

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXX - 2019 - N. 3

*Trimestrale
luglio-settembre 2019*

DIRETTA DA

Umberto Carabelli

COLLEGIO DEI CONDIRETTORI

*Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Fausta Guarriello,
Andrea Lassandari, Franco Scarpelli, Lorenzo Zoppoli*

COMITATO DI INDIRIZZO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO

*Mariapaola Aimo, Anna Alaimo, Cristina Alessi, Piergiorgio Allava, Amos Andreoni,
Vittorio Angiolini, Gian Guido Balandi, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro,
Lorenzo Bordogna, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Laura Calafà, Piera Campanella,
Maria Teresa Carinci, Michele Castellano, Pasquale Roberto Chieco, Luigi de Angelis,
Alfonsina De Felice, Gisella De Simone, Antonio Di Stasi, Marco Esposito, Francesco Fabbri,
Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Ginevra Galli, Alessandro Garilli,
Domenico Garofalo, Stefano Giubboni, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Renato Greco,
Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Vito Sandro Leccese, Antonio Lo Faro, Piera Loi,
Massimo Luciani, Luigi Mariucci, Luigi Menghini, Gabriella Nicosia, Roberta Nunin,
Giovanni Orlandini, Massimo Pallini, Paolo Pascucci, Adalberto Perulli, Alberto Piccinini,
Valeria Piccone, Carla Ponterio, Federico Maria Putaturo, Rita Sanlorenzo, Paola Saracini,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Carla Spinelli, Lucia Tria, Patrizia Tullini,
Sergio Vacirca, Lucia Valente, Bruno Veneziani, Antonio Viscomi, Roberto Voza*

COMITATO DI REDAZIONE

*Andrea Allamprese (caporedattore), Filippo Aiello, Stefano Cairolì, Guido Canestri,
Maria Giovanna Greco, Carlo de Marchis, Madia D'Onghia, Michele Faioli,
Lorenzo Fassina, Antonio Federici, Lorenzo Giasanti, Alberto Lepore, Antonio Loffredo,
Marco Lozito, Matteo Maria Mutarelli, Alessandra Raffi, Enrico Raimondi,
Rocco Reina, Michelangelo Salvagni, Enrico Maria Terenzio*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maurizio Minnucci

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



EDIESSE

Il Collegio dei condirettori della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* ha deciso, come scelta editoriale decorrente dal 2016, di non accettare per la pubblicazione contributi che siano stati pubblicati o siano in corso di pubblicazione in altre riviste italiane o in rete, né di consentire la pubblicazione in altre riviste italiane o in rete di contributi già pubblicati nella *Rivista*. Gli autori sono invitati a rispettare questa decisione.

I saggi pubblicati nella «Parte I - Dottrina» non devono superare le 20 pagine nel formato della *Rivista* (pari a 54.000 battute spazi inclusi) e sono sottoposti alla valutazione di *referees* anonimi. Il gruppo dei *referees* è composto dai membri del Comitato di indirizzo scientifico e di refereggio e da altri/e studiosi/e.

I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica alla Segreteria di redazione e devono uniformarsi ai criteri redazionali della *Rivista* (che possono essere richiesti alla stessa Segreteria).

Il testo delle sentenze annotate nella «Parte II - Giurisprudenza» è pubblicato in:
www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

La *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* partecipa alla *International Association of Labour Law Journals* (www.labourlawjournals.com).

Proprietario ed editore
Ediesse s.r.l.
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06 44870325 - Fax 06 44870335
www.ediesseonline.it
E-mail: ediesse@cgil.it
Autorizzazione del Tribunale di Roma
n. 3848/1954

Sito web della rivista
www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06 44870323 - Fax 06 44870335
E-mail: rgl@ediesseonline.it

Progetto grafico e fotocomposizione
EDIESSE

Stampa
O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma
Ufficio abbonamenti
Tel. 06 44870283 - Fax 06 44870335
Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30
E-mail: abbonamenti@ediesseonline.it

Tariffe di abbonamento
Ordinario 130,00 euro; estero 260,00 euro
• L'abbonamento dà diritto all'accesso gratuito al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*.
• Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del docente che segue la loro attività.

Singolo fascicolo: 38,00 euro; arretrati: 76,00 euro

Distribuzione in libreria
MESSAGGERIE LIBRI SPA

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI SETTEMBRE 2019

Egregio Abbonato,
ai sensi del d.lgs. n. 196/2003 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne a essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla nostra attività.
La informiamo inoltre che Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i Suoi dati od opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione del suddetto decreto legislativo.



Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

Sciopero e Diritto

Strike and Law

Vincenzo Bavaro, Giovanni Orlandini

Introduzione

Introduction

367

Vincenzo Bavaro

Sul fondamento ideologico della libertà di sciopero

About ideological foundation of freedom of strike

369

Madia D'Onghia

Il diritto di sciopero nell'interpretazione giurisprudenziale.

Verso un arretramento della logica del conflitto?

The strike in jurisprudence.

Towards a weakening of the logic of conflict?

390

Giovanni Orlandini

Padroni a casa propria: l'illusoria via nazionale alla difesa del conflitto
collettivo nella storia recente del processo d'integrazione europea

Masters in our own house: the false way to the protection of the right

to collective action in the recent history of the European integration process

417

Keith D. Ewing, Nicola Countouris

La limitazione del diritto di sciopero nel diritto internazionale

Containment of the Right to Strike in International Law

450

SAGGI

*Simone Pietro Emiliani*La «realità oggettiva» della subordinazione
nella giurisprudenza della Corte costituzionale*The «objective reality» of subordination
in the Constitutional Court's judgments*

473

*Francesco Perrone*L'«interesse» del lavoratore nel nuovo art. 2103 c.c.:
presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale
sul demansionamento unilaterale e pattizio*The «interest» of the employee in the reformed article 2103
of the Civil Code: conditions and limitations to the judicial
control over unilateral and contractual modification of the job tasks*

493

NOTE E COMMENTI

Paolo Iervolino

La nuova stagione delle attività stagionali

The new season of seasonal activities

517

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO E INTERNAZIONALE

Fausta Guarriello

Il decennio perduto del diritto del lavoro

The lost decade of Labour Law

531

PARTE II
GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

*Oscar Genovesi*Convergenze interpretative in tema di diritti retributivi
del lavoratore nella *mora credendi**(Corte costituzionale, 28.2.2019, n. 29)*

355

Aurora Vimercati

La «vittimizzazione» collegata
alla discriminazione fondata sul sesso
(*Corte di Giustizia*, 20.6.2019, C-404/18, S. Terza) 368

Maria Dolores Ferrara

La nozione di distacco transnazionale
e i vincoli procedurali: la fornitura di lavoratori
(*Corte di Giustizia*, 14.11.2018, C-18/17, S. Terza) 380

Federico Siotto

Lavoro a tempo determinato e fondazioni lirico-sinfoniche.
La prevenzione degli abusi secondo lo «Schiaccianoci»
(*Corte di Giustizia*, 25.10.2018, C-331/17, S. Decima) 392

Stefano Maria Corso

La storia infinita: la sentenza della Corte Edu
sui risvolti ambientali e giuslavoristici della vicenda Ilva
(*Corte europea dei diritti dell'uomo*, 24.1.2019, S. Prima,
ricorsi n. 54414/13 e n. 54264/15) 405

Giovanni Guglielmo Crudeli

Manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento
e (non) discrezionalità del giudice circa la tutela applicabile
(*Cassazione*, 13.3.2019, n. 7167) 410

Gianluca Bonanomi

Il trattamento retributivo del socio lavoratore subordinato di cooperativa
(*Cassazione*, 20.2.2019, n. 4951) 415

Alessandro Scelsi

Sul potere del datore di lavoro di determinare
la sanzione e sul ruolo del giudice
(*Cassazione*, 11.2.2019, n. 3896, ord.) 420

Alessandro Veltri

Sull'estensione della procedura
di licenziamento collettivo ai dirigenti
(*Cassazione*, 25.1.2019, n. 2227) 425

Enrico Raimondi

La codatorialità nei gruppi imprenditoriali

(*Cassazione*, 9.1.2019, n. 267)

430

Dario Calderara

In che termini è esercitabile il diritto di critica
da parte di un lavoratore attivista sindacale?

(*Cassazione*, 10.7.2018, n. 18176)

444

Marco Guerini

Decorrenza della prescrizione e accesso alla giustizia
nella recente giurisprudenza di merito

(*Corte d'Appello Milano*, 30.4.2019)

(*Corte d'Appello Milano*, 19.2.2019)

449

Marta Giaconi

Il passaggio del personale nell'avvicendamento
tra appaltatori: regolamento dei confini
tra clausola sociale e trasferimento d'azienda

(*Corte d'Appello Milano*, 20.2.2019)

(*Tribunale Trento*, 5.2.2019)

462

Diego Del Biondo

È nullo il patto di non concorrenza che prevede
corrispettivo e/o limiti territoriali indeterminabili *ex ante*

(*Corte d'Appello Venezia*, 8.11.2018)

475

Giuseppe Antonio Recchia

Se anche il Ccnl comparativamente più rappresentativo si rivela
inadeguato a garantire la retribuzione sufficiente *ex art. 36 Cost.*

(*Corte d'Appello Milano*, 23.10.2017)

480

Giulia Sforza

Cambio appalto e trasferimento d'azienda
tra discontinuità e continuità d'impresa

(*Tribunale Ravenna*, 28.3.2019)

492

Marianna Russo

Discriminazione per handicap e orario di lavoro

(*Tribunale Ferrara*, 25.3.2019)

497

Antonio Federici

Il dipendente, l'indipendente e il semidipendente:
vecchi e nuovi «minotauri» nel mercato del lavoro
(*Tribunale Roma, 16.10.2018*)

510

DIRITTO SINDACALE

Eugenio Erario Boccafurni

Il cd. «dovere di influenza sindacale»
nelle astensioni collettive
(*Cassazione, 28.1.2019, n. 2298*)

517

Barbara Caponetti

Ancora sulla legittimazione a costituire Rsa
(*Corte d'Appello Torino, 23.10.2018*)

523

Ornella La Tegola

Le conseguenze del mancato accordo
sulla costituzione del Comitato aziendale europeo
tra teoria ed evoluzione tecnologica
(*Tribunale Lucca, 7.2.2019*)

527

SICUREZZA SOCIALE

Luisa Marchesini

L'estensione del diritto alle prestazioni assistenziali
ai cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti
(*Cassazione, 1.10.2018, n. 23763, S. IV civ., ord.*)

533

Carla d'Aloisio

Ricomposizione della posizione assicurativa attraverso
la totalizzazione. Differenze «apparenti»
fra totalizzazione e cumulo dei periodi assicurativi
(*Cassazione, 27.9.2018, n. 23349*)

538

OSSERVATORI ONLINE

CORTE COSTITUZIONALE

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

Rapporto di lavoro

Periodo gennaio-giugno 2019

Massimo Pallini

86

Sicurezza sociale

Periodo gennaio-luglio 2018

Lorenzo Fassina

100

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

A cura di Ginevra Galli e Stefano Cairolì

Periodo I semestre 2019

Silvia Magnifico, Luisa Monterossi

107

Si avvertono i gentili lettori che l'abbonamento alla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* dà diritto all'accesso gratuito e riservato al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*, pubblicato a partire dal n. 1/2017 esclusivamente online.

PARTE I
DOTTRINA

Vincenzo Bavaro (*), *Giovanni Orlandini* (**)

INTRODUZIONE

1. — La ragione principale per cui la *Rivista giuridica del lavoro* ospita una sezione monografica dedicata allo sciopero è la natura politica e ideologica che esprime la regolazione giuridica dello sciopero. Abbiamo intitolato questa sezione «Sciopero e Diritto» (e non diritto di sciopero) per un motivo preciso, e cioè perché abbiamo voluto definire una traccia di lavoro che ci permettesse di osservare il «fatto» sciopero nella sua conformazione giuridica. L'ipotesi metodologica che abbiamo proposto a noi stessi e agli altri Autori della sezione è consistita nel (ri)tratteggiare il profilo dello sciopero nella contemporaneità attraverso la lente del Diritto.

Ciò che emerge è, innanzitutto, una riproposizione dello «Sciopero» come fatto materiale che acquisisce una specifica forma attraverso le categorie del «Diritto». Intendiamo dire che il diritto non crea lo sciopero ma lo riconosce, lo delimita e lo limita. Solo che evidenziare la natura reale, materiale dello sciopero, cioè la sua configurazione come fatto economico-politico, permette di cogliere con maggiore nitidezza la funzione ideologica assolta dal diritto. Insomma, più si piantano i piedi e la testa nei fatti materiali, più emerge con chiarezza che il diritto è la rappresentazione politico-ideologica di quei fatti.

Allora, proprio lo sciopero diventa il terreno privilegiato per questo tipo di indagine perché il diritto che lo riconosce è il diritto fondamentale più connotato socialmente: il diritto fondamentale più caratterizzante di quella stagione filosofico-politica che usiamo chiamare «costituzionalismo sociale». La forma giuridica dello sciopero esprime l'ordine giuridico politico-sociale. Per questa ragione il primo aspetto che riteniamo di riproporre (e che viene sviluppato nel saggio introduttivo di Vincenzo Bavaro) è la rap-

(*) Vincenzo Bavaro è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(**) Giovanni Orlandini è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Siena.

presentazione ideologica del fondamento del diritto di sciopero. In base al valore che si attribuisce allo sciopero nei rapporti materiali si riconosce una certa natura al diritto di sciopero. Perciò la ricerca sul fondamento ideologico del diritto di sciopero è una ricerca pienamente prescrittiva di un dato ordine giuridico che conforma i rapporti economico-sociali.

La dogmatica giuridica sullo sciopero, pertanto, è la diretta espressione di un'ermeneutica che si manifesta come potente e determinante politica del diritto giurisprudenziale sullo sciopero. Il saggio sull'evoluzione della giurisprudenza italiana di Madia D'Onghia ci avverte di una tendenza restrittiva che sta maturando. Il contesto politico in cui matura questa dogmatica restrittiva (e regressiva) dello sciopero è quello sovranazionale, a partire dall'Unione europea. Il saggio di Giovanni Orlandini sul diritto di sciopero nel quadro istituzionale giuridico europeo ci permette di comprendere appieno il contesto in cui involve la giurisprudenza nazionale, come pure quella europea e internazionale. Anzi, proprio nel diritto internazionale appare con maggiore chiarezza la natura politica della scarsa protezione giuridica di cui gode lo sciopero, come emerge dal saggio di Keith Ewing e Nicola Countouris.

I quattro saggi di cui è composta la sezione monografica su sciopero e diritto possono essere letti davvero come sezioni di un unico lavoro di ricerca nel quale sosteniamo che l'ideologia dominante non preserva buona salute per il diritto di sciopero. Il che, appunto, rispecchia il modello di organizzazione dei rapporti economici nei quali si collocano (ai diversi livelli, nazionale, europeo e internazionale) i rapporti materiali di lavoro. La regressione nella politica del diritto di sciopero si esprime attraverso dogmi che riteniamo tuttavia di poter superare, se non capovolgere. Si tratta di un'operazione politica del diritto che può essere fatta e che, anzi, urge fare al livello di dottrina generale del diritto di sciopero. Per questa ragione abbiamo voluto che nella sezione vi fosse anche il contributo di due giuristi di provenienza anglosassone: non per ricavarne un punto di vista nazionale-comparato, bensì per avere conferma che l'ascesa o il declino del diritto di sciopero è un fenomeno politico generale che riflette una dottrina generale del diritto di sciopero. Il principale contributo che la sezione tematica che qui introduciamo vorrebbe dare alla dottrina generale è la piena consapevolezza dei termini della questione.

Vincenzo Bavaro ()*

SUL FONDAMENTO IDEOLOGICO
DELLA LIBERTÀ DI SCIOPERO

*Unusquisque tantum iuris habet,
quantum potentiae valet*
(Baruch Spinoza, *Tractatus politicus*,
capitolo II, par. VIII)

SOMMARIO: 1. Ideologia e rapporti materiali nel diritto di sciopero. — 2. Il diritto di sciopero e la libertà. — 3. La libertà economica di scioperare. — 4. La libertà sociale di scioperare. — 5. La libertà politica di scioperare (ossia la libertà democratica di sciopero).

1. — *Ideologia e rapporti materiali nel diritto di sciopero* — A Carloforte, un piccolo Comune isolano della Sardegna, l'8 settembre 1907, l'Associazione generale degli operai pose una lapide con la seguente incisione: «Addì 8 settembre 1887, si strinsero nella Lega battellieri i mille lavoratori del mare insorti primi in Sardegna contro iniquo sfruttamento. Il popolo li seguì, affrontando miseria carceri sacrifici immensi, vittoriosamente». Queste poche e intense parole (che conservano alla memoria il primo sciopero generale effettuato in Europa, provocato dall'eccidio di Buggerru, proprio in Sardegna) potrebbero rappresentare un'eccellente introduzione a un saggio sullo sciopero e sulla libertà sindacale, perché in esse vi è una brevissima ma efficace e compendiosa elencazione dei principali elementi costitutivi del fenomeno che usiamo chiamare «autotutela collettiva» oppure «azione collettiva»: insomma «sciopero». In quella lapide si parla d'insurrezione, di lotta allo sfruttamento, di lavoratori e di popolo, di solidarietà e organizzazione (i lavoratori «si strinsero nella Lega battellieri»). Ci sono tutti gli elementi che ci parlano di cos'è stato lo sciopero nello sviluppo storico del movimento operaio e del capitalismo.

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

Innanzitutto, c'è il vincolo di solidarietà e di organizzazione sindacale dei «mille lavoratori insorti». Non è facile stabilire, oggi, se sia stata prima la costituzione della Lega battellieri e poi l'insurrezione dei lavoratori, oppure il contrario. Per certo, stando all'epigrafe, è che quei lavoratori, uno per uno, individualmente, assunsero su di loro il rischio della miseria, del carcere, del sacrificio, per insorgere contro l'iniquo sfruttamento organizzandosi, collettivamente, nella Lega. Non poter dire se ci sia stata prima l'insurrezione o prima l'organizzazione sindacale ha un grande significato perché ci ricorda che l'una non esiste senza l'altra; che la libertà esercitata, praticata da ciascun battelliere, di organizzarsi sindacalmente (anche se non sancita in alcun diritto) si esercita nel momento stesso in cui si sciopera. Libertà individuale, libertà sindacale e libertà di lotta sono un tutt'uno.

Ci fu dunque un'insurrezione. Non si trattò di una mera astensione collettiva dal lavoro, ma d'insurrezione. Non c'è scritto altro in quella lapide; tanto basta a dirci che potrebbe essersi trattato di astensione collettiva dal lavoro e di una rivendicazione sociale di lotta di lavoratori e di popolo contro lo sfruttamento. Nella storia del diritto del lavoro «lo sciopero ottocentesco è un'arma selvaggia che cerca di bloccare traumaticamente l'ingranaggio di una macchina industriale non meno selvaggia nel suo funzionamento sociale» (1). Insomma, quella «insurrezione» è sì sciopero, ma anche qualcosa di più di una mera astensione collettiva dal lavoro: una lotta con la quale si vuol sovvertire l'ordine sociale costituito. Non necessariamente l'ordine statuale, perché, probabilmente, ai battellieri sardi non interessava detronizzare la monarchia sabauda quanto, piuttosto, sovvertire l'ordine sociale ed economico che imponeva loro miseria e sfruttamento.

In ogni caso, lo sciopero nasce storicamente come azione collettiva del lavoro di sovvertimento dell'ordine giuridico costituito: per il codice penale sardo del 1839 lo sciopero è un reato consistente nel «concerto di operai [col quale] impedire o rincarare i lavori»; per il codice penale del Granducato di Toscana del 1853 il reato di sciopero consiste in «operai o giornalieri, che, per estorcere patti diversi dai convenuti, cessano in tre o più dal lavoro...» oppure per «restringere o impedire in qualunque maniera la libertà dell'industria o del commercio». Vero è che il Codice Zanardelli del 1889 puniva «gli autori di coalizione e di sciopero soltanto nel caso di violenza o minaccia», dato che «esorbita[va] dalle competenze della legge l'indagine sui motivi che possono aver indotto a un concerto stabilito nell'intento di produrre un aumento o una diminuzione nei sala-

(1) Passaniti 2008, 369.

ri» (2). Nondimeno, il sindacalista Rinaldo Rigola – nella sua *Storia del movimento operaio italiano* – rimproverò la cultura reazionaria rammentando che «lo sciopero ha le sue leggi, e ben difficilmente si può conciliare col punto di vista di chi concepisce la libertà del lavoro come la protezione accordata dalla legge a chi, per egoismo o per ignoranza, fa opera crumiresca. Incorreranno nelle pene previste dalla legge coloro che, a sciopero dichiarato, organizzeranno la vigilanza alle porte degli stabilimenti per persuadere i dissenzienti a non tradire e a tornarsene indietro? Se si dovesse aspettare a fare lo sciopero il giorno in cui il cento per cento degli operai lo ha deliberato, come vorrebbero gli zelatori della libertà individuale, lo sciopero diventerebbe impossibile» (3). Lo sciopero, dunque, ha una natura insurrezionale. Proprio per questo, fu la magistratura penale di fine Ottocento, politicamente conservatrice, a darne l'interpretazione restrittiva sia riguardo alle modalità del suo esercizio, sia riguardo ai suoi fini; in altre parole, a negare la libertà di insurrezione (4).

Per fortuna, la giurisprudenza probivirale progressivamente costruì un'altra e più moderna concezione giuridica dello sciopero «muovendo dalla *natura dei fatti*» (5). I fatti erano dati da un movimento sindacale sempre più forte e determinato nelle azioni di conflitto. L'azione collettiva è esercitata come atto di libertà dei lavoratori, senza alcun diritto che sancisca quella libertà: insomma, prima la pratica della libertà dei lavoratori di scioperare e dopo il riconoscimento del diritto. Lo sciopero diventerà un diritto costituzionale in quasi tutti gli ordinamenti nazionali, riconosciuto come diritto fondamentale perché è stato praticato come azione libera del movimento sindacale. Gèrard Lyon-Caen, proprio scrivendo di sciopero, riconobbe «quanto sono difficili le conquiste della classe operaia sul piano giuridico e quanto del Diritto del lavoro ogni regola giuridica stenti a imporsi, finendo col trionfare non perché sia giusta – condizione questa insufficiente –, ma perché è sorretta dalla forza di rivendicazione delle masse lavoratrici» (6).

Una volta conquistato come diritto, lo sciopero non vive di per sé in un immutato statuto giuridico e politico. Come scrisse Giorgio Ghezzi in un saggio di fine anni sessanta, «contrattazione collettiva e conflitto industriale variano, non differentemente dall'azione politica in senso stretto, in rap-

(2) Roselli 2005, 20.

(3) Rigola 1946, 153

(4) Cfr. Neppi Modona 1969.

(5) Ghera 1994, 1115.

(6) Lyon-Caen 1952, 57.

porto all'evoluzione globale del contesto sociale di cui sono espressione: la loro "statica" altro non è che un caso particolare della "dinamica" delle forze in gioco» (7). Proprio l'evoluzione storico-dottrinale del diritto di sciopero ci conferma che esso tende a mutare nel tempo perché fenomeno sociale. Mutazione della forma, dei fini e finanche dei soggetti sociali (8); quindi, mutazione nella qualificazione e nella regolazione giuridica fino al punto in cui «tale evoluzione si accompagna a una trasformazione della (e nella) forma di Stato (e a una perenne tensione nella ricerca di coerenza sistemica tra forma di Stato e disciplina giuridica dell'istituto)» (9).

In effetti, non è forse peregrino ritenere – come si tenterà di fare nelle pagine seguenti – che la dogmatica del diritto di sciopero rimandi al modello di organizzazione dei rapporti economici: cioè alla forma di governo della società. Del resto, molti rilevanti passaggi della storia nazionale italiana sono stati accompagnati – o addirittura innescati – da scioperi (10). Ma questa connessione strutturale deriva anche – e più in generale – dal fatto che nella concezione giuridica dello sciopero si riflette la forma di Stato intesa come livello di riconoscimento del lavoro come soggetto politico che partecipa alla deliberazione politica (11) e che struttura i rapporti economici (anche perché forma di Stato e rapporti economici stanno insieme).

Pensiamo alla forma istituzionale dell'Unione europea per avere conferma della correlazione fra dogmatica del diritto di sciopero e forma di Stato. Qui, addirittura, la costituzione di una dottrina giuridica del conflitto collettivo si traduce in una concezione restrittiva creata mediante i dispositivi normativi del bilanciamento e della proporzionalità (12). Una dottrina corrispondente al modello di relazioni industriali tedesco (paese egemone

(7) Ghezzi 1968, 44.

(8) Fin dalla storica sentenza di Cassazione n. 711/1980, il limite costituito dal non arrecare «pregiudizio irreparabile [non alla produzione, ma] alla produttività dell'azienda, cioè la possibilità per l'imprenditore di [continuare a] svolgere la sua iniziativa economica», ha segnato un mutamento nella dottrina giuridica dello sciopero. Tuttavia, possiamo convenire sul fatto che, presa alla lettera, quella formula può dire molto o poco; il suo significato si determina nella comparazione con l'esperienza storico-sociale del conflitto collettivo che era maturata nei rapporti materiali e col superamento della dottrina del danno ingiusto. Rinvio al saggio di D'Onghia in questo volume, I, 390 ss.

(9) Roselli 2005, 8.

(10) Si pensi per tutti allo sciopero generale del 1922 per la difesa della legalità, contro la violenza fascista, oppure allo sciopero generale del marzo 1943 che dette l'avvio all'insurrezione contro il fascismo.

(11) Cfr. Luciani 2009. Rinvio al par. 5.

(12) Vedi Orlandini, in questo volume, I, 417 ss.

nell'Unione europea) nel quale lo sciopero è funzionale al rinnovo del contratto collettivo ed è storicamente presidiato dal correlato dovere di pace sindacale (13). L'esportazione politico-giurisprudenziale negli altri sistemi giuridici sulle relazioni industriali di questa dottrina si è tradotta, fondamentalmente, in restrizioni della libertà di scioperare attuate proprio mediante bilanciamento e proporzionalità dell'azione collettiva.

Questi dispositivi sono utilizzati per corrispondere alla fase contemporanea dei rapporti materiali nei paesi dell'Unione. In questa sede, non intendo riprendere quanto è stato ampiamente scritto a proposito della giurisprudenza della Corte di Giustizia nei casi *Laval* e affini, ma solo richiamare il nucleo duro di quelle riflessioni per rammentare che l'autorità del punto di vista materiale nella dottrina giuridica unieuropea sullo sciopero appare in tutta chiarezza proprio comparando la vecchia dottrina giuridica nazionale e la nuova dottrina giuridica europea. Il «diritto materiale di sciopero» ci permette di cogliere appieno la struttura economico-politica della dogmatica giuridica dello sciopero. In questa prospettiva d'analisi emerge che la dottrina giuridica dello sciopero esprime l'ideologia di un determinato assetto dei rapporti materiali. Per usare le magistrali parole di Hans Kelsen, siccome il diritto è «espressione delle relazioni di produzione, vale a dire espressione della realtà sociale», esso «corrisponde alle condizioni economiche che "esprime"»; in breve, «il diritto è un'espressione esatta [...] della realtà economica» (14); una realtà che non è data *in rerum natura* ma che è giuridicamente costituita, politicamente fondata.

Ho avuto occasione di argomentare in un articolo di recente pubblicazione (15) che fra l'ideologia e i rapporti materiali di lavoro c'è il diritto materiale del lavoro. Per quel che riguarda questa sede, il diritto di sciopero è un diritto che si costituisce come rispecchiamento dell'ideologia con i rapporti materiali. La dogmatica giuridica, quindi, non è un dispositivo neutro che prescinde dal contenuto politico-ideologico; anzi, è l'espressione logico-formale dell'ideologia del diritto. Anche la dogmatica giuridica del diritto di sciopero deriva dall'ermeneutica dei rapporti materiali, cioè a dire dalla legittimità scientifica dell'economia politica del diritto. Il diritto di sciopero, al pari di tutte le libertà e i diritti fondamentali, è espressione di una *posizione* ideologica (per questo è diritto *positivo*) corrispondente a un determinato assetto dei rapporti materiali. Nella raffinata motivazione di questa o quella Corte di rango costituzionale noi possiamo (anzi, dob-

(13) Kahn-Freund 1978, in particolare 417-418.

(14) Kelsen 1981, 14.

(15) Cfr. Bavaro 2019.

biamo) cogliere questa corrispondenza alla luce del dispositivo, affinché si possa avere esatta comprensione di quel diritto fondamentale. Nella sua *Storia dei diritti umani* Gerhard Oestreich scrive che «solo l'indagine sottile sull'origine e lo sviluppo, ideali e reali, di ciascun diritto può permetterci di comprendere appieno la natura e le trasformazioni» dato che «compito dei diritto fondamentali è “convertire le tendenze sociali in forme giuridiche”» (16).

Torniamo allora alla lapide sull'insurrezione dei battellieri sardi. Organizzazione, sindacato, lavoratori, popolo, insurrezione, sfruttamento, miseria, carcere: se scioperi vi furono, essi ci rimandano all'esercizio di libertà di quei battellieri e ai rapporti materiali di potere dati e da dare. Lo sciopero esprime la più acuta espressione della libertà dei lavoratori di opporsi ai rapporti sociali costituiti. Dobbiamo chiederci a che modello di libertà e di rapporti materiali rimanda il diritto costituzionale di sciopero.

2. — *Il diritto di sciopero e la libertà* — «Quello che ieri era un *potere di fatto* è oggi diventato un *diritto* soggettivo, e anzi addirittura un *diritto di libertà*» (17). Questa frase scritta da Gino Giugni nel 1950 sintetizza meglio di ogni altra quanto si possa dire a proposito dello sciopero negli ordinamenti giuridici contemporanei (18). La libertà dei lavoratori di scioperare, esercitata come potere di fatto, assurge al rango di diritto; e quando il diritto attribuisce un potere a un soggetto, esso presuppone necessariamente la volontà del titolare del diritto di esercitare quel potere; insomma, il diritto che attribuisce un potere è un diritto che attribuisce una libertà di esercizio di quel potere. Per questa ragione il diritto di sciopero è un diritto potestativo di libertà: un diritto di libertà positiva.

Sulla qualificazione del diritto di sciopero come libertà, quasi tutta la dottrina italiana, nelle pieghe della qualificazione giuridica dello sciopero economico, politico-economico e politico «puro», ha accolto la distinzione fra «sciopero-diritto», attribuibile ai primi due tipi, e «sciopero-libertà», attribuibile al terzo, facendone derivare conseguenze sul piano della copertura costituzionale (19). In estrema sintesi, la distinzione fra sciopero-diritto e sciopero-libertà deriverebbe dalla finalità dello sciopero, e cioè se il fine

(16) Oestreich 2001, 137-138.

(17) Giugni 1950, 85.

(18) Secondo Cheadle (2015), sono 98 gli Stati in cui il diritto di sciopero è costituzionalizzato.

(19) Mi riferisco alla tesi presente in tutti i manuali di diritto del lavoro secondo cui lo sciopero politico sarebbe una libertà estranea all'art. 40 Cost. Di recente, vd. Valentini 2008; Orlandini 2015.

dello sciopero è collegabile alla relazione contrattuale col datore di lavoro oppure se la relazione contrattuale di lavoro è del tutto estranea al fine dello sciopero (20). In altre parole, la differenza dipende dalla configurazione giuridica dello sciopero come «negozio giuridico» funzionale al contratto fra lavoratore e datore di lavoro.

Per inciso, voglio prevenire una obiezione. Secondo la dottrina maggioritaria, fra la libertà dello sciopero politico puro e il diritto di sciopero economico puro ci sarebbe anche lo sciopero politico-economico, sussunto nella categoria del diritto costituzionale. Questa assimilazione allo sciopero economico puro dipende dal contenuto della rivendicazione che deriverebbe dalla natura economico-patrimoniale dell'interesse degli scioperanti. Questa distinzione, però, è davvero estremamente difficile da delimitare perché sottintende una possibilità di distinguere fra interesse economico e interesse politico. Si tratta di una distinzione del tutto oziosa e inconsistente sul piano teorico e pratico: una legge sull'età di pensionamento è economica o politica? Una legge sulla chiusura delle frontiere agli extracomunitari è di natura economica o politica? Non è questa la sede per stare a discutere *ex professo* di una questione che, però, intuitivamente mi sembra che porti in un vicolo cieco. Piuttosto, sarebbe comprensibile distinguere lo sciopero in cui il datore di lavoro ha effettiva possibilità di rispondere alle rivendicazioni degli scioperanti (direttamente o indirettamente attraverso l'associazione di categoria), nel qual caso lo sciopero è un atto finalizzato a modificare le condizioni contrattuali (perciò negozio giuridico), dallo sciopero in cui la rivendicazione è rivolta ai pubblici poteri. In questo secondo caso, lo sciopero è solo politico (senza distinguerne purezza o economicità del fine).

Nel paragrafo 5 formulerò qualche osservazione conclusiva sulla natura politica dello sciopero; per adesso mi preme muovere una critica alla distinzione fra «diritto» e «libertà».

Dal punto di vista della struttura del diritto non v'è alcuna ragione di negare che il diritto di sciopero implica una libertà proprio come per qualsiasi altro diritto di libertà. Non c'è differenza fra il diritto di sciopero e il diritto di associazione (o il diritto alla libertà sindacale) oppure il diritto di riunione, di voto o di manifestazione del pensiero. In tutti questi casi, l'or-

(20) Questa distinzione avrebbe anche la sua tenuta razionale se tenesse separati lo sciopero cd. contrattuale, da una parte, e lo sciopero politico «puro» e «politico-economico», dall'altra parte, in considerazione del ruolo che il datore di lavoro ricopre rispetto alle richieste avanzate dagli scioperanti; invece così non è, visto che lo sciopero politico-economico viene invece qualificato come diritto *ex art.* 40 Cost.

dinamento giuridico attribuisce al titolare del diritto il potere giuridico di agire in base alla propria volontà. Si esercita il diritto di manifestare il pensiero, di votare, di riunirsi, di associarsi, di fare sindacato, di scioperare, se il titolare del diritto decide di agire senza subire alcuna conseguenza negativa per il fatto di esercitare tale azione (salvo che la finalità sia contraria alla legge) (21). Il diritto di sciopero, per struttura e funzione, è un diritto di libertà perché consiste in un diritto di azione lecita (22); azione che presuppone un atto di volontà del titolare, cioè una libertà di scelta.

La libertà non implica solo la protezione del titolare dall'interferenza di soggetti terzi nel godimento: quest'ultima concezione della libertà è riferibile solo al godimento di diritti reali come forma «negativa» di protezione dell'individualismo proprietario. Invece, lo sciopero garantito dall'ordinamento è un tipico esempio di libertà positiva perché implica l'attribuzione di un potere giuridico di azione. Dunque, la struttura della libertà di sciopero è certamente qualificabile come un diritto potestativo (23) perché la libertà di scioperare implica un potere «di fatto» e «di diritto».

Riguardo al potere «di fatto», con questa espressione mi riferisco alla materiale funzione storico-sociale che lo sciopero assolve come mezzo per esercitare un potere sociale (sul punto, cfr. par. 4). Quanto al potere «di diritto», la libertà di scioperare implica il potere dei lavoratori di interferire con la libertà contrattuale e perciò obbligare il creditore di lavoro a subire la sospensione dell'adempimento contrattuale (senza possibilità di eccepire inadempimento) (24): *qui iure suo utitur, neminem laedit*. La libertà di sciopero,

(21) Questa capziosa distinzione fra diritto e libertà, proprio riferita allo sciopero, diventa paradossale quando prendiamo in esame i sistemi giuridici nei quali lo sciopero non è sancito direttamente ma viene fatto discendere dalla libertà sindacale, oppure quando consideriamo le Convenzioni Oil e la «giurisprudenza» del Comitato sulla libertà di associazione formatasi a quel livello. Cfr. Barreto Ghione, Baylos Grau 2019.

(22) Luciani (2009, paragrafo 2.2) scrive di «*agere licere*».

(23) Vd. già Mengoni (1949, par. 4), che però si riferisce solamente allo sciopero economico. Di recente, è tornato sul punto Orlandini (2016), con una conclusione analoga a quella da me sostenuta in testo.

(24) La tesi di Suppiej (1965, 57), secondo cui questo potere sarebbe una «potestà» e non un vero e proprio «diritto soggettivo potestativo», è giustificata perché il potere giuridico soggettivo sarebbe attribuito al singolo per tutelare un interesse proprio, mentre nel caso dello sciopero esso è attribuito al lavoratore per difendere un interesse collettivo. In questo modo Suppiej restò imbrigliato in una concezione individualista della libertà come diritto potestativo; invece, come scrivo in testo, la natura sociale della libertà di sciopero (cioè la titolarità individuale a esercizio collettivo) non esclude di qualificare come diritto potestativo questa libertà.

quindi, implica la titolarità di un potere giuridico privato di interferire con la libertà dell'impresa e con il potere organizzativo del suo titolare che, a sua volta, si esprime nella libertà di stipulare un contratto di lavoro col quale i lavoratori sono obbligati ad adempiere la prestazione. Il fulcro ideologico della libertà di sciopero sta nell'attribuzione del potere giuridico di interferire (sospingendolo) con l'ordine gerarchico produttivo.

Che valenza ideologica dobbiamo dare a questa supremazia della libertà di azione di sciopero rispetto alla libertà di impresa? Qui si possono prospettare due concezioni ideologiche della libertà: la libertà come negozio giuridico e la libertà come partecipazione al processo economico e sociale. Ecco che il discorso sulla configurazione giuridica dello sciopero mediante il suo fine – cui ho accennato – si fa discorso ideologico, nel senso del contenuto del diritto.

Nel primo senso, lo sciopero è un atto giuridico finalizzato a regolare il rapporto giuridico contrattuale; sicché, anche ammettendo la supremazia della libertà di sciopero sulla libertà di impresa, essa viene garantita solo per regolare la relazione di scambio contrattuale di lavoro. In questo senso, la libertà di sciopero è una libertà «economico-contrattuale», cioè finalizzata solo a questa relazione. Da questa concezione ideologica dello sciopero deriva la dottrina della legittimità costituzionale dello sciopero economico, e quindi le restrizioni conseguenti (25).

Nel secondo senso, la libertà di sciopero è – nella concezione storico-materiale del diritto – un'azione che il Lavoro ha esercitato per partecipare alla vita economica, sociale e politica del paese. Attraverso lo sciopero, le forze di lavoro negoziano con l'impresa migliori condizioni di lavoro, negoziano con lo Stato (o qualsiasi altro potere pubblico) migliori condizioni di lavoro e di vita: anche questo è sciopero nella sua fenomenologia storico-sociale. La funzione dello sciopero, riconosciuta dalla Costituzione repubblicana, è certo contrattuale ed economica, ma anche sociale e politica. Il potere giuridico di sciopero è un mezzo per attuare la libertà di fatto, necessaria per «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese», secondo l'art. 3, comma 2, Cost. (26).

(25) Restrizioni riguardo al fine politico, ma anche riguardo alla funzionalizzazione dello sciopero alla relazione contrattuale. La questione fu magistralmente colta da Tarello (1972, in particolare 47 ss.).

(26) Il pensiero rinvia a Calamandrei 1949. Vd. anche Romagnoli 1979. Sulla libertà positiva intesa come potere di partecipazione e liberazione, cfr. le osservazioni critiche in Baldassarre 1990, in particolare 9.

È proprio da quest'ultimo orizzonte costituzionale che occorre configurare lo sciopero come libertà economica (par. 3), libertà sociale (4) e libertà politica (par. 5).

3. — *La libertà economica di scioperare* — L'esercizio dello sciopero è espressione di una libertà economica in senso proprio (27).

Normalmente si tende a contrapporre lo sciopero (e più in generale le libertà sindacali) alla libertà economica, intesa come la libertà d'iniziativa economica dell'impresa. Non è recente la posizione del problema sulla natura economica dello sciopero e delle libertà sindacali, poiché essa risale alla contesa fra i maestri delle relazioni industriali di Oxford: Alan Fox e Allan Flanders (28). La natura «economica» della libertà sindacale (e quindi della libertà di scioperare) è nella natura del fenomeno sindacale (come avevano già colto Sidney e Beatrice Webb a fine Ottocento) (29). Peraltro, poiché la libertà di scioperare è tutt'uno con la libertà sindacale di contrattare collettivamente, non può esserci libertà di contratto senza libertà economica e – al contrario – non può esserci libertà economica senza libertà di contratto. Se libertà di contrattazione e libertà di sciopero stanno necessariamente insieme, coerentemente alla teoria generale del contratto, secondo cui il contratto costituisce, regola ed estingue un rapporto giuridico patrimoniale, la natura economico-patrimoniale di queste libertà è intrinseca nel fine cui questa libertà tende.

Per altro verso, la natura economica delle libertà sindacali deriva espressamente da fonti legali, nazionali e internazionali, nelle quali si sancisce espressamente che esse sono funzionali alla protezione di interessi sociali ed economici. Nei lavori preparatori alla Convenzione Oit n. 87, si affermò che «uno dei principali obiettivi della garanzia della libertà di associazione è di permettere alle imprese e ai lavoratori di strutturare forme di organizzazione indipendenti dalle pubbliche autorità e capaci di *determinare salari* e altre condizioni di impiego attraverso la libera stipulazione di contratti

(27) Ho sviluppato questo profilo in un articolo in Bavaro, Pietrogiovanni 2018.

(28) Flanders (1968) e Fox (1975) dibatterono sulla natura politica o economica della contrattazione collettiva.

(29) Webb, Webb 1994, in particolare il capitolo intitolato *Le caratteristiche economiche dell'unionismo*, 216 ss. A ciò si aggiunga che in numerose fonti della cd. *Governance economica europea* ci sono continue e pressanti richieste di interventi di natura macroeconomica aventi a oggetto la struttura della contrattazione collettiva nazionale o misure restrittive sul diritto di sciopero. Su quest'aspetto rimando all'articolo di Orlandini in questo volume, I, 417 ss. Vd. anche l'esautivo saggio di Jacobs 2014.

collettivi» (30). In molte decisioni «il Comitato [sulla libertà di associazione] ha sempre riconosciuto il diritto di sciopero dei lavoratori e delle loro organizzazioni come un legittimo mezzo di difesa dei loro *interessi economici e sociali*» (31). Solo che questa funzione è economica in senso ampio, cioè anche in senso politico-economico: tant'è che il Comitato Oil ha affermato che «il diritto di sciopero non è limitato soltanto ai conflitti industriali che possono essere risolti attraverso la stipula di un contratto collettivo; ai lavoratori e alle loro organizzazioni, se necessario, è consentito esprimere in contesti più ampi le loro insoddisfazioni al livello economico e sociale riguardante gli interessi dei loro affiliati» (32).

Tornerò dopo su quest'aspetto con riferimento alla natura politica della libertà di sciopero. Per adesso mi basta confermare che lo sciopero è espressione di un diritto di libertà economica attribuito propriamente ai lavoratori. Sicché, attraverso lo sciopero, essi esercitano la loro libertà economica contrapposta alla libertà economica dell'impresa. Dunque, è un fraintendimento ideologico attribuire solo all'impresa la titolarità del diritto alla libertà economica cui si contrapporrebbe il diritto di sciopero, e che, perciò, sarebbe da collocare su un altro piano; un piano che l'ideologia neoliberale posiziona a un livello superiore rispetto al diritto di sciopero. Così facendo, la libertà neoliberale si configura prima di tutto come libertà «individuale» dell'attore «economico»: libertà ben diversa da quella di sciopero, che, invece, non sarebbe neanche riconducibile alla libertà sindacale e, comunque, qualificata come diritto sociale.

Beninteso: non intendo dire che l'ideologia liberista neghi il riconoscimento della libertà sindacale; anzi, uno dei padri ideologici del liberalismo novecentesco (Frederic von Hayek), in *La società libera*, scrisse che, «in genere, il riconoscimento giuridico dei sindacati [e delle sue libertà, aggiungo io] oggi significa che tutti i metodi da essi considerati indispensabili per i loro scopi devono essere considerati leciti»; quindi pure lo sciopero (33). Ben presto, però, questa tolleranza fu superata in favore di una più radicale critica alla funzione stessa del sindacalismo, come quella che lo stesso Autore fece nel 1979 in *The Political Order of a Free People* (34), descriven-

(30) *Freedom of Association and Industrial Relations*, Report VII, International Labour Conference, 30th Session, Geneva, 1947, 52.

(31) Committee of Freedom of Association. Ilo Digest 2006, n. 520 e 522.

(32) Committee of Freedom of Association. Ilo Digest 2006, n. 531.

(33) Von Hayek 1969, in particolare il Capitolo diciottesimo, 320. Diverso è il discorso che von Hayek fa con riferimento al picchettaggio e agli scioperi di solidarietà che sarebbero da «considerare come inammissibili metodi di coercizione» (311).

(34) Von Hayek 2010, in particolare 463-467.

do la funzione della libertà sindacale come funzione anticoncorrenziale (e perciò antisociale) dei gruppi organizzati, e perciò da ridimensionare (se non proprio superare).

Questo fugace richiamo all'ideologia liberista mi consente di evidenziare due deduzioni sulla libertà di sciopero (e più in generale sulla libertà sindacale) intesa come libertà economica.

Innanzitutto, si conferma che non c'è dimensione sociale differente dalla dimensione economica delle libertà perché i due aggettivi (sociale ed economica) possono essere intesi come una endiadi. Alain Supiot l'ha scritto con chiarezza: «non convince la separazione radicale che si fa tra i diritti economici (suscettibili di essere universali) e i diritti sociali (particolari per natura). Questa distinzione è puramente ideologica: non c'è legame giuridico che non abbia al contempo una dimensione economica e una dimensione sociale» (35). Perciò, dovremmo dire che la libertà di sciopero si contrappone alla libertà d'impresa, non già alla libertà economica (anche perché una libertà non può contrapporsi a se stessa). Al più, se si determina una contrapposizione, essa riguarda i titolari del diritto di libertà di azione a difesa di propri interessi economici, cioè sociali, perché si tratta d'interessi appartenenti a membri della società. La libertà di sciopero, quindi, si rispecchia giuridicamente in un rapporto economico-sociale in cui i lavoratori e le loro organizzazioni hanno la libertà di autotutelare i propri interessi, liberamente determinati.

Questa concezione economica della libertà di sciopero comporta una conseguenza derivante proprio dall'equiparazione fra libertà economica di azione collettiva dei lavoratori e libertà economica (di azione collettiva) delle imprese (36). In effetti, per quanto ho sostenuto fino a ora, dall'equiparazione fra libertà di autotutela collettiva dei lavoratori e libertà di autotutela collettiva delle imprese, nonché dalla derivazione della libertà di sciopero dalla prima, si potrebbe giustamente trarre come conseguenza l'equivalente libertà di serrata (37). In coerenza con questa prospettiva, l'ordinamento giuridico dell'Unione europea ha effettivamente assunto questa equiparazione: mi limito a richiamare l'art. 28 della Carta di Nizza, in cui si sancisce che «i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno [...] il diritto [...] di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo scio-

(35) Supiot 2007, XXIII.

(36) Valga per tutti rileggere Pera 1976.

(37) Questo rischio è ben presente alla dottrina giuridica: ad esempio, Hepple 2015, in particolare 38.

pero». Lo sciopero è espressamente richiamato nella Carta, ma non come nella Costituzione italiana per elevarlo a diritto al contrario della serrata, bensì per includerlo («compreso lo sciopero»), al pari delle azioni collettive dei datori di lavoro (quindi, la serrata) (38).

Quest'ultima norma è una delle più chiare espressioni dell'ideologia liberista che innerva l'ordine giuridico europeo: qui, imprese e lavoratori sono attori, uguali, del mercato del lavoro; essi sono attori concorrenziali ai quali offrire armi pari nella competizione di mercato; anzi, al diritto spetta il compito di rimuovere ogni posizione di rendita che alteri l'equilibrio delle «armi» fra gli attori del mercato. Questo è il modello di economia (ordo)liberista; questa è l'ideologia sociale sottesa a questo modello di regolazione dei rapporti economici di mercato.

4. — *La libertà sociale di scioperare* — C'è, al contrario, un'altra idea di società cui corrisponde un altro significato dell'aggettivo «sociale»: un'idea contenuta in altre Carte dei diritti fondamentali, fra cui la Costituzione italiana, che ci permette di concepire lo sciopero anche come una libertà sociale.

Va detto che pochi termini sono così tanto utilizzati (anche perché effettivamente evocativi) quanto poco precisati nel loro significato come nel caso dell'aggettivo «sociale» (39). In altra occasione (40) ho avuto modo di segnalare che l'aggettivo «sociale», nel diritto del lavoro (ma, direi anche nel diritto costituzionale), ha un duplice contenuto: per un verso allude alla protezione di quei membri della società (ecco perché sociale) che richiedono specifici interventi di aiuto o sostegno in ragione della loro debolezza «sociale»; per altro verso, l'aggettivo indica – con le parole di Georges Gurvitch – i «diritti di partecipazione dei gruppi e degli individui che derivano dalla loro integrazione nelle unioni e garantiscono il carattere democratico di queste ultime» (41).

Di fronte a questa differenza di prospettiva dovremmo allora convenire con Massimo Luciani, il quale preferisce utilizzare l'aggettivo «sociale» per

(38) D'altronde, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nell'art. 153, nell'esonerare alcune materie dalla competenza del diritto dell'Unione fa riferimento esplicito al diritto di sciopero e al diritto di serrata. Colpisce la presunzione *iuris et de iure* dell'equiparazione fra sciopero e serrata, al rango di diritto soggettivo. Rinvio per tutti a Orlandini 2001.

(39) Numerosi sono i lavori su questo tema, perciò mi limito a rinviare per tutti a Baldassarre 1989 e Pino 2016.

(40) Bavaro 2018.

(41) Gurvitch 1949, 100.

indicare quei diritti che sono stati sanciti negli ordinamenti giuridici dei paesi occidentali, per la prima volta, in una determinata fase storico-politico e che – fra le varie definizioni – possiamo qualificare con la formula «costituzionalismo sociale» (42). Eppure i due significati meritano di essere valorizzati nelle loro diverse prospettive per coglierne una comune matrice ideologica che ci fa dire che il diritto di libertà di scioperare costituisce una libertà sociale, in un senso proprio.

Nella prima accezione, si tendono a considerare sociali soltanto i diritti posti a protezione delle categorie sociali più deboli, presupponendo sempre un intervento attivo dello Stato: i cosiddetti diritti sociali a prestazione (43). Se caratterizziamo la «socialità» di un diritto attraverso le modalità di soddisfazione del diritto medesimo, finiamo per trascurare il fatto che quel diritto è attribuito a soggetti «socialmente» connotati per la loro debolezza. La «socialità» di quel diritto sta nella particolarità del titolare, coincidente non con tutti gli individui ma solo con coloro ritenuti meritevoli di maggiore protezione dall'ordinamento giuridico. In tal senso, il diritto sociale non è un diritto «universale» ma un diritto «particolare»: un diritto dei più deboli rispetto ai più forti. Allora, possiamo ben comprendere perché il diritto di sciopero è una libertà assicurata non universalmente a tutti bensì solo a quei soggetti che – nell'ambito dei rapporti di produzione – sono più deboli. A differenza dell'ideologia liberista, la libertà sociale presuppone che tutti gli attori del mercato non sono uguali e che occorre dare più mezzi ai soggetti più deboli.

Per questa ragione la libertà di sciopero è una libertà sociale ben diversa dalla libertà di serrata. La libertà di sciopero è una libertà «diseguale» perché non è una libertà di tutti. È una libertà sociale perché è una libertà socialmente connotata. Il fatto che la Costituzione italiana sancisca espressamente il diritto di esercitare la libertà di scioperare, senza invece sancire la libertà di serrata, risponde a un preciso modello economico-politico in cui l'uguaglianza non è un punto di partenza da tutelare bensì un punto di arrivo da raggiungere. Quindi, la libertà sociale di scioperare non è una libertà di conflitto garantita all'individuo astratto ma è una libertà di conflitto garantita all'individuo concreto: quello più debole nei rapporti economico-produttivi. Se, dunque, «sociale» implica la protezione dei soggetti sociali più deboli, lo sciopero è una libertà sociale perché è attribuita solo ai soggetti considerati socialmente deboli.

(42) Secondo Luciani (2016, 7), «sembra più corretto classificare come “sociale” un certo diritto solo in ragione della sua parabola storica». In questo senso vd. Ferrara 2006.

(43) In tal senso vd. Andreoni 2006.

Eppure, nonostante la natura «protettiva» di un gruppo sociale particolare, insita nella libertà di scioperare, questa è strutturalmente costituita come un diritto di azione: un *agere licere* nei rapporti sociali da parte di un gruppo sociale. Il diritto di libertà di sciopero è un diritto sociale che protegge un gruppo sociale più debole nel mercato, non tanto garantendogli una prestazione da parte dello Stato quanto garantendogli il potere giuridico di azione sociale. Per usare una categoria teorica molto efficace, questa libertà sociale non deriva da un diritto di «redistribuzione», bensì da un diritto di «riconoscimento» di un gruppo sociale affinché eserciti la propria azione di autotutela (44). In tal senso, tale libertà è sociale perché a un gruppo socialmente determinato (il lavoro) è riconosciuta la libertà di agire secondo il modello del diritto sociale «diseguale».

Ecco perché possiamo parlare di libertà sociale nel senso di libertà non meramente individuale ma esercitata nella cooperazione con altri individui. Ciò che una parte della filosofia contemporanea chiama proprio «libertà sociale» (45) è proprio la libertà di azione dell'interesse collettivo: una libertà necessariamente originata in ciascun individuo appartenente al gruppo sociale di riferimento ma che si esercita necessariamente nella cooperazione collettiva. Questa idea di libertà è perciò alternativa alla concezione tutta individuale dell'ideologia liberista; forse è anche questa la ragione per cui lo sciopero (come la libertà sindacale in generale) è normalmente contrapposto alla libertà economica liberista dell'impresa. Per i liberisti – sulla scorta di von Hayek – non esiste la società: esistono gli individui. Per la libertà sociale, gli individui esistono solo nella cooperazione sociale, cioè nella solidarietà (46). La natura «sociale» della libertà di sciopero è, infatti, una natura collettiva, solidale, perciò anticoncorrenziale. Per questa natura, essa esprime l'antitesi più radicale all'ideologia liberista: come scrisse Karl Polany, «la vera critica alla società di mercato non è che essa si basasse sull'economia – in un certo senso qualunque società deve basarsi su di essa – ma che la sua economia era basata sull'interesse individuale» (47).

5. — *La libertà politica di scioperare (ossia la libertà democratica di sciopero)* — Abbiamo detto, fino a ora, che la natura sociale della libertà di sciopero è tale, dunque, perché è collettiva (e non individuale) ed è social-

(44) Richiamo ai miei fini la distinzione fra politica di «distribuzione» e politica di «riconoscimento» per come è discussa da Fraser, Honnet (2007).

(45) Honnet 2015; Honnet 2017, 273 ss.

(46) Supiot 1990.

(47) Polany 1974, 311.

mente connotata (e non astrattamente generale). Ne deriva innanzitutto che la libertà sociale di sciopero implica necessariamente la limitazione della libertà individuale dell'impresa.

Non ci si deve meravigliare del fatto che la garanzia di una libertà comporti una costrizione di un altro soggetto: in fin dei conti, la concezione liberista della libertà negativa implica la costrizione degli altri soggetti per consentire al titolare della libertà di godere del proprio diritto. Un autorevole teorico italiano del liberismo come Bruno Leoni lo scrisse in modo chiaro: «si è “liberi” se si è in grado, in qualche modo, di costringere altri ad astenersi dal costringere noi sotto qualche aspetto. In questo senso, “libertà” e “costrizione” sono inevitabilmente connesse» (48). Il punto è stabilire qual è la libertà da garantire e dove collocare la costrizione. Secondo l'ideologia liberista, la libertà fondamentale è quella dell'economia capitalistica di mercato sicché «un mercato libero è radicato in una situazione in cui chi fa transazioni ha un qualche potere di limitare i nemici del libero mercato stesso».

L'ideologia sociale della libertà di sciopero, invece, capovolge la gerarchia di valore: al contrario di Leoni, noi diciamo che lo sciopero libero è radicato in una situazione in cui chi vuole partecipare alla vita economica, sociale e politica del paese ha il potere di limitare i nemici della libertà di partecipazione democratica. Questa idea di sciopero è quella che auspicava proprio Calamandrei quando – poco prima dell'entrata in vigore della Costituzione – scrisse che «i diritti di libertà debbono dunque sopra tutto concepirsi, in un ordinamento democratico, come la garanzia della partecipazione del singolo alla vita politica della comunità» (49). Non a caso questa concezione della libertà è rispecchiata nell'art. 3, comma 2, Cost. e nella funzione democratica del diritto di sciopero, così come la riconobbe lo stesso Calamandrei (50). In questo senso, la libertà di sciopero è propriamente una libertà di partecipazione collettiva alla vita politica del paese. Grazie a questa concezione della libertà di sciopero (e più in generale della libertà sindacale) l'ordinamento giuridico attribuisce «ruolo istituzionale di carattere socio-politico ricoperto dai sindacati dei lavoratori» e si conforma allo «Stato sociale e democratico di diritto» (51).

Questa libertà di sciopero va ben oltre la relazione contrattuale con l'impresa; essa ci parla dell'interesse sociale-collettivo del lavoro all'interno

(48) Leoni 1994, 56.

(49) Calamandrei 2018, 60.

(50) Calamandrei 1949.

(51) Così troviamo scritto anche in Palomeque Lòpez 2018.

dei rapporti di potere, nell'impresa come nella società (52). Prima ancora che atto negoziale, lo sciopero è un procedimento normativo cui partecipano le forze di lavoro. Non si possono dimenticare le parole di Calamandrei: «una fase del “procedimento” attraverso il quale si esercita la funzione normativa dei sindacati deve essere considerato lo sciopero; se la funzione normativa dei sindacati è accolta nella Costituzione tra le fonti legittime di produzione del diritto, anche lo sciopero, che è uno dei suoi metodi, deve avervi ingresso» (53).

Perciò appare del tutto plasmata dalla concezione liberista dello sciopero la distinzione fra diritto di sciopero economico e libertà di sciopero politico. Ciò si spiega innanzitutto con la considerazione svolta ormai da tempo nella migliore dottrina europea che «ogni sciopero è al tempo stesso politico ed economico: è economico in quanto ha il suo punto di partenza nella miseria dei lavoratori e mira al miglioramento delle loro condizioni; è politico in quanto questa miseria ha la sua fonte in un determinato regime sociale difeso dal Governo *sub specie* di “ordine pubblico”, e che ogni sciopero scuote, sia che esso lo voglia o no» (54). D'altronde, com'è possibile non considerare le politiche europee di austerità, che qualcuno potrebbe qualificare come materia di politica economica, alla stregua di politica pura, contro cui sono stati proclamati numerosi scioperi? (55).

Quand'anche si volesse enfatizzare la differenza – per esempio – fra uno sciopero finalizzato a impedire la chiusura di uno stabilimento e quello finalizzato a opporsi alle politiche della sicurezza antimigratorie, la libertà di sciopero liberista non contempla la funzione politica generale del lavoro; la libertà sociale di sciopero è una libertà di partecipazione politica (56).

(52) Questo è l'interesse collettivo secondo Garofalo (1979, in particolare cap. IV).

(53) Calamandrei 1949, 236.

(54) Lyon-Caen 1952, 65. E su questa linea si sono collocati i migliori giuristi progressisti, fra cui Giugni, Garofalo (1975, 35): «i contenuti rivendicativi oggetto del conflitto [...] sono sempre, inestricabilmente, politici ed economici al tempo stesso»; Hepple 2011, 96: «*the distinction between “trade” disputes and “political” disputes is oddly out of place in the modern world in which challenging job cuts or wage restraint or resisting privatization is often directed at broader government policies*»; e di recente Davidov (2016, 88): «*the collective voice can be concerned with the smallest day-to-day actions, or with the broader view on the future and management of the firm, or even the yet broader sphere of society at large*». Per fortuna, la Corte di Cassazione italiana (sentenza n. 16515/04) ha dichiarato piena legittimità costituzionale di uno sciopero per protestare contro la scelta del Governo italiano di appoggiare l'intervento militare in Kosovo (in proposito vd. D'Onghia, in questo volume, I, 390 ss.).

(55) Cfr. Dorssemont 2014.

(56) Mi sembra analogo l'approccio critico di Bogg (2016) alla recente legislazione del Regno Unito.

Perciò, a salvaguardare tale concezione sociale della libertà, non basta invocare i diritti fondamentali o umani se essi non vengono connotati ideologicamente sul piano economico e sociale. Altrimenti si finisce per fare mitologia del diritto di sciopero, come ha fatto la Cedu, che ha sancito il diritto di sciopero come diritto fondamentale dell'Uomo senza però preoccuparsi di sanzionare il Regno Unito per non riconoscere garanzie allo sciopero di solidarietà (57). Si tratta allora di concepire la libertà di sciopero come una libertà che incarna un particolare sistema politico democratico per il quale la democrazia non si risolve nella sola libertà di voto o di associazione, ma anche nella partecipazione attiva delle forze sociali (58). La libertà di sciopero è una delle principali libertà politiche per dare sostanza a quella che Marta Nussbaum chiama «democrazia sociale aristotelica» (59): una democrazia nella quale la libertà di sciopero è un potere sociale deliberante; un potere nella democrazia (deliberativa o pluralista, poco importa) (60).

