrettanto non accade per il diritto di sciopero: non vi è dunque da stupirsi che in Gran Bretagna esso non sia nemmeno ricono-

(36) In questo modo, la Corte di Giustizia Ce, pur riconoscendo il rango particolare che il principio di protezione del lavoro riveste nell'ordinamento comunitario (mediante l'applicazione del *Drei-Stufen-Modell*, utilizzato dal giudice delle leggi tedesco nel bilanciamento dei diritti e delle libertà fondamentali), di fatto poi lo declassa rispetto alle libertà di circolazione, riconducendo entro limiti eccessivamente angusti la discrezionalità di cui dovrebbero godere gli Stati membri nella sua concretizzazione.

(37) Cfr. Barnard, *op. cit.*, pp. 23-24. V. le decisioni Corte di Giustizia Ce 14 ottobre 2004, C-36/02 (*Omega*), in *www.curia.eu*, e 12 giugno 2003, C-112/00 (*Schmidberger*), in q. *Riv.*, 2004, II, p. 157, con nota di Brino. V. anche *infra* il par. 3.1.

(38) V. l'allegato I alle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007, con le quali viene dato mandato a una Conferenza intergovernativa di elaborare un trattato di riforma, nel quale si prevede un rinvio alla Carta dei diritti fondamentali, quale convenuta in sede di Conferenza intergovernativa del 2004, che le conferisce carattere giuridicamente vincolante (II.9 dell'allegato I alle Conclusioni del Consiglio europeo).

(39) Per un'efficace analisi comparata vedi Sciarra, voce *Sindacati (dir. comp. e stran.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990.

(40) Convenzioni Oil, nn. 87 e 98.

(41) Art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

sciuto come diritto (42), mentre in numerose legislazioni esso subisce limiti procedurali (43) o di oggetto (44). Ciò nonostante in gran parte dei paesi europei il diritto di sciopero è ancorato, in maniera esplicita o implicita, nei testi costituzionali (45), ed esso trova riconoscimento e tutela nella Carta sociale europea (46), nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (47) e nella Carta di Nizza. Anche il diritto di contrattazione collettiva, pur ricevendo garanzia esplicita o implicita nelle costituzioni di molti paesi dell'Ue, non è tutelato in modo incondizionato: lasciando da parte il caso britannico, dove i contratti collettivi si presumono non giuridicamente vincolanti (48), limiti di oggetto sono riscontrabili nella legislazione e nella Costituzione tedesca (49), mentre le legislazioni *antitrust* di Svezia, Danimarca e Finlandia limitano espressamente al mercato del lavoro l'esenzione dei contratti collettivi dal diritto della concorrenza (50).

Il rango costituzionale che la Corte di Giustizia Ce ha faticosamente costruito per il TCe ha già portato l'autonomia collettiva a incrociare in qualche occasione le libertà di circolazione e il diritto *antitrust* comunitari: ciò è avvenuto per il diritto di contrattazione collettiva e per quello di sciopero. L'allargamento a est dell'Unione e l'attuazione della Direttiva n. 2006/123/Ce (*ex Bolkenstein*) sulla liberalizzazione dei ser-

(42) V. Ewing, *The Right to Strike*, Oxford, 1990; Deakin-Morris, *Labour Law*, London, 2001, pp. 884 ss.

(43) V. ancora l'ordinamento britannico: Deakin-Morris, *op. cit.*, pp. 921 ss.

(44) Nell'ordinamento tedesco l'azione collettiva non può essere promossa per ottenere dall'impresa l'adozione di una determinata scelta di carattere puramente economico, rivolta ad esempio a modificare la struttura imprenditoriale, i luoghi fondamentali della produzione o i flussi degli investimenti. Cfr. sulla questione Dieterich, *Unternehmensfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat*, in *AuR*, 2007, pp. 69-70. In questo senso, da ultimo, *Landesarbeitsgericht Hessen* 2 febbraio 2006, in *AuR*, 2006, 120.

(45) Vedi Veneziani, *Stato e autonomia collettiva*, Bari, 1992, pp. 339 ss.

(46) Art. 6, par. 4, della Carta sociale europea riveduta a Strasburgo il 3 maggio 1996.

(47) Art. 13 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori adottata a Strasburgo il 9 dicembre 1989.

(48) Adlercreutz, *op. cit.*, pp. 3-4; Deakin-Morris, *op. cit.*, pp. 75-79.

(49) Vedi l'art. 9, par. 3, *Grundgesetz* («tutela e miglioramento delle condizioni economico-lavorative»), e il par. 1, comma 1, *Tarifvertragsgesetz* («contenuto, stipulazione e cessazione del rapporto di lavoro, nonché questioni inerenti l'azienda e il suo ordinamento»).

(50) Bruun-Hellsten, *General Analysis and Conclusions Based on the National Reports*, in Bruun-Hellsten (eds.), *Collective agreements and competition law in the EU: the report on the COLCOM project*, Uppsala, 2001, p. 69.

vizi rendono assai realistico un aumento di questo contenzioso davanti alla Corte di Giustizia Ce (51). La circostanza che sia il diritto di sciopero che quello di contrattazione collettiva godano di copertura costituzionale in numerosi paesi europei, tra cui il nostro, non potrà evitare il confronto, perché la primazia del diritto comunitario si estende, secondo la Corte di Giustizia Ce, anche alle disposizioni costituzionali degli Stati membri (52).

3.1. — *Libertà di circolazione e limiti comunitari all'azione collettiva*

— Lo sciopero, o più genericamente l'autotutela collettiva, ha sollevato dubbi di compatibilità sia con riferimento alla libera circolazione delle merci e dei servizi, che alla libertà di stabilimento.

Per quanto riguarda il diritto di far circolare liberamente le merci all'interno del mercato unico, tutelato dall'art. 28 TCe sul divieto di misure equivalenti a restrizioni quantitative all'importazione (53), il conflitto con il diritto di sciopero è rimasto per il momento allo stato latente. I timori manifestati in proposito dalla dottrina più attenta nacquero sul finire del secolo appena trascorso dalla vicenda dei blocchi

(51) Su queste problematiche vedi ora l'ampio saggio di Lo Faro, «*Turisti e vagabondis: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*», in *Lav. dir.*, 2005, pp. 437 ss.

(52) Vedi *retro* la nota 18.

(53) Il conflitto tra le libertà di circolazione e le normative lavoristiche degli Stati membri è cominciato storicamente con il vaglio alla luce dell'art. 28 TCe delle discipline nazionali che vietavano il lavoro domenicale. Inizialmente la Corte di Giustizia Ce ritenne che tali disposizioni costituivano ostacolo indiretto alla libera circolazione delle merci, ma le fece sempre salve in quanto rispondevano a esigenze imperative di interesse generale: vedi Corte di Giustizia Ce 23 novembre 1989, C-145/88 (*Torfaen*), in *Racc. giur. Corte*, 1989, p. 3851; 28 febbraio 1991, C-312/89 (*Conforama*), *ibidem*, 1991, I, p. 997; 28 febbraio 1991, C-332/89 (*Marchandise*), *ibidem*, 1991, I, p. 1027; 16 dicembre 1992, C-169/91 (*Stoke on Trent*), *ibidem*, 1992, I, p. 6635; 16 dicembre 1992, C-304/90 (*Reading*), *ibidem*, 1992, I, p. 6493; 16 dicembre 1992 (*Rochdale*), C-306/88, *ibidem*, 1992, I, p. 6457. Da ultimo peraltro, confermando il *revirement* attuato a partire dalla sentenza *Keck et Mithouard* (vedi *retro* la nota 22), la Corte ha sottratto *tout court* le normative lavoristiche dallo scrutinio alla luce del principio di libera circolazione delle merci: vedi le sentenze Corte di Giustizia Ce 2 giugno 1994, C-69 e 258/93 (Punto Casa), in *Racc. giur. Corte*, 1994, I, p. 2355; 2 giugno 1994, C-401 e 402/92 (*Tankstation't Heukske*), *ibidem*, 1994, I, p. 2199; 20 giugno 1996, C-418, 419, 420, 421, 460, 461, 462, 464/93, C-9, 10, 11, 14, 15, 23, 24, 332/94 (Semeraro), *ibidem*, 1996, I, p. 2975. Sulla giurisprudenza comunitaria relativa ai *Sunday trading cases* vedi per tutti Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, pp. 85 ss.; Barbera, *Dopo Amsterdam...*, cit., pp. 61 ss. e, per una recente rivisitazione, Carabelli, *Leccese*, *op. cit.*, pp. 556 ss.

stradali operati dagli agricoltori francesi contro prodotti provenienti da Spagna e Belgio. Nel caso Commissione c. Francia (54) la Corte di Giustizia Ce condannò la Francia per non aver garantito l'adempimento degli obblighi previsti dal TCe proprio sulla base delle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci. La dottrina lavoristica si è conseguentemente interrogata se un giorno anche il diritto di sciopero possa cadere sacrificato a fronte delle esigenze del regolare funzionamento del mercato comunitario (55). Questa cupa prospettiva sembra smentita, almeno se formulata in termini assoluti, dalla decisione adottata dalla Corte di Giustizia Ce nel caso *Schmidberger* (56). La vicenda riguardava una manifestazione di ambientalisti regolarmente autorizzata, svoltasi nel tratto austriaco dell'autostrada del Brennero, in conseguenza della quale il traffico rimase bloccato per parecchie ore. Invece di ricorrere allo schema consueto che vedeva i limiti legittimi alle libertà di circolazione inquadrati nella categoria delle esigenze imperative di interesse generale, e di fatto interpretati come eccezioni il più possibile circoscritte, la Corte procedette a ponderare (e di fatto nel caso di specie a sacrificare) la libertà di far circolare le merci nel mercato unico con i diritti fondamentali (riconosciuti anche dall'ordinamento comunitario *ex art. 6, par. 2, Trattato dell'Unione europea* – di seguito: TUE) a riunirsi liberamente e a manifestare il proprio pensiero. Non v'è ragione di pensare che un analogo bilanciamento non possa avvenire anche con il diritto di sciopero.

Tradizionalmente la libertà di stabilimento non ha sollevato grossi timori per l'impatto che potrebbe avere sulle normative di diritto del lavoro degli Stati membri. Tuttavia, la giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia Ce in materia di libertà di stabilimento delle società (artt. 43 e 48 TCe) (57) ha condotto una parte della dottrina

(54) Corte di Giustizia Ce 9 dicembre 1997, C-265/95, in *Racc. giur. Corte*, 1997, I, p. 6959. La vicenda è ottimamente ricostruita e commentata da Orlandini, *Libertà di circolazione delle merci: un limite «comunitario» al conflitto sindacale*, in *Giorn. lav. rel. ind.*, 1999, pp. 621 ss.

(55) Cfr. Orlandini, *op. cit.*, pp. 639-640; Treu, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *Lav. dir.*, 2000, p. 440, nota 11; Giubboni, *Diritti sociali...*, cit., p. 198.

(56) V. la sentenza Corte di Giustizia Ce 12 giugno 2003, C-112/00 (*Schmidberger*), cit.

(57) Ci si riferisce in particolare alle decisioni Corte di Giustizia Ce 9 marzo 1999, C-212/97 (*Centros*), in *Racc. giur. Corte*, 1999, I, p. 1459; 5 novembre 2002, C-208/00 (*Überseering*), *ibidem*, 2002, I, p. 9919; 30 settembre 2003, C-167/2001 (*Inspire Art*), *ibidem*, 2003, I, p. 10155; 13 dicembre 2005, C-411/03 (*Sevic*), in

a esprimere preoccupazioni sulla sorte di istituti come la cogestione tedesca (58). Questi ultimi, peraltro, sono espressione del principio di protezione del lavoro, e quindi non dovrebbero faticare a rientrare tra i motivi imperativi di interesse generale che giustificano limitazioni delle libertà fondamentali sancite nel TCe secondo la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia Ce (59). La collisione tra la libertà di stabilimento e il diritto di sciopero si è invece concretizzata nel caso *Viking Line* (C-438/05) (60), attualmente all'esame della Corte di Giustizia Ce e sul quale sono già state presentate le conclusioni dell'Avv. Gen. Poiares Maduro (61). La controversia si presenta piuttosto semplice. *Viking Line*, un operatore finlandese di traghetti, decide di cambiare la bandiera di una propria imbarcazione, la Rosella, e di immatricolarla in Estonia. L'obiettivo è quello di negoziare con il sindacato estone un contratto collettivo più favorevole di quello finlandese. Il sindacato finlandese si oppone al cambio di bandiera, minaccia lo sciopero e richiede contestualmente l'appoggio del sindacato internazionale dei trasporti: quest'ultimo avvia un'azione di boicottaggio molto efficace in conseguenza del quale nessun sindacato dei trasporti accetta di negoziare con *Viking Line*. Sull'azione intentata dalla *Viking*, con l'obiettivo principale di far dichiarare il contrasto delle azioni collettive dei due sindacati con il diritto di stabili-

www.curia.eu. Per le questioni trattate e i riferimenti bibliografici di commento vedi Corti, *Il caso della società europea. La via italiana alla partecipazione di fronte alle sfide europee* (d.lgs. 19 agosto 2005, n. 188), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, pp. 1491-1492.

(58) Cfr. Barnard-Deakin, *op. cit.*, p. 398.

(59) Cfr. Heuschmid, *Transnationale Verschmelzung und Unternehmensmitbestimmung*, in *AuR*, 2006, p. 122.

(60) La vicenda è già stata oggetto di ampio commento nella dottrina italiana ed europea già durante il procedimento giudiziale, a testimonianza dell'importanza della posta in gioco, quanto meno per i giuslavoristi: vedi Blanke, *Streikende Wikinger vor dem Europäischen Gerichtshof. Streikrecht und wirtschaftliche Grundfreiheiten im EU-Recht*, in *AuR*, 2006, pp. 1 ss.; Davies, *The Right to Strike Versus Freedom of Establishment in EC Law: The Battle Commences*, in *Ind. L. Journ.*, 2006, pp. 75 ss.; Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, pp. 947 ss.; Santagata, *La nuova direttiva sui servizi: la ripercussioni nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, pp. 614 ss.; Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, Int n. 55/2007, pp. 14 ss. (ove si considerano anche le conclusioni dell'Avvocato Generale); Carabelli, *op. cit.*, p. 109, nota 93.

(61) Conclusioni dell'Avv. Gen. Poiares Maduro, presentate il 23 maggio 2007, in C-438/2005 (caso *Viking Line*).

mento sancito dall'art. 43 TCe, il giudice ha rinviato gli atti alla Corte di Giustizia Ce.

I tentativi di parte della dottrina (62) di sottrarre *in toto* le azioni collettive al confronto con le libertà di circolazione del TCe paiono condannate all'insuccesso. Da un lato, il principio dell'efficacia orizzontale delle disposizioni comunitarie in materia di libera circolazione delle merci, affermato nelle decisioni della Corte di Giustizia Ce nei casi Commissione c. Francia e *Schmidberger*, sembra estensibile a tutte le libertà di circolazione, e l'azione collettiva sindacale pare turbare in misura sufficiente la libertà di stabilimento da porsi in violazione dell'art. 43 TCe (63). Dall'altro lato, riconoscere alla libertà di stabilimento la sola efficacia orizzontale indiretta con responsabilità primaria degli Stati membri piuttosto che anche quella orizzontale diretta nei rapporti tra privati non cambia sensibilmente i termini della questione, perché nel primo caso lo Stato membro dovrebbe comunque eventualmente modificare la propria legislazione lavoristica per garantire che le azioni collettive rispettino tale libertà (64). Dall'altro lato ancora, l'esclusione del diritto di sciopero dall'ambito delle competenze comunitarie stabilita dall'art. 137, par. 5, TCe (65) è chiaramente limitata ai meccanismi di armonizzazione positiva previsti dal medesimo articolo (66): davvero non si capirebbe perché tale diritto dovrebbe essere assolutamente immune dal confronto con le libertà economiche del TCe, mentre altri diritti fondamentali (come ad esempio quello di associazione nel caso *Schmidberger*), almeno altrettanto importanti, invece non lo sono. In questa situazione proprio il caso *Schmidberger* lascia ben sperare che la Corte di Giustizia Ce vorrà procedere a un bilanciamento tra libertà di stabilimento e diritto di sciopero, riconoscendo il carattere fondamentale di questo secondo e conseguentemente una notevole discrezionalità agli Stati membri nella compressione della prima.

Per vero in questa linea di ragionamento si muovono le conclusioni dell'avvocato generale. Dopo aver riconosciuto il carattere fondamentale del diritto di azione collettiva anche con un opportuno riferimento al-

(62) Vedi in particolare Blanke, *op. cit.*, p. 6; Carabelli, *op. cit.*, pp. 114 ss. (con precipuo riferimento al caso *Laval*, ma con argomenti riferibili anche a *Viking*).

(63) Vedi i punti 38 ss. delle Conclusioni dell'Avv. Gen. Poiarses Maduro, cit.

(64) Cfr. Orlandini, *Diritto di sciopero...*, cit., 967.

(65) Fa leva principalmente sull'art. 137, par. 5, TCe Carabelli, *op. cit.*, pp. 114 ss., pur nell'ambito di un discorso più articolato.

(66) In questo senso Orlandini, *Diritto di sciopero...*, cit., 984.

la Carta di Nizza (67), l'avvocato sostiene la legittimità comunitaria delle azioni collettive finalizzate a garantire gli attuali livelli di occupazione e condizioni di lavoro della Rosella, anche se tali azioni comportano di fatto la limitazione del diritto di stabilimento di *Viking* (68); le azioni collettive diverrebbero invece illegittime una volta che il trasferimento di attività in un altro Stato membro sia già avvenuto, oppure quando l'azione di boicottaggio coordinata a livello internazionale abbia l'effetto di compartimentare i mercati del lavoro nazionali (69).

Il caso *Laval* (70), di cui sono state presentate le conclusioni dell'Avv. Gen. Paolo Mengozzi (71) e che attualmente attende la decisione della Corte di Giustizia Ce, si presenta particolarmente delicato. Il conflitto riguarda il diritto di azione collettiva e la libertà di prestare i propri servizi all'interno del mercato unico, garantita dall'art. 49 TCe. Proprio nell'ambito dell'art. 49 TCe si colloca una giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce particolarmente florida, le cui decisioni più recenti si contraddistinguono per la limitata discrezionalità che concedono ai legislatori degli Stati membri. Il vaglio riguarda l'applicabilità delle discipline lavoristiche degli Stati di destinazione del servizio ai lavoratori distaccati per la sua esecuzione (72): dopo aver ricondotto le normative nazio-

(67) Punti 60 e 65 delle Conclusioni dell'Avv. Gen. Poiars Maduro, cit.

(68) Punti 64-66 delle Conclusioni dell'Avv. Gen. Poiars Maduro, cit.

(69) Punti 67-68 e 70-71 delle Conclusioni dell'Avv. Gen. Poiars Maduro, cit.

(70) Anche questo caso ha attirato l'attenzione della dottrina giuslavoristica ben prima della sua conclusione: vedi Ahlberg, Bruun, Malmberg, *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, in *Transfer*, 2006, pp. 155 ss.; Eklund, *The Laval Case*, in *Ind. L. Journ.*, 2006, p. 202; Orlandini, *Diritto di sciopero...*, cit., pp. 947 ss.; Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkenstein?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 239 (è il commento a Corte del Lavoro di Stoccolma 15 settembre 2005, che ha rimesso il giudizio alla Corte di Giustizia Ce); Santagata, *op. cit.*, pp. 614 ss.; Ballestrero, *op. cit.*, pp. 14 ss. (ove si considerano anche le conclusioni dell'Avvocato Generale); Carabelli, *op. cit.*, pp. 105 ss.

(71) Conclusioni dell'Avv. Gen. Paolo Mengozzi, presentate il 23 maggio 2007, in C-341/05 (*Laval*).

(72) V. le sentenze Corte di Giustizia Ce 3 febbraio 1982, C-62 e 63/81 (*Seco*), in *Racc. giur. Corte*, 1982, p. 223; 27 marzo 1990, C-113/89 (*Rush Portuguesa*), *ibidem*, 1990, I, p. 1417; 9 agosto 1994, C-43/93 (*Vander Elst*), *ibidem*, 1994, I, p. 3803; 28 marzo 1996, C-272/94 (*Guiot*), *ibidem*, 1996, I, p. 1905; 23 novembre 1999, C-369 e 376/96 (*Arblade*), *ibidem*, 1999, I, p. 8453; 15 marzo 2001, C-165/98 (*Isa*), *ibidem*, 2001, I, p. 2189; 25 ottobre 2001, C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 (*Finalarte*), *ibidem*, 2001, I, p. 7831; 24 gennaio 2002, C-164/99 (*Portugaia Construções*), *ibidem*, 2002, I, p. 787; 12 ottobre 2004, C-60/03 (*Wolff & Müller*), in *Foro it.*, 2006, IV, 25, con nota di Ricci; 21 ottobre 2004, C-445/03 (Commissione c. Lussemburgo), *ibidem*, con nota di Ricci; 19 gennaio 2006, C-244/04 (Commissione c. Germania), in

nali nell'ambito dell'esigenza imperativa della protezione dei lavoratori, lo scrutinio si vale in modo particolarmente rigoroso del principio di proporzionalità, e in più aggiunge i requisiti che le normative nazionali si risolvano in un reale beneficio anche per i lavoratori distaccati e gli interessi di cui tali normative sono espressione non siano già adeguatamente garantiti dalle disposizioni applicabili al prestatore del servizio nello Stato in cui è stabilito (73). La Direttiva n. 96/71/Ce del 16 dicembre 1996 sul distacco di lavoratori nell'ambito di prestazioni di servizi comunitarie (74) si colloca nel solco di questa giurisprudenza e interviene con la finalità di razionalizzare il conflitto tra l'art. 49 TCe e il diritto del lavoro degli Stati membri: l'art. 3 impone in particolare agli Stati membri di applicare ai lavoratori distaccati temporaneamente sul proprio territorio la propria legislazione riguardante un nucleo essenziale di condizioni di lavoro; consente l'estensione di ulteriore normativa lavoristica purché essa sia contenuta in disposizioni di ordine pubblico;

www.curia.eu; 21 settembre 2006, C-168/04 (Commissione c. Austria), *ibidem*. Su questa giurisprudenza vedi per tutti Roccella, *La Corte...*, cit., pp. 29-31; Davies, *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *Ind. L. Journ.*, 2002, pp. 298 ss.; Carabelli, *op. cit.*, pp. 59 ss.; Orlandini, *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in Giubboni, Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 95 ss.

(73) In sintesi estrema, la Corte di Giustizia Ce si mostrò sin dall'inizio estremamente severa con le disposizioni nazionali indirettamente discriminatorie (casi *Seco*, *Rush Portuguesa*, *Vander Elst*, *Guiot*), mentre sembrò far balenare agli Stati membri la possibilità di applicare integralmente ai lavoratori distaccati le disposizioni lavoristiche prive di tale effetto (*Rush Portuguesa*), e precisamente l'intero diritto del lavoro vigente per i lavoratori nazionali. Successivamente questa possibilità è stata variamente ridimensionata mediante l'applicazione dei menzionati requisiti della proporzionalità e della tutela aggiuntiva (*Arblade*, *Isa*, *Finalarte*, *Portugaia Construções*): soprattutto nel caso di distacchi di breve durata perfino l'applicazione dei minimi retributivi potrebbe non giustificare la restrizione della libertà di prestazione dei servizi (*Isa*). Qualche timido ripensamento di questa giurisprudenza sembra potersi leggere in *Wolff & Müller*.

