

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

*Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali:
questioni aperte*

INTERVENTI

Gli "esposti sani" all'amianto e i benefici previdenziali

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

*Organizzazione del lavoro e gestione del personale
in Micron Technology Italia*

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Employment at will e contrarietà all'ordine pubblico

Demansionamento e job rotation

Interruzione di servizio pubblico e libertà

di riunione e manifestazione del pensiero

Diritto di assemblea e sciopero nei servizi pubblici essenziali

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Il mercato del lavoro dopo l'attuazione del Protocollo welfare

Il rinnovo dei contratti collettivi del credito

La nuova legge sulle dimissioni volontarie

Il lavoro a progetto nella prassi amministrativa

La maxi sanzione contro il lavoro irregolare

Problemi e prospettive del lavoro portuale

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

L'Unione Europea tra libertà economiche e

diritti sindacali nei casi Laval e Viking

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Cina - Note a margine della recente riforma del mercato del lavoro

Regno Unito - Il contratto di lavoro intermittente

Stati Uniti - Il sindacato maggioritario e la contrattazione collettiva

Quadro internazionale e comparato - La regolamentazione

dello sciopero nei Paesi Baltici

Giuffrè Editore N. 1/XVIII - 2008

Rivista di

ADAPT - FONDAZIONE

"MARCO BIAGI"



Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione
in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in
L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

SOMMARIO - n. 1/2008

Ricerche: *Questioni aperte dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI <i>Sciopero politico-economico, sciopero politico, sciopero generale e preavviso</i>	1
ANTONIO MARTONE <i>La concentrazione nel trasporto aereo</i>	11
GIOVANNI PINO <i>L'istituto della revoca dello sciopero e il c.d. effetto annuncio</i>	18

Interventi: *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali – A proposito di un recente libro di Antonio Vallebona*

MARIELLA MAGNANI, GIAN PRIMO CELLA (interventi di), <i>Il libro di Antonio Vallebona sullo sciopero: l'occasione per un bilancio della legge 146 alla luce della esperienza applicativa</i>	39
MARIA VITTORIA BALLESTRERO (intervento di), <i>Il principio di concentrazione e gli strumenti di governo del conflitto alternativi alla rarefazione</i>	49
SERGIO MAGRINI (intervento di), <i>La regolamentazione dello sciopero generale</i>	59
MARIA RITA IORIO (intervento di), <i>Revoca dello sciopero ed effetto annuncio: uno sguardo alle delibere e alla attività della Commissione</i>	62
FRANCESCO SANTONI (intervento di), <i>I poteri della Commissione e l'apparato sanzionatorio</i>	68
MICHELE TIRABOSCHI, ANTONELLO ZOPPOLI (interventi di), <i>La titolarità del diritto di sciopero tra teoria e prassi applicativa</i>	72
MAURIZIO SACCONI (intervento di), <i>Riformare la legge 146?</i>	92
ANTONIO VALLEBONA <i>Le ragioni di un libro</i>	96

Interventi

MICHELE MISCIONE <i>Gli "esposti sani" all'amianto ed i benefici previdenziali</i>	99
--	----

Relazioni industriali e Risorse umane

FABRIZIO FAMÀ <i>Organizzazione del lavoro, inserimento e carriera professionale in Micron Technology Italia</i>	119
--	-----

Osservatorio di giurisprudenza italiana

CARMINE SANTORO <i>Sull'applicabilità della tutela reale all'ipotesi di licenziamento del dirigente pubblico</i> (nota a Cass. 1° febbraio 2007 n. 2233)	133
NELLY VASCHELLO <i>Employment at will nello Stato di New York e contrarietà all'ordine pubblico</i> (nota a Cass. 9 maggio 2007 n. 10549)	139
MARIA GIOVANNONE <i>Il demansionamento del lavoratore ed i suoi effetti sul sinallagma contrattuale</i> (nota a Cass. 9 maggio 2007 n. 10547).	145
CHIARA CERESA <i>Demansionamento e job rotation</i> (nota a Trib. Lecce 15 febbraio 2007)	150
PAOLO AMATO <i>Titolarità del potere disciplinare e limiti dell'intervento giudiziale nella determinazione della sanzione</i> (nota a Cass. 13 aprile 2007 n. 8910).	153
MARIA RITA IORIO <i>Interruzione di servizio pubblico essenziale e libertà costituzionalmente garantite di riunione e manifestazione del pensiero</i> (nota a Cass. pen. 20 settembre 2007 n. 35178).	157
SILVIA LUCREZIO MONTICELLI <i>Diritto di assemblea e sciopero nei servizi pubblici essenziali</i> (nota a App. Milano 29 ottobre 2007 n. 977)	163

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

DARIO NICOLINI <i>Il rinnovo dei contratti collettivi del Credito</i>	173
GIUSEPPE PELLACANI <i>La nuova legge sulle dimissioni volontarie: un inutile omaggio alla cultura del sospetto?</i>	177
ALESSANDRO CORVINO <i>A proposito della circolare del Ministero del lavoro n. 4/2008 sul lavoro a progetto: profili sostanziali</i>	181
GIULIANO CAZZOLA, DANIELE CIRIOLI <i>A proposito della circolare del Ministero del lavoro n. 4/2008 sul lavoro a progetto: profili previdenziali</i>	186
DAVIDE VENTURI <i>Incarichi professionali e co.co.co. nelle Pubbliche Amministrazioni dopo la Finanziaria per il 2008</i>	199
MICHELE TIRABOSCHI <i>La disciplina transitoria del lavoro a termine</i>	205
DOMENICO CATALDO <i>Problemi tecnico-operativi della maxi sanzione di contrasto al lavoro nero</i>	208
MARIAELENA CUNATI <i>Il lavoro portuale dopo l'attuazione del c.d. Protocollo Welfare</i>	213
GAETANO ZILIO GRANDI <i>Brevi spunti sulle leggi di fine anno: l'attuazione del Protocollo sul Welfare e la Legge Finanziaria per il 2008</i>	218
<i>Entra a regime la decretazione ministeriale sul contratto di inserimento per la promozione dell'occupazione femminile</i>	171

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

ROBERTO COSIO <i>Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia</i> (nota a C. Giust. 13 settembre 2007, causa C-307/05, Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud).	234
--	-----

MICHELE COLUCCI <i>L'Unione Europea in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi</i> (nota a C. Giust. 18 dicembre 2007, causa C-341/05, <i>Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e a.</i> , e a C. Giust. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, <i>The International Transport Workers' Federation e The Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e Oü Viking Line Eesti</i>)	239
<i>Combattere il divario di retribuzione tra donne e uomini</i> (nota a COMMISSIONE EUROPEA, <i>Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sulla parità tra donne e uomini – 2008</i> , COM(2008)10 def., 23 gennaio 2008 e altre)	231
Osservatorio internazionale e comparato	
MICHELE TIRABOSCHI, IACOPO SENATORI, JINYU WU <i>Cina – Note a margine della recente riforma del mercato del lavoro</i>	249
ANNE DAVIES <i>Regno Unito – Il contratto di lavoro intermittente</i>	260
CLARA ENRICO <i>Stati Uniti – Il sindacato maggioritario e la contrattazione collettiva</i>	271
DAIVA PETRYLAITE, CHARLES WOOLFSON <i>Quadro internazionale e comparato – La regolamentazione dello sciopero nei Paesi Baltici dopo la transizione: le conseguenze della mancanza di una competenza comunitaria in materia</i>	277
<i>Paesi Bassi – Struttura retributiva e mobilità dei lavoratori</i>	258
<i>Quadro internazionale e comparato – Come far fronte alla “crisi dei talenti” nel settore manifatturiero: strategie di attrattività della c.d. generazione Y. . .</i>	287

INDICE ANALITICO

Cina

- *Law Of The People's Republic Of China On Employment Contracts*, 29 giugno 2007 (entrata in vigore il 1° gennaio 2008): traduzione inglese non ufficiale a cura di Baker & McKenzie [249] (con nota di M. TIRABOSCHI, I. SENATORI, J. WU).

Contratto d'inserimento

- Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [171] – Decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251 [172] – Legge 14 maggio 2005, n. 80 [172].
- Decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale ottobre 2005 (ritirato) [172] – Decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 17 novembre 2005 [172] – Decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 31 luglio 2007, n. 250 [171].
- Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 luglio 2004, n. 31 [171].
- Accordo interconfederale del 11 febbraio 2004 [171].
- Regolamento CE del 12 dicembre 2002, n. 2204 [172].
- COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Decisione relativa al regime di aiuti concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione*, 11 maggio 1999 [171].
- (Testo rilevante ai fini del SEE) C. Giust. 7 marzo 2002, n. C-310/99 [171].

Credito

- Legge 24 dicembre 2007, n. 247 [175] (con nota di D. NICOLINI).
- Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo, 23 luglio 1993 [175] – Accordo 28 febbraio 1998 per l'accesso al Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale del credito [176] – Ccnl (Credito) quadri, direttivi e aree professionali, settore creditizio 8 dicembre 2007 [173] – Ccnl (Credito) 10 gennaio 2008 [173] (con nota di D. NICOLINI).

Dimissioni

- Legge 23 marzo 1981, n. 91 [179] – Decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 [178] – Decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 [178] – Legge 17 ottobre 2007, n. 188 [177] (con nota di G. PELLACANI).

- Decreto interministeriale 21 gennaio 2008 [179] (con nota di G. PELLACANI).
- Circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 4 marzo 2008 [178] (con nota di G. PELLACANI).

Dirigenti

- Licenziamento del dirigente pubblico - Regime di libera recedibilità - Esclusione - Tutela obbligatoria - Esclusione - Tutela reale *ex art.* 18, l. n. 300/1970 - Applicabilità (Cass. 1° febbraio 2007 n. 2233, con nota di C. SANTORO) [133].