Riferimenti bibliografici

- Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino.
- Baldassarre A. (1989), voce *Diritti sociali*, in *EGT*, vol. XI, 25 ss.
- Baldassarre A. (1990), voce *Libertà. I) Problemi generali*, in *EGT*, vol. XIX, 1 ss.
- Barreto Ghione H., Baylos Grau A. (2019), *Il ruolo dei principi internazionali e del Comitato Oil sulla libertà di associazione*, in *La libertà sindacale nel mondo: nuovi profili e vecchi problemi*, a cura di Baylos Grau A., Zoppoli L., *Quaderni di DLM*, Editoriale scientifica, Napoli, 43 ss.
- Bavaro V. (2018), *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *LD*, 243 ss.
- Bavaro V. (2019), *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, I, 175 ss.
- Bavaro V., Pietrogiovanni V. (2018), *A Hypothesis on the Economic Nature of Labour Law: the Collective Labour Freedoms*, in *ELLJ*, vol. 9, issue 3, 263 ss.

(57) Vd. C. Edu 8.4.2014, *Rmt c. Regno Unito*, ricorso n. 31054/10. Cfr. Ewing 2013 o De Stefano 2014, 469-474.

(58) In tal senso dobbiamo intendere la natura democratica del diritto di sciopero come di tutto il diritto del lavoro, secondo la lettura che ne ha dato Supiot 2001, 687: «la force du droit du travail des pays démocratique a été de ne pas imposer aux hommes une vision a priori de leur bonheur, mais de s'appuyer au contraire sur l'action et les conflits collectifs pour en convertir l'énergie en règle nouvelles».

(59) Riportato da Bogg 2019, 249.

(60) Cfr. Bogg 2018, in particolare 255-257.

- Bogg A. (2009), *The Democratic Aspects of Trade Unions Recognition*, Hart Publishing, Oxford.
- Bogg A. (2016), *Beyond Neo-Liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State*, in *ILJ*, vol. 45, n. 3, 299.
- Bogg A. (2018), *The Right to Strike and Contestatory Citizenship*, in *Philosophical Foundations of Labour Law*, a cura di Collins H. et al., Oxford University Press, 255 ss.
- Bogg A. (2019), *The Constitution of Capabilities: the case of Freedom of Association*, in *The Capability Approach to Labour Law*, a cura di Langille B., Oxford University Press, 241 ss.
- Calamandrei P. (1949), *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *RGL*, I, 221 ss.
- Calamandrei P. (2018), *L'avvenire dei diritti di libertà*, Galaad Edizioni, Giulianova (Teramo).
- Cheadle H. (2015), *Constitutionalising the Right to Strike*, in *Laws Against Strikes*, a cura di Hepple B. et al., FrancoAngeli, Milano, 67 ss.
- Davidov G. (2016), *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press.
- De Stefano V. (2014), *La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra Corti e organi di supervisione internazionali*, in *DLRI*, 469 ss.
- Dorssmont F. (2014), *Collective Action Against Austerity Measures*, in *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour law in Europe*, a cura di Bruun N. et al., Hart Publishing, Oxford and Portland, 153 ss.
- Ewing K.D. (2013), *Myth and Reality of the Right to Strike as a «Foundamental Labour Right»*, in *IJCLIR*, 29(2).
- Ferrara G. (2006), *La Costituzione*, Feltrinelli, Milano.
- Flanders A. (1968), *Collective Bargaining: A Theoretical Analysis*, in *British Journal of Industrial Relation*, 6, 1, 1 ss.
- Fox A. (1975), *Collective Bargaining, Flanders, and the Webb*, in *British Journal of Industrial Relation*, 13, 2, 151 ss.
- Fraser N., Honnet A. (2007), *Redistribuzione o riconoscimento. Un controversia politico-filosofica*, Meltemi, Roma.
- Garofalo M.G. (1979), *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli.
- Ghera E. (1994), *Il conflitto e lo sciopero nella giurisprudenza probivirale*, in *RTDPC*, 1115 ss.
- Ghezzi G. (1968), *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *RTDPC*, 44 ss.
- Giugni G. (1950), *Aspetti e problemi del diritto di sciopero*, in *DL*, I, 85 ss.
- Giugni G., Garofalo M.G. (1975), voce *Lotta sindacale*, in *ED*, XXV, Giuffrè, Milano, 35 ss.
- Gurvitch G. (1949), *La dichiarazione dei diritti sociali*, Edizioni di comunità, Milano.
- Hepple B. (2011), *Law Against Strikes: Between Change and Tradition*, in *Liber Amicorum Antoine Jacobs, Bulletin of Comparative Labour Relations*, n. 78, 89 ss.

- Hepple B. (2015), *The Freedom to Strike and its Rationale*, in *Laws Against Strikes*, a cura di Hepple B. et al., FrancoAngeli, Milano, 96 ss.
- Honnet A. (2015), *Il diritto della libertà*, Codice Edizioni, Torino.
- Honnet A. (2017), *La libertà negli altri*, il Mulino, Bologna.
- Jacobs A. (2014), *Decentralisation of Labour Law Standard Setting and the Financial Crisis*, in *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, a cura di Bruun N. et al., Hart, Oxford and Portland, 171 ss.
- Kahn-Freund O. (1978), *Il diritto di sciopero, la sua estensione e i suoi limiti*, in *RIDL*, I, 375 ss.
- Kelsen H. (1981), *Teoria comunista del diritto*, SugarCo Edizioni, Milano.
- Leoni B. (1994), *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata.
- Luciani M. (2009), *Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di governo*, in *ADL*, 1 ss.
- Luciani M. (2016), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3.
- Lyon-Caen G. (1952), *Il diritto di sciopero e il contratto individuale di lavoro*, in *RGL*, I, 53 ss. e 65 ss.
- Mengoni L. (1949), *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, in *Rivista di diritto del lavoro*, I, 246 ss.
- Neppi Modona G. (1969), *Sciopero, potere politico e magistratura (1870-1922)*, Laterza, Bari.
- Oestreich G. (2001), *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Roma-Bari.
- Orlandini G. (2001), *Il diritto di sciopero nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DLRI*, 649 ss.
- Orlandini G. (2015), *Political Strikes*, in *Laws Against Strikes*, a cura di Hepple B. et al., FrancoAngeli, Milano, 159 ss.
- Orlandini G. (2016), voce *Conflitto collettivo*, in *ED. Annali*, vol. IX, 95 ss.
- Palomeque López M.C. (2018), *Sulla titolarità del diritto di sciopero (note per una relazione)*, in *DLRI*, 175 ss.
- Passaniti P. (2008), *Diritto, lavoro e sciopero. Il processo ai contadini mantovani de «la Boje»*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, il Mulino, Bologna.
- Pera G. (1964), *Lo sciopero di solidarietà nelle più recenti concezioni*, in *RGL*, I, 1 ss.
- Pera G. (1976), *Sulla libertà sindacale unilaterale*, in *MGL*, 507 ss.
- Pino G. (2016), *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion Pratica*, 495 ss.
- Polany K. (1974), *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino.
- Rigola R. (1946), *Storia del movimento operaio italiano*, Edizione Domus, Milano.
- Romagnoli U. (1979), *Art. 40*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, tomo I, a cura di Branca G., Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 289 ss.
- Roselli O. (2005), *La dimensione costituzionale dello sciopero*, Giappichelli, Torino.
- Supiot A. (1990), *La fraternité et la loi*, in *Liberté, égalité, fraternité... et droit du travail*, in *Droit Social*, numéro spécial sous la direction de J.-J. Dupeyroux, n. 1.

- Supiot A. (2001), *Revisiter les droits d'action collective*, in *Droit Social*, 687 ss.
- Supiot A. (2007), *Critique du droit du travail. Preface de l'edition «quadrige»*, Puf, Parigi, XXIII.
- Suppiej G. (1965), *Diritto di sciopero e potestà di sciopero nel sistema della Costituzione*, in *RDL*, I, 57 ss.
- Valentini V. (2008), *Sciopero politico e «diritto di sciopero»: il difficile equilibrio tra «libertà sociali», categorie giuridiche e regole*, in *ADL*, 75 ss.
- von Hayek F.A. (1969), *La società libera*, Vallecchi editore, Firenze.
- von Hayek F.A. (2010), *Legge legislazione e libertà*, il Saggiatore, Milano.
- Webb S., Webb B. (1994), *Democrazia industriale. Antologia degli scritti*, Ediesse, Roma.

ABSTRACT

Il saggio rilegge il diritto di sciopero con un'interpretazione storico-materialista. In questa prospettiva, l'Autore propone di considerare lo sciopero, in qualunque forma e finalità si svolga, come espressione di un diritto fondamentale di libertà.

ABOUT IDEOLOGICAL FOUNDATION OF FREEDOM OF STRIKE

The essay rereads the right to strike in historical-materialist reading. In this perspective, the Author suggests to consider the strike, in whatever form and purpose, as a display of a fundamental right of freedom.

Madia D'Onghia (*)

IL DIRITTO DI SCIOPERO
NELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE.
VERSO UN ARRETRAMENTO DELLA LOGICA DEL CONFLITTO?

SOMMARIO: 1. Premessa e delimitazione del campo di indagine. — 2. I confini e la definizione della fattispecie. — 3. Le finalità dello sciopero e la tendenza a superare la distinzione tra sciopero-diritto e sciopero-libertà. — 4. I limiti funzionali all'esercizio del diritto di sciopero e il difficile *discrimen* tra danno alla produttività e danno alla produzione. — 5. Le forme anomale di sciopero e il rifiuto delle prestazioni residue inutili. — 6. Lo sciopero e il potere datoriale di limitarne gli effetti. In particolare, la sostituzione dei lavoratori scioperanti. — 7. *Segue*: le limitazioni convenzionali del diritto di sciopero: clausola di tregua e comandata. — 8. Le altre forme di astensione dal lavoro. Il cd. sciopero delle mansioni. — 9. Gli effetti dell'esercizio del diritto di sciopero sul rapporto di lavoro. — 10. Alcune annotazioni conclusive: verso un arretramento della logica del conflitto?

1. — *Premessa e delimitazione del campo di indagine* — Un illustre costituente, all'inizio degli anni cinquanta, ammoniva che «dal momento in cui lo sciopero ha accettato di diventare un diritto, esso si è adattato necessariamente a sentirsi prefiggere condizioni e restrizioni di esercizio che, se non venissero stabilite per legge, dovrebbero immancabilmente essere tracciate, prima o poi, sulla base dell'articolo 40 della Costituzione, dalla giurisprudenza» (1).

Ebbene, la definizione del concetto di sciopero-diritto, e dei suoi limiti, da sempre è stata affidata a una vivace elaborazione – oltre che dottrinale (di cui non si darà conto in questa sede) (2) – giurisprudenziale, che ha avuto il compito di segnare il confine tra la nozione di sciopero desumibile dall'esperienza storica e comune e la più circoscritta nozione di sciopero

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro l'Università di Foggia.

(1) Calamandrei 1952, 243.

(2) Sul tema la letteratura è amplissima; *ex pluris*, specie con riferimento al dibattito dottrinale più recente sviluppatosi sulla titolarità individuale o collettiva del diritto di sciopero, cfr.: Aa.Vv. 2018; Ballestrero 2018, 411 ss.; Pascucci 2017, 219 ss.; Pino 2015, Orlandini 2015, 95 ss., e Zoppoli 2014, 807 ss.

«consentita e protetta» dalla Costituzione (3). Una nozione che è condizionata dalla costante evoluzione delle concezioni, anche politiche – alle quali la lotta sindacale può essere ispirata –, a loro volta influenzate dal mutevole contesto dei rapporti economici e sociali che fanno, necessariamente, da sfondo alla dimensione aziendale nella quale lo sciopero si esercita (4).

D'altra parte, è la stessa Costituzione che, utilizzando il termine sciopero senza definirlo, rinvia al «fatto nella sua essenza, e nei suoi elementi costitutivi, quali emergono dalla esperienza economica sociale» (5), ma tali elementi assumono rilievo giuridico nel contenuto che la norma ha acquisito attraverso l'attività di interpretazione. A essa è affidato «il compito di risolvere le incertezze di significato che il termine spesso presenta quando viene utilizzato nella lingua naturale dalla quale proviene» (6).

Il ruolo dei giudici è stato particolarmente intenso nel periodo che ha preceduto la regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, assolvendo «coraggiosamente» (7) il compito di supplenza imposto loro dall'inerzia del legislatore, ma è un ruolo che comunque non è mai venuto meno in quanto si è di fronte a un istituto giuridico che va sempre rapportato a una tipologia in continua trasformazione.

Nell'economia del presente contributo la riflessione cercherà di verificare, fuori dall'ambito in cui entrano in gioco i bisogni della collettività (8), se sul piano più generale e con riferimento ai soli lavoratori subordinati (9) – nell'arco temporale 1999-2019 (10) – si possa continuare a parlare di un'attività creatrice dei giudici (11) specie nello stabilire quando il fenome-

(3) Sono i termini utilizzati da Santoro Passarelli, 1949, 138.

(4) Cfr. Persiani 1992, 13.

(5) Scognamiglio 1986, 473.

(6) Garofalo 1991, 280.

(7) Persiani 1992, 15.

(8) Non si darà conto, infatti, delle elaborazioni giurisprudenziali nel settore dei servizi pubblici essenziali (che richiederebbe un'analisi ben più ampia, compreso l'esame delle delibere della Commissione di garanzia), dove ciò che rileva non è tanto il regime pubblico sotteso al servizio pubblico, ma l'imprescindibile elemento della destinazione alla collettività (cfr. Rusciano 1988, 395).

(9) Sul ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione del conflitto collettivo dei lavoratori autonomi, inteso come esercizio di libertà, si rinvia, da ultimo, a Nicosia 2017 (spec. cap. II), e ivi per una esaustiva ricognizione giurisprudenziale e ulteriori riferimenti bibliografici.

(10) Per una rassegna giurisprudenziale più risalente si rinvia, per tutti, a Borgogelli 1998 e Santini 2011, 84 ss. Per gli anni ottanta e novanta si rinvia, *ex pluris*, a Orlandini 1998, 149 ss., e Campanella 1998, 474 ss.

(11) Così si esprimeva Ghezzi (1968), sottolineando proprio come i giudici, nel campo della qualificazione giuridica dello sciopero, abbiano finito per svolgere «un'at-

no sociale denominato sciopero si possa configurare come «diritto di sciopero». E se, dunque, si possa ancora suggestivamente parafrasare la formula dell'art. 40 Cost. in: «il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle sentenze che lo regolano» (12).

Non solo. L'obiettivo è anche testare se le interpretazioni giurisprudenziali più recenti segnalino trasformazioni dell'ordinamento giuridico che investono profili ben più vasti di quello relativo all'istituto coinvolto. In presenza di profonde trasformazioni del mercato del lavoro e delle relazioni sociali, il tema dello sciopero viene ricondotto, non da oggi, al suo problema originario, ovvero quello del rapporto tra il conflitto e le regole (13).

Del resto, per quanto si possa definire lo sciopero come una forma di autotutela collettiva, non si tratta di autotutela in senso stretto, costituendo piuttosto una forma di «pressione» (14) verso la controparte, che non presuppone necessariamente un fatto illecito a cui reagire, né un rapporto di proporzionalità rispetto all'entità del pericolo (15): caratteristiche tipiche della autotutela del diritto privato (16). Ne consegue che la misura in cui tale pressione è consentita dall'ordinamento risulta inevitabilmente provvisoria e contingente in quanto strettamente condizionata nella sua vita concreta dal momento storico concreto.

Entro queste coordinate, si tratta di verificare se la giurisprudenza, pur muovendosi nel solco del fondamento positivo dell'art. 40 Cost., continui a farsi interprete, in via principale, dell'evoluzione della realtà giuridica effettuale e in che modo.

L'angolo di visuale non darà conto di un approccio casistico: si tenterà di inquadrare le più significative acquisizioni della prassi giudiziale in una prospettiva sistematica di più ampio respiro, seguendo un metodo dogmatico (17), rivolto, cioè, alla costruzione dei concetti giuridici posti a fondamento della *ratio decidendi* e a conoscere i criteri interpretativi impiegati per la «concretizzazione» della norma dell'art. 40 Cost.

tività creatrice», in quanto «il problema giuridico dello sciopero diviene [...] il problema stesso “della determinazione delle [sue] condizioni d'uso”» (26).

(12) In tal senso Gaeta 1990, 140.

(13) Qui il riferimento è al titolo del saggio di Treu 2000, 285.

(14) L'espressione è utilizzata da Giugni 2014, 257.

(15) Del resto si può considerare definitivamente consegnata alla storia la lunga vicenda sui cd. «limiti interni» allo sciopero, caratterizzata dalle teorie del danno ingiusto e della corrispettività dei sacrifici.

(16) Si veda la voce di Betti 1959, 530.

(17) Per utilissime indicazioni di metodo per la conoscenza della prima giurisprudenza in materia di sciopero cfr. Ghera 1970, spec. 295 ss.

2. — *I confini e la definizione della fattispecie* — Nel definire la fattispecie, la giurisprudenza ha seguito nel tempo la svolta concettuale che trova originario fondamento nella famosa sentenza della Cassazione del 1980 (18), che, come noto, ha abbandonato definizioni aprioristiche dello sciopero.

Partendo da questo assunto, la giurisprudenza ha continuato a ribadire che «i lineamenti del concetto sono stati individuati sul piano giuridico tenendo conto della storia e delle prassi delle relazioni industriali», ma che, comunque, «non può essere definita sciopero ogni manifestazione di lotta che i soggetti agenti designino come tale» (19).

Nell'individuare i confini della fattispecie, si è più volte precisato che l'esercizio del diritto di sciopero non richiede alcuna iniziativa da parte delle organizzazioni sindacali (20), in quanto trattasi di un diritto del lavoratore a titolarità individuale (21). Per la legittimità dello sciopero è, però, necessario un «esercizio collettivo», in quanto diretto alla «tutela di un interesse collettivo» (22), per cui l'astensione totale o parziale del lavoro deve essere «collettivamente concordata, a prescindere [...] da chi prende l'iniziativa della sua attuazione» (23) (un'associazione sindacale o più semplicemente una pluralità qualsiasi di lavoratori). A nulla rileva, peraltro, se lo sciopero interessi anche un numero limitato di lavoratori (24).

Che lo sciopero sia destinato a realizzare interessi di carattere collettivo rappresenta uno dei punti veramente fermi negli orientamenti giurisprudenziali. L'esigenza nasce dalla funzione che lo strumento di autotutela è chiamato ad assolvere e trova la sua conferma negli effetti giuridici che conseguono all'astensione dal lavoro. Infatti, mentre sotto il primo profilo la dimensione collettiva degli interessi è coesistente alla natura dello sciopero di strumento tramite il quale i lavoratori mirano a riequilibrare la propria posizione di svantaggio in cui si trovano nel rapporto contrattuale con il datore di lavoro (si è, difatti, dinanzi a un diritto *inequale*), sotto il secondo profilo, l'orientamento teleologico alla soddisfazione di interessi collettivi è imposto dal fatto che lo sciopero

(18) Cass. 30.1.1980, n. 711, in *RGL*, 1980, I, 291 ss., con nota di Di Majo.

(19) Cass. 4.10.2011, n. 20270, in *Banca dati Pluris*.

(20) Cfr. Cass. 17.12.2004, n. 23552, in *RGL*, 2005, II, 532 ss.

(21) Cfr. Cass. 16.9.2016, n. 18195, in *D&G online*, 19 settembre.

(22) Nella giurisprudenza di merito vd. T. Palmi 15.3.2007, in *Banca dati Pluris*; T. Roma 27.11.2007, in *LG*, 2008, n. 8, 827 ss., con nota di Alvino.

(23) Cfr. Cass. 16.9.2016, n. 18195, cit.

(24) Vd., ad es., Cass. 17.12.2004, n. 23552, cit., che ha ritenuto la sussistenza di un interesse collettivo in presenza di tre dei sei lavoratori dipendenti dell'impresa.

rappresenta una causa di esclusione dalla applicazione del diritto comune dei contratti (25).

Diventa, quindi, rilevante il controllo giudiziale della sussistenza di tale interesse che può definirsi il presupposto dell'esercizio del diritto di sciopero. In questa operazione i giudici vanno oltre il profilo schiettamente giuridico e proiettano il diritto in una dimensione «sociale», finendo così per qualificarlo come «*diritto sociale*, e, cioè, funzionale alla trasformazione dei rapporti sociali e non solo al riequilibrio contrattuale» (26).

Ne consegue che lo sciopero non può soddisfare contingenti esigenze dei singoli dipendenti (27) e, perciò, deve escludersi che rientri nel diritto individuale porre modalità personalizzate e dirette alla realizzazione di obiettivi individuali (28), tant'è che, in tali ipotesi, i giudici ammettono l'applicazione delle sanzioni previste per l'assenza ingiustificata dal lavoro (29).

Entro tale prospettiva va segnalata una pronuncia del 2015, particolarmente significativa, con cui la Cassazione ha ritenuto illegittime le forme di protesta rimesse all'arbitrio dei lavoratori interessati, stigmatizzando lo sciopero attuato mediante modalità prive di alcuna «predeterminazione» (30). Si trattava di un caso in cui i rappresentanti sindacali non avevano invitato i lavoratori a esercitare il diritto di sciopero, limitandosi semplicemente a lanciare il messaggio che a partire dal momento della indizione della protesta ciascuno poteva venire a lavorare se lo desiderava e andarsene quando lo riteneva opportuno, il tutto a esclusiva discrezione di ogni singolo interessato all'astensione.

In questa fattispecie, poiché le modalità di esecuzione dello sciopero «erano rimesse totalmente ai singoli interessati, senza una loro predeterminazione, la società datrice di lavoro era seriamente esposta ai pregiudizi derivanti dall'impossibilità di prevenire i rischi sulla produttività aziendale con riferimento ai singoli reparti ove di volta in volta sarebbe stata attuata anche all'improvviso l'astensione dei lavoratori, con l'inevitabile insorgere di pericoli di vario genere». E, dunque, l'illiceità di tali condotte «isolate» si annidava, ad avviso dei giudici, nella circostanza che esse «snaturano la forma e la finalità tipicamente collettive» dell'istituto in parola.

(25) Ce lo ricordava efficacemente già Ghezzi, 1970, 24 ss.

(26) Ghera 1994, 1122 ss.

(27) Cass. 17.12.2004, n. 23552, cit.; vd. anche T. Roma 27.11.2007, cit.

(28) Cfr. Cons. Stato 12.10.2000, n. 5414, in *Juris Data*.

(29) Cfr. Cass. 17.12.2004, n. 23552, cit.

(30) Cass. 3.12.2015, n. 24653, in *ADL*, 2016, n. 3, 675 ss., con nota di Donà.

Tuttavia, il riferimento alla necessità di una «predeterminazione» delle modalità di attuazione appare poco coerente con la stessa definizione teleologica dello sciopero, specie ove si consideri che il fatto che lo sciopero arrechi danno al datore di lavoro è connaturale alla funzione propria dello sciopero stesso, come si avrà modo di precisare più innanzi.

I giudici non hanno, poi, mancato di precisare, in altre occasioni, come esuli dagli elementi rilevanti per l'identificazione della fattispecie l'indagine circa la fondatezza, la ragionevolezza e l'importanza delle pretese perseguite e, quindi, degli obiettivi della stessa (31), a conferma del consolidato orientamento circa la mancanza di limiti interni al diritto di sciopero, e soprattutto sull'irrelevanza della «giustizia» del danno.

Le caratteristiche appena descritte sono le sole che caratterizzano il «nucleo» del diritto di sciopero. Per i giudici, infatti, non può essere attribuito rilievo alla mancanza né di tentativi di conciliazione né di una formale proclamazione (o di autorizzazione), quest'ultima considerata nella semplice funzione di un invito a scioperare rivolto a tutti i lavoratori che può assumere rilievo esclusivamente sul piano della prova della dimensione collettiva degli interessi che l'astensione dal lavoro mira a soddisfare (32). Allo stesso modo neppure il preavviso è requisito generale di legittimità dello sciopero (33).

3. — *Le finalità dello sciopero e la tendenza a superare la distinzione tra sciopero-diritto e sciopero-libertà* — Dalla valutazione del giudice sulle rivendicazioni poste a fondamento dell'astensione al fine di appurare se le stesse consistano nell'autotutela, sul piano del rapporto individuale, degli interessi di lavoro oppure no, e se trattasi di interessi collettivi o meramente individuali, dipende non solo la loro qualificabilità come sciopero, ma anche la collocazione dello stesso nell'area del diritto o più semplicemente in quella della libertà.

La giurisprudenza ha continuato ad avallare l'ampliamento della legittimità dei conflitti in relazione alle loro finalità: gli interessi dei lavoratori possono trascendere il piano del rapporto di lavoro in senso stretto per collegarsi a esigenze di tutela generalmente riconducibili alla loro condizione sociale. E così, in linea con la storica giurisprudenza costituzionale (34), i

(31) Vd. Cass. 17.12.2004, n. 23552, cit.; T. Roma 27.11.2007, cit.; T. Milano 4.7.2007, in *D&L*, 2007, 691 ss., con nota di Vescovini; T. Palmi 15.3.2007, cit.

(32) Tra le tante, Cass. 17.12.2004, n. 23552, cit.

(33) Oltre a Cass. 17.12.2004, n. 23552, cit., vd. T. Roma 27.11.2007, cit.; T. Napoli 26.5.2003, in *DML*, 2003, 691 ss.

(34) Il riferimento è a C. cost. 17.3.1969, n. 31, e C. cost. 14.1.1974, n. 1, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*.

giudici, sia ordinari sia di merito, hanno ribadito che gli interessi collettivi possono essere anche «di natura non salariale e di carattere politico generale, purché incidenti sul rapporto di lavoro» (35), e ciò non esclude la qualificazione in termini di diritto.

Diversa è l'ipotesi dello sciopero che persegue finalità che esulano dalla sfera tipicamente economico-professionale, e cioè quando l'azione conflittuale abbia come tendenziale interlocutore i soli pubblici poteri anziché il datore di lavoro. Viene qui in rilievo lo sciopero meramente politico, qualificato, come noto, dal giudice delle leggi come una libertà penalmente lecita, in quanto possibile manifestazione di libertà di azione o di opinioni dei lavoratori, ma civilmente sanzionabile quale inadempimento nei riguardi del datore di lavoro, estraneo alla pretesa (36).

In proposito vanno segnalate alcune pronunce che, registrando la difficoltà di distinguere tra diritto e libertà in materia di sciopero politico, hanno avviato un tendenziale superamento della differenziazione tipologica tra sciopero-diritto e sciopero-libertà.

In particolare, la giurisprudenza di merito, partendo dal presupposto che «l'azione sindacale ha assunto in modo sempre più incisivo un ruolo di partecipazione alla determinazione dell'indirizzo politico generale», si è posta l'interrogativo di «quale significato possa avere in concreto per il lavoratore il riconoscimento di una libertà di sciopero politico il cui esercizio implichi l'eventualità di sanzioni disciplinari da parte del datore di lavoro» e «se sia ammissibile, sul piano giuridico, l'esistenza di una sfera di attività lecita, costituzionalmente garantita, che non assurga tuttavia a una situazione di diritto» (37).

Ancora più netta la posizione in una sentenza, di poco successiva (38), nell'affermare che la distinzione tra diritto e libertà «non trova alcun appiglio di carattere costituzionale» e anche le note sentenze della Consulta non appaiono enunciare «valide ragioni di ordine costituzionale a giustificazione dell'individuazione di un *tertium genus* tra lo sciopero tutelato dalla Costituzione e quello vietato dal codice penale»; è, quindi, «più lineare ritenere che siano tutelate come diritto tutte le forme di sciopero che non siano espressamente vietate».

(35) Cass. 17.12.2004, n. 23552, cit., e T. Palmi 15.3.2007, cit.

(36) Cfr. C. cost. 27.12.1974, n. 290, e C. cost. 13.6.1983, n. 165, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

(37) T. Milano 29.5.2000, in *MGL*, 2001, 7, con nota di Liebman. *Contra*, T. Torino 1.6.1999, in *Giurisprudenza piemontese*, 2000, 325 ss.

(38) C. App. Torino 16.7.2001, in *Giurisprudenza piemontese*, 2001, 500, ss.

In questa linea interpretativa s'inserisce un rilevante (e unico, a quanto consta) orientamento della Cassazione con il quale si è statuito che lo sciopero esercitato per contrastare l'invio di un contingente militare dello Stato italiano sul territorio di altri popoli dovrebbe considerarsi non solo penalmente ma anche civilmente lecito. Per la Suprema Corte, «lo sciopero per fini non contrattuali non è una condotta illecita seppur penalmente immune, ma esprime la libertà di agire del sindacato quale gruppo sociale, tanto che la sua qualificazione come illecito penale [...] è stata ritenuta urtare in generale [...] con il riconoscimento costituzionale di tale libertà e non già con il principio di proporzionalità della sanzione penale». Pertanto «sarebbe intrinsecamente contraddittorio predicare questa libertà riconosciuta dalla Costituzione, vulnerata dall'originario art. 503 c.p., e contestualmente affermare il carattere sistematicamente illecito, seppure sotto il solo profilo civile e a livello individuale, della sua estrinsecazione» (39).

Ebbene, queste sentenze, che invero suscitano alcune perplessità sul piano non tanto dell'approdo del ragionamento, quanto su quello del metodo (specie la pronuncia della Cassazione) (40), disvelano come si faccia fatica a sostenere una distinzione tra libertà e diritto in materia di sciopero (politico), sempre più priva di un reale substrato giuridico (41), e anche la loro rispondenza a una sensibilità sociale diffusa, che vede il sindacato partecipe delle scelte politiche generali e, dunque, una sua legittimazione al potere politico dello Stato (42), del tutto slegata dagli interessi collettivi professionali (43).

Indubbiamente il superamento della distinzione tra lo sciopero economico-politico e quello politico cd. puro sta a testimoniare la costante dina-

(39) Cfr. Cass. 21.8.2004, n. 16515, in *MGL*, 2004, 884 ss., con nota di Del Conte. L'argomento sistematico posto a fondamento di questa conclusione è stato rinvenuto nell'art. 2, l. n. 146/1990, il quale, esentando dall'obbligo di preavviso solo gli scioperi in difesa dell'ordine costituzionale, pone lo sciopero politico sul medesimo piano sul quale si svolgono tutti gli altri tipi di sciopero.

(40) Per alcune annotazioni critiche cfr. Valentini 2008, 1775 ss., oltre a Martone 2006, 243 ss.

(41) Richiamava al realismo giuridico già Santoro Passarelli 1975, 550 ss.

(42) Cfr. Persiani 2006, 1036.

(43) Del resto, se si guarda alle concrete fattispecie esaminate dai giudici, sono gli stessi datori di lavoro a maneggiare con estrema cautela la materia dello sciopero politico, tant'è che i giudizi non sono stati originati da sanzioni disciplinari ma da «timide» condotte datoriali; nelle pronunce di Torino e della Cassazione (note 37 e 38), si trattava di aver scritto, nei listini paga dei lavoratori aderenti allo sciopero, «ore non lavorate», anziché «ore sciopero», mentre in quella del T. Milano (nota 36), di aver considerato l'assenza «permesso retribuito».

micità del fenomeno sciopero, confermando come la nozione vada ricavata facendo rinvio alla «tipologia della realtà» dei fenomeni conflittuali alla quale il costituente ha voluto ispirarsi.

4. — *I limiti funzionali all'esercizio del diritto di sciopero e il difficile discrimen tra danno alla produttività e danno alla produzione* — L'essenza «relazionale» dello sciopero è una acquisizione consolidata della prassi giurisprudenziale, a cui i giudici fanno espresso riferimento anche allorquando delineano i limiti all'esercizio del diritto: operazione particolarmente frequente nella loro attività interpretativa.

Si tratta del tema dei cd. limiti esterni che, consacrati dalla già citata sentenza della Cassazione del 1980 (44), hanno costituito nella giurisprudenza successiva il punto di riferimento primario.

Allora i giudici avevano indicato la strada del confronto fra il diritto di sciopero, da un lato, e le altre posizioni soggettive tutelate dalle norme costituzionali su di un piano prioritario o almeno paritario, dall'altro, preoccupandosi altresì di indicare espressamente alcuni diritti rispetto ai quali il contemperamento risulta necessario. Oltre alla tutela del diritto alla vita e all'incolumità personale, il riferimento era soprattutto alla tutela della libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost., intesa in senso dinamico. La Suprema Corte aveva, infatti, espressamente riconosciuto all'impresa il ruolo di fonte dell'attività produttiva, funzionale all'utilità non solo dell'imprenditore, ma anche dei lavoratori in essa impiegati, fino a riconoscere un'utilità per l'intera società rappresentata dalle possibilità di impiego offerte dall'impresa ai lavoratori che si trovino momentaneamente privi di occupazione. Sottolineando tali funzioni dell'impresa, si era riconosciuta la priorità della preservazione della sua «capacità produttiva» rispetto all'esercizio del diritto di sciopero, comunque garantito dalla possibilità di attuare la pressione sul datore di lavoro, cui lo sciopero è funzionale, arrecando un «danno alla produzione».

Ebbene, nella strada tracciata da quella pronuncia si è costantemente inserita la giurisprudenza successiva disvelando anche le difficoltà di questo processo interpretativo, dato che, come in ogni ipotesi di distinzione fra fattispecie astratte confinanti, quando si passa a esaminare l'includibilità della singola fattispecie concreta nell'una o nell'altra categoria possono emergere difficoltà classificatorie. In particolare non sempre agevole può risultare l'identificazione nella produzione o nella produttività del bene danneggiato dallo sciopero.

(44) Cass. 30.1.1980, n. 711, cit.

La Cassazione ha più volte ribadito come lo sciopero sia in linea di principio scevro da vincoli, se non quelli propri, per un verso, della «*ratio* storico-sociale che lo giustifica» e, per altro verso, della «intangibilità di altri diritti o interessi costituzionalmente garantiti» (45). Si conferma, dunque, la necessità di effettuare un bilanciamento tra il diritto di sciopero e il diritto di libertà di iniziativa economica dell'imprenditore (46). Ne consegue l'illiceità di uno sciopero che comporti la distruzione o una duratura inutilizzabilità degli impianti, con pericolo per l'impresa come organizzazione *istituzionale* (ma non come mera organizzazione *gestionale*), in quanto compromette l'interesse generale a preservare i livelli di occupazione (47).

In altre parole, la giurisprudenza ha continuato a respingere, anche in tempi più recenti, l'ipotesi autolesionista del «muoia Sansone con tutti i filistei» (48), in cui cadrebbe la lotta sindacale ove le fosse permesso di creare un danno irreparabile alla capacità futura dell'azienda di creare ricchezza e di assicurare così l'occupazione dei lavoratori che vi prestano l'opera e di quelli, futuri e potenziali, che ve la potrebbero prestare.

Questa impostazione giurisprudenziale vede certamente il vantaggio di definire un criterio di differenziazione qualitativo e non quantitativo nel tipo di danno arrecato e di farne conseguire una distinzione tra sciopero legittimo o illegittimo, ma non consente tuttavia di considerare risolto il problema. Non è facile distinguere il danno alla produttività dal danno alla produzione e non si può identificare quest'ultimo nel danno derivante dai mancati utili; infatti, in determinate situazioni economiche può dirsi che il mancato profitto per un periodo di tempo anche breve impedisca all'imprenditore di far fronte ai propri impegni da indebitamento finanziario e lo escluda pertanto dal mercato, impedendogli di continuare a svolgere la sua iniziativa economica; ecco perché un passaggio ulteriore concerne la ca-

(45) Fra le tante, vd. Cass. 3.12.2015, n. 24653, cit.; Cass. 17.12.2004, n. 23552, cit.; vd. anche T. Palmi 15.3.2007, cit. Nel richiamare il rispetto dell'integrità della persona è stata inclusa anche la tutela della dignità personale: cfr. T. Modena 3.1.2015 (inedita a quanto consta).

(46) Cfr. Cass. 19.7.2011, n. 15782, in *RGL*, 2012, II, 123 ss., con nota di Siotto; Cass. 3.6.2009, n. 12811, in *DRJ*, 2010, n. 1, 200 ss.; Cass. 26.8.2007, n. 20146, in *MGL*, 2008, 2 ss.; Cass. 17.12.2004, n. 23552, cit.; T. Milano 13.3.2012, in *RCDL*, 2012, 387 ss., con nota di Beretta; T. Milano 27.12.2000, in *D&L*, 2001, 382 ss.

(47) Fra le tante, vd. Cass. 17.12.2004, n. 23552, cit.; Cass. 31.7.2013, n. 18368, in *RGL*, 2013, II, 594 ss.; C. App. Firenze 6.3.2009, in *D&L*, 2009, 941 ss., con nota di Romoli. Analogamente, risulta lesiva dei limiti esterni la condotta di chi si spinga oltre una legittima attività di persuasione (T. Melfi 15.7.2011, in *LG*, 2011, n. 9, 919 ss., con nota di Ferrara).

(48) È questa l'espressione usata da Garofalo 1991, 285.

pacità dell'organizzazione produttiva di riprendere a funzionare e non le capacità produttive dell'impresa nel mercato.

Eppure, taluni giudici, nell'individuare il discrimine tra danno alla produzione e danno alla produttività, hanno posto l'accento sulla compromissione delle «potenzialità competitive sul mercato» dell'azienda (49) (oltre che sulla distruzione, inutilizzabilità e precoce invecchiamento degli impianti, se a ciclo continuo), arrivando ad affermare che esorbitano dal diritto costituzionale di cui all'art. 40 quelle forme di astensione che espongono il datore di lavoro «ai pregiudizi derivanti dall'impossibilità di prevenire i rischi [...] all'organizzazione gestionale dell'azienda» (50) e, cioè, la sua posizione sul mercato, che è cosa ben diversa dall'impresa intesa come «organizzazione istituzionale».

5. — *Le forme anomale di sciopero e il rifiuto delle prestazioni residue inutili* — Il richiamo all'art. 41 Cost. evoca anche il tema della legittimità degli scioperi cd. anomali, attraverso i quali i lavoratori sopportano un contenuto sacrificio retributivo – alla luce della brevità dell'astensione dalla prestazione lavorativa – a fronte del maggiore effetto negativo per il datore di lavoro. Data per acquisita la legittimità di tali forme di sciopero, le questioni che si sono riproposte all'attenzione della magistratura hanno riguardato la legittimità o meno del conseguente comportamento del datore che decida di serrare l'azienda e rifiutare la prestazione.

In proposito si segnalano alcune pronunce sull'insussistenza o meno dell'obbligo retributivo nei confronti dei lavoratori che (indipendentemente dalla loro partecipazione allo sciopero) offrano la propria attività nei segmenti temporali o nei reparti aziendali non interessati dallo sciopero e la legittimità del rifiuto di tali prestazioni (specie se trattasi di sciopero in un impianto produttivo a ciclo continuo). La legittimità dipende dall'impossibilità di utilizzare le prestazioni cd. residue; impossibilità che deve essere valutata «in relazione alle ripercussioni dello sciopero in un reparto sul funzionamento degli altri, considerando che il datore di lavoro non è tenuto a cambiare i programmi di lavoro in conseguenza dello sciopero, predisponendo misure implicantanti perdite economiche o spese ulteriori per poter utilizzare le prestazioni lavorative degli altri settori che non partecipano all'astensione dal lavoro» (51).

(49) Vd. C. App. Firenze 20.2.2009, in *RIDL*, 2009, II, 1006 ss., con nota di Rosano.

(50) Cass. n. 3.12.2015, n. 24653, cit.

(51) Cass. 4.3.2000, n. 2446, in *OGI*, 2000, I, 327 ss., con nota di Pileggi;

Taluni giudici hanno anche aggiunto come il datore di lavoro non sia obbligato a ricevere prestazioni «meno proficue del normale» (52); il rifiuto viene, cioè, considerato legittimo anche quando la prestazione lavorativa, pur fenomenicamente realizzabile, si riveli economicamente svantaggiosa perché non proficuamente utilizzabile (53). La valutazione al riguardo dipende così anche dal metodo di organizzazione del lavoro, che rientra nella sfera di autonomia decisionale dell'imprenditore quale titolare dell'attività produttiva *ex art. 41 Cost.*, e che il datore di lavoro non è tenuto a cambiare in conseguenza dello sciopero.

L'impossibilità che libera il datore di lavoro non è, quindi, solo quella «materiale» (prestazione priva di utilità), ma pure l'ipotesi di mera difficoltà gestionale (maggiori costi o spese per la produzione).

Si oscilla, dunque, tra una impostazione più rigorosa del rifiuto della prestazione in quanto obiettivamente impossibile e una più *pro datoris* che caldeggia la «mera non proficuità», rivelando in questo caso un crescente favore per il potere del datore di lavoro di rifiutare il lavoro offerto dal personale non scioperante, esteso fino al limite del lavoro non proficuo che, di fatto, finisce per identificare il danno alla produttività col danno alla produzione (54).

Cass. 4.7.2002, n. 9709, in *RGL*, 2003, II, 383 ss., con nota di Leotta. I giudici hanno anche stabilito che la conseguente inutilizzabilità del personale residuo non scioperante non fa venire meno il diritto alla retribuzione per quei lavoratori il cui rapporto di lavoro sia già sospeso per malattia ai sensi dell'art. 2110 c.c. (salvo che gli stessi non abbiano manifestato, anche solo in maniera simbolica, la propria partecipazione all'azione collettiva), atteso che tale speciale disciplina investe in via esclusiva il rapporto tra datore di lavoro e singolo lavoratore (così Cass. 31.5.2010, n. 13256, cit.). Con riferimento alla malattia e in coerenza con l'idea della premienza dell'evento sospensivo anteriore, vd. anche Cass. 15.12.2008, n. 29317, in *LG*, 2009, n. 4, 407 ss., secondo cui i giorni di sciopero sono computati nel periodo di comporta.

(52) Cfr. Cass. 31.5.2010, n. 13256, in *RGL*, 2010, II, 729 ss., con nota di Peruzzi.

(53) Così nella giurisprudenza di merito: T. Torino 30.3.2004, in *Giurisprudenza piemontese*, 2004, 470 ss., e T. Ravenna 18.1.2001, in *ADL*, 2001, 1113 ss.; si è anche stabilito che possono essere rifiutate le prestazioni inutilizzabili nei tempi morti immediatamente successivi alla fine dello sciopero (Cass. 4.3.2000, n. 2446, cit.).

(54) Non sono mancate, però, letture più rigorose nella giurisprudenza di merito, ad esempio, con riferimento al concetto di impossibilità oggettiva di ricevere la prestazione (cfr. T. Ancona 20.5.2009, in *RGL*, 2009, II, 863 ss., con nota di Pascucci; vd. anche T. Palermo 15.6.2009, in *RIDL*, 2010, II, 181 ss.); o, ancora, nel ravvisare gli estremi dell'antisindacalità negli avvisi con i quali il datore di lavoro aveva preventivamente rifiutato le prestazioni dei lavoratori non aderenti allo sciopero, essendo detto comportamento dotato di «una concreta ed evidente valenza dissuasiva» sul-

6. — *Lo sciopero e il potere datoriale di limitarne gli effetti. In particolare, la sostituzione dei lavoratori scioperanti* — Più frequenti le occasioni in cui i giudici sono stati chiamati a delimitare i confini dei «poteri di reazione» del datore di lavoro, propri di un ordinario conflitto di interessi.

Innanzitutto vanno segnalate alcune pronunce atte a proteggere lo sciopero rispetto a qualsiasi atto o comportamento del datore di lavoro, precedente, contemporaneo o successivo allo sciopero medesimo che interferisca con il legittimo esercizio dello stesso e sia comunque tale da apparire soggettivamente o anche oggettivamente discriminatorio (55).

Ma l'attività interpretativa centrale ha riguardato essenzialmente l'interrogativo in merito a cosa il datore di lavoro possa lecitamente fare per neutralizzare le disfunzioni create da uno sciopero e per contenere al massimo le perdite economiche da esso derivanti.

La fattispecie più frequente è quella relativa alla possibilità di sostituire i lavoratori scioperanti (tradizionalmente qualificata con il termine più spregiativo di «crumiraggio»), su cui si è costantemente posto il problema del bilanciamento tra gli artt. 4, 40 e 41 Cost.

Può il datore di lavoro continuare a svolgere la propria attività aziendale, avvalendosi di personale già alle sue dipendenze (crumiraggio indiretto «interno») ovvero appositamente e transitoriamente assunto (crumiraggio indiretto «esterno»)?

Con riferimento a quest'ultima fattispecie, in maniera pressoché unanime si è statuita l'antigiuridicità del crumiraggio indiretto esterno, essendoci, peraltro, un contrasto con specifici provvedimenti legislativi (56).

l'esercizio futuro del diritto costituzionalmente tutelato (così T. Bologna 7.4.2010, in *OGL*, 2010, I, 344 ss., e T. Bologna 24.4.2009, in *OGL*, 2009, I, 271 ss.).

(55) Si è ritenuto antisindacale il comportamento del datore che aveva inviato ai propri dipendenti messaggi telefonici in cui si affermava l'inutilità di uno sciopero (T. Bari 28.9.2007, in *www.giurisprudenzabarese.it*); analogamente quello concretizzatosi nel sanzionare il mancato esaurimento, nei tempi ordinari, dell'arretrato fisiologicamente dovuto all'astensione lavorativa per adesione allo sciopero (T. Firenze 17.7.2007, in *D&L*, 2008, 111 ss.) e, ancora, l'affissione nei locali dell'impresa di avvisi in cui si stabiliva che le prestazioni offerte dai non scioperanti, in quanto inutilizzabili, non sarebbero state retribuite (T. Bologna 7.4.2010, cit.). È stato, invece, considerato incensurabile il «sondaggio preventivo» effettuato dal datore di lavoro per verificare l'adesione dei dipendenti (Cass. 26.9.2007, n. 20164, cit.), ma non l'«interpello frontale e personale dei singoli dipendenti già dichiaratisi indisponibili alla prestazione di lavoro straordinario, con la pretesa di giustificazioni annotate e trasmesse alla direzione aziendale» in caso di sciopero dello straordinario (T. Rimini 4.11.2005, in *Banca dati Pluris*).

(56) Ai sensi del d.lgs. n. 81/2015, il crumiraggio esterno è vietato nel contratto

Diverso l'orientamento giurisprudenziale con riferimento all'utilizzo di lavoratori interni. La scelta del datore di lavoro di sostituire i lavoratori che aderiscono allo sciopero con altri lavoratori (non aderenti allo sciopero o appartenenti a settori non interessati dallo sciopero), in sé, non costituisce comportamento antisindacale.

Il principio, originariamente fissato con riferimento a un servizio pubblico essenziale (57), è stato esteso anche alle situazioni in cui l'interesse da coordinare con lo sciopero sia quello imprenditoriale (58). Per i giudici è l'art. 41 Cost. a garantire al datore il diritto alla continuazione dell'attività aziendale, mediante l'utilizzo del personale rimasto a sua disposizione: la libertà di iniziativa economica fa da *pendant* costituzionale al diritto di sciopero, lasciando intatti i poteri gestionali e organizzativi in capo al datore anche in costanza di uno sciopero. Riprendendo le parole della stessa Corte, il diritto di iniziativa economica dell'imprenditore e il diritto di sciopero «hanno pari dignità e spessore, e si limitano a vicenda»; la sospensione dell'attività aziendale e la sua continuazione si pongono in rapporto di «legittima antitesi», che «esige che le parti si avvalgano degli strumenti e delle possibilità offerte dall'ordinamento. E resta pertanto legittima (normativamente garantita) in quanto si svolga in questo spazio» (59).

La Corte sa bene di non poter «negare che la sostituzione del personale scioperante renda meno efficace l'astensione, riducendo il disagio che con essa si vuole indurre e rendendo meno efficaci iniziative sindacali future». Tuttavia, come essa stessa precisa, «non si può far carico al datore di accettare supinamente tutte le conseguenze lesive derivanti dalla astensione, ma, purché non la impedisca, non gli si può negare di fare uso del potere orga-

a termine *ex art.* 20, c. 1, lett. *a*, nella somministrazione di lavoro (art. 32, c. 1, lett. *a*) e nel caso di lavoro intermittente *ex art.* 14, c. 1, lett. *a*. È stato censurato anche il ricorso a collaboratori a progetto (in tal senso T. Milano 13.3.2012, cit.; *contra*, T. Modena 24.4.2003, in *Banca dati Pluris*) e il caso di utilizzazione di personale fornito da ditte terze o società collegate (cfr. T. Milano 9.9.2008, in *Banca dati Pluris*, e, in precedenza, T. Cassino 25.5.2000, in *D&L*, 2000, 909 ss.; T. Milano 16.2.2002, in *D&L*, 2002, 325 ss.); legittima invece l'utilizzazione di lavoratori interinali già presenti in azienda, purché chiamati alla sostituzione nel rispetto della programmazione delle attività anteriore alla proclamazione dello sciopero (Cass. 16.12.2009, n. 26368, in *DRI*, 2010, 1162 ss., con nota di Rosano; Vd. anche T. Milano 9.3.2006, in *LG*, n. 6, 1140 ss.); si veda anche T. Milano 4.4.2008, in *D&L*, 2008, 1008 ss., con nota di Premoli.

(57) Cfr. Cass. 29.11.1991, n. 12822, in *RIDL*, 1992, n. 3, II, 518 ss.

(58) Vd. Cass. 4.7.2002, n. 9709, cit., e Cass. 4.11.2009, n. 23368, in *Banca dati Pluris*.

(59) Cass. 9.5.2006, n. 10624, in *MGL*, 2006, 728 ss., con nota di Del Punta.

nizzativo attribuito per neutralizzare almeno parte del pregiudizio che ne deriva» (60).

Resta fermo che la condotta datoriale non deve, comunque, comportare violazione di norme di legge e dei contratti collettivi (61), né devono sussistere «circostanze concrete oggettivamente idonee nei risultati a limitare la libertà sindacale» (62). Un'opposizione a uno sciopero effettuata con strumenti non consentiti dalla legge colloca la reazione del datore nell'area dell'antisindacalità.

Diventa allora fondamentale stabilire quando il comportamento datoriale oltrepassi i limiti della liceità, e qui la giurisprudenza mostra talune ambiguità.

Sicuramente legittimo è lo spostamento nelle mansioni degli scioperanti di lavoratori della stessa qualifica, nel pieno rispetto dell'art. 2103 c.c. Diverso è, invece, il caso in cui i lavoratori chiamati a sostituire i dipendenti in sciopero, o chiamati a svolgere attività diverse ma che neutralizzino gli effetti dello sciopero, siano di qualifica superiore e vengano, quindi, impiegati in mansioni inferiori.

Secondo l'orientamento progressivamente consolidatosi nell'ultimo ventennio, l'adibizione a mansioni inferiori, diverse da quelle proprie, se avviene «eccezionalmente e marginalmente e per specifiche e obiettive esigenze aziendali» (63) e ove siano «funzionalmente accessorie e complementari a quelle proprie della posizione dei lavoratori così assegnati» (64), non configura una condotta illecita. Per tale indirizzo l'eventuale estemporaneo svolgimento di compiti propri di diverse posizioni di lavoro non comporta

(60) Cass 19.7.2011, n. 15782, cit.

(61) Fra tante, vd. Cass. 16.12.2009 n. 26368, cit., e Cass. 19.7.2011, n. 15782, cit. In tal senso anche T. Firenze 9.7.2018, in <https://www.lavorodirittieuropa.it/sentenzelsentenze-provvedimenti-disciplinari/222-decreto-del-tribunale-di-firenze-del-9-7-18>, all'esito di un ricorso *ex art. 28 St. lav.* presentato dalle Oo.Ss. nei confronti di una cooperativa della grande distribuzione alimentare che durante uno sciopero era ricorsa alla sostituzione, su base volontaria, degli scioperanti con altri dipendenti con contratto *part-time weekend*.

(62) T. Milano 26.4.2000, in *D&L*, 2000, 687 ss.; T. Venezia 7.7.2002, in *RGL*, 2003, II, 384 ss.

(63) Cass. 9.3.2006, n. 10624, cit.; vd. anche Cass. 4.7.2002, n. 9709, cit. che espressamente richiama Cass. 8.6.2001, n. 7821, in *NGL*, 2001, 695 ss.; Cass. 12.8.2012, n. 14157, in *RGL*, 2013, II, 93 ss., con nota di Delogu; Cass. 19.7.2011, n. 15782, cit.; Cass. 16.12.2009, n. 26368, cit.; Cass. 3.6.2009, n. 12811, cit. Cfr., infine, Cass. 26.9.2007, n. 20164, in *LPO*, 2008, n. 3, 544 ss., con nota di Girolami.

(64) Cass. 22.5.2018, n. 12551, in *FI*, 2018, n. 7-8, I, 2398 ss.; Cass. 3.6.2009, n. 12811, cit.

alcuna violazione dell'art. 2103 c.c. (65): se la *ratio* di questa disposizione è la salvaguardia del patrimonio professionale acquisito dal dipendente, l'utilizzazione *una tantum* in mansioni diverse da quelle di appartenenza non è idonea a ledere il bene tutelato (66).

L'orientamento non è però unanime. In un'altra occasione la Suprema Corte ha seguito una linea più rigida, avvicinandosi a quella giurisprudenza di merito che esclude che lo sciopero rientri, di per sé, tra quei casi eccezionali che possano giustificare un demansionamento provvisorio (67).

Al fine di legittimare, poi, le organizzazioni sindacali a fare ricorso *ex* art. 28 St. lav., di grande interesse appare la precisazione in una pronuncia del 2012, secondo cui se la sostituzione viene fatta in modo illegittimo, non solo vi è lesione degli interessi individuali dei lavoratori, ma anche dell'interesse collettivo. La Cassazione chiarisce che una violazione dell'art. 2103 c.c. nei termini prima precisati non resta sul piano del rapporto individuale, ma reca danno all'interesse collettivo del sindacato: «il comportamento del datore di lavoro che fa ricadere su altri lavoratori (non scioperanti o addetti a settori non interessati dallo sciopero) le conseguenze negative di uno sciopero mediante il compimento di atti illegittimi lede l'interesse collettivo del sindacato, tutelato dalla legge in modo distinto e autonomo da quello dei singoli. Lo lede nella sua essenza: nella capacità di difendere i diritti dei lavoratori mediante la coalizione solidale, perché fa derivare dallo sciopero conseguenze illegittime per altri dipendenti, dividendo gli interessi dei lavoratori e ponendoli in contrasto tra loro e con le organizzazioni sindacali» (68).

Il datore di lavoro, dunque, è abilitato a predisporre solo quegli accorgimenti che si sostanzino in una gestione organizzativa ordinaria, ma non quelli che, attraverso il ricorso a risorse esterne e aggiuntive, alterino le condizioni di una leale e corretta dinamica sindacale. E in questa logica, il problema si potrebbe riproporre, in versioni allo stato inedite, con la sostituzione degli scioperanti mediante fornitura temporanea di robot

(65) È bene precisare che la giurisprudenza qui in esame è relativa al testo dell'art. 2103 c.c. *ante* riforma del 2015.

(66) In tal senso Cass. 26.9.2007, n. 20164, cit.

(67) Cass. 12.8.2012, n. 14157, cit., secondo cui il datore può pretendere lo svolgimento solo di quei compiti che sono necessari «per completamento e doverosa definizione del lavoro principale e assorbente». Vd. anche Cass. 3.6.2009, n. 12811, cit.; per la giurisprudenza di merito, T. Montepulciano 2.2.2006, in *Foro toscano*, 2006, 213; T. Venezia 7.7.2002, cit., e T. Milano 26.4.2000, cit.

(68) Cass. 12.8.2012, n. 14157, cit.

o processi di intelligenza artificiale riconducibile al fenomeno del crumiraggio cd. tecnologico (69): una forma di reazione dell'impresa che prevede non il coinvolgimento di persone nella sostituzione di lavoratori scioperanti, ma una condotta difensiva altra dalle più tradizionali e tipiche forme di crumiraggio, appena esaminate.

Gli insegnamenti della giurisprudenza, per quanto abbiano affermato che il crumiraggio interno sia comunque illegittimo nel caso di spostamento effettuato «alla sola finalità di ostacolare o vanificare l'attività sindacale» (70), a ben vedere, potrebbero far fatica ad adattarsi all'ipotesi del crumiraggio tecnologico ove la distinzione tra contromisure che determinano una opposizione al conflitto e comportamenti antagonisti leciti rischia di farsi più complessa e assumere contorni più sfumati. In questi casi, infatti, il carattere antisindacale è meno pregnante e di non immediata evidenza, rispetto alle ipotesi più volte passate al vaglio della magistratura.

7. — Segue: *le limitazioni convenzionali del diritto di sciopero: clausola di tregua e comandata* — I giudici si sono anche occupati della legittimità o meno di quei provvedimenti datoriali adottati in conseguenza della violazione di impegni assunti dalle organizzazioni sindacali in sede negoziale per non promuovere scioperi o altre iniziative conflittuali (le cd. clausole di tregua) o al fine di adottare gli opportuni accorgimenti attraverso la cd. comandata.

Sul primo versante, si tratta della più generale questione dell'efficacia delle clausole di tregua eventualmente presenti all'interno dei contratti collettivi e della possibilità di attribuire a tali clausole un'efficacia non esclusivamente obbligatoria, ma anche, in alcuni casi, normativa, cui accede la verifica di una sua eventuale natura discriminatoria.

Interessante, a tal proposito, una pronuncia di merito (71) espressasi sulla legittimità di una clausola di accordo aziendale in cui le parti, a fronte della previsione di un aumento salariale in favore dei lavoratori a titolo di anticipazione sull'aumento che sarebbe stato oggetto del rinnovo del Ccnl di categoria, escludevano, «pena decadenza, la partecipazione dei lavoratori a scioperi di carattere nazionale, regionale, provinciale o locale» indetti in ragione del suddetto rinnovo. La particolarità del caso in

(69) In tal senso Maio 2018, 1434 ss. Per un approfondimento sul cd. crumiraggio tecnologico vd. Rota 2018, 33 ss.

(70) Cass. 9.5.2006, n. 10624, cit.

(71) T. Siena 27.10.2008, in *RIDL*, 2009, n. 3, II, 727 ss.

esame è data dall'inclusione in un accordo aziendale di una clausola che sembrerebbe prevedere direttamente in capo ai lavoratori una limitazione del diritto costituzionale di sciopero «a pena di decadenza».

Il giudice, definendo la clausola in questione «clausola di tregua sindacale atipica», ha inteso evidentemente sottolineare una seppur parziale deviazione dalle clausole tradizionalmente definite di pace sindacale, con le quali le associazioni stipulanti assumono l'impegno di non promuovere azioni di rivendicazione volte a modificare le condizioni prima della scadenza del contratto collettivo. Si è ritenuto valido l'accordo e l'inserzione della clausola «atipica» di pace sindacale, sostenendo la possibilità che tali clausole possano formare oggetto di contrattazione a livello decentrato. Una volta affermata la legittimità, si esclude anche la nullità del comportamento datoriale per discriminazione, considerando l'erogazione del trattamento retributivo nei confronti di tutti i dipendenti non partecipanti allo sciopero come adempimento di un valido accordo.

È evidente che qui si pone il problema relativo alla legittimità e alla correlata operatività sul piano obbligatorio o normativo della clausola (e, dunque, dei destinatari degli effetti della stessa) e, conseguentemente, dei limiti che l'autonomia collettiva può porre all'esercizio del diritto costituzionale di sciopero. Infatti, tali accordi, seppure qualificabili come risultato di una ponderazione dell'interesse della collettività aziendale di riferimento, portano inevitabilmente all'uscita dal conflitto di un certo numero di lavoratori condizionando implicitamente gli esiti dello stesso e la possibilità di successo dell'azione rivendicativa.

Diverso è, poi, il caso di quei provvedimenti datoriali unilaterali con cui si decide di attribuire un premio *ad personam* ai lavoratori che, in occasione di uno sciopero, non vi abbiano aderito (72). In questa ipotesi si è dinanzi a scelte datoriali molto vicine dal configurarsi come attribuzioni di trattamenti economici discriminatori *ex art. 16 St. lav.*, causalmente correlati alla mancata adesione a iniziative conflittuali.

Analogamente, passando al profilo della comandata, ovvero all'individuazione di un certo numero di lavoratori che resta in servizio per garantire la sicurezza degli impianti e delle persone, la giurisprudenza ne ha ammesso la legittimità solo se convenuta in sede di accordo collettivo

(72) Cfr. T. Milano 10.7.2000, in *D&L*, 2000, 928 ss. Qualcosa di simile è accaduto di recente (agosto 2019) nello stabilimento Arcelor Mittal di Taranto (ex Ilva) con l'erogazione di un premio a quei lavoratori che non avevano aderito allo sciopero indetto per la morte di un operaio avvenuto il 10 luglio 2019, per consentire la continuità produttiva dell'azienda.

aziendale, riconoscendo, invece, il carattere antisindacale di quella disposta unilateralmente (73).

8. — *Le altre forme di astensione dal lavoro. Il cd. sciopero delle mansioni* — Il fondamento superprimario del diritto di sciopero è stato più volte messo in risalto dalla giurisprudenza di legittimità, che attraverso una *actio finium regundorum* ha puntualmente distinto l'istituto da figure che sono a esso assimilabili solo sotto il profilo effettuale della assenza del dipendente dal posto di lavoro.

Emblematica in tal senso è la posizione assunta dalla Cassazione sull'ontologica differenza tra il diritto di sciopero e le altre ipotesi di assenza giustificata dal lavoro. A suo avviso, contrariamente a fattispecie quali la malattia o l'infortunio, lo sciopero costituisce «una delle pochissime ipotesi di “autotutela” di bisogni e pretese individuali e collettive di rilievo primario che determina la sospensione degli obblighi contrattuali tra le parti, tra i quali anche l'obbligo contributivo per il datore di lavoro» (74).

La giurisprudenza ribadisce, poi, che per parlarsi di sciopero deve trattarsi di una astensione «totale» dal lavoro (75), anche se non stupisce di ritrovare sporadici esempi di pronunce volte ad affermare l'irrelevanza, salvo il rispetto dei predetti limiti esterni, delle modalità di svolgimento (76). In ogni caso, si tratta di orientamenti rimasti isolati, posto che la giurisprudenza più recente torna unanimemente a escludere che l'esecuzione parziale della prestazione ordinaria di lavoro possa assurgere al rango di sciopero.