(74) Su questa direttiva vedi per tutti Davies, *Posted workers: single market or protection of national labour law system*, in *Common Mark. L. Rev.*, 1997, pp. 571 ss.; Balandi, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in Aa.Vv., *I contratti di lavoro internazionali*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 20, 1998, pp. 115 ss.; Magnani, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, *ibidem*, pp. 88 ss.; Orlandini, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 465 ss.; Maretti, *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, pp. 231 ss.; Carabelli, *op. cit.*, pp. 34 ss.; Orlandini, *I diritti dei lavoratori...*, cit., pp. 105 ss.

sulle materie appena menzionate consente agli Stati membri di disporre l'applicazione anche delle norme risultanti da contratto collettivo, purché abbiano un elevato grado di copertura o siano stipulate dalle parti sociali più rappresentative.

Laval, società di diritto lettone, distacca alcuni lavoratori lettoni a *Vaxholm*, in Svezia, presso una controllata che sta eseguendo un appalto di ristrutturazione di un edificio scolastico. A seguito del rifiuto di *Laval* di stipulare un contratto collettivo con il sindacato svedese degli edili, quest'ultimo inizia un'azione collettiva subito affiancata da quella di solidarietà del sindacato dei lavoratori del settore elettrico, che conduce al blocco del cantiere. Nell'ambito del ricorso di *Laval* il giudice svedese rinvia gli atti alla Corte di Giustizia Ce in quanto sospetta che la legislazione svedese, ai sensi della quale le azioni collettive risultano lecite, contrasti con la Direttiva n. 96/71/Ce e con l'art. 49 TCe. Secondo una parte della dottrina questo caso avrebbe potuto essere risolto dalla Corte di Giustizia Ce senza scomodare l'art. 49 TCe, soltanto sulla base dell'interpretazione della direttiva: in un sistema come quello svedese, tradizionalmente imperniato sul *laissez-faire* collettivo, il legislatore avrebbe affidato al sindacato, tramite i suoi diritti di negoziazione e anche di azione collettiva, l'attuazione dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71/Ce, senza che si presentino profili di contrasto con il diritto comunitario (75). L'Avv. Gen. giunge proprio a questa conclusione preliminare (76). Tuttavia, l'avvocato poi prosegue a vagliare l'azione collettiva del sindacato anche alla luce dell'art. 49 TCe. Dopo aver riconosciuto inequivocabilmente la natura fondamentale del diritto di azione collettiva, egli procede al bilanciamento con la libertà di prestazione dei servizi, secondo gli insegnamenti della sentenza *Schmidberger*. Qui, dopo aver affermato l'efficacia diretta orizzontale dell'art. 49 TCe, ritiene sproporzionata agli obiettivi perseguiti (tutela dei lavoratori e contrasto del *dumping* sociale) l'azione collettiva nella misura in cui mira a estendere l'intero contenuto dei contratti collettivi ai lavoratori distaccati temporaneamente (77): taluni istituti non presenterebbero alcun beneficio per i lavoratori distaccati, mentre altri replicherebbero disposizioni già contenute nei contratti collettivi osservati da *Laval* in patria.

(75) In questo senso Esposito, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, pp. 579-580; Orlandini, *Diritto di sciopero...*, cit., pp. 996-997.

(76) Punto 202 delle conclusioni dell'Avv. Gen. Mengozzi, cit.

(77) Punti 280 ss. delle conclusioni dell'Avv. Gen. Mengozzi, cit.

Le soluzioni proposte dagli Avvocati Generali nei casi *Viking* e *Laval* non risultano pienamente soddisfacenti, come si argomenterà *infra* nel paragrafo conclusivo del presente lavoro. Tuttavia, esse costituiscono comunque una pietra miliare per l'ampia tutela che offrono al diritto di azione collettiva nei confronti delle libertà di circolazione: viene finalmente suggerito un bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali che riconosce il rango equiordinato del diritto di azione collettiva e delle libertà di circolazione. Di più, nell'Europa a 27, in cui le pressioni alla delocalizzazione e al *dumping* sociale diventano fortissime, il sindacato sembra ricevere uno spazio di azione privilegiato nel contrasto agli abusi delle libertà di circolazione (78).

3.2. — *Diritto antitrust comunitario e limiti alla contrattazione collettiva* — A differenza del conflitto fra le normative lavoristiche degli Stati membri e le libertà di circolazione, che è radicato nella particolare interpretazione del Trattato offerta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce, e come tale non trova riscontri nelle esperienze di diritto interno degli Stati membri, la collisione tra diritto *antitrust* e diritto di contrattazione collettiva è una questione ben conosciuta dagli ordinamenti statali che più tempestivamente si sono dotati di una legislazione antimonomopolistica. E infatti, nell'ambito della dialettica tra mercato dei beni e servizi, basato sulla libera concorrenza, e mercato del lavoro, retto dall'opposto principio di coalizione, non è mai mancata la tentazione per i *partners* sociali di utilizzare gli strumenti propri del governo del secondo, i contratti collettivi, per estendere la propria influenza anche sul primo (79). Stupisce dunque tutt'al più per il suo ritardo la circo-

(78) Secondo gli auspici espressi da una parte della dottrina: cfr. Blanke, *op. cit.*, p. 6; Davies, *The Right to Strike...*, cit., pp. 85-86. Si deve tuttavia rimarcare che mentre le conclusioni dell'Avv. Gen. Poiars Maduro aprono a prospettive di azione sindacale di contrasto al *dumping* sociale che vanno probabilmente al di là di quanto sarebbe consentito ai singoli Stati membri, quelle dell'Avv. Gen. Mengozzi si limitano a permettere al sindacato di fare esattamente ciò che già potrebbero gli Stati nazionali nell'ambito dell'attuazione della Direttiva n. 96/71/Ce e nei limiti assegnati dall'art. 49 TCe.

(79) Perfino nella forma assai grezza e oggi da tutti ritenuta pacificamente inammissibile (cfr. *infra* questo stesso paragrafo) della fissazione diretta dei prezzi dei beni e servizi. Clausole di contratto collettivo di questo contenuto non erano infrequenti nel panorama tedesco e scandinavo della prima metà del secolo scorso: cfr. Däubler, *op. cit.*, p. 312, e rispettivamente Adlercreutz, *op. cit.*, pp. 11-14 (uno dei primi casi – 1959 – di cui si occupò la neonata autorità garante della concorrenza svedese riguardava un listino prezzi contenuto nel contratto collettivo nazionale dei parrucchieri).

stanza che, nell'ambito di un ordinamento comunitario munito *ab origine* di una strumentazione *antitrust* a efficacia diretta orizzontale, la questione sia arrivata all'esame della Corte di Giustizia Ce soltanto nel 1999, con il notissimo caso *Albany*.

L'art. 81, par. 1, TCe stabilisce il divieto di intese restrittive della concorrenza che siano di carattere sensibile (80) e abbiano l'attitudine a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri (81); il divieto generale è corredato di un elenco delle pratiche proibite che ha carattere soltanto esemplificativo; il secondo paragrafo stabilisce la nullità di pieno diritto degli accordi in violazione del divieto; il terzo paragrafo prevede una serie di esenzioni, divenute vere e proprie esenzioni legali a seguito dell'entrata in vigore del regolamento Ce n. 1/2003, tra le quali però non figurano ipotesi di carattere sociale. La disciplina delle intese restrittive della concorrenza contenuta nell'art. 81 TCe è stata riproposta fedelmente nella maggior parte delle legislazioni *antitrust* degli Stati membri.

Il problema dell'applicabilità del divieto di intese restrittive della concorrenza ai prodotti della contrattazione collettiva si pone a causa della struttura stessa del diritto *antitrust*. Questa branca del diritto è finalizzata alla tutela di un determinato assetto concorrenziale: i comportamenti che sovvertono questo assetto sono sanzionati tendenzialmente a prescindere dai soggetti (82) che li pongono in essere e dagli strumenti che vengono utilizzati (83).

(80) Sebbene l'art. 81 TCe non lo precisi espressamente, la restrizione della concorrenza deve superare una determinata soglia: cfr. Ricolfi, *Antitrust*, in Abriani, Cottino, Ricolfi, *Diritto industriale, Trattato di diritto commerciale diretto da Gastone Cottino*, Padova, 2001, pp. 610-612. Il *leading case* è costituito dalla sentenza resa nel caso *Völk*: Corte di Giustizia Ce 9 luglio 1969, C-5/69, in *Racc. giur. Corte*, 1969, p. 295 (punto 7).

(81) Anche un'intesa che si riferisca a un solo Stato membro è normalmente considerata dalla Corte di Giustizia Ce come idonea a pregiudicare il commercio interstatale: vedi Ricolfi, *Antitrust*, cit., pp. 606 ss. Il *leading case* della Corte di Giustizia Ce è la sentenza 17 ottobre 1972, C-8/72 (*Cementhandelaren*), in *Racc. giur. Corte*, 1972, p. 977 (punti 28-30).

(82) Cfr. Ricolfi, *Antitrust*, cit., pp. 588 ss. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce l'irrilevanza dello Stato giuridico e delle modalità di finanziamento ai fini della nozione di impresa utilizzata nel diritto comunitario della concorrenza sono state stabilite chiaramente a partire dal caso *Höfner* (citato *retro* alla nota 24).

(83) Con riferimento in particolare alla nozione di «accordo» rilevante per il diritto della concorrenza Ricolfi, *Antitrust*, cit., p. 568, rileva che «nella prospettiva del diritto *antitrust*, l'espressione «accordo» non designa mai una fattispecie produttiva di effetti negoziali, ma viene in considerazione come co-elemento di una fattispecie di illecito. [...] È questa la ragione per la quale il divieto [...] si estende anche a ricompre-

In questo quadro si collocano il notissimo *leading case Albany* (84) e qualche altra meno nota (ma non per questo meno significativa) pronuncia successiva (85). Anzitutto, la Corte di Giustizia Ce ha ritenuto astrattamente valutabile alla luce del diritto comunitario della concorrenza il contratto istitutivo di un fondo di previdenza complementare olandese. E infatti né la natura sindacale dell'accordo (86), né la pacifica

dere quegli accordi che possano risultare invalidi dal punto di vista civilistico o, addirittura, quelli cui le parti ricolleghino un vincolo che rileva non sul piano giuridico ma solo sul piano morale o sociale».

(84) Con *Albany* si definiscono usualmente le cause sorelle Corte di Giustizia Ce 21 settembre 1999, C-67/96 (*Albany*), cit.; 21 settembre 1999, C-115 e 117/97 (*Bretjens' Handelsonderneming*), cit.; 21 settembre 1999, C-219/97 (*Maatschappij Drijvende Bokken*), cit. Queste pronunce sono state oggetto di una quantità di commenti veramente alluvionale a livello non soltanto italiano, ma europeo. Ci limitiamo a segnalare Blanke, *Tarifvertrag vor Wettbewerbsrecht*, in *AuR*, 2000, pp. 28 ss.; Di Via, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, pp. 279 ss.; Giubboni, *I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze «pratiche» e conflitti «teorici»*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 685 ss.; Ichino, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, pp. 635 ss.; Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, pp. 225 ss.; Vousden, *Albany, Market Law and Social Exclusion*, in *Ind. L. Journ.*, 2000, pp. 181 ss.; Bruun-Hellsten, *The Judgements Albany, Brentjens and Drijvende Bokken*, in Bruun-Hellsten (eds.), *op. cit.*, pp. 33 ss.; Evju, *Collective Agreements and Competition Law. The Albany Puzzle, and van der Woude*, in *Int. Journ. Comp. L. L. Ind. Rel.*, 2001, pp. 165 ss.; Vigneau, *De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence*, in *JCP E*, 2001, pp. 1032 ss.; Ravelli, *op. cit.*, pp. 313 ss.

(85) Si tratta delle sentenze Corte di Giustizia Ce 12 settembre 2000, C-180 e 184/98 (*Pavlov*), cit.; nonché di Corte di Giustizia Ce 21 settembre 2000, C-222/98 (*Van der Woude*), in *Racc. giur. Corte*, 2000, I, p. 7111. Benché meno commentate della assai più illustre *Albany*, soprattutto la seconda non è passata inosservata: vedi Evju, *op. cit.*; Vigneau, *op. cit.*; Cazzanti, *op. cit.*, pp. 670 ss.; Brino, *Diritto del lavoro...*, cit., pp. 356-357.

(86) Secondo una parte della dottrina non sarebbe quasi mai possibile qualificare il contratto collettivo come intesa restrittiva della concorrenza: e infatti la funzione di regolazione collettiva dei propri interessi, perseguita dalle parti sociali con il contratto collettivo, rende l'accordo irriducibile alla fattispecie di intesa sanzionata dall'art. 81 TCe, e ciò a prescindere dal suo contenuto. In questo senso vedi Pallini, *Il rapporto problematico...*, cit., pp. 240-241; Ravelli, *op. cit.*, pp. 314-318. Si muove in questo ordine di idee anche la giurisprudenza tedesca, che ammette lo scrutinio dei contratti collettivi alla luce delle disposizioni *antitrust* nel solo caso in cui essi costituiscano la mera forma utilizzata di concerto dalle parti sociali per celare un accordo elusivo di disposizioni anticoncorrenziali: cfr. *Bag (Bundesarbeitsgericht)* 27 giugno 1989, in *AP*, n. 113, sub art. 9 GG «*Arbeitskampf*», con nota piuttosto critica di Wiedemann-Wonneberger. Le argomentazioni di *Bag* 27 giugno 1989, cit., sono state confermate e ampliate da *Bag* 10 novembre 1993,

opinione giurisprudenziale (87) e dottrinale (88) che nega la natura di impresa al sindacato che esercita la contrattazione collettiva potevano sottrarre il contratto collettivo in questione al campo di applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Da un lato, il contratto collettivo vincolava pacificamente una pluralità di datori di lavoro, e quindi costituiva intesa rilevante ex art. 81 TCe. Dall'altro lato, il carattere non imprenditoriale dell'attività sindacale di contrattazione collettiva era irrilevante nella misura in cui i datori di lavoro partecipanti all'accordo erano comunque imprese ai sensi dell'art. 81 TCe (89).

Il cuore del ragionamento svolto in *Albany*, e confermato nelle successive sentenze *Pavlov* e *Van der Woude*, è stato purtroppo espresso con linguaggio inusualmente criptico persino per la Corte di Giustizia Ce (90), cosicché una parte della dottrina ha sollevato un sospiro di sollievo (91), un'altra parte ha prospettato cupi presagi da *fin du siècle* della

in AP, n. 169, *sub par.* 1 *Tvg* «*Tarifverträge: Bau*», spec. 1413; *Bag* 28 marzo 1990, in AP, n. 25, *sub par.* 5 *Tvg*, spec. 657.

(87) Cfr. Corte di Giustizia Ce 16 dicembre 1975, C-40, 48, 50, 54, 56, 111, 113 e 114/73 (*Suiker Unie*), in *Racc. giur. Corte*, 1975, p. 1663 (punto 480); 16 settembre 1999, C-22/98 (*Bécu*), *ibidem*, 1999, I, p. 5665 (punti 27 e 31).

(88) V. per tutti Napoli, *Sindacato*, in *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 262 (già in *Digesto*, IV edizione, vol. XVI Commerciale, Utet, Torino, 1999).

(89) In questo senso Ichino, *Contrattazione collettiva...*, cit., pp. 640-641. Del resto, se la contrattazione collettiva sfugge per la sua stessa natura alle maglie del diritto *antitrust*, bisogna pur ammettere che l'oggetto sul quale essa si esercita sia decisivo per determinare la sua natura di «contrattazione collettiva»: a opinare diversamente, si arriverebbe all'assurdo di considerare esercizio legittimo del diritto di contrattazione collettiva anche la fissazione dei prezzi finali dei prodotti. La natura di contratto collettivo è dunque condizione necessaria, ma non sufficiente perché l'accordo sia sottratto al campo di applicazione della disciplina *antitrust*.

(90) La formulazione adottata dalla Corte lasciava aperto il dilemma se l'oggetto dei contratti collettivi sottratti allo scrutinio *antitrust* potesse riguardare una delle numerose materie abbracciate dalla politica sociale comunitaria, o più restrittivamente dovesse rientrare nelle condizioni di impiego e di lavoro: cfr. Bruun-Hellsten, *The Judgements...*, cit., pp. 45-46. Il dilemma sembra risolto da *Van der Woude* nel secondo senso (Vigneau, *op. cit.*, p. 1035); cfr. il punto 22 della sentenza. *Contra* però Bruun-Hellsten, *The Judgements...*, cit., 56, secondo i quali la questione è ancora aperta.

(91) Cfr. ad esempio Andreoni, *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di Giustizia. (Riflessioni sul caso Albany)*, in q. *Riv.*, 2000, I, pp. 983-985; Allamprese, *Diritto comunitario della concorrenza e contratti collettivi*, in *Lav. giur.*, 2000, p. 38; Bruun-Hellsten, *The Judgements...*, cit., pp. 53-54; Ravelli, *op. cit.*, p. 320; Brino, *Diritto del lavoro...*, cit., pp. 357-359.

contrattazione collettiva (92). La Corte di Giustizia Ce ha segnalato che il TCe non persegue soltanto l'obiettivo del corretto funzionamento del mercato interno, ma anche una politica sociale. I prodotti dell'autonomia collettiva devono pertanto ritenersi estranei al diritto comunitario della concorrenza quando realizzano tale politica sociale, e precisamente quando hanno natura di contratto collettivo e per oggetto misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro.

Questa decisione deve essere salutata con favore. La Corte avrebbe ben potuto costruire la non applicazione della normativa *antitrust* ai contratti collettivi in termini di eccezione, seppur particolarmente qualificata, al principio di libera concorrenza, in analogia con la propria giurisprudenza sulle restrizioni ammissibili alle libertà di circolazione. La Corte di Giustizia Ce ha invece, di fatto, anche se non espressamente, enucleato dal TCe un principio di coalizione contrapposto a quello di libera concorrenza, e ha proceduto a distinguere i rispettivi campi di applicazione delineando i confini tra mercato del lavoro e mercato dei beni e servizi (93): in questo modo l'applicazione del diritto *antitrust* ai contratti collettivi risulta esclusa *ab origine* e di regola, e non in via derivata ed eccezionale. Corollario non indifferente è che la Corte ha fatto salvi i contratti collettivi di cui alle cause *Albany* e *Van der Woude* accertando soltanto la loro natura di contratti collettivi e il loro oggetto di misure finalizzate al miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro. La Corte non si è invece soffermata a verificare se tali contratti conseguissero effettivamente le finalità di miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro, e se fosse rispettato il principio di proporzionalità tra le misure adottate e i fini concretamente perseguiti, come avrebbe invece dovuto se avesse operato in coerenza con la propria giurisprudenza in materia di limitazioni alle libertà di circolazione (94).

(92) Cfr. ad esempio Leone, *La nozione di impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *q. Riv.*, 2000, I, pp. 1015-1016; Pallini, *Il rapporto problematico...*, cit., p. 242.

(93) Sebbene dalla decisione della Corte sia assente «il linguaggio dei diritti fondamentali» (così Roccella, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 340), la maggior parte della dottrina concede che il confronto fra la politica sociale e quella della concorrenza è avvenuto su di un piano paritario: cfr. Vigneau, *op. cit.*, p. 1036; Barnard-Deakin, cit., p. 413; Ravelli, *op. cit.*, pp. 319-320; Barbera, *La Carta di Nizza e le politiche sociali europee*, in Napoli (a cura di), *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, Milano, 2004, p. 52; Brino, *Diritto del lavoro...*, cit., pp. 357-359.

(94) Cfr. Evju, *op. cit.*, p. 182.

Sia *Albany* che *Van der Woude* lasciano nell'ambiguità un punto fondamentale per ricostruire lo spazio di cui gode la contrattazione collettiva nei confronti del diritto *antitrust* comunitario, e precisamente quello relativo all'oggetto della pattuizione collettiva. Dopo aver chiarito che si deve trattare di misure volte a migliorare le condizioni di lavoro e occupazione, le due sentenze passano ad applicare questa vaga indicazione ai due casi concretamente esaminati. Risultano così esclusi dall'ambito di applicazione del diritto *antitrust* comunitario le clausole di un contratto collettivo che istituiscono un fondo di previdenza complementare e quelle che creano una fondazione per la gestione di un regime di assicurazione per le spese sanitarie.

Non è peraltro vero che la laconicità del giudice comunitario nei due casi appena menzionati impedisca di ricostruire con una certa attendibilità lo spazio in cui la contrattazione collettiva si muove libera da possibili incursioni del diritto *antitrust* comunitario.

Anzitutto, non si è mai seriamente dubitato né in dottrina né in giurisprudenza che la parte normativa del contratto collettivo riguardante retribuzione, orari e condizioni di lavoro fosse sottratta al vaglio delle normative *antitrust*: in talune leggi *antitrust* ciò è apertamente affermato, come nel caso delle leggi dei paesi scandinavi (Danimarca, Finlandia e Svezia) (95) o di quella inglese (96). In questo senso si esprimono pacificamente anche la giurisprudenza tedesca (97) e quella statunitense (98).

In secondo luogo e all'estremo opposto, rientrano sicuramente nell'ambito di applicazione del diritto *antitrust* gli accordi collettivi (per la verità non frequenti, quanto meno nell'esperienza italiana) che fissino i

(95) Vedi *retro* la nota 50.

(96) Vedi l'art. 79, Sect. 5, del *Fair Trading Act* del 1973.

(97) Vedi *Kammergericht* 21 gennaio 1960, *WuW/OLG*, 322; 16 febbraio 1960, *WuW/OLG*, 342; 21 febbraio 1990, in *Kartellrechtlich nicht berührter Tarifvertrag im Kernbereich der Koalitionsfreiheit*, *WuW*, 1990, p. 950. Sull'esperienza tedesca vedi ora il dettagliato resoconto di Blanke, *Collective Agreements and Competition Law in Germany*, in Bruun-Hellsten (eds.), *op. cit.*, pp. 147 ss.; Di Via, *Antitrust...*, cit., pp. 125-127.

(98) Vedi *Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965); *Meat Cutters v. Jewel Tea*, 381 U.S. 676 (1965); *Connel co. v. Plumbers & Steamfitters*, 421 U.S. 616 (1975); *Brown, et al. v. Pro Football, Inc., dba Washington Redskins, et al.*, 20 giugno 1996. Sull'esperienza americana vedi per tutti Hardin, Morris, LaVaute, O'Reilly, *The Developing Labor Law*, Section of Labor and Employment Law – American Bar Association, 3rd Edition, 2nd volume, Usa, 1992, pp. 1730 ss.; Di Via, *Antitrust...*, cit., pp. 127 ss.

prezzi dei prodotti e servizi, o ripartiscano i mercati o le fonti di approvvigionamento: essi perseguono in modo troppo indiretto l'obiettivo del miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro. Come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza tedesca, in un caso di questo genere l'accordo collettivo finirebbe per essere la mera forma utilizzata di concerto dalle parti sociali per celare un accordo elusivo delle disposizioni poste a tutela della libera concorrenza (99).

I problemi più spinosi sorgono, come testimonia la giurisprudenza statunitense, tedesca e dei paesi nordici (100), nei casi di confine, e precisamente con riferimento a quelle clausole della parte obbligatoria dei contratti collettivi che hanno un effetto diretto sul mercato dei beni e servizi, e perseguono soltanto indirettamente il miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro.