Discriminazioni

- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Una tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010*, COM(2006)92 def., 1° marzo 2006 [231].
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Combattere il divario di retribuzione tra donne e uomini*, COM(2007)424 def., 18 luglio 2007 [231].
- COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sulla parità tra donne e uomini – 2008*, COM(2008)10 def., 23 gennaio 2008 [231].

Lavoro a progetto

- Legge 14 novembre 1992, n. 438 [191] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 [200] (con nota di D. VENTURI) – Decreto legislativo 3 marzo 2001, n. 165 [200] (con nota di D. VENTURI) – Decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 [191] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Legge 14 febbraio 2003, n. 30 [189] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [194] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 [187] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Legge 30 luglio 2004, n. 191, di conversione del decreto legge 12 luglio 2004, n. 168 [199] (con nota di D. VENTURI) – Decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251 [194] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 [203] (con nota di D. VENTURI) – Legge 4 agosto 2006, n. 248 [189] (con nota di D. VENTURI) – Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007) [190; 202] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI e con nota di D. VENTURI) – Legge 17 ottobre 2007, n. 188 [190] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008) [200] (con nota di D. VENTURI) – Legge 24 dicembre 2007, n. 247 [191] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Legge 28 febbraio 2008, n. 31 [190] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI).
- Decreto ministeriale 14 giugno 2004 [194] – Decreto ministeriale 21 luglio 2004 [194] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI).
- Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 8 gennaio 2004, n. 1 [188] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 dicembre 2004, n. 48 [194] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI).

- CIRIOLI) – Circolare Ministero del lavoro e della previdenza sociale 14 giugno 2006, n. 17 [187] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Nota del Ministero del lavoro e della previdenza sociale protocollo 24 settembre 2007, n. 11899 [190] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI) – Circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 29 gennaio 2008, n. 4 [181; 187] (con nota di A. CORVINO e con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI).
- Circolare del Dipartimento della funzione pubblica 15 luglio 2004, n. 4 [200] (con nota di D. VENTURI) – Circolare Dipartimento della Funzione Pubblica 21 dicembre 2006, n. 5 [199] (con nota di D. VENTURI).
 - Circolare Inps 17 aprile 2007, n. 78 [190] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI).
 - Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili 23 luglio 2007 [192] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI).
 - Consiglio di Stato 3 aprile 2006 [186] (con nota di A. CORVINO).
 - Cass. 11 aprile 1981, n. 2153 [185] – Cass. 14 ottobre 1983, n. 6010 [185] – Cass. 6 dicembre 1986 n. 7269 [186] – Cass. 20 agosto 1987, n. 6967 [185] – Cass. pen. 21 marzo 1989 [183] – Cass. 17 maggio 1993 n. 5585 [185] – Cass. 25 gennaio 1993 n. 811 [183] – Cass. 25 luglio 1994 n. 6919 [185] – Cass. 15 gennaio 1996 n. 326 [182] – Cass. 11 aprile 1998 n. 2863 [185] – Cass. 17 dicembre 1999 n. 14248 [182] – Cass. 29 marzo 1999 n. 3032 [182] – Cass. 27 novembre 1999 n. 13301 [182] – Cass. 17 marzo 2001 n. 3887 [182] – Cass. 10 maggio 2003 n. 7171 [182] (con nota di A. CORVINO).
 - Trib. Milano 10 ottobre 1987 [184] – Trib. Milano 15 marzo 1991 [183] – Trib. Torino 27 marzo 1995 [183] – Trib. Milano 22 aprile 1995 [184] – Trib. Ravenna 25 ottobre 2005 [186] – Trib. Genova 7 aprile 2006 [185] – Trib. Torino del 23 marzo 2007 [186] (con nota di A. CORVINO).
 - Trib. Ravenna 25 ottobre 2005 [188] (con nota di G. CAZZOLA, D. CIRIOLI).
 - Pret. Milano 7 ottobre 1988 [184] – Pret. Catania 20 aprile 1989 [185] – Pret. Napoli 21 agosto 1991 [184] – Pret. Roma 24 febbraio 1993 [185] – Pret. Torino 7 febbraio 1995 [185] – Pret. Modena 29 maggio 1996 [186] – Pret. Torino 9 luglio 1997 [183] – Pret. Milano 7 ottobre 1998 [184] (con nota di A. CORVINO).

Lavoro a termine

- Legge 24 dicembre 2007, n. 247 [205] (con nota di M. TIRABOSCHI) – Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 [206] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- Avviso comune 10 aprile 2008, sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil [206] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- Direttiva n. 1999/70/CE - Clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato - Divieto di discriminazione - Nozione di «condizioni di impiego» - Scatti di anzianità - Inclusione - Ragioni oggettive che giustificano una differenza di trattamento - Insussistenza (C. Giust. 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, con nota di R. COSIO) [233].

Lavoro irregolare

- Legge 28 novembre 1996, n. 608 [209] (con nota di D. CATALDO) – Decreto legge 22 febbraio 2002, n. 12 [209] (con nota di D. CATALDO) – Legge 23 aprile 2002, n. 73, di conversione del decreto legge 22 febbraio 2002, n. 12 [209] (con nota di D. CATALDO) – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [208] (con nota di D. CATALDO) – Decreto legge 24 aprile 2006, n. 223 [210] (con nota di D. CATALDO) – Legge 4 agosto 2006, n. 248 [208] (con nota di D. CATALDO).
- Circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 28 settembre 2006, n. 29 [209] (con nota di D. CATALDO) – Nota del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 28 dicembre 2007, prot. 25/I/0017431 [213] (con nota di D. CATALDO).

Lavoro portuale

- Legge 22 marzo 1967, n. 161 [214] (con nota di M. CUNATI) – Legge 17 febbraio 1981, n. 26 [214] (con nota di M. CUNATI) – Legge 28 gennaio 1994, n. 84 [214] (con nota di M. CUNATI) – Legge 8 agosto 1995, n. 343 [214] (con nota di M. CUNATI) – Legge 23 dicembre 1996, n. 647 [214] (con nota di M. CUNATI) – Legge 23 dicembre 1996, n. 662 [214] (con nota di M. CUNATI) – Legge 27 febbraio 1998, n. 30 [214] (con nota di M. CUNATI) – Legge 30 giugno 2000, n. 186 [214] (con nota di M. CUNATI) – Legge 24 dicembre 2003, n. 350 (Legge Finanziaria 2004) [214] (con nota di M. CUNATI) – Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008) [215] (con nota di M. CUNATI) – Legge 24 dicembre 2007, n. 247 [214] (con nota di M. CUNATI).
- Circolare del Ministero dei trasporti, Direzione generale per le infrastrutture della navigazione marittima e interna, 31 luglio 2006, protocollo n. DIV3/9442 [216] (con nota di M. CUNATI) – Nota del Ministero dei trasporti e della navigazione, 1° febbraio 2001, protocollo n. DEM3/382 [216] (con nota di M. CUNATI).
- Cass. 18 gennaio 2007 n. 1104 [215] (con nota di M. CUNATI).

Lavoro subordinato

- Lavoro all'estero - Violazione dell'ordine pubblico *ex art.* 16, Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali - Effetti - Art. 16, comma 2, l. n. 218/1995 - Applicabilità - Legge italiana in materia di licenziamenti - Tutela reintegratoria (Cass. 9 maggio 2007 n. 10549, con nota di N. VASCHELLO) [139].
- Lavoro all'estero - Disciplina del licenziamento nello Stato di New York - Assenza tutela generalizzata contro il licenziamento ingiustificato - Contrasto con l'ordine pubblico - Esistenza (Cass. 9 maggio 2007 n. 10549, con nota di N. VASCHELLO) [139].

Mansioni

- Demansionamento - Adempimento da parte datoriale di tutti gli altri obblighi contrattuali - Sospensione della prestazione lavorativa - Esclusione - Legittimità del licenziamento - Sussistenza (Cass. 9 maggio 2007 n. 10547, con nota di M. GIOVANNONE) [145].

- Demansionamento - *Job rotation* - Presupposti e limiti (Trib. Lecce 15 febbraio 2007, con nota di C. CERESA) [150].

Mercato del lavoro

- Legge 23 luglio 1991, n. 223 [227] (con nota di G. ZILIO GRANDI) – Legge 19 marzo 1999, n. 68 [220] (con nota di G. ZILIO GRANDI) – Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61 [223] (con nota di G. ZILIO GRANDI) – Decreto legislativo 3 marzo 2001, n. 165 (c.d. Testo Unico del pubblico impiego) [225] (con nota di G. ZILIO GRANDI) – Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 [222] (con nota di G. ZILIO GRANDI) – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [220] (con nota di G. ZILIO GRANDI) – Legge 23 agosto 2004, n. 243 [224] (con nota di G. ZILIO GRANDI) – Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007) [218] (con nota di G. ZILIO GRANDI) – Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008) [218] (con nota di G. ZILIO GRANDI) – Legge 24 dicembre 2007, n. 247 [218] (con nota di G. ZILIO GRANDI).
- Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo, 23 luglio 1993 [218] (con nota di G. ZILIO GRANDI) – Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili, 23 luglio 2007 [218] (con nota di G. ZILIO GRANDI).

Paesi Bassi

- LEX BORGHANS, BEN KRIECHEL (a cura di), *Wage Structure and Labour Mobility in the Netherlands, 1999-2003* [258].

Poteri del datore di lavoro

- Potere disciplinare - Titolarità - Datore di lavoro - Conversione giudiziale della sanzione disciplinare - Esclusione - Riconduzione giudiziale del provvedimento disciplinare entro i limiti massimi edittali - Sussistenza (Cass. 13 aprile 2007 n. 8910, con nota di P. AMATO) [152].