Essa distingue, infatti, il legittimo diritto di sciopero dal cd. sciopero delle mansioni, che non rappresenta null'altro che il rifiuto di esecuzione di una parte delle mansioni legittimamente richiedibili al lavoratore, con la conseguenza che un siffatto comportamento può configurare una responsabilità contrattuale e disciplinare del dipendente, senza che il com-

(73) Cass. 26.2.2007, n. 24581, in *RGL*, 2008, II, 979 ss., con nota di Grasso, secondo cui il comportamento datoriale che predispone unilateralmente le squadre di sicurezza durante lo sciopero, violando una norma contrattuale, presenta i caratteri dell'«abuso del diritto» e risulta essere strumentalmente diretto alla lesione dell'esercizio del diritto di sciopero.

(74) Cass. 16.9.2016, n. 18195, cit.

(75) Cfr. Cass. 26.1.2016, n. 1350, in *LG*, 2016, n. 6, 572 ss., con nota di Pilati; Cass. 25.11.2003, n. 17995, *GC*, 2003, I, 1777 ss., con nota di Diamanti.

(76) Cfr. Cass. 6.10.1999, n. 11147, in *RIDL*, 2000, II, 32 ss., con nota di Pera. Nel caso di specie lo sciopero era stato attuato dai dipendenti di un'impresa di vigilanza privata procedendo agli ordinari giri di sorveglianza, ma astenendosi dall'apporre i prescritti biglietti attestanti l'espletamento del controllo.

portamento datoriale, di irrogazione delle sanzioni, sia qualificabile come antisindacale (77).

Nitidamente si afferma che «ci si colloca al di fuori del diritto di sciopero quando il rifiuto di rendere la prestazione per una data unità di tempo non sia integrale, ma riguardi solo uno o più tra i compiti che il lavoratore è tenuto a svolgere»; si può parlare di sciopero quando la «mancata esecuzione si estende per una determinata unità di tempo: una giornata di lavoro, più giornate, oppure periodi di tempo inferiori alla giornata, sempre che non si vada oltre quella che viene definita “minima unità tecnico-temporale”, al di sotto della quale l’attività lavorativa non ha significato esaurendosi in un’erogazione di energie senza scopo» (78).

È, invece, illegittimo quel comportamento del lavoratore atto a selezionare i compiti da svolgere e quelli da sospendere, in modo da operare una decurtazione unilaterale di più elementi della prestazione lavorativa contrattualmente dovuta o, comunque, un’alterazione della sua qualità (fino al caso estremo di renderla inutile) (79).

In tale logica, la giurisprudenza ha riportato entro la nozione di sciopero anche la mancata prestazione del lavoro straordinario (80), ovvero eseguito come rifiuto collettivo di prestare lo straordinario richiesto dal datore di lavoro ai sensi del contratto collettivo (81). Da qui viene fatta discendere, come ulteriore conseguenza, la legittimità della condotta del datore di lavoro che adotti un modulo produttivo più intenso di quello previsto dal

(77) Cfr. Cass. 10.7.2015, n. 14457, in *D&G online*, 13 luglio. In tal senso vd. anche Cass. 6.11.2014, n. 23672, in *LPA*, 2014, n. 3-4, II, 661 ss., con nota di Tiberi. Vd. anche Cass. 12.11.2014, n. 24142 e Cass. 5.12.2014, n. 25817; Cass. 16.10.2013, n. 23528, tutte in *Banca dati Pluris*; per la giurisprudenza di merito, cfr.: T. Milano 29.7.2008, in *OGI*, 2008, I, 543 ss.; C. App. Genova 12.12.2006, in *MGL*, 2007, 141 ss.; T. Savona, 9.8.2006, *ivi*.

(78) Cass. 8.11.2015, n. 17770, in *Banca dati Pluris*.

(79) Cfr. Cass. 26.1.2016, n. 1350, cit., secondo cui non costituisce esercizio di diritto di sciopero, ma inadempimento parziale della prestazione dovuta, il rifiuto di effettuare la consegna di una parte della corrispondenza di competenza di un collega assegnatario di altra zona della medesima area territoriale e assente dal servizio, in violazione dell’obbligo di sostituzione previsto dal Ccnl. In senso conforme già Cass. 14.6.2011, n. 12978, in *FI*, 2011, n. 10, I, 2690 ss.; Cass. 25.11.2003, n. 17995, cit.; Cass. 12.1.2011, n. 547 e n. 548, rispettivamente in *RIDL*, 2011, II, 814 ss., con nota di Eboli, e in *RGL*, 2011, II, 605 ss., con nota di Raimondi.

(80) Tale orientamento è stato ribadito dalla giurisprudenza di merito, fra cui T. Milano 29.7.2008, cit., e T. Milano 23.11.2012, in *RGL*, 2013, II, 477 ss. Vd. anche Tar Veneto 3.11.2003, n. 5458, in *TAR*, 2004, I, 23 ss.; *contra*, T. Genova 27.4.2001, in *MGL*, 2001, 675 ss.

(81) Cfr. Cass. 25.11.2003, n. 17995, cit.

contratto collettivo nazionale di lavoro per contrastare gli effetti di uno sciopero dello straordinario (82).

9. — *Gli effetti dell'esercizio del diritto di sciopero sul rapporto di lavoro* — Infine, vanno segnalate alcune pronunce che, data per scontata, a fronte di uno sciopero, la produzione dell'effetto sospensivo della retribuzione cd. corrente (83), si sono occupate di altre componenti del trattamento economico.

In particolare, i giudici sono stati chiamati a esprimersi su alcuni istituti retributivi causalmente collegati al lavoro effettivo, tra cui le mensilità aggiuntive, rispetto alle quali l'orientamento giurisprudenziale prevalente accoglie la soluzione della proporzionale riduzione. È ammessa così l'incidenza sulle mensilità aggiuntive, come la tredicesima mensilità, sul presupposto che si tratta di un emolumento che presuppone l'effettiva prestazione di attività lavorativa e non la mera permanenza nel tempo del rapporto di lavoro (84).

Maggiori oscillazioni si registrano per lo sciopero in giornata festiva, qualora l'attività lavorativa sia a vario titolo dovuta. Per ciò che concerne lo sciopero attuato di domenica, laddove tale giornata sia programmata come lavorativa con spostamento del riposo compensativo ad altra successiva giornata della settimana, la Cassazione ha stabilito la legittimità della ritenuta corrispondente alla sola retribuzione prevista per la domenica, mentre rimane dovuta la retribuzione prevista per il giorno di riposo compensativo ugualmente usufruito dal lavoratore pur rimasto inattivo nel giorno originariamente destinato al lavoro (85).

Questo orientamento è stato, però, contraddetto dalla giurisprudenza di merito di poco successiva, secondo cui in caso di mancata prestazione lavorativa per adesione a sciopero «non può enuclearsi dalla legge un diritto alla permanenza del diritto alla retribuzione fissa giornaliera», non perché vada messo in discussione «il postulato del diritto del lavoratore ad astenersi dal lavoro nelle giornate in cui cadono le festività», bensì «a causa della intrinseca natura dello sciopero», la quale presuppone la scelta di recare «danno» al datore di lavoro e la rinuncia alla retribuzione: non è,

(82) *Ivi*.

(83) Il rapporto di lavoro rimane comunque in vita per ogni altro profilo e, dunque, alcune giornate di sciopero, anche nello stesso anno, non incidono sulla durata e continuità del servizio utili per maturare il diritto ad altri emolumenti: così Cass. 23.11.2010, n. 23683, in *OGI*, 2010, 837 ss.

(84) Cfr. Cass. 26.5.2001, n. 7196, in *MGL*, 2001, 803 ss.

(85) In tal senso Cass. 20.8.2003, n. 12250, in *NGL*, 2004, 14.

dunque, «un rifiuto della prestazione le cui motivazioni si collocano in situazioni particolari non sempre direttamente scaturenti dalla volontà del lavoratore» (86).

Interessante, da ultimo, una recente pronuncia del 2019 che ha ritenuto antisindacale effettuare trattenute retributive a titolo di adesione allo sciopero nei confronti di tutti i dipendenti inseriti nel turno lavorativo dei giorni festivi, senza accertarsi se i lavoratori, non obbligati a prestare servizio nelle giornate festive – poi fatte oggetto di indizione di sciopero –, avessero offerto la loro disponibilità a prestarlo (87). Qui l'applicazione della ritenuta stipendiale in maniera indiscriminata nei confronti di tutti i lavoratori assenti dal servizio in quelle giornate festive finisce, di fatto, per costituire una mera e illegittima strumentalizzazione dello sciopero da parte del datore di lavoro, il quale, muovendo dalla mancata comunicazione delle intenzioni del dipendente e qualificando il comportamento silente in termini di adesione allo sciopero, oltre a lucrare la trattenuta retributiva, ha pure vanificato la libera determinazione di astensione del lavoratore e svuotato di significato l'azione collettiva, nonché svilto la stessa rappresentatività del sindacato.

10. — *Alcune annotazioni conclusive: verso un arretramento della logica del conflitto?* — Al termine della presente rassegna, appare utile sintetizzare alcune tendenze, anche in termini di politica giurisprudenziale, di cui preme comunque sottolineare il carattere necessariamente provvisorio, considerato che le decisioni, come noto, hanno efficacia limitata solo alle parti in causa e si fondano sulla libera valutazione ispirata al convincimento del giudice.

In primo luogo, va constatato che, nell'arco temporale indagato (1999-2019) ed entro i limiti oggettivi definiti in premessa, non si registrano, sul piano quantitativo, grandi numeri, a differenza della molteplicità di richieste di intervento che la magistratura è stata chiamata a fronteggiare negli anni più caldi della conflittualità operaia. E già questo dato può configurarsi come una sorta di indizio della crisi del conflitto collettivo, strettamente connessa, evidentemente, alla crisi di rappresentanza degli ultimi decenni.

Va poi dato atto di come la regolamentazione giudiziaria del diritto di sciopero continui a svolgere una funzione propulsiva di adattamento della norma ai problemi reali, secondo un processo di sviluppo dei principi nor-

(86) C. App. Firenze 30.1.2004, in *RIDL*, II, 531 ss., con nota di Giovedì.

(87) Cass. 1.4.2019, n. 9028, in *Banca dati Pluris*.

mativi il cui contenuto trova il proprio criterio di giudizio in una logica interpretativa di tipo aperto e, quindi, assai più argomentativa che dimostrativa. Si conferma il ruolo della giurisprudenza di affrancarsi da ogni definizione rigida precostituita della fattispecie per far rinvio alla forma che il conflitto assume nella realtà delle relazioni sindacali.

Ciononostante, i giudici sembrano non affidarsi a nozioni eccessivamente politico-sindacali, mantenendo i termini della questione su di un piano più rigorosamente giuridico. Essi non accolgono, cioè, una nozione di sciopero, per così dire, «soggettiva» – identificabile con qualsiasi forma di lotta collettiva avvertita come tale nel sentire della prassi sindacale – verosimilmente per evitare di giungere all'assurdo di qualificare come sciopero anche agitazioni collettive che si risolvano in meri gesti dimostrativi e di insubordinazione nei confronti del datore di lavoro. Al contrario, in presenza di casi in cui la lotta sindacale viene attuata con modalità poco ortodosse, riconducono le menzionate agitazioni collettive a una nozione astratta, sia pure minima, di sciopero. E, dunque, non qualunque comportamento posto in essere da una pluralità più o meno ampia di lavoratori per fini collettivi viene considerato coperto dalla garanzia costituzionale (lo si è, visto, ad esempio, in tema di sciopero cd. delle mansioni, par. 8).

Un'altra annotazione di sintesi attiene alla distinzione tra danno alla produzione e danno alla produttività, rispetto alla quale gli orientamenti giurisprudenziali evidenziano come si tratti di una distinzione di difficile applicazione pratica. Qui sembra emergere la tendenza ad accogliere un'accezione ampia di produttività aziendale, per cui la produttività ben potrebbe essere lesa anche indirettamente da un evento incidente in via immediata sulla sola produzione. Una tendenza particolarmente evidente laddove il datore di lavoro cerca di attenuare e/o minimizzare gli effetti negativi dello sciopero. Si pensi, ad esempio, alle decisioni con cui i giudici finiscono per ammettere che il datore di lavoro possa sottrarsi al danno conseguente all'astensione «allentando» i generali limiti dello *ius variandi*. Se, infatti, il danno alla produzione costituisce l'ordinario pregiudizio derivante dal legittimo esercizio del diritto di sciopero al quale il datore di lavoro rimane «fisiologicamente» esposto, appare singolare che il pregiudizio possa essere, allo stesso tempo, qualificato, nella prospettiva del rapporto di lavoro, come una situazione straordinaria e anomala che giustifica un altrimenti inammissibile dilatazione dello *ius variandi*.

È vero che il datore di lavoro rimane libero di adottare, attraverso l'ordinario esercizio del proprio potere direttivo e organizzativo, tutti gli accorgimenti idonei a ridurre o neutralizzare il pregiudizio patrimoniale conseguente all'astensione dal lavoro degli scioperanti, ma è altrettanto incon-

testabile che proprio il venir meno dell'apporto lavorativo di questi ultimi costituisce la causa efficiente di quel danno alla produzione. Danno che, a sua volta, rappresenta il legittimo pregiudizio che il datore è tenuto a sopportare in conseguenza dello sciopero, secondo la nota ricostruzione della sentenza del 1980 della Cassazione alla quale, come si è visto, tutta la giurisprudenza esaminata continua dichiaratamente a ispirarsi nella ricostruzione dei generali tratti giuridici, degli effetti e dei limiti dello sciopero.

Sembrirebbe quasi emergere una tendenza a «disinnescare» la carica dirompente di quella storica sentenza, legittimando reazioni gestionali che vanno ben al di là del contenere gli effetti dannosi nell'ambito del «fisiologico carattere conflittuale» del rapporto di lavoro. In non poche pronunce (più della Cassazione che non della giurisprudenza di merito) appaiono, infatti, depotenziate le argomentazioni contenute in quella decisione, prima tra tutte quella della configurabilità di soli limiti esterni allo sciopero, che può diventare illegittimo e, quindi, – a sua volta – legittimare il rifiuto della prestazione offerta e la relativa serrata solo – è bene ricordarlo – ove lo stesso attenti ai beni superiori della vita, dell'incolumità personale o della produttività definitivamente intesa come integrità degli impianti aziendali e futura capacità produttiva dell'impresa (e non semplice antieconomicità dell'utilizzo delle prestazioni parziali).

Ben può il datore di lavoro adottare tutte le misure volte a minimizzare le conseguenze dannose dello sciopero, ma alcune pronunce sembrano andare oltre, legittimando misure estranee alla logica del conflitto. E sono estranei (*rectius*: illegittimi) proprio a questa logica quei comportamenti idonei a pregiudicare non tanto la riuscita o l'effetto dello sciopero, bensì la generale e teorica effettività di quel diritto, che finisce per essere realmente leso allorquando si ritiene legittima la «sistematica» adozione di quelle misure idonee, di fatto, a escludere, in via generale, la produzione di un «qualunque» tipo di danno economico (si pensi, solo per ricordare alcuni orientamenti, alla richiesta di predeterminazione delle modalità di esercizio o alla sostituzione dei lavoratori scioperanti, di cui si è dato conto, rispettivamente, nei parr. 2 e 6).

Ora, a voler argomentare in senso contrario, si dovrebbe affermare che il danno alla produttività deriverebbe da un danno economico sottoposto a tali e tante variabili, difficilmente misurabili *ex ante*, da costringere i lavoratori a consultare un analista economico prima di porre in essere uno sciopero, onde essere sicuri poi di non vedersi riversati addosso i danni dello stesso a seguito della legittima serrata (88).

(88) Lo ricordava molto efficacemente Garofalo 1991, 286.

Ma ciò significherebbe ancora una volta sottrarre il diritto di sciopero a una disciplina – quella dei limiti esterni – che, per quanto dai contorni molto sfumati, dovrebbe essere preferita al semplice arbitrio giudiziario e alla confusione che ha caratterizzato e, a quanto pare, continua a caratterizzare la vicenda dell'esercizio dello sciopero, specie allorquando si richiama la tecnica del bilanciamento nella sua forma paritaria (cfr. parr. 4 e 6); è la logica stessa dello sciopero (perché, altrimenti, la stessa garanzia costituzionale non avrebbe senso) a escludere l'equiordinazione al diritto di sciopero della libertà di iniziativa economica e della libertà di dare all'iniziativa un coerente svolgimento (ai sensi dell'art. 41, cc. 1 e 2, Cost.) (89).

In definitiva, gli orientamenti giurisprudenziali più recenti tendono a consolidare un approccio di sfavore nei confronti dello sciopero, oltre che di «irriducibile resistenza a considerare il conflitto collettivo espressione fisiologica delle dinamiche sindacali» (90).

Ebbene, in questo scenario mi sembrano estremamente attuali le riflessioni di chi (91), da tempo, autorevolmente avverte come occorra che anche il giurista si renda conto che il conflitto collettivo è una caratteristica ineliminabile della moderna società industriale, un dato strutturale e insuperabile (92) della vita economico-sociale, e che, dunque, attiene al suo «funzionamento ordinario, o fisiologico», pena il far «prevalere la tendenza a colpirne le manifestazioni nella maggior misura possibile» (93).

Sia allora consentito, per cercare di proporre una riflessione davvero conclusiva (nella piena consapevolezza che si tratta di tematiche di respiro così ampio da non poter essere trattate in poche battute), fornire una indicazione agli interpreti circa la necessità – soprattutto nella materia che ci occupa – di riaffermare una concezione dell'ermeneutica giuridica che faccia capo all'argomentazione orientata alle conseguenze (94) e che così mantenga saldo il nesso di continuità (non con uno specifico indirizzo giurisprudenziale ma) con i principi e i valori fondamentali dell'ordinamento.

(89) In tal senso anche Luciani 2010, spec. 23 ss.

(90) Orlandini 2015, 119.

(91) Il riferimento è a Ghezzi 1968, 24 ss.

(92) Cfr. Bin 2007, 20, nonché Azzariti 2010, 276.

(93) Ghezzi 1968, 46.

(94) Secondo l'insegnamento, allo stato insuperato in termini di chiarezza e rigore argomentativi, di Mengoni (1996, 91 ss.).

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2018), *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in *Quaderni di ADL*, n. 15.
- Azzariti G. (2010), *Diritto e conflitti*, Laterza, Roma-Bari.
- Ballestrero M.V. (2018), *Interesse collettivo e conflitto*, in *LD*, n. 3, 411 ss.
- Betti E. (1959), voce *Autotutela (diritto privato)*, in *ED*, IV, 529 ss.
- Bin R. (2007), *Che cos'è la Costituzione?*, in *QC*, 11 ss.
- Borgogelli F. (1998), *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino.
- Calamandrei P. (1952), *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *RGL*, I, 221 ss.
- Campanella P. (1998), *Le modalità di attuazione ed i limiti all'esercizio del diritto*, in Zoli C. (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale, Commentario*, diretto da Carinci F., Utet, Torino, 474 ss.
- Gaeta L. (1990), *Le teorie dello sciopero nella dottrina italiana. Una guida alla lettura*, in *RTPC*, 139 ss.
- Garofalo M.G. (1991), voce *Forme anomale di sciopero*, in *DDPComm.*, VI, 278 ss.
- Ghera E. (1970), *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero*, in Isle (a cura di), *Indagine sul sindacato*, Giuffrè, Milano, 282 ss.
- Ghera E. (1994), *Il conflitto e lo sciopero, nella giurisprudenza probivirale*, in *RTPC*, 1122 ss.
- Ghezzi G. (1968), *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *RTPC*, 24 ss.
- Giugni G. (2014), *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
- Luciani M. (2010), *Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di Governo*, in Frosini T.E., Magnani M. (a cura di), *Diritto di sciopero e assetto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 11 ss.
- Maio V. (2018), *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *ADL*, n. 6, 1414 ss.
- Martone M. (2006), *Governo dell'economia e azione sindacale*, Cedam, Padova.
- Mengoni L. (1996), *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 91 ss.
- Nicosia G. (2017), *Coalizione e protezione. Il bilanciamento possibile nello sciopero del lavoro indipendente*, Giappichelli, Torino.
- Orlandini G. (1998), *Sciopero articolato e rifiuto delle prestazioni*, in *DLRI*, n. 77, 149 ss.
- Orlandini G. (2015), voce *Conflitto collettivo*, in *ED, Annali*, vol. IX, 95 ss.
- Pascucci P. (2017), *Conflitto, libertà sindacale e diritto al lavoro nella complessità sociale*, in Aa.Vv., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale. Convegno scientifico 19-20 maggio 2016*, Giuffrè, Milano, 219 ss.
- Persiani M. (1992), *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *DL*, I, 13 ss.
- Persiani M. (2006), *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *ADL*, n. 4-5, 1031 ss.

- Pino G. (a cura di) (2015), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive*, Giuffrè, Milano.
- Rota A. (2018), *Il crumiraggio tecnologico: una lettura comparata*, in *LLI*, n. 1, 33 ss.
- Rusciano M. (1988), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *DLRI*, n. 39, 389 ss.
- Santini F. (2011), *Le forme di sciopero*, in Lunardon F. (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, in *Trattato di Diritto del lavoro*, diretto da Persiani M., Carinci F., II, Utet, Torino, 84 ss.
- Santoro Passarelli F. (1949), *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 138 ss.
- Santoro Passarelli F. (1975), *Sciopero politico e diritto di sciopero*, in *FI*, n. 3, I, 550 ss.
- Scognamiglio R. (1986), *Una nuova svolta nella giurisprudenza del Supremo Collegio in tema di limiti di legittimità dello sciopero*, in *MGL*, 472 ss.
- Treu T. (2000), *Il conflitto e le regole*, in *DLRI*, n. 86, 285 ss.
- Valentini V. (2008), *Sciopero politico e «diritto di sciopero»: il difficile equilibrio tra «libertà sociali», categorie giuridiche e regole*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1775 ss.
- Zoppoli A. (2015), *Ancora dialogando sulla titolarità del diritto di sciopero*, in *RGL*, n. 4, I, 807 ss.

ABSTRACT

Nel saggio, l'Autrice ricostruisce l'interpretazione giurisprudenziale più recente in materia di esercizio del diritto di sciopero, confermando il ruolo centrale dei giudici nel dare "concretezza" all'art. 40 Cost. L'Autrice dimostra che, se per un verso gli orientamenti giurisprudenziali ribadiscono il rifiuto di ogni definizione precostituita della fattispecie a vantaggio della forma che il conflitto assume nella realtà delle relazioni sindacali, per altro verso rivelano un approccio di sfavore nei confronti dello sciopero, tanto da mettere in discussione il suo essere espressione fisiologica delle dinamiche sindacali, quale invece esso è.

THE STRIKE IN JURISPRUDENCE.

TOWARDS A WEAKENING OF THE LOGIC OF CONFLICT?

In the essay, the Author reconstructs the most recent jurisprudential interpretation concerning the exercise of the right to strike, confirming the central role of the judges in giving «concreteness» to article 40 of the Constitution. The Author demonstrates, on the one hand, that the jurisprudential orientations reiterate the refusal of any pre-established definition of the strike in favor of the form that the conflict assumes in the reality of labor relations. On the other hand, they reveal an unfavorable approach to the strike in order to question its being a physiological expression of union dynamics.

Giovanni Orlandini ()*

**PADRONI A CASA PROPRIA: L'ILLUSORIA VIA NAZIONALE
ALLA DIFESA DEL CONFLITTO COLLETTIVO NELLA STORIA
RECENTE DEL PROCESSO D'INTEGRAZIONE EUROPEA**

SOMMARIO: 1. Il diritto all'azione collettiva nell'Ue, tra opzione astensionista e Carta dei diritti. — 2. Il conflitto collettivo nella giurisprudenza «*post Laval*». — 3. I nuovi fronti del bilanciamento: il nucleo incompressibile della libertà d'impresa. — 4. Tutela della concorrenza e azioni collettive dei lavoratori autonomi. — 5. Le clausole di salvaguardia e la tutela «immunitaria» del diritto di azione collettiva nell'Ue. — 6. L'erosione del diritto di sciopero nell'ambito delle politiche di austerità. — 7. La negazione del conflitto come strumento di lotta politica. — 8. La stretta autoritaria sul conflitto esternalizzato. — 9. L'azione collettiva transnazionale: quale fondamento nell'ordinamento dell'Unione?

1. — *Il diritto all'azione collettiva nell'Ue, tra opzione astensionista e Carta dei diritti* — Da quando, ormai più di un decennio fa, lo tsunami dei casi *Viking* (1) e *Laval* (2) si è abbattuto sull'Ue, il tema del diritto di sciopero ha acquisito un'inedita centralità nel dibattito dottrinale, oltre che nell'agenda delle istituzioni europee. Poche sentenze hanno ricevuto più attenzione del celebre duetto di fine 2007 in letteratura (3); e ciò anche in paesi dove il loro impatto pratico sulla disciplina dello sciopero è stato pressoché nullo, come in Italia. Il che può apparire sorprendente, specie considerando come ciò sia accaduto in un'epoca che del conflitto sindacale sembra segnare il declino, a giudizio di molti irreversibile. C'è evidentemente in questo apparente paradosso la consapevolezza che, nelle questioni oggetto delle due sentenze, in gioco ci sia molto di più della definizione di un «nuovo» limite all'azione sindacale, che va a sommarsi ai molteplici cui questa è già sottoposta nei diversi Stati membri. E d'altra parte, neppure il

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Siena

(1) C. Giust. 11.12.2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation Finnish e Seamen's Union c. Viking Line ABP e la OÜ Viking Line Eesti*.

(2) C. Giust. 18.12.2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e al.*

(3) Per una ricostruzione puntuale del dibattito nella dottrina europea, Barnard 2016, 337 ss.

carattere economico dei limiti configurati dalla Corte di Giustizia può considerarsi in sé una novità sconvolgente, visto che l'interesse dell'impresa si erge a bene meritevole di tutela (anche) a fronte del conflitto sindacale in molti ordinamenti nazionali, Italia compresa (4).

Lo *shock* prodotto dalle sentenze *Viking* e *Laval* può trovare allora la sua ragione più profonda nel fatto che con esse la Corte di Giustizia ha violato una sorta di tabù, invadendo un terreno sino ad allora pacificamente considerato sottratto alle dinamiche dell'integrazione e gelosamente custodito dagli attori (istituzionali e sociali) nazionali. Ed è indubbio che le ragioni per fondare tale convinzione non mancassero. Quando nel 1991 le parti sociali europee si accordarono per sollecitare un ampliamento delle competenze della Comunità europea in materia sociale, intesero lasciare in mano agli Stati membri la regolazione del diritto di sciopero. Una scelta questa che fu come noto rispettata a Maastricht con il Protocollo sulle politiche sociali allegato al Trattato Ce; al punto che non si volle semplicemente escludere la materia del conflitto da quelle oggetto di possibile armonizzazione, ma si sancì con una disposizione *ad hoc* (l'art. 137.5 TCe, attuale art. 153.5 TfUe) l'impossibilità di qualsiasi intervento regolatore dell'Ue.

Con i suoi due storici arresti i giudici europei hanno svelato tutta l'inautenticità di una simile scelta: il Trattato impedisce sì alle istituzioni europee di regolare l'azione sindacale per via di armonizzazione positiva, ma non ne giustifica la sottrazione dal vaglio di compatibilità con il diritto dell'Ue, qualora le sue regole d'esercizio con questo entrino in collisione (5). Da ciò il concretizzarsi di una sorta di eterogenesi dei fini prodotta dall'opzione astensionista abbracciata a Maastricht (6): l'Ue non può intervenire per assicurare all'azione sindacale standard di tutela superiori a quelli garantiti dagli Stati membri, ma può limitarla anche laddove questa sia legittimamente esercitata in base al diritto nazionale.

La miopia dell'opzione astensionista si manifesta ancor più clamorosamente a fronte della più significativa novità nel quadro delle fonti eurounitarie in materia, sopravvenute al Trattato di Maastricht: il riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale per opera dell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. Dal momento che, come noto, la Carta

(4) Il riferimento è al noto limite della produttività d'azienda configurato da Cass. 30.1.1980, n. 711, in *FI*, 1980, I, 25 ss.

(5) La Corte non ha accolto la lettura dell'art. 153.5 TfUe come norma che sancisce una «rinuncia assoluta» dell'Ue a incidere sulla materia del conflitto sindacale «con interventi di armonizzazione tanto positiva che negativa» (così Carabelli 2009, 94).

(6) Di «paradosso» parlano Ingravallo (2011, 218 ss.) e Carabelli (2011, 234 ss.).

non incide sul riparto di competenze tra Ue e Stati membri (come si premura di ricordare l'art. 51), gli effetti di tale riconoscimento sono inevitabilmente vanificati dall'impossibilità per le istituzioni dell'Ue di intervenire in alcun modo per garantire l'esercizio del diritto in questione; al punto che qualsiasi violazione dello stesso (e persino la sua radicale negazione) da parte di uno Stato membro resta ammissibile per il diritto eurounitario anche dopo che la Carta ha acquisito, grazie al Trattato di Lisbona, «lo stesso valore giuridico dei Trattati» (7) (art. 6.1 TUE). Né d'altra parte la norma sottrae il diritto di sciopero alle dinamiche dell'integrazione negativa, come chiarito dalla Corte prima ancora che il Trattato di Lisbona entrasse in vigore; appunto perché anche i diritti riconosciuti dalla Carta devono conformarsi al giudizio di bilanciamento con i contrapposti diritti e libertà affermati dal diritto primario dell'Ue, *in primis* con le libertà economiche.

Resterebbe allora da capire la portata giuridica della nozione di diritto di sciopero adottata nella Carta. La formula utilizzata nell'art. 28 infatti non è neutra: lo sciopero è definito come una forma di azione collettiva, che i «lavoratori e le loro organizzazioni» hanno il diritto di esercitare «per la difesa dei loro interessi», «in caso di conflitto di interessi»; d'altra parte, il diritto all'azione collettiva spetta anche ai datori e alle loro organizzazioni, con conseguente riconoscimento del diritto di serrata.

La formula dell'art. 28 appare evidentemente sintonica con i cd. modelli organici di regolazione del conflitto (8) (in particolare con quello tedesco): il doppio riferimento agli «interessi» come fine e origine del conflitto rafforza la sua funzionalizzazione all'attività negoziale e alla stipula del contratto collettivo, mentre il riconoscimento della serrata riflette l'adesione al principio della parità delle armi. Più in generale, la norma della Carta segnala un'opzione preferenziale del diritto dell'Ue per un sistema partecipativo di relazioni industriali, qual è appunto quello presente in Germania. È anche vero però che la stessa norma richiama le «legislazioni e prassi nazionali» cui intende conformarsi; con l'effetto, da una parte, di limitare (ulteriormente) il possibile riconoscimento di una sua efficacia diretta (9), dall'altra, di escludere un suo utilizzo per ridurre gli standard di tutela del diritto riconosciuti a livello nazionale. Dal che si ricava come agli elementi

(7) L'unico strumento attivabile è rappresentato dall'art. 7 TfUE, che come noto costituisce una *extrema ratio* delle dinamiche istituzionali europee, nei fatti politicamente impraticabile e tanto più irrealistica in caso di violazione di un diritto «sociale».

(8) Il doveroso rinvio è a Wedderburn 1998, 137 ss.

(9) C. Giust. 15.1.2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, in relazione all'analogia formula presente nell'art. 27 della Carta dei diritti dell'Ue.

qualificatori contenuti nell'art. 28 debba riconoscersi una valenza più politica che strettamente giuridica. Cosa in sé non irrilevante per leggere le dinamiche evolutive dei sistemi nazionali di relazioni industriali, ma che certo conferma lo scarso valore aggiunto della Carta nel sistema delle fonti che nei diversi Stati membri tutelano il diritto di azione sindacale e ne regolano l'esercizio.

L'opzione astensionista vanifica dunque anche gli effetti del riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale dell'Ue. L'approccio del diritto eurounitario al conflitto resta condizionato dal divieto di fissare standard comuni di tutela tra Stati membri; un divieto che non esclude il prender forma di limiti al suo esercizio derivanti dalla necessità di conformarsi ai vincoli posti dallo stesso diritto dell'Ue, in particolare dalle norme che garantiscono il funzionamento del mercato interno.

Nelle pagine che seguono s'intende evidenziare come un simile approccio sia funzionale a un processo di erosione degli spazi di esercizio del conflitto sindacale che, specie negli anni della crisi, è percepibile negli Stati membri. L'evoluzione recente del diritto materiale dell'Ue mostra come il diritto all'azione sindacale resti subordinato alla *ratio* economica che regola il mercato: in un quadro di sostanziale continuità con la dottrina *Laval* (par. 2), nuovi fronti di incidenza del diritto della concorrenza e del mercato interno sull'esercizio dell'autonomia collettiva si sono aperti nella giurisprudenza più recente (par. 3 e 4). Il tentativo di recuperare una logica «immunitaria» nella legislazione derivata attraverso il ricorso a clausole di salvaguardia del diritto di azione sindacale (par. 5) non appare una risposta adeguata alle sfide poste dalle dinamiche dell'integrazione. Ai vincoli della *hard law* eurounitaria si somma infatti la pressione prodotta dalla *soft law* (ovvero dalla *governance* economica) sui sistemi nazionali di relazioni sindacali (par. 6). In un simile contesto ordinamentale, l'afasia dell'Ue in materia di conflitto sindacale si traduce nella scelta di lasciare i lavoratori e i sindacati esposti agli orientamenti regressivi e alle tendenze neautoritarie in atto a livello nazionale (parr. 7 e 8) e rende giuridicamente impraticabile l'esercizio dell'azione collettiva a livello transnazionale (par. 9).

2. — *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza «post Laval»* — La dottrina *Laval* ha trovato conferma in un inciso della sentenza *Fonnship* (10). Il caso riguardava un'azione collettiva posta in essere dai sindacati svedesi

(10) C. Giust. 8.7.2014, C-83/13, *Fonnship As c. Seko*, sulla quale, criticamente, Baylos 2018, 1174.

dei marittimi per imporre il rispetto dei minimi salariali di categoria a una nave battente bandiera panamense, di proprietà di un'impresa navale norvegese (la Fonnship, appunto) (11). L'azione sindacale aveva portato alla stipula di un nuovo contratto collettivo (12), del quale tuttavia veniva contestata la legittimità in virtù della supposta lesione della libertà di prestazione dei servizi configurata dalla sua applicazione. La Corte si è espressa in merito all'applicazione al caso di specie del Regolamento n. 4055/86 di liberalizzazione del settore del trasporto marittimo, presupposto per valutare la legittimità dell'azione collettiva e del conseguente contratto collettivo; mentre, in relazione a quest'ultima questione, i giudici europei si limitano a ricordare al giudice di rinvio che (una volta ricondotta la fattispecie nell'ambito del mercato dei servizi) qualsiasi ingiustificata restrizione alla libertà economica dell'impresa navale è contraria al diritto dell'Ue, secondo la giurisprudenza in materia che «include quella stabilita con la sentenza *Laval un Partneri*, relativa alla compatibilità delle azioni sindacali con la libera prestazione di servizi» (13).

Sul problematico rapporto tra conflitto sindacale e regole di mercato, qualche indicazione più rilevante giunge dalla Corte Aels (Efta), competente a valutare l'applicazione del diritto dell'Ue negli ordinamenti dei paesi aderenti allo Spazio economico europeo. Nel caso *Holship* (14), la Corte è stata chiamata a valutare la legittimità di un'azione di boicottaggio attuata dai sindacati (di nuovo) svedesi contro un'azienda di servizi portuali (di nuovo) norvegese, finalizzata a imporre a quest'ultima il rispetto di una clausola del contratto collettivo del settore che garantiva la «priorità» nelle assunzioni ai lavoratori iscritti presso un'apposita agenzia costituita dallo stesso contratto. L'azione collettiva è stata giudicata illegittima, mirando a un fine ultroneo rispetto alla tutela dei lavoratori e traducendosi per questo in una ingiustificata restrizione della libertà di stabilimento. Il ragionamento si iscrive anche in questo caso nella logica della dottrina *Laval* (15) e con-

(11) La Norvegia, come noto, aderisce allo Spazio economico europeo, da cui la rilevanza anche nei confronti di questo paese delle regole e dei principi relativi al mercato interno dell'Ue.

(12) Si trattava in particolare della sottoscrizione di un contratto collettivo approvato dall'*International Transport Workers' Federation*.

(13) C. Giust. C-83/13, cit., punto 41.

(14) Corte Efta 19.4.2016, E-14/15, *Holship Norge As c. Transportarbeiderforbund*.

(15) Invero la Corte si raccorda con la sentenza *Viking* (E-14/15, punto 125), dal momento che la questione riguarda la libertà di stabilimento; per i profili che qui interessano, tuttavia, il caso è assimilabile alla sentenza *Laval* (sul punto, più diffusamente, *infra*, nel testo).

ferma la sindacabilità dei fini dell'azione sindacale e del contenuto del contratto collettivo che con questa s'intende far sottoscrivere alla controparte. Tuttavia merita attenzione quanto la Corte osserva riguardo agli effetti negativi che l'accettazione della clausola di priorità avrebbe potuto produrre sui dipendenti della Holship; effetti che, appunto, la portano a escludere che il fine dell'azione possa considerarsi la «tutela dei lavoratori» (16). A questa osservazione si associa la precisazione (nella quale si coglie l'aspetto più interessante della decisione) che porre in essere azioni collettive (ivi compreso il boicottaggio) per supportare una controversia in atto tra altri lavoratori e la loro azienda costituisce legittimo esercizio di un diritto fondamentale (e in specie della libertà di associazione sancita dall'art. 11 Cedu) (17), come tale capace di giustificare una restrizione alle libertà economiche. È proprio l'assenza di una vertenza sindacale in atto a privare di un fine solidaristico l'azione dei portuali svedesi, svelandone un intento protezionistico inconciliabile con la logica dell'integrazione economica (18).

Si tratta di una precisazione che acquista particolare rilievo se messa in relazione con l'inciso della sentenza *Laval* nel quale si osserva come la stipula di un contratto collettivo non lederebbe la libertà di prestazione dei servizi qualora sia sottoscritto dall'azienda con i propri dipendenti distaccati (*rectius*, loro rappresentanti sindacali) invece che (soltanto) con quelli dello Stato ospitante (19). In sintonia con tale inciso, la sentenza *Holship* chiarisce che anche l'azione sindacale realizzata da altri lavoratori (nazionali o stranieri) per supportare la stipula di un simile accordo vada considerata legittima, diventando in tal caso funzionale a tutelare i lavoratori (già) impegnati in una vertenza sindacale. Se ne ricavano indicazioni nient'affatto scontate in merito alla praticabilità dell'azione sindacale nell'ambito del mercato interno (e dello Spazio economico europeo), dal momento che ne vengono delimitati spazi perfino più ampi di quelli configurati in molti ordinamenti nazionali; al punto da includere senz'altro nell'alveo protettivo della libertà di associazione sancita dall'art. 11 Cedu qualsiasi azione collettiva di solidarietà, ivi compreso il boicottaggio (con ciò smentendo la prudenza espressa a riguardo dalla stessa Corte di Strasburgo) (20).

(16) Osserva la Corte che «[the priority clause] protects only a limited group of workers to the detriment of other workers, independently of the level of protection granted to those other workers» (Corte Efta, E-14/15, cit., punto 126).

(17) Corte Efta, ult. cit., punto 123.

(18) Corte Efta, ult. cit., punto 127.

(19) C. Giust. 18.12.2007, C-341/05, *Laval*, punto 81.

(20) C. Edu, sentenza dell'8.4.2014, *National Trade Union of Rail, Maritime and*

Va da sé che simili aperture rilevano solo per preservare l'azione sindacale da limiti «ulteriori» rispetto a quelli previsti dal diritto nazionale, derivanti dai principi di funzionamento del mercato interno. La Corte di Giustizia può delegittimare sul piano dell'ordinamento dell'Ue uno sciopero legittimo per il diritto interno, ma non può viceversa legittimare uno sciopero che il diritto interno non considera legittimo. Né d'altra parte interessa al diritto dell'Ue se un'azione collettiva è legittima o meno per il diritto nazionale; ciò che interessa (e che ne condiziona la legittimità per l'ordinamento dell'Ue) sono gli effetti che essa produce nel mercato interno.

Quanto appena detto trova conferma nella sentenza *TUIfly* (21), ma in un'ottica che non chiama in causa (almeno direttamente) i limiti di esercizio dell'azione sindacale nell'ordinamento eurounitario. I giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto il diritto alla compensazione per la cancellazione e il prolungato ritardo di voli dovuti a uno sciopero «selvaggio» (22), non potendosi questo considerare una «circostanz[a] eccezional[e]» che, ai sensi dell'art. 5, par. 3, del Regolamento n. 261/2004, esonera le compagnie aeree da responsabilità (23). Il Considerando 14 dello stesso regolamento tra gli esempi di «circostanze eccezionali» richiama esplicitamente gli «scioperi che si ripercuotono sull'attività di un vettore aereo operativo»; ma evidentemente la Corte considera tale esempio riferito (prioritariamente se non esclusivamente) ad azioni collettive attuate da soggetti (lavoratori o sindacati) terzi rispetto allo stesso vettore aereo (24).

Transport Workers c. Regno Unito, che fa salva la restrittiva legislazione britannica sullo sciopero di solidarietà giudicandola compatibile con l'art. 11 Cedu.

(21) C. Giust. 17.4.2018, cause riunite C-195/17 *et al.*, *Krüsemann et al. c. TUIfly GmbH*.

(22) Nel caso si trattava di un'astensione concertata per malattia.

(23) In base all'art. 5, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 261/2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione e assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato, il diritto alla compensazione è escluso in presenza di «circostanze eccezionali», che sono tali quando «non si sarebbero comunque potute evitare se fossero state adottate tutte le misure del caso». La Corte di Giustizia ha escluso che lo sciopero possa considerarsi una circostanza eccezionale, ritenendolo una normale espressione delle dinamiche di lavoro; tanto più quando trova la sua ragione in decisioni dello stesso datore contro cui è realizzato (nel caso in esame, una annunciata ristrutturazione con possibili esuberi) (C. Giust., C-195/17, cit., punti 39-42).

(24) Così, Loxton 2018. Resta da chiedersi se, in caso di uno sciopero posto in essere da lavoratori non controparti del vettore (come, ad esempio, il personale dei

Nell'ammissione del conflitto come momento fisiologico nei rapporti di lavoro si potrebbe cogliere un segnale di un orientamento più favorevole alla praticabilità dell'azione sindacale nell'ambito del mercato interno. Ma non è opportuno forzare indebitamente le argomentazioni della Corte estrapolandole dallo specifico contesto nel quale sono espresse. Ciò che piuttosto emerge dalla sentenza *TUIfly* è come essa si mantenga fedele al consolidato approccio orientato a interpretare restrittivamente le eccezioni al diritto dell'Ue; in questo caso, a vantaggio dei consumatori e a sfavore dell'impresa, dal momento che le regole oggetto della controversia sono funzionali alla tutela dei primi (25). Rispetto al conflitto sindacale come regolato a livello nazionale, il giudizio resta neutro; ciò che interessa, come detto, è il pregiudizio che esso produce su chi, per il diritto dell'Ue, beneficia dei diritti che conseguono dal funzionamento di un mercato aperto e in libera concorrenza (26).

3. — *I nuovi fronti del bilanciamento: il nucleo incompressibile della libertà d'impresa* — I timidi segnali di una più equilibrata declinazione della dottrina *Laval*, che (con una buona dose di ottimismo) si possono scorgere nella più recente giurisprudenza sul mercato interno, sono ampiamente

servizi aeroportuali), al venir meno del diritto degli utenti alla compensazione nei confronti di questo possa corrispondere un diritto al risarcimento nei confronti del sindacato e dei lavoratori che hanno attuato una simile azione sindacale; il che, applicando la dottrina *Laval*, è quanto meno ipotizzabile.

(25) «Il bilanciamento è tutto interno alle ragioni di mercato», osserva puntualmente Centamore 2018.

(26) Altra questione attiene ai possibili riflessi che la sentenza *TUIfly* può avere sulla rivendicazione da parte delle compagnie aeree di una più rigida regolazione dello sciopero nel settore, onde evitare i danni da compensazione che la Corte di Giustizia addossa loro. Alcune compagnie aeree (tra cui British Airways e Ryanair) hanno anche richiesto alla Commissione europea di attivare una procedura di infrazione contro la Francia per gli eccessivi scioperi nel suo settore aereo, contestando la violazione della libertà di prestazione dei servizi (loro e dei passeggeri) (<https://www.euractiv.com/section/aviation/news/airlines-lodge-eu-complaint-over-french-strikes/>). La procedura non è stata attivata, ma la Commissione ha espressamente invitato gli Stati ad affrontare il problema degli scioperi nel trasporto aereo, dotandosi di strumenti più efficaci per ridurre la frequenza [Commissione europea, Comunicazione dell'8.6.2017, «Aviazione: un'Europa aperta e connessa», Com(2017)286 def., 6-7]. L'invito ha provocato la reazione dei sindacati europei (*in primis* l'Etf), che hanno promosso una petizione in difesa del diritto di sciopero (*Our Rights, Your Safety*, in www.atcorights.org), richiamando la Commissione a tener conto dell'art. 153.5 TFUE e a evitare sconfinamenti negli ambiti di competenza degli Stati membri.

controbilanciati dai rischi di una progressiva estensione del suo ambito di applicazione, con la conseguente apertura di nuovi fronti di possibili infiltrazioni della *ratio* economica e di mercato nelle dinamiche dell'autonomia collettiva.

Preoccupa in particolare l'emergere di un orientamento teso a dare sostanza precettiva all'art. 16 della Carta dei diritti dell'Ue, relativo alla libertà d'impresa e funzionale a rafforzare, per questa via, lo statuto protettivo degli interessi datoriali (anche) a fronte dell'esercizio dell'azione sindacale. Non è questa la sede per soffermarsi sulle questioni oggetto delle sentenze *Alemo Herron* e *Iraklis* (ampiamente discusse in dottrina) (27), nelle quali tale orientamento ha preso forma. Basti qui evidenziare come in entrambe la libertà «fondamentale» d'impresa (e l'autonomia contrattuale del datore, che di tale libertà è espressione) entri nel giudizio di bilanciamento tra gli interessi economici datoriali e i contrapposti diritti dei lavoratori garantiti dalla legislazione nazionale, a tutto vantaggio, com'è ovvio, dei primi.

Nella sentenza *Alemo-Herron*, l'art. 16 serve per interpretare la Direttiva n. 2001/23 in materia di trasferimento d'azienda; e attraverso la norma della Carta i giudici di Lussemburgo di fatto neutralizzano l'efficacia della clausola di maggior favore presente nel testo della direttiva (28). Nel caso *Iraklis*, l'art. 16 trova applicazione grazie a una lettura estremamente lata che la Corte fa dell'ambito di applicazione dell'art. 49 TfUe, relativo alla libertà di stabilimento (29). Tale libertà è invocata non già per rimuovere vincoli che impediscono a un'impresa l'accesso a un mercato nazionale (o, come nel caso *Viking*, la sua uscita) (30), ma per contestare norme che regolano l'attività economica di un'impresa dopo che questa si è stabilita in un altro Stato membro (quali sono le norme che regolano i licenziamenti

(27) C. Giust. 18.7.2013, C-426/11, *Alemo-Herron*, e C. Giust. 21.12.2016, C-201/15, *Iraklis*, sulle quali, tra gli altri (con accenti prevalentemente critici), vd.: Prassl 2013, 434 ss.; Weatherill 2014, 167 ss.; Babayev 2016, 979 ss.; Lo Faro 2017, 217 ss.; Giubboni 2018, 172 ss.

(28) Nel caso *Alemo-Herron*, l'art. 16 CdfUe permette di giustificare un'interpretazione restrittiva della Direttiva n. 2001/23/Ce sul trasferimento d'azienda, chiudendo la strada all'applicazione ai lavoratori trasferiti di contratti collettivi firmati dopo il trasferimento senza l'attiva partecipazione dell'impresa cessionaria, in quanto lesiva della libertà contrattuale di quest'ultima.

(29) Sul punto, *amplius*, Orlandini 2017.

(30) Misure di questo tipo sono tipicamente quelle che subordinano l'esercizio di un'attività economica a licenze o comunque al possesso di particolari requisiti (per tutte, C. Giust. 15.1.2002, C-439/99, *Commissione Cee c. Repubblica italiana*); in merito, vd. Barnard 2013, 260 ss. e 341 ss.

collettivi) (31). Con il che la libertà di stabilimento, nell'argomentazione della Corte, finisce per sovrapporsi alla libertà d'impresa *tout court*, sancita appunto dall'art. 16. La libertà d'impresa, assunta a rango di diritto fondamentale, per via dell'art. 49 TfUE diventa così invocabile per sindacare la legittimità di qualsiasi disposizione di diritto del lavoro interno, acquisendo il carattere di potenziale leva di deregolamentazione dei mercati del lavoro nazionali (32).

Resta da chiedersi se e in che misura un simile arricchimento dello statuto giuridico della libertà d'impresa nell'ordinamento dell'Ue possa limitare l'esercizio dell'azione sindacale, posto che, in linea di principio, nulla osta a che un'impresa stabilitasi in un altro Stato membro possa invocarla anche nei confronti dell'operato di un sindacato in virtù della dottrina *Laval*. La logica del bilanciamento imporrebbe di valutare se le prerogative datoriali nelle quali per la Corte si sostanzia il nucleo incompressibile della libertà economica siano preservate anche a fronte dell'esercizio della libertà sindacale: e di accertare, ad esempio, che un'azione collettiva non sia esercitata in maniera talmente «efficace» da impedire all'impresa di perseguire le proprie strategie produttive, magari licenziando i lavoratori (33); o, an-

(31) Come noto, il caso *Iraklis* riguarda la legislazione greca in materia di licenziamenti collettivi, che, subordinandone la legittimità a un procedimento di autorizzazione ministeriale, ne consentiva anche il blocco.

(32) I rischi conseguenti a una lettura estensiva dell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento sono stati evidenziati lucidamente dall'Avvocato Generale Tizzano nelle sue Conclusioni al caso C-442/02 del 25.4.2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, par. 62-63: «quell'interpretazione consentirebbe agli operatori economici – tanto nazionali quanto stranieri – di utilizzare abusivamente l'art. 43 Ce [ora art. 49 TfUE] per opporsi a qualsiasi misura nazionale che, per il solo fatto di regolamentare le modalità di esercizio di un'attività economica, possa in ultima analisi restringere i margini di profitto e per ciò stesso la convenienza a esercitare quella data attività economica. Ma ciò equivarrebbe a piegare il Trattato a un fine che non gli è proprio: non già cioè di instaurare un mercato interno in cui vigano condizioni simili a quelle di un unico mercato e nel quale gli operatori possano liberamente circolare, ma di instaurare un mercato senza regole. O meglio: un mercato in cui le regole sono in linea di principio vietate, salvo che siano necessarie al soddisfacimento di esigenze imperative d'interesse generale». Osservazioni *a fortiori* valide dopo la sentenza *Iraklis*, visto l'ulteriore fondamento fornito alle prerogative datoriali dall'art. 16 della Carta dei diritti.

(33) Dal momento che la libertà di stabilimento implica l'esercizio effettivo e continuativo dell'attività economica in uno Stato membro, suo «complemento necessario» è «la libertà di determinare la natura e la portata» di tale attività assumendo i lavoratori necessari per svolgerla e, dunque, anche «la libertà di ridurre, successivamente, il volume di tale attività o persino la libertà di rinunciare a quest'ultima», licenziandoli (C. Giust. C-201/15, punti 52-53).

cora, da precludere all'impresa la possibilità di «far valere efficacemente i propri interessi» in un *iter* negoziale (34).

Nel giudizio di proporzionalità può entrare in gioco anche l'opzione a favore dei diritti di partecipazione «debole» adottata dal legislatore europeo sin dalle direttive degli anni settanta. S'intende dire che, essendo lo stesso diritto dell'Ue a configurare le forme del coinvolgimento sindacale nella gestione delle scelte organizzative e produttive dell'impresa, se ne potrebbe ricavare che solo all'interno di tali forme (cioè delle procedure di informazione e consultazione) possono esercitarsi i diritti collettivi senza intaccare il contenuto essenziale della libertà d'impresa. Se infatti è vero che il legislatore europeo nel definire il contenuto dei diritti di informazione e consultazione è attento ad assicurare che «l'intervento dei rappresentanti dei lavoratori non giung[a] mai al punto da risultare vincolante per il potere organizzativo gestionale del datore» (35), ciò è perché in tale potere il diritto dell'Ue identifica il contenuto essenziale della libertà d'impresa, oggi garantito dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (di seguito anche CdfUe). E se tale contenuto essenziale deve considerarsi incompressibile anche a fronte dell'esercizio dell'autonomia collettiva, ecco che le direttive di armonizzazione, nel riconoscere i diritti sindacali di informazione e consultazione, rischiano di definire al tempo stesso l'ambito oltre il quale l'esercizio della azione sindacale entra in collisione con i vincoli posti a presidio delle libertà di mercato. Per restare nella materia oggetto della sentenza *Iraklis*, avendo considerato «sproporzionato» il limite al potere di licenziare attribuito all'autorità pubblica dalla legislazione greca, la Corte potrebbe analogamente considerare «sproporzionata» un'azione collettiva posta in essere al termine della procedura di consultazione prevista dalla Direttiva n. 98/59 e capace di condizionare allo stesso modo le scelte dell'impresa.

4. — *Tutela della concorrenza e azioni collettive dei lavoratori autonomi*

— Le regole del mercato interno incidono anche sui profili soggettivi del diritto all'azione collettiva, limitando la possibilità di riconoscerne la titolarità ai lavoratori non subordinati.

La questione dell'estensione dei diritti sindacali al di là del tradizionale

(34) Nella sentenza *Alemo-Herron*, la Corte coglie «la sostanza stessa del diritto alla libertà d'impresa» affermata dall'art. 16 CdfUe nella «possibilità di far valere efficacemente i propri interessi in un *iter* contrattuale al quale partecipa» (C-426/11, punto 33).

(35) Zoppoli 2005, 433.

ambito del lavoro subordinato ha come noto acquisito crescente rilievo in tutti gli Stati membri, come riflesso dei processi di trasformazione del mercato del lavoro. Meritano perciò la massima attenzione i segnali che giungono dalla recente evoluzione del diritto dell'Ue, orientato a rafforzare un approccio dicotomico al mercato del lavoro fondato su una netta distinzione tra autonomia e subordinazione. Un simile approccio trova la sua ragione (di nuovo) nei principi di funzionamento del mercato interno e in particolare nelle norme in materia di concorrenza.

Come noto, il problema dell'intreccio tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva è stato affrontato per la prima volta nella sentenza *Albany* (36). In base alla cd. «formula *Albany*», per sottrarsi all'applicazione dell'art. 101 TfUE un accordo collettivo non solo deve contenere «misure volte a migliorare le condizioni di lavoro e di occupazione» (37), ma deve anche essere sottoscritto da organizzazioni di rappresentanza di «lavoratori» (38). Da ciò l'esigenza di definire con chiarezza la linea di demarcazione tra lavoro autonomo e subordinato; un'esigenza che non può essere soddisfatta lasciando la soluzione della questione alla piena discrezionalità degli Stati membri, posta la necessità di garantire l'uniformità delle regole che governano il mercato interno (39).

La formula *Albany* ha trovato una più recente applicazione nella sentenza *Fnv Kunsten* del dicembre 2014 (40), in relazione a un accordo collettivo firmato dal sindacato olandese dei musicisti che fissava tariffe minime salariali valide per i supplenti orchestrali assunti con contratto di lavoro sia subordinato che autonomo (41). Nessun dubbio sul fatto che l'accordo

(36) C. Giust. 21.9.1999, C-67/96, *Albany International BV*, punto 59.

(37) Questo criterio selettivo (di natura oggettiva) è applicato con una certa ampiezza dalla Corte di Giustizia, a beneficio dei fondi mutualistici e previdenziali di origine contrattuale (vd.: C. Giust. 3.3.2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*; analogamente; Corte Efta 22.3.2002, E-8/00, *Norwegian Federation of Trade Unions*).

(38) C. Giust., C-67/96, punti 62-63.

(39) La necessità di distinguere con chiarezza il lavoro autonomo da quello subordinato, al fine di garantire rispetto al primo l'applicazione delle regole della concorrenza, trova conferma nella Comunicazione della Commissione «Il mercato unico in un mondo che cambia. Una risorsa straordinaria che richiede un rinnovato impegno politico», del 22.11.2018, Com(2018)772, 14, dove si legge che «Per permettere ai modelli commerciali basati sull'economia collaborativa di crescere in tutto il loro potenziale e portata, è essenziale evitare il ricorso a normative non coordinate da parte degli Stati membri, ad esempio per quanto riguarda la definizione della linea di confine tra il lavoro dipendente e la fornitura di servizi "tra pari"».

(40) C. Giust. 4.12.2014, C-413/13, *Fnv Kunsten Informatie en Media*.

(41) Del confine tra «autonomia» e «subordinazione» i giudici di Lussemburgo si sono occupati anche nella sentenza *Fenoll* (C. Giust. 26.3.2015, C-316/13) per

mirasse a tutelare le condizioni di lavoro (42); tuttavia la Corte conclude per la sua contrarietà all'art. 101 TfUE proprio perché destinato a regolare rapporti di lavoro autonomo. Solo i «falsi autonomi», ovvero quanti si trovano in una situazione di fatto equivalente a quella dei lavoratori subordinati, possono beneficiare delle tutele contrattuali, giustificandosi in tal caso (e solo in tal caso) la sottrazione dalle regole della concorrenza dei prodotti dell'autonomia collettiva (43).

La sentenza ha dato origine a interpretazioni discordanti, frutto di una diversa lettura del concetto di «falso autonomo» e della connessa nozione di lavoro subordinato enunciata dalla Corte (44). L'ambiguità di fondo della sentenza deriva sia dall'incertezza applicativa dei criteri elaborati dai giudici europei per qualificare il lavoratore come subordinato (45), sia (ancor prima) dall'irrisolto nodo del rapporto tra nozione eurounitaria di lavoratore (subordinato o autonomo) e nozione adottata negli ordinamenti nazionali. Solo infatti se è possibile considerare «falso autonomo» anche il lavoratore che non è tale per il diritto nazionale, una parte del lavoro autonomo economicamente dipendente potrebbe sottrarsi alle regole della concorrenza (ad esempio, certamente il lavoro etero-organizzato *ex* art. 2, d.lgs. n. 81/15).

Resta tutta l'opinabilità di una disciplina che preclude «a monte» la possibilità per i lavoratori autonomi di sviluppare una propria attività di ne-

evitare che venissero sottratti diritti garantiti dalle fonti Ue (nel caso, le ferie) a lavoratori qualificati come autonomi in un ordinamento nazionale, ma sostanzialmente equiparabili a lavoratori considerati subordinati nello stesso ordinamento (diffusamente Risak, Dullinger 2018); l'ottica imposta dal diritto della concorrenza è però opposta, trattandosi in questo caso di limitare la possibilità di estendere al lavoro autonomo le tutele del lavoro subordinato, in specie l'applicazione dei contratti collettivi.

(42) C. Giust., ult. cit., punti 39 e 40.

(43) C. Giust., ult. cit., punto 38.

(44) A una lettura critica della sentenza, in quanto preclusiva dello sviluppo della contrattazione collettiva oltre i confini del lavoro subordinato (da ultimo, Gottardi 2018, 629; analogamente Corti 2016, 510), si contrappongono quanti ritengono possibile ricondurre tra i «falsi autonomi» chi lavora in condizione di dipendenza economica (Caruso 2018, 54, in sintonia con Risak, Dullinger 2018, 23).

(45) Lo *status* di lavoratore rilevante ai sensi dell'art. 101 TfUE, precisa la Corte, presuppone non solo che «la persona agisca sotto la direzione del suo datore, per quanto riguarda in particolare la sua libertà di scegliere l'orario, il luogo e il contenuto del suo lavoro» ma anche che «non partecipi ai rischi commerciali di tale datore di lavoro e sia integrato nell'impresa di detto datore di lavoro per la durata del rapporto di lavoro, formando con essa un'unità economica» (C. Giust. C-413/13, punto 36).

goziazione e di azione collettiva (46). Tanto più considerando come le ambiguità presenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia si riflettano sulle disposizioni della recente Direttiva n. 2019/1152, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (47), passibile di diverse letture proprio in merito al suo ambito di applicazione. La direttiva riguarda infatti i soli lavoratori subordinati, o i lavoratori qualificabili come «falsi autonomi» sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia cui essa espressamente rinvia (art. 1, par. 2) (48).

Anche dalla recente evoluzione del diritto derivato esce dunque ribadita la preclusione del diritto dell'Ue verso l'esercizio delle prerogative sindacali (contrattazione e azione collettiva) dei lavoratori «genuinamente» autonomi, pur se in condizioni di dipendenza economica. E a essere penalizzati da un simile approccio sono soprattutto le nuove forme di lavoro tramite piattaforma diffuse nell'ambito della cd. *gig economy* (49). Lo conferma il Regolamento n. 1150/2019 sull'equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online (coevo alla direttiva), che esclude la possibilità dei lavoratori (autonomi) che li utilizzano di tutelare i propri interessi attraverso la contrattazione collettiva, rinviando piuttosto a codici di condotta elaborati dalle loro organizzazioni di rappresentanza con i fornitori dei servizi stessi (art. 17).

5. — *Le clausole di salvaguardia e la tutela «immunitaria» del diritto di azione collettiva nell'Ue* — Se la Corte di Giustizia sembra esser rimasta sostanzialmente insensibile all'ampio dibattito sviluppatosi intorno alle sentenze *Viking* e *Laval*, lo stesso non può dirsi per il legislatore europeo. Evidente è infatti il riflesso delle due sentenze nelle recenti fonti di diritto derivato, dove il ricorso alla clausola di salvaguardia del diritto di sciopero (cd. clausola Monti) (50) segnala la volontà di recuperare un approc-

(46) Critica anche Loi (2018, 865), che parla di «incomprensione dei meccanismi di formazione dell'autonomia collettiva».