La giurisprudenza attuale della Corte di Giustizia Ce non ci dice una parola definitiva su quale potrà essere il verdetto di fronte a clausole obbligatorie del contratto collettivo che hanno un'influenza più diretta sul mercato dei beni e servizi, come ad esempio le clausole che determinano gli orari di apertura al pubblico dell'impresa (101). Allo stesso modo la Corte potrebbe adottare un atteggiamento più ostile nei confronti di clausole che non incidono direttamente sul costo del fattore lavoro, bensì sulle modalità della sua utilizzazione e su altre voci di costo delle imprese (102): si pensi alle clausole che vietano l'appalto di determinate fasi del processo produttivo e a quelle che obbligano l'appaltatore subentrante alla riassunzione del personale dell'appaltatore uscente, assai frequenti nel panorama contrattuale italiano (103), oppure ancora a

(99) Cfr. *Bag* 27 giugno 1989, cit.

(100) Sullo stato dei rapporti tra contrattazione collettiva e diritto *antitrust* negli Stati membri dell'Ue vedi i rapporti nazionali contenuti nella ricerca coordinata da Bruun-Hellsten (eds.), *op. cit.* Sullo stato dell'arte in Svezia vedi anche Norberg, Numhauser, Henning, *La negociación colectiva en Suecia*, in Aa.Vv., *La negociación colectiva en Europa*, in *Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales*, n. 59, pp. 262-265.

(101) Diffuse nel nostro paese nel settore del credito. Vedi gli artt. 86-89 del Ccnl per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle aziende di credito, finanziarie e strumentali 11 luglio 1999: di norma circa il 90% del personale deve lavorare nel nastro orario *standard* che va dalle ore 8.00 alle ore 17.15, mentre nel corso della settimana l'orario di sportello è fissato in 40 ore disponibili per l'azienda.

(102) In questo senso vedi anche Giubboni, *Diritti sociali...*, cit., pp. 228-229.

(103) Con efficace sintesi Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, pp. 291-292, rileva che l'area del divieto di appalto ac-

quelle che impongono determinate modalità di organizzazione della produzione o l'utilizzo di determinati macchinari o *standard* tecnologici (più frequenti nelle esperienze tedesche e scandinave) ecc. Qualche dubbio deve essere sollevato anche in merito agli accordi di politica dei redditi nei quali le imprese si impegnano a contenere gli aumenti dei prezzi entro un determinato tetto concordato.

Da un lato, le cause *Albany* e *Van der Woude* hanno dimostrato che la Corte interpreta in modo piuttosto ampio il requisito del miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro. In entrambi i casi le clausole oggetto di contestazione non appartenevano all'oggetto classico della parte normativa dei contratti collettivi, ma si integravano nella parte obbligatoria per creare un'istituzione in grado di assicurare ai lavoratori il miglioramento delle proprie condizioni di occupazione e di lavoro. Dall'altro lato, la giurisprudenza che si è sviluppata in particolar modo negli Stati Uniti, in Germania e nei paesi nordici mostra che i divieti di appalto assai difficilmente passano il vaglio della giurisprudenza o delle autorità *antitrust* (104), mentre risultano tollerate assai meglio le clausole che limitano gli orari di apertura dei negozi (105). Sugli accordi di politica dei redditi non esiste invece alcuna giurisprudenza rilevante, anche per il carattere prevalentemente politico e non giuridicamente vincolante degli impegni assunti in sede di concertazione.

4. — *L'Unione europea tra economia di mercato e società come mercato* — Il TCe si ispira a una tavola di valori diversa da quella delle prin-

colta dai contratti collettivi di categoria riguarda «le attività di trasformazione proprie dell'azienda nonché» quelle «di manutenzione ordinaria continuativa, cioè attività comunque attinenti al ciclo produttivo dell'impresa». Per un'esposizione ragionata delle clausole dei contratti collettivi che regolano e limitano i processi di decentramento produttivo vedi anche Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, pp. 261-263, nonché Lunardon, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, pp. 213 ss.

(104) Nella giurisprudenza americana cfr. *Connel co. v. Plumbers & Steamfitters*, 421 U.S. 616 (1975); in quella svedese le sentenze del Tribunale del lavoro e di quello della concorrenza riportate in Norberg, Numhauser, Henning, *op. cit.*, pp. 264-265; Malmberg, *Collective Agreements and Competition Law in Sweden*, in Bruun-Hellsten (eds.), *op. cit.*, p. 197; nella giurisprudenza finlandese vedi la decisione della Suprema Corte amministrativa della Finlandia, riportata in Di Via, *Sindacati...*, cit., p. 305, e in Hellsten, *Collective Agreements and Competition Law in Finland*, in Bruun-Hellsten (eds.), *op. cit.*, pp. 122 ss.

(105) Vedi nella giurisprudenza americana *Meat Cutters v. Jewel Tea*, 381 U.S. 676 (1965); in quella tedesca *Bag 27* giugno 1989, cit.; *Kammergericht* 21 febbraio 1990, cit.

cipali costituzioni europee del dopoguerra, e questa situazione non è destinata a cambiare nemmeno dopo la trasformazione della Carta di Nizza in strumento giuridicamente vincolante. Quest'ultima potrà costituire un utile argine all'integrazione negativa (106), indirizzare l'attività di normazione secondaria della Comunità e magari anche offrire ai cittadini diritti immediatamente azionabili nei confronti della Comunità o addirittura degli Stati membri (107): tutto questo non modifica però la circostanza che nel TCe le libertà economiche rivestono di fatto rango costituzionale (108) e sono garantite nel loro aspetto dinamico, mentre tradizionalmente nelle costituzioni degli Stati membri esse promanano dalla legislazione di attuazione di diritti fondamentali (diritto di proprietà, libertà di impresa, diritto di scegliere liberamente la propria professione) che le tutelano in via solo mediata (109). La scelta che le Costituzioni italiana e tedesca non hanno mai compiuto espresamente è stata effettuata dal TCe: in Europa il mercato libero e concorrenziale è tutelato a livello costituzionale.

Il TCe conosce però anche una politica sociale ormai pienamente sviluppata; i diritti sociali fondamentali (tra i quali il diritto di associazione sindacale, il diritto di contrattazione collettiva e il diritto di sciopero) fanno già parte dei principi generali dell'ordinamento comunitario *ex art. 6 TUE*, e con il riconoscimento della natura giuridicamente vincolante della Carta di Nizza si preciserà finalmente anche il loro numero e

(106) Cfr. in questo senso Giubboni, *Diritti sociali...*, cit., pp. 230 ss.; Ravelli, *op. cit.*, pp. 323 ss.; Cazzanti, *op. cit.*, pp. 675-676; Barbera, *La Carta...*, *op. cit.*, pp. 52-53; Dorssemont, *op. cit.*, pp. 562-563; Ballestrero, *op. cit.*, p. 29; Mutarelli, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione Europea*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, Int n. 54/2007, pp. 29-30.

(107) Vedi anche per le diverse posizioni dottrinali Mutarelli, *op. cit.*, pp. 27 ss., che sostiene, seppur problematicamente, anche l'interpretazione più ardita [sulla quale la dottrina è tradizionalmente cauta: vedi ad esempio Barbera, *La Carta...*, *op. cit.*, pp. 56-57; Mari, *La Carta di Nizza: contenuto e principi ispiratori*, in Napoli (a cura di), *op. cit.*, pp. 13-14].

(108) Com'è noto, l'art. I-4 del Trattato costituzionale firmato a Roma il 29 ottobre 2004 elevava anche formalmente al rango di libertà fondamentali dell'Unione «la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali e la libertà di stabilimento»: cfr. Dorssemont, *op. cit.*, pp. 563-564. Il Consiglio europeo di Bruxelles dello scorso giugno (vedi *retro* la nota 38) non ha riproposto l'inclusione della modifica di cui all'art. I-4 nel nuovo TUE. Ciò nonostante, il Trattato sul funzionamento dell'Unione, destinato a riprendere i contenuti del TCe, continuerà a sancire la centralità delle libertà di circolazione e del diritto *antitrust* per l'ordinamento dell'Unione europea, nonché il loro rango di fatto costituzionale.

(109) Cfr. in questo senso le considerazioni di Di Via, *Antitrust...*, cit., pp. 68 ss.

il loro contenuto. Come è stato rilevato da perspicua dottrina, l'ordinamento comunitario conosce ormai un principio di protezione del lavoro equiordinato alle libertà economiche (110): le peculiarità dei due mercati, quello del lavoro e quello dei beni e servizi, sono ormai riconosciute anche all'interno dell'ordinamento comunitario.

La pari dignità dei due mercati e dei principi che li governano ha naturalmente implicazioni importanti sul conflitto tra costituzione economica della Comunità e normative lavoristiche degli Stati membri, non tutte ancora colte dalla giurisprudenza comunitaria. La maggior parte delle decisioni della Corte di Giustizia Ce sulle disposizioni di diritto del lavoro applicabili ai lavoratori distaccati temporaneamente da un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale interpreta il principio di proporzionalità dei limiti alla libertà fondamentale in un modo eccessivamente rigoroso che di fatto elimina quasi ogni discrezionalità per il legislatore nazionale: la circostanza che le normative in questione concretizzano e tutelano, seppur in via mediata, diritti di rango fondamentale imporrebbe un maggior rispetto dell'autonomia degli Stati membri. Tuttavia, il fatto che in gioco si trovino in via immediata diritti fondamentali espressamente garantiti negli strumenti internazionali e nelle Carte Costituzionali di molti Stati membri sembra spingere la Corte a una maggior cautela e a un bilanciamento più equilibrato: in questa luce si può leggere la sentenza *Schmidberger*. Anche le conclusioni degli Avvocati Generali nei casi *Viking* e *Laval* sembrano risentire della particolare visibilità costituzionale del diritto di azione collettiva.

Le conclusioni di Poiares Maduro, peraltro, non sono condivisibili nella parte in cui escludono la legittimità comunitaria dell'azione collettiva internazionale nella misura in cui fosse volta a compartimentare i mercati del lavoro nazionali. La pari dignità dei due mercati e dei principi che li regolano implica che all'interno del mercato del lavoro (e solo di questo) l'autonomia e l'autotutela collettiva si muovano sovrane. Per conseguenza, l'azione collettiva non potrà perseguire direttamente l'obiettivo di impedire la delocalizzazione, in quanto in questo modo cercherebbe di estendere l'influenza del sindacato al mercato dei beni e ser-

(110) Cfr. *retro* gli Autori citati alla nota 27. La pari dignità della politica sociale e della politica della concorrenza comunitarie, riconosciuta espressamente dalla Corte di Giustizia Ce in *Albany*, è il frutto delle modifiche dell'ordinamento comunitario culminate nel Trattato di Amsterdam del 1997: cfr. Barbera, *La Carta...*, *op. cit.*, pp. 51-52.

vizi. D'altro canto, essa potrà invece agire liberamente, anche coordinandosi a livello internazionale, per imporre il mantenimento dei posti di lavoro, delle condizioni di lavoro e delle retribuzioni che avrà determinato nella sua piena autonomia. Del resto, il principio stabilito da Poiares Maduro, condotto fino alle sue estreme conseguenze, impedirebbe finanche un'azione concertata per imporre un salario minimo comunitario. Le conclusioni di Mengozzi non sono condivisibili nella misura in cui, sulla scorta peraltro di quanto affermato in giurisprudenza e dottrina (111), vagliano la conformità dell'ordinamento nazionale al diritto comunitario non soltanto alla luce della Direttiva n. 96/71/Ce, ma anche dell'art. 49 TCe. Con la Direttiva n. 96/71/Ce le autorità comunitarie hanno cercato di bilanciare la libertà di prestazione dei servizi con il principio di protezione dei lavoratori, declinato nei suoi due elementi della tutela dei lavoratori distaccati contro lo sfruttamento e della tutela dei lavoratori degli Stati di destinazione del servizio contro il *dumping* sociale (112). Il risultato del bilanciamento deve presumersi conforme al TCe. Le norme nazionali di attuazione potrebbero essere vagliate alla luce dell'art. 49 TCe soltanto ove riguardino materie non coperte dalla direttiva, oppure ove la direttiva stessa contenga disposizioni che restringono la libertà di prestazione dei servizi in modo palesemente sproporzionato: ma quest'ultima evenienza non pare onestamente essersi verificata.

La sentenza *Albany* conferma che anche nell'ordinamento comunitario il mercato del lavoro e il mercato dei beni e servizi sono imperniati su principi differenti: da una parte il principio di coalizione, dall'altro quello di libera concorrenza. Ne consegue che la potestà regolativa delle parti sociali è limitata al mercato del lavoro: nella misura in cui un contratto collettivo insista direttamente (113) sul mercato dei beni e servizi

(111) Secondo la dottrina «la legislazione secondaria della Comunità non può sollevare gli Stati membri dagli obblighi del Trattato, poiché il Trattato vincola le istituzioni al pari degli Stati membri»: così Davies, *The Posted Workers...*, cit., p. 301. La conseguenza che ne trae la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce è che gli atti normativi di recepimento della Direttiva n. 96/71/Ce debbano essere vagliati anche alla luce dell'art. 49 TCe: cfr. il punto 45 della decisione resa nel caso *Wolff & Müller*, citata alla nota 72.

(112) Cfr. quanto emblematicamente affermato al considerando 5 della direttiva: «questo sviluppo della prestazione transnazionale di servizi esige [...] misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori», ma anche «un clima di leale concorrenza».

(113) La distinzione tra regolazione diretta del mercato dei beni e servizi da parte dell'autonomia collettiva, soggetta alla disciplina *antitrust*, e conseguenze indirette sul mercato di una regolazione effettuata direttamente sul mercato del lavoro, sottratte

e riguardi una pluralità di imprese, esso, quando contenga una restrizione sensibile della concorrenza e sia atto a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, rientra nel divieto *ex art. 81 TCe*. Sulla base di questa ricostruzione rientrano potenzialmente nell'ambito di applicazione dell'art. 81 TCe le clausole dei contratti collettivi che determinano espressamente gli orari di apertura e chiusura delle imprese al pubblico, vietano l'appalto di fasi del ciclo produttivo, impongono determinate modalità di organizzazione della produzione o l'utilizzo di determinati macchinari. Insistono invece sul mercato del lavoro e fuoriescono dal controllo *antitrust* le clausole che regolano i turni di lavoro, anche se di fatto comportano l'impossibilità di aprire l'impresa al pubblico in determinate fasce orarie; le clausole che contengono obblighi di non licenziamento o di riassunzione nel caso di esternalizzazione di fasi del ciclo produttivo, anche se di fatto rendono più onerosi e complicati gli appalti; le clausole che disciplinano le mansioni e i carichi di lavoro, anche se di fatto impongono un certo tipo di organizzazione della produzione; le clausole che impongono determinati *standards* di sicurezza, anche se di fatto limitano la scelta dei macchinari utilizzabili dalle imprese. Gli accordi di politica dei redditi sfuggono al divieto di intese restrittive della concorrenza *ex latere laboris*, e precisamente in tutta la parte relativa al contenimento delle rivendicazioni salariali. Nella parte in cui le imprese si impegnano a contenere gli aumenti dei prezzi con finalità antinflazionistica, invece, è soltanto il carattere politico dell'accordo che permette di non riscontrare la fattispecie *ex art. 81, par. 1, TCe* (114). La circostanza che alcune clausole di un contratto collettivo rientrino nell'ambi-

invece allo scrutinio *antitrust*, è diffusa nella dottrina di lingua tedesca e in quella scandinava (questa seconda può giovare anche degli appigli letterali offerti dalle leggi *antitrust*): vedi Vaubel, *Die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Tarifvertragsklauseln*, *Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde, Dissertationsdruck*, München, 1968, alla cui impostazione aderisce espressamente anche Däubler, *op. cit.*, pp. 312-314; Runggaldier, *Kollektive Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung*, Frankfurt am Main, 1983, pp. 351-352; Rieble, *op. cit.*, pp. 154-158; Adlercreutz, *op. cit.*, pp. 12-14.

(114) Non tanto nel senso che gli impegni contenuti non siano giuridicamente vincolanti, poiché, com'è noto, «il divieto» di intese restrittive della concorrenza «si estende anche a ricomprendere quegli accordi [...] cui le parti ricolleghino un vincolo che rileva non sul piano giuridico ma solo sul piano morale o sociale» (così Ricolfi, *Antitrust*, cit., p. 568). Piuttosto nel senso che la partecipazione del governo al patto di concertazione garantisce la presa in considerazione dell'interesse generale, [sull'importanza di questo requisito per escludere la violazione dell'art. 81 TCe da parte della normativa statale in materia di tariffa forense vedi da ultimo Corte di Giustizia Ce 5 di-

to dell'art. 81 TCe non implica ancora la loro illiceità e nullità: nell'ambito del diritto *antitrust*, non soltanto d'oltreoceano, è usuale l'applicazione della *rule of reason* nell'ambito della quale gli eventuali benefici collettivi della restrizione della concorrenza vengono soppesati con il danno inferto ai consumatori. Vi sono ottimi motivi per ritenere che anche i benefici per i lavoratori possano entrare in questo tipo di bilanciamento (115), e permettere il salvataggio anche di clausole di contratto collettivo che impattano direttamente sul mercato dei beni e servizi.

La sistemazione del conflitto tra autonomia collettiva e libertà economiche che qui si propone non suona usuale per il giuslavorista italiano. La nostra Costituzione ha affidato (anche) all'autonomia collettiva compiti importantissimi di riequilibrio dei rapporti socio-economici che implicano un intervento diretto nelle prerogative imprenditoriali e, mediatamente, nel mercato dei beni e servizi, secondo un filo conduttore che lega gli artt. 3, 39 e 40, Cost. (116). L'assenza di un

cembre 2006, C-94/04 (Cipolla), consultabile sul sito www.curia.eu. Cfr. in questo senso anche le considerazioni di Di Via, *Antitrust...*, cit., 275, spec. pp. 305-306.

(115) Per un verso, il diritto *antitrust* ha storicamente assolto una molteplicità di funzioni, come dimostra bene l'esperienza applicativa dello *Sherman Act* statunitense (sulla quale vedi per tutti Denozza, *op. cit.*, 1988; Mangini, *La vicenda dell'antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/1990*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, I, pp. 175 ss.; Amato, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998): a seconda delle stagioni, ad esempio, integrazione del mercato, difesa dei piccoli produttori, rafforzamento della grande impresa, tutela delle possibilità di scelta dei consumatori. Per altro verso, le istanze pro-concorrenziali sono ampiamente presenti nel diritto collettivo del lavoro (vedi anche *retro* la nota 13): la garanzia della libertà sindacale negativa, l'assenza di meccanismi generalizzati volti ad attribuire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, la facoltà conferita alla contrattazione collettiva di fissare soltanto le condizioni minime di impiego garantiscono che il principio di coalizione si coniughi con il mantenimento di determinati livelli di concorrenza. Non sembra perciò una forzatura immaginare che anche nel mercato dei beni e servizi, con gli strumenti propri del diritto *antitrust*, si dia ingresso a determinate istanze di carattere sociale. Ciò del resto è stato previsto *expressis verbis* nella legislazione francese in materia di concorrenza: l'art. L 420-4, comma 1, *Code de commerce* sottrae ai divieti di intesa restrittiva della concorrenza le pratiche «che abbiano per effetto di assicurare un progresso economico, ivi compresa la creazione o il mantenimento di impiego, a patto che riservino agli utilizzatori una parte equa del profitto che ne risulta e non eliminino a vantaggio delle imprese interessate la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in causa». Su questa previsione vedi Pirovano, *Droit de la concurrence et progrès social (après la loi Nre du 15 mai 2001)*, in *Rec. Dalloz, chronique*, 2002, pp. 67 ss.

(116) Come si è avuto modo di rilevare in un altro scritto, la via italiana alla partecipazione ha sempre contemplato l'utilizzo della contrattazione collettiva e del con-

chiaro radicamento costituzionale del principio di concorrenza e, fino a tempi relativamente recenti, finanche di una legislazione di tutela della concorrenza, ha impedito perfino di focalizzare il problema dello sconfinamento del principio di coalizione dal mercato del lavoro al mercato dei beni e servizi. Ma il TCe sancisce ora nettamente la pari dignità dei due mercati e dei principi e regole che li governano, obbligando a chiare (e talvolta anche dolorose) distinzioni. Il confronto tra diritto del lavoro, autonomia collettiva e libertà economiche sancite dal TCe è soltanto agli inizi: l'*actio finium regundorum* da parte della Corte di Giustizia Ce non è destinata ad arrestarsi se non nell'ipotesi, catastrofica e allo stato fortunatamente anche poco probabile, di fallimento della costruzione europea.

Specularmente, la giurisprudenza comunitaria (117) e una parte della dottrina, specie non lavoristica, faticano talvolta ad affrancarsi da una concezione datata del TCe nel quale le libertà economiche e il principio di concorrenza possono essere limitati soltanto eccezionalmente e nella misura più contenuta possibile a opera di disposizioni, nazionali ma anche comunitarie, che sono espressione dei diritti sociali e del principio di protezione del lavoro. L'esistenza di principi e regole diverse a governo del mercato del lavoro e di quello dei beni e servizi viene implicitamente negata per sottolinearne una comune sottoposizione al principio di libera concorrenza, che ne costituirebbe la regola ordinante salve eccezioni limitate necessarie a garantire l'indispensabile fruizione di taluni diritti fondamentali (118). La persistenza di questa interpretazione del

flitto a fini di democratizzazione dell'impresa e più in generale della società: cfr. Corti, *op. cit.*, p. 1496.

(117) Si considerino ad esempio le sentenze Corte di Giustizia Ce 9 dicembre 2004, C-460/02 (Commissione c. Italia), e 14 luglio 2005, C-386/03 (Commissione c. Germania), in q. *Riv.*, 2006, II, pp. 44 ss., con nota di Pallini, che hanno ritenuto in violazione del diritto comunitario le clausole sociali, inserite dai legislatori italiano e tedesco nelle discipline nazionali di trasposizione della direttiva sulla liberalizzazione dei servizi aeroportuali, che imponevano all'appaltatore subentrante la riassunzione dei lavoratori del precedente appaltatore. Il giudizio è avvenuto quasi esclusivamente sulla base della direttiva e della sua *ratio* di attuazione della libera circolazione dei servizi, considerando solo marginalmente il principio di protezione del lavoro sotteso alla disposizione nazionale.

(118) Caso emblematico di questa impostazione è l'opera di Di Via, *Antitrust...*, cit., nella quale si afferma espressamente che «le dinamiche concorrenziali costituiscono la scelta di principio per consentire alla pluralità dei consociati [...] la migliore allocazione delle risorse. Ogni deviazione da tale regola generale deve trovare adeguata tutela in altri valori costituzionali» (p. 50). La «deviazione» operata dalla contrattazio-

TCe e delle sue applicazioni non sembra soltanto il frutto di semplice vischiosità dei concetti, legata alla genesi mercantile del diritto comunitario. Davanti all'Unione europea si trova la difficile opzione tra economia di mercato e società come mercato: se concorrenza e solidarietà non si affermano come i principi ordinatori di due realtà diverse dell'agire economico umano, di pari dignità e aperti a reciproche contaminazioni soltanto secondo le logiche loro proprie (119), lo scivolamento dell'Unione verso la seconda alternativa, con il conseguente progressivo abbandono del modello sociale europeo, sarà inevitabile.

ne collettiva sarebbe intangibile dal diritto della concorrenza soltanto nella misura in cui essa si limiti a regolare il nocciolo duro delle condizioni di lavoro: retribuzione, orario di lavoro, ferie, parità uomo/donna, previdenza (il contenuto degli artt. 36-38 Cost.) (pp. 95-96 e p. 204). Eventuali incursioni della contrattazione collettiva al di fuori di tale riserva di regolazione saranno dunque «suscettibili di essere inibite come alterazioni della concorrenza sul mercato della forza lavoro» (p. 217) o di quello dei beni e servizi (pp. 210 ss.). L'Autore, peraltro, dà rilevanza anche alle modalità indirette di alterazione della concorrenza sul mercato anche di talune clausole che disciplinano direttamente la retribuzione (pp. 215-217), aprendo così potenzialmente la strada al controllo di ogni disposizione di fonte contrattuale collettiva.