Quadro internazionale e comparato

- Costituzione della Repubblica della Lituania (art. 51) [277] – Costituzione della Repubblica della Lettonia (art. 108) [277] – Costituzione della Repubblica della Estonia (art. 29) [277] (con nota di D. PETRYLAITE, C. WOOLFSON).
- ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO, *Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale*, 1948 [277] (con nota di D. PETRYLAITE, C. WOOLFSON).
- DELOITTE RESEARCH, *Managing the Talent Crisis in Global Manufacturing Strategies to Attract and Engage Generation Y*, 2007 [287].

Regno Unito

- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Cornwall County Council v. Mrs Margaret Prater* [2006] EWCA Civ. 102 [260] (con nota di A. DAVIES).

Sciopero

- Servizi pubblici essenziali - Interruzione di pubblico servizio - Applicabilità art. 340 c.p. - Limiti - Legittimo esercizio diritto di riunione ed associazione *ex artt. 17 e 21 Cost.* - Rilevanza (Cass. pen. 20 settembre 2007 n. 35178, con nota di M.R. IORIO) [157].
- Violazione delle modalità di esercizio stabilite dalla contrattazione collettiva per l'esercizio del diritto di assemblea - Grave disservizio come conseguenza dell'inadempiamento - Sindacato della Commissione di garanzia - Sussistenza - Applicabilità dell'art. 4, l. n. 146/1999 - Sussistenza (App. Milano 29 ottobre 2007 n. 977, con nota di S. LUCREZIO MONTICELLI) [163].
- Trasporti marittimi - Diritto di stabilimento - Diritti fondamentali - Obiettivi della politica sociale comunitaria - Azione collettiva di un'organizzazione sindacale contro un'impresa privata - Contratto collettivo in grado di dissuadere un'impresa dal registrare una nave con la bandiera di un altro Stato membro (C. Giust. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *The International Transport Workers' Federation e The Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e Oü Viking Line Eesti*, con nota di M. COLUCCI) [238].
- Libera prestazione dei servizi - Direttiva 96/71/CE - Distacco di lavoratori nel settore edilizio - Normativa nazionale che determina le condizioni di lavoro e di occupazione relativamente alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), ad eccezione del minimo salariale - Contratto collettivo dell'edilizia le cui clausole determinano condizioni più favorevoli o riguardano altre materie - Possibilità per le organizzazioni sindacali di tentare, mediante azioni collettive, di indurre le imprese stabilite in altri Stati membri a trattare caso per caso per determinare le retribuzioni da pagare ai lavoratori, nonché a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia (C. Giust. 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e a.*, con nota di M. COLUCCI) [237].

Stati Uniti

- *National Labor Relations Act (Wagner Act)*, 1935 [271] (con nota di C. ENRICO).

*Questioni aperte dello sciopero
nei servizi pubblici essenziali*

**Sciopero politico-economico, sciopero politico,
sciopero generale e preavviso**

Giuseppe Santoro Passarelli

Sommario: **1.** La ratio della disciplina in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali. – **2.** Le deroghe al preavviso. – **3.** Il problema della disciplina applicabile in caso di sciopero politico puro e politico-economico. – **3.1.** Lo sciopero politico-economico. – **3.2.** Lo sciopero politico puro. – **4.** Lo sciopero generale.

1. La disciplina dettata dalla legge n. 146 del 1990 in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali è un intervento legislativo di attuazione dell'articolo 40 della Costituzione.

Come è noto la norma costituzionale non è stata attuata negli altri settori dell'industria e dei servizi non essenziali perché le organizzazioni sindacali hanno voluto che i conflitti collettivi si risolvessero sulla base di rapporti di forza e del principio di effettività che permea il diritto sindacale repubblicano.

Il settore dei servizi pubblici essenziali rappresenta un'eccezione, e la relativa regolamentazione legislativa si è resa necessaria in virtù di una particolarità rispetto agli altri settori che pure possono essere interessati da forme di astensione collettiva dal lavoro.

Nel caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali, infatti, i soggetti danneggiati non sono soltanto i protagonisti del conflitto (lavoratori e datori di lavoro), ma anche gli utenti, che al conflitto sono, invece, estranei.

Si comprende, pertanto, l'esigenza, fatta propria dalla legge n. 146 del 1990, di dettare una regolamentazione che contemperasse l'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente garantiti alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione ⁽¹⁾.

Per assicurare tale contemperamento la legge ha da un lato un contenuto direttamente precettivo e individua una serie di limiti all'esercizio del diritto di sciopero idonei a non conculcare il diritto stesso ma a garantire, allo stesso tempo, l'effettività dei diritti degli utenti, e dall'altro conserva alle parti sociali il gover-

* *Giuseppe Santoro Passarelli è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Questo scritto è destinato agli studi in onore di Edoardo Ghera.*

⁽¹⁾ Art. 1, comma 1, della l. n. 146/1990.

no del conflitto perché affida ad esse il compito di individuare consensualmente le prestazioni indispensabili ⁽²⁾.

I limiti all'esercizio del diritto di sciopero stabiliti direttamente dalla legge n. 146 del 1990, come modificata dalla legge n. 83 del 2000, si sostanziano principalmente:

- nell'obbligo di preavviso in merito alla motivazione, alla durata e alle modalità di attuazione dello sciopero;
- nel preventivo esperimento di procedure di raffreddamento e conciliazione;
- nel rispetto di intervalli minimi tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione del successivo (rarefazione);
- nel divieto del cosiddetto effetto annuncio ossia della revoca spontanea dello sciopero già proclamato dopo che ne è stata data informazione all'utenza. Tale revoca costituisce una forma sleale di azione sindacale ed è valutata dalla Commissione di garanzia ai fini previsti dall'articolo 4, commi da 2 a 4-bis.

Come è noto questo organismo è dotato di una serie di poteri idonei ad assicurare l'effettiva operatività del sistema di garanzie approntato dalla legge e in particolare è titolare del potere di provvisoria regolamentazione delle prestazioni indispensabili che viene esercitato quando non intervenga l'accordo tra le parti nell'individuazione delle suddette prestazioni.

2. La previsione di un termine di preavviso all'esercizio del diritto di sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali è centrale nell'economia della legge n. 146 del 1990. La funzione del preavviso, infatti, è duplice ⁽³⁾. Da un lato il preavviso mira a consentire all'amministrazione o all'impresa erogatrice del servizio di predisporre le prestazioni indispensabili. Dall'altro, l'intervallo di tempo tra la proclamazione e l'effettuazione dello sciopero favorisce lo svolgimento di tentativi di composizione del conflitto e può consentire all'utenza di usufruire di servizi alternativi.

Si comprende, pertanto, perché, nell'ottica della legge, la misura minima del termine di preavviso, fissata in 10 giorni, non può essere ridotta da contratti collettivi, regolamenti di servizio e codici di autoregolamentazione, ma solo aumentata.

Tuttavia, ai sensi dell'articolo 2, comma 7, della legge n. 146 del 1990, le disposizioni in tema di preavviso minimo e di indicazione della durata non si applicano nei casi di astensione dal lavoro in difesa dell'ordine costituzionale, o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori.

E tuttavia bisogna sottolineare ⁽⁴⁾ che nel primo caso risulta difficile distinguere tra sciopero in difesa dell'ordine costituzionale e sciopero diretto ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità dello Stato che la Corte Costituzionale considera punibile ai sensi dell'articolo 503 c.p. ⁽⁵⁾. Si tratta infatti di una formulazione piuttosto generica e di non facile

⁽²⁾ Art. 1, comma 2, della l. n. 146/1990.

⁽³⁾ Art. 2, comma 5, della l. n. 146/1990. Sul tema si veda anche M. DELL'OLIO, *Sciopero e preavviso nei servizi pubblici essenziali* (nota a C. Cost. n. 276 del 1993), in *GCost*, 1993, 1957.

⁽⁴⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto sindacale*, Laterza, Bari, 2007, 165, 151.

⁽⁵⁾ C. Cost. 27 dicembre 1974 n. 290.

determinazione considerato che la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto legittimo lo sciopero di coazione sulla pubblica autorità ⁽⁶⁾.

Secondo la Consulta le ipotesi previste dall'articolo 2, comma 7, sono tassative ⁽⁷⁾ e pur essendo diverse, la prima infatti è una forma di sciopero politico, la seconda è uno sciopero di protesta, entrambe sono accomunate dal coinvolgimento di «interessi fondamentali della comunità, come tali suscettibili di prevalere su quelli tutelati con gli obblighi di preavviso e indicazione della durata» ⁽⁸⁾, che rendono irragionevole attendere 10 giorni per intraprendere l'azione di lotta a meno di non «svuotare l'azione di protesta» ⁽⁹⁾.

Non a caso la Commissione di garanzia, con delibera 26 febbraio 1998, n. 132, ha considerato come sciopero di protesta esonerato dall'obbligo del preavviso le astensioni dal lavoro proclamate a seguito dell'incidente ferroviario del treno ETR 460 verificatosi a Piacenza nel gennaio 1997. In quel caso correttamente la Commissione di garanzia riconobbe, a base dell'iniziativa conflittuale delle organizzazioni proclamanti, «la necessità di intervenire a difesa dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori e degli utenti», ponendo in primo piano il problema della sicurezza nel trasporto ferroviario.

3. Senonché, in linea teorica, anche in altri casi determinate azioni di sciopero potrebbero essere svuotate della loro capacità di pressione se, a causa dell'obbligo di preavviso, non potessero essere legittimamente esperite tempestivamente.