(47) Per un primo commento, vd. Allamprese, Borelli 2019.

(48) Non è stata recepita la richiesta del Parlamento europeo di riconoscere ai lavoratori digitali «i diritti fondamentali e una adeguata protezione sociale, compreso il diritto di azione e di contrattazione collettive, anche per quanto riguarda la loro retribuzione» [Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 sulle piattaforme online e il mercato unico digitale: 2016/2276(Ini)] (in merito, Borelli 2019, 67 ss.).

(49) Schiek, Gideon 2018, 275 ss.

(50) Dal nome del cd. Regolamento Monti, n. 2679/98, sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, il cui art. 2 prevede – per la prima volta – una clausola di salvaguardia dell'azione collettiva (diffusamente Orlandini 2003, 291 ss.).

cio «immunitario» al problema del rapporto tra libertà di mercato e autonomia collettiva.

Già inserita (con formule sensibilmente diverse) nella Direttiva n. 2006/123 relativa ai servizi nel mercato interno (art. 1, par. 7) e nella cd. Direttiva *Enforcement* n. 2014/67 (art. 1, par. 2), la clausola Monti ha trovato spazio da ultimo anche nella Direttiva n. 96/71, relativa al distacco transnazionale, grazie alla riforma operata dalla Direttiva n. 2018/957. In virtù del nuovo art. 1, par. 1-*bis*, l'attuazione della Direttiva non può quindi pregiudicare in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali, compreso lo sciopero e «neppure il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali». Trattandosi di una norma dispositiva che vale a regolare le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati, la Corte di Giustizia non ne potrà ignorare l'esistenza qualora fosse chiamata a esprimersi in futuro su un caso analogo a quello oggetto della sentenza *Laval* (51).

Lo scenario aperto dal proliferare delle clausole di salvaguardia del diritto di azione collettiva è comunque incerto. Non solo perché le direttive che le contengono hanno comunque un ambito di applicazione limitato alla mobilità interna al mercato dei servizi; ma soprattutto perché resta irrisolto il problema del rapporto con i principi giurisprudenziali che la Corte ricava direttamente dal Trattato (in specie dall'art. 56 TfUE) (52).

Dalla necessità di tener conto dei vincoli posti dal diritto primario dell'Ue conseguono due possibili scenari, entrambi non auspicabili: il palesarsi di una contrarietà della clausola di salvaguardia con l'art. 56 TfUE, con conseguente obbligo di una sua rimozione, o l'imporsi di una lettura conforme della medesima clausola, che comporterebbe di fatto una neutralizzazione dei suoi effetti. La coerenza con la dottrina *Laval* si potrebbe infatti salvare lasciando esposte ai limiti deducibili direttamente dall'art. 56 TfUE le azioni sindacali volte a garantire standard di tutela superiori a quelli previsti dalla Direttiva n. 96/71 (come, ad esempio, gli elementi della retribuzione corrisposti a livello aziendale), in quanto non rientranti nello stretto ambito di applicazione di quest'ultima (53).

(51) L'art. 1, par. 1-*bis*, rende cioè impossibile per la Corte replicare l'approccio seguito nella sentenza *Laval*, nella quale, senza alcuna motivazione, si è ignorato il Considerando 22 della Direttiva n. 96/71, nel quale già si legge che «la presente Direttiva lascia impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria».

(52) Già Barnard 2008, 21, con riferimento alla clausola contenuta nella Direttiva n. 2006/123.

(53) Così interpretato, l'art. 1-*bis* si limiterebbe a confermare la legittimità del

Per superare l'intrinseca debolezza delle clausole di salvaguardia adottate dalle fonti di diritto derivato non resterebbe allora che leggere la loro diffusione come riflesso e segnale di un mutamento che interessa non solo tali fonti, ma gli stessi principi generali dell'ordinamento eurounitario, all'identificazione dei quali può contribuire anche l'univoco e perdurante orientamento della legislazione (54). D'altra parte, il consolidarsi di un orientamento del legislatore europeo teso a sottrarre l'azione sindacale agli effetti dell'integrazione negativa è testimoniato anche dal fallimentare tentativo di adottare il cd. Regolamento Monti II come strumento finalizzato a rispondere ai problemi sollevati dalle sentenze *Viking* e *Laval* (55). La sua mancata adozione si deve proprio al timore di parte degli Stati membri che esso finisse per amplificare, piuttosto che rimuovere, i rischi d'ingerenza nei sistemi nazionali di relazioni industriali (56).

Il legislatore europeo insomma, quando è intervenuto in materia, lo ha fatto sempre per preservare l'esercizio dell'azione sindacale da qualsiasi interferenza del diritto dell'Unione; al punto che, quando ha tentato di seguire la diversa logica del bilanciamento, l'iniziativa legislativa è fallita. E da ciò potrebbe ricavarsi la conferma che la garanzia di immunità dai vincoli del mercato interno per l'azione sindacale costituisca ormai un principio generale di diritto dell'Ue, tale da imporsi anche al di là dello stretto ambito di applicazione delle fonti di diritto derivato che l'hanno espressamente prevista. Ma, con ogni evidenza, è tutt'altro che scontato che un simile *revirement* possa prendere forma nella consolidata giurisprudenza in materia di libertà economiche (57).

modello di regolazione dello sciopero adottato con la *Lex Laval* svedese del 2010 (abrogata nel 2017), con la quale si ammetteva l'azione sindacale solo se finalizzata a imporre il rispetto di standard salariali equivalenti a quelli previsti dai contratti collettivi di settore applicati ai lavoratori svedesi (Bruun, Malberg 2011).

(54) Sul complesso rapporto tra fonti primarie e secondarie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, proprio in relazione alle deroghe al principio della libera circolazione, vd. Syrpis 2016, 278 ss.

(55) Proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, Com(130)2012 (sulla quale, per tutti, vd. Bruun *et al.* 2012, 279 ss.), la cui adozione è stata bloccata dall'attivazione della cd. «*yellow card procedure*».

(56) Timore alimentato dall'art. 2 della proposta di regolamento, nel quale si legge che l'esercizio «del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta le libertà [economiche] fondamentali».

(57) Sui complessi problemi sistematici che la conclusione prospettata nel testo pone sul piano dei principi generali di funzionamento del mercato interno, vd. Giubboni, Orlandini 2018a.

6. — *L'erosione del diritto di sciopero nell'ambito delle politiche di austerità* — Il ricorso alla clausola di salvaguardia dell'azione sindacale per assicurare i sindacati europei e nazionali non ha risparmiato neppure l'ambito della *governance* economica, nel quale – come noto – negli anni più acuti della crisi hanno preso forma le cd. politiche di austerità. In particolare, nel Regolamento n. 1176/2011 sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici si legge che le raccomandazioni rivolte agli Stati membri dal Consiglio (58) sono adottate «tenendo conto dell'art. 28 della Carta» (art. 6, par. 3), e pertanto non pregiudicano «il diritto di negoziare, concludere accordi collettivi e di intraprendere azioni collettive in conformità del diritto e delle prassi nazionali» (art. 1, par. 3). Le disposizioni in parola dovrebbero servire a precludere la possibilità per le istituzioni dell'Ue di indicare agli Stati membri, tra le misure da adottare per risolvere i propri squilibri finanziari, la limitazione del conflitto sindacale e dell'autonomia collettiva degli attori sociali. Il che in effetti è avvenuto, perché nelle raccomandazioni specifiche rivolte ai singoli Stati non emergono indicazioni in merito alla necessità di limitare l'azione sindacale. Tuttavia, è evidente come la clausola Monti sia del tutto inefficace a porre un argine ai processi di erosione degli spazi di praticabilità del conflitto indotti dalle riforme dei sistemi di contrattazione e di determinazione dei salari richieste – specie nei paesi più indebitati – per far fronte alla crisi.

Come noto, i programmi di consolidamento finanziario, convintamente sostenuti dalla Commissione e dal Consiglio nell'ambito della nuova *governance* economica, si sono fondati sulla logica dell'*internal devaluation*, cioè su politiche di contenimento salariale attuate attraverso l'indebolimento del livello nazionale di contrattazione (59). Il perseguimento di simili politiche è avvenuto con misure di vario genere nei diversi Stati membri e con interventi più o meno aggressivi da parte della legge, a seconda delle caratteristiche dei sistemi di relazioni industriali e dei modelli di regolazione del pubblico impiego; ma, specie nei paesi più fragili dell'eurozona colpiti dalla crisi del debito sovrano, il contenimento delle dinamiche salariali è stato univocamente realizzato, da una parte, attraverso il sostegno *ex lege* al livello decentrato di contrattazione e a canali a-sindacali di rap-

(58) Le politiche di austerità, se in alcuni paesi sono state implementate attraverso i *Memoranda of Understanding* associati ai «*bailout programmes*» (Grecia, Portogallo, Irlanda e Cipro), negli altri Stati membri (Italia compresa) sono state attuate sulla base delle raccomandazioni specifiche per paese adottate annualmente dal Consiglio su proposta della Commissione nell'ambito del semestre europeo.

(59) Per un'analisi critica delle politiche salariali promosse dall'Ue vd. (tra i tanti) i contributi in Van Gyes, Schulte 2015.

presentanza in azienda e, dall'altra, grazie al blocco della contrattazione nel lavoro pubblico (60).

Se è vero che in alcuni Stati membri i sistemi di contrattazione collettiva hanno mostrato una parziale resilienza e non hanno subito una totale disarticolazione (61), è innegabile che tali misure abbiano ovunque determinato un (ulteriore) indebolimento del potere negoziale dei sindacati, sia in azienda sia sul piano nazionale. Se si sottrae alla contrattazione di settore la sua originaria funzione tariffaria e se ne riduce la rilevanza a favore del contratto aziendale, ne esce di per sé indebolita la capacità rivendicativa del sindacato a livello nazionale: all'aziendalizzazione del diritto del lavoro (62) corrisponde insomma inevitabilmente l'aziendalizzazione del conflitto. E se in azienda viene promossa la presenza di organismi non sindacali di rappresentanza dei lavoratori, anche a questo livello la capacità di organizzazione e di azione del sindacato si riduce ulteriormente. Nell'ambito del pubblico impiego poi (dove già in tutti gli ordinamenti lo sciopero sconta sostanziali restrizioni), il blocco della contrattazione comporta di per sé l'impraticabilità dell'azione sindacale per fini contrattuali.

La richiesta da parte delle istituzioni dell'Ue di limitare per legge il diritto di sciopero è diventata esplicita quando la necessità di adottare le misure di austerità si è manifestata con maggior urgenza, in paesi destinatari dei programmi di aiuto finanziario. Ciò è avvenuto nei confronti della Grecia (63), dove per soddisfare le richieste dei «creditori» istituzionali (Commissione, Bce e Fmi) è stata legittimata nei fatti la serrata di ritorsione (64) ed è stata elevata la percentuale dei voti necessari per pro-

(60) Tra le varie analisi delle riforme indotte dalle politiche di austerità: Kilpatrick 2015; Koukiadaki *et al.* 2014; per l'impatto sui sistemi di diritto sindacale, Bruun *et al.* 2016.

(61) Pedersini, Leonardi 2017, 53 ss., e, con riferimento ai sistemi italiano, spagnolo e portoghese, Giubboni, Orlandini 2018b, 643 ss.; di «resilienza fragile» del sistema contrattuale italiano parla anche Treu (2018, 404).

(62) Bavaro 2012.

(63) Nel III Memorandum dell'agosto 2015, sottoscritto nel momento più acuto della crisi, si prevede l'impegno di rivedere la legislazione in materia di sciopero, «sul modello delle *best practices* adottate altrove in Europa»; impegno al cui rispetto il Governo è stato successivamente richiamato dal Fmi (<https://www.imf.org/fr/News/Articles/2017/02/07/NA020717Greece-Priorities-For-A-Return-To-Sustainable-Growth>).

(64) Con la legge n. 4472/17 (con la quale è stata implementata l'ultima serie di riforme richieste con il III Memorandum), si ammette la possibilità per il datore di non pagare i lavoratori che non aderiscono a uno sciopero.

(65) L'art. 211 della legge n. 4152/2018 prevede che lo sciopero debba essere ap-

clamare uno sciopero a livello aziendale (65). Ed è avvenuto nei confronti della Romania, dove l'annuncio nel 2012 del neoinsediato Governo di riformare il quadro normativo nazionale per rafforzare il sistema di contrattazione a livello nazionale ha provocato l'immediata reazione del Fmi e della Commissione europea e la richiesta di riformare piuttosto in senso più restrittivo la legislazione in materia di sciopero (66); una reazione, questa, quanto mai rivelatrice dell'attenzione dell'organo di governo dell'Unione per i diritti sindacali, vista la contemporanea censura della legislazione rumena da parte del Comitato di esperti dell'Oil per violazione della Convenzione n. 87/1948 (67).

Neppure in simili casi «limite», però, la clausola di salvaguardia è stata di alcuna utilità, iscrivendosi gli interventi delle istituzioni europee al di fuori della normale procedura prevista dal Regolamento n. 1176/2011. D'altra parte, detta clausola non garantisce comunque da interventi limitativi del diritto di sciopero operati nei singoli Stati membri per perseguire gli obiettivi di politica macroeconomica elaborati nell'ambito della *governance* economica, siano essi o meno esplicitamente richiesti dalle istituzioni europee. In quanto fonti di *soft law*, gli strumenti della *governance* si sottraggono al vaglio giurisdizionale operato dalla Corte di Giustizia, unico organismo in ipotesi deputato a far valere la cogenza della clausola in questione (68); né d'altra parte si vede come i giudici di Lussemburgo potrebbero sancire l'illegittimità di una normativa nazionale che si colloca al di fuori dell'ambito di competenza dell'Unione e (appunto) non incide su alcuna fonte (di diritto primario o derivato) di diritto dell'Ue.

Interventi legislativi diretti a ridurre il diritto all'azione sindacale sono stati proposti o attuati negli anni della crisi in diversi Stati membri. Ciò è avvenuto in particolari nei paesi dell'est (69) e nel Regno Unito (70), cioè in si-

provato dal 50% più uno dei lavoratori iscritti ai sindacati in azienda; la riforma è stata approvata nonostante la compatta mobilitazione sindacale che ha cercato di contrastarla.

(66) Clauwaert, Schömann 2012.

(67) Ceacr, 2012 *Observation*, published 102nd Ilc session (2013).

(68) Come noto, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Pringle* (C. Giust. 27.11.2012, C-370/12), ha escluso la propria giurisdizione nel valutare la compatibilità con le disposizioni della Carta dei diritti delle misure nazionali adottate nell'ambito del Meccanismo europeo di stabilità.

(69) Novitz (2016, 62-63) elenca gli Stati interessati ai processi di riforma del diritto di sciopero negli anni della crisi e le corrispondenti osservazioni critiche del Comitato di esperti Oil.

(70) Nel Regno Unito il *Trade Union Act* del 2016 ha ulteriormente irrigidito la già draconiana procedura di preventiva votazione (*pre-strike ballots*) nell'ambito dei

stemi (pur tra loro diversissimi) dove la contrattazione *multi-employers* è praticamente scomparsa e dove mancano solidi principi costituzionali in materia sindacale. Ma anche negli Stati membri dove questi principi sussistono e la struttura contrattuale ha sostanzialmente tenuto emergono segnali di orientamenti regressivi nei confronti del conflitto sindacale che, a legislazione invariata, si manifestano nella prassi e nella giurisprudenza (71), oltre che nel ricorso a strumenti amministrativi e penali per reprimere la lotta sindacale (sui quali *infra*, par. 8). E non può a tal proposito sfuggire come tali dinamiche regressive prendano forma in un contesto di diffusa violazione degli standard internazionali in materia di diritto di sciopero (a dispetto del cd. modello sociale europeo) (72). Lo certifica la «giurisprudenza» del Comitato europeo dei diritti sociali, che, già prima del deflagrare della crisi economico-finanziaria, nei suoi periodici cicli di valutazione ha più volte censurato il mancato rispetto degli standard deducibili dall'art. 6.4 della Carta sociale europea nei confronti della maggior parte degli Stati aderenti (73).

In conclusione, la clausola di salvaguardia inserita nel Regolamento n. 1176/2011, piuttosto che assicurare dal rischio di erosione del diritto di sciopero, finisce per suonare come una denuncia dell'impotenza dell'ordinamento dell'Ue a farvi fronte. In primo luogo, perché la compressione degli spazi dell'azione sindacale è principalmente prodotta per via indiretta dai processi di trasformazione dei sistemi di relazioni sindacali promossi dalle istituzioni dell'Ue; in secondo luogo, perché anche eventuali interventi diretti a limitare il conflitto da parte degli Stati membri ricadono al di fuori della giurisdizione della Corte di Giustizia; in terzo luogo, perché la negazione del diritto di azione collettiva si realizza anche in virtù del diritto nazionale vigente e senza la necessità di sostanziali riforme legislative, vista la diffusa elusione degli standard internazionali in materia da parte di tutti gli Stati membri e l'esistenza nei loro ordinamenti di molteplici strumenti (di diritto civile, amministrativo o perfino penale) funzionali al controllo della conflittualità sindacale.

servizi pubblici (in merito, tra gli altri, Blogg 2016, 299 ss.).

(71) È quanto emerge dal rapporto curato da Xhafa (2016), in particolare con riferimento a Belgio, Germania, Grecia, Portogallo e Spagna; per l'Italia si rinvia al saggio di D'Onghia nel presente fascicolo, I, 390 ss.

(72) Denuncia la sorprendente ineffettività della tutela del diritto di sciopero negli Stati membri anche La Macchia (2011, 84), nel saggio introduttivo ai rapporti nazionali raccolti nel volume da lei curato.

(73) Da ultimo, vd. Ecsr, *Conclusions 2018* (*sub* art. 6.4), e ivi riferimenti ai precedenti cicli di valutazione.

(74) Hyman 2015, 79 ss.

7. — *La negazione del conflitto come strumento di lotta politica* — Le tendenze regressive appena descritte si manifestano con particolare evidenza quando l'azione sindacale assume finalità «politiche», cioè esce dal ristretto ambito della negoziazione con la controparte datoriale. Qui l'impatto della *governance* economica acquista un duplice rilievo, giacché i limiti al conflitto sindacale posti a livello nazionale si riflettono sulla stessa capacità degli attori sociali di contrastare le politiche di austerità adottate nel suo ambito.

E invero, in un contesto di generale declino della conflittualità «economica» (dovuta anche alle dinamiche evolutive dei sistemi di contrattazione sopra richiamati), gli anni dell'austerità hanno conosciuto una relativa crescita della conflittualità di carattere politico e di protesta (74). Proprio questo genere di conflitto sindacale conosce però significative limitazioni negli ordinamenti nazionali: la distinzione tra sciopero politico puro e sciopero economico-politico, funzionale a garantire la parziale legittimità degli scioperi contro il Governo o le pubblica autorità (75), non è conosciuta negli ordinamenti nei quali il diritto di sciopero è esercitabile solo per sostenere la contrattazione collettiva, come in quasi tutti i paesi dell'est, nel Regno Unito e in Germania (76).

La preclusione di molti ordinamenti nazionali nei confronti dello sciopero come strumento di lotta politica non solo non trova argine nel diritto dell'Ue, ma anzi, in esso trova ulteriore legittimazione. Come visto, l'art. 28 della Carta dei diritti – ispirato com'è dal modello tedesco – configura evidenti limiti teleologici all'esercizio dello sciopero. Ma ancor più della formula usata dall'art. 28 per riconoscere lo sciopero (che si è detto avere scarso rilievo giuridico), sono i principi ricavabili dal diritto materiale del mercato interno a giustificare il ricorso all'azione collettiva solo se questa è strettamente funzionale a ottenere migliori condizioni di lavoro attraverso la contrattazione con la controparte. Tale conclusione è la logica conseguenza dell'applicazione del *test* di proporzionalità al giudizio di bilanciamento necessario per valutare i presupposti di legittimità del conflitto, quando questo incide sull'esercizio di una libertà economica. E in ciò si co-

(75) Tra i paesi che recepiscono questa distinzione, oltre all'Italia, la Francia, il Belgio e la Spagna; paesi dove non a caso lo sciopero è riconosciuto come diritto a titolarità individuale.

(76) Lo ricorda Dorsemont (2016, 160-161), per sottolineare l'incerto fondamento giuridico in questi Stati degli scioperi organizzati per protestare contro le misure di austerità.

(77) C. Giust., C-438/05, *Viking*, punto 87; il principio dell'*extrema ratio* rinvia

glie la regola «aurea» sottesa alla disciplina eurounitaria dello sciopero, che non implica la negazione in sé dell'arma del conflitto nell'ambito del mercato interno quanto piuttosto il suo «contenimento teleologico»: a essa, infatti, i lavoratori possono ricorrere solo per migliorare le proprie condizioni di lavoro e occupazione; o, come sopra evidenziato, anche per migliorare le condizioni di altri lavoratori, purché a loro volta impegnati in una controversia con il proprio datore di lavoro. Questa regola aurea ha come corollario il riconoscimento del conflitto come *extrema ratio* per la soluzione delle controversie (77); principio che a sua volta conferma la chiusura del diritto dell'Ue nei confronti dello sciopero politico, giacché le controversie di natura politica trovano sul piano istituzionale la loro sede naturale di composizione.

L'argomento che, nella sentenza *Laval*, la Corte di Giustizia usa per escludere la possibilità di perseguire con lo sciopero finalità che vanno oltre le tutele minime garantite dalla Direttiva n. 96/71 è un'ulteriore conferma del disconoscimento del conflitto sindacale come strumento di lotta politica: spetta solo alle autorità pubbliche (e non a soggetti privati, quali sono i sindacati) individuare obiettivi di «ordine pubblico» tali da giustificare una compressione della libertà d'impresa ai sensi dell'art. 3.10 della Direttiva n. 96/71 (78). L'argomento è usato dalla Corte per negare la possibilità (perfino) di negoziare condizioni di lavoro di miglior favore rispetto a quelle individuate dall'art. 3.1 della Direttiva; ma vale *a fortiori* per precludere l'esercizio dell'azione sindacale se finalizzata a rivendicazioni ultro-nee, che il datore non può soddisfare. Si coglie in ciò una sintonia con quanto si legge nella sentenza *Commissione/Francia* del 1997 (79), nella quale per la prima volta la Corte si è trovata a confrontarsi con l'incidenza dei conflitti sociali sulle dinamiche di integrazione del mercato. In quel caso, i giudici di Lussemburgo ricordarono alla Francia che le gravi perturbazioni del mercato nazionale (nel caso, ortofrutticolo) prodotte dalle politiche europee non potevano in alcun modo giustificare le azioni di sabotaggio poste in essere dai cittadini di uno Stato membro (nel caso, gli agricoltori francesi), dal momento che la soluzione dei problemi del mercato interno spetta alle autorità comunitarie competenti in materia (80).

ancora all'ordinamento tedesco.

(78) C. Giust., C-341/05, *Laval*, punto 84.

(79) C. Giust., 9.12.1997, C-265/95, *Commissione c. Francia*.

(80) C. Giust., ult. cit., punto 63; ancor più esplicitamente, l'Avvocato Generale Lenz nelle sue conclusioni precisa che, anche a fronte del rischio di sopravvivenza di un intero settore produttivo, azioni collettive che impediscano la circolazione delle merci non sarebbero giustificate (a prescindere dal loro carattere violento, come nel

Affermazione scontata, se applicata agli Stati e ai poteri pubblici nazionali, ma che acquista un significato e una portata di tutt'altro tenore se riferita all'operato di organizzazioni di rappresentanza di interessi collettivi (81).

8. — *La stretta autoritaria sul conflitto esternalizzato* — Al contrario di quanto avviene in relazione alle finalità dell'azione sindacale, l'ordinamento dell'Ue non sembra configurare limiti relativi alle sue forme e modalità d'esercizio. Come già segnalato, nelle fonti dell'Ue (così come nella giurisprudenza della Corte) è riconosciuto un diritto all'azione collettiva che include ma va oltre la nozione «classica» di sciopero, inteso come astensione collettiva dal lavoro. E si tratta di un'apertura di non poco conto, considerando come il conflitto sindacale tenda sempre più a esternalizzarsi, perché i lavoratori cercano di recuperare fuori dell'azienda quel potere e quella visibilità che hanno perso al suo interno.

E tuttavia, anche in questo caso, simili aperture perdono di rilevanza se non trovano corrispondenza negli ordinamenti nazionali. In altre parole, a nulla rileva il fatto che il diritto dell'Ue ammetta la legittimità di picchetti o blocchi alla circolazione, se questi non sono legittimati dal diritto dello Stato membro interessato. Le stesse clausole di salvaguardia disseminate nelle fonti derivate tutelano l'azione collettiva quando questa è ammessa dalla normativa di diritto interno, onde impedirne limitazioni derivanti dai vincoli sovranazionali determinati dall'applicazione del diritto dell'Ue. Ma sono inefficaci se i limiti derivano dalla legislazione o dalle prassi di diritto interno, cui le stesse clausole rinviano.

Sotto questo profilo giungono segnali allarmanti da diversi Stati membri, e non solo da quelli del gruppo di Visegrad (82). L'Italia è un esempio paradigmatico dell'emergere di strette autoritarie rispetto alla gestione del conflitto sociale (anche) quando si manifesta al di fuori dei luoghi di lavoro.

caso di specie) perché «spetterebbe agli enti responsabili una soluzione del problema. Poiché la politica agricola comune rientra nella competenza della Comunità, sarebbe perciò necessario un intervento delle istituzioni comunitarie competenti».

(81) Non vale a smentire l'approccio della Corte nei confronti della conflittualità «politica» la sentenza C. Giust. 12.6.2003, C-112/00, *Schmidberger*, nella quale si riconosce la legittimità degli ostacoli alla circolazione prodotti da una manifestazione ambientalista, giacché in quel caso il fine «politico» dell'azione non riguardava ambiti di competenza dell'Ue.

(82) Sui segnali di un riemergente approccio repressivo nei confronti del conflitto sindacale si sofferma Novitz (2016, 63-64), richiamando i casi di Ungheria, Grecia e Portogallo giunti all'attenzione del Comitato di esperti dell'Oil.

(83) Il d.l. n. 113/18 riforma l'art. 1 del d.lgs. n. 66/48 e reintroduce il reato di

ro. Prova ne è l'adozione dei cd. decreti sicurezza (d.l. n. 113/18, convertito in legge n. 132/18, e d.l. n. 53/2019, convertito in legge n. 77/2019), che reintroducono sanzioni penali in caso di blocchi stradali (83) e farciscono il codice penale di aggravanti per i reati commessi «nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico» (84); ma lo è anche la riscoperta dei poteri di pubblica sicurezza per limitare o impedire l'esercizio della libertà sindacale e di manifestazione (85). Uno scenario speculare a quello che ha preso forma in Spagna sotto il governo Rajoy, dove all'adozione della controversa *Ley de Seguridad Ciudadana* (cd. *Ley mordaza*) (86) ha fatto eco la riscoperta di norme del codice penale (risalenti al periodo franchista) utilizzate per reprimere il picchettaggio (87).

Merita evidenziare come simili evoluzioni del diritto nazionale, o in ipotesi riforme ancora più repressive nei confronti del conflitto sociale, non pongano problemi di compatibilità con il diritto eurounitario, perché le esigenze di «ordine pubblico» (nazionale) che le giustificano sono in questo caso funzionali a garantire (anche) la libertà di circolazione e non a limitarla. Il rapporto tra l'ordine pubblico sotteso alle misure di diritto interno e libertà economiche tutelate dal diritto dell'Ue si configura cioè in termini opposti rispetto ai casi giunti all'attenzione della Corte di Giustizia, la cui

blocco stradale, depenalizzandolo (con conseguente sanzione amministrativa) solo nel caso in cui la circolazione sia impedita dai manifestanti con «il proprio corpo» (per le incertezze applicative che ne conseguono, vd. Orlandini 2018). La nuova disposizione (come esplicitato nella relazione illustrativa) è finalizzata a «fronteggiare i sempre più frequenti episodi di blocco stradale, posti in essere anche nella forma di assembramento, suscettibili di colpire una pluralità di beni giuridici che comprendono non solo la sicurezza dei trasporti, ma anche la libertà di circolazione», e viene significativamente accomunata (nel Titolo II) alle disposizioni in materia di «prevenzione e contrasto al terrorismo e alla criminalità mafiosa».

(84) Sulle modifiche al codice penale introdotte dal d.l. n. 53/19, nella versione precedente la conversione, vd. Natale 2019.

(85) È il caso dell'ordinanza prefettizia adottata sulla base dell'art. 2 del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. n. 773/31) con la quale sono state vietate manifestazioni sindacali nelle zone adiacenti le zone industriali di Siracusa (Bellavista 2019); o dell'utilizzo del «foglio di via obbligatorio» per impedire l'esercizio dell'attività sindacale a dei sindacalisti di Sin Cobas a Prato (<http://www.notiziediprato.it/news/porte-di-prato-chiuse-per-i-rappresentanti-di-si-cobas-il-questore-firma-il-foglio-di-via-e-detta-le-condizioni>).

(86) *Ley Orgánica n. 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana*, del 30 marzo 2015.

(87) Nel 2014 oltre 300 sindacalisti sono stati incriminati in base all'art. 315(3) del codice penale, che prevede l'aggravante della partecipazione a uno sciopero nel reato di violenza privata (sulla vicenda, Baylos 2014 e Aparicio Tovar 2014).

(88) Come nella nota sentenza C. Giust. 19.6.2008, C-319/06, *Commissione c.*

competenza a deciderli deriva dal porsi tali misure in potenziale contrasto con l'esercizio delle libertà di mercato. Ed è solo se l'ordine pubblico viene invocato per limitare tali libertà che si impone una lettura «restrittiva» della nozione in parola, sottratta alla discrezionalità degli Stati membri (88). *Nulla quaestio*, invece, per il diritto dell'Ue, se uno Stato vieta o limita oltremodo l'esercizio della libertà di associazione, di manifestazione o di sciopero, giacché la materia rientra nell'esclusiva competenza degli Stati membri e tale competenza è (in questo caso) esercitata in maniera sintonica con le dinamiche dell'integrazione del mercato interno. La nozione di ordine pubblico può dunque «espandersi» a discrezione delle autorità nazionali, senza che la Corte di Giustizia possa contestarne l'eccessiva ampiezza (89).

Si manifesta, anche in questo caso, tutta l'inadeguatezza dell'opzione astensionista in materia di azione sindacale, anche se associata alla tutela «immunitaria» garantita dalle clausole di salvaguardia del diritto nazionale: strumento illusorio di protezione perché del tutto inefficace quando la compressione degli spazi di praticabilità del conflitto è frutto di opzioni di politica interna degli Stati membri e non è direttamente imputabile ai vincoli posti dalla *hard law* eurounitaria.

9. — *L'azione collettiva transnazionale: quale fondamento nell'ordinamento dell'Unione?* — Sin qui si è visto come l'opzione astensionista sancita dall'art. 153, par. 5, TfUe da una parte non permetta di preservare il diritto di sciopero dai vincoli posti dalle dinamiche dell'integrazione negativa, dall'altra lasci il diritto dell'Ue muto di fronte a interventi che, a livello nazionale, comprimano o neghino il diritto di sciopero e di azione collettiva. Corollario inevitabile di una simile afasia dell'ordinamento eurounitario in materia di conflitto collettivo è il fatto che il problema del suo esercizio a livello transnazionale resta irrisolto.

È evidente che l'art. 28 della Carta dei diritti a quelle azioni non può fornire un fondamento giuridico, posti i rigidi limiti del suo ambito di applicazione. D'altra parte (per eliminare ogni dubbio in proposito), le spiegazioni relative alla Carta si premurano di precisare che la soluzione del «problema di stabilire se le azioni sindacali possano essere condotte parallelamente in vari Stati membri» è rimessa «alle legislazioni e alle prassi na-

Lussemburgo.

(89) Questione diversa, come già osservato, riguarda l'eventuale attivazione della procedura di cui all'art. 7 TUe se sussiste «il rischio di violazione grave dei valori» fondanti l'Unione, frutto di una decisione politica assai difficile da concretizzarsi.

(90) Carrieri, Treu, 2013, 28 ss.; Veneziani 2011, 263.

zionali». Inciso superfluo e ipocrita, perché il problema non è affatto risolvibile dai singoli Stati membri, ognuno dei quali prevede specifiche regole (sostanziali o procedurali) in materia di conflitto sindacale, non coordinabili con quelle degli altri.

L'assenza di una base giuridica per lo sciopero esercitato sul piano transnazionale rende dunque di fatto impraticabile il ricorso all'arma del conflitto nei confronti delle controparti datoriali (le imprese multinazionali) e delle loro organizzazioni di rappresentanza (*Business Europe* e relative federazioni) e priva l'ordinamento dell'Ue di un presupposto imprescindibile per lo sviluppo di una contrattazione collettiva di livello sovranazionale, pur promossa dallo stesso TfUe (artt. 152 e 153 TfUe) (90).

Perde così di rilievo anche quell'importante conclusione alla quale si è detto giungono i giudici europei, nel prospettare un giudizio di bilanciamento favorevole al diritto di sciopero in caso di azione collettiva attuata congiuntamente tra i lavoratori dei diversi Stati membri. Quest'ipotesi infatti è solo in teoria praticabile e proprio il caso *Laval* dimostra come sia nei fatti irrealizzabile, visto che i lavoratori lettoni non avrebbero potuto scioperare per rivendicare i più alti standard di protezione garantiti dal sistema contrattuale svedese senza esporsi al rischio di licenziamento (91). Neppure è efficacemente realizzabile uno sciopero paneuropeo per protestare contro le politiche promosse dalle istituzioni dell'Unione – come quello del 14 novembre 2012, proclamato dalla Ces contro le politiche di austerità –, perché di dubbia legittimità in diversi ordinamenti nazionali per il suo carattere «politico» o comunque per il fatto di non essere finalizzato alla stipula di un contratto collettivo (92).

A supplire all'afasia dell'Ue in materia non bastano le regole del diritto internazionale privato, che entrano in gioco quando l'azione sindacale transnazionale solleva un problema di conflitto di leggi (93).

(91) Sulla restrittiva legislazione in materia di sciopero nei paesi baltici vd. Petraylaité, Woolfson (2006, 439 ss.), che per questo lamentano la mancanza di competenza dell'Ue in materia; si deve anche ai vincoli di legge la bassissima percentuale di scioperi in quei paesi, con il clamoroso dato della Lituania, dove tra il 2002 e il 2006 è stato registrato un solo sciopero (Petraylaité 2010, 428).

(92) Così anche Dorsemont 2016, 167.

(93) Perché ciò accada è necessario che l'azione presenti collegamenti con diversi ordinamenti, com'è ad esempio nel caso di un'azione di solidarietà transnazionale; non invece quando si tratta semplicemente di un'azione proclamata congiuntamente da sindacati di diversi Stati membri (o da un sindacato europeo) e attuata parallelamente in ciascuno Stato.

(94) In merito, diffusamente, Dorsemont, van Hoek (2011, 213 ss.), tra i po-

Criteri per selezionare la legge applicabile alle azioni collettive sono dettati dall'art. 9 del Regolamento n. 864/2007 (cd. Roma II) relativo alla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (94). La norma è stata adottata sulla scia della sentenza *Tor Caledonia* (95), con la quale la Corte di Giustizia è stata chiamata a risolvere un problema di giurisdizione (cioè di selezione del foro competente) sorto nell'ambito di una controversia tra una compagnia navale danese e un sindacato svedese. Quest'ultimo aveva proclamato uno sciopero e organizzato azioni di boicottaggio per indurre la prima ad applicare migliori condizioni di lavoro al proprio equipaggio (composto prevalentemente da marinai polacchi). La Corte di Giustizia per selezionare il foro competente ha fatto ricorso al criterio del *locus damni*, cioè del luogo dove il danno è stato prodotto (nel caso di specie la Danimarca, paese di nazionalità della nave), applicando la regola prevista dall'art. 5, par. 3, dell'allora vigente Convenzione di Bruxelles (attuale Regolamento Ue n. 1215/12, cd. Bruxelles I-bis).

La sentenza ha evidenziato l'inadeguatezza del quadro normativo vigente, posto che il criterio del *locus damni* risponde prioritariamente all'interesse del danneggiato (ovvero del datore). Da ciò l'intervento del legislatore europeo, che ha dettato dei criteri speciali di collegamento da rispettare in caso di danno extracontrattuale prodotto da azioni collettive. L'art. 9 del Regolamento Roma II prevede quindi che dell'eventuale responsabilità per danni causata da un'attività sindacale, un lavoratore, un datore o un'organizzazione di rappresentanza risponda in base alla legge del paese dove questa «è destinata a svolgersi o si è svolta». Il criterio del *locus actus* è derogato solo nel caso in cui «il presunto responsabile e la parte lesa risiedano abitualmente nello stesso paese nel momento in cui il danno si verifica» (ex art. 4, par. 2). Non ha invece trovato spazio una norma analoga nel Regolamento Bruxelles I-bis; con la conseguenza che il foro competente continuerà a essere individuato in base ai principi enunciati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Tor Caledonia*.

L'art. 9 del Regolamento Roma I aumenta il grado di certezza e prevedibilità della legge applicabile ad azioni sindacali che presentino elementi di internazionalità, e ciò a prescindere dal giudice chiamato a valutarne la legittimità. Ma non garantisce in alcun modo la legittimità di

chissimi Autori che si sono occupati del tema.

(95) C. Giust. 5.2.2004, C-18/02, *Danmarks Rederiforening, Dfds Torline A/S c. Lo Landsorganisationen i Sverige, Seko Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation*.

(96) Le regole internazionale-privatistiche possono però servire in taluni casi a su-

tali azioni, che resta dipendente dalla legge applicabile (96). Neppure il duplice criterio di collegamento (*locus actus* e residenza comune alle parti) comporta necessariamente una regolazione unitaria del conflitto quando l'azione coinvolge lavoratori di diversi Stati membri, come nel caso di azioni di solidarietà: l'azione principale e quella che la sostiene sono destinate a essere regolate da leggi diverse, anche qualora trovino esecuzione nel medesimo Stato membro (come, in ipotesi, potrebbero accadere in uno sciopero che coinvolgesse lavoratori distaccati).

I criteri dettati dall'art. 9 sono poi utilizzabili solo se si agisce per danni da responsabilità extracontrattuale nei confronti di chi organizza o attua l'azione sindacale, ma non valgono in controversie sulla responsabilità contrattuale e disciplinare conseguente a uno sciopero di cui si contesta la legittimità. In questo caso la scelta della legge applicabile è rimessa all'applicazione dei criteri indicati dall'art. 8 del Regolamento n. 593/2008 (cd. Roma I); *in primis*, quello della *lex loci laboris*, che porta a regolare uno sciopero transnazionale in base alla normativa di tanti Stati quanti sono quelli dei lavoratori che vi partecipano (97).

Le complesse problematiche cui l'applicazione del diritto internazionale privato dà origine confermano come solo la definizione di standard comuni tra Stati membri renderebbe «giuridicamente» possibile l'esercizio del diritto di azione collettiva a livello sovranazionale. Se appare irrealistico ipotizzare una riforma dell'art. 153.5 TfUE che permetta di attrarre la materia *tout court* nell'ambito di competenza dell'Ue, si tratterebbe di riconoscere (in sintonia con il principio di sussidiarietà) quanto meno la possibilità di fornire una base giuridica che legittimi le azioni sindacali di rilievo «europeo»: azioni, cioè, che presentino un collegamento con l'ordinamento dell'Unione, sia perché coinvolgenti sindacati e lavoratori di diversi Stati membri per rivendicazioni comuni, sia perché poste in essere da un sindacato nazionale per contrastare il *dumping* o per promuovere migliori condizioni di lavoro di lavoratori di altri Stati membri (come può avvenire nell'ambito del distacco). Prevedere, con fonte di diritto dell'Ue, che gli Stati membri debbano garantire l'attua-

perare i limiti posti dal diritto nazionale all'azione sindacale; lo ricorda ancora Dorssemont (2016, 168), che, sulla scia della dottrina tedesca, riporta l'esempio (invero affatto ipotetico) di uno sciopero di solidarietà organizzato da sindacati tedeschi a supporto di uno sciopero politico di lavoratori di un altro Stato membro, qualora questo (illegittimo in Germania) sia ivi ammesso.

(97) Dorssemont, van Hoek 2011.

(98) In merito alle dinamiche negoziali sviluppatesi sul piano transnazionale gra-

zione di simili azioni collettive (preservandole al tempo stesso dai vincoli del mercato interno) non comporterebbe una indebita alterazione degli equilibri propri dei sistemi di relazioni sindacali nazionali, ma sancirebbe il riconoscimento che quegli equilibri non possono precludere lo sviluppo di un sistema sovranazionale di relazioni sindacali. Resterebbe naturalmente in mano agli Stati membri il compito di scegliere in che modo garantire l'esercizio del diritto all'azione sindacale transnazionale, in sintonia appunto con il diritto e le prassi interne ai loro ordinamenti; analogamente a quanto già avvenuto nell'ambito della rappresentanza sindacale con la costituzione dei Cae.

Proprio l'esperienza dei Cae dimostra la miopia di un progetto di relazioni industriali sovranazionali «à la carte». Una volta attivato un processo di europeizzazione delle relazioni industriali, questo segue dinamiche proprie che prescindono dal quadro legale nel quale prende forma (98). Ma legittimare giuridicamente solo alcuni ambiti dell'azione sindacale (le forme di partecipazione «debole» alle decisioni aziendali) ignorandone altri (la libera contrattazione e il conflitto) riflette la volontà politica di condizionare tale processo, orientandolo secondo logiche diverse da quelle proprie dell'autonomia collettiva; il che non può non preoccupare quanti credono che difendere il libero sviluppo dell'autonomia collettiva significhi difendere un elemento fondante il modello sociale europeo.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A., Borelli S. (2019), *Direttiva condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili: un primo commento*, in <http://www.cgil.it/Direttiva-condizioni-di-lavoro-trasparenti-e-prevedibili-nellunione-europea-un-primo-commento/>.
- Aparicio Tovar J. (2014), *Fiscales y jueces ante el derecho de huelga*, in *Ofensiva contra el derecho de huelga. Apuntes y reflexiones - Cuadernos Fundación 1 Mayo* n. 37/2014, 6 ss.
- Babayev R. (2016), *Private Autonomy at the Union Level: On Article 16 CFREU and Free Movement Rights*, in *Common Market Law Review*, 979 ss.
- Barnard C. (2008), *Employment Rights, Free Movement under the EC Treaty and Service Directive*, in *Mitchell W.P. Series*, n. 5.
- Barnard C. (2013), *The Substantive Law of the EU*, Oxford University Press, Oxford.

zie ai Cae, Sciarra 2018, 68 che parla di «*expansive force of the [Ewc] Directive, beyond its formal scope*».

- Barnard C. (2016), *The calm after the storm: Time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decision in Viking and Laval*, in Bogg A. et al. (a cura di), *Research Handbook on EU Labour Law*, Edward Elgar, London, 337 ss.
- Bavaro V. (2012), *Azienda, contratto, sindacato*, Cacucci, Bari.
- Baylos A. (2014), *No se regula la huelga desde el código penal*, in *Ofensiva contra el derecho del huelga. Apuntes y reflexiones - Cuadernos Fundación 1 Mayo* n. 37/2014, 4 ss.
- Baylos A. (2018), *Derecho de huelga y medidas de conflicto*, in Casas Baamonte E., Gil Arburquerque R. (a cura di), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicacion por el Tribunal de Justicia*, F. Lefebvre ed., Madrid, 1157 ss.
- Bellavista A. (2019), *Ordinanze prefettizie, libertà di riunione e diritto al conflitto*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 150/2019.
- Bogg A. (2016), *Beyond Neo-Liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State*, in *ILJ*, 299 ss.
- Borelli S. (2019), *La prospettiva europea*, in Somma A. (a cura di), *Lavoro alla spina e Welfare à la carte. Lavoro e previdenza ai tempi della gig economy*, Meltemi, Milano, 67 ss.
- Bruun N., Malberg J. (2011), *Lex Laval. Collective Actions and Posted Workers in Sweden*, in Blanpain R., Hendrickx F. (a cura di), *Labour Law between Change and Tradition. Liber Amicorum Antoine Jacobs (Bulletin of Comparative Labour Relations n. 78)*, Wolters Kluwer, Alphen an de Rijn, 21 ss.
- Bruun N. et al. (2012), *Balancing Fundamental Rights and Economic Freedoms: Can the Monti II Initiative Solve the EU Dilemma?*, in *IJCLLR*, n. 3, 279 ss.
- Bruun N. et al. (a cura di) (2016), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland – Oregon.
- Carabelli U. (2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari.
- Carabelli U. (2011), *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 234 ss.
- Caruso B. (2018), *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, in Bronzini G. (a cura di), *Verso un Pilastro sociale europeo*, Edizione Fondazione Basso, Roma, 40 ss.
- Carrieri M., Treu T. (2013), *Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, in Id. (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, il Mulino, Bologna, 28 ss.
- Centamore G. (2018), *«Sciopero selvaggio» nel settore aereo e risarcimento dei danni ai passeggeri*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, n. 6 (www.rivistalabor.it).
- Clauwaert C., Schömann I. (2012), *The crisis and the national labour reforms – a mapping exercise («Country Report: Romania»)*, *Etui Working Paper 2012.04*, in <http://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/>.
- Corti M. (2016), *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *DLRI*, 505 ss.

- Dorsemont F. (2016), *Collective Action Against Austerity Measures*, in Bruun N. et al. (a cura di), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 153 ss.
- Dorsemont F., van Hoek A.A.H. (2011), *Collective action in Labour Conflict under the Rome II Regulation*, in Ales E., Novitz T. (a cura di), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe*, Anwerp-Oxford-Portland, 213 ss.
- Giubboni S. (2018), *Freedom to conduct a business and EU labour law*, in *European Constitutional Law Review*, 14(1), 172 ss.
- Giubboni S., Orlandini G. (2018a), *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *DLRI*, 920 ss.
- Giubboni S., Orlandini G. (2018b), *Dentro la crisi: spunti comparati sulle riforme strutturali nel diritto del lavoro in Italia, Portogallo e Spagna*, in *RGL*, I, 643 ss.
- Gottardi D. (2018), *Le modificazioni del sistema delle fonti e l'impatto sulle istituzioni Ue*, in *RGL*, I, 621 ss.
- Hyman R. (2015), *Austeritarianism in Europe: what options for resistance?*, in Natali D., Vanhercke B. (a cura di), *Social policy in the European Union: state of the play 2015*, Etui, Brussels, 79 ss.
- Ingravallo I. (2011), *Il diritto di sciopero e quello di contrattazione collettiva nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in Gargiulo P. (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, Esi, Napoli, 217 ss.
- Kilpatrick C. (a cura di) (2015), *Constitution, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: A Challenge New Area of Constitutional Inquiry*, in *Eui W.P. Law*, n. 31.
- Koukiadaki A. et al. (2014), *The transformation of Joint Regulation and Labour Market Policy in Europe during the crisis: Comparative Project Report*, University of Manchester/European Commission, Brussels.
- La Macchia C. (2011), *La tutela multilivello dell'azione collettiva. Comparazione tra nove paesi europei*, in Ead. (a cura di), *Lo sciopero in Europa. Complessità delle fonti ed effettività della tutela*, Ediesse, Roma, 84.
- Lo Faro A. (2017), *Corte di Giustizia, libertà di impresa e discipline nazionali dei licenziamenti: un altro passo verso la limitazione delle tutele del lavoro*, in *RGL*, II, 217 ss.
- Loi P. (2018), *Il lavoro autonomo tra diritti del lavoro e diritto della concorrenza*, in *DLRI*, 843 ss.
- Loxton C. (2018), *A striking decision? Industrial action ruled not extraordinary by European Court*, in <https://whitestonechambers.com/articles>.
- Natale A. (2019), *A proposito del decreto sicurezza bis*, in http://questionegiustizia.it/articolo/a-proposito-del-decreto-sicurezza-bis_20-06-2019.php.
- Novitz T. (2016), *The EU and the Right to Strike: Regulation through the Back Door and Its Impact on Social Dialogue*, in *King's Law Journal*, 46 ss.
- Orlandini G. (2003), *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario*, Giappichelli, Torino.
- Orlandini G. (2017), *Libertà di stabilimento versus diritto al lavoro: ancora un bilanciamento «sbilanciato» tra libertà economiche e diritti dei lavoratori*, in *DLRI*, 203 ss.

- Orlandini G. (2018), *Il decreto sicurezza e la criminalizzazione del conflitto: le nuove regole sui blocchi stradali e ferroviari*, in *Diritti&Lavoro Flash*, n. 8, 10 ss.
- Pedersini R., Leonardi S. (2017), *Tendenze recenti del decentramento contrattuale nell'Europa continentale. Fra interventi legislativi e autonomia delle parti*, in *QRS*, 53 ss.
- Petraylaité D. (2010), *The Right to Strike in EU Member States: A Comparative Overview with Particular Reference to Lithuania*, in *IJCLLR*, 428 ss.
- Petraylaité D., Woolfson C. (2006), «Missing in Action»: *the Right to Strike in the New Member States – an Absent EU Competence*, in *IJCLLR*, 439 ss.
- Prassl J. (2013), *Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfer of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law*, in *ILJ*, 434 ss.
- Risak M., Dullinger T. (2018), *The concept of «worker» in EU law. Status quo and potential for change*, Etui, Brussels.
- Schiek D., Gideon A. (2018), *Outsmarting the gig-economy through collective bargaining – EU competition law as barrier to smart cities?*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 275 ss.
- Sciarra S. (2018), *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Syrpis P. (2016), *EU Secondary Legislation and its Impact on Derogations from Free Movement*, in Koutrakos P. et al. (a cura di), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 278 ss.
- Treu T. (2018), *La contrattazione collettiva in Europa*, in *DRI*, 371 ss.
- Van Gyes G., Schulte T. (a cura di) (2015), *Wage Bargaining under the New European Economic Governance. Alternative Strategies for Inclusive Growth*, Etui, Brussels.
- Veneziani B. (2011), *L'art. 152 del Trattato di Lisbona: quale futuro per i «social partners»?*, in *RGL*, I, 243 ss.
- Weatherill (2014), *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: On the Improper Veneration of Freedom of Contract*, in *European Review of Contract Law*, 167 ss.
- Wedderburn Lord (1998), *Il diritto di sciopero: esiste uno standard europeo?*, in Id., *I diritti del lavoro*, Milano, 137 ss.
- Xhafa E. (2016), *The right to strike struck down? An analysis of recent trends*, Friedrich-Ebert Stiftung, Berlin, in <http://library.fes.de/pdf-files/iez/12827.pdf>.
- Zoppoli L. (2005), *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *DLRI*, 375 ss.

ABSTRACT

Il saggio intende evidenziare come il diritto di sciopero (e più in generale il diritto al «conflitto» e all'azione collettiva) sia interessato da un processo di progressiva erosione negli Stati membri dell'Ue, al quale l'ordinamento dell'Ue contribuisce significativamente. L'influenza del diritto dell'Ue su tale processo va al di là delle questioni oggetto delle storiche sentenze Viking e Laval, e si deve non solo ai vincoli posti dall'hard law eurounitaria (cioè al diritto del mercato interno), ma anche all'incidenza della soft law (la governance economica) e, soprattutto, all'assenza di standard comuni tra Stati membri che garantiscano adeguatamente l'esercizio dell'azione collettiva sia sul piano nazionale che transnazionale, mettendola al riparo da dinamiche di race to the bottom.

MASTERS IN OUR OWN HOUSE: THE FALSE WAY TO THE PROTECTION
OF THE RIGHT TO COLLECTIVE ACTION IN THE RECENT HISTORY
OF THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

The essay aims to highlight the process of progressive erosion to which the right to strike (and more generally the right to collective action) is subject, in EU member States, and the meaningful contribute of EU in support of this trend. The EU law influence on such a process goes way beyond the issues at stake in Viking and Laval and the obligations stemming from EU hard-law norms (internal market law). Indeed, it concerns also the soft-law norms' impact (economic governance) and – most of all – the absence of common standards able to properly guarantee the exercise of collective actions, both at national and transnational level, in a way to avoid a race to the bottom pressure on collective labour rights.

Keith D. Ewing, Nicola Countouris ()*

LA LIMITAZIONE DEL DIRITTO DI SCIOPERO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE (**)

*Our masters all a godly crew,
Whose hearts throb for the poor,
Their sympathies assure us, too,
If our demands were fewer.
Most generous souls! But please observe,
What they enjoy from birth
Is all we ever had the nerve
To ask, that is, the earth.*

(James Connolly, *We Only Want the Earth*, 1907)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il riconoscimento del diritto di sciopero da parte dell'Oil. — 3. I limiti al riconoscimento internazionale del diritto di sciopero: la sua accezione meramente economica. — 4. L'insufficiente risposta dell'Oil alla globalizzazione... — 5. *Segue*: ... e le sue ricadute sulle «dimensioni» dell'attività sindacale. — 6. Le ulteriori limitazioni al diritto di sciopero nelle decisioni degli organi di controllo dell'Oil. — 7. Il ripudio della nozione di sciopero quale strumento di solidarietà. — 8. Considerazioni conclusive.

1. — *Introduzione* — Il 30 luglio 2019, la sezione del King's College di Londra del Sindacato università (di seguito, Ucu) ha dato notizia ai propri iscritti dello sciopero climatico globale previsto tra il 20 e il 27 settembre 2019. Dando per certa una forte partecipazione degli studenti, la nota ha precisato che, per quanto «è politica ufficiale dell'Ucu sostenere gli sforzi per fermare i cambiamenti climatici», si tratta di scioperi «non ufficialmente approvati dal sindacato». Nonostante la preoccupazione del sindacato per la «catastrofe climatica causata dall'uomo», gli interessati a essere direttamente coinvolti o solidarizzare con gli studenti mani-

(*) K.D. Ewing è professore presso il King's College London; N. Countouris è professore presso l'University College London.

(**) La traduzione italiana è a cura di Giuseppe Antonio Recchia.

festanti sono stati semplicemente indirizzati a un sito web per avere ulteriori informazioni.

In molti potrebbero essere rimasti delusi dalla posizione dell'Ucu. Tra le ragioni di questo atteggiamento, tuttavia, vi è certamente quella legata al fatto che, nell'ordinamento britannico, un sindacato che sostenga lo sciopero o altre forme di azione collettiva può andare incontro a responsabilità civile se l'azione non sia coperta dalla immunità prevista dalla legge (1) e i lavoratori che vi partecipano hanno una protezione limitata rispetto al licenziamento ingiustificato (2). Nel caso in parola, molte potrebbero essere le ragioni di esclusione della immunità: prima di tutte il fatto che lo sciopero non abbia una «ragione economica» (3). In tali circostanze, esporsi con dichiarazioni più forti di quelle richiamate sarebbe sconsiderato, mettendo inutilmente a rischio le casse sindacali.

Ciononostante, quel comunicato solleva importanti interrogativi sulla natura del diritto di sciopero e sulle modalità della sua protezione. Storicamente, lo sciopero è stato verosimilmente usato per due scopi spesso sovrapposti. Il primo, sin dalla comparsa del fenomeno sindacale, è economico, come potente strumento in mano ai lavoratori per assicurarsi migliori condizioni di lavoro e salari. Una iniziativa che in tempi più remoti sarebbe stata verosimilmente illegale (4), ma cui si ricorre ancora oggi, benché indirizzata da regole e utilizzata meno frequentemente, per ottenere e garantire un accordo collettivo: per ironia della sorte, lo sciopero è un atto di guerra necessario ad assicurarsi un periodo di pace e stabilità (5).

Lo sciopero è stato però anche usato per scopi politici, benché raramente come mezzo per sfidare l'autorità di un Governo in carica, e ancor meno per cercare di farlo cadere (6). Nondimeno, allo sciopero hanno fatto ricorso i lavoratori che nel XIX secolo chiedevano l'estensione del diritto di voto e altre riforme costituzionali, e quelli che nel XX secolo si sono opposti a guerre ingiuste o avventate avventure straniere, dalla Rivoluzione russa, al conflitto in Corea, alla guerra in Afghanistan (7). Nel settembre

(1) Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, parr. 20-22.

(2) *Ivi*, parr. 238, 238A.

(3) *Ivi*, parr. 219, 244.

(4) E inverso, in molte giurisdizioni una tale azione darebbe adito a responsabilità penale; cfr. Jacobs 2010.

(5) Si veda il dibattito riassunto dalla Suprema Corte del Canada in *Saskatchewan Federation of Labour* [2015] SCC 1.

(6) Sull'uso dello sciopero a fini politici, Laski 1930, 126-128.

(7) Su quest'ultimo caso, vd. *International Longshoremen's Association, AFL-CIO v Allied International Inc.*, 456 US 212 (1982).

1973, due settimane dopo il colpo di stato militare cileno, i parlamentari italiani hanno giustamente riconosciuto l'importanza dello sciopero generale di solidarietà, proclamato dai sindacati nazionali: «il grande atto dello sciopero generale dei tre sindacati, che rappresentano davvero tutto il quadro sociale e politico del nostro paese» (8).

Il diritto di sciopero è quindi importante per molte ragioni, non solo come strumento di opposizione, ma ancor più come fonte di potere economico e politico dei lavoratori. E tuttavia, sebbene la sua importanza sia formalmente riconosciuta nella legislazione, nelle Costituzioni nazionali (in maniera più o meno esplicita), nei trattati economici regionali, in particolare a livello dell'Unione Europea, e nelle convenzioni sui diritti umani (anche in questo caso, in maniera più o meno esplicita), così come nel diritto internazionale (9), non sono molti i paesi che riconoscono il pieno potenziale del diritto di sciopero come fonte di legittimazione dei lavoratori o come forma di impegno democratico. La finalità della legge – qualunque sia la sua fonte – è piuttosto quella di limitare, contenere e controllare l'esistenza e l'esercizio di tale potere.

Nelle pagine che seguono, si indagherà in che misura il diritto di sciopero non appare adeguatamente protetto dal diritto internazionale. La prima questione da affrontare è il suo riconoscimento in termini concettuali assai ristretti. In secondo luogo, il diritto internazionale crea norme per gli Stati nazionali ma non per il potere globale, che consolidandosi progressivamente nelle mani di società multinazionali rende la sostanza di quel diritto sempre meno rilevante. Un ultimo aspetto riguarda poi l'attacco politico, non ancora del tutto risolto, al diritto di sciopero, portato avanti dai rappresentanti della classe imprenditoriale presenti nell'Oil, nonostante i vincoli già esistenti, le precondizioni e le ampie limitazioni ammesse allo stesso diritto da parte degli organi di controllo della stessa organizzazione.

2. — *Il riconoscimento del diritto di sciopero da parte dell'Oil* — I lettori di questa *Rivista* saranno consapevoli della fragile protezione del diritto di sciopero nel diritto internazionale, e l'analisi della natura e della portata della sua protezione serve solo a evidenziarne ulteriormente i limiti. A livello internazionale, il riconoscimento del diritto in sciopero è emerso in una diversa era di sviluppo economico e politico, un costrutto del consenso

(8) Camera dei deputati, atti parlamentari, VI Legislatura, discussioni, seduta del 26 settembre 1973, 9165, on. G. Pajetta (http://legislature.camera.it/_dati/leg06/lavori/stenografici/sed0155/sed0155.pdf).

(9) Ne fornisce un quadro dettagliato Vogt *et al.* 2019.

socialdemocratico del dopoguerra, che ne aveva garantito già una maggiore visibilità nelle diverse Costituzioni nazionali (10). Come è noto, però, il riconoscimento internazionale del diritto di sciopero non si è avuto esplicitamente attraverso una sua codificazione, ma in maniera implicita attraverso le decisioni degli organi di controllo dell'Oil.

Gli storici del diritto internazionale ne attribuiscono il riconoscimento al Comitato della libertà sindacale (di seguito, Cls) nel 1952 e alla Commissione di esperti sull'applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni (di seguito, Cde) nel 1959, che lo hanno dedotto rispettivamente dai principi costituzionali dell'Oil stessa e dalla Convenzione sulla libertà sindacale n. 87 (11). Tanto è importante per due ragioni: il suo *status* costituzionale implica che il diritto di sciopero ha portata generale, come principio vincolante per tutti gli Stati per la stessa adesione all'Oil (indipendentemente dalla ratifica di qualsiasi trattato successivo); il suo collegamento alla Convenzione n. 87, anziché alla Convenzione n. 98, ne amplia il ruolo in relazione alla contrattazione collettiva (12).

Da quel momento, le decisioni degli organi di controllo dell'Oil sono aumentate in maniera esponenziale, non senza tuttavia una dura reazione della componente imprenditoriale che ha messo in discussione tanto l'autorevolezza della Commissione di esperti quale soggetto legittimato alla interpretazione delle norme, quanto l'idoneità dell'art. 3 della Convenzione n. 87 a includere il diritto di sciopero nel suo campo di applicazione (13). La disputa si è chiusa con una tregua – che non appare quale soluzione definitiva – quando nel 2015 i due gruppi dei datori di lavoro e dei lavoratori hanno formalmente ammesso che «il diritto dei datori e dei lavoratori di intraprendere azioni collettive a sostegno dei loro legittimi interessi sindacali è riconosciuto da i componenti dell'Oil» (14).

Su cosa abbia provocato una tale reazione da parte datoriale si possono fare solo congetture. Essa sorprende non poco, attesi, da un lato, l'attiva partecipazione del gruppo datoriale ai lavori del Cls, organo trilaterale, e, dall'altro, il pacifico riconoscimento di quel diritto da parte della Commissione

(10) In Italia e Francia prima, e in Grecia, Spagna e Portogallo poi: cfr. Ewing 2012.

(11) Gernigon *et al.* 1998, 441.