(119) Così lucidamente Rieble, *op. cit.*, pp. 136-138.

Claudio Pellegrini (*)

LA DEFINIZIONE DELL'UNITÀ CONTRATTUALE
NEGLI STATI UNITI: LA SCELTA
DELLA DECENTRALIZZAZIONE E LE SUE CONSEGUENZE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Considerazioni sulla struttura contrattuale. — 3. Rappresentanza sindacale e unità contrattuale. — 4. Struttura contrattuale e struttura economica. — 5. La legislazione e la struttura contrattuale. — 6. Il Nlrb come arbitro della struttura contrattuale. — 7. Il Nlrb e la determinazione dell'unità contrattuale. — 8. L'unità contrattuale per categorie specifiche. — 9. Altre categorie escluse. — 10. L'unità contrattuale per più di un imprenditore. — 11. Modifiche dell'unità contrattuale. — 12. Conclusioni.

1. — *Premessa* — Le caratteristiche della struttura contrattuale sono state analizzate da diversi punti di vista. In Italia c'è da tempo un dibattito sul ruolo che devono giocare i diversi livelli contrattuali, e il tema è uno dei punti più controversi tra le parti sociali, con differenziazioni anche all'interno dei rappresentanti dei vari interessi. A livello internazionale, nel confronto comparato, si cerca di esaminare da anni in che misura una determinata struttura contrattuale favorisca *performance* economiche misurate in base a specifici indicatori. In questo filone di ricerca, un peso rilevante ha avuto il contributo di Calmfors e Drifill, che individuava le strutture centralizzate o decentralizzate in grado di controllare meglio le spinte inflazionistiche e di favorire l'occupazione (1). Successivamente ci sono stati molti tentativi di perfezionare il modello e di verificare le conclusioni, con uno sforzo notevole soprattutto nella individuazione degli indicatori e nella classificazione dei paesi. La *World Bank* ha promosso recentemente una rassegna di questa letteratura e la sintesi fa riferimento a più di mille pubblicazioni sull'argomento (2).

(*) Professore associato di Relazioni industriali nella Facoltà di Sociologia dell'Università di Roma «La Sapienza».

(1) L. Calmfors, J. Drifill (1988), *Bargaining structure, Corporatism and Macroeconomic Performance*, in *Economic Policy* 1988 (6), pp. 13-61. J. Drifill, *Centralization of Wage Bargaining Revisited: What Have we Learnt?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2006 Volume: 44, 4.

(2) T. Aidt e Z. Tzannatos, *Unions and Collective Bargaining, Economic Effects in a Global Environment*, The World Bank, Washington D.C. Usa 2002. Cfr. anche Oecd, *Employment Outlook* 2004. Paris.

Le analisi comparate, quasi sempre, partono dalla struttura contrattuale presente nei vari paesi per analizzare vantaggi e svantaggi delle varie configurazioni. Spesso ci sono controversie su come un determinato paese debba essere classificato nella dimensione centralizzazione-decentralizzazione, anche perché in alcuni casi ci può essere il coordinamento di contrattazione decentralizzata. C'è poi la complicazione, nell'analisi econometrica delle serie storiche, di registrare e valutare i cambiamenti avvenuti che hanno portato il baricentro della contrattazione in una direzione o nell'altra. Non sempre, però, si esamina quali sono le cause che hanno portato un determinato paese ad avere in primo luogo un determinato assetto. Gli Stati Uniti, ad esempio, in tutte le analisi comparate sono sempre classificati tra i paesi che hanno un sistema contrattuale decentrato (la Svezia invece è sempre all'estremo opposto), ma non si spiega quali sono le ragioni di questa struttura e i motivi che impediscono una trasformazione. Considerando che molti altri aspetti delle relazioni industriali e dell'economia sono mutati, ad esempio struttura economica e occupazionale, le ragioni della permanenza di un determinato assetto contrattuale deve essere esaminato. Nel caso degli Stati Uniti è particolarmente rilevante la diminuzione del tasso di iscrizione dei lavoratori dipendenti, in diminuzione continua dagli anni sessanta e arrivato nel 2006 al 12%, con la notevole differenza tra settore pubblico (36,2%) e settore privato (7,4%) (3).

Nelle pagine che seguono si cercherà di mettere a fuoco le ragioni che hanno portato negli Stati Uniti alla determinazione di una struttura contrattuale decentralizzata e alle conseguenze che essa ha avuto per le possibilità di azione del sindacato. Non mancano analisi che hanno messo in evidenza le principali cause delle difficoltà del sindacato: la forza dell'opposizione manageriale, la scarsa protezione della legislazione nei confronti dell'azione organizzata dei lavoratori e infine gli stessi limiti e carenze dei sindacati (4). Minore è stata invece l'attenzione dedicata agli

(3) Department of Labor, BLS, *Employment and Earnings*, January 2006. <http://www.bls.gov/news.release/union2.toc.htm>.

(4) Tra le numerose pubblicazioni apparse negli ultimi anni che affrontano il tema del declino del sindacato di particolare interesse sono: S. M. Lipset (a cura di), *Unions in transition*, San Francisco ICS Press, 1988. L. Troy, *Is the U.S. unique in the decline of private sector unionism?*, in *Journal of Labor Research*, Vol. 11, (2), 1990, pp. 111-143. W. Moore e R. Newman, *The Effect of Right to Work Law: A Review of the Literature*, in *Industrial and Industrial Labor Review*, Vol. 38 (July 1985), pp. 571-585. R. B. Freeman, *On the Divergence of Unionism among Developed Countries*, in R. Brunetta, C. Dell'Aringa, *Labour Relations and Economic Performance*, New York

effetti che la struttura contrattuale ha sulle possibilità d'azione del sindacato e sulla sua capacità di perseguire obiettivi e strategie idonee a far fronte alla crisi attuale. In larga misura nelle ricerche fatte negli Stati Uniti non si studia abbastanza l'effetto che la struttura contrattuale può avere sul campo di azione del sindacato, sulle sue strategie e soprattutto sulla sua capacità di influenzare le politiche del Congresso e della Presidenza. Poiché la struttura contrattuale ha assunto le caratteristiche della decentralizzazione da molto tempo, è divenuta un elemento naturale del «paesaggio» delle relazioni industriali (5).

University Press, New York, 1990, pp. 304-322. M. Goldfield, *The Decline of Organized Labor in the U.S.*, Chicago, Chicago University Press, 1987.

(5) Ad esempio, Flanagan, nello studiare le ragioni che rendevano difficile, se non impossibile, la creazione di patti sociali centralizzati negli Stati Uniti, individuava nella decentralizzazione della contrattazione uno degli elementi cruciali. Tuttavia niente veniva detto sulle ragioni che hanno determinato e continuano a produrre questa struttura decentralizzata. Cfr. R. J. Flanagan, *The National Accord as a Social Contract*, in *Industrial and Labor Relations Review*, 34, (1), 1980, pp. 35-40. Anche la più recente analisi comparata di Traxler, F., S. Blaschke, et al. (2001), *National Labour Relations in Internationalized Markets: A Comparative Study of Institutions, Change, and Performance*, Oxford, Oxford University Press, non ha l'obiettivo di mettere in luce come si sono formate determinate strutture contrattuali.

In genere la bibliografia sull'argomento dell'unità contrattuale ha soprattutto un taglio giuridico, come testimoniano i due volumi sul tema: J. E. Abodeely, R. C. Hammer e A. L. Sandler, *The Nlrb and the Appropriate Bargaining Unit*, Philadelphia, The Wharton School of Finance and Commerce, 1981, seconda edizione ampliata; P. G. Nash e G. P. Blake (eds.), *Appropriate Units for Collective Bargaining*, New York, Practising Law Institute, 1979. Quest'ultimo volume contiene una serie di saggi sulle caratteristiche delle unità contrattuali nei vari settori economici. Per una bibliografia completa vedere M. Dworaczek, *Collective Bargaining Units: A Selective Bibliography of Periodical Articles*, Monticello, Illinois, Vance Bibliographies 1983, che contiene 132 Titoli; solo una minima parte però è effettivamente dedicata al problema della grandezza dell'unità contrattuale; gli altri sono studi su problemi collegati e relativi al meccanismo elettorale che garantisce il diritto di rappresentanza del sindacato. Per una sintetica analisi delle decisioni del *National labor relations Board* (Nlrb) fino al 1981 vedere C. J. Morris (ed.), *The Developing Labor Law*, 2nd ed., Washington, Bureau of National Affairs, 1983, pp. 413-487; e per il periodo successivo O'Reilly, P. O. Timothy, James R. Lavante e Harold J. Datz, *Fifth Cumulative Supplement to Developing Labor Law 1982-88*. BNA, Washington, 1989, pp. 237-264.

La prevalenza della letteratura giuridica trova la sua spiegazione nel ruolo dell'intervento legislativo nella determinazione dell'unità contrattuale. È tuttavia difficile spiegare perché gli studiosi di relazioni industriali abbiano trascurato questo aspetto negli ultimi decenni. L'ultimo volume sull'argomento è di Weber A. W., *The Structure of Collective Bargaining*, The Free Press, New York, 1961. Dello stesso Autore si veda *Stability and Change in the Structure of Collective Bargaining*, in L. Ulman (ed.), *Challenge to Collective Bargaining*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1967.

Nelle pagine seguenti si faranno in primo luogo alcune considerazioni generali sulla tipologia della struttura contrattuale, si daranno quindi alcuni dati sulle caratteristiche della struttura contrattuale esistente negli Stati Uniti, e infine si esaminerà qual è stato il ruolo di deliberate scelte politiche. Per quest'ultimo scopo si analizzeranno in particolare la legislazione, le decisioni del *National labor relations Board* (Nlrb, l'agenzia governativa creata per amministrare la legislazione sindacale) e le sentenze della magistratura, a cui ricorrono le parti che non ritengono giusto quanto deciso dal Nlrb. L'obiettivo è quello di spiegare le cause dell'attuale struttura contrattuale e i limiti che essa pone all'azione del sindacato.

2. — *Considerazioni sulla struttura contrattuale* — Due sono le forze principali che danno forma alle strutture contrattuali: da una parte, ci sono le caratteristiche economiche e produttive, e, dall'altra, le strategie delle parti sociali e dello Stato. Tra gli aspetti economici ricordiamo la struttura produttiva, le caratteristiche del mercato del lavoro e di quello dei prodotti.

Le parti sociali possono preferire strutture contrattuali diverse in base a considerazioni strategiche relative alla forza contrattuale che si spiega nelle varie strutture possibili e nelle circostanze economiche e politiche presenti. Il sindacato storicamente ha cercato di far coincidere l'unità contrattuale con l'ampiezza del mercato in modo da evitare la concorrenza tra dipendenti (6).

Gli imprenditori possono preferire una struttura centralizzata per fissare costi di lavoro omogenei ed evitare la concorrenza su quel ver-

Un altro importante studioso di relazioni industriali che negli anni cinquanta ha dedicato un saggio sull'argomento è N. W. Chamberlain, *The Structure of Bargaining Units in the United States*, in *Industrial and Labor Relations Review*, 10 (October 1956), pp. 3-25. N. W. Chamberlain (1961), *Determinants of Collective Bargaining Structure*, in A. R. Weber (a cura di), *The structure of collective bargaining*, Free Press of Glencoe, pp. 3-20.

Gli economisti hanno trascurato questo argomento: uno dei pochi studi è di Handricks, W. E. e L. M. Kahn, *The Determination of Bargaining Structure in U.S. Manufacturing Industries*, in *Industrial and Labor Relations Review*, 35, 2, (January 1982), pp. 181-195. In questo saggio gli Autori esaminano le variabili economiche che influenzano le dimensioni della struttura contrattuale. In H. C. Katz (1993), *The decentralization of collective bargaining: a literature review and comparative analysis*, in *Industrial and Labor Relations Review*, v. 47 (Oct. 1993), pp. 3-22, si esamina il tema con taglio comparativo ma non vengono esaminate le ragioni che hanno determinato le varie strutture.

(6) Cfr. J. Commons, 1909, *American Shoemakers 1648-1895: A sketch of industrial evolution*, in *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 24, pp. 39-83.

sante o viceversa ritenere più vantaggiosa l'autonomia contrattuale per la propria azienda o per gruppi di lavoratori all'interno di essa. Il sindacato può ugualmente preferire strutture centralizzate a livello di settore industriale o addirittura nazionale, oppure scegliere di utilizzare la forza di gruppi omogenei di lavoratori favorendo così la contrattazione decentralizzata a livello di mestiere e professioni a livello aziendale o interaziendale. Lo Stato può a sua volta spingere in una direzione o nell'altra; la centralizzazione favorisce un governo dei costi del lavoro e permette interventi più incisivi; d'altra parte i conflitti nella contrattazione centralizzata assumono rilevanza nazionale con gli effetti negativi che tale amplificazione comporta.

Esiste poi una dimensione temporale, legata all'evoluzione della struttura economica e alle caratteristiche del ciclo economico che può influenzare le preferenze degli attori: fasi di espansione o di declino del ciclo economico oppure di concentrazione o decentramento della struttura produttiva possono portare le parti interessate a premere in una direzione o nell'altra. In Italia, ad esempio, esiste una pluralità di livelli contrattuali con momenti di prevalenza di un livello sugli altri nel corso di determinate fasi storiche. La numerosa letteratura sui patti sociali ha esaminato con attenzione gli elementi che favoriscono il sorgere e il successo degli accordi centralizzati nei vari contesti nazionali, in particolare la composizione dei governi (7). Va infine considerato che la creazione di livelli nuovi di governo (ad esempio l'Unione europea, o le Regioni) ha introdotto nuovi livelli contrattuali in Italia.

Per facilitare la descrizione e le potenzialità delle varie strutture contrattuali possibili si utilizza la figura 1, nella quale sono indicate le due dimensioni fondamentali lungo le quali la struttura contrattuale può variare: quella della centralizzazione-decentralizzazione (dall'accordo nazionale fino a quello aziendale o di stabilimento) e quella relativa all'omogeneità delle attività dei lavoratori coperti dal contratto; in questo caso si potrà variare da un estremo dove sono lavoratori con identiche funzioni e capacità professionali a un altro dove ci sarà invece un insieme molto diversificato di lavoratori dipendenti con qualifiche, professionalità, *status* diversi.

(7) M. Regini, *Collective bargaining and social pacts in Italy*, in H. Katz, W. Lee, J. Lee (a cura di), *The New Structure of Labor Relations: Tripartism and Decentralization*, Ithaca, N. Y., Cornell University Press, 2004 (con I. Regalia), pp. 59-83.

Fig. 1 – Struttura contrattuale e tipologia di lavoro

		LIVELLO CONTRATTUALE	
		<i>centralizzato</i>	<i>decentralizzato</i>
ATTIVITÀ LAVORATIVE	<i>omogenee</i>	A Contratto professionale nazionale	B Contratto di mestiere locale
	<i>eterogenee</i>	C Contratto di settore	D Contratto aziendale

Nella figura 1 sono rappresentate le possibilità che si ottengono incrociando le due dimensioni e vengono dati alcuni esempi relativi agli Stati Uniti. Nel quadrante A avremo una contrattazione per gruppi omogenei a livello geografico ampio, Federale o dei singoli Stati (ad esempio, controllori di volo, portuali, giocatori professionisti in *sport* quali il *baseball*). In B ci sarà la contrattazione per un gruppo omogeneo, ma a livello aziendale o locale (ad esempio professionisti all'interno di un'azienda oppure lavoratori specializzati, ad esempio infermieri o carpentieri, in un mercato del lavoro di un'area territoriale ristretta).

La contrattazione può anche interessare un gruppo di lavoratori con attività e livelli professionali disomogenei; in questo caso se l'attività contrattuale è centralizzata (quadrante C) avremo un accordo di tipo nazionale per un intero settore industriale. Ad esempio il settore dell'acciaio o delle comunicazioni hanno avuto questa struttura contrattuale per un lungo periodo. Anche una grandissima azienda, ad esempio nel settore dell'auto, con stabilimenti in tutto il territorio nazionale e una grande diversità di dipendenti coperti da un unico contratto rientra ugualmente in questa tipologia sebbene il contratto sia propriamente aziendale. Ci possono infine essere lavoratori con caratteristiche diverse, occupati in una media-piccola impresa con uno o pochi stabilimenti, ai quali si applica uno stesso contratto stipulato a livello locale (quadrante D).

In questa sede non si vogliono esaminare i vantaggi dell'una o dell'altra possibilità né si vuole ripercorrere l'evoluzione della struttura contrattuale. Il dibattito tra sindacalismo industriale o di mestiere è stato a lungo un terreno classico di confronto. Solitamente la struttura contrattuale formata da gruppi omogenei, basata sul mestiere, esalta l'identità dei problemi a esso collegati e contribuisce a determinare un mercato del

lavoro strutturato fortemente secondo linee di demarcazione occupazionali (8). Negli Stati Uniti, come in molti altri paesi, la contrattazione del tipo B è stata la prima a svilupparsi: la solidarietà tra un gruppo di lavoratori omogenei (e in genere con un elevato grado di professionalità) è più facile da realizzare e dà più facilmente risultati concreti. Come è stato messo bene in evidenza da una lunga serie di analisi storiche, le circostanze che hanno favorito questo tipo di contrattazione negli Stati Uniti sono molteplici: la scarsità di lavoratori specializzati rispetto ad altre risorse premiava un'organizzazione basata sul mestiere. La diversità della composizione etnica, religiosa e ideologica presente nel nuovo paese trovava nella identità degli interessi centrati nel lavoro un punto saldo per l'organizzazione che non avrebbe potuto facilmente essere sostituito da altri. L'esistenza di elementari libertà politiche (almeno per i maschi bianchi) rendeva meno urgenti le grandi mobilitazioni nazionali politiche che nel vecchio continente hanno favorito il sindacalismo di tipo industriale. Non è un caso quindi che l'*American Federation of Labor* voluta da Gompers, strutturata secondo organizzazioni di mestiere, fosse l'unica capace di affermarsi e di resistere (9).

Includere tutti i dipendenti di una grande impresa o di un settore in un unico contratto dà la possibilità di estendere i benefici contrattuali anche alle fasce meno qualificate e più deboli sul mercato, ma presenta il rischio di una eccessiva diversificazione degli interessi che rende difficile l'elaborazione delle rivendicazioni e la coesione necessaria negli scioperi (10).

Storicamente negli Stati Uniti la contrattazione di tipo nazionale ha avuto difficoltà ad affermarsi. Va anche tenuto presente che le notevoli dimensioni di mercato avevano favorito fin dall'inizio del secolo la nascita di grandi *corporations*, con enormi mezzi finanziari, in grado di opporre una resistenza enorme ai tentativi di organizzazione. Fu, infatti, soltanto con lo *shock* della grande depressione e con l'aiuto della legislazione del *New Deal* che il sindacato riuscì a conso-

(8) R. Jackson, *The Formation of Craft Labor Markets*, Orlando, Academic Press, 1984.

(9) Per una delle più approfondite analisi storiche sull'argomento Cfr. J. R. Commons et al., *History of Labor in the U.S.* 2 vols., New York, MacMillan Co, 1918.

(10) Nel caso del settore manifatturiero, soprattutto per le produzioni di massa, la forma di organizzazione del lavoro scelta dagli imprenditori ha diminuito, in certe fasi storiche, questo tipo di difficoltà, data la prevalenza di dipendenti con scarsi livelli di qualificazione.

lidarsi nelle grandi imprese. Comunque la contrattazione che emerse raramente ebbe un carattere industriale centralizzato, ma restò per lo più contrattazione per impresa, anche se naturalmente si trattava di imprese di enormi dimensioni; i risultati contrattuali inoltre potevano essere identici tra le varie imprese per un processo di imitazione coordinato dai sindacati.

La storia dello sviluppo economico può in parte spiegare il prevalere di una struttura contrattuale decentrata negli Stati Uniti. Tra le ragioni possiamo citare la prevalenza della professione come elemento di organizzazione, la priorità nel sindacato di obiettivi economici, che diversamente da quelli politici non sempre richiedono mobilitazioni nazionali, la forza contrattuale delle categorie organizzate che sono naturalmente portate a utilizzare questa forza nell'impresa. Tuttavia la struttura decentralizzata è stata anche perseguita con chiarezza dal legislatore e dalle agenzie governative. Le modalità con cui è stata disegnata la geografia contrattuale ha causato una solidificazione della struttura decentrata che ha impedito l'uso di strategie alternative anche quando le circostanze, ad esempio la crisi economica o la necessità di riforme legislative, richiedevano per il sindacato una diversa disposizione delle forze in campo.

3. — *Rappresentanza sindacale e unità contrattuale* — Prima di esaminare i criteri che si seguono negli Usa per fissare l'unità contrattuale, e come questi criteri si sono venuti formando nel corso degli anni, è utile descrivere perché il processo di scelta dell'unità contrattuale è di vitale importanza per la presenza stessa del sindacato. Quali sono, infatti, le fasi essenziali che portano alla contrattazione? In sintesi per poter avere il diritto a contrattare il sindacato deve avere il consenso della maggioranza (50 per cento più uno) nella unità contrattuale. Schematicamente la strada da seguire è la seguente. Il sindacato individua l'unità contrattuale e ottiene il mandato per richiedere l'elezione da almeno il 30 per cento dei dipendenti (11). A questo punto il Nlrb decide se l'unità contrattuale scelta dal sindacato è

(11) È anche possibile, per il sindacato che ha ottenuto il 50 per cento più uno di iscrizioni, chiedere direttamente all'imprenditore il riconoscimento del diritto di rappresentanza. Tuttavia questa strada viene seguita da una esigua minoranza (circa il 2 per cento). L'imprenditore, infatti, preferisce l'elezione che gli consente di sviluppare una campagna antisindacale, spesso accompagnata dal licenziamento illegale degli attivisti, in grado di rovesciare la possibile maggioranza pro-sindacato.

appropriata (o se deve essere modificata) e indice l'elezione. Se il sindacato ottiene la maggioranza diventa l'unico rappresentante di tutti i lavoratori che fanno parte dell'unità contrattuale. Nella quasi totalità degli Stati industriali del centro-nord (dove è concentrata la forza del sindacato) i dipendenti dell'unità contrattuale dove il sindacato ha ottenuto la maggioranza sono tenuti tutti a iscriversi entro un determinato tempo al sindacato che ha vinto l'elezione (12).

Questo sistema di rappresentanza ha notevoli effetti sul comportamento delle parti. In primo luogo appare chiaro che il sindacato e l'imprenditore hanno di fronte l'alternativa: sindacalizzazione completa o assenza totale del sindacato. Questo aiuta a capire le ragioni della strenua opposizione imprenditoriale. Restando però al tema che si vuole qui sviluppare si richiama l'attenzione al ruolo centrale dell'elezione dalla quale dipende la presenza o meno del sindacato, e quindi la possibilità della contrattazione collettiva. Poiché l'elezione è di decisiva importanza, un problema chiave è quello del diritto di voto. È, infatti, evidente che la configurazione dell'unità contrattuale può determinare il risultato stesso dell'elezione. Ad esempio il sindacato può avere la maggioranza in uno solo dei vari stabilimenti di una azienda; conseguentemente se l'unità scelta è il singolo stabilimento il sindacato otterrà la maggioranza. Lo stesso vale per la tipologia dei lavoratori da includere nella votazione: ad esempio il diritto di voto dei *supervisors*, o dei *managers*, può alterare il risultato finale e quindi si pone il problema di individuare anche a questo livello chi sono i votanti.