È noto che oltre allo sciopero per finalità contrattuali, che vede nel datore di lavoro il primo destinatario dell'azione di lotta da parte dei lavoratori, esistono altri tipi di sciopero strumentali ad una pretesa che «non si trova, in quanto estranea al rapporto con la controparte, nella disponibilità del datore di lavoro» ⁽¹⁰⁾.

Si tratta del c.d. sciopero politico-economico e del c.d. sciopero politico “puro” ⁽¹¹⁾, che mirano a creare pressione sul Parlamento, sul Governo o su una pubblica autorità in generale, per ottenere l'adozione, la revoca o la modificazione di un determinato provvedimento.

Secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale ⁽¹²⁾, lo sciopero politico-economico attiene alla tutela di interessi del cittadino-lavoratore che trovano riconoscimento nelle norme costituzionali sui rapporti economici, e in quanto tale è considerato un diritto. Lo sciopero politico puro, al contrario, è considerato una mera libertà, in quanto non coinvolge interessi del cittadino-lavoratore, ma è pur sempre strumentale alla partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica della Nazione.

In linea teorica, questa distinzione dovrebbe portare a ritenere che lo sciopero politico puro è lecito solo sul piano penale (rapporti tra Stato e cittadino) ma non

⁽⁶⁾ C. Cost. 13 giugno 1983 n. 165, in *FI*, 1983, I, c. 1797.

⁽⁷⁾ C. Cost. 10 giugno 1993 n. 276, in *FI*, 1993, I, c. 2401.

⁽⁸⁾ M. DELL'OLIO, *op. cit.*, 1957.

⁽⁹⁾ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, 2003, 247.

⁽¹⁰⁾ G. GIUGNI, *op. cit.*, 245.

⁽¹¹⁾ Sulla distinzione tra sciopero politico-economico e sciopero politico puro cfr. L. MENGONI, *Sciopero nel diritto civile*, in G.M. RIGAMONTI (a cura di), *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1964, 47.

⁽¹²⁾ C. Cost. n. 290 del 1974, in *GCost*, 1974, 2984, con nota di V. ONIDA.

anche su quello civile (rapporti tra privati cittadini). Applicando questo principio al rapporto di lavoro si dovrebbe concludere che un lavoratore assente dal lavoro per aver partecipato ad uno sciopero politico potrebbe incorrere in una sanzione disciplinare, perché non sta esercitando un diritto, ma, appunto, solo una libertà. Senonché, «al di là delle affermazioni di principio, l'esclusione dello sciopero politico dalla tutela come diritto non è facilmente praticabile»⁽¹³⁾.

La tesi della natura discriminatoria o antisindacale di eventuali reazioni del datore di lavoro nei confronti dei partecipanti ad uno sciopero politico, già sostenuta da un'autorevole dottrina⁽¹⁴⁾, ha trovato riscontro, più recentemente, anche in una giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo cui anche lo sciopero politico puro deve essere considerato un diritto⁽¹⁵⁾.

Sul piano del rapporto, del resto, a fronte di una disposizione quale l'articolo 28 Statuto dei lavoratori, la distinzione tra libertà di sciopero politico e diritto di sciopero politico-economico operata dalla Corte Costituzionale non sembra tradursi in una differenziazione di disciplina, in quanto l'articolo 28 appresta la medesima tutela in caso di condotte lesive tanto dell'esercizio del diritto di sciopero, quanto della libertà sindacale.

Alla luce di quanto appena esposto, si tratta di capire se, a fronte della tassatività delle ipotesi contemplate dall'articolo 2, comma 7, della legge n. 146 del 1990, valga il principio generale, e debba essere pertanto rispettato l'obbligo di preavviso, rispetto allo sciopero politico-economico e, in particolare, rispetto allo sciopero politico puro, considerato che esiste una giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero politico-economico, ma non in materia di sciopero politico puro e che non sempre risulta agevole distinguere quest'ultima forma di sciopero da quello di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori, rispetto al quale l'obbligo di preavviso non sussiste.

Come si è detto, la questione è stata posta all'attenzione della Corte Costituzionale con riferimento allo sciopero politico-economico⁽¹⁶⁾ e risolta nel senso che rispetto a questa forma di sciopero sussiste l'obbligo del preavviso.

3.1. Con riferimento allo sciopero politico-economico la Corte Costituzionale ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità dell'articolo 2, comma 7, della legge n. 146 del 1990, nella parte in cui non prevede che le disposizioni in tema di preavviso minimo e di indicazione della durata dello sciopero non si applichino oltre che ai casi di astensione dal lavoro in difesa dell'ordine costituzionale o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori, anche nelle ipotesi di sciopero di carattere economico-politico.

Secondo il giudice rimettente, anche lo sciopero politico-economico, ferme restando le cautele necessarie per i diritti degli utenti, non potrebbe tollerare l'imposizione di un obbligo di preavviso senza perdere, inevitabilmente, ogni capacità di pressione.

⁽¹³⁾ P. BELLOCCHI, *Art. 40 Cost.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, vol. I, *Costituzione, Codice civile e leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2007, 309.

⁽¹⁴⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *Sciopero politico e diritto di sciopero*, in *FI*, 1975, I, c. 550 ss.

⁽¹⁵⁾ Cass. n. 16515 del 2004, in *MGL*, 2004, 880, con nota di M. DEL CONTE.

⁽¹⁶⁾ C. Cost. n. 276 del 1993, in *GCost*, 1993, 1947, con nota di M. DELL'OLIO, *op. cit.*

La norma censurata, dunque, violerebbe l'articolo 40 della Costituzione, a garanzia del diritto di sciopero.

Tali argomentazioni sono state respinte dalla Corte Costituzionale per due ordini di motivi.

In primo luogo perché proprio l'articolo 40 della Costituzione «garantisce le condizioni giuridiche di effettività dello sciopero nei limiti segnati dal bilanciamento con altri interessi di maggiore rilievo costituzionale»⁽¹⁷⁾. Mentre lo sciopero politico-economico è connotato dalla qualità delle pretese degli scioperanti, tipicamente afferenti all'uno o all'altro degli interessi economici dei lavoratori contemplati nel titolo III della parte I della Costituzione, gli interessi coinvolti negli scioperi, per i quali l'articolo 2, comma 7, della legge n. 146 del 1990 esclude gli obblighi di preavviso e di indicazione della durata, sono di tutt'altra natura. Come si è già sottolineato nel paragrafo 2, si tratta di interessi fondamentali della collettività, ritenuti dalla Corte idonei a determinare diversamente, in senso meno incisivo sull'esercizio del diritto di sciopero, il bilanciamento con i diritti degli utenti.

In secondo luogo, ogni questione avente ad oggetto presunte analogie tra lo sciopero politico-economico e gli scioperi contemplati dall'articolo 2, comma 7, della legge n. 146 del 1990, avrebbe dovuto essere valutata soprattutto con riferimento all'articolo 3 della Costituzione, non richiamata, invece, nell'ordinanza di rimessione.

Ma anche sotto questo aspetto la Corte nega l'analogia prospettata dal giudice remittente, affermando espressamente che lo sciopero politico-economico, proprio per la natura delle pretese che lo connotano, ai fini del bilanciamento con i diritti degli utenti, è assimilabile allo sciopero per fini contrattuali e, in quanto tale, assoggettabile alla medesima disciplina in tema di obbligo di preavviso e determinazione della durata.

3.2. Sebbene la Corte non abbia affrontato il tema, le conclusioni tratte per lo sciopero politico-economico sembrano applicabili anche rispetto allo sciopero politico puro. Se, infatti, si aderisce all'impostazione teorica della Corte Costituzionale, sarebbe irragionevole ritenere che l'obbligo del preavviso permanga a fronte dell'esercizio di un diritto e ceda, invece, a fronte dell'esercizio di una mera libertà.

Se, al contrario, si volesse valorizzare l'impostazione della Corte di cassazione che considera un diritto anche lo sciopero politico, sarebbe irragionevole differenziare la disciplina applicabile in caso di condotte (sciopero politico e sciopero politico puro) che avrebbero entrambe la stessa natura giuridica.

In ogni caso pur riconoscendo che sul piano del rapporto la distinzione tra sciopero politico/libertà e sciopero politico-economico/diritto è venuta meno non si può negare rilevanza alla suddetta distinzione sotto altri profili.

In proposito si noti che l'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori assicura la medesima tutela a due fattispecie diverse e nominate separatamente. Tant'è vero che, abbandonata l'area del rapporto, la distinzione tra sciopero/diritto e sciopero-

⁽¹⁷⁾ C. Cost. n. 276 del 1993, cit.

ro/libertà si ripropone, una volta riportata «sul piano costituzionale del contemperamento di altri interessi protetti»⁽¹⁸⁾.

Se, per esempio, il diritto d'impresa *ex* articolo 41 della Costituzione «entra in bilanciamento con il diritto di sciopero e con la libertà di sciopero in modo diverso»⁽¹⁹⁾, lo stesso potrebbe dirsi per i diritti costituzionalmente garantiti degli utenti nel caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Ma questo ci riporta, tutto sommato, nell'ottica della Corte Costituzionale, con la conseguenza che anche in caso di sciopero politico l'esito del contemperamento di interessi è il medesimo dello sciopero politico-economico: lo sciopero politico, quando interessa il settore dei servizi pubblici essenziali, dovrà comunque essere esercitato nel rispetto degli obblighi di preavviso.

La conclusione, di carattere sistematico, trova un riscontro letterale, del resto, nello stesso articolo 2, comma 7, della legge n. 146 del 1990, che esonera dall'obbligo del preavviso tassativamente lo sciopero a difesa dell'ordine costituzionale e quello di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità o della sicurezza dei lavoratori.

Certamente, va ribadita la difficoltà di distinguere sempre con nettezza queste ultime forme di sciopero dallo sciopero politico.