(12) Sul nesso tra contrattazione collettiva e diritto di sciopero, vd. *Crofter Hand Woven Harris Tweed v Veitch*, 1942, SC (HL), 1 (specialmente nelle argomentazioni di Lord Wright), e *Saskatchewan Federation of Labour v Saskatchewan*, cit.

(13) Per una ricostruzione analitica della vicenda, Bellace 2014; la persuasiva difesa delle proprie posizioni da parte della Cde è contenuta in Oil 2012, parr. 118-123.

(14) Vogt 2016, 110.

di esperti per quasi settant'anni (15). Si può in maniera plausibile ritenere che all'inaspettata opposizione abbiano contribuito: (i) la fine della Guerra Fredda, e della necessità per gli imprenditori di impegnarsi in concessioni ideologiche; (ii) il pendere dell'ago della bilancia del potere economico e politico in favore dei datori di lavoro in un'epoca di globalizzazione; e (iii) la sfida ai guadagni d'impresa portata avanti in particolare (anche se non solo) dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e alimentata dalle decisioni dell'Oil (16).

Indipendentemente dalle ragioni del gruppo dei datori, l'affermazione secondo cui il diritto di sciopero non è un principio universalmente accettato nel diritto internazionale, nonostante le sue origini incerte, è stata contraddetta dagli sviluppi successivi (17), non ultimo dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, che all'art. 8 prevede che «Gli Stati parti del presente Patto si impegnano a garantire [...] d) il diritto di sciopero, purché esso venga esercitato in conformità delle leggi di ciascun paese». Tanto consente evidentemente la possibilità di una serie di restrizioni fissate dalla legislazione nazionale; è tuttavia fondamentale che tali restrizioni non possano «pregiudicare, o essere applicate in modo da pregiudicare, le garanzie previste» dalla Convenzione n. 87.

Tanto rafforza l'idea che il diritto di sciopero sia protetto dalla Convenzione n. 87 (18). Se così non fosse, perché gli autori del Patto internazionale avrebbero dovuto collocare il diritto di sciopero in un articolo che tratta della libertà di associazione, e così chiaramente ispirato dalla Convenzione n. 87? E perché avrebbero dovuto fissare nel Patto uno standard di protezione di quel diritto in misura non inferiore a quanto stabilito dalla Convenzione n. 87, se quest'ultima non si occupasse della protezione del diritto di sciopero? Non v'è dubbio che, sebbene l'attacco del gruppo datoriale all'esistenza del diritto di sciopero nel quadro normativo dell'Oil non persuada affatto, i formalisti potranno sostenere che sarebbe stato meglio se la disputa fosse stata prevenuta da un riconoscimento formale di quel diritto. Su questo aspetto si tornerà più avanti.

3. — *I limiti al riconoscimento internazionale del diritto di sciopero: la sua accezione meramente economica* — Il primo problema relativo al modo in

(15) Wisskirchen 2005, 253.

(16) Vd. Ewing 2015, 517.

(17) Sono argomentazioni utilizzate dalla Commissione di esperti nella propria difesa (Oil 2012, 48).

(18) Per approfondimenti, Ewing 2013, 145.

cui il diritto di sciopero è stato riconosciuto dagli organi di controllo dell'Oil è dato dal fatto che questo venga relegato a mero diritto economico, come si evince dalla più recente raccolta di decisioni del Comitato della libertà sindacale; benché il diritto di sciopero venga dal Comitato riconosciuto come «diritto fondamentale dei lavoratori e delle loro organizzazioni» (19), lo stesso è effettivamente tale «solo nella misura in cui viene utilizzato come mezzo per difendere i propri interessi economici» (20). Si tratta di una formulazione che non solo legittima l'imposizione di limiti all'estensione e alla funzione del diritto in parola, ma contribuisce nel diritto internazionale a individuare il ruolo dei sindacati come entità esclusivamente economiche, la cui vocazione è puramente economica, e ne vede ridimensionato il possibile ruolo politico o democratico.

Quest'ultimo aspetto appare in realtà offuscato dal fatto che il Cls sembrerebbe proibire limiti a qualunque forma di sciopero politico. Nella richiamata raccolta di decisioni viene sottolineato infatti come «758. Gli interessi professionali ed economici che i lavoratori difendono attraverso l'esercizio del diritto di sciopero non riguardano solo migliori condizioni di lavoro o richieste collettive di natura professionale, ma anche la ricerca di soluzioni a questioni di politica economica e sociale e problemi che si presentano all'impresa e che riguardano direttamente i lavoratori». E ancora: «759. Le organizzazioni responsabili della difesa degli interessi socio-economici e occupazionali dei lavoratori dovrebbero essere messe in grado di utilizzare lo sciopero per sostenere la loro posizione nella ricerca di soluzioni ai problemi posti dalle principali tendenze di politica sociale ed economica che hanno un impatto diretto sui loro membri e sui lavoratori in generale, in particolare per quanto riguarda l'occupazione, la protezione sociale e la qualità di vita».

È altrettanto chiaro, tuttavia, che «gli scioperi di natura puramente politica non rientrano nella protezione delle Convenzioni nn. 87 e 98» (21).

Quest'ultima considerazione è rafforzata dall'osservazione secondo cui, «quando lo sciopero generale è esclusivamente politico e insurrezionale, il Comitato non ha competenza in materia» (22), seppure con la precisazione che, «mentre gli scioperi puramente politici non rientrano nel campo di applicazione dei principi della libertà sindacale, i sindacati dovrebbero poter ricorrere agli scioperi di protesta, in particolare laddove mirino a criti-

(19) Oil 2018, par. 751.

(20) *Ibidem*.

(21) *Ivi*, par. 761; cfr. anche Oil 2012, par. 124.

(22) Oil 2012, par. 762.

care le politiche economiche e sociali di un Governo» (23). Anche in questo caso, tuttavia, tali scioperi o azioni di protesta – protetti indistintamente dal fatto che vi facciano ricorso i datori di lavoro o le organizzazioni sindacali – possono essere limitati «nel caso di servizi essenziali o servizi pubblici di importanza fondamentale, per i quali può essere determinato un livello minimo garantito» (24).

È vero altresì che quanto osservato dal Cls fa riferimento ad azioni di protesta che sarebbero tuttora vietate in molti sistemi legali, come due esempi tratti dalla storia sindacale britannica possono dimostrare:

– nel caso *Express Newspapers v Keys* (25), i proprietari delle principali testate giornalistiche ottennero un provvedimento cautelare nei confronti dei sindacati che spingevano per la partecipazione dei tipografi e degli altri lavoratori della stampa a una giornata di sciopero contro una proposta di legislazione antisindacale. L'ordinanza venne concessa perché il conflitto era tra sindacati e Governo, e non aveva il carattere economico tipico di una vertenza tra lavoratori e datori di lavoro;

– nel caso *Mercury Communications v Scott Garner* (26), una società di telecomunicazioni fu autorizzata a obbligare i propri ingegneri a non rifiutare una prestazione lavorativa che avrebbe consentito a un *provider* privato di accedere alle infrastrutture pubbliche di telecomunicazione. L'ingiunzione venne concessa sulla base della circostanza che il sindacato fosse stato motivato dall'opposizione alla privatizzazione piuttosto che dalla sicurezza occupazionale dei propri iscritti.

Per quanto questa e altre forme di sciopero non coperte dalla legislazione nazionale, e non solo nel Regno Unito (27), rientrerebbero comunque nella accezione di sciopero utilizzata dall'Oil, quest'ultima appare comunque ancora troppo ristretta, nel senso che nega ai sindacati un interesse politico diverso da quello attinente gli interessi economici dei propri iscritti. Non mancano tuttavia segnali di un approccio più favorevole, come si desume dal *Rapporto generale* della Commissione di esperti: «considerato che

(23) *Ivi*, par. 763.

(24) *Ivi*, par. 764.

(25) [1980] IRLR 247.

(26) [1984] ICR 74.

(27) E invero, nel 1989 la Commissione di esperti Oil aveva commentato negativamente la rimozione della protezione legale relativamente a scioperi promossi «per manifestare disapprovazione rispetto a politiche sociali o razziali di un Governo con il quale il Regno Unito ha legami commerciali o economici». Sostengono che una tale forma di azione sindacale riceverebbe protezione anche alla luce della Convenzione europea sui diritti umani Ewing, Hendy (2013).

un sistema democratico è fondamentale per il libero esercizio dei diritti sindacali, il Comitato ritiene che, in una situazione in cui i sindacati e le organizzazioni datoriali ritengano di non godere delle libertà fondamentali necessarie per adempiere alla propria missione, essi sarebbero giustificati nel chiedere il riconoscimento e l'esercizio di queste libertà; tali pacifiche rivendicazioni dovrebbero essere considerate come rientranti nel quadro della legittima attività sindacale» (28).

Ma nel momento in cui a Hong Kong è in corso uno sciopero generale per scopi politici piuttosto che economici, permangono tuttavia dubbi sulla misura in cui il diritto internazionale protegga il «cittadino lavoratore» utilizzando lo sciopero per una vasta gamma di scopi: (i) contestare la condotta autoritaria dei Governi; (ii) proteggere le istituzioni e i processi democratici; (iii) resistere a campagne militari ingiuste o impopolari; (iv) esercitare pressioni sui regimi oppressivi all'estero; e senza dubbio (v) chiedere l'intervento dei Governi sui cambiamenti climatici. Ciò è tanto più paradossale di fronte al fatto che l'Organizzazione internazionale del lavoro è stata fondata da Stati «mossi da sentimenti di giustizia e umanità, nonché dal desiderio di assicurare la pace permanente del mondo» (29).

4. — *L'insufficiente risposta dell'Oil alla globalizzazione...* — L'Oil è un'agenzia internazionale, ma non universale. Stabilisce standard internazionali che ci si aspetta che i Governi nazionali rispettino o che possono scegliere di rispettare. In tal modo, fa affidamento su di essi per l'implementazione delle sue norme, in assenza della quale non vi è generalmente alcun obbligo di conformazione (30). I problemi che però i lavoratori e i sindacati si trovano ad affrontare sono nazionali, internazionali e mondiali. Al contrario, operando le imprese su base mondiale, i confini sono opportunità piuttosto che limiti. Se è vero che il capitale internazionale ha bisogno del sostegno del diritto nazionale, esso viene generalmente speso con una certa condiscendenza da coloro che hanno pochi legami con i paesi in cui investono.

Il capitale straniero mette radici la cui profondità è nella discrezione dell'investitore e può lasciarsi alle spalle caos e profonde divisioni laddove il costo dell'investimento diventi troppo elevato. Non è solo la libertà di

(28) Oil 2012, par. 124.

(29) Testualmente, dal Preambolo dell'Atto istitutivo dell'Oil.

(30) Art. 19, par. 5, lett. e, dell'Atto istitutivo dell'Oil. Tanto è comunque soggetto all'obbligo di rispettare autonomi obblighi costituzionali, come la libertà sindacale.

circolazione del capitale a destare preoccupazione. Analoghe considerazioni valgono per la capacità di reperire manodopera, materiali e altre risorse a livello mondiale, compresi prodotti finiti o semilavorati. Ciò ha dato origine a molteplici fenomeni, tra cui l'«importazione dei lavoratori» quale servizio fornito da società di approvvigionamento del lavoro globale da un lato e le lunghe catene mondiali di approvvigionamento (e sfruttamento) dall'altro (31). E tuttavia, mentre le imprese operano a livello globale, i lavoratori si organizzano a livello nazionale, e in misura limitata a livello internazionale. Allo stesso modo, il diritto del lavoro opera a livello nazionale e internazionale, ma solo eccezionalmente a livello transnazionale e mai a livello mondiale (32).

La risposta normativa dell'Oil alla globalizzazione è duplice: la Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro del 1998 e la Dichiarazione sulla giustizia sociale per una giusta globalizzazione del 2008. Nonostante le migliori intenzioni, entrambi i documenti si occupano della protezione dei lavoratori piuttosto che della loro autoaffermazione nel contesto della globalizzazione, e di certo non dotano né i lavoratori né le loro organizzazioni di utili strumenti di fronte all'emergente ordine mondiale. È vero che l'adozione della Dichiarazione sulla giustizia sociale alla vigilia del fallimento Lehman Brothers non sarebbe potuta arrivare in un momento meno opportuno, ma questo non è certo colpa dell'Oil. Ciononostante, è sorprendente che la Dichiarazione faccia riferimento tanto alla libertà di associazione quanto ai sindacati solo in due occasioni e per rimarcare lo stesso punto, a proposito della necessità di «creare nuovi partenariati con entità non statali e attori economici, quali le imprese multinazionali e i sindacati che operano a livello settoriale globale al fine di rafforzare l'efficacia delle attività e dei programmi operativi dell'Ilo, di assicurare in modo adeguato il sostegno di tali entità, e di promuovere in altra maniera gli obiettivi strategici dell'Ilo. Ciò sarà fatto in consultazione con le organizzazioni, nazionali e internazionali, rappresentative di lavoratori e imprenditori» (33).

(31) Vd. Novits 2019 ed Engblom *et al.* 2016.

(32) Si può sostenere che l'unico esempio di diritto transnazionale del lavoro sia rappresentato dalla Direttiva n. 2009/38/Ce sui comitati aziendali europei, che impone obblighi alle imprese e ai gruppi di imprese (di dimensioni comunitarie) relativamente alle operazioni svolte in ambito europeo; ma anche in questo caso, l'intervento è transnazionale (interessando i 28 Stati membri dell'Unione) ma non mondiale, perché non trova applicazione rispetto alle decisioni assunte in ambito extraeuropeo da parte di una impresa multinazionale.

(33) Oil 2008, 3.

Ciò di cui i sindacati hanno bisogno, tuttavia, è la capacità di resistenza, per poter sfidare sia le multinazionali che i Governi nazionali e le strutture di *governance* sovranazionali. Allo stato attuale delle cose, la Convenzione n. 87 riconosce il diritto delle organizzazioni dei lavoratori (e dei datori di lavoro) di «costituire federazioni e confederazioni così come di divenirne membri, e ogni organizzazione, federazione o confederazione ha il diritto di divenire membro di organizzazioni internazionali dei lavoratori e dei datori di lavoro» (34). In maniera significativa, è anche previsto che le altre disposizioni della Convenzione si applichino alle federazioni e alle confederazioni (35), il che includerebbe il diritto delle federazioni e delle confederazioni di prendere parte a scioperi o altre azioni collettive (36). Ma benché il Cls riconosca l'importanza della solidarietà sindacale internazionale e il diritto di affiliarsi a livello internazionale, l'ammissione del diritto a partecipare agli scioperi su scala internazionale continua a latitare (37).

Una tale omissione riflette un fallimento cruciale della comunità internazionale nel tenere il passo con le realtà globali. Il diritto di organizzarsi su base mondiale è di fatto protetto, ma così non è per il diritto di agire, anche mediante lo sciopero, allo stesso livello, se non in misura limitata. L'agitazione sindacale nell'era di globalizzazione continua dunque a essere definita dalle leggi nazionali, rivelando la necessità di modernizzare standard proposti venti anni fa. Tanto consentirebbe il riconoscimento del ruolo democratico dei sindacati nell'economia globale e permetterebbe loro di operare in modo più efficace come rappresentanti della forza lavoro in un'arena più ampia (38). Se ci fosse stata sostanza nel tanto decantato potenziale democratico e liberatorio della globalizzazione, il dare libero corso all'attività dei sindacati avrebbe dovuto rappresentare una priorità immediata.

Sembra questo, allora, il vero problema del diritto di sciopero nel diritto internazionale. Non si tratta – come pure sostenuto – del fatto che esso sia stato plasmato con strumenti di dubbia legittimità da una fonte legale che non era stata immaginata per proteggerlo (39). Piuttosto, è in ragione del venir meno degli standard così come elaborati e limitati che i datori di

(34) Art. 5, Convenzione Oil n. 87.

(35) Art. 6, Convenzione Oil n. 87.

(36) Oil 2018, par. 757.

(37) Oil 2018, parr. 1036-1062.

(38) Ewing, Sibley 2000.

(39) Oil 2012, 47; *contra*, Vogt 2016 e Bellace 2016, 24.

lavoro possono evitarli e approfittare così della debolezza dei lavoratori. Nelle basi poste dal diritto internazionale, il diritto di sciopero è inadeguato come strumento per risolvere i conflitti giuridici a livello nazionale, come si dirà a breve, e totalmente assente come strumento di resistenza globale del lavoro. Per essere precisi, ciò che è manca è un quadro regolativo che stabilisca in maniera autonoma a livello nazionale il diritto per i lavoratori di operare in modo coordinato su base mondiale.

5. — Segue: ... *e le sue ricadute sulle «dimensioni» dell'attività sindacale* — È quasi superfluo dire che un quadro normativo che voglia essere originale e veramente in grado di attribuire potere al lavoro non può fermarsi al solo diritto di sciopero. Se, come si è avuto modo di sottolineare, la Convenzione n. 87, riferendosi espressamente alle federazioni internazionali dei lavoratori, riconosce la libertà sindacale a livello mondiale (e tanto sarebbe comunque implicito), è anche vero che né la Convenzione n. 87 né la n. 98 fanno riferimento al diritto di negoziare collettivamente su base globale. In più, il riferimento alla contrattazione collettiva nella Convenzione n. 98 appare debole, nella misura in cui l'art. 4 impone ai Governi nazionali l'obbligo di adottare misure per promuovere la contrattazione collettiva ove si renda necessario, e purché esse siano «adeguate alle condizioni nazionali». La *necessità* – ma non il diritto – di una contrattazione collettiva su base transnazionale è stata riconosciuta solo con la richiamata Dichiarazione sulla giustizia sociale per una giusta globalizzazione del 2008.

Eppure, nonostante il diffuso riconoscimento della necessità di un siffatto diritto (e non solo nei documenti Oil) (40), manca la proposta di un qualsiasi *obbligo* in base al quale le multinazionali dovrebbero impegnarsi nella contrattazione collettiva su base globale. Ciò è particolarmente evidente nella Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale, recentemente rivista nel 2017, in cui si esortano le imprese transnazionali al rispetto delle Convenzioni n. 87 e n. 98 nelle operazioni compiute a livello nazionale (par. 10, lett. e), ma non si propone nulla di più audace o impegnativo. Suggestire di conformarsi al diritto nazionale, o al massimo al diritto internazionale in un contesto nazionale (anche qualora il diritto interno ammetta obblighi meno onerosi) non è chiedere molto.

L'incapacità della Dichiarazione tripartita dell'Oil di affrontare la mancanza di contropotere per i lavoratori a livello transnazionale è tanto più

(40) Countouris, Freedland 2013, 499.

sorprendente quando si riconosce non solo che le imprese transnazionali possono essere una fonte positiva di investimenti e crescita, ma anche che «i risultati conseguiti dalle imprese multinazionali nell'organizzazione delle proprie attività al di fuori dell'ambito nazionale possono determinare concentrazioni abusive di potere economico ed entrare in conflitto con gli obiettivi delle politiche nazionali e gli interessi dei lavoratori» (par. 1). Eppure si tace sul riconoscimento del contropotere dei lavoratori, così come accade in analoghi documenti influenzati dal lavoro dell'Oil, in particolare le Linee guida dell'Ocse sulle imprese multinazionali del 2011 (41) e i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani dello stesso anno.

Come per la Dichiarazione tripartita, questi ultimi due documenti sembrano richiedere alle imprese transnazionali di rispettare le Convenzioni Oil, come se si trattasse di Stati sovrani a cui le stesse si applicano (42). Sebbene in una certa misura appropriato, è un approccio che, se non imperfetto, è quantomeno lacunoso: non elimina, infatti, la necessità di un espediente giuridico che permetta di seguire le imprese multinazionali sia in senso orizzontale attraverso i diversi Stati, sia in senso verticale all'interno e tra di essi. A tanto sarebbe chiamata, ad esempio, una convenzione internazionale del lavoro che riconoscesse il diritto dei sindacati di organizzarsi su base mondiale, libera dai vincoli delle leggi nazionali, e di contrattare allo stesso livello, con strutture e forme di rappresentanza adeguate e sviluppate a tal fine, portando avanti le prassi sviluppate con gli Accordi quadro globali (43).

Il che ci riporta al diritto di sciopero. Come si è già ipotizzato, esso dovrebbe essere autonomo rispetto alle norme nazionali e alle attuali restrizioni autorizzate dagli organi di controllo dell'Oil. In questo modo, si dovrebbe riconoscere il diritto delle federazioni sindacali mondiali a:

– Intraprendere azioni collettive per applicare standard minimi, prevenire il *dumping* sociale e pretendere il rispetto delle Convenzioni fondamentali dell'Oil in tutte le operazioni globali di una multinazionale, includendovi anche la catena di fornitura;

(41) Specialmente al par. 48.

(42) Si è anche detto, peraltro, che la «responsabilità», anziché il «dovere», delle imprese richiamata nei Principi guida delle Nazioni Unite «intende indicare che il rispetto dei diritti non è attualmente un obbligo che il diritto internazionale dei diritti umani impone direttamente alle imprese» (United Nations, «*Protect, Respect and Remedy*», *Framework for Business and Human Rights*, settembre 2010).

(43) Ewing, Sibley 2000, specialmente 17 ss.; Countouris, Freedland 2013.

– Intraprendere azioni sindacali coordinate che riguardino l'intera multinazionale o una sua parte allo scopo di difendere o migliorare le condizioni di lavoro o di negoziare un contratto collettivo; e

– Agire in solidarietà con i lavoratori impegnati in lotte di diverso tipo, per proteggere o portare avanti le loro comunità, il loro ambiente, le loro istituzioni politiche e la resistenza ad atti illegali dei loro Governi.

Purtroppo, le forze economiche e politiche che rendono necessari tali strumenti sono le stesse forze che ne rendono impossibile l'adozione (o l'applicazione, ove mai dovessero essere adottati). Tanto è evidente dalla Dichiarazione del centenario dell'Oil per il futuro del lavoro del 2019, che segna l'ultima tappa della transizione dell'organizzazione da agenzia rimodellata dopo il secondo conflitto mondiale a immagine della socialdemocrazia (come testimoniato dalla Dichiarazione di Filadelfia) a entità trasformata dalla globalizzazione. Per la prima volta in un documento dell'Oil: si celebra la libertà d'impresa e del settore privato; si sposano con favore le tesi dell'imprenditorialità; la mercificazione del lavoro parla la lingua dei mercati del lavoro (44). Non sembrano queste le basi su cui far avanzare il potere dei lavoratori.

6. — *Le ulteriori limitazioni al diritto di sciopero nelle decisioni degli organi di controllo dell'Oil* — Uno degli aspetti più singolari dell'opposizione del gruppo dei datori di lavoro Oil al diritto di sciopero è stato il suo tono eccessivo. Mentre non è in dubbio che gli organi di controllo dell'Oil (Cls e Cde) abbiano contribuito all'elaborazione del diritto di sciopero, esso – oltre a essere politicamente ed economicamente indebolito per le ragioni che abbiamo avuto modo di spiegare – può essere tuttavia ulteriormente contenuto per via delle concessioni fatte dagli stessi organi di controllo nelle loro decisioni, anche nella sua applicazione a livello puramente nazionale. La prima di queste «franchigie» mina la stessa universalità del diritto di sciopero, anche solo per ragioni economiche, sulla base delle limitazioni consentite nella Convenzione n. 87, che autorizza la possibilità di escludere le Forze armate e di polizia da tutte le sue disposizioni (45).

In altri casi, le limitazioni all'esercizio del diritto sono frutto dell'interpretazione degli organi di controllo, in particolare nell'ipotesi dei servizi es-

(44) Si veda in particolare la parte IIA, ai punti (iii) e (ix).

(45) Art. 9(1). Non tutti gli Stati membri sfruttano peraltro questa esclusione, non presente in tutti i trattati internazionali. Si veda, ad esempio, la Carta sociale del Consiglio d'Europa, come applicata in *European Confederation of Police v Ireland*, denuncia n. 83/2012.

senziali, la cui interruzione rappresenterebbe «una chiara e imminente minaccia alla vita, alla sicurezza personale o alla salute di tutta o parte della popolazione» (46). Si tratta di una limitazione da non prendere alla leggera, benché, come nel caso degli alti funzionari pubblici, l'arbitrato indipendente e vincolante delle controversie debba essere incoraggiato come alternativa al potere di imporre restrizioni invocato in caso di grave emergenza (47). E tuttavia, gli organi di controllo dell'Oil appaiono oggi più tolleranti anche nei confronti dei limiti imposti nei confronti dei lavoratori che forniscono importanti servizi pubblici, e non solo di quelli che forniscono servizi essenziali nel senso stretto del termine (48).

Tale atteggiamento nei confronti di chi è impiegato in importanti servizi pubblici (come i trasporti) non può naturalmente concretizzarsi in un vero e proprio divieto di sciopero, ma legittima tuttavia l'imposizione di vincoli che rendono più difficile l'autorizzazione dell'iniziativa sindacale, come a proposito delle regole di voto appositamente stabilite ai fini della convocazione di uno sciopero (49). Nel caso del Regno Unito, la Commissione di esperti dell'Oil ha ratificato la regola secondo cui la mozione dello sciopero debba essere sostenuta da almeno il 40% dei lavoratori ammessi al voto (50). Gli organi di controllo consentono inoltre che venga imposto ai sindacati l'obbligo di garantire un servizio minimo, anche se ciò comprometterà quasi sicuramente l'efficacia dell'azione in parola (51). È difficile pensare a una forma più efficace di logorio del diritto che obbligare a lavorare durante uno sciopero.

Poiché il sindacalismo ripiega sul settore pubblico, i vincoli imposti a questo settore sono più significativi rispetto al passato. Ma accanto a una interdizione totale o parziale, la svalutazione dell'azione sindacale si manifesta nelle diverse forme di condizionalità ammesse dagli organi di vigilanza dell'Oil. In particolare, laddove esiste un contratto collettivo, gli scioperi possono essere vietati durante la sua vigenza (almeno in relazione alle ma-

(46) Così Oil 2018, par. 836; vd. anche la citata sentenza della Corte Suprema canadese *Saskatchewan Federation of Labour*, cui si rinvia per ulteriori commenti su tale tipo di esclusione.

(47) Cfr. Oil 2018, par. 856.

(48) *Ivi*, par. 866, riferendosi ai «servizi pubblici di fondamentale importanza».

(49) *Ivi*, par. 809.

(50) Si vedano le osservazioni fornite dalla Commissione di esperti nel 2015 e 2016 per la regolazione dello sciopero in Gran Bretagna di servizi strategici, quali quelli sanitari, antincendio, di sicurezza delle frontiere e di smantellamento nucleare, ma, in maniera significativa, non i trasporti o l'istruzione.

(51) Cfr. Oil 2018, par. 866.

terie dallo stesso disciplinate). Secondo la Cde, «La legislazione di alcuni paesi non stabilisce alcuna restrizione quanto al momento in cui uno sciopero può cominciare, prevedendo soltanto che debba essere rispettato il termine di preavviso stabilito dalla legge o dal contratto collettivo. In altri sistemi, i contratti collettivi sono visti come un patto di pace sociale di durata temporale predefinita durante la quale sono vietati scioperi e serrate. Il Comitato ritiene che entrambe queste opzioni siano compatibili con la Convenzione» (52).

Sebbene ampiamente accettata senza alcuna esitazione, è difficile ingigantire l'impatto pratico di una tale prospettiva, poiché, in quei sistemi in cui venga invocato un potere di vietare lo sciopero nella vigenza di una regolazione collettiva, l'effetto potrebbe essere quello di negare alla maggior parte dei lavoratori il diritto di sciopero per la gran parte della loro vita lavorativa. Verrebbe così smentita la tesi per cui il diritto di sciopero sia un diritto dell'uomo, tra quei diritti inalienabili e che non possono essere ceduti per mezzo di un accordo, e specialmente di un accordo di cui il portatore di quel diritto non sia parte. In maniera altrettanto incisiva, altre condizionalità ammesse dagli organi di vigilanza possono avere l'effetto di impedire un'azione sindacale per motivi procedurali, attraverso la richiesta di lunghi periodi di preavviso o di autorizzazione dello sciopero mediante un voto che segua regole assai complesse.

Il voto è in particolare un potente «calmante» nelle mani dei programmi di riforma neoliberalista a livello mondiale (53). Non è una coincidenza che, ad esempio, la Troika abbia accompagnato i Memorandum d'Intesa con la Grecia chiedendo ripetutamente al paese di allineare le proprie leggi sullo sciopero a quelle che sono state definite «le migliori pratiche a livello internazionale e in Europa» (54), prima di indicare espressamente al Governo greco nel 2018 «di adottare una legislazione che innalzi al 50% la percentuale di adesioni necessarie alle votazioni per proclamare uno sciopero» (55). Il diritto internazionale del lavoro non dovrebbe legittimare regole di questo tipo, ma chiamarle per quello che sono: «cattive pratiche» con effetti devastanti sulla libertà sindacale e sulla contrattazione collettiva. Senza considerare poi che esse potrebbero tradursi in divieti di fatto, nel

(52) Così Oil 2012, par. 142.

(53) Vd. Dukes, Kountouris 2016, 337.

(54) Si veda il Memorandum di Intesa sui meccanismi di stabilizzazione finanziaria tra la Commissione europea, il Governo greco e la Banca di Grecia, luglio 2015, 21.

(55) Memorandum di Intesa integrativo, terza revisione del Programma di stabilizzazione finanziaria (bozza), gennaio 2018, 23.

caso in cui lo sciopero venga organizzato da federazioni che non abbiano (direttamente) iscritti (56).

7. — *Il ripudio della nozione di sciopero quale strumento di solidarietà* —

Si è sin qui sostenuto che le norme internazionali possano contribuire paradossalmente a indebolire il potere dei lavoratori. A parte (i) negare il ruolo dello sciopero come forma di impegno democratico e (ii) non riuscire a tenere il passo con il cambiamento globale, (iii) le decisioni dell'Oil sminuiscono la funzione economica dello sciopero, consentendo limitazioni all'ambito soggettivo del suo godimento, da una parte, e ammettendo condizionalità, dall'altra. In più, vi è anche il ripudio della nozione di sciopero come strumento di solidarietà dei lavoratori e potere sindacale, confinando la sua legittimità allo spazio della singola impresa (57), una tecnica importata dalle strategie neoliberiste e capace di ridurre la capacità di resistenza o avanzamento collettivi su basi più ampie (58).

La solidarietà è un principio fondamentale del sindacalismo. È la ragione per cui sono nati i sindacati e per cui i lavoratori si iscrivono. Negare la solidarietà è negare per legge l'essenza stessa della funzione sindacale. Per solidarietà intendiamo qui la messa in comune delle risorse e lo sforzo di assistenza reciproca nei momenti di necessità. Prima che il XX secolo ci consegnasse il *Welfare State*, ciò avrebbe potuto significare un sostegno finanziario ai lavoratori e alle loro famiglie durante i periodi di disoccupazione o malattia. In questo senso, la solidarietà era una forma di assicurazione e avrebbe potuto definirsi come transazionale. Ma la solidarietà rappresenta qualcosa di più che un'assicurazione: è l'aiuto e il sostegno reciproco in momenti di necessità di altro tipo, in particolare in difesa delle condizioni di lavoro (59).

I lavoratori in conflitto con il loro datore di lavoro potrebbero ragionevolmente aspettarsi che gli iscritti al loro stesso sindacato offrano sostegno sotto forma di pressione economica, nella speranza che quel sostegno sarà ricambiato quando necessario. Tale supporto potrebbe manifestarsi in azio-

(56) Cfr. *Shipping Co Uniform Inc v ITF* [1985] IRLR 71; e tanto avviene anche se la consolidata posizione dell'Oil ritiene «il divieto di proclamazione di scioperi da parte di federazioni e confederazioni [...] incompatibile con la Convenzione n. 89» (Oil 2018, par. 757).

(57) Wedderburn 1989.

(58) Von Hayek 1960.

(59) Come peraltro riconosciuto dai giudici anche in tempi più risaltanti: cfr. *Croft v Woven Harris Tweed v Veitch*, 1942, SC (HL), 1, in particolare nelle considerazioni di Lord Thankerton.

ni di diverso tipo – come la mancata movimentazione di materiale proveniente da impianti in sciopero o il non attraversamento di picchetti per consegnare merci o materiali – così da esercitare pressioni di tipo economico sul datore di lavoro coinvolto nella vertenza. E ancora la solidarietà può non essere necessariamente un comportamento transazionale né esser scelta unicamente sulla base della possibile reciprocità. Può anche rappresentare un atto di altruismo, come un segno di sostegno. In questa prospettiva, non deve necessariamente avere impatto pratico, sebbene possa comunque determinarlo, come nel caso dei lavoratori della Rolls Royce che negli anni settanta si rifiutarono di riparare i motori degli aerei diretti in Cile (60).

Ancora una volta, tuttavia, le norme internazionali sul lavoro si mostrano lusinghiere e insieme ingannevoli. È vero che gli standard dell'Oil riconoscono espressamente il diritto di intraprendere azioni di solidarietà da parte di un gruppo di lavoratori a sostegno di un altro (61). Ma scrivendo nel 1989, la Commissione di esperti ha affermato di «non aver mai espresso alcuna posizione netta sull'uso dei boicottaggi come esercizio del diritto di sciopero. Pare, invero, alla Commissione che, laddove un boicottaggio si riferisca direttamente agli interessi sociali ed economici dei lavoratori coinvolti in una o entrambe le azioni – quella originaria e quella secondaria – e laddove entrambe le azioni non presentino elementi di illegittimità, allora quel boicottaggio dovrebbe essere considerato esercizio legittimo del diritto di sciopero. Ciò è chiaramente coerente con l'approccio adottato dal Comitato in relazione agli "scioperi di solidarietà". [...] Sembrerebbe che si faccia ricorso sempre più frequentemente a questa forma di azione a causa della struttura o della concentrazione delle imprese o in ragione della distribuzione dei luoghi di lavoro in diverse parti del mondo. Si ritiene che un divieto generale degli scioperi di solidarietà potrebbe portare ad abusi e che i lavoratori dovrebbero essere in grado di intraprendere tali azioni a condizione che lo sciopero iniziale che stanno sostenendo sia esso stesso legittimo» (62).

Da tanto si potrebbe dedurre che, ad esempio, se la legge nazionale richiede una preventiva votazione perché lo sciopero possa aver luogo legittimamente, allora tanto l'azione iniziale quanto quella di solidarietà dovrebbero essere «convalidate» da una votazione. Detto questo, la posizione non è così chiara. L'argomentare della Cde del 1989 non è stato però in-

(60) Come documentato nel lungometraggio di Filipe Bustos Sierra, *Nae Pasaran: The True Story of the Workers' Solidarity Against Pinochet* (2013).

(61) Oil 2018, parr. 770-771.

(62) Si tratta delle osservazioni rese nei confronti del Regno Unito e citate *supra*, nota 27.

cluso nel *Rapporto generale*, che ricorda semplicemente che gli scioperi di solidarietà dovrebbero essere leciti «a condizione che lo sciopero iniziale che si sostiene sia di per sé legittimo» (63). Una formulazione simile appare nella *Raccolta delle decisioni* del Cls: «Un divieto generale degli scioperi di solidarietà potrebbe portare ad abusi e i lavoratori dovrebbero essere in grado di intraprendere tali azioni a condizione che lo sciopero iniziale che stanno sostenendo sia di per sé legittimo» (64).

È pur vero che il parere del 1989 va oltre quanto è consentito in numerosi paesi, con ampie differenze anche all'interno del Consiglio d'Europa, come la decisione *Rmt v Regno Unito* ha avuto modo di rivelare (65). Si tratta di una gamma di posizioni che vanno dalla ampia libertà per i sindacati di decidere in quali circostanze agire in solidarietà sino al divieto totale (come nel caso del Regno Unito) (66). Ciononostante, questo doppio requisito di legalità indebolisce fatalmente il diritto di intraprendere azioni di solidarietà, negando, in pratica, l'opportunità di agire spontaneamente e rapidamente a sostegno di altri lavoratori, quando il lavoro venga spostato all'interno o all'esterno del gruppo societario, o quando i dipendenti di un cliente o fornitore dell'impresa in sciopero avviino azioni di boicottaggio (67).

8. — *Considerazioni conclusive* — La sfida ingaggiata dai datori di lavoro al diritto di sciopero nel 2012 ha portato a una riunione tripartita presso l'Oil il 25 febbraio 2015 in cui i Governi hanno ribadito il loro sostegno al diritto di sciopero in linea di principio e al lavoro della Commissione di esperti in particolare, seppure con diversità di entusiasmi (68). Mentre è chiaro che in alcuni paesi si siano sviluppati avanzati livelli di protezione dello sciopero, non può dirsi lo stesso per altri; ed è altrettanto evidente che anche in paesi in cui il diritto di sciopero è tutelato costituzionalmente, tanto non garantisce la sua effettività. Quello che si è cercato di dimostrare

(63) Oil 2012, par. 125.

(64) Oil 2018, par. 770.

(65) C. Edu 8.4.2014, n. 31045/10, *Rmt v United Kingdom*.

(66) *Ivi*, par. 98, in cui si afferma che il Regno Unito appare «disallineato con un evidente trend internazionale che richiede un approccio meno restrittivo».

(67) Un caso classico per il Regno Unito è *D.C. Thomson Co Ltd v Deakin* [1952] Ch 646.

(68) Si veda il resoconto della riunione tripartita Oil sulla Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale n. 87 del 1948, in relazione al diritto di sciopero e alle modalità e pratiche di sciopero a livello nazionale, 23-25 febbraio 2015.

in queste pagine è che, sebbene il diritto di sciopero sia stato riconosciuto in linea di principio, esso viene concepito in un'accezione angusta, soggetto a rigorose restrizioni, nonché ideologicamente vincolato. Corre oltremodo il pericolo di diventare un cimelio, nella incapacità del diritto internazionale di adattarsi al cambiamento globale.

I giuristi del lavoro hanno sempre considerato il diritto di sciopero come un aspetto fondamentale sia dei sistemi nazionali di democrazia industriale che della stessa democrazia stessa. Lungo tutto il XX secolo, gli scioperi, compresi gli scioperi politici, sono stati lo strumento essenziale per facilitare la partecipazione al processo decisionale, dentro l'impresa capitalista come nelle politiche nazionali. La loro importanza è indiscutibile nell'aver generato la necessaria e minima forza compensativa per dare voce ai lavoratori rispetto alla difesa dei diritti proprietari sui luoghi di lavoro. Gli scioperi hanno anche riempito regolarmente le strade e le piazze della maggior parte delle capitali europee, offrendo al cittadino-lavoratore l'opportunità di influenzare la narrazione democratica e costruire il capitale politico necessario a esprimersi nelle urne.

Le democrazie prosperano nella partecipazione, nella resistenza e nell'insubordinazione intelligente. Ma, come giustamente rileva Alan Bogg (69), ci troviamo oggi di fronte a crescenti tendenze autoritarie, che cercano di reprimere l'insubordinazione, soffocare la resistenza e limitare la partecipazione al minimo indispensabile per qualificarsi, almeno sulla carta, come democrazie neoliberiste (70). Intrappolati in un vizio ideologico, i giuristi progressisti hanno cercato di fare affidamento sui tribunali per dare mordente agli standard pur limitati sviluppati dagli organi di controllo dell'Oil, cercando di utilizzare quegli standard e le decisioni che li riguardano per influenzare la sostanza di altri strumenti legali, come i Trattati Ue, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le Costituzioni nazionali, che possono essere invocati in giudizio (71).

(69) Bogg 2016, 299.

(70) In alcuni paesi tanto potrebbe comportare l'adozione di regole ancora più severe di quelle già esistenti. Al momento in cui si scrive, ad esempio, in Australia è in discussione una proposta di legge che comporterebbe l'espulsione dei rappresentanti sindacali per azioni di sciopero legittime ai sensi della Convenzione Oil n. 87, ma non del diritto nazionale, e tanto nonostante le critiche avanzate dagli organi di controllo dell'organizzazione.

(71) In quest'ottica, la decisione della Suprema Corte canadese nel citato caso *Saskatchewan Federation of Labour* è simbolica; i giudici hanno ritenuto il diritto di sciopero costituzionalmente protetto, facendolo derivare dalla libertà di associazione, e legando il diritto internazionale al quadro di riferimento nazionale.

Se, da un lato, questo percorso ha consentito alcuni successi, proteggendo il diritto di sciopero in paesi come la Russia, la Turchia e la Croazia (72), allo stesso tempo esso si è rivelato carico di pericoli e delusioni, disegnando nuovi campi di battaglia in cui ingaggiare la difesa del diritto di sciopero. Il più devastante, naturalmente, è rappresentato dal caso *Viking* (73), in cui la Corte di Giustizia ha subordinato il diritto di sciopero alla libertà di impresa, nella impossibilità di bilanciare i due diritti. Non è sufficiente che gli organi di vigilanza dell'Oil abbiano in seguito rimarcato che i principi sviluppati nel caso e l'approccio adottato dalla Corte risultassero incompatibili con la Convenzione n. 87 (74); la natura del diritto eurounitario è tale che è impossibile vedere come si possa ripristinare qualsiasi equilibrio senza una modifica del Trattato o un cambio di atteggiamento da parte della Corte di Giustizia (75).

Nessuna delle due ipotesi sembra plausibile, nonostante il fatto che il diritto di sciopero nel diritto europeo si basi in una certa misura sulle norme dell'Oil (76): una relazione effettivamente radicata nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (77). Ma non è semplicemente la subordinazione *legale* del diritto di sciopero (e dello standard Oil su cui è costruita) a costituire un problema. Altre decisioni, come la già citata *Rmt v Regno Unito*, mostrano chiaramente i pericoli di una sottomissione *politica* del diritto di sciopero nelle aule dei tribunali. Benché la Corte europea dei diritti dell'uomo sia stata fortemente influenzata dalle decisioni dell'Oil e abbia riconosciuto il diritto di sciopero tra quelli protetti dalla Carta dei diritti fondamentali, essa ha rifiutato di dichiarare il divieto assoluto dello sciopero di solidarietà quale violazione dell'art. 11, per ragioni su cui è solo possibile fare qualche ipotesi (78).

(72) Si vedano rispettivamente le sentenze C. Edu, n. 7336/01, 30.7.2009, *Danilenkov c. Russia*, n. 68959/01, 21.4.2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, e n. 36701/09, 27.11.2014, *Hrvatski Liječnički Sindikat c. Croazia*.

(73) C. Giust. 11.12.2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation v Viking Line ABP*, su cui vd. Freedland, Prassl (a cura di) 2016.

(74) Si vedano le osservazioni fornite dalla Commissione di esperti al Regno Unito negli anni 2010 e 2011.

(75) Un tentativo sfortunato quanto inadeguato di affrontare il problema per legge è stato successivamente abbandonato; cfr. Aa.Vv. 2016.

(76) Lo ribadisce proprio la sentenza *Viking*, cit., par. 43.

(77) Si veda, in particolare, l'art. 28 della Carta. La questione è se questo possa considerarsi superato dalla lettura combinata dell'art. 12 e dell'art. 52(3). Preoccupazioni su questa previsione nel contesto specifico dello sciopero di solidarietà condotto a livello internazionale sono espresse da Countouris, Freedland 2013, 500.

(78) Ewing, Hendy 2017, 356.

Il che ci riporta alla partecipazione sindacale allo sciopero climatico. Supponendo che alcuni sindacati siano aperti a tale partecipazione, per altri sarà meno agevole a causa delle possibili conseguenze sull'occupazione (79). Ma per quei lavoratori disposti a impegnarsi, è comunque un segno terribile delle attuali carenze del diritto del lavoro internazionale – e delle norme restrittive assecondate dagli organi di controllo dell'Oil – che uno sciopero globale per salvare il pianeta Terra non debba ricevere protezione legale. Si tratta della ennesima dimostrazione di come il diritto del lavoro internazionale – un costrutto della socialdemocrazia dell'era postbellica – non sia stato in grado di tenere il passo con la spinta sempre più veloce verso il neoliberismo, lasciando i lavoratori impotenti non solo di fronte alla globalizzazione, ma anche alle sue fatali conseguenze.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2016), *The Life of a Death Foretold: The Proposal for a Monti II Regulation*, in Freedland M.R., Prassl J. (a cura di), *Viking, Laval and Beyond*, Hart Publishing, London, 95 ss.
- Bellace J. (2014), *The Ilo and the Right to Strike*, in *International Labour Review*, 153(1), 29 ss.
- Bellace J. (2016), *Back to the Future: Freedom of Association, the Right to Strike and National Law*, in *King's Law Journal*, 27(1), 24 ss.
- Bogg A. (2016), *Beyond Neo-Liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State*, in *ILJ*, 45(3), 299 ss.
- Countouris N., Freedland M. (2013), *Resocialising Europe – Looking Forward and Thinking Back*, in Countouris N., Freedland M. (a cura di), *Resocialising Europe in Time of Crisis*, Hart Publishing, London, 493 ss.
- Dukes R., Kountouris N. (2016), *Pre-Strike Ballots, Picketing and Protest: Banning Industrial Action by the Back Door?*, in *ILR*, 45(3), 337 ss.
- Engblom S. et al. (2016), *Temporary Labour Migration and the Trade in Services: European and Global Perspectives in an Age of Economic Integration*, in Howe J., Owens R. (a cura di), *Temporary Labour Migration in the Global Era*, Hart Publishing, London, capitolo 3.
- Ewing K.D. (2012), *Economic Rights*, in Rosenfeld M., Sajó A. (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, capitolo 50.
- Ewing K.D. (2013), *Myth and Reality of the Right to Strike as a Fundamental Labour Right*, in *IJCLLR*, 29(2), 145 ss.

(79) Alcuni sindacati sono giustamente preoccupati delle conseguenze di una rivoluzione ecologica sull'occupazione di molti dei loro iscritti, e sottolineano la necessità di una «giusta transizione» a un'economia attenta alle tematiche ambientali che non si sostanzi solo in vuota retorica o in false promesse.

- Ewing K.D., Hendy J. (2013), *Days of Action: The Legality of Protest Strikes Against Government Cuts*, Ier Liverpool.
- Ewing K.D., Hendy J. (2017), *Article 11(3) of the European Convention on Human Rights*, in *European Human Right Law Review*, n. 4, 356 ss.
- Freedland M.R., Prassl J. (a cura di) (2016), *Viking, Laval and Beyond*, Hart Publishing, London.
- Gernigon B. *et al.* (1998), *Ilo Principles Concerning the Right to Strike*, in *ILR*, 137(4), 441 ss.
- Jacobs A. (2010), *Collective Self-Regulation*, in Hepple B. (a cura di), *The Making of Labour Law in Europe*, Hart Publishing, London, 193 ss.
- Laski H. (1930), *Liberty in the Modern State*, Penguin, London.
- Novitz T. (2019), *Supply Chains and Temporary Migrant Labour: The Relevance of Trade and Sustainability Frameworks*, in Ashiagbor D. (a cura di), *Re-imagining Labour Law for Development: Informal Work in the Global North and South*, Hart Publishing, London, 191 ss.
- Oil (2008), *Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, Geneva.
- Oil (2012), *General Survey on the Fundamental Conventions Concerning Rights at Work in the Light of the Ilo Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, 2008, Geneva.
- Oil (2018), *Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association*, VI ed., Geneva.
- Vogt J. (2016), *The Right to Strike and the International Labour Organisation (Ilo)*, in *King's Law Journal*, 27(1), 110 ss.
- Vogt J. *et al.* (2019), *The Right to Strike in International Law*, Hart Publishing, London (di prossima pubblicazione).
- von Hayek F.A. (1960), *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago.
- Wedderburn (1989), *Freedom of Association and Philosophies of Labour Law*, in *ILJ*, 18(1), 1 ss.
- Wisskirchen A. (2005), *The Standard-Setting and Monitoring Activity of the Ilo: Legal Questions and Practical Experience*, in *ILR*, 144(3), 253 ss.

ABSTRACT

Il saggio analizza in che misura il diritto di sciopero non è adeguatamente protetto dal diritto internazionale. Gli Autori affermano che il concetto di sciopero riconosciuto dal diritto internazionale è molto ristretto e, in secondo luogo, descrivono l'attacco politico al diritto di sciopero, da parte dei rappresentanti delle imprese all'Oil.

CONTAINMENT OF THE RIGHT TO STRIKE IN INTERNATIONAL LAW

The essay analyzes the extent to which the right to strike is not adequately protected by international law. The Authors affirm that the concept of strike recognized by international law is very contained and, secondly, they describe the political attack on the right to strike, by business representatives to the Ilo.

Simone Pietro Emiliani (*)

LA «REALTÀ OGGETTIVA» DELLA SUBORDINAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La duplice questione della qualificazione del contratto di lavoro subordinato. — 2. *Segue*: la «indisponibilità del tipo negoziale» da parte del legislatore. — 3. Il contrasto di opinioni sulla indisponibilità del tipo nella «sfera di azione del legislatore». — 4. La soluzione eclettica della Corte costituzionale. — 5. *Segue*: i pregi della soluzione della Corte costituzionale. — 6. La «realità oggettiva» delle condizioni di debolezza della persona. — 7. *Segue*: il lavoratore subordinato quale persona oggettivamente «bisognosa di cura». — 8. Indisponibilità delle condizioni oggettive di debolezza della persona.

1. — *La duplice questione della qualificazione del contratto di lavoro subordinato* — Con alcune sentenze rese a partire dagli anni novanta del secolo scorso, la Corte costituzionale ha chiarito che in relazione al contratto di lavoro subordinato una questione di qualificazione si pone sia rispetto al singolo concreto assetto di interessi che si sia realizzato nel corso dello svolgimento del rapporto, eventualmente in contrasto con il programma negoziale, sia rispetto all'assetto di interessi tipizzato in via generale e astratta dal legislatore (1).

Con riguardo alla prima questione, la Corte non ha avuto difficoltà a confermare il risalente insegnamento secondo il quale, «nel caso di un rapporto che abbia assunto in via di mero fatto – e in contrasto con l'atto che lo ha costituito – le modalità di svolgimento concreto proprie del rapporto di lavoro subordinato» (2), la qualificazione del contratto deve corrispondere a tale assetto di interessi concretamente realizzato (3), e non al diverso

(*) Professore a contratto presso l'Università di Milano.

(1) Per tale distinzione, vd. Pedrazzoli 2008, 851 ss.

(2) C. cost. 29.3.1993, n. 121, il cui insegnamento è stato ribadito da C. cost. 31.3.1994, n. 115.

(3) D'Antona 1995, 73 ss. e 77 s., e già Persiani 2004b; per ulteriori riferimenti vd. Emiliani 2017, 17 s.

assetto di interessi formalmente programmato dalle parti con la loro dichiarazione negoziale (4).

Le pronunce della Consulta hanno comunque avuto il merito di chiarire che, per la natura delle tutele previste dalla Costituzione, il legislatore ordinario non può escludere il potere del giudice di qualificare un contratto di lavoro come subordinato «se le concrete modalità di svolgimento del rapporto stesso – in contrasto con il *nomen iuris* enunciato dalle parti o con la regolamentazione negoziale dichiarata nel contratto – siano quelle proprie del lavoro subordinato» (5).

La Corte costituzionale ha, però, come detto anche chiarito che una questione di qualificazione si pone anche in relazione all'assetto di interessi tipizzato in via generale e astratta dal legislatore (6).

2. — Segue: *la «indisponibilità del tipo negoziale» da parte del legislatore* — Per meglio comprendere la seconda questione affrontata dalla Consulta va ricordato che il «problema qualificatorio» (7) del lavoro subordinato che fin dalle origini ha caratterizzato il diritto del lavoro si è di nuovo manifestato in tutta la sua complessità quando la dottrina giuslavoristica ha avvertito che la profonda trasformazione del modo di produrre (e quindi di integrare il lavoro umano nei processi produttivi e nelle organizzazioni) (8) ha determinato, da un lato, «l'appannamento, sul terreno sociale, dello ste-

(4) Spetta al giudice qualificare l'assetto di interessi voluto dalle parti: Roppo 2011, 408; Ichino 2000, 290.

(5) C. cost. 31.3.1994, n. 115, secondo la quale l'esclusione di tale potere di qualificazione «stravolgerebbe gli stessi fondamenti del diritto del lavoro», nonché C. cost. 7.5.2015, n. 76.

(6) Ai fini di questa seconda questione assume rilevanza l'assetto di interessi tipizzato *ex ante* dal legislatore, e non quello realizzatosi *ex post*, in concreto: *infra*, nota 19. Sul concetto di «assetto di interessi proprio del tipo» Cataudella 2000, 111 s. e 158 ss.

(7) Vardaro (1989, 102 ss.), che lo definisce come il problema della definizione del «prototipo normativo del lavoro subordinato», ovvero della «fattispecie lavoro subordinato»; su tale «problema della qualificazione» e sulla originaria «operazione unificante» di Barassi vd. anche Mariucci 1989, 67 ss.; la particolare rilevanza di tale problema qualificatorio deriva dal fatto che dalla sua soluzione si è fatta dipendere anche la «giustificazione politica del discrimine tra lavori protetti e lavori in regime di mercato (per la supposta capacità del prestatore di tutelarsi da sé)»: D'Antona 1989, 44.

(8) D'Antona (1989, 45 ss.), che avverte come la trasformazione dei processi produttivi abbia reso sempre più possibile «che l'erogazione del medesimo tipo di professionalità possa avvenire, *indifferentemente*, nel medesimo ciclo produttivo, sotto un regime di lavoro subordinato o sotto un regime di lavoro autonomo».

reotipo del lavoratore subordinato» (9) e, d'altro lato, «la crescente permeabilità del confine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo» (10), con le conseguenti distorsioni nella applicazione della disciplina protettiva derivanti dalla inadeguatezza delle categorie tradizionali (11).

Ed è, quindi, anche per reagire a tali distorsioni applicative, e alla connessa accresciuta difficoltà di risolvere quel problema di qualificazione, che nella produzione legislativa si è affermata la duplice tendenza, pure segnalata dalla dottrina giuslavoristica, «alla *delavorizzazione* dei rapporti atipici» (12) e alla «moltiplicazione di discipline giuridiche differenziate, con una tendenza alla formazione di statuti giuridici separati» (13).

Tale duplice tendenza pone, quindi, la rilevante questione (14) di sapere se dalla Costituzione derivino, oppure no, limiti alle scelte del legislatore nelle ipotesi in cui l'assetto di interessi normativamente tipizzato in relazione a speciali rapporti di lavoro o a nuovi tipi o sottotipi di contratto di lavoro (15) appaia destinato a realizzare anche l'aspetto più significativo dell'assetto di interessi che caratterizza tipicamente il lavoro subordinato (16) e che, con espressione descrittiva e sintetica, e con riguardo ai particolari obblighi assunti dal lavoratore (17), viene tradizio-

(9) *Ibidem*, anche in relazione al declino del modello organizzativo fordista; ma vd. anche Mariucci (1989), 70 s.

(10) D'Antona 1989, 45.

(11) Distorsioni consistenti soprattutto nel fatto che la disciplina legislativa «o assoggetta lavori non qualificabili come subordinati alla disciplina di tutela tradizionalmente identificata con la qualificazione subordinata della prestazione lavorativa, o, per contro, sottrae prestazioni lavorative sicuramente qualificabili come subordinate a quella normativa di tutela»: Vardaro 1989, 107; il che pone la questione della «razionalità» della separazione «tra il mondo delle garanzie (il lavoro subordinato) e il mondo del mercato (il lavoro autonomo)»: D'Antona 1989, 46; Spagnuolo Vigorita 1989, 96 s.

(12) D'Antona 1989, 49; costituisce manifestazione di tale tendenza la disciplina delle prestazioni di lavoro occasionali: Emiliani 2018.

(13) Mariucci 1989, 71; Vardaro 1989, 106 s.

(14) La cui rilevanza appare attuale: vedi *infra*, nota 99.

(15) Sulle diverse dicotomie particolare-generale, tipo/sottotipo, specie-genere, cfr. Mengoni 1986, 10 s.

(16) Quanto meno di quello definito dall'art. 2094 c.c.: *infra*, nota 35.

(17) Secondo l'opinione che appare tuttora maggioritaria l'«assetto *giuridico*» che ha «la funzione di *individuazione del tipo legale* del lavoro subordinato» (quanto meno di quello definito dall'art. 2094 c.c.) si caratterizza per «l'assunzione da parte del prestatore di un vincolo di assoggettamento dell'attività dedotta in contratto al potere direttivo del creditore, cioè l'assunzione di un obbligo di obbedienza», con la correlativa attribuzione al datore di lavoro della «facoltà di intervenire in *qualsiasi momento* sulle modalità di svolgimento di qualsiasi segmento della prestazione»: Ichino 2000, 258

nalmente definito come «inserimento di quest'ultimo nell'organizzazione del datore di lavoro» (18).

Nel risolvere tale questione, la Consulta ha quindi affermato che il legislatore ordinario, nel dettare la disciplina di tali speciali rapporti di lavoro o di tali nuovi tipi di contratto di lavoro, non potrebbe legittimamente escludere le tutele dirette a dare attuazione ai diritti che la Costituzione attribuisce al lavoratore subordinato, perché tali tutele devono trovare necessaria attuazione in tutti i casi in cui i contratti appaiano, proprio per l'assetto di interessi normativamente tipizzato, «destinati a dar luogo a rapporti che presentino i caratteri oggettivi propri del lavoro subordinato» (19).

In tal senso, quindi, alle norme di legge ordinaria non è consentito di realizzare l'effetto di «separare la subordinazione dallo Statuto protettivo del lavoratore» (20), ove tale Statuto protettivo trovi fondamento nelle norme della Costituzione (21).

Ne deriva, sempre secondo la Consulta, che il legislatore ordinario non potrebbe raggiungere quell'effetto vietato neppure «separando l'assetto di interessi tipizzato dalla sua qualificazione», e cioè imponendo di qualificare come non subordinati contratti che, invece, per lo stesso assetto di interessi tipizzato, appaiano «destinati a dar luogo a rapporti che presentino i caratteri oggettivi propri del lavoro subordinato» (22), perché «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rap-

s., 266 s., 279 ss. e 288. Vd. anche: Spagnuolo Vigorita 1989, 95 s.; Perulli 1992, 344; *Id.* 1996, 199; Nogler 2000, 143 s. e 174; De Luca 2014, 408 s.

(18) C. cost. 29.3.1993, n. 121, che ricava tale concetto dalla giurisprudenza di legittimità. L'inserimento si realizza quando il coordinamento della prestazione lavorativa con le esigenze dell'organizzazione è il risultato dell'adempimento delle direttive impartite di volta in volta dal datore di lavoro: Ichino 2000, 271 ss., 280 s. e 294 s.; ma vi sono opinioni diverse: ad es., Napoli 1995, 1126 ss. e 1132 s.; Nogler 2014894 ss.

(19) C. cost. 29.3.1993, n. 121. L'aggettivo «destinati» rende palese che la Consulta ha avuto riguardo all'assetto di interessi tipizzato *ex ante*, in via generale e astratta, dal legislatore, e non al singolo concreto assetto di interessi realizzatosi *ex post* nello svolgimento del rapporto. Ha avuto cioè riguardo alla «conformazione legale tipica» dell'assetto di interessi: C. cost. 7.5.2015, n. 76.

(20) Per tale efficace immagine, vd. Ghera (1999, 492), che però la utilizza per descrivere il rapporto fra volontà dei privati e fonti eteronome; non è cioè consentita «la disposizione dell'effetto, ferma la fattispecie»: Pedrazzoli 1999, 769; Pedrazzoli 2008, 864.

(21) L'indisponibilità non può allora valere per le «norme di protezione infracostituzionali» che tutelano il lavoro subordinato senza essere costituzionalmente imposte: Pedrazzoli 1999, 766 e 784; Ichino 2000, 327; Ghera 1999, 479 s. e 496 ss.

(22) Cfr. *supra*, nota 19.

porti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato» (23).

Per tale ragione, la «indisponibilità del tipo negoziale» non è limitata alle dichiarazioni negoziali dei «contraenti individuali», ma riguarda anche «le scelte del legislatore» (24), proprio perché anche quest'ultimo non può, «operando autoritativamente sulla qualificazione del rapporto» (25), «sottrarre arbitrariamente taluni rapporti di lavoro subordinato alla sfera delle norme inderogabili, espressione di principi costituzionali» (26).

3. — *Il contrasto di opinioni sulla indisponibilità del tipo nella «sfera di azione del legislatore»* — Le pronunce della Corte costituzionale hanno determinato un contrasto di opinioni in relazione a entrambe le questioni affrontate dalla Consulta (27), e quindi sia con riguardo alla indisponibilità del tipo nella «sfera privata», sia con riguardo alla indisponibilità del tipo nella «sfera di azione del legislatore» (28).

(23) C. cost. 29.3.1993, n. 121. Nel caso di specie, l'affermazione costituiva un *obiter dictum*, con il quale l'interprete deve però fare i conti perché l'insegnamento è stato successivamente ribadito da C. cost. 31.3.1994, n. 115. La rilevanza di tale *obiter dictum* è anche dovuta a ciò che in precedenza la Consulta aveva ritenuto che la qualificazione degli assetti di interessi tipizzati dei rapporti di lavoro fosse affidata alla discrezionalità del legislatore: Persiani 2006, 196 ss.; ma vd. Santini (2018, 76 ss.), secondo la quale vi sarebbe una «sostanziale continuità» nelle pronunce della Consulta.

(24) Le citazioni sono tratte da C. cost. 7.5.2015, n. 76. E vd. De Luca (2014, 397 ss., 402 ss. e 406 s.), il quale ritiene che la *ratio* della giurisprudenza costituzionale sia la stessa della giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha nel tempo definito una nozione di lavoratore rilevante ai fini delle discipline di fonte europea, e vada individuata nel «rapporto tra fonti ordinate gerarchicamente» e quindi nella finalità «di precludere, a fonti sotto ordinate, la elusione – attraverso la definizione del tipo contrattuale – di diritti che, al lavoro subordinato, sono – inderogabilmente – garantiti»; sulla nozione europea, vd. Giubboni 2017, 121 ss.

(25) D'Antona 1989, 49.