Occorre infine tenere presente la distinzione tra unità contrattuale e unità elettorale ai fini della rappresentanza sindacale. Nella letteratura sull'argomento e nella legislazione si scrive che il Nlrb sceglie l'unità contrattuale appropriata (*appropriate bargaining unit*) anche se a rigore si sta determinando solo l'unità di rappresentanza. L'unità contrattuale potrebbe essere anche diversa dall'unità di rappresentanza se le varie *locals* (strutture locali del sindacato) e gli imprenditori interessati si trovassero d'accordo nel ridisegnare l'unità contrattuale. In alcuni settori e in certi periodi ciò è avvenuto, ma il processo di ag-

(12) Nelle aziende sindacalizzate l'obbligo a iscriversi al sindacato esiste negli Stati dove l'*union shop* è consentito (la maggioranza degli Stati industriali del centro-nord). Il *closed shop*, che è invece ora proibito, richiedeva l'iscrizione al sindacato come prerequisito per l'assunzione.

gregazione non è semplice e deve essere consensuale; di conseguenza quasi sempre l'unità di rappresentanza (che correntemente viene chiamata *bargaining unit*) scelta o approvata dal Nlrb coincide con l'unità contrattuale. Come era stato riconosciuto da George Shultz, il futuro Segretario di Stato, ai tempi in cui si occupava di relazioni industriali, l'unità contrattuale iniziale è fondamentale perché determina anche la struttura che può conseguentemente emergere in base alla volontà delle parti (13).

4. — *Struttura contrattuale e struttura economica* — La decentrazione della struttura contrattuale negli Stati Uniti è anche in contrasto con le caratteristiche della struttura economica che vede nell'impresa e nei gruppi di grandi dimensioni un elemento portante dell'economia. Nel 2003 nelle imprese con oltre 500 dipendenti lavoravano il 49,3 per cento del totale (Tab. 1), una percentuale stabile rispetto al 1998, ma considerando l'evoluzione dal 1988 c'è stata una crescita del peso delle unità più grandi che sono passate dal 45,5% al 49,3%, mentre quelle al di sotto di 20 dipendenti sono diminuite da 20,9% a 18,4%. Va sottolineato poi che nelle imprese più grandi (con più di 2500 dipendenti) vi lavoravano nel 2003 il 15,2% del totale (nel 1998 il 12,8%).

Tab. 1 – Dimensione delle imprese per classi di dipendenti negli Usa

<i>Dimensione</i>	<i>1998</i>	<i>2003</i>
1-9	11.3	11.0
10-19	7.4	7.3
20-99	17.9	17.8
100-499	14.3	14.5
500 e +	49.1	49.3
Totale	100.0	100.0
<i>Dipendenti</i>	108.117.731	113.398.043

Fonte: Census Usa

(13) G. P. Shultz, D. V. Brown, *Public Policy and the Structure of Collective Bargaining*, in Arnold W. Weber, *The Structure of Collective Bargaining*, The Free Press, New York, 1961, p. 316. Secondo Shultz e Brown un effetto positivo della *public policy* perseguita nel dopoguerra era stata la frammentazione delle unità contrattuali.

Tab. 2 – Distribuzione per classi di ampiezza delle unità contrattuali designate dal Nlrb per le elezioni di certificazione in vari anni e nel 2005 anche per numero di votanti

Unità contrattuali	Anno					
	1983	1985	1988	1998	2005	2005
	percentuale					votanti %
Meno di 20	47.0	44.2	42.2	40.2	42.5	6.73
20-99	41.5	41.7	42.2	42.1	42.8	29.90
100-499	10.8	12.8	14.5	15.9	12.4	36.07
500-999	0.5	1.1	0.9	1.2	1.7	15.14
oltre 1000	0.2	0.2	0.2	0.6	0.6	12.17
Totale	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
	valori assoluti					
a) n. votanti	171.548	217.331	211.438	228.671	149.602	
b) n. elezioni	3.483	3.749	3.509	3.339	2.233	
c) votanti per elezione (a:b)	49	58	60	68	67	

Fonte: *National labor relations Board, Annual Report* (vari anni)

Relativamente alla struttura contrattuale esistente le informazioni non sono molto puntuali e anche le ricerche esistenti non hanno elaborato un quadro dimensioni delle unità contrattuali. Il *Bureau of labor statistics* mantiene un archivio dei contratti in vigore ma limitato alle unità con più di mille addetti. Nel settore privato nel 2006 ci sono 5.462.801 dipendenti e 1.239 contratti con più di mille addetti, con una media di 4409 dipendenti per contratto. Solo 2 contratti hanno più di 200.000 addetti e 2 arrivano a circa 100.000, mentre 7 superano la soglia di 50.000 (14).

Un'altra fonte di informazione è quella fornita dal Nlrb che nel bilancio annuale dà un quadro delle elezioni sindacali con una suddivisione per classi di dipendenti. Nel 2005 ad esempio il numero di votanti

(14) Nel sito Bls c'è l'archivio della contrattazione per contratti con più di 1000 addetti: <http://www.bls.gov/cba/cbaprogd.htm>.

complessivo è stato di 149.602 dipendenti. Il 42,5% delle unità contrattuali è al di sotto dei 20 dipendenti mentre soltanto il 2,3% è al di sopra dei 500 addetti. Naturalmente il numero di dipendenti incluso percentualmente nelle unità più grandi è molto più elevato. Il 12,17% è in unità con più di mille addetti, mentre solo il 6,73% si trova in unità con meno di 20 addetti. Nel corso degli ultimi anni c'è stato un leggero incremento nello sforzo del sindacato di organizzare unità contrattuali più grandi, e infatti il numero medio di votanti per elezione è passato da 49 nel 1983 a 67 nel 2005 (Tab. 2). Anche questa fonte di dati conferma però la frammentazione della struttura contrattuale.

5. — *La legislazione e la struttura contrattuale* — Prima del *National labor relations Act* del 1935 (*Wagner Act*), che è ancora oggi in gran parte operante, la legislazione non affrontava il problema dell'unità contrattuale, erano quindi le parti che nel corso del loro interagire stabilivano i confini validi per l'applicazione degli accordi raggiunti. Con il *Wagner Act*, in conseguenza diretta del principio di maggioranza che serve a stabilire il diritto di rappresentanza del sindacato, si pone il problema di determinare quali lavoratori prenderanno parte alle elezioni. Nel testo della legge si dice che: «il *National labor relations Board* deciderà in ogni caso specifico se [...] l'unità appropriata per lo scopo della contrattazione collettiva debba essere l'unità imprenditoriale, quella di mestiere, di stabilimento o di una sua parte» (15).

Nel periodo tra il 1935 e il 1947, anno in cui fu approvato il *Labor management relations Act* (*Taft-Hartley Act*), nel 75 per cento dei casi la soluzione fu trovata direttamente dalle parti senza bisogno dell'intervento del Nlrb. Naturalmente in un periodo di crescita tumultuosa del sindacato il problema del confine dell'unità contrattuale veniva in genere risolto facendolo coincidere con il gruppo dei lavoratori che si era mobilitato per ottenere il diritto a contrattare collettivamente le proprie condizioni di lavoro.

Bisogna però ricordare che in quegli anni il movimento sindacale negli Stati Uniti era diviso tra la *American federation of labor* (Afl), che rappresentava il sindacalismo tradizionale basato sul mestiere, e il *Congress of industrial organizations* (Cio), che invece puntava al sindacalismo industriale e stava ottenendo notevoli successi tra i lavoratori delle industrie che producevano beni di consumo di massa. Secondo la Afl il sin-

(15) Sezione 9 (b) del *Wagner Act*.

dacalismo di mestiere veniva sacrificato rispetto al concorrente sindacalismo industriale sia da parte degli imprenditori che da parte del Nlrb. Nel periodo tra il 1942 e il 1945 ci furono 2120 elezioni: nel 53,9% dei casi il Cio risultò vincitore mentre la Afl ottenne la maggioranza nel 38,9% dei casi (16). In questo periodo, nonostante le proteste della Afl, il Congresso non intervenne anche perché nel complesso la crescita del potere sindacale di quegli anni aveva beneficiato notevolmente entrambi le confederazioni (17).

È anche interessante ricordare che in questo primo periodo un numero consistente di lavoratori fu organizzato non attraverso elezioni, ma con scioperi che portarono al riconoscimento. Nella fase iniziale quindi il riconoscimento avvenne soprattutto attraverso la mobilitazione, mentre solo a partire dal 1942 il meccanismo elettorale divenne quello prevalente.

Nel Nlrb, però, l'importanza della definizione dell'unità contrattuale era ben chiara, e tra i tre membri che allora costituivano il *Board* c'erano notevoli divergenze su questo punto (18). È utile riesaminare brevemente la natura della controversia (19). Sostanzialmente nel *Board* c'era chi sosteneva il diritto dei lavoratori di mestiere di stabilire unità contrattuali specifiche, e chi invece sosteneva l'importanza di fissare strutture contrattuali di ampie dimensioni, per non indebolire il potere contrattuale dei lavoratori.

La posizione più interessante era però quella di William M. Leiserson, e ciò non stupisce, essendo quest'ultimo un personaggio di grande peso nella storia delle relazioni industriali americane e tra quelli che con più lucidità perseguiva un progetto di relazioni industriali. Per Leiserson il *Board* non doveva avere nessun ruolo nello stabilire l'unità contrattuale, ma semplicemente confermare quella che era emersa dall'accordo delle parti, e che proprio per questo dava una garanzia di funzionalità. Secondo Leiserson per il *Board*: «pretendere di affermare che una unità [contrattuale] è superiore a un'altra è, in

(16) Benjamin J. Taylor e Fred Witney, *Labor Relations Law*, II edizione, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1975, p. 289.

(17) Anzi la Afl aveva avuto una crescita di iscritti proporzionalmente maggiore. Le elezioni infatti avvenivano solo in una parte delle unità contrattuali, che all'epoca venivano più spesso riconosciute dall'imprenditore senza elezione.

(18) Successivamente il numero dei componenti del *Board* fu portato a cinque.

(19) Per una analisi dettagliata di tutto il contrasto nel periodo 1939/40 cfr. C. Tomlins, *The State and The Union: Labor Relations, Law, and the Organized Labor Movement in America, 1880-1960*, Cambridge University Press, 1985 pp. 213-242.

effetti, determinare la struttura e la forma del sindacato nel paese. [...] nessun responsabile sindacalista né dell'Afl né del Cio avrebbe mai voluto che il governo avesse questo potere» (20).

Negli anni immediatamente successivi la posizione di Leiserson prevalse, ma con la sua uscita dal *Board* e con i cambiamenti del dopoguerra la situazione cambiò, e proprio nel senso da lui temuto.

Nel 1947, dopo gli scioperi che avevano turbato l'immediato dopoguerra, nel paese il clima politico diventa sfavorevole al sindacato e nonostante il divieto presidenziale viene approvato il *Management labor relations Act (Taft-Hartley Act)*. Numerosi furono i cambiamenti poco graditi al sindacato stabiliti con questa legislazione; per quello che riguarda l'unità contrattuale notevoli sono le novità. In primo luogo la legislazione sindacale di sostegno non protegge più i *supervisors*; di conseguenza le organizzazioni sindacali dei *supervisors* vengono in pratica abbandonate ai rapporti di forza, e senza protezione legislativa non avranno la forza di organizzarsi e contrattare collettivamente. In secondo luogo viene stabilito che i lavoratori di mestiere e i *professionals* hanno diritto a stabilire unità contrattuali distinte; si decide inoltre che le guardie aziendali non possono far parte di unità contrattuali o di sindacati che organizzano anche altri lavoratori (21).

Il diritto del Nlrb di fissare l'unità contrattuale viene quindi mantenuto, ma si stabiliscono più rigide direttive. Nella legge, che è quella tuttora in vigore, si dice che «nel determinare se una unità [contrattuale] è

(20) In *Leiserson to A. S. Meyer* (18 Jan. 1940), Leiserson Papers, Box 26, citato in Christopher L. Tomlins, *The State and the Unions, op. cit.*, in nota 19, p. 221.

(21) Il testo della legge attualmente in vigore è il seguente:

Il *Board* non deve (1) decidere che ogni unità è appropriata per gli scopi se queste unità includono insieme dipendenti professionisti (*professionals*) e dipendenti che non sono professionisti, a meno che una maggioranza di questi professionisti voti per essere compresa nella detta unità; oppure (2) decidere che una qualsiasi unità di mestiere è inappropriata per gli scopi [contrattuali] sulla base che una unità differente è stata stabilita con una decisione del *Board*, a meno che la maggioranza dei dipendenti nella proposta unità di mestiere non decida contro la rappresentanza separata; oppure (3) decidere che una qualsiasi unità è appropriata per questi scopi [contrattuali] se include, insieme con gli altri dipendenti, qualsiasi individuo occupato come guardia per eseguire contro i dipendenti e altre persone regole per la protezione della proprietà dell'imprenditore o per la protezione della sicurezza di persone che si trovano nella proprietà dell'imprenditore; ma nessuna organizzazione sindacale può essere riconosciuta come la rappresentante dei dipendenti in una unità contrattuale di guardie se questa organizzazione ammette come membri, oppure è affiliata direttamente o indirettamente con un'organizzazione che ammette come membri, dipendenti che non sono guardie [Sezione 9 (b) del *Taft-Hartley Act*].

appropriata [...] il grado in cui i lavoratori dipendenti sono organizzati non è determinante» (22). Come conseguenza la mobilitazione dei lavoratori interessati perde la capacità di determinare il limite dell'unità mentre più peso acquistano gli altri criteri stabiliti dal Nlrb.

Il *Taft-Hartley Act* chiaramente cerca di rafforzare il controllo dell'imprenditore all'interno dell'azienda assicurandogli la fedeltà incondizionata dei *supervisors*, e di tutto il *management* (23). La linea di comando dai *top executives* fino ai *supervisors* viene quindi schierata nel campo della proprietà evitando i possibili conflitti di interesse che l'appartenenza a organizzazioni sindacali avrebbe potuto generare in caso di contrasto tra proprietà e dipendenti.

Inoltre facilitando la formazione di unità separate per i lavoratori di mestiere, per i professionisti e per le maestranze più specializzate, si rende più difficile una azione comune dell'insieme dei dipendenti. La formazione di unità contrattuali separate ha avuto anche l'effetto di impoverire la visione che le singole unità hanno dei processi aziendali globali, e quindi di limitare la capacità strategica delle organizzazioni sindacali.

6. — *Il Nlrb come arbitro della struttura contrattuale* — Il Nlrb, già prima del passaggio del *Taft-Hartley Act* nel 1947, aveva tenuto in considerazione le esigenze del sindacalismo di mestiere, e nel 1937, nel caso *Globe Machine & Stamping Corporation* (3 Nlrb 290, 1937), aveva stabilito che i lavoratori di mestiere (*craft*) possono decidere in una votazione segreta se entrare oppure no nell'unità contrattuale più grande. Per evitare una eccessiva frantumazione contrattuale nel 1944, nel caso *General Electric Corporation* (58 Nlrb 257, 1944) il Nlrb conferma il principio che consente ai lavoratori di mestiere, inclusi in unità più grandi, di distaccarsi, ma afferma che questo può avvenire solo se costituiscono un vero mestiere, se hanno mantenuto caratteristiche distinte anche durante il periodo in cui sono stati inclusi nel gruppo contrattuale allargato e se hanno chiaramente manifestato fin dall'inizio la volontà di essere un gruppo indipendente.

Il *Taft-Hartley Act* aveva quindi trasformato in legge alcuni dei principi elaborati dal *Board* per risolvere il problema della posizione dei lavoratori di mestiere, ma aveva esteso l'applicazione ai *professionals* e aveva

(22) Sezione 9 (c) (5) del *Taft-Hartley Act*.

(23) I *supervisors* sono esclusi esplicitamente dalla legislazione sindacale; successivamente il Nlrb e le Corti decideranno che *a fortiori* anche il *management* è escluso perché viene considerato datore di lavoro ai fini della legislazione.

facilitato il processo di separazione; l'effetto complessivo fu di favorire l'autodeterminazione di gruppi omogenei qualificati e quindi la creazione di unità contrattuali più piccole.

Negli anni successivi non ci saranno altri interventi legislativi a riguardo e quindi il *Board* ha potuto elaborare una sua metodologia nel determinare l'unità contrattuale con l'unico possibile intervento correttivo delle Corti. Queste ultime, tuttavia, hanno riconosciuto che il *Board* ha un ampio potere discrezionale nella decisione delle unità contrattuali e il loro intervento si è limitato ai casi in cui il *Board* non ha motivato sufficientemente le proprie decisioni o ha deviato dai principi seguiti nel passato.

Nel periodo più recente, tuttavia, soprattutto per il settore sanitario ci sono state delle divergenze che, come vedremo in seguito, non sono state ancora risolte. Per analizzare meglio le decisioni del Nlrb divideremo la materia in tre aree principali. Per prima cosa vedremo le decisioni del *Board* quando si stabilisce il riconoscimento del sindacato per la prima volta, poi analizzeremo come il *Board* affronta le possibili modificazioni dell'unità contrattuale, e infine vedremo come il *Board* affronta casi specifici, in particolare quelli relativi ai *supervisors*, ai *professionals* e alle unità che coprono più di un datore di lavoro.

7. — *Il Nlrb e la determinazione dell'unità contrattuale* — I principi fondamentali seguiti dal Nlrb per fissare l'unità contrattuale sono: la comunanza di interessi, la struttura produttiva e decisionale dell'azienda, la volontà dei lavoratori. Esaminiamo meglio il percorso seguito per elaborare questi principi.

a) Comunanza degli interessi.

Nella determinazione dell'unità contrattuale il Nlrb considera soprattutto se i dipendenti chiamati a scegliere il sindacato abbiano una comunanza di interessi tali da giustificare la loro inclusione in un unico gruppo; infatti, una volta scelta una determinata struttura e dopo la vittoria del sindacato, le possibilità di cambiamento sono più difficili e la minoranza in ogni caso deve seguire le decisioni della maggioranza. Per questo motivo il *Board* nel momento iniziale cerca di vedere se l'unità è composta da individui con comuni caratteristiche professionali, simili mansioni e condizioni di lavoro. La contrattazione deve regolare secondo la legislazione «salari, orario e condizioni di lavoro»; è naturale quindi che elementi relativi a questi fattori ricevano

una considerazione predominante. Lo scopo del *Board*, secondo la Suprema Corte, deve essere di: «mettere insieme solo dipendenti che hanno un interesse reciproco sostanziale in salari, orari e altre condizioni di lavoro [...] per assicurare tra i dipendenti la coesione necessaria per una efficace contrattazione collettiva e allo stesso tempo impedire che un gruppo minoritario di dipendenti con funzioni distinte sia sommerso in una unità più grande» (24).

Nel complesso si può dire che indipendentemente dalle trasformazioni causate dalle modificazioni tecnologiche, mentre prima del 1947 il Nlrb preferiva unità più grandi che comprendevano l'insieme delle occupazioni presenti in azienda, dopo l'approvazione del *Taft-Hartley Act*, che giustificava la separazione di gruppi di lavoratori con mansioni specifiche, prevalse la determinazione di unità di minore dimensione (25). A che scopo, infatti, approvare una unità più grande per dover poi intervenire e permettere la separazione di uno o più gruppi? Di converso questa politica significa che anche un piccolo gruppo organizzato, sufficientemente omogeneo e autonomo, può chiedere di formare un'unità contrattuale indipendente. Tuttavia nella propria decisione il Nlrb non deve dare eccessivo peso ai confini del gruppo che si è mobilitato.

(24) *Allied Chem. & Alkali Workers Local 1 v. Pittsburgh Glass Co.*, (404 U.S. 157, 1971, p. 172, citata in J. E. Abodeely, R. C. Hammer e A. L. Sandler, *The Nlrb and the Appropriate Bargaining Unit*, Philadelphia, The Wharton School of Finance and Commerce, 1981, II edizione ampliata, p. 15.

(25) Per un'analisi delle decisioni del Nlrb nei casi di separazione dei lavoratori di mestiere cfr.: L. J. Cohen, *Two Years Under Mallinckrodt: A Review Of The Board's Latest Craft Unit Policies*, in *Labor Law Journal*, 20 (April 1969), pp. 195-215. J. E. Abodeely, *Nlrb Craft Severance Policies: Prominence of The Bargaining History Factor after Mallinckrodt*, in *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, Vol. 11 (1969-70), pp. 411-433. J. E. Abodeely, R. C. Hammer e A. L. Sandler, *The Nlrb and the Appropriate Bargaining Unit*, Philadelphia, The Wharton School of Finance and Commerce, 1981, II edizione ampliata, pp. 87-111. Miller, G. M. e M. R. Robbins, *Accretions and Craft Severance*, in P. G. Nash e G. P. Blake (eds.), *Appropriate Units for Collective Bargaining*, New York, Practising Law Institute, 1979, pp. 87-104. J. Hoover, *The Impact of Law on Relative Bargaining Power*, in *Employee Relations Law Journal*, 10, (1) (Summer 1984), pp. 78-94. A. L. Gitlow, *Technology and Nlrb Decisions in Bargaining Unit in Jurisdictional Disputes Cases*, in *Labor Law Journal*, Vol. 16, (1975), pp. 163-189; R. M. Hall, *The Appropriate Bargaining Unit: Striking a Balance between Stable Labor Relations and Employee Free Choice*, in *Western Reserve Law Review*, 18 (January 1967), pp. 479-539; M. L. Moore, *Productivity Improvements: The Effects of Departmental vs. Occupational Bargaining Unit Structure*, in *Journal of Collective Negotiations in the Public Sector*, 8, (4) 1979.

b) Le caratteristiche dell'organizzazione produttiva.

La comunanza degli interessi tra i lavoratori, anche se ha un peso molto importante, è solo uno dei fattori che il Nlrb deve prendere in considerazione. Un certo peso deve anche essere dato alle caratteristiche organizzative dell'imprenditore, poiché è evidente che queste hanno un ruolo nel determinare la possibile comunanza di interessi tra i lavoratori. A questo riguardo il Nlrb considera soprattutto l'integrazione del processo produttivo e la struttura organizzativa dell'impresa. Se le unità lavorative delle varie parti in cui è suddivisa l'impresa sono legate in modo diretto, per cui uno sciopero in un settore impedisce il proseguimento del lavoro negli altri, allora l'unità scelta comprenderà l'insieme dei lavoratori. Dal punto di vista della struttura amministrativa, invece, il Nlrb considera solo gli aspetti relativi all'area delle relazioni industriali e della politica del personale. Ad esempio una azienda con dieci unità produttive in diverse località può avere una direzione centralizzata in tutte le aree ma può dare notevole autonomia ai *managers* nelle singole unità per quanto riguarda le politiche del personale. Il *Board* chiaramente argomenta che: «l'integrazione produttiva sta diventando un fattore meno significativo nel determinare una unità di contrattazione appropriata perché le moderne tecniche nel settore manifatturiero, insieme con la maggiore facilità e velocità dei trasporti, rendono possibile per stabilimenti situati in differenti Stati di avere un alto grado di integrazione nel prodotto eppure mantenere una separata identità per gli scopi contrattuali» (26).