Per esempio, nel caso di scioperi proclamati contro interventi armati in Paesi stranieri, la Commissione di garanzia ha manifestato una non univocità di orientamento, ritenendo applicabile l'articolo 2, comma 7, all'intervento militare NATO nei Balcani e non invece all'intervento anglo-americano in Iraq⁽²⁰⁾.

La Commissione di garanzia, a tal proposito, ha affermato che non sono da ritenersi rientranti nelle fattispecie escluse di cui all'articolo 2, comma 7, le astensioni dal lavoro proclamate contro l'intervento anglo-americano in Iraq. Altre forme di sciopero di imposizione politico-economico e politico puro nei servizi pubblici essenziali dovrebbero essere soggette alla disciplina generale e quindi al preavviso⁽²¹⁾.

4. Anche lo sciopero generale può essere proclamato per ragioni di carattere economico-politico o politico puro⁽²²⁾. Esso però costituisce un «fenomeno sociale dirimpente», che si differenzia per «la dimensione allargata della protesta collettiva»⁽²³⁾.

Si tratta di uno sciopero che viene proclamato per motivi che, anche se di natura politico-economica, esulano addirittura dall'ambito di un unico settore merceologico, per coinvolgere la generalità dei lavoratori o, se di natura politica pura, la generalità dei cittadini⁽²⁴⁾. Ulteriore tratto distintivo dello sciopero generale è

⁽¹⁸⁾ Cfr. P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 310.

⁽¹⁹⁾ Cass. n. 16515 del 2004, cit.

⁽²⁰⁾ Cfr. G. PINO, *Sciopero generale, servizi essenziali e commissione di garanzia. Alcuni spunti di riflessione*, in *Newsletter CgS*, 2003, n. 1, 12-13.

⁽²¹⁾ In questo senso, Cass. n. 16515 del 2004, cit.

⁽²²⁾ Non possono essere escluse, inoltre, le ragioni di solidarietà. Cfr. F. LISO, *Sciopero generale e regole per il suo esercizio*, in *Newsletter CgS*, 2003, n. 1, 17.

⁽²³⁾ Cfr., anche per le espressioni virgolettate, M. RUSCIANO, *Sciopero generale, legge 146 del 90 e rappresentatività sindacale*, in *Newsletter CgS*, 2003, n. 1, 18.

⁽²⁴⁾ Secondo un'autorevole dottrina, lo sciopero generale «esprime la tutela di un interesse collettivo talmente esteso, da coincidere quasi con l'interesse generale». Cfr. M. RUSCIANO, *op. cit.*, 21.

l'eccezionalità: esso non è uno strumento abituale di gestione delle relazioni sindacali ⁽²⁵⁾ ma viene esercitato, e non potrebbe essere altrimenti senza svalutarne l'intrinseco significato, solo sporadicamente.

Lo sciopero generale, dunque, più che essere riconducibile, a seconda dei casi, allo sciopero politico-economico o allo sciopero politico-puro, sembra stagliarsi accanto a queste figure quale *tertium genus*, le cui peculiarità «essenzialmente riconducibili all'ampiezza e ai motivi dell'astensione» ⁽²⁶⁾ hanno alimentato un acceso dibattito dottrinale ⁽²⁷⁾ e dato origine a diversi interventi della Commissione di garanzia ⁽²⁸⁾, in ordine all'applicabilità della legge n. 146 del 1990 a tale sciopero.

La Commissione di garanzia, da un lato, ha considerato lo sciopero generale in linea di principio soggetto alla disciplina dettata dalla legge n. 146 del 1990 ⁽²⁹⁾, ma, dall'altro lato, si è preoccupata di verificare la compatibilità del quadro legale alle peculiarità della fattispecie ⁽³⁰⁾.

Questa operazione, apparentemente contraddittoria, è stata invece necessaria ed opportuna.

Da una parte, quantomeno dal punto di vista dell'interesse alle prestazioni indispensabili, l'utente titolare dei diritti costituzionali garantiti dalla legge n. 146 del 1990 «si pone, rispetto allo sciopero generale, esattamente come rispetto allo sciopero settoriale» ⁽³¹⁾.

Inoltre, tra le esclusioni individuate dall'articolo 2, comma 7, della legge n. 146 del 1990, non figura lo sciopero generale.

Alla luce di queste considerazioni, l'applicazione della disciplina garantista per gli utenti anche in caso di sciopero generale potrebbe apparire scontata.

D'altra parte, la legge n. 146 del 1990 è concepita «per regolamentare fasi del conflitto aziendale, nei vari settori dei servizi pubblici» ⁽³²⁾ o, in altri termini, «conflitti riconducibili per lo più alle rivendicazioni di natura contrattuale» ⁽³³⁾.

In effetti, l'applicazione allo sciopero generale di alcune disposizioni legali o contrattuali si rivelerebbe addirittura impossibile, inutile o incongrua ⁽³⁴⁾ e porterebbe necessariamente «alla virtuale messa al bando della fattispecie» ⁽³⁵⁾. Si pensi al divieto di concomitanza tra interruzioni o riduzioni di servizi pubblici alternativi, all'obbligo di esperire le procedure di raffreddamento e conciliazione, o

⁽²⁵⁾ R. DEL PUNTA, *Sciopero generale e servizi essenziali*, in *Newsletter CgS*, 2004, n. 3-4, 10.

⁽²⁶⁾ P. FERRARI, E. FIATA (a cura di), *Sciopero generale*, in COMMISSIONE DI GARANZIA, *Relazione 2006*, in www.commissione-garanziasciopero.it.

⁽²⁷⁾ Cfr. il dossier *Sciopero generale e servizi pubblici essenziali*, in *Newsletter CgS*, 2003, n. 1, con contributi di G. PINO, F. LISO, M. RUSCIANO, F. SANTONI; nonché l'analogo dossier in *Newsletter CgS*, 2004, n. 3-4, con contributi di S. MAGRINI e R. DEL PUNTA.

⁽²⁸⁾ Delibera n. 134 del 2003 ed ulteriori documenti ivi richiamati, integrata con verbale n. 606 del 2005; verbale n. 710 del 2007, tutti in www.commissione-garanziasciopero.it.

⁽²⁹⁾ Ivi, punto 6 delle premesse.

⁽³⁰⁾ Ivi, punto 3 delle premesse.

⁽³¹⁾ S. MAGRINI, *Ancora in tema di sciopero generale e regole legislative: sciopero generale e scelte "politiche" della commissione di garanzia*, in *Newsletter CgS*, 2004, n. 3-4, 7-8.

⁽³²⁾ G. PINO, *op. cit.*, 7.

⁽³³⁾ F. SANTONI, *Quali regole applicare allo sciopero generale?*, in *Newsletter CgS*, 2003, n. 1, 26.

⁽³⁴⁾ R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 12.

⁽³⁵⁾ Ivi, 9.

al principio di gradualità dell'azione di lotta, in base al quale vengono spesso previsti negli accordi limiti alla durata massima della prima astensione.

Il divieto di concomitanza è ontologicamente incompatibile con la "generalità" dello sciopero; l'esperimento delle procedure di raffreddamento e conciliazione appare del tutto inutile stante le ragioni della protesta e l'impossibilità di identificare una controparte datoriale in grado di soddisfare le pretese degli scioperanti⁽³⁶⁾: il principio di gradualità non può trovare applicazione ad uno sciopero caratterizzato dall'eccezionalità e, quindi, per definizione, non inquadrabile in una serie concatenata di azioni collettive⁽³⁷⁾.

In assenza di una previsione legislativa, l'intervento della Commissione di garanzia ha avuto il merito, in primo luogo, di precisare la nozione di "sciopero generale" e, in secondo luogo, di chiarire la disciplina applicabile.

Per sciopero generale deve intendersi «l'azione collettiva proclamata da una o più confederazioni sindacali dei lavoratori, coinvolgente la generalità delle categorie del lavoro pubblico e privato»⁽³⁸⁾.

Sul versante della disciplina applicabile, la Commissione di garanzia ha distinto tra le disposizioni che appaiono inapplicabili allo sciopero generale e quelle che, invece, sono compatibili con le peculiarità di tale forma di protesta.

A questo sciopero si applica quanto disposto dall'articolo 2, comma 1, della legge n. 146 del 1990⁽³⁹⁾: le organizzazioni delle categorie che prestano servizi pubblici essenziali, nell'atto di adesione ad uno sciopero generale proclamato da una o più confederazioni, dovranno pertanto rispettare i termini di preavviso, indicare la durata dell'astensione e assicurare il rispetto delle prestazioni indispensabili, a meno che tali indicazioni siano già contenute in forma adeguata nella proclamazione confederale⁽⁴⁰⁾.

La scelta appare del tutto comprensibile in quanto il preavviso non è affatto incompatibile con le peculiarità dello sciopero generale. Al contrario, si potrebbe sostenere che esso ne costituisca quasi un elemento necessario: sarebbe impossibile effettuare uno sciopero generale senza preavviso perché sarebbe impossibile mobilitare istantaneamente la generalità dei lavoratori. Il rispetto del termine di preavviso è richiesto non solo per l'adesione da parte delle organizzazioni di categoria ma anche per la proclamazione da parte delle Confederazioni⁽⁴¹⁾.

Non si applica, invece, la parte di normativa avente ad oggetto le procedure di raffreddamento e conciliazione: la proclamazione e le adesioni non dovranno, pertanto, essere precedute dal ricorso a dette procedure⁽⁴²⁾. Come già evidenziato, visto il carattere generale dello sciopero e i motivi dello stesso, il ricorso alle

⁽³⁶⁾ Per un esempio di tentativo di conciliazione con il ministro del lavoro, «con caratteristiche del tutto eccezionali rispetto alla previsione normativa», non più ripetuto successivamente, cfr. G. PINO, *op. cit.*, 8.