(26) C. cost. 7.5.2015, n. 76, secondo la quale il legislatore non può, attraverso la «qualificazione del tipo negoziale», prefiggersi «una finalità elusiva della disciplina inderogabile che attiene al lavoro subordinato».

(27) Con riguardo alla prima questione, il contrasto di opinioni ha riguardato il *grado di specialità* del procedimento di qualificazione del contratto di lavoro subordinato da parte del giudice rispetto all'ordinaria operazione di classificazione dei contratti in base ai tipi regolati; cfr.: D'Antona 1995, 67 e 74 ss.; Ghera 1999, 491 s.; Ichino 2000, 271 ss., 289, 292 s. e 314 s.; Romei 2009, 84 s.

(28) Distingue così le due questioni Romei (2009, 85).

È, però, soprattutto il contrasto di opinioni in relazione a questa seconda questione che assume rilevanza ai fini della presente indagine.

E infatti, nonostante l'esplicito riferimento della Consulta alla *natura oggettiva* che la subordinazione assume sul piano generale e astratto (29), la dottrina maggioritaria esclude l'esistenza di una nozione di subordinazione «direttamente fondata sulla Costituzione», e tale, quindi, da imporre al legislatore ordinario un vincolo «al mantenimento della coincidenza del tipo legale del rapporto di lavoro subordinato» con la nozione costituzionalmente imposta (30).

Pertanto, sempre secondo la dottrina che appare maggioritaria, le pronunce della Consulta non escluderebbero che la definizione legislativa del tipico assetto di interessi del lavoro subordinato potrebbe nel tempo anche variare (31), e il legislatore ordinario sarebbe soggetto al solo limite del principio di eguaglianza dinanzi alla legge, «che vincola il legislatore nel senso di impedirgli di tutelare in modo diverso tra loro rapporti di lavoro che sono, invece, *in base ai criteri prescelti dal legislatore stesso*, equivalenti tra loro» (32).

Tale opinione è contrastata da una parte minoritaria della dottrina, secondo la quale il principio di indisponibilità del tipo negoziale delineato dalle pronunce della Consulta non si ridurrebbe alla conferma dell'esigenza di rispettare il principio di eguaglianza dinanzi alla legge (33), e il riferimento contenuto in tali pronunce a una «natura obiettivamente subordinata del rapporto di lavoro» sarebbe diretto a riconoscere l'esistenza di «una nozione *effettuale* di subordinazione» presupposta dalle norme costituzionali che tutelano il lavoro subordinato (34), e che quindi potrebbe essere

(29) Il riferimento alla *oggettività* viene infatti utilizzato dalla Consulta per descrivere gli assetti di interessi tipizzati dal legislatore *ex ante*, in via generale e astratta: *supra*, note 19 e 23, e testo corrispondente.

(30) Le citazioni sono tratte da Ichino 2000, 326 ss.; vd. anche: Pedrazzoli 1999, 769; Scognamiglio 2004, 1523 ss.; Santoro Passarelli 2006, 283 s.; Romei 2009, 86 e 93; Razzolini 2015, 23; Nogler 2016, 68; Santagata de Castro 2017, 404 s.

(31) Scognamiglio 2004, 1525 ss. In tal senso, dal principio di indisponibilità del tipo legale deriverebbero «limiti alla possibilità del legislatore di disporre degli effetti, non della fattispecie»: Razzolini 2015, 23; e già Pedrazzoli 1999, 769.

(32) Nogler 2016, 68; e già Scognamiglio 2004, 1525; Santoro Passarelli 2006, 284; Romei 2009, 85; per la tesi secondo la quale il giudizio di equivalenza dovrebbe avere riguardo alla «struttura economica» del rapporto e alle esigenze di tutela che tipicamente ne derivano, vd. Ichino 2000, 7 s.

(33) D'Antona 1995, 65 s.

(34) In tal senso sembra l'opinione di D'Antona 1995, 66 s., da cui le citazioni; più esplicito De Luca 2014, 398, 401 e 405 s.

utilizzata quale *parametro* per valutare le scelte del legislatore ordinario, sia pure senza perdere di vista l'esigenza di aggiornare nel tempo la definizione del lavoro subordinato (35) per tener dietro agli inevitabili mutamenti del modo di lavorare (36).

4. — *La soluzione eclettica della Corte costituzionale* — A fronte delle contrastanti opinioni della dottrina appena ricordate, sembra potersi affermare che la Corte costituzionale abbia adottato una soluzione eclettica.

E infatti, da un lato, la Consulta ha chiarito che, al fine di valutare la correttezza della qualificazione data dal legislatore ordinario agli assetti di interessi tipizzati in materia di rapporti di lavoro, l'interprete può utilizzare una nozione generale e astratta di subordinazione che funge da parametro presupposto di valutazione e che, infatti, la stessa Corte costituzionale ha volta per volta utilizzato per «vagliare in modo critico le scelte del legislatore» (37).

D'altro lato, la Consulta, prima con la sentenza n. 121 del 1993 (38) e poi anche con la sentenza n. 76 del 2015 (39), ha individuato quel parametro di valutazione non già direttamente nelle norme della Costituzione, ma sulla base del cd. diritto vivente (40) e, quindi, accogliendo dell'assetto di interessi che caratterizza tipicamente la subordinazione la nozione generale e astratta tempo per tempo elaborata dalla giurisprudenza in applicazione della legge (41).

(35) O meglio le diverse nozioni legislative di lavoro subordinato: D'Antona 1995, 80; Scognamiglio 2004, 1507 ss. Per la considerazione delle diverse tesi secondo le quali l'art. 2094 c.c. definirebbe un tipo legale unitario di lavoro subordinato, oppure soltanto uno dei diversi tipi legali, oppure soltanto un sottotipo di un tipo ancora più generale: Mengoni 1986, 9 ss.; Ichino 2000, 320 ss.

(36) D'Antona 1995, 68 s., 80 ss. e 86 s.; sul lavoro che cambia anche Nogler 1990, 192; Ghera 1999, 484 ss.; Del Punta 2018.

(37) C. cost. 7.5.2015, n. 76.

(38) Che ha accolto quale indice della subordinazione il cd. «inserimento del prestatore nell'organizzazione del committente», ricavato dalla giurisprudenza di legittimità: *supra*, nota 18.

(39) C. cost. 7.5.2015, n. 76, ritiene che la subordinazione si caratterizzi tipicamente per l'esercizio da parte del datore di lavoro di un «potere direttivo» che «si sostanzia nell'emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indole generale»; sembra quindi aver fatto proprio l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità tuttora maggioritaria: Emiliani 2017, 121 ss.

(40) Su tale concetto vd. Lipari 2017a, 20 s.

(41) Aveva quindi in tal senso ragione Pedrazzoli 1999, 769. L'identificazione dell'assetto di interessi tipizzato è anche il frutto della interpretazione delle norme di legge che lo disciplinano: Nogler 1990, 206.

Si tratta, dunque, di una soluzione eclettica, che combina l'intuizione della dottrina rimasta fin qui minoritaria, in ordine alla possibilità di vagliare le scelte del legislatore sulla base di una nozione generale e astratta di subordinazione che funge da parametro presupposto di valutazione, con la consapevolezza, ormai acquisita dalla dottrina dominante, in ordine alla inesistenza di una nozione di subordinazione direttamente fondata sulla Costituzione.

5. — Segue: *i pregi della soluzione della Corte costituzionale* — La soluzione eclettica adottata dalla Consulta si lascia apprezzare, per più di una ragione.

Anzitutto, la soluzione della Consulta consente di soddisfare pienamente l'esigenza di aggiornare costantemente il parametro da utilizzare al fine di vagliare le scelte del legislatore, tenendo conto del «processo di aggiornamento giurisprudenziale della nozione di subordinazione» (42) in relazione «ai problemi e alle possibilità, anche tecnologiche, del tempo presente» (43).

Allo stesso tempo, la soluzione accolta dalla Consulta si lascia apprezzare perché, affidando al diritto vivente il compito di definire la nozione generale e astratta di subordinazione che funge da parametro presupposto per vagliare le scelte del legislatore, evita che queste ultime trovino il loro limite esclusivamente nel principio di eguaglianza dinanzi alla legge.

E infatti, se anche è vero che il diritto vivente elabora quella nozione ricostruendo gli assetti di interessi tipizzati dallo stesso legislatore, l'elaborazione così compiuta dalla «comunità interpretante» (44) consente di sottrarre la nozione di subordinazione alla discrezionalità legislativa, in coerenza con il ruolo di «baluardo all'intervento legislativo» (45) che è oggi possibile riconoscere al diritto vivente proprio in funzione di tutela dei diritti della persona costituzionalmente protetti.

La soluzione della Consulta si lascia, infine, apprezzare anche per l'esplicito riferimento alla *natura oggettiva* che, già sul piano generale e astratto, caratterizza gli interessi che valgono a comporre l'assetto che caratterizza tipicamente la subordinazione (46).

(42) D'Antona (1995, 80 s. e 86 s.), il quale ritiene necessario che la giurisprudenza mantenga la nozione aperta all'evoluzione sociale; anche De Luca 2014, 398, 404 e 416 s.

(43) Nogler 2016, 61 s. e 72 s., ove riferimenti ai più innovativi orientamenti giurisprudenziali in materia di subordinazione; Razzolini 2014; sulle nuove sfide che attendono la giurisprudenza vd. Del Punta 2018, 229.

(44) Lipari 2017a, 21 e 35 ss.

(45) Lipari 2017b, 102 ss.

(46) Cfr. *supra*, nota 29.

E infatti, sembra possibile affermare che il riferimento della Consulta sia del tutto corretto per la ragione che gli interessi della persona del lavoratore inevitabilmente implicati nel lavoro subordinato sono anteriori al riconoscimento da parte delle norme dello Stato e, in tal senso, hanno una «realità oggettiva» (47).

6. — *La «realità oggettiva» delle condizioni di debolezza della persona* — Va, infatti, ricordato che in virtù del riconoscimento della «anteriorità della persona di fronte allo Stato» (48), dunque della «esistenza di uno statuto giuridico della persona anteriore a ogni costruzione statale» (49), la Costituzione repubblicana si è posta, in relazione alla persona umana, in una prospettiva postmoderna, per lo sforzo dei costituenti «di leggere una realtà oggettiva», cioè «di leggere oggettivamente» «una realtà pre-statale» (50).

Ciò che allora appare particolarmente degno di nota è che, proprio in virtù di tale lettura postmoderna, la «realità oggettiva» della persona che con la Costituzione repubblicana si impone al riconoscimento dell'ordinamento giuridico non coincide più con la moderna e astratta immagine dell'individuo «libero signore di se medesimo» (51), cioè dell'uomo che è «*realmente* libero» (52) perché in grado di valutare e gestire i propri interessi e come tale capace di decidere da sé e di provvedere da sé alle proprie esigenze di vita (53).

(47) Grossi 2017b, 15.

(48) Dossetti 1994, 102 s. Di «anteriorità dell'uomo rispetto allo Stato» aveva parlato Giorgio La Pira nella relazione accettata dalla Prima Sottocommissione quale base della discussione: Grossi 2017c, 46 s.; Di Ciommo (2010, 108 ss.), che ricorda le ragioni per le quali su tale «principio antifascista» fu possibile trovare un'intesa anche con Palmiro Togliatti; Occhiocupo 1995, 34 s. e 42; Rossi 2006, 40 e 43; Grossi 2017a, XII; Candido 2018, 15. Ma vd. la diversa opinione di Pace 2003, 7 ss.

(49) Occhiocupo 1995, 5 s., 44 s., 50 ss., 56, 66, 78, 91 e 106; vd. anche Zanichelli 2007, 533 s.; Capograssi 2008, 511 ss. e 521; Di Ciommo 2010, 106 s.; Grossi 2017c, 44 ss.; e già Mengoni 1985, 134. Tale anteriorità trova conferma nella tendenza a riconoscere ai diritti fondamentali una «giuridicità ancorata a valori non condizionati da limiti territoriali o ordinamentali»: Lipari 2017b, 109 ss. e 119 ss.; Rodotà 2012, 44 ss. e 62 ss.

(50) Grossi (2017b, 13 ss. e 17), secondo il quale è in tal senso «notabile il verbo “riconoscere” largamente usato negli articoli del testo costituzionale del '48», nonché Rossi 2006, 43.

(51) Per questa espressione di Giacomo Leopardi cfr. Citati 2010, 29.

(52) Barcellona 1996.

(53) Lipari 2013, 54; Occhiocupo 1995, 19 s.; si muove ancora in questa prospettiva chi ritiene che la Costituzione affidi alla Repubblica il compito di restituire

E infatti, in contrapposizione a quella astratta immagine moderna, la «realità oggettiva» della persona che la Costituzione repubblicana accoglie, e che come detto si impone al suo riconoscimento, presenta già il carattere che sarà poi messo in luce nei suoi studi da Martha Nussbaum (54), e che consiste nella costitutiva possibilità di ogni persona di trovarsi in condizione di essere, anche per lunghi periodi, incapace di provvedere da sé ai propri bisogni e, quindi, di essere, proprio per tale ragione, *bisognosa di cura* (55) e della solidarietà dei suoi simili (56).

Tale prospettiva consente anche il riconoscimento della diversità delle condizioni umane e sociali (57) e, in particolare, della esistenza di specifiche condizioni esistenziali (58) che possono rendere alcune persone particolarmente bisognose di cura, così da giustificare anche l'attribuzione di speciali diritti in favore dei cd. soggetti deboli: i più fragili nella scala della fragilità umana (59).

Il principio fondamentale di anteriorità della persona (60) consente allora di affermare che le *condizioni di debolezza*, cioè le condizioni esistenziali che possono rendere la persona particolarmente bisognosa di cura e che quindi determinano il valore della solidarietà, fanno anch'esse parte di quella «realità» (61) dell'esistenza umana, di quella «carnalità dell'esistenza» (62) che è anteriore al riconoscimento da parte dello Stato dei diritti della

al lavoratore «la prerogativa essenziale di libertà della persona costituita dall'autonomia negoziale»: Ichino 2013, 43 ss.

(54) Per la considerazione della persona come essenzialmente bisognosa di cura vd. Nussbaum (2007, 105, 146 e 149 ss.), la quale utilizza tale concetto per indicare come, per ragioni legate all'età, alla malattia o a un infortunio, esistono lunghi periodi durante i quali gli esseri umani non corrispondono al paradigma moderno della persona quale soggetto razionale capace di provvedere da sé ai propri interessi.

(55) Si riconosce in tal senso la «reale natura dell'uomo, di per sé bisognoso»: Olivelli 1988, 27.

(56) Garofalo 2009; sulla evoluzione del concetto di solidarietà vd.: Blais 2012; Giubboni 2012, 538 ss.; Rodotà 2014, 40 ss.; sull'attribuzione allo Stato del «compito di provvedere ai bisogni dell'esistenza» vd. Böckenförde 2010.

(57) Lipari 2013, 55 ss.

(58) Stanzione 2017, 61 ss. e 73 ss.

(59) Significativa la previsione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di diritti dei minori (art. 24), degli anziani (art. 25), delle persone con disabilità (art. 26): Rodotà 2012, 80.

(60) Che si ritiene costituisca il «pilastro fondante dell'ordinamento giuridico della neonata Repubblica»: Grossi 2017c, 47; e vd. Occhiocupo 1995, 70 e 92; Di Ciommo 2010, 111; sulla «costituzionalizzazione della persona» vd. Rodotà 2012, 63 ss.

(61) Così Giorgio La Pira: Grossi 2017c, 48.

(62) *Ivi*, 53.

persona destinati a realizzare quel valore. In tal senso, infatti, nel corso dei lavori della Prima Sottocommissione (63) l'affermazione della «anteriorità della persona rispetto allo Stato» venne completata non soltanto con il richiamo alla «necessaria solidarietà, a un tempo, di tutte le persone le quali sono chiamate a completarsi a vicenda mediante la molteplice organizzazione della società moderna», ma anche con l'affermazione che la «persona umana» di cui si predicava «la precedenza sostanziale» rispetto allo Stato dovesse essere «intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali» (64).

E in tal senso, quindi, nella Costituzione repubblicana «il bambino, il vecchio, l'handicappato, il disoccupato, per limitare il riferimento a talune categorie di persone oggettivamente in condizioni di "debolezza", rispetto ad altre, è persona umana come le altre» (65), così che anche tali condizioni, per la loro *realtà oggettiva*, si impongono al riconoscimento da parte dello Stato nell'attribuzione dei diritti destinati a soddisfare il bisogno di cura della persona (66).

7. — Segue: *il lavoratore subordinato quale persona oggettivamente «bisognosa di cura»* — Nella stessa prospettiva postmoderna appena ricordata, la Costituzione del 1948, pur avendo in principio considerato il lavoro, in ogni sua forma, come uno dei principali mezzi di fioritura della persona, ha poi anche considerato che nell'ambito di una forma di organizzazione del lavoro di tipo capitalistico (67) anche la condizione di lavoratore subordinato (68) può e deve essere compresa fra le condizioni esisten-

(63) Ovvero la prima delle tre Sottocommissioni in cui si suddivise la Commissione per la Costituzione costituita in seno all'Assemblea Costituente, e che si occupò dei «Diritti e doveri dei cittadini».

(64) Per le citazioni di Giuseppe Dossetti cfr. Occhiocupo 1995, 39 s.; Di Ciommo 2010, 110 s.

(65) Occhiocupo 1995, 78.

(66) Del resto, il «principio della fundamentalità» risiede nella possibilità che tali diritti si impongano allo stesso legislatore: Lipari 2017b, 121 e 127 s.

(67) Nella quale le «risorse del capitale non possono essere utilizzate da nessuno (sia che questo sia un corpo o soggetto privato o pubblico) senza l'esercizio di poteri di comando sugli esseri umani»: Kahn-Freund 1974, 15.

(68) Le considerazioni svolte nel presente saggio sono riferite al lavoro subordinato, per il quale la Costituzione ha «giustificatamente un occhio di riguardo»: Pedrazzoli 1999, 752 e 765. Senonché, le norme della Costituzione poste a tutela del lavoro dell'uomo non sono esclusivamente dirette a tutelare il lavoro svolto in condizioni di subordinazione: Scognamiglio 1978, 26 ss.; Pedrazzoli 1999, 751 ss.; Santoro Passarelli 2006, 283 s.; d'altro lato, secondo una parte della dottrina, la Costituzione

ziali (69) che possono rendere la persona bisognosa di cura. Al riguardo, la Costituzione repubblicana ha dunque portato a compimento il lungo percorso che ha condotto a riconoscere alla subordinazione una valenza assiologica (70).

E infatti, già il codice civile del 1942 aveva attribuito rilevanza alla subordinazione, oltre che come obbligazione, anche «come situazione o posizione soggettiva del lavoratore» (71), cioè come «subordinazione-situazione» (72) cui le fonti eteronome collegano lo «Statuto protettivo del lavoratore come persona e come contraente debole» (73) e che, appunto «come situazione (di dipendenza) personale del lavoratore», «si proietta altresì all'esterno del (contratto e del) rapporto come posizione (o “situazione”) di dipendenza economica e/o sottoprotezione sociale a fronte del mercato del lavoro e dell'impresa-organizzazione e rilevante ai fini della imputazione dei diritti sociali» (74). E la rilevanza in tal modo attribuita alla subordinazione-situazione appare ancor più significativa se si considera che «il vincolo della subordinazione tecnico-funzionale interno al rapporto di lavoro non è di per sé indice di una situazione di inferiorità o debolezza contrattuale del lavoratore e, tanto meno, denota una omogeneità di condizione sociale» (75).

Tale prospettiva viene quindi portata a compimento con la Costituzione repubblicana, nella quale la subordinazione assume fondamentale rile-

attribuirebbe rilevanza, ai fini della meritevolezza della protezione, più che al tipo legale del contratto nel quale il lavoro stesso viene dedotto, alla possibilità che il lavoratore possa essere esposto a una probabile situazione di sfruttamento: Ichino 2000, 8 ss. Pertanto, le considerazioni svolte nel presente saggio potrebbero essere estese, con i dovuti adattamenti, anche a rapporti di lavoro diversi da quelli caratterizzati dal vincolo di subordinazione.

(69) Pur se si tratta di una condizione volontariamente revocabile: Pedrazzoli 1999, 778.

(70) Nogler 2016, 68, in relazione agli studi di Hugo Sinzheimer.

(71) Ghera 2006, 5.

(72) Ghera 1999, 494.

(73) *Ivi*, 480 s., 483, 489, alla nota 39, e 494; Ghera 2006, 5. In tal senso, la subordinazione è divenuta la porta di accesso alle tutele: D'Antona 1989, 44; Nogler 1990, 184; *Id.* 2000, 179 s.

(74) Le citazioni sono tratte da Ghera 1999, 494; e vd. già Ghera 1969, 145 e 187.

(75) Ghera 1999, 502. In tal senso, la dipendenza economica del lavoratore può rappresentare soltanto una motivazione ulteriore rispetto alla subordinazione per la predisposizione di determinate tutele: Nogler 2000, 150 s. Sulle ragioni che, nel corso dello sviluppo storico del concetto di subordinazione, ne hanno determinato la separazione dalle matrici sociologiche così da renderlo indifferente alla condizione economico-sociale del lavoratore, Spagnuolo Vigorita 1989, 98; Nogler 1990, 185 ss.

vanza proprio nel «contesto assiologico» perché, ancora una volta, di per se stessa giustifica «una protezione giuridica specifica del lavoratore, e correlativi obblighi o doveri per il datore di lavoro e per lo Stato stesso, in funzione dei valori della tutela della persona e della solidarietà sociale» (76).

E infatti, da un lato, la Costituzione repubblicana, accogliendo l'idea della sicurezza sociale, con l'articolo 38 ha attribuito anche ai lavoratori subordinati alcuni fondamentali diritti sociali, finalizzati a realizzare il valore della solidarietà, proprio perché ha considerato anche la condizione di lavoratore subordinato fra le condizioni che possono rendere la persona incapace di fronteggiare da sola le diverse situazioni di bisogno cui ogni uomo è esposto per natura (77).

D'altro lato, la Costituzione repubblicana ha accolto l'idea della «costitutiva implicazione della persona nel vincolo di subordinazione» (78), sia perché ha fatto propria, con gli articoli 36 e 37, l'esigenza di tener conto delle esigenze biologiche della persona che lavora (79), sia perché ha considerato, con l'art. 41, cpv., che le pur rilevanti esigenze organizzative del datore di lavoro (80) devono in ogni caso trovare un limite nella esigenza di proteggere i «diritti del lavoratore inerenti alla tutela della sua personalità» (81).

E la Costituzione del 1948 ha anche previsto che nel «bagaglio inseparabile» (82) di diritti che il lavoratore reca con sé nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato sono compresi, oltre ai diritti connessi al suo *status personae* (83) che gli spetterebbero anche al di fuori del rapporto di lavoro (84), e che il lavoratore non lascia «fuori della porta quando si reca sul luogo di lavoro ogni mattina» (85), anche ulteriori speciali diritti (86) che non spetterebbero alla persona in quanto tale, e che

(76) Le citazioni sono tratte da D'Antona 1995, 73, 76 e 89 s.; e vd. Scognamiglio 2004, 1516.

(77) Persiani 1960; Cinelli 1982.

(78) Grandi 1999, 310, 313 ss., 322, 333 ss., 339 e 344; *Id.* 2008, 501 e 508; per ulteriori riferimenti Emiliani 2013, 434 ss.

(79) Mengoni 1985, 126 ss., 130 s. e 144; Cinelli 1984, 262 s.

(80) Persiani 2004a, 62 s., 66 s. e 73; Nogler 2016, 57.

(81) Scognamiglio 2007, 417.

(82) Scognamiglio 1997, 26.

(83) Perlingieri 2005.

(84) Quali sono il diritto alla salute, o alla riservatezza, o di manifestare liberamente il proprio pensiero.

(85) Per tale espressione cfr. il Parere n. 8/2001 sul trattamento di dati personali nell'ambito dei rapporti di lavoro adottato il 13 settembre 2001 dal Gruppo di lavoro sulla protezione dei dati.

(86) Qual è, ad esempio, il diritto a una retribuzione proporzionata e sufficiente:

possono essere anch'essi qualificati come diritti «dell'uomo», perché tengono conto «della fragilità e debolezza dell'individuo», dell'esigenza che l'uomo sia inteso «sempre come fine e mai come cosa», oltre che della «ricerca di un possibile e necessario equilibrio tra mercato e diritti dell'uomo» (87).

Pertanto, si giustifica l'affermazione che la Costituzione repubblicana ha considerato il lavoratore subordinato come una persona *oggettivamente* (88) bisognosa di cura, nel presupposto che la «relazione di potere» (89) che caratterizza la subordinazione, e che è «immanente» (90) nello svolgimento di un rapporto che si caratterizza immancabilmente per «un potere di comando e un dovere di obbedienza» (91), determina a carico della persona che lavora una «particolare esposizione ad attentati alla eguale dignità e libertà», tale «da richiedere un controbilanciamento forte, di rango superiore», e una «tutela privilegiata» (92).

8. — *Indisponibilità delle condizioni oggettive di debolezza della persona* — La prospettiva appena ricordata consente, quindi, di giustificare l'indisponibilità del tipo negoziale del lavoro subordinato in senso particolarmente pregnante, perché ci ricorda che la Costituzione ha considerato l'assetto di interessi che caratterizza tipicamente il lavoro subordinato alla stregua di una speciale condizione della persona tale da rendere quest'ultima oggettivamente bisognosa di cura.

Pertanto, in tale prospettiva, il legislatore non potrebbe qualificare come non subordinata la condizione del lavoratore che apparisse tale in virtù dell'assetto di interessi tipizzato, perché, appunto, tale assetto di interessi dovrebbe essere considerato alla stregua di una condizione esistenziale di debolezza della persona che, come tale, nella sua *oggettività*, cioè nella sua *realtà*, si impone al riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico dello Stato (93).

sul punto, vd. Pedrazzoli 1999, 765 s. e 784. Gli speciali diritti che la Costituzione attribuisce al lavoratore nei confronti del datore di lavoro possono ricevere immediata soddisfazione dinanzi al giudice: Giorgis 1999.

(87) Ferrone 2014, 234, 307, 324 ss. e 330 ss.; Angiolini 2012, 118 ss.

(88) Cfr. *supra*, note 50 e 65.

(89) Campanella 2013, 98 s.; la disparità di potere si manifesta al momento della stipulazione del contratto di lavoro e poi nel corso del rapporto: Giugni 2014, 13 s., 31 e 41.

(90) Kahn-Freund 1974, 14 s., 185; Nogler 2016, 20, nota 54, per i riferimenti al pensiero di Sinzheimer.

(91) Kahn-Freund 1974, 15.

(92) Le citazioni sono tratte da Pedrazzoli 1999, 752 e 765.

(93) Deve quindi ritenersi che anche nel procedimento diretto alla qualificazione

In altri termini, il legislatore non potrebbe qualificare come non subordinata la condizione del lavoratore che lo fosse oggettivamente allo stesso modo in cui non potrebbe qualificare come maturi i bambini, o sane le persone malate, o giovani le persone anziane, non soltanto per il necessario rispetto del principio di ragionevolezza (94) ma, ancor prima, perché quelle condizioni esistenziali di debolezza della persona sono anteriori allo Stato e si impongono al suo riconoscimento (95).

Ciò, si badi, non significa ritenere esistente una nozione di subordinazione direttamente fondata sulla Costituzione o immutabilmente esistente *in rerum natura* (96), ma significa affermare che deve essere riconosciuta una natura oggettiva alla nozione di subordinazione volta per volta accolta dal diritto vivente (97).

Significa, cioè, affermare che qualunque sia, in base al diritto vivente (98) e in relazione al progresso della tecnica e alla evoluzione dei metodi di

del singolo rapporto di lavoro l'assetto concreto degli interessi che corrisponde alla subordinazione si imponga *al giudice* in tale sua *oggettività*: Emiliani 2017, 14 ss. E in tal senso si giustifica, quindi, l'affermazione della Consulta secondo la quale il legislatore ordinario non può escludere il potere/dovere del giudice di procedere a tale qualificazione: *supra*, nota 5.

(94) Che richiede anche la «rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire»: C. cost. 16.4.1998, n. 114. Anche le scelte del legislatore ordinario nella tipizzazione dell'assetto di interessi del lavoro subordinato sono soggette al controllo di razionalità: Scognamiglio 2004, 1525; Santagata de Castro 2017, 406 s.

(95) Tale considerazione non sembra poter essere contraddetta rilevando che la subordinazione quale *condizione giuridica* non può essere anteriore all'adozione da parte dello Stato delle norme giuridiche che ne definiscono la fattispecie e gli effetti giuridici: in tal senso D'Antona 1995, 65. E infatti, l'antioriorità di cui si discute non riguarda la subordinazione intesa quale condizione giuridica, ma gli interessi della persona coinvolti nel rapporto di lavoro subordinato e il particolare *bisogno di cura* che, quindi, da quel rapporto tipicamente deriva. In altri termini, se pure la subordinazione, quale condizione giuridica, è creata dalle norme giuridiche dello Stato che attribuiscono al fatto il predicato, il bisogno di cura che tipicamente caratterizza la persona coinvolta nel rapporto di lavoro subordinato non è creato da quelle norme e, invece, si impone al riconoscimento da parte dello Stato.

(96) Persiani 2006, 200.

(97) Cui come detto la Consulta affida il compito di definire la nozione generale e astratta di subordinazione che funge da parametro presupposto per vagliare le scelte del legislatore.

(98) E quindi in base alla ricostruzione a opera della giurisprudenza dell'assetto di interessi che caratterizza tipicamente il lavoro subordinato, sulla base di una interpretazione delle disposizioni legislative che tempo per tempo lo definiscono che tenga conto anche del costante confronto con i dati dell'esperienza: Nogler 2016, 50 ss., e *supra*, note 42 e 43.

produzione, l'assetto di interessi ritenuto idoneo a identificare la subordinazione e, quindi, a imporre l'applicazione delle norme della Costituzione poste a tutela del lavoro subordinato, tale assetto di interessi dev'essere considerato dall'interprete, anche al fine di vagliare le scelte del legislatore (99), alla stregua di una speciale condizione di debolezza della persona che, come tale, si impone nella sua oggettività al riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico e, quindi, impedisce al legislatore di qualificarlo diversamente (100).

Il che vale a porre un limite alle scelte del legislatore per ragioni ancora più profonde di quelle connesse con le esigenze, pur innegabili, e di per sé rilevantissime, di rispettare la gerarchia delle fonti e il principio di eguaglianza dinanzi alla legge.

Riferimenti bibliografici

- Angiolini V. (2012), *Diritti umani. Sette lezioni*, Giappichelli, Torino.
- Barcellona P. (1996), *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli.
- Blais M.-C. (2012), *La solidarietà. Storia di un'idea*, Giuffrè, Milano.
- Böckenförde E.-W. (2010), *L'importanza della separazione fra Stato e società nello Stato sociale democratico di oggi*, in *Id.*, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, II ed., Laterza, Roma-Bari, 82 ss.
- Campanella P. (2013), *Prestazione di fatto e contratto di lavoro*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Candido A. (2018), *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Capograssi G. (2008), *Il diritto dopo la catastrofe*, già in *Jus*, 1950, 177 ss., ora in *Id.*, *La vita etica*, Bompiani, Milano, 479 ss.
- Cataudella A. (2000), *I contratti. Parte generale*, II ed., Giappichelli, Torino.
- Cinelli M. (1982), *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, FrancoAngeli, Milano.
- Cinelli M. (1984), *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Citati P. (2010), *Leopardi*, Mondadori, Milano.

(99) La questione della indisponibilità del tipo non può considerarsi superata dalla evoluzione che ha caratterizzato negli ultimi anni il diritto del lavoro (in tal senso, invece, Romei 2009, spec. 79 e 88 s.), perché anzi il controllo delle scelte del legislatore ordinario è divenuto più rilevante a seguito della politica legislativa di tipizzare assetti contrattuali diversi nei quali può essere dedotta la prestazione lavorativa: C. cost. 7.5.2015, n. 76.

(100) E vd. *supra*, nota 68.

- D'Antona M. (1989), *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, il Mulino, Bologna, 43 ss.
- D'Antona M. (1995), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, n. 1, I, 63 ss.
- De Luca M. (2014), *Rapporto di lavoro subordinato: tra «indisponibilità del tipo contrattuale», problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, in *RIDL*, n. 3, I, 397 ss.
- Del Punta R. (2018), *Un diritto per il lavoro 4.0*, in Cipriani A. et al. (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 225 ss.
- Di Ciommo M. (2010), *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli, Firenze.
- Dossetti G. (1994), *La ricerca costituente 1945-1952*, il Mulino, Bologna.
- Emiliani S.P. (2013), *I giudici del lavoro nel conflitto di razionalità*, in *RIDL*, n. 2, I, 427 ss.
- Emiliani S.P. (2017), *La costruzione dei fatti nel processo del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Emiliani S.P. (2018), *Le prestazioni occasionali tra autonomia e subordinazione*, in *VTDL*, n. 3, 685 ss.
- Ferrone V. (2014), *Storia dei diritti dell'uomo. L'Illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Laterza, Roma-Bari.
- Garofalo M.G. (2009), *Solidarietà e lavoro*, in Napoli M. (a cura di), *La solidarietà*, Vita e Pensiero, Milano, 3 ss.
- Ghera E. (1969), *Collocamento e autonomia privata*, Jovene, Napoli.
- Ghera E. (1999), *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, t. I, 477 ss.
- Ghera E. (2006), *Subordinazione, Statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *DLRI*, n. 109, n. 1, 1 ss.
- Giorgis A. (1999), *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli.
- Giubboni S. (2012), *Solidarietà*, in *PD*, 525 ss.
- Giubboni S. (2017), *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Cedam, Milano.
- Giugni G. (2014), *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
- Grandi M. (1999), *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *ADL*, n. 2, I, 309 ss.
- Grandi M. (2008), *Nuove riflessioni sull'oggetto del contratto di lavoro*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, I, 497 ss.
- Grossi P. (2017a), *Ultima verba*, in *Id.*, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, IX ss.
- Grossi P. (2017b), *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e post-moderna*, in *Id.*, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 3 ss.

- Grossi P. (2017c), *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, in *Id.*, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 39 ss.
- Ichino P. (2000), *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu A., Messineo F., e continuato da Mengoni L., XXVII, t. 2, I, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2013), *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in Roppo V., Sirena P. (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Giuffrè, Milano, 39 ss.
- Kahn-Freund O. (1974), *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, Milano.
- Lipari N. (2013), *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano.
- Lipari N. (2017a), *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Id.*, *Il diritto civile tra legge e diritto*, Milano, Giuffrè, 15 ss.
- Lipari N. (2017b), *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Id.*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 101 ss.
- Mariucci L. (1989), *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, il Mulino, Bologna, 67 ss.
- Mengoni L. (1985), *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Id.*, *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 123 ss.
- Mengoni L. (1986), *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *RIDL*, n. 1, I, 5 ss.
- Napoli M. (1995), *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, t. II, 1057 ss.
- Nogler L. (1990), *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *RIDL*, n. 2, I, 182 ss.
- Nogler L. (2000), *Lavoro a domicilio*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Nogler L. (2014), *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, in *ADL*, n. 4-5, I, 884 ss.
- Nogler L. (2016), *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca della «autorità del punto di vista giuridico»*, in *ADL*, n. 1, I, 47 ss.
- Nussbaum M.C. (2007), *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, il Mulino, Bologna.
- Occhiocupo (1995), *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, Milano.
- Olivelli P. (1988), *La Costituzione e la sicurezza sociale. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano.
- Pace A. (2003), *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Cedam, Padova.
- Pedrazzoli M. (1999), *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, t. I, 737 ss.
- Pedrazzoli M. (2008), *Sulla cosiddetta indisponibilità del tipo lavoro subordinato: ricognizione e spunti critici*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, II, 851 ss.

- Perlingieri P. (2005), *A margine della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Id.*, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 63 ss.
- Persiani M. (1960), *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
- Persiani M. (2004a), *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Id.*, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 45 ss.
- Persiani M. (2004b), *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in *Id.*, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 373 ss.
- Persiani M. (2006), *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, in Scognamiglio R. (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 193 ss.
- Perulli A. (1992), *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano.
- Perulli A. (1996), *Il lavoro autonomo. Contratti d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu A., Messineo F., e continuato da Mengoni L., XXVII, t. 1, Giuffrè, Milano.
- Razzolini O. (2014), *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *DRI*, n. 4, 974 ss.
- Razzolini O. (2015), *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 266.
- Rodotà S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari.
- Rodotà S. (2014), *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari.
- Romei R. (2009), *Tra politica e diritto: rileggendo «Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro»*, in *DLRI*, n. 121, 77 ss.
- Roppo V. (2011), *Il contratto*, II ed., Giuffrè, Milano.
- Rossi E. (2006), *Sub art. 2*, in Bifulco R. et al. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 38 ss.
- Santagata de Castro R. (2017), *Indisponibilità del tipo, ragionevolezza e autonomia collettiva. Sul nuovo articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, n. 2, 397 ss.
- Santini F. (2018), *Presunzioni e indisponibilità del tipo*, Giappichelli, Torino.
- Santoro Passarelli G. (2006), *A proposito della cosiddetta disponibilità del tipo lavoro subordinato da parte del legislatore*, in Scognamiglio R. (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 279 ss.
- Scognamiglio R. (1978), *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Id.* (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 13 ss.
- Scognamiglio R. (1997), *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *ADL*, n. 5, I, 1 ss.
- Scognamiglio R. (2004), *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. I, parte I, *Diritto e processo del lavoro*, t. II, Giuffrè, Milano, 1501 ss.
- Scognamiglio R. (2007), *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *RIDL*, n. 3, I, 379 ss.
- Spagnuolo Vigorita L. (1989), *Le apparenti contraddizioni del nostro ordinamento in tema di subordinazione*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, il Mulino, Bologna, 93 ss.

- Stanzione P. (2017), *Il Soggetto*, II, *Capacità, legittimazione, status*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu A., Messineo F., e continuato da Mengoni L., Giuffrè, Milano.
- Vardaro G. (1989), *Subordinazione ed evoluzionismo*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, il Mulino, Bologna, 101 ss.
- Zanichelli M. (2007), *Il significato dei diritti fondamentali*, in Cartabia M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 507 ss.

ABSTRACT

Il saggio propone la tesi che il riferimento della giurisprudenza della Corte costituzionale a una «realità oggettiva» del vincolo di subordinazione, utilizzato dalla stessa Corte al fine di giustificare l'indisponibilità del tipo legale del lavoro subordinato da parte del legislatore ordinario, possa essere apprezzato considerando non soltanto il particolare bisogno di cura che caratterizza la persona che sia soggetta a quel vincolo, ma anche la possibilità di riconoscere l'anteriorità di tale condizione della persona rispetto all'ordinamento dello Stato.

THE «OBJECTIVE REALITY» OF SUBORDINATION IN THE CONSTITUTIONAL COURT'S JUDGMENTS

This paper sustains the opinion that the reference used by the Constitutional Court to the «objective reality» of the subordination in the employment relation – used by the same Court to justify the fact that the ordinary legislator cannot act on the legal concept of employment – can be appreciated considering not only the need for special protection of the person subject to an employment relation, but also recognizing how that condition of special protection precedes the State legal system.

Francesco Perrone (*)

L'«INTERESSE» DEL LAVORATORE NEL NUOVO ART. 2103 C.C.:
PRESUPPOSTI E LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE
SUL DEMANSIONAMENTO UNILATERALE E PATTIZIO

SOMMARIO: 1. L'interesse del lavoratore alla modificazione *in peius* delle mansioni. — 2. La riforma del regime delle mansioni introdotta dal *Jobs Act*. — 3. Lo stesso livello di inquadramento nello *ius variandi* ordinario. — 4. Il nucleo di tutela costituzionalmente necessario del diritto alle mansioni. — 5. Il sindacato giurisdizionale sul demansionamento per modifica degli assetti organizzativi aziendali. — 6. Il sindacato giurisdizionale sul demansionamento «teleologico».

1. — *L'interesse del lavoratore alla modificazione in peius delle mansioni* — Lo *ius variandi* è il potere che la legge riconosce al datore di lavoro di modificare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione lavorativa concordato nel contratto di lavoro, senza necessità che il lavoratore vi presti consenso.

La materia delle mansioni per quasi cinquant'anni ha costituito oggetto di una regolamentazione legale rigidamente limitativa dell'autonomia negoziale, alla cui facoltà dispositiva è stata tradizionalmente interdetta, in forma pressoché assoluta, ogni flessibilità mansionale. L'art. 2103 c.c., nella formulazione introdotta nel 1970, ha sancito il doppio limite dell'equivalenza delle mansioni nella mobilità orizzontale e dell'interdizione pressoché assoluta della modificazione *in peius* nella mobilità verticale, così superando il previgente principio di flessibilità funzionale che l'originaria disposizione codicistica consentiva qualora necessario al soddisfacimento delle «esigenze dell'impresa». Tale assetto regolativo riflette un approccio fortemente garantista nei confronti della parte debole del rapporto di lavoro, strumentale sia alla protezione del pregresso bagaglio professionale del prestatore di lavoro, sia all'incremento dinamico di competenze ulteriori (1). La norma, radicando la propria *ratio* sull'assunto di un'insuperabile asimmetria negoziale, ha concentrato il meccanismo protettivo sul principio di

(*) Magistrato.

(1) Bertoncini 2007, 1121 ss.; Bettini 2014; Borzaga 2013; Brollo 1997; Cester 2008; Ciucciuvino 2014; D'Antona 1990; De Luca Tamajo 1976; Giugni 1963; Liso 1982; Mazzotta 1982; Pisani 1996.

inderogabilità contrattuale del sistema delle garanzie legali, presidiato dalla sanzione della nullità di ogni patto contrario. È evidente il carattere rigido della tutela apprestata a difesa dell'interesse del lavoratore alla conservazione della professionalità, financo a scapito, in linea di principio, dell'interesse a impedire il licenziamento altrimenti evitabile per mezzo della consensuale adibizione a mansioni di livello inferiore.

La prassi giurisprudenziale ha ritagliato in via interpretativa un importante margine di attenuazione del rigore di tale meccanismo protettivo. La Cassazione è giunta ad ammettere, quale espressione del principio di ragionevole proporzione del mezzo (il demansionamento) rispetto al fine (la conservazione del posto), che la modificazione *in peius* delle mansioni sia comunque lecita, anzi doverosa, qualora diretta a impedire un licenziamento che sarebbe altrimenti conseguenza inevitabile della soppressione del posto cui il lavoratore è adibito (2). Si è così aperto un varco derogatorio nell'ambito del monolite dell'indisponibilità del diritto alle mansioni di assunzione, del quale il principio di inderogabilità della tutela è intrinseco corollario. La giurisprudenza è tuttavia pervenuta a un tale approdo non per averlo ritenuto un principio logico-sostanziale immanente al sistema regolativo dello *ius variandi*, bensì per averlo dedotto *ab extrinseco* quale riflesso necessario del coordinamento della disciplina legale dello *ius variandi* con il principio di *extrema ratio* del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Per altro, alcune pronunce della Cassazione precisano che, ove il demansionamento rappresenti l'unica alternativa al recesso datoriale, nemmeno è necessaria la stipulazione di un patto di demansionamento anteriore o contemporanea al licenziamento, essendo invece sufficiente – oltre che condizione necessaria di legittimità del licenziamento – che il datore di lavoro, in attuazione dei principi di correttezza e buona fede, prospetti al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale. In questo senso, la giurisprudenza di legittimità sembrerebbe configurare un'ipotesi di esercizio straordinario del potere unilaterale di modifica *in peius* delle mansioni (quindi di *ius variandi* tecnicamente inteso), piuttosto che una deroga all'ambito applicativo della regola generale della nullità del patto di demansionamento, che implica la bilateralità dell'accordo (3).

(2) Cass. 7.9.1993, n. 9386; Cass. 29.3.2000, n. 3827; Cass. 24.11.2006, n. 25033, S.U., in *NGL*, 2006, 764 ss. Si precisa che la fonte di riferimento della giurisprudenza citata, ove non diversamente precisato, è sempre www.italggiure.giustizia.it/. Cfr., in dottrina, Bertocchini 2007, 1121 ss.

(3) Cass. 8.3.2016, n. 4509; Cass. 19.11.2015, n. 23698; Cass. 18.3.2009, n. 6552; Cass. 7.2.2005, n. 2375.

In seno alla giurisprudenza, anche di legittimità, sono ravvisabili spunti avanguardisti ulteriori. Un filone giurisprudenziale ha valorizzato la *ratio* garantista dell'art. 2103 c.c. nel senso di ritenerla diretta a colpire i soli provvedimenti unilaterali (*ius variandi*) o accordi negoziali (patti o clausole di demansionamento) che pretendano di disporre mutamenti mansionali arbitrari in quanto non sorretti da ragioni tecniche, organizzative e produttive, ovvero disposti contro la volontà del lavoratore. Dette limitazioni invece non opererebbero nel caso in cui il mutamento *in peius* sia disposto in base a un'esclusiva scelta del lavoratore, pervenuto a tale unilaterale decisione senza alcuna sollecitazione, neppure indiretta, da parte del datore di lavoro, che l'abbia invece subita (4). Tali aperture interpretative non si sono spinte a un punto tale da delineare il perimetro sostanziale di una più ampia sfera di disponibilità delle mansioni che fosse funzionale non alla semplice conservazione del posto di lavoro, bensì al soddisfacimento di più ampi interessi propri – eventualmente extralavorativi – del lavoratore medesimo.

Tale approccio suscita qualche perplessità. In primo luogo, è dubbio che tale opzione interpretativa «estensiva», come detto sviluppata nella vigenza dell'art. 2103 c.c. nella sua precedente formulazione, sia compatibile con la struttura letterale della norma, la quale non sembra offrire alcun aggancio normativo idoneo a giustificare deroghe al meccanismo di tutela ivi stabilito in ragione della mera circostanza che sia stato il lavoratore, piuttosto che il datore di lavoro, ad assumere l'iniziativa di proporre una determinata modificazione mansionale. In secondo luogo, la portata concettuale di tale principio non appare sufficientemente perspicua nella parte in cui pretende che sia il datore di lavoro a «subire» il mutamento *in peius* delle mansioni, atteso che giammai si potrebbe dubitare che qualsivoglia modificazione dell'oggetto del contratto debba necessariamente incontrare, in un modo o nell'altro, il consenso negoziale della parte datoriale.

Tanto chiarito, il vero fulcro concettuale di tale impostazione ricostruttiva sembra in realtà essere un altro. Essa implicitamente presuppone la configurabilità in capo al lavoratore di un «interesse» effettivo, di natura non necessariamente lavorativa, idoneo a giustificare una certa modificazione mansionale, la cui esistenza possa e debba costituire oggetto di accertamento concreto da parte dell'autorità giudiziaria. Per altro, valorizzando il ruolo negoziale dell'interesse del lavoratore può essere ricondotta a ragionevolezza – depotenziando il rischio di un'interpretazione *contra legem* – la

(4) Cass. 8.8.2011, n. 17095; Cass. 29.3.2000, n. 3827; Cass. 17.4.1996, n. 3640.

suggestiva idea che il datore di lavoro debba «subire» la scelta operata dal lavoratore.

A tale ultimo riguardo, tuttavia, è doveroso precisare che nessuna delle sentenze di legittimità rinvenute si spinge al punto di chiarire quale debba essere la natura di un tale interesse: in particolare, se sia sufficiente un qualunque interesse proprio che il lavoratore ritenga di voler barattare con la modificazione *in peius* delle mansioni, ovvero se debba trattarsi di un interesse giuridicamente qualificato, in qualche misura meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico complessivamente inteso. Nel primo caso, al giudice altro non spetterebbe se non l'accertamento dell'effettiva esistenza dell'interesse dichiarato dal lavoratore, al quale sarebbe riservato ogni apprezzamento circa la meritevolezza del proprio interesse e la sua idoneità a giustificare il sacrificio mansionale prefigurato. È evidente, in tal caso, che lo stesso controllo giurisdizionale circa l'esistenza del fatto presupposto perderebbe tanto più di incisività quanto più l'interesse perseguito dal lavoratore afferisca a beni lontani dalla sfera lavorativa-aziendale, tendenzialmente misurabile e oggettivamente riscontrabile, e acceda invece alla sfera soggettiva degli insondabili interessi personali del lavoratore. Nel secondo caso, invece, si aprirebbe la strada a un'estensione del sindacato giurisdizionale anche sulla «qualità» dell'interesse dichiarato dal lavoratore, la quale esigerebbe la verifica non solo se tale interesse sia meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ma anche se la meritevolezza eventualmente ravvisata sia qualitativamente tale da poter bilanciare il *vulnus* subito dal bagaglio professionale del lavoratore.

A ogni modo, tale orientamento giurisprudenziale è divenuto sostanzialmente recessivo nell'attuale quadro giurisprudenziale. Tuttavia, le considerazioni sin qui svolte sulla valenza dell'«interesse del lavoratore» sono utili a orientare la lettura del nuovo art. 2103 c.c., così come riformato dall'art. 3 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 18 (cd. *Jobs Act*), il cui c. 6 ora esplicitamente riconosce all'«interesse del lavoratore» un ruolo chiave, sotto il profilo sia interpretativo, sia sistematico.

2. — *La riforma del regime delle mansioni introdotta dal Jobs Act* — Il nuovo art. 2103 c.c., così come riformato dal *Jobs Act*, sovverte il tradizionale assetto regolativo degli interessi in gioco (5). Esso introduce due macrocategorie di *ius variandi*: 1) un potere ordinario di modificazione unilaterale delle mansioni, i cui presupposti applicativi sono stabiliti in via generale dal c. 1 dell'art. 2103 c.c., nella disponibilità del datore di lavoro

(5) Gramano 2016; Del Gaiso 2018; Brollo 2015; De Feo 2015.

alla stregua di ordinario strumento di gestione del rapporto. In questa sede, «ordinaria» viene utilizzato anche nel significato di «acausale», nel senso che la norma attribuisce al datore di lavoro il potere di adibire il lavoratore «a mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte» senza necessità di radicare tale decisione su alcun particolare fondamento giustificativo di carattere oggettivo; 2) un potere «straordinario» di modificazione mansionale, azionabile dal datore di lavoro nei soli casi in cui ricorrano i presupposti giustificativi previsti dalla legge: a) una modifica degli assetti organizzativi aziendali (c. 2); b) una delle «ulteriori ipotesi previste dai contratti collettivi, anche aziendali» (c. 4); c) una delle ipotesi «teleologiche» di demansionamento pattizio previste dal c. 6, con la precisazione che quest'ultimo, non essendo l'effetto dell'esercizio di un potere unilaterale, non costituisce un'ipotesi di *ius variandi* strettamente inteso.

Quanto allo *ius variandi* ordinario, la principale innovazione regolativa disposta dal legislatore della riforma è probabilmente l'introduzione del nuovo parametro di legittimità delle «mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento», in sostituzione del precedente concetto di «equivalenza delle mansioni». Il nuovo art. 2103 c.c., individuando lo «stesso livello di inquadramento» quale nuovo parametro generale di liceità dello *ius variandi*, di fatto rimette alla contrattazione collettiva – che come noto è solita dettagliare l'articolata rete dei criteri di inquadramento dei lavoratori cui il contratto collettivo è applicabile – la determinazione del *range* di flessibilità funzionale a disposizione del datore di lavoro. Il criterio dell'equivalenza non sembra tuttavia radicalmente superato, quanto piuttosto «standardizzato» in funzione della valutazione di equivalenza fatta *ex ante* dalla contrattazione collettiva (6).

Nella vigenza della precedente formulazione normativa, i livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi rivestivano per il giudice una valenza fortemente orientativa, ma non assolutamente vincolante: l'indubbia forza sintomatica circa l'equivalenza di mansioni riconducibili al medesimo livello contrattuale collettivo non avrebbe impedito al giudice di discostarsi dalla valutazione operata dalle declaratorie contrattuali, sulla base dell'apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto. La giurisprudenza, muovendo evidentemente dall'assunto che l'equivalenza sostanziale delle mansioni è un concetto più ampio rispetto alla mera appartenenza al medesimo livello formale di inquadramento, ha tradizionalmente ritenuto

(6) Pisani 2017.

che sia compito del giudice quello di accertare che le mansioni di nuova assegnazione siano sostanzialmente equivalenti «alle ultime effettivamente svolte» in quanto concretamente aderenti alla specifica competenza professionale del dipendente, senza che possa assumere rilevanza decisiva il dato del formale inquadramento (7). Si consideri il caso del trasferimento di un direttore di filiale di una grande azienda presso un ufficio di minore importanza per qualità e volume dell'attività svolta, a parità di retribuzione e di qualifica formale (8).

Il c. 1 dell'art. 2103 c.c., nella formulazione introdotta dal *Jobs Act*, conduce ora a una sensibile compressione dell'ambito di sindacabilità giurisdizionale. Nonostante alcuni tentativi dottrinali volti a riassegnare un ruolo centrale al criterio dell'equivalenza per mezzo della valorizzazione del principio di effettività (9), il parametro dello «stesso livello di inquadramento» non lascia letteralmente spazio ad alcun margine valutativo che vada oltre la verifica della riconducibilità delle mansioni di nuova assegnazione al medesimo livello di inquadramento previsto dalla contrattazione collettiva per le ultime mansioni effettivamente svolte.

Tale approccio legislativo sembra ispirato alla logica sottesa all'orientamento giurisprudenziale di legittimità il quale, in materia di pubblico impiego privatizzato, ai fini dell'interpretazione dell'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001 riconosce rilevanza al solo criterio dell'equivalenza formale dell'inquadramento mansionale rispetto ai parametri di classificazione previsti in astratto dai contratti collettivi, escludendo che il giudice possa sindacare l'equivalenza sostanziale delle mansioni in ragione della professionalità acquisita in concreto dal lavoratore e senza che possa aversi riguardo alla norma generale di cui all'art. 2103 (10).

Il giudizio di equivalenza pertanto retrocede dal piano della valutazione in concreto delle qualità mansionali effettive a quello della standardizzazione astratta, operata *ex ante* dalle parti collettive per mezzo dello strumento contrattuale.

3. — *Lo stesso livello di inquadramento nello ius variandi ordinario* — È necessario domandarsi, innanzi tutto, se tale restrizione dell'ambito di sin-

(7) Cass. 9.3.2004, n. 4790; Cass. 29.3.2000, n. 3827; Cass. 17.4.1996, n. 3640.

(8) Cass. 5.8.2014, n. 17624.

(9) Gargiulo 2015.

(10) Cass. 16.7.2018, n. 18817; Cass. 26.3.2014, n. 7106, Cass. 5.8.2010, n. 18283; Cass. 11.5.2010, n. 11405; Cass. 21.5.2009, n. 11835. Vd., in dottrina: Squeglia 2009; Villa 2010; Grillo 2010; Erboli 2010.

dacabilità giurisdizionale sia pienamente compatibile con l'assetto costituzionale di protezione degli interessi in gioco.

La tutela del bagaglio professionale è un interesse al quale il diritto vivente ha tradizionalmente riconosciuto piena rilevanza costituzionale (11). Costituisce diritto vivente il riconoscimento che il diritto fondamentale del lavoratore al pieno ed effettivo dispiegamento della propria professionalizzazione per mezzo dell'espletamento delle mansioni che gli competono rappresenta diretta derivazione del dovere di protezione della personalità morale e della dignità del lavoratore garantito dalla Costituzione (artt. 2, c. 2, 4, c. 2, 35, c. 1, e 41 Cost.). Il demansionamento del lavoratore pertanto costituisce lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità nel luogo di lavoro, incidente sulla vita professionale e di relazione.

Alla luce dei principi giurisprudenziali consolidatisi in materia non assume invece una diretta rilevanza l'art. 36 Cost., il quale si atteggia a norma di per sé volta a garantire che i diritti retributivi del lavoratore siano proporzionati alla qualità e quantità del lavoro effettivamente svolto, non impone invece una specifica garanzia costituzionale a presidio del diritto alla protezione della professionalità acquisita dal lavoratore e allo sviluppo della professionalità futura. In sintesi, l'art. 36 Cost. è una norma posta a protezione non delle mansioni, ma della retribuzione. Ciononostante, alcuni dubbi sorgono circa la compatibilità della novelata formulazione dell'art. 2103 c.c. proprio rispetto all'art. 36 Cost. Come detto, oggetto della protezione costituzionale è il diritto alla retribuzione, non la pretesa intangibilità delle classificazioni mansionali operate dalla contrattazione collettiva, o l'efficacia conformativa di quest'ultime. Come noto, ai fini dell'accertamento giurisdizionale l'osservanza dei criteri collettivi di inquadramento può al più assumere una rilevanza indiretta, per così dire «sintomatica», del rispetto nel caso concreto del principio di proporzione retributiva, non valere quale definitivo certificato di conformità costituzionale (12).

Cosa accadrebbe allora se il giudice, nel dare applicazione all'art. 2103, c. 1, c.c., rilevasse che le mansioni di nuova adibizione, seppur «riconducibili allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte», sono di qualità e/o quantità talmente divergente rispetto al livello contrat-

(11) Cass. 3.5.2016, n. 8709; Cass. 11.11.2008, n. 26972, S.U. Cfr. Fabbri 2009.

(12) Cass. 28.8.2004, n. 17250; Cass. 12.5.2008, n. 11688; Cass. 4.3.2009, n. 5218; Cass. 15.10.2010, n. 21274.

tuale collettivo da creare nella sostanza una manifesta sproporzione retributiva? Invero, si dovrebbe distinguere il caso in cui le nuove mansioni siano di qualità notevolmente superiore, rispetto al livello di inquadramento formalmente spettante, dal caso in cui esse siano di qualità notevolmente inferiore.

Nella prima ipotesi, sarebbero forti i dubbi di compatibilità costituzionale dell'art. 2103, c. 1, c.c. nella parte in cui, incorporando il rinvio alla disciplina collettiva, consente di riconoscere al lavoratore un trattamento retributivo nella sostanza sproporzionato rispetto alla superiore qualità e quantità del lavoro effettivamente svolto, in violazione dell'art. 36 Cost. (13). Vero è che parte della dottrina costituzionalistica non manca di valorizzare la propensione del nostro ordinamento per l'autonoma determinazione dei trattamenti retributivi a opera delle parti sociali interessate (14), anche in ragione del rinvio operato alla fonte di derivazione contrattuale rinvenuto nell'art. 2099 c.c., «espressione precipua e cospicua della relazione di interdipendenza che sussiste tra legge e contratto collettivo in tutta la disciplina del rapporto di lavoro» (15). È altrettanto vero, tuttavia, che la Costituzione non prevede alcuna «riserva» di contratto collettivo in materia di minimi salariali, tanto più in assenza di una legislazione attuativa dell'art. 39 Cost. (16). Pertanto, il c. 1 dell'art. 2103 c.c., nella parte in cui rinvia alla regolamentazione collettiva dei livelli di inquadramento, non può sottrarsi al generale sindacato di compatibilità rispetto ai criteri di garanzia retributiva previsti dall'art. 36 Cost.

Nella seconda ipotesi invece non può porsi, evidentemente, alcun problema di compatibilità con l'art. 36 Cost., profilandosi semmai la situazione inversa in cui il lavoratore viene retribuito sulla base di parametri retributivi anzi più generosi rispetto a quelli previsti dalla contrattazione collettiva in relazione al degradato livello qualitativo delle mansioni di nuova attribuzione. La frizione costituzionale sembra semmai verificarsi rispetto ai sopracitati parametri direttamente fondanti la tutela costituzionale del bagaglio professionale (artt. 2, 4 e 35 Cost.): il nuovo art. 2103 c.c., infatti,

(13) Roma 1997; Del Punta 1992; Bianchi d'Urso 1984; Zoli, Zilio Grandi 1994; Baldassarre 1989.

(14) Treu 2016; Perulli, Speciale 2012; Perulli 2018; Perulli 2013; Alvino 2018; Pizzoferrato 2015; Balletti 1991; Balletti 2017; Bellomo 2002; Centamore 2018; De Luca Tamajo 1979; Giugni 1960; Maresca 2010; Persiani 1977; Mengoni 1980; Scognamiglio 1978; Dell'Olio 1995; Zoppoli 1994; Nogler 1997; Runggaldier 1999.

(15) Ghera 2002, 248.

(16) Treu 1979; D'Antona 1998.

spoglia il lavoratore di qualsiasi tutela, ripristinatoria o risarcitoria, a fronte del sostanziale impoverimento professionale che consegue a una modifica significativamente peggiorativa delle mansioni, pur nel rispetto del livello di inquadramento formale e salariale. Peraltro, la connessione costituzionale tra dignità umana e tutela del lavoro si alimenta dell'ulteriore linfa derivante dall'art. 31, par. 1, CdfUe, il quale stabilisce che ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro «dignitose». A ogni modo, non risultano allo stato pronunce della Corte di Giustizia le quali entrino nel merito dell'interpretazione dell'art. 31 CdfUe, sicché l'eventuale rinvio interpretativo di tale questione ai sensi dell'art. 267 TfUe rappresenterebbe un campo al momento inesplorato.

4. — *Il nucleo di tutela costituzionalmente necessario del diritto alle mansioni* — Fermo quanto sin qui argomentato, si potrebbe per altra via teorizzare la «salvezza costituzionale» dello *ius variandi* ordinario (c. 1) valorizzando il rilievo che, a ben vedere, il quadro normativo riformato dal *Jobs Act* esclude la tutela giuridica non in presenza di qualsivoglia illecita privazione delle mansioni, bensì nei confronti dei soli atti di erosione del bagaglio professionale coperti da una previsione collettiva rilevante ai fini dell'art. 2103 c.c., posto che, nei casi in cui l'esercizio dello *ius variandi* travalichi il limite contenitivo dello «stesso livello di inquadramento», gli ordinari strumenti di tutela, ripristinatori e risarcitori, continuano effettivamente a operare nelle forme consuete. Il meccanismo normativo pertanto determina una significativa contrazione, non una radicale e completa sterilizzazione della sfera di operatività della tutela giuridica. E allora diventa doveroso confrontarsi con l'insieme delle pronunce con cui la Corte costituzionale, a più riprese, ha escluso che abbiano copertura costituzionale i principi di integralità ed equivalenza della riparazione (17), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (18).