Dal punto di vista imprenditoriale, che negli Stati Uniti è quasi sempre contrario alla presenza del sindacato, il raggiungimento di questo obiettivo, cioè impedire l'organizzazione dei dipendenti, può comportare la decisione di centralizzare le politiche del personale in modo da prefigurare un'unità contrattuale ampia se questo impedisce al sindacato di ottenere la maggioranza. Viceversa una struttura decentralizzata consentirebbe di evitare che tutti i dipendenti siano coperti dal contratto nel caso in cui, ad esempio, la maggioranza pro-sindacato sia limitata solo a una parte delle unità produttive, ma in queste fossero abbastanza occupati da determinare il risultato finale.

(26) Black & Decker Mfg. Co., 147 Nlrb 825 (1964), citata in J. E. Abodeely, R. C. Hammer e A. L. Sandler, *The Nlrb and the Appropriate Bargaining Unit*, Philadelphia, The Wharton School of Finance and Commerce, 1981, II edizione ampliata, p. 20.

Per il sindacato l'unità migliore nell'immediato è quella più ampia, in cui riesca a ottenere la maggioranza. Questo significa anche favorire la costituzione di unità minuscole, ma che ovviamente sono meglio di nulla. Ad esempio i *teamsters* (camionisti) si sono molto avvantaggiati del fatto che i camionisti in un'impresa venivano riconosciuti come un gruppo sufficientemente autonomo e quindi riuscivano a organizzarli anche se il resto dei dipendenti restava contraria al sindacato. Il Nlrb però non può applicare questa logica fino in fondo perché appunto la legislazione del 1947 esplicitamente dice che nella determinazione dell'unità contrattuale l'area di mobilitazione dei lavoratori non deve essere determinante.

Nel settore commerciale, dove la dispersione territoriale è la regola, ma lo stesso vale per le filiali di banche o assicurazioni, il Nlrb ha stabilito che la singola unità è presuntivamente corretta (*single unit presumption*), anche perché nel passato il dare un peso preponderante alla struttura amministrativa centralizzata significava impedire a molti lavoratori, occupati in unità dove la maggioranza era pro-sindacato, di godere dei vantaggi dell'azione collettiva. La *single-unit presumption* stabilita nel caso *Sav-on Drugs, Inc.* (138 Nlrb 1032, 1962), determinò per lunghi anni la politica del Nlrb anche se la minoranza nel *Board* aveva fatto presente che così facendo si dava peso decisivo al livello di organizzazione del sindacato. Nel 1968 tuttavia la Corte Suprema interveniva e in un caso simile a quello stabilito in *Sav-on Drugs* (27) non riconosceva valida la decisione del *Board*. Successivamente il *Board* qualifica la *single unit presumption* e le unità decentralizzate verranno autorizzate quando altri elementi concorreranno a formare un'unità con maggiore autonomia. Ad esempio non c'è interscambio di lavoratori tra le diverse località: esiste una significativa distanza fisica; e soprattutto il potere dei *managers* a livello locale deve essere rilevante in materia di assunzione, licenziamento, premi, orari e altri aspetti delle condizioni di lavoro. Negli anni successivi il Nlrb ha ritenuto inappropriata la *single unit presumption* nel caso dei servizi collettivi pubblici (28).

(27) *Nlrb v. Purity Food Stores, Inc.*, 389 U.S. 959 (1968).

(28) Per un'analisi della determinazione dell'unità nel settore commerciale cfr. S. R. MacDonald, *Appropriate Bargaining Unit Determination in the Retail Service Industry*, in *Boston College Industrial and Labor Relations Review*, 14 (Dec. 1972), pp. 94-110. T. Schnitzler e R. J. Giovannetti, *Retail Stores*, in P. G. Nash e G. P. Blake (a cura di), *Appropriate Units for Collective Bargaining*, pp. 119-145. New York; Practising Law Institute, 1979.

Un caso particolarmente interessante è quello rappresentato dalla lega di *football*; in questo caso il Nlrb ha approvato la richiesta di un'unità contrattuale nazionale, così come era stato richiesto dall'associazione dei giocatori, anche se avrebbe potuto stabilire unità limitate a singoli *club*; la volontà dei giocatori e il ruolo della lega nazionale hanno portato alla formazione di un'unità nazionale.

È rimasta tuttavia per lungo tempo una differenza di impostazione tra Nlrb e magistratura; mentre questa ultima dava maggior peso alla struttura amministrativa dell'imprenditore, e quindi favoriva unità più grandi, il Nlrb, forse in base al suo stesso ruolo di garante della utilizzazione della libertà sindacale, tendeva a favorire unità più piccole nelle quali fosse stata raggiunta la mobilitazione necessaria per far condurre le elezioni.

c) Estensione dell'iscrizione al sindacato e il desiderio degli interessati.

Nel periodo successivo al 1935 il Nlrb aveva dato un peso rilevante nel determinare l'unità contrattuale dal fattore organizzazione sindacale: si cercava, cioè, di far coincidere l'unità contrattuale con il gruppo

Ci sono analisi specifiche anche per altri settori. Per i trasporti J. T. Grady, *Collective Bargaining Units in the Transportation Industry*, in *Labor Law Journal*, 29 (Feb. 1978), pp. 118-125. Krislov, *Representation Disputes in the Railroad and Airline Industries*, in *Labor Law Journal*, 19 (Oct. 1956), pp. 98-103. Per il settore costruzioni: V. J. Apruzzese, *The Construction Industry*, in P. G. Nash e G. P. Blake, *Appropriate Units for Collective Bargaining*, *op. cit.*, pp. 109-118. Quest'ultimo volume contiene anche un'analisi del settore alberghiero, di quello assicurativo, delle organizzazioni *non profit* e dello spettacolo. Per un'analisi della determinazione delle unità contrattuali nel settore pubblico vedere: E. D. Roach, *The Collective Bargaining Unit in the Federal Service*, in *Public Personnel Review*, 28 (January 1967), pp. 19-25; H. J. Lahne, *Bargaining Units in the Federal Services*, in *Monthly Labor Review*, 91 (December 1968), pp. 37-39; D. P. Sullivan, *Appropriate Unit Determination in Public Employee Collective Bargaining*, in *Mercer Law Review*, 19 (Summer 1978), pp. 402-417; J. Rehfuss, *The Public Sector Bargaining Unit: Thoughts Raised by the Literature and the Illinois Experience*, in *Journal of Collective Negotiations in the Public Sector*, 7, n. 1 (1978), pp. 45-60; E. Rock, *The Appropriate Unit Question in the Public Service: The Problem of Proliferation*, in *Michigan Law Review*, 67 (March 1969), pp. 1001-1016; R. W. Kopp, J. T. McCann, *The Public Sector*, in P. G. Nash, G. P. Blake (eds.), *Appropriate Units for Collective Bargaining*, New York, Practising Law Institute, 1979, pp. 392-420; Show e Clark, *Determination of Appropriate Bargaining Units in the Public Sector: Legal and Practical Problems*, in *Oregon Law Review*, 51 (1971), p. 152; J. M. Najita, H. S. Tanimato, *Guide to Statutory Provisions in Public Sector Bargaining Unit Determination*, Industrial Relations Center of Hawaii, July 1981.

di lavoratori che si era mobilitato e aveva iniziato i passi necessari per il riconoscimento del sindacato. Tuttavia dopo la nuova legge del 1947 questo fattore non può più essere determinante per l'individuazione dell'unità contrattuale; nel corso degli anni seguenti al 1947 quindi il *Board* ha preso in considerazione questo fattore, ma insieme agli altri, che devono essere ben chiaramente argomentati e avere una validità preponderante, altrimenti in caso di giudizio la magistratura non avrebbe approvato l'operato del Nlrb poiché troppo peso era stato dato al fattore organizzativo.

Il non considerare il fattore organizzativo come determinante implica in pratica che il Nlrb e la magistratura sono in grado di determinare quale sia la struttura più appropriata al posto dei lavoratori che hanno preso l'iniziativa e si sono esposti ai considerevoli rischi connessi con il tentativo di far entrare il sindacato in azienda.

Quando però esistono diverse unità contrattuali che soddisfano i presupposti considerati dal Nlrb allora le preferenze degli interessati vengono prese in considerazione.

Come abbiamo visto la legislazione del 1947 ha obbligato il Nlrb a far esprimere direttamente i lavoratori di mestiere e i professionisti sulla possibilità di essere inclusi in unità contrattuali eterogenee. La volontà degli interessati in materia di unità contrattuale; è anche utilizzata nel caso di lavoratori che sono rimasti fuori da una unità contrattuale più grande ma che di per sé non hanno una omogeneità sufficiente per costituirne una indipendente. Tuttavia nel caso dei «dipendenti residuali» l'orientamento del *Board* è cambiato, e dal 1961, con *D. V. Display Corp.* (134 Nlrb 568, 1961, si è stabilito che è più giusto includere fin dall'inizio i lavoratori nell'unità elettorale più grande.

Un altro caso in cui la volontà degli interessati ha un peso è quando c'è una espansione aziendale e la nuova unità potrebbe essere una unità indipendente oppure potrebbe essere inclusa nell'unità più grande. La volontà degli interessati ha però un peso solo quando il Nlrb ha stabilito che entrambi le unità sono possibili.

8. — *L'unità contrattuale per categorie specifiche* —

a) *Guardie.*

Come abbiamo visto nel testo della legge si vieta ai sorveglianti e alle guardie di avere un sindacato che rappresenti anche altri lavoratori. In questo modo il legislatore voleva che gli imprenditori nei momenti di forte contrasto potessero contare su elementi che non avessero un lega-

me organizzativo con il resto dei lavoratori. C'è anche da tenere presente che la legge non definisce precisamente questo tipo di lavoratori, ma nel corso della giurisprudenza è stato stabilito che si fa parte di questa categoria non in base al tempo che questa attività assorbe rispetto ad altre. Determinante è avere il compito specifico di difendere la sicurezza delle cose e delle persone nella proprietà aziendale anche se questa attività costituisce solo una parte dell'insieme del lavoro prestato.

Da tenere presente che questa tipologia di dipendenti è tra le più organizzate sindacalmente, in base ai dati della *Current Population Survey* relativi al 2006 (circa il 35%).

b) Supervisor.

Nel periodo tra il 1935 e il 1947 in una prima fase il *Board* ritenne che i *supervisors* avessero il diritto di organizzarsi e contrattare collettivamente, successivamente nel 1943 decisero diversamente, e in seguito cercarono di distinguere tra i settori industriali e quelli di mestiere, poi di nuovo nel 1945 cambiarono parere in *Packard Motor Car Co.* [61 Nlrb 4 (1945)] e la Corte suprema confermò questa decisione con una argomentazione che ancora oggi sembra ragionevole.

Anche coloro che agiscono nell'interesse dell'imprenditore, e compreso in certe materie il ruolo di essere un collegamento tra il *management* e i dipendenti, tuttavia hanno propri interessi come dipendenti. Anche se il caposquadra (*foreman*) è un devoto rappresentante del datore di lavoro nel mantenere le cadenze della produzione, il suo interesse potrebbe essere contrario a quello del datore di lavoro quando si tratta di fissare la propria retribuzione, gli orari, l'anzianità e altre condizioni di lavoro. E non perde il diritto di fare il proprio interesse in queste materie perché fa l'interesse del padrone in altre (*Packard Motor Car Co. v. Nlrb* 330 U.S. 485 (1947)).

La controversia fu eliminata dal *Taft-Hartley Act* del 1947, che in modo esplicito non considerava i *supervisors* come lavoratori dipendenti ai fini della legislazione sindacale. Per questa ragione anche se si formassero sindacati di *supervisors* il Nlrb non potrebbe stabilire l'unità contrattuale e l'imprenditore non avrebbe l'obbligo di contrattare con essi. Tra l'altro poiché la legislazione sindacale non protegge i *supervisors* essi possono essere licenziati dall'imprenditore per attività sindacale.

Il problema allora divenne quello di stabilire chi fossero i *supervisors*; nel *Taft-Hartley Act* il termine *supervisor* indica: «ogni individuo che ha il potere, nell'interesse dell'imprenditore, di assumere, trasferire, so-

spendere, promuovere, licenziare, assegnare, premiare o punire altri dipendenti, o la responsabilità di dirigerli, o di risolvere le vertenze, o di influenzare in modo significativo questa azione, se in connessione con le precedenti; l'esercizio di questa autorità non è semplicemente una *routine* o un'attività amministrativa ma richiede l'uso di decisioni indipendenti» (29).

Nel corso degli anni l'interpretazione delle Corti e del *Board* ha oscillato in senso più o meno restrittivo: uno dei criteri più importanti è l'autorità di prendere decisioni relative ad altri dipendenti (ad esempio il licenziamento) o di farle prendere esclusivamente in base alle proprie valutazioni. Un altro criterio è l'uso dell'autonomia di giudizio (*independent judgement*): in altri termini le decisioni che il *supervisor* prende non devono essere semplicemente l'applicazione di regole aziendali. Anche nella decisione di assegnare ad altri dipendenti compiti da svolgere si cerca di capire fino a che punto questo avviene in base a routine stabilite o è frutto di valutazioni indipendenti.

Il *Board* ha anche individuato indizi secondari per valutare l'appartenenza di un dipendente alla categoria dei *supervisors*: ad esempio la partecipazione a riunioni di *managers*, la retribuzione, il modo in cui i colleghi valutavano il dipendente in questione.

Attualmente è in vigore una interpretazione più restrittiva, ma ci possono essere cambiamenti dovuti alle nuove decisioni delle Corti e ai cambiamenti nel *Board*. In questo come in altri aspetti si può vedere chiaramente come la legislazione sia nata in un periodo in cui i problemi da risolvere erano quelli dell'industria di massa, dove la categoria dei *supervisors* era in numero abbastanza esiguo; nel settore dei servizi le proporzioni cambiano. C'è poi da considerare che nel lavoro in squadra, la funzione di *leadership* nell'organizzazione non coincide con i requisiti formali di autorità strutturata secondo linee gerarchiche.

Molti problemi si sono sviluppati nel corso degli anni in seguito ai cambiamenti tecnologici e con l'applicazione dei criteri a settori non industriali, ma il problema di dare una possibilità di rappresentanza sindacale a queste figure professionali non è stato risolto (30). Nel settore sanitario l'applicazione è molto controversa e poiché si tratta di un set-

(29) Sezione 2 (11) del *Taft-Hartley Act*.

(30) Paula B. Voos, *Expanding Voice for Professional and Managerial Employees*, in *Labor and Employment Relations Association Series Proceedings of the 58th Annual Meeting 2006*, pp. 143-149, <http://www.press.uillinois.edu/journals/lrra/proceedings-2006/voos.html>.

tore dove la sindacalizzazione cresce, soprattutto tra le infermiere specializzate (*nurses*), il tema è di grande attualità e verrà esaminato in dettaglio di seguito.

c) I problemi nel settore sanitario.

Un caso particolarmente complesso è quello relativo al settore della sanità (31). È questo un settore che è cresciuto enormemente negli ultimi anni e che presenta una vasta gamma di specializzazioni e identità professionali.

Sin da quando la legislazione del *National labor relations Act* (Nlra) è stata estesa al settore degli ospedali nel 1974 è sorta una controversia tra le parti (sindacato e imprenditori) e tra la magistratura e il Nlrb (32). La

(31) Per un'analisi della determinazione delle unità contrattuali nel settore della sanità vedere: J. M. Husband, *Determining Appropriate Bargaining Units in Health Care Institutions: The Gap Widens*, in *Labor Law Journal* 32, 12 Dec. 1981, pp. 78-85; G. W. Bohlander e K. C. O'Neil, *Health Care Bargaining Unit Determination: Congressional Intent and National Labor Relations Board Decisions*, in *Labor Studies Journal*, 5, 1, Spring 1980, pp. 25-41; T. M. Bumpass, *Appropriate Bargaining Units in Health Care Institutions: An Analysis of Congressional Intent and its Implementation by the National Labor Relations Board*, in *Boston College Law Review* 20, 5 (July 1979), pp. 59-69; G. Morales, *Unit Appropriateness in Health Care Institutions*, in *Labor Law Journal* 30 Marck 1979, pp. 74-79; H. J. Keaton e D. P. Koeffler, *The Hospital Industry*, in P. G. Nash e G. P. Blake, *Appropriate Units for Collective Bargaining*, New York, Practising Law Institute 1979; J. E. Abodeely, R. C. Hammer e A. L. Sandler, *The Nlrb and the Appropriate Bargaining Unit*, Philadelphia, The Wharton School of Finance and Commerce, 1981, II edizione ampliata, pp. 241-290. P. Feuille, *Determinants of Multi-employer Bargaining in Metropolitan Hospitals*, in *Employee Relations Law Journal* 4, 1, (Summer 1978), pp. 98-115; K. A. Gellens, *Determining Supervisory Status and Bargaining Unit Composition in the Nursing Profession*, in *Labor Law Journal* 33, (June 1982), pp. 352-358; M. L. Colosi, W. A. Krupman (1989), *Bargaining unit status of nurses: what will the future bring?*, in *Labor Law Journal* v. 40 (June 1989), pp. 361-365; J. G. Kilgour (1989), *The health-care bargaining unit controversy: community of interest versus disparity of interest*, in *Labor Law Journal* v. 40 (Feb. 1989), pp. 81-93; M. H. LeRoy, J. L. Schwarz *et al.* (1992), *The law and economics of collective bargaining for hospitals: an empirical public policy analysis of bargaining unit determinations*, in *Yale Journal on Regulation* v. 9 (Winter 1992), pp. 1-71; J. A. Seago, M. Ash, *Registered Nurse Unions and Patient Outcomes*, in *Journal of Nursing Administration*, 32 (3), pp. 143-151, March 2002, Abraham, E. Steven, A. E. Eaton, P. B. Voos, 2006, *Supreme Court Supervisory Status Decisions: The Impact of Union Organizing of Nurses under the Nlra*, in Richard Block, Sheldon Friedman, Michelle Kaminski, e Andy Levin, eds., *Justice on the Job: Perspectives on the Erosion of Collective Bargaining in the United States*, Kalamazoo, MI, Upjohn.

(32) Per una analisi della controversia si veda K. Koziara, J. Schwarz, *The Road to Rulemaking? Unit Determination in the Health Care Industry*, in *Industrial Relations*

legge che estese il Nlra al settore sanitario era accompagnata da un rapporto del Senato che invitava a evitare la frammentazione delle unità contrattuali. Negli anni successivi il Nlrb cercò di tener conto di questo suggerimento, tuttavia poiché la legge non era stata cambiata seguì anche il consolidato principio della comunanza di interessi; questo ultimo criterio però portava a una frammentazione delle unità che non venivano approvate in giudizio perché la magistratura riteneva che il Nlrb non aveva tenuto conto della storia parlamentare della legge e delle raccomandazioni del Senato.

Data la complessità propria della struttura sanitaria e a causa delle continue controversie il Nlrb decise che i principi generali seguiti per gli altri settori non erano sufficienti. Per questa ragione ritenne opportuno per la prima volta di fissare delle regole specifiche (*rulemaking*) invece di seguire il metodo di elaborare principi generali da applicare caso per caso (33). Una versione provvisoria di queste regole apparve nel 1987 e prevedeva sei unità contrattuali per gli ospedali con più di cento letti e quattro negli altri. Le unità per gli ospedali più grandi erano formate da: infermiere specializzate, medici, professionisti, tecnici, addetti alla manutenzione-pulizia-uffici, e guardie. Negli ospedali più piccoli le infermiere specializzate, i medici e i professionisti erano invece in una sola unità. Il sindacato in genere accettò queste regole ma propose che le unità fossero otto (con la divisione dell'unità manutenzione-pulizia-uffici in tre unità separate). Le amministrazioni degli ospedali in-

Research Association, Proceedings of the 42nd Annual Meeting, Atlanta, December 28-30 1989. IRRA: Madison, Wisconsin, 1990; J. T. Delaney, D. Sockell (1988), *Hospital Unit Determination and the Preservation of Employee Free Choice*, in *Labor Law Journal*, vol. 35 (5), pp. 259-272; J. Kilgour (1989), *The Health Care Bargaining Unit Controversy: Community of Interest versus Disparity of Interest*, in *Labor Law Journal*, vol. 40 (2), pp. 81-93; L. S. Miller (1990), *The Nlrb and Rule Making: Determining Bargaining Units in the Health Care Industry*, in *Labor Law Journal*, vol. 41, pp. 711-724.

(33) In base alla legislazione vigente il *Board* ha l'autorità di modificare e annullare nel modo prescritto dalla procedura amministrativa della legge le regole e i regolamenti necessari per applicazione della legge, *Administrative Procedure Act*, Ch. 324, 60 Stat. 237 (1946). Per un esame sul dibattito tra i vantaggi e gli svantaggi dell'*adjudication* rispetto a *rulemaking* cfr. Bernstein, *The Nlrb's Adjudication-Rule making dilemma under the Administrative Procedure Act 79*, in *Yale Law Journal* 571 (1970); B. B. Subrin, *Conserving Energy at the Labor Board: The Case for Making Rules on Collective Bargaining Units*, in *Labor Law Journal* 32 (Feb. 1981), pp. 105-113; Morris, *The Nlrb in the dog house – can an old Board learn new tricks?*, vol. 24, in *San Diego Law Review*, 1987.

vece erano contrarie alla proposta del Nlrb; per loro il settore ospedaliero non doveva essere l'unico con regole fissate *a priori*. La posizione imprenditoriale era che le sei unità proposte andavano contro il suggerimento del Senato di limitare le unità contrattuali. Per loro erano sufficienti solo tre unità: professionisti, non professionisti e guardie; questa soluzione era preferita perché avrebbe dato la flessibilità necessaria alle amministrazioni degli ospedali. Un'altra ragione per cui le amministrazioni preferivano unità più grandi è che queste ultime, come si è visto prima, sono più difficili da organizzare. Il *Board* modificò le regole e nella versione definitiva approvata nel 1989 il suggerimento del sindacato veniva accettato: si stabilirono quindi otto unità senza fare distinzione tra piccoli e grandi ospedali (34). I casi particolari sarebbero stati esaminati individualmente; ogni situazione dove l'applicazione delle regole avesse portato alla formazione di unità con meno di cinque addetti sarebbe stata considerata un caso particolare (35). Le nuove regole dovevano avere effetto a partire dal maggio 1989, ma l'*American Hospital Association* ricorse subito alla magistratura e ottenne nell'aprile del 1989 una ingiunzione che impediva l'applicazione di queste regole (*Aha versus Nlrb*, 718 F. Supp. 704). Nella decisione si confermava che il Nlrb ha il potere di fissare delle regole *a priori*; tuttavia in questo caso le regole comportavano una frammentazione della contrattazione che veniva considerata un fattore negativo. Il Nlrb (insieme all'Afl-Cio) ha fatto ricorso e la *Court of Appeals* (7 *Circuit*) nell'aprile del 1990 ha rovesciato la decisione (899 F. 2d 651 2 Cir. 1990) affermando che le regole erano legittime e che non creavano un'eccessiva frammentazione.

d) Il caso delle nurses come supervisor.

Il Nlrb, che attualmente (2007) ha una maggioranza formata da membri scelti dal presidente Bush e quindi orientata in modo non fa-

(34) Le regole fissate dal Nlrb non si applicano alle case di riposo e agli ospedali psichiatrici.