⁽³⁷⁾ P. FERRARI, *Conflitto collettivo e servizi essenziali: problemi e prospettive*, in *ADL*, 2006, 119; R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 12.

⁽³⁸⁾ Delibera n. 134, cit., punto 3 delle premesse.

⁽³⁹⁾ Ivi, punto 1 della formulazione.

⁽⁴⁰⁾ Si noti che l'obbligo di rispettare i termini di preavviso è duplice, investendo tanto la proclamazione confederale quanto l'adesione delle organizzazioni di categoria. Cfr., sul punto, la delibera n. 134, cit., punto 2 della formulazione.

⁽⁴¹⁾ Delibera n. 134, cit., punto 2 della formulazione.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*.

procedure di raffreddamento e conciliazione non avrebbe senso né potrebbe portare ad alcun effetto utile.

Parimenti, non si applica il limite di durata massima della prima astensione sovente previsto dagli accordi di settore o dalle regolamentazioni provvisorie: si tratta, come già anticipato, di regolamentazioni che presuppongono la inquadrabilità del fenomeno in una serie concatenata di azioni collettive e non sembrano compatibili con il carattere eccezionale dello sciopero generale ⁽⁴³⁾.

Una disciplina particolare è prevista in materia di rarefazione, diversa a seconda che si tratti di rarefazione soggettiva od oggettiva. La regola in materia di rarefazione soggettiva, relativa agli intervalli minimi tra scioperi proclamati dalla stessa o dalle stesse confederazioni, viene confermata ⁽⁴⁴⁾. Al contrario, la regola in materia di rarefazione oggettiva viene disapplicata in linea generale, fermo restando il potere della Commissione di garanzia di valutare caso per caso gli effetti delle due astensioni sui diritti degli utenti ⁽⁴⁵⁾.

Vale la pena sottolineare, in ogni modo, che quanto previsto in caso di sciopero generale non si applica in caso di scioperi *non generali*, sebbene riguardanti più settori, o riguardanti tutte le categorie dei lavoratori pubblici e privati ma solo con riferimento ad ambiti territoriali limitati ⁽⁴⁶⁾.

Questi scioperi, pertanto, sono assoggettati alla disciplina ordinaria della legge e delle regolamentazioni vigenti nei singoli settori ⁽⁴⁷⁾.

Sciopero politico-economico, sciopero politico, sciopero generale e preavviso – Riassunto. *L’A. muove dalla ratio che ha ispirato la disciplina in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali, contenuta nella l. n. 146/1990 e successive modificazioni, costituita dalla necessità di temperare l’esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente garantiti. Tale temperamento viene assicurato attraverso l’individuazione di una serie di limiti all’esercizio del diritto di sciopero idonei a non conculcare il diritto stesso ma a garantire l’effettività dei diritti degli utenti e conservando alle parti sociali il governo del conflitto. A fronte di tali premesse generali, l’A. riserva specifica attenzione all’istituto del preavviso e, individuato il fondamento di tale istituto, si occupa delle deroghe ad esso previste dall’art. 2, comma 7, l. n. 146/1990, e segnatamente della questione se tali deroghe, tassative, possano tuttavia essere estese in caso di sciopero politico “puro” e sciopero politico-economico nonché, in conclusione in caso di sciopero generale. Questa ipotesi, peraltro, è considerata dall’A. da una più ampia prospettiva volta a ricostruire, più in generale, i termini di applicazione ad essa degli istituti caratteristici della l. n. 146/1990 così come elaborati in seno alla Commissione di garanzia.*

Strikes with political and economic objectives, political strikes, general and strike notice (Article in Italian) – Summary. *This paper takes as its starting point the principle underlying the regulation of strikes in essential public services laid down in Act no. 146/1990, as amended, consisting of the need to find a balance between the exercise of the right to strike and the enjoyment of individual rights laid down in the Constitution. This balancing is achieved by means of a series of restrictions on the right to strike aimed at safeguarding this right, while protecting the rights of those using public services and entrusting conflict resolution to the social partners. On the basis of these general considerations, the author focuses in particular on the requirement to give prior notice for strikes and, having identified the basis of this requirement, examines the exemptions pro-*

⁽⁴³⁾ Ivi, punto 4 della formulazione.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, punto 5, lett. a), della formulazione.

⁽⁴⁵⁾ Ivi, punto 5, lett. b), della formulazione.

⁽⁴⁶⁾ Verbale n. 606, cit.

⁽⁴⁷⁾ COMMISSIONE DI GARANZIA, *op. cit.*, 39.

vided by Article 2(7) of Act no. 146/1990, with particular regard to the question as to whether these exceptions can be extended also to political strikes, strikes with both political and economic objectives, and general strikes. This hypothesis is considered in a wider perspective, aimed at providing a more general overview of the application of the measures laid down in Act no. 146/1990 as implemented by the Commission for the regulation of strikes in essential public services.

La concentrazione nel trasporto aereo

Antonio Martone

Sommario: **1.** Le delibere della Commissione di garanzia sulla ammissibilità della concentrazione nel trasporto aereo. – **2.** La Costituzione. – **3.** La legge n. 146/1990. – **4.** La disciplina di settore. – **5.** L'intento della Commissione.

1. In due successive sedute la Commissione di garanzia, affrontando il problema della possibilità o meno della concentrazione degli scioperi nel settore del trasporto aereo, ha, in linea generale (delibera del 14 giugno 2006), stabilito che l'articolo 16 della regolamentazione provvisoria del trasporto aereo (approvata il 19 luglio 2001) non vieta la concentrazione, riservandosi, poi (delibera del successivo 19 luglio 2006) «in via di eccezione di non consentire la concentrazione di scioperi nel trasporto aereo in presenza di un grave pregiudizio dei diritti degli utenti».

Le due delibere, entrambe adottate a maggioranza, hanno suscitato vivaci critiche, in primo luogo da parte dell'organizzazione datoriale. In particolare, dopo aver richiamato la costante interpretazione in senso contrario da parte della Commissione nella sua precedente composizione, si è segnalata la mancanza di una adeguata motivazione di questa diversa interpretazione della regolamentazione, nonché la rivendicazione, da parte della Commissione, di una "libertà di decisione" nell'individuare la detta eccezione non consentita dalla legge.

Premesso che le due delibere prima ricordate sono state il frutto di un ampio dibattito di cui è traccia nei verbali, credo sia comunque opportuno esporne più ampiamente le ragioni.

2. È necessaria, però, una premessa.

Trattandosi di un diritto riconosciuto dalla Costituzione, quale appunto il diritto di sciopero, i limiti al suo esercizio, imposti autorativamente, non possono andare oltre quelli previsti dalla legge espressamente richiamata dall'articolo 40 della Costituzione.

Tale regola deve valere, in primo luogo, per le regolamentazioni provvisorie, in quanto non rientra tra i poteri della Commissione, chiamata ad assicurare il contenimento tra l'esercizio del diritto di sciopero e il godimento dei diritti della persona, andare al di là del dettato legislativo, sacrificando oltre misura uno dei

* Antonio Martone è Presidente della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

diritti in possibile conflitto; con la conseguenza che, ove non sia possibile, in sede di interpretazione, restare nell'ambito dei limiti previsti dalla legge, anche l'eventuale norma della regolamentazione provvisoria in possibile contrasto deve essere disapplicata.

Ad analoga conclusione, probabilmente, si deve pervenire anche in presenza di accordi valutati idonei dalla Commissione.

Tali accordi, infatti, una volta pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale, devono ritenersi vincolanti anche per i soggetti che non li hanno stipulati (o che non siano rappresentati da questi ultimi) e nei confronti dei quali non possono imporsi limiti al diritto di sciopero che vanno oltre la previsione legislativa.

L'assunzione di obblighi in sede di accordo che superino i detti limiti può dar luogo, in caso di violazione, ad un problema di responsabilità, limitato, peraltro, ai rapporti tra i soggetti stipulanti, ma non credo possa giustificare un intervento sanzionatorio della Commissione.

3. Alla luce di questa premessa, il primo accertamento da svolgere riguarda la *possibilità o meno di ravvisare nella legge n. 146 del 1990 e nelle sue successive modifiche un divieto di concentrazione degli scioperi.*

L'interpretazione letterale e quella sistematica del testo della legge inducono ad una conclusione negativa.

Il *comma 2 dell'articolo 2 prevede*, infatti, che i contratti o le regolamentazioni provvisorie «devono indicare *intervalli minimi* da osservare tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione del successivo, quando ciò sia necessario ad evitare che, per effetto di scioperi proclamati in successione da soggetti sindacali diversi e che incidono sullo stesso servizio finale o sullo stesso bacino d'utenza sia oggettivamente compromessa la continuità dei servizi pubblici essenziali».

La previsione, che espressamente si riferisce soltanto a scioperi proclamati in successione da soggetti sindacali diversi, muove dal presupposto implicito che sia lo stesso soggetto sindacale (e presumibilmente in relazione alla medesima vertenza) ad astenersi da una nuova proclamazione di sciopero prima che sia stato effettuato quello indetto in precedenza.

Nel caso, invece, di soggetti sindacali diversi, l'intervallo minimo appare condizionato dalla necessità di evitare un'oggettiva compromissione della continuità del servizio.

Ma se questo è quanto può desumersi *dalla formulazione letterale della norma, non sembra potersi affermare che dalla previsione della necessità di un intervallo minimo possa desumersi il divieto di concentrazione.*

Anche sul piano letterale c'è una sorta di incompatibilità tra l'intervallo tra due astensioni diversamente collocate nel tempo e la loro coincidenza nel tempo. È evidente, infatti, che tra due fatti contestuali non può decorrere un intervallo.