Il giudice delle leggi, pronunciandosi in merito alla questione di costituzionalità dell'art. 32, cc. 5, 6 e 7, della l. 4 novembre 2010, n. 183, sollevata anche con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., ha escluso che costituisca violazione del principio di ragionevolezza la previsione di legge la quale, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, introduce il trattamento indennitario forfetizzato nella misura onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, rispetto al più sostanzioso risarcimento che sarebbe stato as-

(17) C. cost. 26.4.1999, n. 148.

(18) C. cost. 23.5.2005, n. 199; C. cost. 18.11.1991, n. 420.

sicurato dal «diritto vivente» ricavato dalla normativa generale di diritto comune (19), ritenendo che la normativa impugnata «risulta, nell'insieme, adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi»: da un lato, quello del lavoratore, al quale è garantita, oltre alla conversione del contratto, anche «un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque»; dall'altro lato, quello del datore di lavoro, al quale è assicurata la predeterminazione della misura del risarcimento del danno.

Analogamente, ha più volte passato indenne il vaglio di legittimità costituzionale il rimedio indennitario previsto dall'art. 8 della l. n. 604 del 1966 per l'ipotesi di licenziamento ingiustificatamente intimato in regime di tutela obbligatoria, pur in assenza di riassunzione, ritenuto che la diversificazione del regime dei licenziamenti individuali in ragione delle dimensioni dell'impresa trovi fondamento su motivi razionali ravvisabili nelle esigenze di funzionalità delle unità produttive, soprattutto ai fini occupazionali, nonché nel diverso grado di fiduciarità e di tensione psicologica riscontrabile nei rapporti diretti fra dipendente e piccolo imprenditore rispetto alla situazione nella grande impresa (20).

Infine, con sentenza n. 46 del 2000, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione dell'art. 18 della l. n. 300 del 1970 ritenendo, tra i vari aspetti, che una volta rimosso l'art. 18 resterebbe comunque operante nell'ordinamento la tutela obbligatoria prevista in via generale dall'art. 8 della l. n. 604 del 1966. La residua applicabilità di tale tutela assicura tra l'altro, a giudizio della Corte, il rispetto dell'art. 24 della Carta sociale europea, la quale riconosce il diritto dei lavoratori licenziati senza valido motivo «a un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione».

Tale sintetica disamina consente di verificare che i principi costituzionali escludono la legittimità di quelle disposizioni di legge che dispongano la «sterilizzazione» *tout court*, o la forfetizzazione in misura irrisoria, del diritto al risarcimento del danno a fronte di lesioni di diritti costituzionalmente garantiti, mentre ammettono la legittimità di quelle forme di ristoro, in misura anche non integrale, che siano quanto meno proporzionate all'entità del pregiudizio effettivamente subito, tenuto conto di un equo bilanciamento degli interessi in gioco.

Si tratta pertanto di verificare se, nella prospettiva costituzionale, la restrizione dell'ambito sostanziale di garanzia operata dal *Jobs Act* possa trovare ragionevole e adeguato bilanciamento nella necessità di tutelare il con-

(19) C. cost. 9.11.2011, n. 303.

(20) C. cost. 19.2.1996, n. 44; C. cost. 18.12.1970, n. 194.

corrente interesse alla stabilità degli assetti organizzativi aziendali, il cui rischio di sovvertimento giudiziale risulta ora fortemente ridimensionato dalla rafforzata efficacia conformativa assicurata dal rispetto dei livelli di inquadramento stabiliti dalla contrattazione collettiva. In conclusione, la tenuta costituzionale dello *ius variandi* ordinario deve essere verificata caso per caso, distinguendo le fattispecie in cui l'applicazione del criterio legale sia in grado di assicurare in concreto un ristoro ragionevole e proporzionato, seppur non integrale, del danno, dai casi ove finisca per essere intaccato il nucleo costituzionalmente intangibile del diritto alla conservazione del patrimonio professionale.

5. — *Il sindacato giurisdizionale sul demansionamento per modifica degli assetti organizzativi aziendali* — I cc. 2, 4 e 6 dell'art. 2103 c.c. contemplano ciascuno una diversa ipotesi di *ius variandi* straordinario, attuabile nei soli casi in cui ricorrano i peculiari presupposti legittimanti stabiliti dalla legge. Le fattispecie disciplinate dai cc. 2 e 4 contemplano ipotesi di demansionamento a unilaterale iniziativa del datore di lavoro (*ius variandi* in senso stretto); il c. 6 un'ipotesi di demansionamento pattizio (cd. Patto di demansionamento).

Il c. 2 stabilisce che «in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore». La norma attribuisce al datore di lavoro il potere di disporre un mutamento mansionale esclusivamente di fatto, limitato e a necessaria giustificazione causale: esclusivamente di fatto, in quanto implicante come regola generale la conservazione dell'inquadramento giuridico e del trattamento retributivo in godimento; limitato, in quanto operante nei limiti delle mansioni corrispondenti al livello di inquadramento immediatamente inferiore; a necessaria giustificazione causale, in quando esercitabile esclusivamente in presenza di un particolare presupposto giustificativo di natura sostanziale (la modifica degli assetti organizzativi aziendali).

Se «l'interesse alla conservazione dell'occupazione» contemplato dal c. 6 costituisce formalizzazione normativa del principio di *extrema ratio* del licenziamento, il c. 2 sembra riferirsi alla diversa ipotesi in cui vengano concordate modificazioni *in peius* della posizione lavorativa che non ne comportino la radicale soppressione. Si consideri il caso di apertura di un reparto produttivo destinato allo sviluppo di un prodotto innovativo, ove il lavoratore manifesti il proprio interesse ad ampliare la propria professionalità nel settore per lui radicalmente nuovo, accettando un livello di inquadramento inferiore, ovvero il caso in cui si verifichi una contrazione

dell'attività aziendale di rilevanza tale da non mettere momentaneamente a rischio il posto di lavoro, ma ove il lavoratore abbia comunque interesse ad ampliare il bagaglio delle proprie competenze in vista di una più flessibile possibilità di ricollocazione futura.

La fattispecie normativa si costituisce di tre elementi strutturali: la necessità di una modifica organizzativa aziendale, afferente la posizione del datore di lavoro; la modifica delle mansioni, afferente la posizione del lavoratore; l'esistenza di un nesso di funzionalizzazione causale tra i due elementi che precedono.

Il controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'esercizio dello *ius variandi* non suscita particolari problemi quanto alla riorganizzazione aziendale e alla modificazione mansionale, trattandosi di entità puramente fattuali suscettibili di accertamento secondo gli ordinari principi della cognizione giurisdizionale.

Merita invece una particolare analisi il sindacato sull'esistenza del nesso di causa, il quale è chiamato a confrontarsi con le complessità sistematiche imposte dall'art. 30, c. 1, della l. n. 183/2010 (21). Tale norma, come noto, stabilisce che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 c.p.c. [...] contengano clausole generali [...] il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committeente». A ulteriore presidio del cd. principio di insindacabilità del merito imprenditoriale è sopravvenuto l'art. 1, c. 43, della l. n. 92/2012, alla luce del quale «l'inosservanza delle disposizioni in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto», e quindi motivo di ricorso in Cassazione.

La teoria generale della causalità giuridica ha trovato originariamente applicazione nell'ambito del diritto penale e delle assicurazioni, per poi propagarsi a tutti i rami del diritto. Il nesso di causa è stato tradizionalmente concepito alla stregua di elemento strutturale autenticamente fattuale, governato da una logica meccanicistica osservabile in termini oggettivi. Questa concezione oggettivistica del nesso di causa si è da sempre riflettuta sulla natura del relativo sindacato giurisdizionale il quale, rilevando alla stregua d'atto d'osservazione empirica di un *fatto*, si risolve in un accerta-

(21) Cfr. i riferimenti dottrinari citati in Perrone 2016.

mento da effettuarsi necessariamente *ex post*, quando abbia già avuto luogo la completa consumazione della catena causale. Per tale ragione il procedimento di accertamento del nesso di causa, inteso in termini oggettivi, conduce a risultati tendenzialmente univoci. Si consideri, ad esempio, il caso dell'integrale soppressione dello stabilimento produttivo al quale il lavoratore è assegnato, da cui inevitabilmente deriva la soppressione di tutte le mansioni disponibili presso quello stabilimento.

Tuttavia la teoria tradizionale sulla causalità, così concepita in termini oggettivi, solleva significativi problemi teorici e applicativi. Si consideri il caso limite in cui, al fine di fronteggiare una consistente perdita di bilancio che colpisce un'impresa di notevoli dimensioni occupazionali e dal consistente volume d'affari, il datore di lavoro adotti quale unica misura l'adibizione di un impiegato a mansioni inferiori di addetto al magazzino, così da giovare del relativo risparmio salariale. Può ritenersi che sussista un'effettiva connessione causale tra il demansionamento e le ragioni economiche presupposte? Assumendo come teoria di riferimento una concezione della causalità concepita in termini puramente oggettivi, si dovrebbe dedurre che, a rigore, una giustificazione causale effettivamente sussiste, posto che dal demansionamento così disposto indubitabilmente deriva un oggettivo risparmio di risorse economiche, seppur di minima entità. Tale conclusione, seppur logica, non può non suscitare ovvie perplessità: è infatti evidente la macroscopica sproporzione intercorrente tra il fine perseguito dall'imprenditore e lo strumento organizzativo utilizzato per farvi fronte, e del tutto prevedibile l'esito di un eventuale sindacato giurisdizionale.

Ma il giudizio di sproporzione è un atto d'accertamento dell'esistenza di un fatto obiettivo, o piuttosto il risultato di un processo valutativo? La dimensione valutativa di tal genere di apprezzamento è chiaramente percepibile. Difatti, la teoria della causalità ha subito una significativa evoluzione in dottrina e giurisprudenza: il nesso causale si è trasformato da concatenazione eziologica puramente fattuale e meccanicistica in relazione di *coerenza* causale, la cui natura è intrinsecamente valutativa (22). Tale rielaborazione del concetto di causalità ha dato particolare prova di sé in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il cui bagaglio lessicale fa spesso riferimento non al «rapporto di causa» tra licenziamento e causa oggettiva presupposta, quanto piuttosto al «nesso di coerenza» tra l'uno e l'altra (23). Lo slittamento del nesso causale verso il campo concet-

(22) Perulli 2005.

(23) Cass. 23.10.2001, n. 13021; Cass. 16.5.2003, n. 7727; Cass. 29.11.2004, n. 22464. Cfr., in dottrina: Carinci 2005; Perulli 2015; Varva 2015; Calcaterra 2006.

tuale della *coerenza* comporta notevoli implicazioni epistemologiche: prima tra tutte lo scivolamento della struttura del sindacato giurisdizionale dal piano dell'*accertamento del fatto* a quello proprio della *valutazione sull'adeguatezza* rispetto alla produzione un determinato effetto. Il controllo giurisdizionale, così inteso, assume evidentemente la diversa natura di prognosi *ex ante*, di carattere necessariamente astratto: *ex ante*, in quanto la valutazione di adeguatezza causale non richiede, a differenza di una osservazione fattuale *ex post*, la consumazione effettiva della catena eziologica; di carattere astratto, in quanto la valutazione di adeguatezza causale prescinde dall'esito eziologico effettivamente sortito nel caso concreto, arrestandosi alla soglia anticipata dell'idoneità alla produzione di un determinato effetto. Tale concezione allargata della causalità, sostanzialmente recepita dal diritto vivente, finisce per assorbire all'interno della propria struttura costitutiva elementi che trapassano il piano dell'oggettività causale e appartengono più propriamente alla sfera propria dell'apprezzamento valutativo.

È allora chiarito il quadro concettuale dell'interrogativo iniziale: in che misura la concezione «allargata» della causalità può essere ritenuta compatibile con il principio di insindacabilità del merito imprenditoriale formalizzato dall'art. 30 della l. n. 183/2010?

L'art. 30, in particolare per quanto concerne la sua applicabilità ad atti di gestione del rapporto di lavoro fondati su ragioni di carattere economico-organizzativo, formalizza a livello normativo l'esistenza di una dualità concettuale caratterizzante la struttura ontologica di qualsivoglia determinazione datoriale (di demansionare, piuttosto che di licenziare), la quale si propaga al processo cognitivo del controllo giudiziale: da un lato, l'esistenza del presupposto di *fatto* oggettivo, ad esempio economico-organizzativo, posto dall'imprenditore-datore di lavoro a fondamento giustificativo di un determinato atto gestorio del rapporto di lavoro, suscettibile di accertamento oggettivo; dall'altro lato, la valutazione sull'*adeguatezza* della scelta organizzativa, il cui merito è riservato alla discrezionalità dell'imprenditore-datore di lavoro. Tale duopolio concettuale è ben presente nella tradizionale elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. È al preciso fine di elevare un argine a difesa dagli atti di ingerenza giudiziale – evidentemente ritenuti indebiti – sulla sfera valutativa riservata alla discrezionalità organizzativa dell'imprenditore che il legislatore ha sentito l'esigenza di demarcare, tramite un esplicito presidio normativo, la linea di separazione tra i due distinti ambiti di competenza, giurisdizionale e imprenditoriale.

Il principio di distinzione tra fatto e valutazione enunciato dall'art. 30 non può che riflettersi sulla natura del sindacato giurisdizionale sul nesso causale che deve intercorrere tra la «modifica degli assetti organizzativi

aziendali» e l'assegnazione di mansioni inferiori. Coerenza logica deve condurre a una conclusione obbligata: nessuna interpretazione «allargata» della causalità, intesa in termini di adeguatezza causale, dovrebbe più essere considerata ammissibile.

6. — *Il sindacato giurisdizionale sul demansionamento «teleologico»* — Il c. 6 dell'art. 2103 c.c. introduce un'inedita fattispecie legislativa di demansionamento pattizio, negoziabile dalle parti in sede protetta, «nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita».

Tale patto presenta un ambito di operatività sostanziale ben più ampio dello *ius variandi* previsto dal c. 2. Quest'ultimo consente il demansionamento del lavoratore nei limiti dell'attribuzione di mansioni corrispondenti al livello immediatamente inferiore rispetto a quello di appartenenza, garantendo al contempo la conservazione dell'inquadramento formale e della relativa retribuzione. Per contro, il c. 6 non solo consente di pattuire l'attribuzione al lavoratore di mansioni corrispondenti a un livello anche di molto inferiore, ma autorizza anche la correlativa riparametrazione al ribasso sia del livello di inquadramento formale, sia della retribuzione.

L'aspetto più significativo della novella normativa è l'introduzione dell'obbligo di osservare almeno uno dei vincoli teleologici previsti dalla norma, che il c. 6 individua nel soddisfacimento di particolari interessi del lavoratore alternativamente identificati nella conservazione dell'occupazione, nell'acquisizione di una diversa professionalità, nel miglioramento delle condizioni di vita.

Sotto il profilo formale, la validità del patto è subordinata alla condizione che la stipulazione avvenga in una delle sedi protette stabilite dalla legge, quali la commissione provinciale di conciliazione istituita presso la Direzione territoriale del lavoro (art. 410 c.p.c.), la sede sindacale (art. 411 c.p.c.), le commissioni di certificazione previste dall'art. 76, d.lgs. n. 276/2003 (quali Università e fondazioni autorizzate, commissioni presso gli ordini dei consulenti del lavoro), così da assicurare la genuinità del processo di costituzione e manifestazione della volontà negoziale del lavoratore. Ma cosa vuol dire esattamente genuinità del volere? Se e in che misura tale volontà, e l'interesse del lavoratore a essa sotteso, sono sindacabili in sede giurisdizionale?

Una recente decisione del Tribunale di Venezia offre un interessante caso di studio (24). All'esito di un procedimento azionato ai sensi del-

(24) T. Venezia 26.9.2017, n. 5749, decreto, inedito a quanto consta.

l'art. 28 della l. n. 300/1970, il Tribunale ha accertato l'antisindacalità della condotta tenuta da un noto Casinò il quale, nelle giornate di sciopero indetto dalle sigle sindacali ricorrenti, ha provveduto a sostituire gli addetti alla sala *slot* e all'ufficio tessere aderenti allo sciopero con quadri svolgenti abituali mansioni direzionali. L'azienda ha difeso in giudizio la validità del patto di demansionamento, stipulato in sede protetta ai sensi dell'art. 2103, c. 6, c.c., sostenendone la strumentalità rispetto all'interesse dei lavoratori «all'acquisizione di una diversa professionalità», così come attestato dall'accordo siglato dinanzi alla commissione di certificazione. Il giudice, muovendo dal rilievo che le mansioni di nuova – seppur temporanea – adibizione non solo fossero di livello particolarmente basso rispetto all'inquadramento di provenienza, ma risultassero anche già svolte nelle fasi iniziali della carriera, ha ritenuto che il demansionamento non fosse autenticamente diretto a realizzare un effettivo interesse del lavoratore «all'acquisizione di una diversa professionalità». Ciò sarebbe confermato, a giudizio del Tribunale, dalla circostanza che non si è reso necessario alcun preventivo aggiornamento professionale dei lavoratori interessati. Nemmeno l'interesse – riferito degli stessi lavoratori sentiti come testi – a far risultare «nero su bianco» tali mansioni nel *curriculum* professionale, al fine di arricchire «dal basso» il bagaglio delle competenze mansionali, è stato ritenuto sufficiente a integrare il vincolo teleologico richiesto dalla norma.

Nella sostanza, il Tribunale ha spinto il proprio sindacato sino a escludere che nel caso concreto esistesse in capo al lavoratore un interesse effettivo e genuino all'acquisizione di una diversa professionalità: ciò, evidentemente, anche a scapito della percezione che del proprio interesse abbia avuto lo stesso interessato.

Sorge una prevedibile obiezione: chi meglio del lavoratore è in grado di conoscere e ponderare l'effettività del proprio interesse allo svolgimento di una determinata mansione? Tale critica evidentemente sottende una concezione dell'interesse del lavoratore quale entità di natura eminentemente soggettiva, ontologicamente insindacabile in quanto dimorante nella sfera psichica del soggetto, le cui ragioni fondanti sono per natura inaccessibili a chi non ne sia diretto portatore. Ne consegue la coerente deduzione che giammai possono residuare spazi per un sindacato esterno, anche giurisdizionale, sull'esistenza e sulla genuinità dell'interesse al demansionamento così come dichiarato in sede protetta dal lavoratore (25).

(25) Perulli 2019, in corso di pubblicazione.

Tale impostazione tuttavia non è condivisibile. La funzionalizzazione del contenuto negoziale rispetto alla realizzazione di un determinato interesse richiama la nozione di causa del contratto, intendendosi come tale – secondo la definizione più comunemente accettata – la funzione pratica svolta dal contratto (26). Tenendo conto della causa concreta che il singolo contratto è diretto a realizzare, è possibile innanzi tutto identificare l'interesse concretamente perseguito dalle parti, e quindi valutarne la compatibilità rispetto al parametro legale. Nell'ambito di tale quadro concettuale, il c. 6 dell'art. 2103 c.c., nell'imporre un particolare vincolo teleologico quale elemento strutturale del patto di demansionamento, prescrive un particolare requisito integrativo della causa contrattuale intesa in senso concreto. Tanto che il c. 9, in significativa analogia con quanto disposto dall'art. 1418, c. 2, in tema di illiceità della causa, prevede espressamente la sanzione tipica della nullità del patto stipulato in assenza delle condizioni previste dal c. 6. Ciò vale a contraddire la tesi secondo cui l'«interesse del lavoratore», così come considerato dalla norma, rilevi esclusivamente nel suo significato naturalistico di entità meramente psicologica, cui la legge farebbe una sorta di rinvio esterno. Esso per contro, in quanto essenziale elemento costitutivo della fattispecie, deve essere considerato nel proprio autonomo significato normativo, che gli permetta di valere alla stregua di parametro di liceità dell'interesse soggettivo del lavoratore, secondo i principi generali dell'ordinamento (art. 1343 c.c.).

Ne consegue, innanzi tutto, la necessità per l'interprete di delineare il perimetro sostanziale dell'«interesse del lavoratore» oggettivamente inteso, definendone il significato normativo nella sua triplice declinazione di interesse alla conservazione dell'occupazione, interesse all'acquisizione di una diversa professionalità, interesse al miglioramento delle condizioni di vita. A ben vedere, tale attività ermeneutica rappresenta l'antecedente logico implicito della decisione del Tribunale di Venezia sopra citata, la quale sottintende l'esistenza di un significato determinato, normativamente imposto, di «interesse all'acquisizione di una diversa professionalità». Dal tessuto argomentativo della decisione si ricava che, nell'interpretazione data dal Tribunale, l'interesse del lavoratore, per non collidere con il significato normativo di «diversa professionalità», deve dirigersi all'acquisizione di una professionalità *del tutto nuova*, seppur di livello non equivalente, rispetto a quella già posseduta dal lavoratore, o quanto meno strumentale a un ampliamento futuro del bagaglio professionale.

(26) Bianca 2000, 452; Betti 1994, 171; Ferri 1966, 249.

Pertanto, il controllo giurisdizionale sulla liceità della causa del patto di demansionamento esige che il giudice in primo luogo accerti quale sia la causa concreta del patto, così come risultante all'esito dell'interpretazione del contenuto del testo negoziale, e in secondo luogo verifichi la compatibilità di quest'ultima con il paradigma di «interesse del lavoratore» stabilito dall'art. 2103, c. 6, c.c. Quanto poi ai molteplici moventi psicologici che possono in concreto spingere il lavoratore ad aderire a un determinato patto di demansionamento, secondo i principi generali, essi restano relegati nella sfera dell'irrilevanza giuridica se non oggettivati nel contenuto del patto e integrati nella struttura costitutiva della sua causa concreta (27). Una volta accertata la liceità della causa concreta del patto, residua quale ulteriore profilo suscettibile di sindacato giurisdizionale l'accertamento dell'esistenza di una effettiva connessione causale tra il demansionamento e uno dei vincoli di scopo tipizzati dalla legge. Il processo cognitivo del giudice anche in questo caso dovrà rispettare i limiti legali imposti al sindacato giurisdizionale dal principio di separazione fatto/valutazione, di cui si è sopra detto, sancito dall'art. 30, c. 1, della l. n. 183/2010.

Va rilevato, sotto il profilo sistematico, che la legge tutela la libertà negoziale riconoscendo efficacia vincolante anche al contratto innominato, purché diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.). In tal caso spetta al giudice verificare se nel caso concreto l'interesse perseguito dalle parti presenti effettivamente tale carattere. Nei contratti nominati invece l'apprezzamento di meritevolezza è intrinseco allo schema legale tipico, in quanto effettuato *ex ante* dal legislatore. È pur vero che lo strumento negoziale recante una causa tipica deve reputarsi per natura lecito e meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ma alla duplice condizione, da un lato, che il singolo contratto o patto sia effettivamente riconducibile a un determinato tipo legale, dall'altro lato, che quest'ultimo sia a sua volta conforme ai principi sovraordinati che ne condizionano a monte i requisiti di meritevolezza costituzionale. Non sarebbe infatti ammissibile che il legislatore ordinario tipizzasse uno strumento negoziale confliggente con alcuno degli interessi costituzionalmente garantiti, quali, ad esempio, il rispetto della dignità umana sul luogo di lavoro. Ciò comporta che l'interprete è tenuto ad attribuire alla clausola legale che tipizza l'«interesse» del lavoratore al demansionamento un autonomo significato normativo, co-

(27) Cfr. Bianca 2000, 461.

stituzionalmente orientato in funzione della meritevolezza dell'interesse normativamente presidiato, così come ricavabile dai principi costituzionali rilevanti in materia di tutela della professionalità e della dignità del lavoratore (artt. 2, 4, 35, 41 Cost.), e più in generale dall'ordinamento complessivamente inteso.

Non potrebbe invece ammettersi che, una volta accertata la «realità» dell'interesse concretamente perseguito dal lavoratore, quest'ultimo possa o debba godere della copertura giuridica apprestata dal c. 6 qualunque ne sia il contenuto e/o l'oggetto, posto che esso giammai potrebbe sottrarsi al sindacato di liceità rispetto alla nozione legale di «interesse» stabilita dalla legge. Nozione della quale, come detto, il legislatore ordinario non ha totale disponibilità. Diversamente opinando, si finirebbe per trattare l'interesse del lavoratore alla stregua di entità prettamente soggettiva, giuridicamente tutelata dalla legge per il solo fatto di essere «reale», qualunque sia il suo effettivo contenuto: in ipotesi, anche se confliggente con il nucleo costituzionalmente intangibile del diritto alla protezione del patrimonio professionale e della dignità del lavoratore sul luogo di lavoro.

Alla luce di quanto detto, si impone lo sforzo di individuare il significato normativo proprio delle clausole di scopo previste dal c. 6 alla luce dei principi, soprattutto costituzionali, che presidiano la tutela della professionalità e della dignità del lavoratore.

La clausola teleologica dell'«acquisizione di una diversa professionalità» si presta a significative puntualizzazioni interpretative. La disposizione normativa, impiegando i concetti di «acquisizione» e di professionalità «diversa», richiama la necessità che l'adibizione alle nuove mansioni, seppur corrispondenti a un inferiore livello di inquadramento contrattuale, produca un effetto innovatore sul patrimonio professionale del lavoratore. Deve pertanto escludersi che, ai sensi del c. 6, l'«interesse del lavoratore» possa giustificare l'attribuzione di mansioni già svolte nel corso della carriera o comunque omogenee rispetto alle consolidate qualità professionali del lavoratore, nonché di mansioni caratterizzate da un livello di complessità talmente deteriore da escludere che lo svolgimento di esse possa in qualche modo contribuire allo sviluppo futuro del bagaglio professionale del lavoratore. Ai fini dell'accertamento giurisdizionale, il mancato svolgimento di attività formative propedeutiche all'assunzione dei nuovi compiti potrebbe rappresentare un significativo elemento sintomatico della carenza della necessaria portata innovativa delle mansioni di nuova assegnazione.

Quanto all'«interesse alla conservazione dell'occupazione», è arduo individuare quali reali differenze intercorrano rispetto all'ipotesi di deman-

sionamento determinato dalla «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore» ai sensi del c. 2. Mentre il c. 2 sembra riferirsi all'ipotesi in cui venga disposta una modificazione *in peius* della posizione lavorativa che non ne comporti la radicale soppressione, il c. 6 recepisce, attribuendovi veste legislativa, il consolidato orientamento giurisprudenziale che, traendo argomento dal principio dell'*extrema ratio* del licenziamento, ammette la legittimità del demansionamento quando diretto a impedire un licenziamento per giustificato motivo oggettivo altrimenti inevitabile (28).

Il vincolo teleologico di più difficile definizione interpretativa è senza dubbio quello che condiziona la liceità del patto di demansionamento all'esistenza di un interesse al «miglioramento delle condizioni di vita» del lavoratore. È evidente l'ampiezza del margine di valutazione soggettiva intrinseco all'interpretazione di tale clausola, essendo difficilmente sindacabile il personale gradimento del lavoratore. Tuttavia, ciò non vale a spogliare la clausola legale di qualsivoglia funzione conformativa della causa concreta del patto di demansionamento. Innanzi tutto, qualunque sia la concezione soggettiva di «miglioramento delle condizioni di vita» prefigurata dal lavoratore, essa dovrà pur sempre risultare nei suoi elementi costitutivi essenziali dal contenuto dell'accordo, pena la nullità del patto per assenza o insufficiente determinatezza della causa ai sensi degli artt. 1325 e 1418 c.c. In secondo luogo, una volta che tale particolare elemento del contenuto negoziale sia stato compiutamente ricostruito, il giudice sarà chiamato ad accertare l'esistenza di un'oggettiva ed effettiva connessione funzionale tra la dequalificazione mansionale pattuita e il miglioramento delle condizioni di vita che il patto nella sua oggettività è diretto a perseguire. Deve essere in ogni caso chiarito che, anche in questa ipotesi, suscettibile di sindacato giurisdizionale non è l'interesse del lavoratore inteso nella sua dimensione puramente psichica, bensì l'interesse così come oggettivato nel contenuto negoziale del patto.

In questa prospettiva di carattere oggettivo l'«interesse» del lavoratore, assumendo la veste propria del parametro di liceità della causa così come definito dallo schema legale tipico, si distingue strutturalmente dall'interesse materiale del lavoratore, il quale assume rilevanza nei limiti in cui risulti trasfuso nella causa concreta del patto.

(28) Perulli 2016; Zoli 2014; Ghera 1984; Liso 1982.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2018), *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Jovene, Napoli.
- Baldassarre A. (1989), voce *Diritti sociali*, in *EGT*, vol. XI, Roma, 16 ss.
- Balletti E. (1991), *Gli accordi collettivi di produttività nel settore del credito*, in *DRI*, 81 ss.
- Balletti E. (2017), *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in Aa.Vv., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Giuffrè, Milano, 67 ss.
- Bellomo S. (2002), *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino.
- Bertoncini M. (2007), *La nuova nozione di professionalità dinamica ai fini dell'esercizio dello jus variandi da parte del datore di lavoro*, in *RCP*, V, 1121 ss.
- Betti E. (1994), *Teoria generale del negozio giuridico*, Esi, Camerino.
- Bettini M. (2014), *Mansioni del lavoratore e flessibilizzazione delle tutele*, Giappichelli, Torino.
- Bianca M. (2000), *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, Milano.
- Bianchi d'Urso F. (1984), *Omnicomprendività e struttura della retribuzione*, Esi, Napoli.
- Borzaga M. (2013), *Contrattazione collettiva di prossimità e disciplina delle mansioni: una via per aumentare la flessibilità interna del rapporto di lavoro e la produttività delle imprese?*, in *DRI*, n. 4, 996 ss.
- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103*, Giuffrè, Milano.
- Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in Carinci F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt University Press, 29 ss.
- Calcaterra L. (2006), *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in De Luca Tamajo R., Bianchi d'Urso F. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza di Cassazione*, Giuffrè, Milano, 621 ss.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova.
- Centamore G. (2018), *Contributo allo studio dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *ADL*, 2018, 128 ss.
- Cester C. (2008), *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 344 ss.
- Ciucciiovino S. (2014), *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Utet, Padova, 752 ss.
- D'Antona M. (1990), *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 527 ss.
- D'Antona M. (1998), *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 665 ss.
- De Feo D. (2015), *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in *ADL*, n. 4-5, 853 ss.

- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- De Luca Tamajo R. (1979), *Leggi sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva. Spunti per una valutazione di costituzionalità*, in De Luca Tamajo R., Ventura L., *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, Jovene, Napoli, 151 ss.
- Del Gaiso V. (2018), *Lo jus variandi nei sistemi italiano e inglese: brevi note comparative*, in *DRI*, n. 3, 850 ss.
- Del Punta R. (1992), *La sospensione del rapporto di lavoro*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 455 ss.
- Dell'Olio M. (1995), *Retribuzione, quantità e qualità di lavoro, qualità di vita*, in *ADL*, 1 ss.
- Erboli T. (2010), *Ius variandi della pubblica amministrazione: dissolto il velo dell'equivalenza formale delle mansioni*, in *DRI*, 168 ss.
- Fabbri F. (2009), *Brevi osservazioni sulla tutela dei danni-conseguenza non patrimoniali e delle garanzie costituzionali in materia di lavoro*, in *RGL*, II, 74 ss.
- Ferri G.B. (1966), *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano.
- Gargiulo U. (2015), *Lo jus variandi nel «nuovo» art. 2103 cod. civ.*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 268, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Lo-jus-variandi-nel-nuovo-art-2103-cod-civ/5436.aspx>.
- Ghera E. (1984), *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 392 ss.
- Ghera E. (2002), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Giugni G. (1960), *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano.
- Giugni G. (1963), *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Gramano E. (2016), *La riforma della disciplina del jus variandi*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, Cedam, Padova, 517 ss.
- Grillo A. (2010), *Pubblico impiego: equivalenza formale di mansioni e divieto di sottrazione di compiti*, in *LPO*, 302 ss.
- Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, Milano.
- Maresca A. (2010), *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, I, 29 ss.
- Mazzotta O. (1982), *Mutamento di mansioni, retribuzione irriducibile e corrispettività*, in *FI*, I, 515 ss.
- Mengoni L. (1980), *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 692 ss.
- Nogler L. (1997), *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova.
- Perrone F. (2016), *L'interdiction du contrôle judiciaire du contenu des choix organisationnels et économiques de l'entrepreneur*, in *RDT*, 542 ss.
- Persiani M. (1977), *Legge, giudice e contratto collettivo*, in *DL*, I, 13 ss.
- Perulli A. (2005), *Razionalità e proporzionalità nel Diritto del lavoro*, in *FI*, n. 1, III, 12 ss.
- Perulli A. (2013), *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *DRI*, IV, 919 ss.

- Perulli A. (2015), *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in RIDL, 101 ss.
- Perulli A. (2016), *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e «paradigma» del diritto del lavoro*, in Perulli A. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 87 ss.
- Perulli A. (2018), *Il nuovo art. 409, n. 3, c.p.c. (art. 15, l. 22 maggio 2017, n. 81)*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 141 ss.
- Perulli A. (2019), *La soggettivizzazione regolativa nel diritto del lavoro*, in corso di pubblicazione in DRI.
- Perulli A., Speciale V. (2012), *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in Carinci F. (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 165 ss.
- Pisani C. (1996), *La modificazione delle mansioni*, FrancoAngeli, Milano.
- Pisani C. (2017), *I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni*, in MGL, n. 5, 272 ss.
- Pizzoferrato A. (2015), *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in DLRI, 411 ss.
- Roma G. (1997), *Le funzioni della retribuzione*, Cacucci, Bari.
- Runggaldier U. (1999), *Limiti del potere regolativo delle parti collettive e parità di trattamento*, *Profili di diritto comparato*, in *Studi in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1087 ss.
- Scognamiglio R. (1978), *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in Scognamiglio R. (a cura di), *Il lavoro subordinato nella giurisprudenza costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 74 ss.
- Squeglia R. (2009), *Jus variandi e tutela della professionalità del dipendente pubblico*, in LG, n. 9, 908 ss.
- Treu T. (1979), voce Art. 36, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 73 ss.
- Treu T. (2016), *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in Magnani M. et al. (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 250 ss.
- Varva S. (2015), *Il licenziamento economico: pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, Torino.
- Villa E. (2010), *Il rapporto tra la nozione di equivalenza e quella di demansionamento nel lavoro pubblico privatizzato*, in ADL, II, 232 ss.
- Zoli C. (2014), *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in DRI, n. 3, 709 ss.
- Zoli C., Zilio Grandi G. (1994), in Caruso B. et al. (a cura di), *La retribuzione: struttura e regime giuridico*, Jovene, Napoli, 225 ss.
- Zoppoli L. (1994), *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in Caruso B. et al. (a cura di), *La retribuzione: struttura e regime giuridico*, Jovene, Napoli, 133 ss.

ABSTRACT

Il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 18 (cd. Jobs Act), ha posto in discussione il principio dell'inderogabilità della tutela legale attribuendo un'inedita centralità alle fonti negoziali, di natura sia collettiva sia individuale, di disciplina del rapporto di lavoro. Il nuovo art. 2103 c.c. mira a sottrarre alla discrezionalità dell'accertamento giurisdizionale non solo il giudizio di «equivalenza» delle mansioni, ma anche, e forse principalmente, il controllo sull'interesse del lavoratore rispetto alla conservazione e allo sviluppo della propria professionalità.

THE «INTEREST» OF THE EMPLOYEE IN THE REFORMED ARTICLE 2103
OF THE CIVIL CODE: CONDITIONS AND LIMITATIONS TO THE JUDICIAL
CONTROL OVER UNILATERAL AND CONTRACTUAL MODIFICATION OF THE JOB TASKS

The legislative decree no. 18 of the 15th June 2015 (so called Jobs Act) has called into question the long-established principle according to which statutory remedies are a rigid protective tool impossible to derogate, except in favour of the employee, by neither the private bargaining of the contracting parties nor the collective bargaining. The new art. 2103 of the Civil Code is clearly oriented to prevent not only from any discretionary assessment by the judge on the substantive «equivalence» of the job tasks, but also from any judicial control over the interest of the employee to the safeguard and the development of his/her own professional skills.

Paolo Iervolino (*)

LA NUOVA STAGIONE DELLE ATTIVITÀ STAGIONALI

SOMMARIO: 1. La disciplina dei contratti a tempo determinato per attività stagionali alla luce del decreto Dignità. — 2. L'attività stagionale nel corso del tempo. — 3. Le attività stagionali di cui all'art. 21, c. 2. — 4. Il rischio di contenzioso. — 5. Le tipologie contrattuali alternative al mancato rinnovo per punte stagionali.

1. — *La disciplina dei contratti a tempo determinato per attività stagionali alla luce del decreto Dignità* — Con un ritorno al passato, il d.l. n. 87/2018, cd. decreto Dignità, consente la stipula di contratti a tempo determinato superiori ai dodici mesi a fronte dell'apposizione di nuove causali giustificatrici del termine per: «a) esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori; b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria».

Il nuovo art. 19, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, come modificato dal decreto menzionato, però, ammette la stipula del contratto a tempo determinato a prescindere dalla sussistenza di una delle nuove causali nel caso di primo rapporto a tempo determinato tra le stesse parti e per una durata massima di dodici mesi (superati i quali, la causale è d'obbligo).

In caso di rinnovo tra le stesse parti, ai sensi del nuovo c. 01 dell'art. 21, il contratto a termine (indipendentemente dalla durata iniziale del precedente contratto) può essere rinnovato solo in presenza di una delle causali. Esso è invece liberamente prorogabile (per un massimo totale di quattro volte) entro il limite massimo dei dodici mesi, superati i quali la proroga dovrà essere giustificata da una delle causali precedentemente individuate.

Il contratto a termine, in ogni caso, può avere una durata massima di ventiquattro mesi, a meno che la contrattazione non deroghi tale limite,

(*) Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Roma «Tor Vergata».

ovvero che si sia in presenza delle attività stagionali di cui all'art. 21, c. 2 (art. 19, c. 2).

A quest'ultimo riguardo va detto che la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato ha da sempre mirato al bilanciamento tra le esigenze dell'impresa all'impiego di manodopera flessibile e del lavoratore al bisogno di cautelarsi da condizioni di precarietà (1); tale contemperamento di interessi ha ispirato altresì la regolamentazione di una particolare tipologia di contratto a tempo determinato: quello per l'effettuazione di attività stagionali.

Sin dalla prima legge (n. 230 del 1962) sul contratto a tempo determinato, infatti, le attività stagionali sono state considerate come una delle tassative ipotesi per cui era consentita l'apposizione del termine alla durata del rapporto: «quando ciò sia richiesto dalla speciale natura dell'attività lavorativa derivante dal carattere stagionale della medesima» (2). Nonostante l'abrogazione della legge di cui sopra, però, attraverso le riforme che si ricorderanno nel prosieguo della trattazione, le attività stagionali sono state sempre considerate rapporti di lavoro a tempo determinato per eccellenza.

Sebbene ciò possa sembrare in apparenza contraddittorio con il principio di normalità del contratto di lavoro a tempo indeterminato, in realtà appare evidente come l'elemento caratterizzante di tale attività risieda proprio nella sua intrinseca natura temporanea (non può ignorarsi, infatti, come le attività stagionali siano necessariamente infraannuali).

Orbene, proprio in ragione della loro natura, il decreto Dignità esclude, come si è detto, le attività stagionali, richiamate dall'art. 21, c. 2, dal nuovo termine massimo di durata di ventiquattro mesi (3), nonché dalla nuova disciplina delle proroghe e dei rinnovi (4) e dal cd. «*Stop and Go*» (5).

Ma quali sono le attività stagionali sottratte ai nuovi vincoli introdotti dal decreto Dignità? Sebbene la questione sarà oggetto di trattazione nel terzo paragrafo, è opportuno offrire preliminarmente un breve quadro di riferimento in materia.

L'attività stagionale si è significativamente diversificata: a una *stagionalità* – individuata dal d.P.R. n. 1525/1963 – legata esclusivamente al settore primario, si è affiancata una *stagionalità* – individuata dai contratti collettivi – definita dal mercato.

(1) Musella 2008, 122; Speziale 2012, 7-8; Perulli 2015.

(2) Art. 1, lett. a, l. n. 230/1962.

(3) Art. 19, c. 2, d.lgs. n. 81/2015.

(4) Art. 21, c. 1, d.lgs. n. 81/2015.

(5) Art. 21, c. 2, d.lgs. n. 81/2015.

Ebbene, mentre godono certamente dell'intero regime di favore del decreto Dignità dinanzi menzionato le attività individuate dall'elenco del d.P.R. n. 1525/1963 – che sono esplicitamente richiamate dall'art. 21, c. 2, del d.lgs. n. 81 – rientrerebbero invece soltanto in parte di esso, le attività stagionali individuate dalla contrattazione collettiva. Infatti, a differenza dei rinvii espliciti alla contrattazione collettiva degli artt. 19, c. 2, e 21, c. 2, relativi rispettivamente alla deroga del limite massimo di ventiquattro mesi e della disciplina dello «*Stop and Go*», l'art. 21, c. 01, in materia di proroghe e rinnovi, non sembrerebbe concedere alcuno spazio alla contrattazione collettiva, richiamando letteralmente e «seccamente» solo i «contratti per attività stagionali, di cui al comma 2» (e dunque, solo le attività indicate dal d.P.R. n. 1525/1963). In conseguenza di ciò, i nuovi vincoli causali dei rinnovi (e delle proroghe eventualmente) troverebbero applicazione anche per le attività stagionali individuate dalla contrattazione.

Sembrerebbe, dunque, che il nuovo decreto voglia apparentemente limitare i rinnovi (o proroghe) di tutti quei lavoratori *stagionali* – secondo la contrattazione collettiva – già parte di un rapporto a termine (atteso, infatti, che tali attività hanno durata circoscritta all'anno solare, i problemi di incompatibilità con le nuove causali non sussisterebbero nel caso di primo contratto a tempo determinato tra le parti, poiché il rapporto rientrerebbe ampiamente nel nuovo limite acausale di dodici mesi).

La lacuna normativa merita particolare attenzione, poiché l'elenco del 1963 non è più esaustivo delle varie fattispecie di *stagionalità* presenti nel nostro ordinamento.

In attesa di ulteriori fonti di specificazione delle attività stagionali, infatti, è stata proprio la contrattazione collettiva ad aver determinato le condizioni che identificano la *stagionalità* di una specifica prestazione lavorativa (6). Ne costituiscono, da sempre, un esempio le cd. punte stagionali, che, nel corso del tempo, sono state identificate nei contratti collettivi come «attività stagionali ordinarie intensificate rispetto a un lasso temporale prevedibile» (7).

Il presente elaborato intende dunque focalizzare la propria analisi sulle attività stagionali individuate dai contratti collettivi per evidenziare come, nel silenzio del legislatore, l'apparente contrasto prospettato potrebbe forse essere superato da una interpretazione non meramente letterale ma stori-

(6) Maresca 2018; Marinelli 2018.

(7) Ccnl industria alimentare 27.10.2012; Ccnl metalmeccanici 26.11.2016; Ccnl gas-acqua 18.5.2017.

co-sistematica della disposizione di cui all'art. 21, c. 2. Una interpretazione, cioè, che miri a valorizzare il fatto che gli interventi normativi precedenti al decreto Dignità non solo avrebbero definitivamente superato la linea di confine segnata dal d.P.R. n. 1525/1963, ma avrebbero altresì riconosciuto alla contrattazione un ruolo decisivo nell'adattamento della nozione legale di *stagionalità* all'evoluzione dei vari settori merceologici.

Tale operazione consentirà dunque di fare anche un'ulteriore riflessione sulla delicata questione delle punte stagionali che a oggi, stante la riformulazione dell'art. 19, d.lgs. n. 81/2015, rimarrebbero – in virtù della loro natura – sicuramente escluse dal regime di favore in materia di proroghe e rinnovi del nuovo decreto, poiché la causale di cui alla lett. *a* richiede che le esigenze temporanee dei rinnovi non siano riferibili all'oggetto sociale dell'impresa, bensì a un'attività di «*extra-core business*», e la causale di cui alla lett. *b*, invece, esclude i rinnovi per quelle attività intensificate che siano programmabili dal datore di lavoro.

2. — *L'attività stagionale nel corso del tempo* — Precisando l'art. 1, lett. *a*, della legge n. 230/1962, il decreto del Presidente della Repubblica n. 1525 del 1963 tipizzò le attività a «carattere stagionale» in un elenco di 52 voci. Il d.P.R. di cui si discorre, tuttavia, non si rivelò sul punto esaustivo, lasciando insoluti taluni interrogativi alimentati anche dalla giurisprudenza di legittimità, che interpretò in via tassativa l'elencazione delle attività in esso contenuta (8).

L'*attività stagionale* (originariamente identificata nel solo settore primario) divenne poi, nel corso del tempo, fortemente condizionata dalla richiesta di mercato. L'aumento (spesso ciclico) della domanda impose alle aziende un aumento dell'offerta (con conseguente maggiore impiego di manodopera): le punte stagionali furono così il risultato di questa *intensificazione periodica dell'attività ordinaria* dovuta alla variabile domanda di mercato (9). La necessità di dotarsi di prestazioni a carattere temporale derivò, pertanto, anche da esigenze di mercato.

Tuttavia, tali esigenze vennero positivizzate solo con il decreto legge n. 876 del 1977 (convertito nella legge n. 18/1978), il quale, riconoscendo come legittima l'apposizione del termine per punte stagionali nei settori commerciali e turistici (10), consentì al datore di lavoro di procedere alla stipula di contratti a tempo determinato (previa autorizzazione dell'Ispet-

(8) Da ultimo, Cass. 28.10.1999, n. 12120, in *OGI*, 1999, I, 974.

(9) Musella 2008, 133.

(10) Cass. 29.9.1983, n. 5739, in *GI*, 1984, n. 1, I, 474 ss.

torato del lavoro e delle organizzazioni sindacali) in caso di incrementi *stagionali* dell'ordinaria attività a cui non fosse possibile far fronte con l'ordinario organico. Successivamente, nel 1983, con la legge n. 79, il riconoscimento di tale facoltà venne definitivamente esteso alle attività lavorative di tutti settori economici. Gli interventi normativi in esame segnarono la sostanziale equiparazione dei contratti a termine legittimati dal *carattere stagionale* dell'attività (tipizzati *ex lege*) ai contratti a termine per punte stagionali, esclusi dall'elenco di cui al d.P.R. n. 1525/1963. Il maggior favore del legislatore verso il rapporto a tempo determinato – non più teso soltanto alla tutela dell'interesse del lavoratore, ma temperato all'esigenze della produzione – si realizzò definitivamente con l'art. 23 della legge n. 56 del 1987, che attribuì alla contrattazione collettiva il potere di tipizzare ulteriori casi di legittima apposizione del termine (consentendo indirettamente di prevedere anche altre fattispecie di attività stagionali escluse dal d.P.R. n. 1525/1963) (11).

In tale contesto storico-normativo si è inserito il decreto legislativo n. 368 del 2001, che, superando la tipizzazione *ex lege* del lavoro a termine, vincolava la legittimità del contratto a tempo determinato (di durata massima complessiva pari a trentasei mesi) alla «sussistenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo» (12).

Questa formula, cd. causalone, non lasciava incertezze circa la possibilità di includervi le esigenze di carattere *strutturalmente stagionale*. E d'altronde la loro ammissibilità era comunque deducibile dall'art. 10, c. 7, del decreto, che, da un lato, prevedeva la possibilità per la contrattazione collettiva di introdurre limiti quantitativi al ricorso al lavoro a termine e, dall'altro, li escludeva per «i contratti a tempo determinato conclusi: [...] per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modificazioni».

L'interpretazione dominante della formula riteneva però esclusa la possibilità di stipula per punte stagionali, poiché queste (pur essendo ri-

(11) Non va comunque trascurato che, per far fronte alle ulteriori esigenze di mercato, il d.P.R. n. 378/1995 aggiunse alle attività stagionali di cui all'elencazione del 1963 un'ulteriore voce: «Attività svolte in colonie montane, marine e curative e attività esercitate dalle aziende turistiche che abbiano, nell'anno solare, un periodo di inattività non inferiore a settanta giorni continuativi o a centoventi giorni non continuativi». Al momento del rinnovo dell'Accordo del 6 ottobre 1994, Ccnl turismo, sottoscritto, infatti, anche dal ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, si avvertì l'esigenza di ridefinire l'assetto del lavoro a tempo determinato nel settore Turismo.

(12) Art. 1, d.lgs. n. 368/2001.

conducibili a «ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo») risultavano attinenti ad attività di tipo «ordinario» dell'impresa, ritenute escluse dalla portata dello stesso causalone. Sul punto i dubbi furono risolti dal d.l. n. 112/2008, poi convertito in legge n. 133/2008, che inserì all'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 la seguente precisazione (riferita alle predette ragioni giustificative): «anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro» (13).

Va ancora ricordato che il nuovo limite totale dei trentasei mesi, in caso di successione di contratti, introdotto dal d.lgs. n. 368/2001, non si è applicato nei confronti dei lavoratori impiegati nelle attività stagionali definite dal d.P.R. n. 1525/1963, nonché in quelle individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative, ai sensi dell'art. 5, c. 4-ter, introdotto dalla legge n. 247/2007 nel d.lgs. n. 368/2001; in tal modo, tramite la contrattazione collettiva, l'esclusione dal limite poteva essere estesa anche alle attività correlate alle punte stagionali.

Il significativo contenzioso derivato dal causalone, da un lato, e la persistente crisi occupazionale, dall'altro, hanno poi indotto il legislatore ad allargare progressivamente anche le maglie del d.lgs. n. 368/2001 (14).

La legge n. 92/2012, cd. riforma Fornero, inserendo un nuovo c. 1-bis all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, consentiva di derogare il limite causale in caso di primo rapporto a tempo determinato di durata non superiore a dodici mesi, introducendo al contempo per ogni stipula una maggiorazione contributiva dell'1,4%, da cui erano sempre escluse solo le attività stagionali di cui al d.P.R. n. 1525/1963.

Detta disciplina rimaneva in vigore sino al d.l. n. 34/2014, cd. decreto Poletti, che (modificando in profondità il regime del d.lgs. n. 368/2001) liberalizzava definitivamente il ricorso al contratto a tempo determinato. La nuova disciplina è stata trasfusa, infine, nel d.lgs. n. 81/2015, cd. *Jobs Act*, che rappresenta, a oggi, il testo normativo di riferimento in materia di contratti a tempo determinato, fatte salve, ovviamente, le modifiche apportate dal decreto Dignità, di cui si è dato conto nel paragrafo precedente.

3. — *Le attività stagionali di cui all'art. 21, c. 2* — Come si è sottolineato nel primo paragrafo, una interpretazione rigorosamente letterale del combinato disposto dei cc. 01 e 2 dell'art. 21 del d.lgs. n. 81/2015, che

(13) Sul punto anche Cass. 5.8.2014, n. 17617, inedita a quanto consta.

(14) Santoro Passarelli 2017, 393.

escluda dal regime di favore in materia di proroghe e rinnovi delle attività stagionali individuate dalla contrattazione collettiva, determinerebbe una forte penalizzazione delle punte stagionali.

Si è inoltre segnalato che, a differenza del comma menzionato, il nuovo art. 19, c. 2 (sottraendo al nuovo limite di ventiquattro mesi le attività stagionali di cui al d.P.R. n. 1525/1063), fa salve «le diverse disposizioni dei contratti collettivi» e l'art. 21, c. 2, esclude espressamente dalla disciplina dello «*Stop and Go*» (oltre alle attività stagionali del 1963) le «ipotesi individuate dai contratti collettivi».

Ciò premesso, va notato che, delle tre disposizioni menzionate, solo gli artt. 21, c. 01, e 19, c. 2, sono riconducibili al decreto Dignità. Il c. 2, dell'art. 21 è riconducibile, invece, al *Jobs Act*, il quale – con specifico riferimento alla materia dello «*Stop and Go*» – aveva equiparato le attività stagionali di cui al d.P.R. n. 1525/1963 a quelle individuate dai contratti collettivi (tra le quali, ovviamente, rientrerebbero quelle di cui alle punte stagionali).

Se ciò è vero, ci si può legittimamente chiedere se, anche in presenza dell'intervento del decreto Dignità, non si possa ritenere che, poiché detto comma continua ancora a legittimare un doppio canale di riconoscimento delle attività stagionali (il decreto ministeriale e i contratti collettivi), il rinvio contenuto nel c. 01 «alle attività stagionali di cui al comma 2» dovrebbe essere inteso come comprensivo sia di quelle di cui al d.P.R. n. 1525/1963 sia di quelle eventualmente previste dalla contrattazione collettiva (incluse le punte stagionali).

Una indicazione in tal senso può derivare dalla rilettura della congiunzione «nonché», contenuta nel c. 2, la quale potrebbe ben essere considerata come una congiunzione non disgiuntiva, che stabilisce un rapporto di uguaglianza tra i due canali: il d.P.R. n. 1525 del 1963 assolverebbe dunque una funzione meramente sostitutiva delle attività stagionali (in attesa di un prossimo decreto del ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali), mentre alla contrattazione collettiva sarebbe affidata una funzione integrativa, potendo individuare ulteriori attività stagionali rispetto a quelle ricomprese nell'elenco del 1963.

Certo, è da rilevare che il richiamo alle attività stagionali di cui art. 21, c. 2, non è presente solo nel nuovo c. 01 in materia di proroghe e rinnovi, ma anche nel menzionato art. 19, c. 2, il quale afferma chiaramente: «Fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi, e con l'eccezione delle attività stagionali di cui all'articolo 21, comma 2».

Una formulazione, questa, che, raffrontata con l'interpretazione appena ipotizzata, solleva l'interrogativo del perché il legislatore avrebbe ribadito la

competenza dei contratti collettivi, visto che essa sarebbe già inclusa nella previsione dell'art. 21, c. 2.

La risposta a tale interrogativo, ad avviso di chi scrive, può essere rinvenuta nella seguente considerazione: le attività stagionali individuate dalla contrattazione collettiva non sarebbero escluse dal vincolo dei ventiquattro mesi per il rinvio alla contrattazione collettiva contenuto nell'art. 19, c. 2, – come affermato (in via di interpretazione ipotetica) nel primo paragrafo –, bensì in virtù di quello contenuto nell'art. 21, c. 2. Insomma, quando l'art. 19, c. 2, afferma «fatte salve le disposizioni dei contratti collettivi», in realtà intenderebbe preservare il principio di inscindibilità delle clausole contrattuali *preesistenti* al decreto (se così non fosse, non si comprenderebbe perché il legislatore avrebbe utilizzato differenti espressioni terminologiche per la sottrazione dal medesimo vincolo: «fatte salve»; «con l'eccezione»). La presente interpretazione, del resto, sembrerebbe trovare indiretta conferma anche nella circolare ministeriale n. 17 del 31 ottobre 2018, che riconosce la prevalenza delle clausole contrattuali preesistenti al decreto Dignità: «le previsioni contenute nei contratti collettivi stipulati prima del 14 luglio 2018, che – facendo riferimento al previgente quadro normativo – abbiano previsto una durata massima dei contratti a termine pari o superiore ai 36 mesi, mantengono la loro validità fino alla naturale scadenza dell'accordo collettivo».

In conclusione, il rinvio alla contrattazione dell'art. 19, c. 2, non avrebbe dunque nulla a che vedere con la possibilità di prevedere ulteriori attività stagionali, poiché il richiamo determinante sarebbe quello alle «attività stagionali di cui all'articolo 21, comma 2». Parimente, a nulla rivelerebbe l'assenza di un espresso rinvio alla contrattazione collettiva del nuovo c. 01 dell'art. 21, perché per rientrare nel suo regime di favore basterebbe il richiamo all'art. 21, c. 2.

Una conferma di questa interpretazione potrebbe rinvenirsi nel fatto che le disposizioni introdotte dal decreto Dignità non richiamano le attività stagionali «di cui al d.P.R. n. 1525/1963», bensì le attività stagionali «di cui al c. 2 dell'art. 21», lasciando così spazio al principio interpretativo «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*»: se il legislatore avesse voluto sopprimere i rinnovi delle attività stagionali individuate dalla contrattazione, avrebbe certamente dovuto modificare anche il c. 2 dell'art. 21, creato dal *Jobs Act*, o almeno evitare di richiamarlo esplicitamente in entrambe le disposizioni.

L'interpretazione dei rinvii contenuti nelle predette disposizioni troverebbe conferma anche nella nuova disciplina del contributo addizionale

dello 0,5% (15), che non deve essere versato per i rinnovi dei lavoratori assunti a termine «per lo svolgimento delle attività stagionali di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, nonché, per i periodi contributivi maturati dal 1° gennaio 2013 al 31 dicembre 2015, di quelle definite dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati entro il 31 dicembre 2011 dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative» (16). Questa previsione – riconducibile alla riforma Fornero (e non modificata dal decreto Dignità) – si inseriva nella cornice normativa del d.lgs. n. 368/2001, in cui non esisteva ancora un articolo che equiparasse le attività stagionali, inducendo il legislatore a differenziarne l'esonero contributivo: concesso sempre, per le attività stagionali del 1963, e solo fino al 31 dicembre 2015 per le attività stagionali individuate dai contratti collettivi stipulati entro il 31 dicembre 2011.

Si tratta di una scelta di politica del diritto discutibile, se si vuole, ma che, per quanto qui interessa, sembra fornire ulteriore conferma dell'interpretazione proposta, poiché la distinzione normativa e contrattuale delle attività stagionali è stata presente nel nostro ordinamento fino al *Jobs Act*.

Sia ancora consentito di segnalare che l'interpretazione ipotizzata risolverebbe anche l'esclusione dal regime di favore menzionato delle sole punte stagionali – da qualche parte sollevata – in virtù dell'incompatibilità con le nuove causali. Il medesimo problema di incompatibilità sussisterebbe, infatti, per alcune attività stagionali di cui al d.P.R. n. 1525/1963, che si caratterizzano per essere riferite all'intensificazione temporanea dell'esercizio ordinario d'impresa: fabbricazione del ghiaccio (durante il periodo estivo); lavorazione delle sardine sott'olio (per le aziende che esercitano solo tale attività); raccolta e conservazione dei prodotti sottobosco (funghi, tartufi, fragole, lamponi, mirtilli ecc.); produzione del vino comune (raccolta, trasporto, pigiatura dell'uva, torchiatura delle vinacce, cottura del mosto, travasamento del vino); spalatura della neve. Tali attività, rientrando in un ordinario ciclo produttivo, risulterebbero strumentali a un più complesso esercizio d'impresa e pacificamente di «*core-business*», la cui variabilità – spesso programmabile – dipende dalle esigenze di mercato, ragion per cui risulterebbero del tutto incompatibili con le lettere *a* e *b* del nuovo art. 19.

4. — *Il rischio di contenzioso* — Qualora si giunga ad accettare la soluzione interpretativa avanzata – in forza della quale alla contrattazione col-

(15) Art. 2, c. 28, l. n. 92/2012.

(16) Art. 2, c. 29, l. n. 92/2012.

lettiva è affidata la possibilità di individuare attività stagionali aggiuntive a quelle del d.P.R. n. 1525/1963 al fine di escluderle (non soltanto dalla regola dello *Stop and Go*, ma anche) dai limiti previsti per proroghe e rinnovi –, resterebbe ancora da evidenziare come la competenza della stessa contrattazione dovrebbe essere correttamente esercitata (17). Essa, in altre parole, dovrebbe limitarsi a introdurre ulteriori fattispecie di effettiva *stagionalità*, e non fattispecie le quali non abbiano affatto i connotati della stagionalità, nemmeno di mercato, pena il rischio di un contenzioso giudiziario avente a oggetto la nullità della clausola del contratto collettivo irrispettosa del vincolo.

Ai sensi dell'art. 28, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, infatti, qualora il giudice rilevasse l'assenza del *carattere stagionale* dell'attività dedotta nel contratto rinnovato o prorogato, potrebbe convertire il rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato, condannando il datore di lavoro al pagamento di una indennità onnicomprensiva per il periodo decorrente dalla data del licenziamento a quella della decisione (compresa tra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione utile ai fini del Tfr) (18).

La contrattazione, insomma, non può (e soprattutto non deve) creare la *stagionalità* di un determinato settore, ma (deve) semplicemente prenderne contezza.

Un corretto esempio di quanto si intende affermare è l'Accordo sottoscritto il 19 novembre 2018 tra le rappresentanze sindacali nazionali Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uiltrasporti, Ugl Trasporto aereo e le associazioni datoriali Assaeroporti, Assohaldlers, Assaereo, Assocontrol e Fairo, in cui le parti hanno convenuto che «le attività svolte dalle imprese a cui trova applicazione il Ccnl del trasporto aereo hanno carattere stagionale in relazione all'intensificazione del traffico passeggeri e merci in alcuni periodi dell'anno». Tale accordo avvalorerebbe ulteriormente l'interpretazione prospettata nel precedente paragrafo poiché, confermando «il ruolo della contrattazione collettiva nell'individuazione delle attività stagionali per le quali è consentita una disciplina speciale rispetto alle disposizioni contenute nel decreto medesimo», consente la stipula di contratti a tempo determinato per attività stagionali «per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile e ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti».

Ulteriore riprova di quanto affermato è l'Accordo nazionale sottoscritto il 20 febbraio 2019 tra le rappresentanze sindacali Confcommercio e

(17) Marinelli 2018.

(18) Massi 2019.

Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, Uiltucs-Uil, sulla definizione di *attività stagionale* per i Centri di assistenza fiscale (Caf), in cui si è concordato che «le campagne fiscali/previdenziali dettate da inderogabili disposizioni di legge, legate alla compilazione dei modelli e dichiarativi fiscali e attività connesse, e/o eventuali nuove attività con le medesime caratteristiche, rientrano a pieno titolo tra le attività a carattere stagionale». Per far fronte al notevole afflusso di pratiche che «non può essere svolto con il normale organico» e per l'attività «legata alla temporalità del servizio, di norma individuata nel periodo da gennaio a luglio», le parti hanno ritenuto necessario ricorrere alle assunzioni a tempo determinato per lo svolgimento di attività stagionali.

5. — *Le tipologie contrattuali alternative al mancato rinnovo per punte stagionali* — La soluzione interpretativa prospettata, consentendo al datore di lavoro di rinnovare con lo stesso lavoratore un contratto a termine anche per le punte stagionali previste dalla contrattazione collettiva, invece, evita il ricorso a un «*turn over*» ovvero ad alternative contrattuali che, oltre a essere inadeguate alla natura delle attività stagionali, rischiano di essere, alla fine, dannose per gli stessi lavoratori.

A questo riguardo, le esigenze di lavoro temporaneo derivanti dalle punte stagionali potrebbero essere soddisfatte – nell'impossibilità di ricorrere a un lavoratore già a tempo determinato – solo tramite il ricorso ad altre tipologie contrattuali (le quali presenterebbero per l'impresa notevoli complicazioni): il lavoro intermittente con o senza obbligo di risposta ovvero il lavoro parziale di tipo verticale.

Quanto al primo, a parte il costo per l'impresa della disponibilità vincolata del lavoratore che abbia assunto un obbligo di risposta, va notato che la stipula di un contratto di lavoro intermittente è subordinata a una espressa previsione nel contratto collettivo delle sue modalità di utilizzo (19) (a meno che, indipendentemente dalla previsione contrattuale, sia concluso con lavoratori di età inferiore ai 24 anni e superiore ai 55 anni). In ogni caso, la legge prevede limiti di durata massima al suo utilizzo, superati i quali il rapporto si trasforma a tempo pieno e indeterminato (20).

(19) In caso di assenza di una specifica disciplina contrattuale, i casi di utilizzo del lavoro intermittente sono individuati con decreto del ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali.

(20) Art. 13, c. 3, d.lgs. n. 81/2015: «In ogni caso, con l'eccezione dei settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo, il contratto di lavoro intermittente è ammesso, per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro, per un periodo

A sua volta, il contratto di lavoro parziale di tipo verticale, limitando la prestazione ad alcuni giorni della settimana, del mese o dell'anno, risponderebbe ai casi di intensificazione dell'attività lavorativa nelle punte stagionali programmabili e prevedibili del datore di lavoro, ma risulterebbe, ancora una volta, indubbiamente più vincolante per l'impresa (21).

V'è poi un aspetto essenziale da non trascurare: in caso di rinnovo del contratto a tempo determinato per punte stagionali, il lavoratore avrebbe diritto a percepire la Naspi al termine di dette attività; tuttavia, qualora le parti stipulassero, in sostituzione del rinnovo, tipologie contrattuali come quelle anzidette, il lavoratore non potrebbe godere di tale diritto. Oltre al danno del mancato rinnovo per punte stagionali, i lavoratori avrebbero, insomma, la beffa della mancata percezione dell'indennità di disoccupazione.

Ma vi sarebbe una beffa peggiore: qualora nei casi anzidetti non fosse corrisposta la Naspi, i lavoratori per punte stagionali – non rinnovati o prorogati – non avrebbero nemmeno la certezza di percepire il reddito di cittadinanza, poiché gli stessi (per i mesi di lavoro contrattualizzati) potrebbero superare la soglia richiesta del limite di reddito Isee 2019 fissata a 9.360 euro.

Qualora non si aderisse all'interpretazione prospettata nel presente elaborato, pertanto, si rischierebbe di negare qualsivoglia forma di accesso a sussidi di disoccupazione involontaria dei lavoratori per punte stagionali, arrivando a negare il fine stesso del d.l. n. 87/2018: tutelare la dignità del lavoratore.

Riferimenti bibliografici

- Maresca A. (2018), *I rinvii della legge all'autonomia collettiva nel decreto Dignità*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 2.
- Marinelli M. (2018), *Contratto a termine ed attività stagionali*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 2.
- Massi E. (2019), *La stagionalità nei settori del commercio e dei pubblici esercizi*, in *The world of il Consulente*, anno IX, n. 96, marzo.
- Musella C. (2008), *Il lavoro stagionale*, in Ferraro G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 122 ss.
- Perulli A. (2015), *Il contratto a tempo determinato è la forma comune dei rapporti di lavoro*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1 ss.

complessivamente non superiore a quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari. In caso di superamento del predetto periodo il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato».

(21) Art. 4 ss., d.lgs. n. 81/2015.

Santoro Passarelli G. (2017), *Diritto dei lavoratori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino.

Speziale V. (2012), *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 153.

ABSTRACT

Le novità introdotte dal decreto Dignità in materia di contratti a tempo determinato hanno generato notevoli dubbi applicativi. Se infatti dall'ambito di applicazione del nuovo regime sono certamente sottratte le attività stagionali individuate dal d.P.R. n. 1525/1963, la stessa certezza non avrebbero le punte stagionali individuate dalla contrattazione collettiva. Il presente elaborato ha cercato dunque di evidenziare come il problema di incompatibilità delle punte stagionali con il nuovo decreto sia stato già superato nel corso del tempo, equiparando le punte stagionali alle attività stagionali di cui al d.P.R. n. 1525/1963.

THE NEW SEASON OF SEASONAL ACTIVITIES

The changes introduced by the Decree of Dignity in the field of fixed-term contracts have generated considerable application doubts. If seasonal activities identified by the d.P.R. n. 1525/1963 are certainly subtracted from the new regime's scope, would not have the seasonal peak identified by collective bargaining the same certainty. This essay tried to highlight how the incompatibility problem of seasonal peak with the new decree has already been overcome in the course of time, equating seasonal peak to seasonal activities governed by d.P.R. n. 1525/1963.

Fausta Guarriello (*)

IL DECENNIO PERDUTO DEL DIRITTO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. *L'austerità* come acceleratore di processi di cambiamento del diritto del lavoro in direzione neoliberista. — 2. Grecia e non solo: crescita delle disuguaglianze interne e aumento del divario tra paesi europei. — 3. Da fattore di emancipazione e dignità sociale a meccanismo di esclusione? — 4. Le lezioni apprese dalla crisi e dal fallimento delle ricette anticrisi.

1. — *L'austerità come acceleratore di processi di cambiamento del diritto del lavoro in direzione neoliberista* — A dieci anni di distanza dalla epifania della crisi economica mondiale, iconicamente rappresentata dal fallimento della banca d'affari americana Lehman Brothers il 15 settembre 2008, val la pena interrogarsi sugli effetti permanenti che quella crisi ha prodotto sul diritto del lavoro dei paesi europei. Dall'originaria natura finanziaria, la crisi si è poi velocemente trasformata in crisi economica e in recessione, per divenire in Europa crisi dei debiti sovrani nel volgere di pochi anni. Il massiccio intervento degli Stati per salvare i rispettivi sistemi bancari dal rischio di collasso ha aumentato il debito pubblico favorendo attacchi speculativi contro i paesi più deboli e a rischio di *default*. L'esplosiva miscela innescata dalla crisi finanziaria sull'economia reale e sulla capacità degli Stati dell'eurozona di affrontarla con strumenti adeguati, non disponendo più della leva costituita dalla svalutazione competitiva della moneta, ha portato un gran numero di paesi a giocare la carta della svalutazione interna (1) attraverso la flessibilizzazione dei sistemi di diritto del lavoro, secondo il *mainstream* dell'ortodossia neoliberista dominante nelle istituzioni economiche internazionali ed europee fin dagli anni novanta. Al punto che non appare inesatto affermare che il manifestarsi della crisi in Europa ha costituito uno straordinario laboratorio di sperimentazione su vasta scala di ricette neoliberiste predicate da tempo nei consessi internazionali, ma sino ad allora

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Chieti-Pescara.

(1) Deakin 2018, 589 ss.; Deakin, Koukiadaki 2013, 163 ss.

non altrettanto univocamente praticate per l'effetto inerziale di sistemi ancora formalmente ancorati ai canoni del «modello sociale europeo» costruito nel secondo dopoguerra, declinato secondo diverse varianti nazionali.

Dopo l'esplosione della crisi dei debiti sovrani, l'opera di decostruzione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro è apparsa (*rectius*: è stata presentata) come una necessità volta a fornire risposte rassicuranti ai mercati e alle agenzie di *rating* circa il grado di salute dell'economia di un paese. Il varo nel 2011 di un pacchetto di misure volte al coordinamento più stretto delle politiche macroeconomiche e assistito da meccanismi sanzionatori in caso di violazione degli obiettivi prefissati di bilancio (il cd. semestre europeo) ha fornito all'Unione europea un formidabile strumento di controllo preventivo dell'azione degli Stati, esercitato in maniera draconiana nei paesi più a rischio dell'eurozona attraverso i *Memoranda of Understandings* (di seguito, Mou): accordi sottoscritti dai Governi dei paesi che hanno ricevuto prestiti dalle istituzioni economiche internazionali (Fmi, Bce e Commissione Ue: la famigerata *troika*), contenenti prescrizioni dettagliate sulle riforme da realizzare come condizione di concessione del prestito e sottoposti a stretta sorveglianza in fase di attuazione. Le misure di *austerity* imposte a tali paesi, e raccomandate a un novero più ampio di Stati nel quadro del processo di *governance* macroeconomica, hanno riguardato principalmente la riduzione dei salari considerati non in linea con la produttività e la disarticolazione della contrattazione collettiva nei paesi caratterizzati da contrattazione centralizzata (2), considerata un intollerabile fattore di rigidità rispetto all'obiettivo «di interesse generale» di salvaguardia dell'occupazione e di rilancio della competitività.

La riforma dei sistemi nazionali di diritto del lavoro – ove il termine riforma allude al ribaltamento della logica protettiva del contraente debole con sacrificio del principio di favore in funzione della centralità riconosciuta alle ragioni dell'impresa – ha mirato ad allentare i vincoli normativi posti da norme inderogabili per adattare le condizioni occupazionali e di lavoro alle concrete esigenze dell'impresa e del mercato, completando il quadro di flessibilizzazione del mercato del lavoro disegnato nel decennio precedente attraverso l'aggressione al nucleo storico del diritto del lavoro, costituito dalla regolazione del contratto di lavoro subordinato. L'obiettivo di svalutazione competitiva è stato perseguito attraverso la destrutturazione di regole cardine del diritto del lavoro: in via tendenzialmente definitiva laddove un nuovo assetto di regole ha sostituito il quadro normativo previgente;

(2) Cfr. Guarriello 2017, 97 ss., e la bibliografia ivi riportata.

con carattere temporaneo e congiunturale allorché è stata disposta una mera sospensione delle regole, destinate a riprendere vigore al termine del periodo di austerità. Il carattere temporaneo o definitivo dei nuovi assetti è una variabile rilevante ai fini della verifica del *paradigm shift* quale chiave di lettura dei cambiamenti realizzati e in corso nella nostra disciplina. Vari fenomeni incidono su tale carattere: la volontà politica di Governi formati nella fase del dopo crisi (come in Portogallo nel 2017 e in Spagna nel 2018), l'uscita da programmi di assistenza tecnica della *troika* (la Grecia dopo il 20 agosto 2018), la natura dichiaratamente provvisoria della sospensione (come in Grecia il principio di favore e il meccanismo di estensione dei contratti collettivi), interventi del giudice costituzionale o di organismi internazionali di tutela dei diritti sociali che hanno dichiarato illegittime le misure di *austerity* in contrasto con la garanzia dei livelli essenziali assicurati dalle Carte costituzionali e internazionali (in Italia, Portogallo, Grecia), la stessa resilienza delle parti sociali, che hanno saputo disinnescare e rendere di fatto inoperanti disposizioni legislative volte a una più spinta deregolazione del rapporto di lavoro (in Spagna, Italia, Portogallo) (3). La valutazione complessiva dell'impatto dell'*austerity* sul diritto del lavoro deve dunque tener conto non solo dell'effetto che nel breve-medio periodo le misure hanno prodotto, su cui si è concentrata l'analisi di osservatori e studiosi negli anni della crisi, ma anche e soprattutto degli effetti di lungo periodo o strutturali, tenuto conto dei diversi fattori di neutralizzazione che ne hanno eventualmente attutito l'impatto.

La fotografia dello stato del diritto del lavoro nei diversi paesi europei è quella di una disciplina in forte trasformazione e soggetta a continui smottamenti. La crisi che ha segnato il decennio trascorso e le misure anticrisi adottate dagli Stati sotto la pressione delle istituzioni europee hanno agito da acceleratore di trasformazioni già in atto (la crescente segmentazione del mercato del lavoro e la precarizzazione dei rapporti di lavoro, la comparsa del fenomeno della *in-work poverty*, la riduzione del tasso di sindacalizzazione e di copertura dei contratti collettivi, il calo delle azioni collettive) e di rottura di equilibri consolidati in favore della riduzione di vincoli all'esercizio del potere imprenditoriale, inteso sia come potere organizzativo (frammentazione dell'impresa, reti, catene di subappalti), sia come potere direttivo all'interno del rapporto di lavoro subordinato (in particolare, con riguardo a modifiche unilaterali delle condizioni di lavoro e al potere di recesso).

(3) Giubboni, Orlandini 2018, 643 ss.

Il quadro che emerge dalle riforme strutturali introdotte nei diversi paesi segnala una notevole riduzione delle tutele del lavoro subordinato, con riguardo a istituti centrali, quali l'irriducibilità della retribuzione, la contrattualità delle mansioni e dell'orario di lavoro, la giustificazione del recesso e l'allentamento e aggiramento della disciplina dei licenziamenti, il ricorso a un'ampia gamma di contratti flessibili o speciali, la derogabilità *in peius* del contratto collettivo di settore da parte di accordi aziendali che hanno acquisito priorità applicativa nei sistemi fondati su più livelli, la sospensione o l'aggravamento delle condizioni di ricorso a meccanismi di estensione del contratto collettivo, il blocco della contrattazione salariale nel lavoro pubblico, unito al blocco delle assunzioni e a forme di mobilità incentivata, il riconoscimento come agente negoziale nei luoghi di lavoro di forme spurie di rappresentanza dei lavoratori al fine di facilitare la conclusione di accordi aziendali a carattere derogatorio, di fatto predisposti unilateralmente dal datore di lavoro. La *ratio* comune di tali trasformazioni del diritto del lavoro è l'abbandono, o il notevole ridimensionamento, del principio di favore come criterio di selezione delle discipline applicabili al lavoratore in presenza di concorrenza tra fonte legale e contrattuale, fra contratti collettivi di diverso livello, fra contratto collettivo e contratto individuale. Il criterio di prossimità al rapporto concreto da regolare viene utilizzato non più per ammettere trattamenti di miglior favore, come nella tradizione del diritto del lavoro, bensì per consentire deviazioni peggiorative rispetto allo standard legale o collettivo.

Non deve quindi stupire che questi interventi di «modernizzazione» del diritto del lavoro (4), giocati sul fronte della flessibilità più che della sicurezza (5), abbiano prodotto, complice la crisi e le medicine anticrisi imposte dall'*austerità* ai paesi del sud Europa, un impatto devastante sui mercati del lavoro, non risparmiando neppure le economie di paesi forti con sistemi istituzionali più solidi, come Francia e Germania, solo marginalmente toccati dalla crisi. I cambiamenti impressi ai sistemi di diritto del lavoro appaiono univoci in tutti i paesi europei in cui sono state introdotte riforme nel decennio intercorso dall'esplosione della crisi: la rilevanza e la direzione dei cambiamenti portano a ipotizzare che si tratti per lo più di cambiamenti a carattere strutturale, destinati a incidere sul tessuto del diritto del lavoro ben oltre la situazione congiunturale di crisi, cambiandone la fisionomia.

(4) Si prende a prestito il noto titolo del *Libro verde* della Commissione europea *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo* – Com(2006)708 def. –, dove venivano illustrati i tratti salienti dell'opera di riforma raccomandata.

(5) Yannakourou 2014, 27.

2. — *Grecia e non solo: crescita delle diseguaglianze interne e aumento del divario tra paesi europei* — Com'è noto, la Grecia ha costituito il laboratorio più compiuto delle misure di austerità, concentrando tutte le tipologie di azioni volte, da un lato, a contenere e ridurre la spesa pubblica nell'immediato, a promuovere la competitività del sistema economico, dall'altro. La scoperta nel 2009 della manipolazione dei conti pubblici per entrare nell'eurozona, unita all'elevato debito pubblico e all'alto tasso di evasione fiscale, hanno fatto della Grecia la vittima ideale di mercati finanziari internazionali pronti a scommettere sulla bancarotta del paese. Il paese è stato quindi costretto ad accettare l'intervento finanziario della *troika*, sottoscrivendo nel maggio 2010 il primo Mou, che lo impegnava a intraprendere un programma di riforme strutturali volto a ridurre il disavanzo pubblico.

Tra le prime misure anticrisi nell'ambito del diritto del lavoro, la l. n. 3846/2010 aveva previsto a tutela dei cd. falsi lavoratori autonomi una presunzione di subordinazione se l'attività a carattere esclusivamente o prevalentemente personale avesse una durata superiore a 9 mesi; aveva limitato l'utilizzo di lavoro temporaneo a causali di carattere eccezionale, applicando ai lavoratori somministrati parità di trattamento; aveva previsto l'obbligo di consultazione sindacale preventiva in caso di sospensione dei rapporti di lavoro a causa di temporanea difficoltà dell'impresa e stabilito l'obbligo di rispettare nei licenziamenti economici una quota non superiore al 10% di lavoratori con più di 55 anni pagando i costi di assicurazione contro la disoccupazione; mentre per i giovani, che costituivano un *target* di popolazione particolarmente colpito dalla crisi, prevedeva come incentivo all'assunzione la riduzione del 20% del salario minimo definito dalla contrattazione interprofessionale. Al tempo stesso si faceva affidamento sul principio di autonomia collettiva e di non interferenza dello Stato nella contrattazione collettiva demandando alle parti sociali la fissazione del salario minimo e delle condizioni di lavoro a livello interprofessionale per il triennio 2010-2012, confidando nella capacità delle parti sociali di effettuare gli aggiustamenti salariali necessari a ridurre il costo del lavoro attraverso la promozione del decentramento contrattuale. La dottrina ha parlato di questa prima fase come di un'età dell'innocenza del diritto del lavoro (6), in cui la sua funzione protettiva è stata mobilitata per affrontare la crisi con strumenti e tecniche tradizionali che non rinnegavano i principi e i fondamenti della disciplina, di rango costituzionale (dignità della persona, liber-

(6) Papadimitriou C. 2012, 2.

tà sindacale e divieto di interferenza da parte dello Stato) e internazionale.

A fronte del peggioramento della situazione finanziaria, la *troika* nel giugno 2011 ha chiesto al Governo greco, come condizione per la concessione di un secondo prestito di 130 miliardi di euro, di aprire un dibattito con le forze sociali per raggiungere un accordo tripartito su tutti i fattori incidenti in via diretta o indiretta sul costo del lavoro: in particolare sul salario minimo e sui costi non salariali (7). Il fallimento del negoziato sul congelamento degli aumenti salariali per gli anni 2012-2013 ha portato alla stipula di un secondo *Memorandum* nel febbraio 2012, in cui il Governo si è impegnato ad adottare misure immediate per ridurre i salari e il costo del lavoro al fine di migliorare la competitività e sostenere lo sviluppo delle imprese (l. n. 4046/2012, decreto del Consiglio dei ministri n. 6/2012).

L'intervento cruento del secondo *Memorandum* segna la fase più acuta della crisi e la perdita d'innocenza sull'utilizzo del diritto del lavoro in senso conforme ai suoi principi fondativi, mantenendo il controllo interno circa le misure da adottare per affrontare l'aggravamento della crisi. Le condizioni dettate dalla *troika* non hanno ammesso replica: il mutamento di rotta è stato profondo, violento e repentino (8). La destrutturazione del diritto del lavoro ha infatti travolto i primi tentativi autarchici di affrontare la crisi con adattamenti interni concordati con le parti sociali che estendesero la funzione protettiva del diritto del lavoro alle fasce più vulnerabili. La durezza delle misure adottate, recentemente ammessa dallo stesso Presidente della Commissione europea Juncker (9) e dalla direttrice del

(7) Koukiadaki, Kretsos 2012, 276; Lanara-Tzotze 2013, 6 ss.

(8) Cfr. Papadimitriou C. 2012, 15: «*These first "national" steps referred to as protective, adopted at the beginning of the crisis, have been replaced by interventions of other type imposed without prior negotiation with the Greek social partners. The second wave of measures adopted to cope with the economic crisis devastating the national economy, has literally transformed Greek labour law to the extent that they have changed its fundamentals and its nature. This definitive reversal of the standards of labour law constitutes essentially a progressive flexibilization of the Greek labour market*». Cfr. Yannakourou 2014, 368: «*No doubt that the protective function of labour law in Greece is progressively being abandoned: labour legislation is brought back to the civil law principles and the law of contracts. Labor is being used as a commodity [...]. In spite of the fact that the social and labor rights contained in the Philadelphia Declaration of 1944 express precisely the political will to reinstate the principle of human dignity and the associated concept of social justice as the basis for an international legal order and as the foundation principles of Ilo*». Cfr. anche: Koukiadaki, Kretsos 2012, 278.

(9) Jean Claude Juncker ha pronunciato il *mea culpa* davanti al Parlamento europeo riunito a Strasburgo il 15.1.2019 per il ventennale dell'Euro, ammettendo che «c'è stata un'austerità forse un po' avventata, ma non volevamo colpire chi lavora o chi è disoccupato», rammaricandosi della mancanza di solidarietà nei confronti della

Fondo monetario internazionale Lagarde (10), se ha comportato una riduzione media dei salari di circa il 20%, non ha però rafforzato la competitività delle imprese, ma al contrario ha portato a una drastica caduta della domanda aggregata, che ha finito per esacerbare la crisi.

Le misure volte alla riduzione della spesa pubblica hanno riguardato il taglio di circa il 35% di salari, premi, indennità e pensioni nel settore pubblico, con riduzione e poi eliminazione della tredicesima e quattordicesima mensilità e il divieto di aumenti salariali per i dipendenti pubblici derivanti sia da contrattazione collettiva che individuale; il collocamento a riposo obbligatorio per i dipendenti con più di 35 anni di servizio e più di 55 anni di età senza rimpiazzo del *turn-over*; la messa in riserva degli *over 53* con erogazione di un salario ridotto al 60% della paga base; la previsione del taglio di ulteriori 150.000 posti di lavoro nel settore pubblico entro la fine del 2015 tramite blocco delle assunzioni, pensionamenti, messa in riserva e licenziamenti. Il secondo piano di riserva nel 2012 ha previsto la mobilità dei dipendenti pubblici i cui posti sono stati soppressi e dei dipendenti con contratto di lavoro a durata indeterminata, con erogazione del 75% del salario di base e trasferimento obbligatorio ad altri servizi, il mancato utilizzo entro un anno dalla messa in riserva comportando il licenziamento senza indennizzo o indennità di disoccupazione. La misura ha colpito 12.500 dipendenti pubblici, soprattutto professori, personale amministrativo di università, biblioteche, laboratori, ospedali; negli anni successivi 2013 e 2014, la misura della messa in mobilità ha riguardato in particolare i dipendenti comunali. Complessivamente circa 1/3 dei dipendenti pubblici ha perso l'impiego a seguito di tali misure.

Nel settore privato, dove le misure miravano al rilancio della competitività, le riforme sono avvenute nel segno del rafforzamento del potere del datore di lavoro nella definizione delle condizioni di lavoro attraverso l'ampio utilizzo del potere unilaterale di *job rotation* (11) consentito su un arco

crisi greca. Già nel giugno 2018 Juncker aveva pubblicamente riconosciuto che «la dignità del popolo greco era stata calpestata».

(10) Nell'aprile 2016, Christine Lagarde, nel mezzo dello scandalo suscitato dalle rivelazioni di Wikileaks, in un'intervista pubblica aveva ammesso evidenti errori da parte del Fmi nel calcolo dei moltiplicatori, sottostimando l'effetto recessivo delle misure di *austerità* imposte alla Grecia. Sin dal 2013 un rapporto strettamente confidenziale del Fmi pubblicato sul *Washington Post* ammetteva di aver sottovalutato i danni delle misure di austerità prescritte nel piano di salvataggio della Grecia del 2010.

(11) Potere unilaterale di riduzione dei giorni di lavoro e del salario in caso di riduzione dell'attività di impresa: introdotto dalla l. n. 2639/1998, ma scarsamente utilizzato prima della crisi.

temporale più lungo (9 mesi all'anno, invece dei 6 previsti precedentemente); accordi di rimodulazione dell'orario di lavoro con riduzione delle maggiorazioni per lavoro straordinario; modifica del regime legale del licenziamento attraverso la riduzione del periodo di preavviso a non più di 4 mesi con taglio del 50% dell'indennità spettante al lavoratore, pagabile anche tramite rateizzazione (12); innalzamento della soglia dei licenziamenti collettivi; allungamento della durata del periodo di prova da 2 a 12 mesi nel contratto a durata indeterminata, con conseguente facoltà di licenziare senza preavviso e senza indennizzo; rafforzamento dei contratti flessibili con allungamento del periodo massimo di durata del contratto a termine da 12 a 36 mesi e introduzione di uno speciale contratto di apprendistato per i giovani di età compresa tra 15 e 18 anni, retribuito al 68% del salario minimo.

Ma il vero epicentro del terremoto costituito dalle misure di austerità è stato l'attacco e la disarticolazione del sistema di contrattazione collettiva, fondato in Grecia sul principio di autonomia collettiva di rango costituzionale (art. 22, c. 2, e art. 23, c. 1, Cost.; l. n. 1876/1990) e sviluppato su più livelli tra loro coordinati in base al principio di favore. In attuazione del secondo *Memorandum*, dapprima la l. n. 4046/2012 ha imposto autoritativamente la riduzione del salario minimo – definito tramite accordo collettivo nazionale intersettoriale di applicazione generale – del 22% e addirittura del 32% per i giovani con meno di 25 anni. Qualche mese più tardi la l. n. 4093/2012 ha introdotto il salario minimo legale, esautorando le parti sociali del potere di definire il salario minimo per attribuirne la prerogativa al Parlamento. Infine, la legge n. 4172/2013 ha attribuito il potere di determinare il salario minimo al ministro del Lavoro, sulla base dell'andamento della situazione economica e delle prospettive di sviluppo in termini di produttività, prezzi, competitività, andamento dell'occupazione e della disoccupazione, redditi e salari. Alla riduzione del salario minimo (13)

(12) Val la pena ricordare che in Grecia la disciplina del licenziamento non prevedeva l'obbligo di giustificazione: il recesso del datore dal contratto a durata indeterminata prevedeva solo l'obbligo di preavviso (fino a 24 mesi) e il versamento di un'indennità al lavoratore licenziato. Il mancato pagamento dell'indennità comportava la nullità del licenziamento. La l. n. 3899/2010 ha escluso dal computo dell'indennità di licenziamento i lavoratori con meno di un anno di anzianità di servizio, nonché i periodi anteriori a 16 anni di anzianità. La proposta di legge del maggio 2019 presentata dal governo Tsipras introduce per la prima volta la giusta causa, ossia l'obbligo di giustificare il licenziamento.

(13) Dal 2.2.2012, il salario minimo mensile lordo è passato da 751,39 a 586,08 euro per un impiegato con meno di tre anni di anzianità di servizio, ridotto a 510,95

si è accompagnata la sospensione degli aumenti salariali legati a indicizzazioni e scatti di anzianità disposti sia da legge che da contratto collettivo fino a che il tasso di disoccupazione non scenderà sotto il 10%, il che vale a dire a tempo indefinito (14).

La finalità di blocco della dinamica salariale è stata scientemente perseguita anche attraverso la puntuale (quasi chirurgica) definizione di misure che hanno inciso su aspetti nevralgici del sistema di contrattazione collettiva quali: la sospensione del meccanismo amministrativo di estensione dei contratti collettivi; il ridimensionamento del periodo di ultrattività dei contratti collettivi da sei a tre mesi; la priorità applicativa riconosciuta all'accordo aziendale e la sospensione del principio di favore nel caso di concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso livello; la capacità di concludere accordi aziendali in assenza di rappresentanti sindacali nelle imprese minori (15) attribuita a organismi *ad hoc* (associazioni di persone); l'abolizione del ricorso unilaterale all'arbitrato come modalità tipica di risoluzione dei conflitti collettivi (di solito utilizzato da parte sindacale) e l'abolizione del suo carattere obbligatorio; la delimitazione del lodo arbitrale – che tiene luogo del contratto collettivo – al solo salario di base e alla disciplina normativa.

L'insieme di tali misure ha portato a una drastica riduzione del numero dei contratti collettivi di settore (erano 231 nel 2008, 120 nel 2009, 113 nel 2010, 63 nel 2011, 37 nel 2012, 23 nel 2013, 22 nel 2014, 19 nel 2015) e a una temporanea impennata di accordi aziendali (mediamente intorno ai 200 prima della crisi, saliti vertiginosamente a 976 nel 2012, per poi calare a 409 nel 2013, 286 nel 2014, 193 nel 2015) (16). Le misure volte a una radicale decentralizzazione della contrattazione collettiva hanno così provocato lo smantellamento del sistema multilivello in Grecia, considerato un

euro per un lavoratore con meno di 25 anni, mentre il salario minimo giornaliero lordo per un operaio è passato da 33,57 euro a 22,83 se minore di 25 anni. Il salario minimo si applica a tutti i lavoratori subordinati non coperti da un contratto collettivo o individuale che preveda un salario più alto: cfr. Yannakourou, Tsimpoukis 2014, 339.

(14) Il tasso di disoccupazione in Grecia ha raggiunto il picco del 27,5% nel 2013 (era del 9,6% nel 2009) e del 49,5% per i giovani con meno di 25 anni; secondo i più recenti dati Eurostat è attualmente del 18,5% (febbraio 2019) e del 38,8% per i giovani con meno di 25 anni (aprile 2019).

(15) La legge prevede per la costituzione di rappresentanze sindacali in azienda l'adesione di almeno venti lavoratori, laddove la stragrande maggioranza delle imprese greche non ha più di 10 dipendenti.

(16) Greek Mediation Authority and Greek Ministry of Labour, *Collective Agreements in Greece, 1990-2015*, riportati da Schulten 2015, 12.

ostacolo alla riduzione del costo del lavoro nell'ottica di svalutazione competitiva perseguita dalla *troika*. Una ricerca condotta dall'università di Patrasso su 1336 accordi aziendali siglati tra novembre 2011 e dicembre 2013 conferma che solo il 30% degli accordi aziendali è stato negoziato da sindacati, mentre il 70% è stato firmato da rappresentanze non sindacali; quanto al contenuto, i 3/4 degli accordi riguardano tagli salariali, il restante quarto il congelamento dei salari, solo l'1,5% aumenti salariali (17).

L'intensità e l'impatto provocato dalle misure adottate sotto dettatura della *troika* senza rispettare le procedure di dialogo sociale hanno suscitato un acceso dibattito in dottrina sul cambio di paradigma del diritto del lavoro e la forte reazione dei sindacati, che hanno impostato una strategia giudiziaria su vasta scala presentando ricorsi davanti a Corti nazionali e a organismi internazionali per la violazione di diritti sociali fondamentali riconosciuti dalla Costituzione greca o previsti da convenzioni internazionali dell'Oil, dalla Cedu e dalla Carta sociale europea revisionata, ratificati con leggi nazionali. Le misure di *austerity* hanno costituito di fatto il banco di prova più rilevante del nuovo istituto del ricorso collettivo introdotto con il Protocollo aggiunto alla Carta sociale europea nel 1995, così come sono state alla base dell'impennata di ricorsi al Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni (Ceacr) e al Comitato per l'applicazione delle norme (Cas) dell'Oil (18). Nella fase più acuta dell'austerità, l'Oil ha anche disposto l'invio di una Missione di alto livello in Grecia per verificare lo stato di violazione dei diritti sociali fondamentali, chiusa con la verifica dell'assenza di qualunque valutazione di impatto sociale delle misure di *austerity* (19).

Gli effetti delle misure finanziarie di taglio e contenimento della spesa pubblica, dagli interventi sulle pensioni, ai licenziamenti massivi nella pubblica amministrazione, al drastico taglio dei servizi pubblici (scuole, ospedali, prestazioni sociali), alla riduzione del tasso di copertura dei contratti collettivi, all'aumento della precarietà e della povertà, hanno drammaticamente segnato il regime di austerità in Grecia additandolo come esempio di «macelleria sociale», impensabile dentro i confini della vecchia Europa e in particolare dell'eurozona (20). L'inusitato rigore esercitato dalla *troika*

(17) Riportata da Schulten 2015, 10.

(18) Cfr. Kilpatrick 2019, 161.

(19) *Report on the High Level Mission to Greece, Athens, 19-23 September 2011* (Ilo, 2012, p. 71). Sul ruolo della Missione di alto livello, vd. Kilpatrick 2019, nota 48. Cfr: Koukiadaki, Grimshaw 2016.

(20) Nel gennaio 2015, la Caritas ha pubblicato un dossier sulla situazione sociale in Grecia significativamente intitolato: «La crisi come una guerra, il paese a un bivio»,

nei confronti del paese, con rischio di sradicarne i fondamenti, anche costituzionali, in nome di imperativi economici, ha fatto parlare di diritto del lavoro da paese occupato (21), del pericoloso passaggio verso un nuovo regime giuridico, di mutamento dell'architettura e del paradigma del diritto del lavoro (22), di decostruzione del sistema di contrattazione collettiva (23), di radicale trasformazione del diritto del lavoro, della sicurezza sociale e delle relazioni industriali (24).

Il Governo di sinistra, vincitore delle elezioni politiche nel gennaio 2015 con un programma di rinegoziazione del debito e di allentamento delle rigide condizioni imposte dai creditori, a pochi mesi dal suo insediamento aveva approvato una legge di ripristino delle condizioni minime di funzionamento della contrattazione collettiva che reintroduceva il principio di favore, l'ultrattività di 6 mesi dei contratti collettivi e la titolarità sindacale della contrattazione aziendale (da svolgersi con sindacati territoriali). Ma l'aggravamento della situazione debitoria e la necessità di ricorrere a un nuovo programma di assistenza finanziaria hanno spinto il Governo greco, malgrado l'esito del referendum propositivo indetto nel luglio 2015, a sottoscrivere un terzo Mou 2015-2018, che lo ha costretto a revocare le misure disposte con la l. n. 4331/2015 e ad avviare, con tempi e modalità concordati, un processo di consultazione con le parti sociali guidato da un gruppo di esperti indipendenti per rivedere alcune normative del mercato del lavoro, come licenziamenti collettivi, sciopero e contrattazione collettiva, tenendo conto delle «migliori prassi internazionali ed europee», assicurando in tale processo la presenza dell'Oil (25). Solo alla conclusione del processo di revisione è stata prevista la possibilità di modificare il quadro normativo «in linea con le migliori prassi» presenti in Europa, «in ogni caso non tornando su impostazioni politiche del passato incompatibili con gli obiettivi di una crescita sostenibile e inclusiva».

che testimonia il drammatico impoverimento della popolazione civile dovuta all'effetto congiunto di riduzione dei salari, aumento della disoccupazione, precarietà occupazionale, drastici tagli alla spesa pubblica e ai servizi pubblici, pensionamenti anticipati, aumento delle tasse, privatizzazioni.

(21) Koukiadis, riportato da Papadimitriou C. 2012.

(22) Yannakourou 2014, 25.

(23) Koukiadaki, Kokkinou 2014, 21; Yannakourou, Tsimpoukis 2014, 331; Koukiadaki, Kokkinou 2016, 207.

(24) Papadimitriou D. *et al.* 2016, 109; Economakis *et al.* 2016, 62.

(25) Cfr. *Recommendations Expert Group for the Review of Greek Labour Market Institutions*, 27 September 2016, in www.ieri.es/wp-content/uploads/2016/10/Final-Report-Greece-September-2016.pdf.

Anche il terzo *Memorandum* ha scandito in modo dettagliato tempi e condizioni per la concessione di aiuto finanziario (26). In particolare, le misure sociali previste dal programma hanno riguardato un ampio ridisegno del sistema di *welfare*, con creazione di una rete di protezione sociale attraverso l'istituzione del reddito minimo garantito da declinare insieme a strategie di inclusione per i gruppi vulnerabili, cure sanitarie per i non abbienti, politiche attive del lavoro in particolare per disoccupati di lunga durata, giovani e persone svantaggiate; il completamento della riforma delle pensioni con progressivo passaggio al sistema contributivo, forti disincentivi al prepensionamento. La considerazione di esigenze di giustizia sociale e di equità fra generazioni con redistribuzione del pesante carico fiscale a vantaggio delle classi meno abbienti onde «assicurare in ogni caso ragionevoli condizioni di vita» ha costituito il segno distintivo del nuovo programma sottoscritto dal Governo di Syriza (27), venuto a scadenza il 20 agosto 2018. La fine del programma di assistenza finanziaria non ha comportato peraltro la fine della procedura di sorveglianza, che verrà esercitata anche nelle fasi successive per assicurare la tenuta del quadro di riforme almeno fino al 2022, secondo il principio di irreversibilità.

Il programma di riforme strutturali sottoscritto con i tre *Memoranda*, particolarmente drastico e prolungato nel caso della Grecia, ha consentito margini di manovra molto stretti alle istituzioni nazionali, vincolate a strette condizionalità, con il calendario e il contenuto delle riforme puntualmente dettato da istituzioni sovranazionali (28). Interviste effettuate in fase di valutazione di impatto dei *Memoranda* a funzionari governativi e a rappresentanti delle parti sociali coinvolti nei negoziati sulle misure di austerità hanno confermato l'irrilevanza del ruolo delle parti sociali, considerate dalla *troika* come parte del problema, più che la soluzione, e l'assunzione di posizioni intransigenti da parte dei creditori sulle misure da adottare, dettate dalla volontà di ridurre drasticamente il costo del lavoro – considerato il solo costo flessibile in grado di assorbire gli *shocks* economici – per portarlo al livello di paesi come la Bulgaria, la Romania e i paesi baltici (29).

(26) Le precondizioni poste dai creditori per la sottoscrizione del terzo *Memorandum* riguardavano, in particolare: la riforma dell'Iva, la sostenibilità del sistema pensionistico, l'indipendenza dell'Istituto nazionale di statistica Elstat, il pieno rispetto del *Fiscal Compact*, l'adozione di un nuovo codice di procedura civile e delle nuove regole europee sulle crisi bancarie.

(27) E forse la ragione del mancato successo alle recenti elezioni del luglio 2019, dovuto alla disaffezione delle classi medie tassate dalle imposte.

(28) Papadimitriou C. 2012, 3.

(29) Cfr. Dedoussopoulos *et al.* 2013, 40-42.

Dopo la scadenza del termine del 20.8.2018 previsto dal terzo *Memo-randum* il governo Tsipras ha ripristinato il meccanismo di estensione dei contratti collettivi in alcuni settori (credito, pesca, turismo, miniere) e il principio di favore come criterio ordinatore della contrattazione collettiva su più livelli, attribuendo prevalenza al contratto di settore e di impresa rispetto al livello professionale (in via di superamento), mentre a fine anno ha disposto l'aumento del salario minimo legale a partire dal 1.2.2019 portandolo a 650 euro per tutti, con eliminazione delle differenze basate sull'età introdotte nel 2012, autorizzando lo sblocco della contrattazione interprofessionale sul salario minimo (sospesa dal 2012), che avrà – diversamente dalla fase anteriore, in cui aveva efficacia generale – efficacia limitata ai datori di lavoro aderenti alle organizzazioni firmatarie. La riforma legislativa della disciplina del licenziamento, con introduzione della giusta causa, è troppo recente perché se ne possa valutare l'impatto.

La volontà di ricostruire i fondamenti del diritto del lavoro come segnale di ritrovata coesione sociale deve però fare i conti, da un lato, con gli effetti permanenti che la lunga fase di riduzione e sospensione dei diritti sociali ha lasciato sul terreno; dall'altro, con le nuove priorità definite dal Governo di centro-destra, uscito vincitore dalle elezioni del luglio 2019 con un programma di chiaro stampo liberista, basato su tagli alle imposte e privatizzazioni come strumenti di stimolo agli investimenti. Il rischio di una finta ripartenza per i diritti del lavoro rimane quindi molto forte, anche perché la lezione che la crisi ha messo in evidenza è l'indispensabile sostegno legislativo (30) per riequilibrare i rapporti di potere tra le parti, individuali e collettive; questi, lasciati alla regolazione di mercato, finiscono per accrescere le disuguaglianze.

I cambiamenti radicali intervenuti nella regolazione del lavoro in Grecia nel decennio della crisi non hanno costituito un *unicum*: analoghi cambiamenti, seppur meno pesanti per durata e intensità, sono avvenuti in altri paesi, soprattutto del sud Europa (31), spinti da analoghe pressioni da parte delle istituzioni economiche sovranazionali verso una maggiore flessibilizzazione del mercato del lavoro e la riduzione del peso della contrattazione centralizzata per adattare salari e condizioni di lavoro alle esigenze di mercato. Il cambiamento di segno del diritto del lavoro in una direzione che è stata efficacemente definita «fondamentalismo di mercato» (32) ha riguardato paesi che hanno affrontato temporanee situazioni di difficoltà, come

(30) Treu 2018, 11 ss.

(31) Cfr. Koukiadaki *et al.* 2016.

(32) Hepple 2013, 203.

l'Irlanda o i paesi dell'allargamento, in particolare quelli dove esisteva un sistema di contrattazione collettiva centralizzato (Romania e Slovenia) e dove i contratti collettivi avevano un alto tasso di copertura. Anche per questi paesi i programmi di aiuto finanziario hanno imposto una più spinta deregolazione del mercato del lavoro e condizioni restrittive all'efficacia dei contratti collettivi di ambito nazionale/settoriale, in favore del decentramento della contrattazione collettiva a livello di impresa. I risultati delle ricette neolibériste di austerità e svalutazione interna del lavoro (33) sono stati ovunque il calo della sindacalizzazione, la riduzione del tasso di copertura dei contratti collettivi e lo smantellamento della contrattazione nazionale (Romania, Grecia) (34), il rallentamento della crescita dei salari reali, la precarizzazione dei rapporti di lavoro, l'alta presenza di *working poors* (il 16% dei lavoratori in Europa nel 2017), alti tassi di disoccupazione giovanile, flussi migratori interni in direzione est-ovest (soprattutto dalla Romania, dove il 20% della popolazione in età lavorativa è emigrato, malgrado il relativo miglioramento delle condizioni salariali e di lavoro interne; ma in dimensioni ragguardevoli anche da Lituania, Croazia, Lettonia e Bulgaria) e sud-nord (dal Portogallo con una percentuale del 14% della forza lavoro, con dimensioni più contenute da Grecia, Spagna e Italia, dove il fenomeno migratorio riguarda soprattutto giovani altamente qualificati), con una crescente polarizzazione e un rallentamento della dinamica di progressivo avvicinamento dei paesi dell'est ai paesi della vecchia Europa (35). E malgrado il 2018 abbia segnato una ripresa dell'occupazione complessiva a livelli pre-crisi e un innalzamento del salario minimo soprattutto nei paesi dove è più basso, il *gap* tra paesi tende ad allargarsi piuttosto che a restringersi.

3. — *Da fattore di emancipazione e dignità sociale a fattore di esclusione?*
— La trasformazione del diritto del lavoro in diritto dell'occupazione ha

(33) Il Parlamento europeo ha segnalato come le politiche di gestione della crisi abbiano alimentato la percezione dell'Europa da parte dei cittadini europei come «*machine for divergence, inequalities and social injustice*» piuttosto che come progetto di integrazione e di progresso sociale: Parlamento europeo (2016), Rapporto sul Pilastro europeo dei diritti sociali, 2016/2095.

(34) Il tasso di copertura dei contratti collettivi è tradizionalmente più basso nei paesi con contrattazione a livello esclusivamente aziendale (paesi baltici, Ungheria, Polonia, dove oscilla tra il 7% e il 23%), mentre è precipitato nei paesi in cui le misure anticrisi hanno favorito la contrattazione decentrata e sospeso o ridotto i meccanismi di estensione dei contratti di settore, come in Grecia e Romania, con un drastico calo (rispettivamente dall'80% al 18% e dal 98% al 35%), seguiti da Portogallo, Slovenia e Slovacchia: cfr. dati Ocse sulla contrattazione collettiva 2018.

(35) Cfr. Etui, 2019, 47 ss.

reso la disciplina succube della teoria economica dominante. Concepito come fattore di rigidità, il diritto del lavoro ha via via attenuato il carattere di norma inderogabile a tutela del lavoratore-contrante debole e ha visto ridurre il peso della contrattazione collettiva come strumento storicamente nato per riequilibrare lo squilibrio di potere tra le parti a causa di fattori endogeni (individualizzazione/decollettivizzazione, precarietà, desindacalizzazione, frammentazione dei processi produttivi, terziarizzazione dell'economia) ed esogeni (revoca del principio di favore, assalto alla contrattazione collettiva centralizzata, riduzione dei vincoli normativi in ingresso e in uscita, monetizzazione dei licenziamenti illegittimi, blocco autoritativo agli aumenti salariali). Il diritto del lavoro soprattutto durante la crisi è stato piegato ad assecondare il mercato e la sua presunta razionalità allocativa, intaccando *acquis* fondamentali di civiltà giuridica affermati nelle carte costituzionali e nelle fonti sovranazionali, che hanno mostrato una fragile resistenza di fronte all'assalto ai diritti sociali anche all'interno della fortezza Europa, soprattutto nei suoi paesi periferici. Il catalogo delle deroghe consentite in nome dell'interesse pubblico generale in condizioni di emergenza economica è lungo, e testimonia il cedimento dei diritti sociali di fronte allo «stato di necessità» derivante dalla situazione economica e dall'accettazione di un modello economico neoliberalista di supremazia di mercato, che attribuisce priorità alle libertà economiche dell'impresa rispetto ai diritti del lavoro (36). La trasformazione del diritto del lavoro in appendice del mercato e il suo ritorno nell'alveo della tradizione civilistica del diritto dei contratti sacrifica quello che è il suo nucleo valoriale essenziale: la tutela della dignità della persona (37), da un lato, e il diritto di libertà sindacale, dall'altro.

L'accelerazione impressa nell'ultimo decennio alla rimercificazione del lavoro ha incontrato qualche argine nella giurisprudenza costituzionale e in quella di organismi internazionali, chiamati a definire il nucleo essenziale di diritti sociali non comprimibili pur in presenza di ragioni di pubblico interesse. Spesso, tuttavia, il richiamo a principi e valori codificati nelle Carte non è stato accompagnato da criteri che fornissero indicazioni precise su come operare il bilanciamento in concreto, riguardo, ad esempio, alla preservazione di un livello di vita dignitoso, o alla accettabilità di limiti alla libertà sindacale, o alle giustificazioni ammesse per la violazione della parità di trattamento, o ancora alla adeguatezza della tutela indennitaria per il licenziamento ingiustificato. Anche nei casi in cui le Corti hanno

(36) Cfr.: Yannakourou 2104, 368; Achtsioglou, Doherty 2014.

(37) Per tutti, Perulli 2018, 681.

eretto un argine alla *commodification* in nome di valori di rango superiore, esse hanno operato attraverso il principio di bilanciamento e il criterio di proporzionalità e ragionevolezza, riconoscendo alla crisi e alle misure di austerità adottate dai legislatori nazionali l'indiscussa valenza politica di provvedimenti di interesse generale, senza scrutinare la necessità ed efficacia delle misure adottate, che spesso, pur incidendo pesantemente su diritti fondamentali, non hanno raggiunto l'obiettivo prefissato: ad esempio, l'aumento o la stabilizzazione dell'occupazione. Formule pilatesche del tipo «non spetta a questa Corte» (38), utilizzata nella pur pregevole sentenza n. 194/2018 dalla nostra Corte costituzionale, riecheggiano nelle decisioni dei supremi giudici nazionali alle prese con misure di austerità la cui conformità con principi e valori costituzionali e internazionali hanno scrutinato. Al più essi hanno rimarcato il carattere emergenziale e temporaneo delle misure censurate (taglio ai salari, blocco della contrattazione collettiva), raccomandando il ritorno alla normale dinamica dei rapporti collettivi non appena la situazione eccezionale fosse rientrata.

Come detto, le misure di austerità hanno costituito una formidabile occasione per la proposizione di ricorsi a organismi internazionali, che hanno talora fornito indicazioni sulle modalità con cui il legislatore deve agire per non incorrere in violazioni di norme internazionali: ad esempio, il Comitato per la libertà sindacale Oil (39) ha rilevato come i ripetuti ed estesi interventi sulla contrattazione collettiva in Grecia abbiano effetti potenzialmente destabilizzanti per l'intero diritto del lavoro, e la riduzione per legge del salario minimo con congelamento dell'accordo interprofessionale in nome dell'interesse pubblico e dell'emergenza economica costituisca violazione del principio di contrattazione collettiva libera e volontaria previsto dall'art. 4 della Convenzione n. 98. Il modo corretto per ottenere l'allineamento della contrattazione collettiva alla politica economica del Governo implica l'onere di convincere le parti sociali, adottando misure a carattere provvisorio per affrontare circostanze eccezionali «*having regard to the severe consequences on workers terms and conditions of employment and their particular impact on vulnerable workers*» (par. 995).

Analogamente, il Comitato per l'applicazione delle norme Oil ha segnalato il rischio che il riconoscimento del diritto di contrattazione collet-

(38) Il paragrafo citato recita: «Tanto chiarito circa la non irragionevolezza del contestato regime temporale, *non spetta a questa Corte* addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito» (C. cost. n. 194/2018, 30).

(39) 365° Rapporto del Comitato per la libertà sindacale Oil, caso n. 2820.

tiva in capo ad associazioni di persone possa seriamente minacciare la posizione dei sindacati come legittimi rappresentanti dei lavoratori, raccomandando al Governo greco di favorire la costituzione di rappresentanze sindacali nelle Pmi (che occupano circa il 90% della forza lavoro) al fine di garantire una contrattazione collettiva genuina con organizzazioni di natura sindacale (40).

Così ancora il Comitato europeo dei diritti sociali ha considerato altrettante violazioni della Carta sociale europea le misure adottate dal Governo greco di estensione del periodo di prova a 12 mesi, la mancanza di contenuto formativo e di ferie annuali retribuite nei contratti speciali di apprendistato destinati ai giovani sotto i 18 anni, la riduzione sotto il livello di povertà del salario minimo per i giovani con meno di 25 anni, la discriminazione retributiva basata sull'età (41). Purtroppo però né i giudici nazionali hanno disapplicato le norme interne in contrasto con principi di diritto internazionale, né le conclusioni e raccomandazioni espresse dai Comitati Oil hanno imposto ai Governi un cambio di rotta, non avendo carattere vincolante, sicché può dirsi che le pronunce di organismi a difesa dei diritti umani sono rimaste un *flatus vocis* nella tempesta di deregolazione del diritto del lavoro.

Agli interventi legislativi di riduzione del quadro preesistente di tutela del lavoro subordinato si aggiunge la incapacità di disciplinare nuovi fenomeni come il lavoro tramite piattaforme digitali, che ormai coinvolge nella cd. *gig economy* circa un milione di lavoratori in Europa (42), di raccogliere la sfida di fenomeni epocali quali l'impatto della rivoluzione digitale, gli effetti dei cambiamenti climatici sul lavoro, le migrazioni, l'invecchiamento della popolazione, le nuove forme di organizzazione dell'impresa su scala mondiale attraverso le *global supply chains*: su questi fronti il diritto del lavoro è apparso immobile, incapace di dare risposte ai cambiamenti epocali in corso. Sicché non si è solo allentato il grado di protezione formale, bensì si è eroso e ridotto il suo campo di applicazione, contrariamente alla tendenza espansiva osservata in passato.

E ha il sapore di una resipiscenza tardiva la proposta del Pilastro sociale europeo: una sorta di ripensamento critico sullo strabismo delle istituzioni europee nell'aver accanitamente sostenuto riforme del diritto del lavoro *market oriented*, perdendo la sua storica ambizione di intervento correttivo

(40) Osservazioni presentate dal Ceacr nella 102a sessione della Conferenza internazionale del lavoro, giugno 2013.

(41) Comitato per i diritti sociali, ricorsi collettivi n. 65/2011 e 66/2012.

(42) Etui, 2019, 34.

del mercato in nome di valori quali libertà, dignità della persona, eguaglianza, solidarietà, posti a fondamento della Carta dei diritti fondamentali (chiaramente marginalizzata perché non in grado di conformare a monte le politiche dell'Ue, né a valle di sanzionarne la violazione). Il Pilastro sociale europeo fa affermazioni importanti sulla essenzialità del ruolo delle parti sociali, sul salario minimo e sui caratteri del salario dignitoso dopo anni di accanimento sulla funzione salariale del contratto collettivo, così come impone una valutazione di impatto sociale delle misure adottate nel quadro del semestre europeo (43). Ma il pur apprezzabile esercizio di monitoraggio avviato nel 2018 sul ciclo di *governance* macroeconomica non pare evidenziare un significativo cambiamento di rotta. La stessa ridondanza del terzo capitolo del Pilastro, dedicato alla protezione sociale e all'inclusione, sembra ammettere il disastro sociale provocato dai cambiamenti intervenuti nell'ultimo decennio sotto la spinta delle ricette neoliberiste.

4. — *Le lezioni apprese dalla crisi e dal fallimento delle ricette anticrisi* — Riflettere a dieci anni di distanza sugli effetti permanenti che la crisi ha prodotto sul diritto del lavoro significa interrogarsi sui fondamenti della nostra disciplina e sulla sua capacità di offrire strumenti e tecniche di tutela rispetto ai cambiamenti avvenuti nell'economia e nella società.

Le ricette di stampo liberista utilizzate dalle istituzioni europee hanno accentuato le disuguaglianze e esacerbato gli effetti della crisi anziché lenirli.

L'abbandono di fatto del modello sociale europeo, tardivamente rispolverato in occasione della solenne approvazione del Pilastro sociale nel novembre 2017, ricorda la frigidità sociale della Comunità delle origini, di cui parlava Federico Mancini, e gli squilibri congeniti tra dimensione economica dell'integrazione e dimensione sociale.

Nella fase più acuta della crisi si è registrata la drammatica assenza o debolezza di correttivi sociali adeguati di matrice europea, il che ha accentuato gli squilibri tra integrazione economica e disintegrazione sociale soprattutto nei paesi più deboli del sud e dell'est Europa.

Il decennio trascorso ha allargato le distanze tra paesi e alimentato forze politiche populiste e sovraniste non solo nei paesi di Visegrad, ma anche nel cuore della vecchia Europa. In molti paesi dell'allargamento non solo non si sono irrobustite le istituzioni sociali che innervano il modello sociale europeo, ma ha prevalso un modello di economia liberista di stampo anglosassone che di tali istituzioni fa a meno.

(43) Guarriello 2018, 59 ss.

L'uscita del Regno Unito dall'Unione ha assunto un'inedita valenza disgregante del progetto europeo e solo il timore di contraccolpi ancor più duri ha impedito *in extremis* che l'emorragia *pro-exit* contagiassero altri paesi.

La disaffezione verso l'Europa ha riguardato tanto le riforme strutturali imposte nel segno dell'*austerity*, quanto le riforme mancate o abortite nel segno di una maggiore equità redistributiva, come la lotta ai paradisi fiscali europei, la tassazione delle imprese *web*, la fissazione di tetti ai compensi stratosferici dei manager della finanza, gli aiuti alle banche, la tolleranza del *social dumping*, l'incapacità di governo comune dei flussi migratori, l'assenza di strumenti di solidarietà europei per i disoccupati o per i lavoratori impoveriti dalla crisi e dalla precarietà occupazionale.

In un contesto dove agiscono potenti fattori di disgregazione sociale, va ripensato il ruolo del diritto del lavoro come fattore di crescita e meccanismo securitario di integrazione sociale, come ci ha insegnato la storia dei sistemi di *welfare* in Europa. La ricostruzione non può che ripartire dal rafforzamento delle istituzioni del lavoro quali il contratto collettivo, di cui va recuperata la funzione anticoncorrenziale e *anti-dumping*, come suggerisce anche l'Ocse nel suo *Employment Outlook 2018*; meccanismi di estensione per assicurare la più ampia copertura contrattuale; il sostegno legislativo al ruolo di parti sociali rappresentative; l'applicazione delle tutele del lavoro e di nuove forme di *welfare* ai lavoratori non standard.

Riferimenti bibliografici

- Achtsioglou E., Doherty M. (2014), *There Must Be a Way Out of Here: the Crisis, Labour Rights and Member States in the Eye of the Storm*, in *ELJ*, vol. 20, 219 ss.
- Deakin S. (2018), *Politica sociale, governance dell'economia e Uem: alternative all'austerità*, in *RGL*, n. 4, I, 589 ss.
- Deakin S., Koukiadaki A. (2013), *The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe*, in Contouris N., Freedland M. (a cura di), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 163 ss.
- Dedoussopoulos A. et al. (2013), *Assessing the impact of the memoranda on Greek labour market and labour relations*, in *Governance Working Paper*, 53, Ilo.
- Economakis G. et al. (2016), *The economic crisis and industrial relations: Greece and Romania in comparison*, in *Journal of Economics and Business*, n. 1, 51 ss.
- Etui (2019), *Benchmarking Working Europe*, Bruxelles.
- Giubboni S., Orlandini G. (2018), *Dentro la crisi. Spunti comparati sull'impatto delle «riforme strutturali» nel diritto del lavoro in Italia, Portogallo e Spagna*, in *RGL*, n. 4, I, 643 ss.
- Guarriello F. (2017), *Legge e contrattazione collettiva in Europa: verso nuovi equilibri*, in *DLRI*, 97 ss.

- Guarriello F. (2018), *Il Pilastro europeo e la riscoperta del ruolo delle parti sociali*, in Bronzini G. (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Fondazione Basso, Roma.
- Hepple B. (2013), *Back to the Future: Employment Law under the Coalition Government*, in *ILJ*, n. 43, 203 ss.
- Kilpatrick C. (2019), *L'Europa della crisi si rivolge all'Oil: come è cambiata la mobilitazione sui diritti sociali e del lavoro*, in *RGL*, n. 1, I, 147 ss.
- Koukiadaki A., Grimshaw D. (2016), *Evaluating the effects of the structural labour market reforms on collective bargaining in Greece*, Ilo, Report n. 85.
- Koukiadaki A., Kokkinou C. (2014), *The impact of the labour market reforms on collective bargaining in manufacturing: the case of Greece*, University of Manchester.
- Koukiadaki A., Kokkinou C. (2016), *Deconstructing the Greek system of industrial relations*, in *European Journal of Industrial Relations*, vol. 22, 3, 205 ss.
- Koukiadaki A., Kretsos L. (2012), *Opening Pandora's Box: The Sovereign Debt Crisis and Labour Market Regulation in Greece*, in *ILJ*, n. 41, 276 ss.
- Koukiadaki A. et al. (2016), *Joint regulation and labour market policy in Europe during the crisis*, Etui, Brussels.
- Lanara-Tzotze Z. (2013), *The impact of anti-crisis measures and the social and employment situation: Greece*, European Economic and Social Committee, Brussels.
- Papadimitriou C. (2012), *The Greek labour law face to the crisis: A dangerous passage towards a new juridical nature*, in *RDCTSS*, n. 2, 6 ss.
- Papadimitriou D. et al. (2016), *Reforms in Greek labour and social security law, as responses to the financial crisis*, in Steffo M. (a cura di), *Labour Law and Social Security Law at the Crossroads. Focused on International Labour Law Standards and Social Reforms*, Charles University, Faculty of Law, Prague, 109 ss.
- Papadopoulos N. (2019), *Labour Law reforms in Greece during the Eurozone crisis: Here to stay?*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, dispatch n. 14.
- Perulli A. (2018), *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno*, in *RGL*, n. 4, I, 681 ss.
- Schulten T. (2015), *Opportunities for a Restoration? The Future of Greek Collective Bargaining After the Third Memorandum*, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin.
- Treu T. (2019), *Transformations of Work: Challenges to National Systems of Labour Law and Social Security*, in Casale G., Treu T. (a cura di), *Transformations of Work. Challenges for the Institutions and Social Actors*, Wolters Kluwer, 11 ss.
- Yannakourou M. (2014), *Legal challenges to austerity measures affecting work rights at domestic and international level. The case of Greece*, in *European Journal of Social Law*, n. 1-2, 25 ss.
- Yannakourou M., Tsimpoukis C. (2014), *Flexibility without Security and Deconstruction of Collective Bargaining: the New Paradigm of Labor Law in Greece*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 35, 331 ss.

ABSTRACT

Il saggio si interroga criticamente sull'avvenuto cambio di paradigma del diritto del lavoro nei paesi più colpiti dalla crisi economica e dalle misure anticrisi imposte dalle istituzioni economiche internazionali. Il caso greco costituisce l'esempio più drammatico, ma non l'unico, di un radicale cambiamento del diritto del lavoro in direzione di una flessibilizzazione spinta delle condizioni di lavoro e di smantellamento del sistema di contrattazione collettiva. La ricostruzione degli istituti fondamentali del diritto del lavoro deve ora fare i conti con una realtà sociale profondamente deteriorata e con nuove sfide non affrontate e risolte nel decennio trascorso.

THE LOST DECADE OF LABOUR LAW

The essay critically questions the paradigm shift in labour law in the countries most affected by the economic crisis and the anti-crisis measures imposed by international economic institutions. The Greek case is the most dramatic example, but not the only one, of a radical change in labour law in the direction of a push for flexibility in working conditions and the dismantling of collective bargaining system. The reconstruction of the fundamental institutions of labour law is now facing a profoundly deteriorated social reality and new challenges that have not been addressed and resolved in the past decade.