(35) Note (Kathleen A. Curran), *The Nlrb's Proposed Rules on Health Care Bargaining Units*, vol. 76, in *Virginia Law Review*, 1990, pp. 115-164, (1991), *The policy-making function of the National Labor Relations Board: the change from adjudication to rulemaking for bargaining unit determinations in the health care industry*, in *Creighton Law Review*, vol. 25 (Dec. 1991), pp. 117-152; K. S. Koziara, J. L. Schwarz, *Unit determination standards – the Nlrb tries rulemaking*, in *Employee Relations Law Journal*, vol. 14 (Summer 1988), pp. 75-93.

vorevole al sindacato, ha deciso tre casi molto importanti nella definizione del ruolo di *supervisor* (36). È stato stimato che una definizione allargata del termine *supervisor* coinvolgerebbe circa 1,4 milioni di dipendenti che verrebbero esclusi dai diritti sindacali. Se si applicassero i criteri allargati all'insieme della forza lavoro circa 8 milioni di dipendenti sarebbero interessati, e questo in aggiunta agli 8,6 milioni di dipendenti che il *General account office* stima siano attualmente i *supervisor* a cui non è consentita l'adesione al sindacato. Nel caso delle *nurses* circa il 34 per cento ha qualche ruolo di supervisione (37). Nel caso in esame le *nurses* avevano dei turni durante i quali avevano compiti di supervisione, ma questi turni avvenivano ogni due settimane. In base alla decisione del *Board* su 180 *nurses* occupate nella struttura sanitaria solo 60 potevano essere considerate dipendenti (*employees*), e quindi potevano essere sindacalizzate. Il personale specializzato è particolarmente a rischio di perdere i propri diritti sindacali perché nel lavoro utilizza spesso autonomia di giudizio (*independent judgment*) per dirigere il lavoro di persone che sono nella propria unità lavorativa (38). Questa decisione del Nlrb segue il principio individuato in una decisione della Corte Suprema (*National labor relations Board v. Kentucky River Community Care Inc.*, 532 U.S. 706 nel 2001). In questo caso la Suprema Corte aveva annullato un'elezione vinta dal sindacato perché tra i 110 votanti erano stati inclusi 6 dipendenti che avevano un ruolo che poteva essere considerato di *supervisor*, anche se mancava un potere disciplinare. La Afl-Cio ha iniziato un ricorso presso il Comitato per la libertà di attività sindacale dell'Organizzazione internazionale del lavoro contro il governo degli Stati Uniti perché questa definizione di *supervisor* lede i diritti di libertà sindacale e di organizzazione (39).

(36) *Oakwood Healthcare Inc.*, 348 Nlrb 37, e *Croft Metals, Inc.*, 348 Nlrb 38 *Golden Crest Healthcare Center* 348 Nlrb 39 (2 Ottobre 2006) noti come Kentucky River. I primi due sono nel settore sanitario mentre nel terzo si tratta di un settore manifatturiero.

(37) Ross Eisenbrey e Lawrence Mishel, *Supervisors in name only: Union rights of eight million workers at stake in Labor Board ruling*, in *Issue Brief* 225 del 12 Luglio 2006, Economic Policy Institute, <http://www.epi.org/content.cfm?id=2427>; H. G. Hutchison, *Toward a Robust Conception of «Independent Judgement»: Back to the Future?*, in *University of San Francisco Law Review*, Vol. 36, 2002.

(38) Nikhil Shanbhag, *Responsible Direction and the Supervisory Status of Registered Nurses*, in *Yale Law Journal*, Vol. 112, 2002.

(39) Cfr. www.aflicio.org/joinaunion/voicework/upload/ilo_complaint.pdf.

e) *I managerial employees e i professionisti.*

È ancora più importante, anche per il numero di persone coinvolte, il problema dell'unità contrattuale per i lavoratori dipendenti che fanno parte dell'area del *management* e per i professionisti che sono dipendenti.

Il *management* ai fini della legislazione sindacale è considerato datore di lavoro e quindi non è coperto dalla legislazione che protegge l'attività sindacale (40). Questa esclusione è stata poi estesa a tutti i lavoratori che hanno un ruolo manageriale poiché gli interessi di questo gruppo, secondo la magistratura, si identificano più con il *management* che con gli altri dipendenti. La decisione relativa alla posizione degli impiegati con ruolo manageriale è stata però più controversa e si è risolta solo nel 1974 con una sentenza della Corte Suprema, contraria al parere del Nlrb (41).

L'attribuzione del ruolo manageriale non viene fatta schematicamente, in base al titolo legato alla posizione, ma si esamina se il dipendente partecipa alla formulazione degli obiettivi delle imprese e se ha autonomia nell'esplicare la propria attività. L'esclusione dell'area manageriale dalla contrattazione ha notevoli ripercussioni perché coinvolge un gran numero di dipendenti. Va infatti ricordato che solo il *management* in senso stretto costituisce circa il 4,6 per cento della forza lavoro occupata (42). È quindi un gruppo molto più esteso della dirigenza italiana, circa il 2% degli occupati dipendenti, che in Italia tra l'altro beneficia della contrattazione collettiva. All'imprenditore, negli Stati Uniti, nella gestione e nel controllo dell'impresa viene assicurata la fedeltà incondizionata non solo del *management*, ma anche del folto gruppo dei lavoratori con ruolo manageriale, che in quanto agenti dell'imprenditore sono esclusi dalla legislazione sindacale. L'esclusione dalla contrattazione è estesa anche a dipendenti che hanno accesso a informazioni confidenziali o riservate (ad esempio segretarie). In un primo tempo il Nlrb aveva escluso solo i *confidential employees* che lavorassero con *managers* nell'area delle relazioni industriali, ma la magistratura ha allargato questa definizione che ora

(40) Il termine datore di lavoro (*employer*) ai fini della legge include ogni persona che opera come un agente del datore di lavoro direttamente o indirettamente.

(41) *Bell Aerospace v. Nlrb* (416 U.S. 267, 1974).

(42) Nel 2005 i lavoratori dipendenti classificati come *Management* erano il 4.6 per cento (Bls, maggio 2005, *National Occupational Employment and Wages Estimates*), ma l'area manageriale è molto più vasta e arriva fino ai capisquadra (*supervisors*).

comprende anche i settori che indirettamente hanno influenza sulle politiche del personale (43).

Gli impiegati che non hanno informazioni confidenziali e non sono nell'area manageriale hanno il diritto a contrattare in unità separate, però il *Board* ha fatto la distinzione tra impiegato di amministrazione e quello di stabilimento (*office clerical e plant clerical*). Agli impiegati dell'amministrazione (*office clerical*) viene in genere data un'unità contrattuale separata, mentre gli altri, che sono occupati in stabilimenti e sono a diretto contatto con il processo produttivo (*plant clerical*), vengono in genere compresi nell'unità che rappresenta il resto dei lavoratori. Tuttavia ci sono delle eccezioni, e in alcuni casi la magistratura è intervenuta quando la comunanza di interessi non era tale da consigliare l'inclusione in un unico gruppo (44).

Un'altra categoria di grande importanza è quella dei professionisti. Durante l'applicazione del *Wagner Act* essi erano stati inclusi in unità eterogenee, e questo aveva causato delle controversie; di conseguenza con il *Taft-Hartley Act* si stabilisce che questi lavoratori devono avere unità contrattuali separate che possono includere una o più professioni.

È interessante vedere come sono stati definiti dal legislatore i *professionals*. Nel *Taft-Hartley Act* del 1947 si stabilisce che per *professional employee* si intende:

a) ogni dipendente impegnato in lavoro: I) prevalentemente intellettuale e vario in carattere in contrapposizione a lavoro mentale di *routine*, manuale, meccanico, o fisico; II) che comporta per la sua realizzazione il continuo esercizio di autonomia e decisione; III) di carattere tale che il risultato prodotto o il risultato raggiunto non può essere standardizzato in relazione a un determinato periodo di tempo; IV) che richiede conoscenze di tipo avanzato in un campo scientifico o del sapere che tradizionalmente sono acquisite in un *curriculum* prolungato di istruzione intellettuale specializzato e studio in un istituto di istruzione superiore o in un ospedale, distinto da una istruzione accademica di tipo generale o da un programma di apprendi-

(43) *Nlrb v. Allied Products Corp.*, 548 F.2d 644 (6th Cir. 1977). Per un'analisi del problema cfr. J. Keller, R. L. Brooks, *Nlrb Treatment of Confidential Employees: Renewed Confrontation with Congress and the Courts*, in *Labor Law Journal*, 31 (December 1980), pp. 733-740.

(44) Esiste naturalmente una differenza a seconda delle industrie. Ad esempio nel settore alberghiero il *Board* considera i *clerical employees* come *operating personnel* e quindi li include nella unità più generale.

stato o da un programma di *training* per il compimento di un'attività mentale manuale o fisica di *routine*, oppure:

b) ogni dipendente, che (I) ha compiuto i programmi di istruzione e di studio intellettuale specializzati descritti al punto IV del paragrafo a) e (II) che è impiegato in attività analoghe sotto la supervisione di un professionista per qualificarsi e diventare un professionista come definito nel paragrafo a) (45).

La Corte Suprema in *Leedom v. Kyne* (358 U.S. 184, 1958) ha anche stabilito che una minoranza di non *professionals* può essere inserita nell'unità contrattuale dei *professionals* solo se questi ultimi si sono espressi con una votazione a favore di questa inclusione.

Per i professionisti non si pone il vincolo posto per le guardie, e cioè che il sindacato sia diverso. In altre parole lo stesso sindacato può rappresentare professionisti e non professionisti in due unità contrattuali separate.

f) L'unità contrattuale nel settore universitario: il caso dei professori universitari.

L'identificazione delle unità professionali ha posto notevoli problemi poiché si tratta di un gruppo molto vasto ed eterogeneo in continua espansione. Soprattutto è stato difficile per la magistratura e per il Nlrb distinguere tra *managers* e professionisti perché spesso il confine tra le due categorie non è ben chiaro. La difficoltà della distinzione è esemplificata nel settore universitario, dove ad esempio i professori nelle Università, pur essendo professionisti, hanno capacità decisionali nelle istituzioni in cui operano.

I professori nelle università, quando hanno certi poteri, fanno parte del *management* delle università. Il *Board* aveva invece stabilito che i professori, pur facendo parte di istituzioni che governavano le università, esprimevano in quella sede «giudizi professionali indipendenti» (*independent professional judgement*) e non erano necessariamente alleati con il *management*. La Suprema Corte respingeva però questa argomentazione affermando che ci poteva essere contraddizione tra l'inclusione nella legge sindacale dei professionisti e l'esclusione dei *managers* perché, in effetti, questi ultimi nella loro attività continuano a utilizzare le loro capacità professionali; tuttavia il criterio dell'*independent judgement* non può essere utilizzato per risolvere questa

(45) *Labor Management Relations Act*, sect. 2 (12).

contraddizione. La sentenza ha avuto l'effetto di frenare l'espandersi della contrattazione nel settore accademico (46).

La legge sindacale nel 1935 copriva anche istituzioni educative non a fini di lucro. Nel 1947, con le modifiche del *Taft-Hartley Act*, vennero esclusi solo ospedali *non profit*. Successivamente fino al 1970 anche altre organizzazioni *non profit* vennero escluse anche se non c'erano ragioni in questo senso nella legge e nella sua storia legislativa. Alla base di questa scelta era la valutazione che queste istituzioni non avevano un impatto al di fuori dei singoli Stati e quindi non c'era necessità di intervento Federale. Le università venivano considerate come imprese che non avevano impatto al di fuori dello Stato in cui erano presenti e quindi il *Board* non interveniva in materia. Nel 1970 ci fu un cambiamento anche perché il settore dell'istruzione era enormemente cresciuto. Nel caso *Cornell Univ.* 183 Nlrb 329 (1970) il *Board* intervenne per stabilire una unità contrattuale relativa a personale non accademico, ma in seguito estese la propria giurisdizione anche al settore accademico e le Corti confermarono questo orientamento. Tuttavia le decisioni vennero prese caso per caso e senza stabilire regole generali, come invece avvenne in seguito per il settore sanitario, anche perché nel settore universitario esistevano realtà molto differenziate che rendevano impossibile stabilire regole rigide. Quindi il metodo seguito fu quello della comunanza di interessi, anche se nel campo universitario la situazione si presentava in modi diversi. Molti criticarono l'idea di trasferire un modello nato nell'industria all'istruzione perché la collegialità, la partecipazione all'autorità erano delle caratteristiche determinanti delle università. Queste diversità vennero a poco a poco riconosciute, quando ad esempio ci si rese conto che i professori avevano speciali interessi a difendere le loro discipline; aspetto che non si ritrovava frequentemente nei settori industriali.

I professori a tempo pieno vennero riconosciuti come un gruppo omogeneo dal punto di vista degli interessi; tuttavia si fecero eccezioni per la facoltà di legge, dove esistevano specificità legate alla professione; altre differenze furono fatte per i professori che insegnavano a livello post-laurea. Anche per i professori si poneva poi il problema se bisognasse avere una unità per tutta l'università o separata per le sue sedi. Nel caso

(46) Un'analisi del settore università e *colleges* è contenuta nel volume J. E. Abodecely, R. C. Hammer e A. L. Sandler, *The Nlrb and the Appropriate Bargaining Unit*, *op. cit.*, pp. 291-338. Cfr. anche M. F. Bognanno, *Occupational Inclusion in Faculty Bargaining Units*, in *Industrial Relations*, 14, 3, (1975), pp. 358-363.

dei professori tuttavia la questione di fondo, se dovessero rientrare o meno nella legge, riapparve in più occasioni. La legge escludeva i *supervisors*; il problema era capire se i professori, anche in un contesto diverso, svolgessero funzioni di questa natura. In molte università, infatti, i professori prendono decisioni simili a quelle dei *supervisors*. Un'altra interpretazione vedeva i professori come *managerial employees*; la legge, come abbiamo visto, non escludeva questo gruppo esplicitamente, ma il Nlrb aveva deciso di escluderli con il consenso delle Corti poiché si riteneva che la legge aveva ritenuto superfluo nominarli esplicitamente poiché per questi dipendenti era ovvio che i loro interessi fossero dalla parte del *management* (*Nlrb v. Bell Aerospace Co.* 416 U.S. 267, 1974). Il Nlrb ritenne che i professori non avevano potere manageriale perché esercitano questo potere come gruppo e non a livello individuale, perché le loro decisioni non sono fatte nell'interesse del datore di lavoro e perché le loro decisioni non hanno in genere carattere definitivo. Un altro argomento del *Board* era che considerare *managerial employees* i professori nelle università distorceva i rapporti tra le varie categorie; in altri parole sarebbero rimasti solo dipendenti in funzioni residuali poiché i professori costituiscono il grosso dei dipendenti.

Un notevole cambiamento avvenne nel 1980, quando la Suprema Corte intervenne stabilendo in *Nlrb v. Yeshiva University* (444 U.S. 672, 1980) che in quel caso i professori erano da considerare *managerial employees* e quindi non rientravano nella legislazione di sostegno al sindacato e non avevano il diritto di contrattare collettivamente. Il ragionamento seguito dal Nlrb si basava sul fatto che le decisioni dei professori non erano fatte nell'interesse del datore di lavoro, ma erano di carattere professionale. La decisione ebbe un notevole impatto perché successivamente si dovette tenere conto di questa interpretazione e la contrattazione nel settore accademico subì un arresto. Da sottolineare che la decisione della Corte Suprema interessa solo le università private, perché quelle pubbliche devono fare riferimento alla legislazione dei singoli Stati.

Nel 1980 si cercò di cambiare la legge e una proposta voleva includere una clausola che affermava che nessun membro di facoltà può essere considerato come parte del *management* solo perché partecipa in decisioni relativamente a corsi, *curriculum* personale o altre materie di politica accademica; la legge però non fu approvata. Una conseguenza positiva della decisione nel caso della Corte Suprema fu che le università tendono a modellare il sistema organizzativo in modo ta-

le da rendere i professori più partecipi delle decisioni e quindi evitare la loro sindacalizzazione (47).

Sempre nel settore accademico problemi specifici furono affrontati relativamente a professori che fanno parte di speciali commissioni, ai presidenti dei dipartimenti, ai professori *part-time* o a contratto e per finire agli studenti che svolgono attività lavorativa nelle università. In questo ultimo caso si poteva pensare che il ruolo di studente fosse determinante rispetto a quello di dipendente. Tuttavia la contrattazione per queste tipologie di dipendenti è stata consentita.

9. — *Altre categorie escluse* — Ci sono poi altre categorie escluse dalla contrattazione e dalle votazioni per stabilire l'unità contrattuale: ad esempio i parenti dell'imprenditore (moglie e figli); per i fratelli e sorelle vale invece il ruolo che essi svolgono. Anche chi lavora con appalti (*independent contractors*) è escluso dalla definizione di lavoratore dipendente (*employee*) e si sono sviluppati una serie di *test* per stabilire questo ruolo.

I dipendenti stagionali e in formazione, che hanno la probabilità di ritornare a lavorare in azienda, possono far parte dell'unità elettorale. L'imprenditore potrebbe assumere personale che ha un orientamento antisindacale nel periodo che precede l'elezione; tuttavia esistono delle date che vengono fissate e chi è assunto dopo quella data non può votare. Esistono poi regolamenti relativi a chi è sospeso dal lavoro (*lay-off*) e per coloro che hanno rimpiazzato lavoratori in sciopero.

10. — *L'unità contrattuale per più di un imprenditore* — Particolarmente interessanti per l'analisi della struttura della contrattazione sono i casi in cui il *Board* stabilisce unità contrattuali che includono più di un imprenditore (*multiemployer bargaining units*). Purtroppo non ci sono statistiche aggiornate sulla consistenza di questa struttura contrattuale, perché la pubblicazione che dava informazioni sull'argomento è stata soppressa (48). Nel 1996 in un caso deciso dalla Suprema Corte (49) venivano presentati questi dati. Su un totale di 5,3 milioni di

(47) Palmer S. (2006), *A Brief History of Collective Bargaining In Higher Education*, <http://home.comcast.net/~erozycki/HECollectBar.html>.

(48) *Characteristics of Major Collective Bargaining Agreements, Jan. 1980*, Department of Labor, Bollettino 2095, 1981. Nelle statistiche erano inclusi solo imprese con più di 1000 dipendenti.

(49) *Brown v. Pro Football, Inc.*, 518 U.S. 231 (1996).

individui inclusi in unità con più di 1.000 addetti 2,3 milioni, circa il 43%, era in unità contrattuali con più di un imprenditore. Queste ultime sono più frequenti nelle unità contrattuali di maggiore dimensione. L'unità *multiemployer* non è molto diffusa nel settore manifatturiero mentre è più presente nel settore delle costruzioni (circa un milione), che da solo rappresentava il 43% di tutti i lavoratori che hanno un contratto che copre più di un imprenditore. Anche nel settore del commercio al dettaglio c'era una certa diffusione di questa tipologia (circa 315.000 individui). Le unità contrattuali con più di un imprenditore possono essere di vario tipo: quelle prevalenti riguardano un settore industriale (a vari livelli geografici, ad esempio in una contea, in uno Stato o in più Stati) dove più imprenditori contrattano con un sindacato che rappresenta tutti i dipendenti oppure solo un determinato mestiere.

È interessante ricordare che il Congresso nel corso dell'approvazione del *Taft-Hartley Act* aveva cercato di imporre notevoli restrizioni alla formazione di unità multi-imprenditoriali poiché temeva che queste ultime potessero dare luogo a scioperi di vaste dimensioni. Nel testo finale tuttavia queste restrizioni non furono incluse e si lasciò al Nlrb il compito di decidere sulle questioni relative all'unità contrattuale.

Per il Nlrb la contrattazione con il singolo imprenditore resta la regola e occorre dimostrare la necessità di deviare da questo modello. Un motivo valido è l'esistenza di una storia di contrattazione multi-imprenditoriale (la durata minima deve essere di almeno un anno e deve aver prodotto un contratto scritto). Poiché ci deve essere già una storia di contrattazione con più di un imprenditore per avere il riconoscimento del *Board* evidentemente nel periodo in cui questa storia contrattuale si realizza ciò avviene con il consenso delle parti, volontariamente.

Il Nlrb ha anche stabilito che per la creazione di un'unità multi-imprenditoriale non è necessaria l'esistenza di una formale associazione dei datori di lavoro alla quale il singolo abbia delegato l'autorità a contrattare. È sufficiente che il comportamento dell'imprenditore dimostri che esiste una delega (*Joseph McDaniel*, 226 Nlrb 851, 1976). Se invece esiste accordo tra le parti la mancanza di una storia contrattuale non è un impedimento alla decisione favorevole del Nlrb (*Taylor Motors Inc.* 241 Nlrb 113, 1979). Tuttavia quando un imprenditore fa parte di un'unità multi-imprenditoriale deve applicare il contratto che viene stabilito in quella unità.

Le parti che hanno formato un'unità multi-imprenditoriale possono in seguito modificarla o ritirarsi dalla stessa. Le modifiche però possono

essere fatte solo prima dell'inizio delle trattative per il rinnovo del contratto; in caso contrario è richiesta l'approvazione del sindacato e dell'associazione imprenditoriale, che sono parte dell'unità contrattuale multi-imprenditoriale. Poiché il *Board* ritiene importante mantenere una certa stabilità nella struttura contrattuale ha sempre applicato molto rigidamente il rispetto dei vincoli che limitano la modifica delle unità multi-imprenditoriali.

Occorre infine ricordare che fino al 1965 il Nlrb aveva fatto una distinzione tra il diritto del singolo imprenditore a ritirarsi da un'unità multi-imprenditoriale e quello del sindacato. Tenendo presente che la tipologia più comune di unità multi-imprenditoriale riguarda molti imprenditori che contrattano con un sindacato, l'abbandono di un imprenditore non altera la possibilità per gli altri di mantenere in piedi l'unità multi-imprenditoriale, mentre invece nel caso del sindacato si avrebbe la trasformazione di un contratto multi-imprenditoriale in una serie di contratti da concordare con ciascun singolo imprenditore. Nel 1965 però il *Board* ha messo sullo stesso piano il diritto del sindacato e quello dell'imprenditore a ritirarsi dalla unità multi-imprenditoriale (*Evening News Association*, 154 Nlrb 1494, 1965), anche se la decisione del sindacato comporta la distruzione della unità multi-imprenditoriale.

Ci sono poi circostanze particolari in base alle quali è possibile ritirarsi dalla unità multi-imprenditoriale anche durante la contrattazione. Un primo caso riguarda situazioni nelle quali l'imprenditore è sul punto di terminare l'attività economica (ad esempio per fallimento o trasferimento). Un'altra possibilità nasce dalla «disintegrazione» della unità contrattuale. In alcuni casi, infatti, il sindacato aveva firmato una serie di accordi separati con singoli imprenditori lasciando solo una minoranza nella unità originaria. A quel punto anche i rimanenti avevano il diritto di abbandonare l'unità contrattuale (212 Nlrb 918 1974). Tuttavia la perdita anche di un solo elemento importante della unità multi-imprenditoriale non dà agli altri il diritto di fare altrettanto. Nel caso *Birkenworld Inc.* (243 Nlrb 155, 1979) il sindacato aveva fatto un accordo separato con un imprenditore che occupava il 30 per cento dei lavoratori inclusi nella unità multi-imprenditoriale, ma questo non aveva dato agli altri il diritto di uscire dalla unità multi-imprenditoriale. In altri casi il Nlrb non ha concesso a un singolo imprenditore di ritirarsi quando nella sua azienda il sindacato aveva probabilmente perso il consenso della maggioranza dei dipendenti, o quando l'imprenditore era stato sospeso dall'associazione imprenditoriale.