In ogni caso, se si esaminano le altre disposizioni della legge, dalle medesime sembra potersi trarre un *tendenziale favore per la concentrazione* quale strumento per ridurre l'eccessivo numero degli scioperi ed attenuare l'incidenza sui diritti dei cittadini.

L'articolo 8 della legge prevede, infatti, che in caso di fondato pericolo di un pregiudizio grave ed imminente ai diritti della persona il provvedimento da adottare (dal Ministro delegato dal Presidente del Consiglio o dal Prefetto), può di-

sporre l'unificazione di astensioni collettive già proclamate e ciò anche sulla base di proposte formulate dalla Commissione di garanzia.

Eguale, l'articolo 13, lettera e), affronta il problema della concomitanza (e quindi contestualità) degli scioperi, ma soltanto se relativi a servizi pubblici alternativi e attribuisce alla Commissione la possibilità di rivolgere un invito, al soggetto sindacale la cui proclamazione sia stata comunicata successivamente in ordine di tempo, a differire l'astensione collettiva ad altra data.

Ora, da tale previsione sembra doversi desumere, al contrario, che *se la concomitanza o la contestualità riguarda lo stesso servizio pubblico la Commissione non può intervenire.*

In altri termini, non sembra corrispondere al dettato legislativo l'equiparazione tra obbligo dell'intervallo minimo e divieto di concentrazione, affermata da chi muove critiche alla decisione della Commissione.

4. Se quello ora richiamato è il quadro normativo al quale si deve fare riferimento *in sede di interpretazione dell'articolo 16 della regolamentazione di settore*, mi sembra *quanto meno discutibile desumere il divieto di concentrazione da tale norma* stante l'esplicito riferimento alla sola necessità di un intervallo tra effettuazione e proclamazione di sciopero da parte della medesima organizzazione sindacale (c.d. rarefazione soggettiva) o tra due astensioni proclamate da diverse organizzazioni (c.d. rarefazione oggettiva).

Ulteriore argomento può trarsi dalla constatazione che nella prassi della Commissione, nelle diverse composizioni succedutesi nel tempo, pur in presenza di previsioni analoghe per quanto riguarda l'intervallo tra due astensioni, non si è mai ritenuto, al di fuori del settore del trasporto aereo, che le concentrazioni fossero vietate.

Ora, *se questo limite all'esercizio del diritto di sciopero potesse desumersi dalla legge, il relativo divieto dovrebbe valere per tutti i settori.*

5. Quanto poi al contestato, perché non previsto dalla legge, *potere della Commissione di vietare, in via eccezionale, la concentrazione in caso di grave pregiudizio all'utenza*, può essere sufficiente rilevare come *identica valutazione discrezionale* è attribuita alla Commissione in caso di richiesta del provvedimento *ex articolo 8 della legge.*

Eguale la lettera e) dell'articolo 13 prima richiamata, nel prevedere che *la Commissione, in caso di scioperi concomitanti relativi a servizi alternativi, può – e non deve –* rivolgere l'invito alle organizzazioni sindacali, affida alla medesima un'analoga valutazione discrezionale, come, del resto, in tutti gli altri casi in cui è necessaria la verifica preventiva della compromissione della continuità del servizio.

Ovviamente in alcuni casi, come quello della determinazione dell'intervallo minimo, è anche possibile che tale valutazione venga effettuata a priori e in linea generale in sede di accordo o di regolamentazione provvisoria, ma è difficile desumere da tale eventualità una definitiva rinuncia da parte della Commissione a una verifica della ricorrenza in concreto delle ipotesi che la legge prevede per la limitazione di un diritto riconosciuto dalla Costituzione.

Va considerato, inoltre, che *l'intervento della Commissione non può restringersi alla sola meccanica applicazione delle previsioni delle regolamentazioni provvisorie e degli accordi, spesso caratterizzati da compromessi e non sempre dotati della necessaria chiarezza ed esaustività.*

Il problema della *regolamentazione dello sciopero generale* ne costituisce un *esempio emblematico*. Nessuna delle discipline di settore, sia di fonte contrattuale che dettate in via provvisoria dalla Commissione, disciplinava tale ipotesi di astensione collettiva. Tale carenza era particolarmente rilevante sol che si pensi alla storia del movimento sindacale e alla rilevanza che in tale sede hanno assunto gli scioperi generali.

Ora, nell'adottare, all'esito di un'ampia consultazione delle parti sociali, la delibera n. 03/134 del 24 settembre 2003, la Commissione ha dovuto affrontare e risolvere, non tanto il problema della concentrazione (coessenziale alla stessa nozione di sciopero generale), quanto quello della rarefazione e cioè del rispetto dell'intervallo minimo.

La meccanica applicazione delle discipline di settore avrebbe dovuto implicare necessariamente l'impossibilità di un legittimo sciopero generale, in quanto la regola della rarefazione avrebbe implicato l'esclusione di tutti i settori per i quali fosse stato proclamato in precedenza un'astensione collettiva; il problema è stato invece superato prevedendo, al fine di assicurare il temperamento tra i contrastanti diritti, un'esclusione dallo sciopero generale soltanto in relazione agli scioperi proclamati in precedenza per i quali era prevedibile un rilevante impatto sui diritti dell'utenza.

Anche tale soluzione, ne sono consapevole, può non soddisfare una concezione meramente formale dei rapporti giuridici, ma è la sola che è valsa comunque ad assicurare, anche in occasione degli scioperi generali successivamente proclamati, un equo temperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con i diritti degli utenti.

Si devono ricordare, infine, *i motivi che in concreto hanno indotto ad adottare, sia pure a maggioranza, le delibere in oggetto.*

Nella seduta del 14 giugno 2006, all'esito della quale è stata adottata la diversa interpretazione dell'articolo 16, la Commissione aveva dovuto constatare come la vigente regolamentazione del trasporto aereo, approvata nel luglio 2001, alla luce dell'esperienza dei tre anni precedenti si era rilevata idonea soltanto in parte ad assicurare la garanzia, sia del diritto di sciopero che dei diritti degli utenti.

La *eccessiva articolazione della rappresentanza sindacale* anche in relazione alla *pluralità dei servizi* che concorrono all'effettuazione del servizio di trasporto aereo, unitamente alla *ridotta durata del periodo massimo del preavviso* (45 giorni) aveva determinato, infatti, un frequente ricorso a proclamazioni di sciopero in sicuro contrasto con la regolamentazione, imponendo alla Commissione di intervenire reiteratamente con indicazioni immediate seguite in caso di inottemperanza anche dall'apertura di procedimenti di valutazione.

Anche quando le organizzazioni sindacali si erano adeguate alle indicazioni della Commissione, *la revoca o il differimento dello sciopero nell'immediatezza della data prevista avevano, comunque, inciso negativamente sul servizio e, quindi, sul diritto degli utenti*, attesa la particolare rilevanza del c.d. effetto annuncio (anche per il diverso rilievo dato dai mezzi di comunicazione alle proclamazioni degli

scioperi e delle successive revoche); e, al riguardo, si deve anche rilevare come la disciplina vigente consenta anche la revoca spontanea della proclamazione «non meno di cinque giorni prima della data prevista per lo sciopero» e cioè quando si sono già verificate in gran parte le conseguenze negative del c.d. effetto annuncio (attesa la necessità per gli utenti di programmare con anticipo il ricorso al trasporto aereo in una situazione di perdurante incertezza).

Indubbiamente a determinare la situazione ora descritta concorrevano anche la precedente interpretazione degli articoli 16 e 17 della regolamentazione come preclusivi della concentrazione degli scioperi, che aveva impedito alle singole organizzazioni sindacali di proclamare e attuare tempestivamente astensioni collettive nel rispetto delle regole vigenti.

La sola proclamazione di uno sciopero da parte di una delle oltre trenta organizzazioni operanti nel settore, purché relativa al medesimo bacino d'utenza, non soltanto precludeva alle altre organizzazioni di proclamare astensioni collettive con riferimento ai dieci giorni precedenti e a quelli successivi, ma anche di far coincidere lo sciopero con quello proclamato in precedenza.

Diffusa era la sensazione che in alcuni casi le organizzazioni sindacali di minori dimensioni (e perciò più in grado di proclamare tempestivamente le astensioni collettive) attraverso una molteplicità di proclamazioni strategicamente distribuite nel tempo, finissero con l'occupare tutte le c.d. finestre impedendo in tal modo alle altre (spesso più rappresentative) il legittimo tempestivo esercizio dello sciopero e ciò in un settore in cui l'astensione di una categoria di personale di minima consistenza ma strategicamente posizionata ai fini della prestazione del servizio (si pensi ai dipendenti dell'ENAV) può implicare il blocco del trasporto aereo.

La necessità di programmare preventivamente la soppressione dei voli, implica inoltre che l'incidenza sul servizio non dipende direttamente dalla maggiore o minore rappresentatività dell'organizzazione proclamante (in alcuni casi si è verificata la soppressione di centinaia di voli seguita da una scarsissima partecipazione allo sciopero). Ma se questo è vero non sembra che la concentrazione possa implicare per gli utenti un danno maggiore di quello di due o più scioperi in diverse giornate.

Muovendo da queste premesse, la Commissione ha rinnovato l'invito, già reiteratamente e insistentemente rivolto alle parti sociali, a ricercare un accordo in sostituzione della regolamentazione provvisoria per meglio adeguarlo alle trasformazioni intervenute nel settore e, in mancanza, a formulare suggerimenti e proposte per una revisione, ad opera della Commissione, della vigente regolamentazione, formulando, altresì, alcune indicazioni di possibili modifiche per sollecitare concrete risposte.

In questo contesto e nella stessa seduta la Commissione ha adottato la delibera in tema di concentrazione.