Per quanto riguarda le situazioni di *impasse* c'è stata a lungo una differenza di interpretazione tra le Corti e il Nlrb. In alcuni casi la magistratura aveva ritenuto che l'*impasse* nella contrattazione potesse giustificare una separazione, soprattutto quando durante l'*impasse* il sindacato aveva trovato l'accordo con un singolo imprenditore. Ma le Corti avevano disapprovato il principio seguito dal Nlrb che consentiva al sindacato di firmare, durante l'*impasse*, accordi temporanei con uno o più imprenditori che facevano parte della unità multi-imprenditoriale. Secondo la magistratura il Nlrb consentiva al sindacato di esercitare un'indebita pressione attraverso la firma di questi accordi separati. Come conseguenza gli imprenditori potevano esercitare il diritto di abbandonare l'unità multi-imprenditoriale. Nel corso degli anni il Nlrb elaborò la distinzione tra accordi separati definitivi e temporanei. I primi venivano considerati distruttivi della unità multi-imprenditoriale, mentre i secondi erano consentiti in quanto venivano fatti solo nel periodo di vacanza e con l'intesa che l'accordo raggiunto poi nella unità multi-imprenditoriale sarebbe stato quello applicato. Anzi per il Nlrb l'accordo temporaneo separato era uno strumento utile per superare l'*impasse*. Tuttavia ci sono state numerose divergenze tra Corti e Nlrb sulla definizione dell'*impasse*. In una unità multi-imprenditoriale il sindacato non può colpire con lo sciopero solo una azienda, perché in questo modo il sindacato potrebbe avvantaggiarsi dell'accordo separato per imporlo poi alla intera unità multi-imprenditoriale; lo sciopero deve quindi riguardare l'insieme della unità.

11. — *Modifiche dell'unità contrattuale* — Dopo che l'unità è stata riconosciuta ci possono essere delle trasformazioni dovute a mutate situazioni economiche: decisioni imprenditoriali che trasformano le caratteristiche dell'unità iniziale; in questi casi, in assenza di accordo, le parti chiedono di nuovo l'intervento del Nlrb (50).

Le controversie si formano soprattutto in due situazioni: quando si è formata una nuova classificazione di lavoratori e quando l'impresa è cresciuta inglobando altre attività. Ad esempio il sindacato in un'azienda rappresenta tutti i dipendenti, tranne gli addetti alla manutenzione elet-

(50) Se la controversia nasce all'interno di un rapporto contrattuale che si era formato consensualmente senza una formale elezione condotta dal Nlrb le parti possono richiedere una *Unit Clarification*; se invece si tratta di una unità decisa in precedenza dal *Board* allora le parti richiedono una modifica della certificazione (*Amendment of Certification*); in ogni caso la sostanza del problema rimane la stessa.

trica; nel corso degli anni l'azienda espande il numero e la funzione di questo numero di dipendenti e di conseguenza può nascere un conflitto sul diritto o meno del sindacato a rappresentare questi dipendenti.

In altri casi l'azienda può inglobare nella propria struttura una lavorazione che prima era condotta all'esterno da un'unità indipendente. In questo caso il Nlrb deve decidere se l'operazione è una semplice crescita della precedente unità contrattuale oppure se si tratta di un gruppo con caratteristiche specifiche e con interessi separati. In quest'ultimo caso applicare il contratto esistente sarebbe una forzatura, quindi si ricorre a una nuova elezione mediante la quale i dipendenti decidono se far parte della unità esistente o se vogliono una distinta unità con un sindacato diverso. Altre situazioni che possono richiedere un intervento del Nlrb sono originate da fusioni aziendali e acquisizioni con i relativi problemi dei doveri e diritti del nuovo proprietario. Non si esamineranno qui queste situazioni particolari anche perché nella loro valutazione il Nlrb segue i principi che si sono delineati in precedenza.

12. — *Conclusioni* — Le modalità seguite negli Stati Uniti per la determinazione dell'unità contrattuale si prestano a diverse considerazioni.

In primo luogo la scelta del meccanismo maggioritario ha avuto come conseguenza la creazione di rigide unità contrattuali con precisi criteri di diritto al voto. Questi regolamenti non si possono facilmente modificare in base ai problemi da risolvere nella contrattazione e non favoriscono un riequilibrio dei rapporti di forza tra le parti. Per il sindacato la strada del coordinamento della contrattazione tra le varie unità contrattuali è possibile, ma ricostruire a ritroso un'unità di intenti è molto più complicato (51). Con il coordinamento, quando riesce, si possono raggiungere risultati omogenei, ma con più difficoltà si riesce a mobilitare risorse pubbliche o interventi legislativi a proprio vantaggio.

(51) Il coordinamento della contrattazione nelle varie unità contrattuali è una strada possibile dove la decentralizzazione è la regola. Cfr. F. Traxler F., *Coordinated bargaining: a stocktaking of its preconditions, practices and performance*, in *Industrial Relations Journal*, August 2003 vol. 34 (3), pp. 194-209; Keith Sisson e Paul Marginson, *Co-ordinated Bargaining: A process for our times?*, in *Working Paper 14/2000; Economic and Social Research Council*, <http://www.one-europe.ac.uk/cgi-bin/esrc/world/db.cgi/publications.htm>. Le difficoltà del coordinamento nella realtà degli Stati Uniti sono state ben evidenziate da L. Mishel, *Corporate structure and bargaining power: The coordinated bargaining experience*, in *Labor Studies Journal* 1978, 3 (1), pp. 308-332.

La scelta politica di definire rigidamente l'unità contrattuale in base alla comunanza di interessi è stata fatta in un periodo che vedeva un gran numero di lavoratori in aziende di produzione di massa, privi di diritti di rappresentanza; in quel contesto non si poteva forse prevedere la frammentazione della contrattazione che invece si è determinata. Nel periodo successivo, con l'intervento del *Taft-Hartley Act* del 1947, si decise di dividere ulteriormente la struttura contrattuale, attraverso la separazione delle maestranze specializzate e l'eliminazione della legge di sostegno al sindacato per tutta la struttura gerarchica a partire dai *supervisors*. Anche con queste limitazioni il sindacato era riuscito a mantenere considerevole forza; tuttavia nel corso degli anni le trasformazioni economiche e organizzative hanno mutato il quadro. Alla scelta strategica delle imprese di fare tutto il possibile per non avere contrattazione in azienda le organizzazioni sindacali non sono riuscite a opporre una strategia che favorisse lo sviluppo di momenti di aggregazione più vasti tra i lavoratori dipendenti per ottenere modifiche legislative e politiche pubbliche a favore dei lavoratori dipendenti. Certamente per ottenere leggi si possono utilizzare le tradizionali forme di pressione politica e di *lobbying*; tuttavia su questo terreno altri gruppi sono più forti, e soprattutto il sindacato non utilizza il terreno contrattuale che è la sua naturale arena non solo per difendere gli interessi, ma anche per costituirli. Come giustamente sostenuto da Offe e Wiesenhal (52) il sindacato, in quanto organizzazione, ha un ruolo importante anche nel definire gli interessi dei lavoratori in un lungo processo di elaborazione, partecipazione e alleanza tra i vari gruppi di dipendenti. Partire con degli interessi comuni, già *a priori* determinati dal Nlrb, non facilita la realizzazione di strategie a vasto raggio, e non favorisce l'elaborazione di piani di cambiamento. C'è inoltre da sottolineare che gli interessi comuni presi in considerazione dal Nlrb sono quelli che nascono nella organizzazione e divisione del lavoro decisa nell'impresa e quindi rispecchiano in partenza un altro punto di vista. I confini delle unità contrattuali finiscono per rendere rigide identità e visione dei propri interessi, che invece, in momenti di cambiamento, andrebbero rimessi in discussione. È vero che spesso le identità di mestiere o professionali dei lavoratori preesistevano alla creazione delle unità contrattuali, ma il meccanismo legale le ha

(52) C. Offe, H. Wiesenhal, *Two logics of collective action: theoretical notes on social class and organizational form*, in *Political Power and Social Theory*, Vol. 1, pp. 67-115, Jai Press, 1980.

rafforzate e ingabbiate in modalità che non favoriscono ridefinizioni, alleanze e un adattamento alle trasformazioni del mondo del lavoro (53).

Il sindacato potrebbe avere oggi maggiori vantaggi, non solo in termini di iscritti e di retribuzioni, da unità contrattuali più estese, e non solo in settori oligopolistici, dove è possibile per l'impresa scaricare i maggiori costi del lavoro sul consumatore (54). Per i rapporti di forza in cui si trova, oggi il sindacato è costretto spesso a preferire unità contrattuali più piccole, perché sono le uniche in cui riesce a ottenere la maggioranza. Viceversa, per una strana ironia, gli imprenditori, che negli anni cinquanta premevano per unità più piccole, oggi cercano di configurarne di più ampie poiché in esse difficilmente il sindacato riuscirà a trovare la maggioranza (55).

La frammentazione contrattuale ha però anche i suoi costi dal punto di vista della gestione delle risorse umane delle imprese. In un'azienda sindacalizzata ci possono essere quattro o cinque unità contrattuali diverse, oltre a un gruppo di dipendenti che per legge o per scelta non sono rappresentati sindacalmente. Non è difficile immaginare le conseguenze negative in termini di flessibilità, trasformazione dei profili professionali, ricomposizione di ruoli e mansioni diverse. La stessa rigida divisione tra *management* e non *management* ha perso significato in molte attività, per la crescita di autonomia decisionale richiesta a un numero crescente di dipendenti; realizzare queste trasformazioni non è semplice perché la presenza di unità contrattuali rigide non facilita i cambiamenti. Immettere autonomia decisionale nei dipendenti sindacalizzati può significare trasformare alcune posizioni in senso manageriale e quindi sottrarle alla contrattazione collettiva. Naturale che ci sia l'opposizione del sindacato in tale contesto.

È vero che la chiara delimitazione dell'unità contrattuale, con il conseguente meccanismo elettorale, semplifica il problema di conoscere il livello di rappresentatività del sindacato e determina chiaramente la composizione del tavolo della trattativa: questioni che ad esempio in Italia non si risolvono facilmente; tuttavia la soluzione adottata negli Stati Uniti presenta non pochi problemi sia per l'azione del sindacato che per

(53) M. Piore e S. Safford, *Toward Flexible Industrial relations Institutions*, prepared for SASE Aix-en-Provence, 2003 June 26.

(54) C. Davinson, *Multiunit Bargaining in Oligopolistic Industries*, in *Journal of Labor Economics*, 1988, 6 (3), pp. 397-422.

(55) K. Bronfenbrenner, *The Role of Union Strategies in Nlrb Certification Elections*, in *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 50, n. 2 (Jan., 1997), pp. 195-212.

la gestione del personale nelle aziende sindacalizzate. Non si può quindi non concordare con quegli Autori che vedono l'attuale legislazione, nata negli anni trenta, come un'ingessatura allo sviluppo di relazioni industriali al passo con i tempi (56).

C'è poi da valutare l'eccessivo ruolo che svolge lo Stato (nelle sue varie articolazioni) nella determinazione della struttura contrattuale. Di conseguenza le regole imposte finiscono per influenzare troppo anche i risultati che dovrebbero essere invece il frutto del libero interagire nell'area dell'autonomia negoziale. Secondo Rogers: «La determinazione dell'unità contrattuale è la determinazione di che cosa quelle particolari aziende avranno di fronte; in altre parole è la determinazione del potere nelle relazioni industriali. Perché scegliendo l'ampiezza di una determinata unità si influenzano pesantemente gli interessi che si rappresentano nella contrattazione, la capacità di far applicare gli accordi e di continuare nella contrattazione. In altre parole quasi tutto quello di una certa importanza» (57).

La formazione di unità contrattuali di grandi dimensioni ha inoltre la conseguenza di creare il volume necessario per far entrare la controversia sindacale nel terreno politico e quindi consente al sindacato di utilizzare le possibilità di pressione che si offrono su quel versante (58). Negli Stati Uniti tuttavia la carenza di unità contrattuali di questo tipo rende difficile percorrere questa strada sia in fase contrattuale, sia, più in generale, per l'elaborazione di un quadro legislativo favorevole a un riequilibrio del ruolo della contrattazione collettiva, che nel 2006 raggiunge ormai nel settore privato solo il 7% dei lavoratori dipendenti, mentre i sondaggi indicano che circa un terzo dei dipendenti vorrebbe avere una rappresentanza collettiva dei propri interessi ma non può realizzare questa aspirazione per la legislazione sindacale vigente (59).

Lo scopo del *Wagner Act* era quello di incoraggiare la sindacalizzazione e ora il livello è quello che precedeva la legge varata nel 1935. Il meccanismo elettorale doveva evitare il conflitto, ma in realtà lo ha esacer-

(56) Sheldon Friedman *et al.*, *Restoring the promise of American labor law*. Ithaca, N. Y., ILR Press, 1994.

(57) J. Rogers, *Divide and Conquer: Further «Reflections on the Distinctive Character of American Labor Law»*, in *Wisconsin Law Review*, 1990, 13, 1-147, p. 131.

(58) A. Pizzorno (1977), *Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, n. 2, pp. 165-199.

(59) Richard B. Freeman e Joel Rogers, *What Workers Want*, Ithaca Cornell Univ. Press, 1999.

bato, come dimostra la crescita enorme dell'attività antisindacale nelle fasi che precedono le elezioni sindacali. Purtroppo non risulta possibile modificare la legge perché spesso anche Congressi a maggioranza democratica subiscono le forti pressioni delle aziende. Da ricordare che nel 1976, durante la presidenza Carter, un disegno di legge che voleva solo abbreviare il periodo elettorale in azienda (per ridurre il tempo nel quale il *management* riesce a organizzare le iniziative, anche illegali, che minano i consensi raggiunti dal sindacato) non riuscì a passare. Agli inizi della presidenza Clinton la commissione Dunlop, che aveva tra gli obiettivi anche quello di modificare la legislazione sindacale, non portò risultati anche perché la maggioranza nel Congresso cambiò in favore dei Repubblicani durante il secondo anno della presidenza (60).

Anche nel 2007 una legge che cercava di porre rimedio alle storture presenti nell'attuale situazione non è riuscita a passare. Nella proposta (*Employee free choice Act*) si introduceva il principio che per il riconoscimento del sindacato è sufficiente l'autorizzazione scritta della maggioranza dei dipendenti (senza il bisogno di elezioni). Si prevedeva inoltre un intervento di mediazione e arbitrato obbligatorio, quando dopo l'ingresso del sindacato non si riesca a firmare il primo contratto (nella situazione attuale, molto spesso, anche dopo la votazione che ha riconosciuto il sindacato non si raggiunge il contratto). Si rendevano infine più pesanti le pene per chi viola la legislazione con comportamento antisindacale. La proposta è passata alla Camera con una maggioranza di 241 contro 185 (il rapporto Democratici/Repubblicani è di 233/202), quindi c'era stato un consenso anche di un piccolo gruppo di Repubblicani. Al Senato la legge ha avuto nel giugno 2007 l'approvazione di 51 contro 48 senatori (attualmente i due partiti hanno 49 senatori ciascuno e gli indipendenti hanno due seggi). Ma questa maggioranza non è stata sufficiente a bloccare l'ostruzionismo e a far arrivare la legge in aula per la votazione (per questa procedura è richiesto un voto favorevole di almeno 60 senatori). Tra l'altro il Presidente Bush aveva già annunciato il veto su questo provvedimento. È quindi ancora tutto rimandato al prossimo Congresso e alla prossima presidenza.

(60) Nel 1993, durante la presidenza Clinton, fu istituita una Commissione, presieduta dal Prof. J. T. Dunlop, che aveva lo scopo di esaminare le possibilità di trasformare l'assetto della legislazione sindacale. Le raccomandazioni della Commissione non ebbero però alcun seguito. Per il testo completo del rapporto cfr. <http://www.nathan-newman.org/EDIN/labor/files/archive/dunlop.dunlop.html>.

RECENSIONE

Piergiovanni Alleva (*)

**A. de Oto, *Precetti religiosi e mondo del lavoro.*
Le attività di culto tra norme generali
e contrattazione collettiva,
Roma, Ediesse, 2007**

Nel nuovo scenario multi-culturale, spezzata l'omogeneità religiosa ed etnica del paese, in seguito agli importanti flussi migratori che da alcuni lustri attraversano l'Europa, c'è sempre maggiore bisogno di conoscere a fondo i nuovi problemi e adeguare le regole alle esigenze sociali che man mano vanno affermandosi.

Un importante contributo a questo ineludibile processo di maturazione della ricerca giuridica in senso multi-culturale lo porta il libro di Antonello De Oto, *Precetti religiosi e mondo del lavoro*, che ha avuto la felice intuizione di unire, a una ricca e articolata analisi giuridica dei problemi pratici che si pongono al lavoratore di qualsiasi fede, in fabbrica come in ufficio, nel privato come nel pubblico, una meticolosa indagine della struttura storico-sociologico-giuridica della pratica di culto.

Si tratta di un libro complesso e stimolante, che evoca scenari cui la giurisprudenza deve e dovrà con sempre maggiore frequenza far fronte nei prossimi anni. Interessante, infatti, è la lettura che si ha dei problemi. Un'analisi che prende le mosse da un osservatorio equilibrato e imparziale, che vaglia tutte le questioni poste nel concreto al lavoratore e al suo datore, nell'ottica del supremo principio di laicità, così come enucleato dalla Consulta con sentenza n. 203/1989, senza farsi trascinare dalla tentazione di «appoggiare» letture confessionali dei problemi sul tavolo.

Un lavoro di ricerca che vuole fotografare la casistica, rendendosi conto del come un approccio metodologico che occhieggia al modello di *common law* possa, se (e questo è il caso) appoggiato da una buona analisi storica, teologica e sociologica, fornire anche soluzioni alle domande in campo, su temi attuali e delicatissimi come i riposi settimanali diversi per cristiani, islamici ed ebrei, l'abbigliamento orientato confessionalmente sul posto di lavoro, le mense aziendali (per decenni poco attente alle esigenze rituali alimentari degli extracomunitari), le «ferie etniche», piuttosto che la discriminazione per

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Ancona; Direttore della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*.

motivi di fede nell'ambito lavorativo e (questione di non poca importanza per atei, agnostici e laici) la simbologia confessionale nei pubblici uffici, che in definitiva pone la questione, mai abbastanza affrontata, della neutralità e dell'a-confessionalità della pubblica amministrazione.

Temi che hanno attraversato (perfino a livello mediatico) il dibattito culturale degli ultimi anni e temi che informeranno di loro, non solo lo scontro etico o il dibattito teologico presenti nel paese, ma l'attività dei tribunali nostrani, costretti a confrontarsi con veli e turbanti, con icone religiose e lavoratori che in ufficio e in fabbrica faranno valere le loro specificità e che sempre più vorranno inserire nelle piattaforme di contrattazione richieste che migliorino le loro condizioni di lavoro, anche sotto il profilo identitario-confessionale (gli accordi sottoscritti dalla Titan in Emilia-Romagna e dalla Zanussi nel triveneto ne sono concreta conferma). Nuovi cittadini che chiederanno alla Repubblica leggi che vadano incontro a politiche di *melting pot*, non solo vagheggiate ma finalmente attuate, e sicuramente non a costo zero, come si pensa di fare nei recentissimi progetti di legge Spini-Boato sulla libertà religiosa, ma da realizzare investendo risorse e creando strutture che rendano certi i nuovi diritti (la fornitura di servizio mensa ad esempio va ripensata in questo senso e l'Autore propone adeguata soluzione socio-normativa).

Ma è anche giusto chiedersi perché De Oto, per esemplificare lo scontro presente nella nostra società tra regola religiosa e norma civile, scelga proprio i temi del lavoro e li incroci con quelli della religiosità nel suo pratico svolgimento.

Come chiaramente esposto nelle conclusioni del libro: «...perché una comparazione effettiva dei diversi casi fosse possibile, era anche necessario individuare un unico palcoscenico sul quale far svolgere l'azione. La scelta è caduta sul mondo del lavoro, perché oggi larga parte del tempo vita ruota attorno al lavoro e alle condizioni nelle quali esso si svolge. Se in passato l'ambiente lavorativo era certo, perché la maggior parte dei rapporti di lavoro erano a tempo indeterminato, e dunque risultava più agevole individuare i tempi di ogni singola azione, oggi le forme di impiego precario, la crescita esponenziale del lavoro autonomo o para-autonomo, quando non la presenza del tele-lavoro, disegnano casistiche più complesse e articolate che, da un lato, lasciano spazio ai bisogni individuali e, dall'altro, li costringono in un ambiente "senza diritti e senza legge", che consente una tutela normativa in generale e nello specifico della libertà religiosa, in forme che potremmo definire residuali e comunque con procedure nuove e inedite...».

Torna ancora, dunque, il tema della precarietà, che colpisce e trasforma anche l'identità del singolo che spende parte sempre più sostanziosa del proprio tempo-vita all'interno di uffici e fabbriche. Un lavoratore pre-

cario che è anche un cittadino o individuo precario, perché costretto a sopprimere le proprie esigenze più intime in quanto non sicuro nella propria prospettiva lavorativa e sociale.

Un lavoratore, dunque, che si affida, di nuovo, dopo la crisi degli anni settanta e ottanta a una lettura che coinvolga Dio o la sua meditata assenza, e che vede le autorità confessionali cattoliche, islamiche ed ebraiche, così come i ministri di alcuni nuovi culti, riconoscere la rinnovata centralità dell'esperienza lavorativa nel processo-vita di un individuo, elaborando, come dice l'Autore, «...una sorta di "teoria generale" rispetto al complesso intreccio etico-teologico che lega storicamente il lavoro all'uomo».

L'uomo tecnologico e infelicemente globalizzato, utilizza il lavoro come elemento qualificante il profilo personale. E nel profilo personale ritrovano corpo le regole del sacro, più certe di quelle dell'uomo che ormai sempre più frequentemente autorizza lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo, a volte senza la dignità che spetterebbe al singolo prestatore d'opera. Così per sopportare la precarietà del lavorare, che è precarietà dell'essere, ci si appoggia all'ortoprassi religiosa, poco avvezza a rispettare le regole di un mondo veloce (le cinque pause preghiera giornaliera dell'Islam, ad esempio, sembrano testimoniare questo, o si pensi alle molte *mitzvòt* ebraiche da rispettare per il fedele israelita), *regula* spesso medievale nel suo precetto ordinativo o contrastante con i principi di laicità e uguaglianza, pilastri dello Stato repubblicano, ma che almeno ha il pregio di portare all'attenzione dell'individuo-lavoratore il tema delle radici e della sicurezza del passato, se il futuro è divenuto magmatico e insidioso (ovviamente, *a contrariis*, lo stesso discorso vale per la convinta scelta che fa un lavoratore ateo).

Un bel libro, dunque, che copre uno spazio d'indagine non ancora affrontato in maniera così organica e dove si intrecciano competenze e saperi.

Risalta, infatti, come, insieme alla conoscenza della storia delle religioni e del diritto ecclesiastico e canonico, emerga una solida preparazione su temi giuslavoristici, affrontati con originalità e mostrando di intuire (lì dove alcuni, senza successo, vaticinavano altri complessi e inconcludenti percorsi) come un potenziamento dello strumento della contrattazione collettiva per affermare i diritti fondamentali dei lavoratori sia una strada da percorrere, con convinzione, anche per rilanciare nel concreto il ruolo del sindacato e il contenuto e la formula degli artt. 8 e 15 dello Statuto dei lavoratori.