Non sembra, inoltre, che il divieto di concentrazione si possa giustificare con la finalità di indurre le diverse organizzazioni sindacali a proclamare congiuntamente un'unica astensione e di promuovere in tal modo un'aggregazione sindacale.

La finalità può anche essere condivisa, ma si pone al di fuori del quadro legislativo dove i limiti per l'esercizio del diritto di sciopero non possono che derivare dall'esigenza di tutela dei diritti della persona costituzionalmente garantiti.

Spontanea è poi la constatazione che, in caso di congiunta proclamazione da parte di due organizzazioni sindacali o di concentrazione di scioperi proclamati separatamente, l'incidenza sul servizio pubblico e, quindi, il danno all'utenza può essere tendenzialmente il medesimo.

Quanto poi agli effetti ultrattivi sul servizio del trasporto aereo che deriverebbero dalla concentrazione di più scioperi nello stesso giorno, per evitarli può valere la esatta determinazione del concetto di concentrazione che richiede, in particolare, che gli scioperi proclamati da più organizzazioni sindacali si riferiscano non soltanto alla stessa giornata, ma siano caratterizzati dallo stesso orario e in definitiva incidano sullo stesso bacino di utenza.

Ed è dalla difficile individuazione dei diversi bacini di utenza in cui si articola il settore del trasporto aereo, e non dalla concentrazione, che derivano i principali problemi applicativi della disciplina del settore e la situazione di incertezza segnalata anche dalle organizzazioni sindacali.

In questa prospettiva, la Commissione, come già ricordato, ha sollecitato con insistenza l'intervento e il contributo delle parti sociali auspicando, in primo luogo, la sostituzione della regolamentazione con un accordo in coerenza con la scelta in favore dell'autonomia collettiva operata dal legislatore.

Purtroppo, le risposte al detto invito sono state soltanto episodiche, prive di concrete proposte e spesso da parte datoriale incentrate sul problema della concentrazione. Tale istituto è apparso invece, in attesa dell'auspicata revisione, che non può prescindere dal contributo delle parti sociali, la sola iniziativa possibile per garantire non solo il godimento dei diritti della persona, ma anche l'esercizio del diritto di sciopero in considerazione anche della tempestività richiesta dai motivi che lo determinano.

Del resto, a mio avviso, è questo il solo compito della Commissione di garanzia, nella convinzione che nel sistema delle relazioni sindacali le sanzioni hanno scarsa efficacia e le norme per trovare concreta applicazione devono trovare il consenso delle parti o quanto meno saper convincere.

La concentrazione nel trasporto aereo – Riassunto. *L'A. propone un'analisi della problematica relativa alla concentrazione degli scioperi nel settore del trasporto aereo, partendo dallo spunto offerto da due delibere della Commissione di garanzia, rispettivamente del 14 giugno 2006 e del 19 luglio 2006. Dopo aver analizzato i limiti costituzionali posti al diritto di sciopero e descritto in modo sistematico il quadro normativo di riferimento, l'A. effettua un'analisi comparata del fenomeno della concentrazione degli scioperi nei diversi settori pubblici essenziali, riflettendo sul dato oggettivo che, se imposti dalla legge, i limiti al diritto di sciopero – diversamente da quanto accade tuttora – dovrebbero valere per tutti i settori pubblici essenziali, non solo per quello del trasporto aereo. L'A. pone, poi, in rassegna i motivi che hanno portato la Commissione di garanzia ad adottare le due delibere sopra citate, oltre a formulare l'invito, rivolto alle parti sociali, a ricercare un accordo in sostituzione della regolamentazione provvisoria per meglio adeguarla alle trasformazioni recentemente intervenute nel settore. In conclusione, l'A. riflette sugli effetti – diretti ed ultrattivi – della concentrazione degli scioperi nel settore del trasporto aereo, valutando i possibili impatti in base ai bacini di utenza del servizio e sostenendo che è dalla difficile individuazione dei diversi bacini di utenza in cui si articola il settore del trasporto aereo – e non dalla concentrazione*

– che derivano i principali problemi applicativi della disciplina del settore e la situazione di incertezza segnalata dalle organizzazioni sindacali. Il saggio si chiude con l'auspicio che le parti sociali collaborino con la Commissione, al fine di trovare un accordo che sostituisca la regolamentazione provvisoria attualmente vigente e che sia coerente con la scelta in favore dell'autonomia collettiva operata dal legislatore.

The concentration of strikes in the airline industry (Article in Italian) – Summary. *This paper provides an analysis of the issues arising from the concentration of strikes in the airline industry, taking as a starting point two resolutions adopted by the Commission on the right to strike in essential public services, on 14 June 2006 and 19 July 2006. After an examination of the constitutional limits to the right to strike and a systematic description of the legal framework, the author provides a comparative analysis of the concentration of strikes in various sectors of essential public services, reflecting on the fact that, if laid down by law, the limits to the right to strike – in contrast with the situation at present – should apply to all the essential public services, not only for the airline industry. The author then proceeds to outline the reasons that led the Commission on the right to strike in essential public services to adopt the two resolutions mentioned above, while pointing to the desirability for the social partners to seek to find an agreement to replace the provisional regulations, in order to keep up with recent transformations in this sector. In conclusion, the author reflects on the effects – both direct and indirect – of the concentration of strikes in the airline industry, with an assessment of the possible impact on the basis of the various groups of airline passengers, while arguing that the difficulty of defining the various groups of passengers in the airline industry – and not the concentration of strikes – that gives rise to the main problems in enforcing regulations in this sector, and the high degree of uncertainty reported by the trade unions. The paper concludes by pointing to the need for collaboration between the social partners and the Commission on the right to strike in public services, in order to reach an agreement to replace the provisional system of regulation currently in force, in line with the principle of autonomous bargaining adopted by the legislator.*

L'istituto della revoca dello sciopero e il c.d. *effetto annuncio*

Giovanni Pino

Sommario: 1. L'intento pedagogico del legislatore verso l'affermazione di regole etiche nello svolgimento del conflitto. – 2. Il valore dell'annuncio dello sciopero e della sua revoca nel modello del conflitto proceduralizzato. – 3. Effetto annuncio e sciopero virtuale: tratti comuni ed effetti opposti. Una possibile lettura d'insieme delle due figure. – 4. La disciplina normativa della revoca dello sciopero. – 5. *Segue:* la disciplina della revoca negli orientamenti della Commissione di garanzia. – 6. Disciplina della revoca e titolarità del diritto di sciopero: un ulteriore contributo verso la configurazione di una titolarità collettiva. – 7. Il fondamentale ruolo dell'informazione.

1. Tra le opzioni culturali che ispirano la legge n. 146/1990 e la sua riforma intervenuta nel 2000 ad opera della legge n. 83, va evidenziato l'intento *pedagogico* del legislatore rivolto a favorire il mantenimento e il rafforzamento di corrette relazioni industriali attraverso la predisposizione di regole per gli attori delle relazioni industriali che evitino il ricorso a comportamenti fraudolenti durante lo svolgimento del conflitto ⁽¹⁾.

Se l'esigenza etica di un ricorso leale agli strumenti di autotutela, posti a disposizione delle parti dall'ordinamento democratico, si pone come auspicabile in qualsiasi sistema pluralista di relazioni sindacali, tale auspicio diventa una vera e propria necessità in un contesto quale quello dei servizi pubblici essenziali, notoriamente caratterizzato da una spiccata terziarizzazione degli effetti del conflitto ⁽²⁾. Obiettivo del legislatore in tale contesto diventa dunque evitare comportamenti idonei a determinare una recrudescenza degli effetti del conflitto, con un iniquo aggravio delle conseguenze verso i cittadini terzi utenti dei servizi; o più

* Giovanni Pino è collaboratore dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

⁽¹⁾ Un'efficace trattazione della tematica in T. TREU, *Il conflitto e le regole*, in *DLRI*, 2000, 285 ss.

⁽²⁾ Ampia letteratura sulla tematica della c.d. terziarizzazione del conflitto, che sta tra le ragioni dell'intervento del legislatore. A titolo meramente esemplificativo si rinvia qui ai contributi di A. ACCORNERO, *Conflitto "terziario" e terzi*, in *DLRI*, 1985, 17 ss., e ID., *La parabola del sindacato*, Il Mulino, Bologna, 1992; T. PIPAN, *Sciopero contro l'utente. La metamorfosi del conflitto industriale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1989, con *Prefazione* di V. FOA; M. PACI, *Il mutamento della struttura sociale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1992; P. SYLOS LABINI, *Le classi sociali negli anni '80*, Laterza, Bari, 1986. Il tema è affrontato poi da tutti i commentatori della legge, tra i quali M. RUSCIANO, G. SANTORO PASSARELLI, *Introduzione*, in M. RUSCIANO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990 n. 146*, Giuffrè, Milano, 1991, 1 ss.; T. TREU, *Note introduttive*, in T. TREU, A. GARILLI, P. PASCUCCHI, M. ROCCELLA, *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 1991, 1 ss.; U. ROMAGNOLI, *Introduzione*, in U. ROMAGNOLI, M.V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Zanichelli, Bologna, 1994, 1 ss., spec. 10.

semplicemente idonei ad alterare l'equilibrio che deve sottintendere il civile svolgimento delle relazioni tra le parti, ponendo in essere forme di danno ingiusto.

Tali comportamenti possono provenire sia dalla parte datoriale, vale a dire dalle amministrazioni o imprese che erogano i servizi, sia da parte dei lavoratori, generalmente attraverso l'azione dei propri soggetti collettivi di rappresentanza.

Per quel che riguarda il comportamento dei preposti ai servizi pubblici, l'articolo 13, lettera *h*), della legge n. 146, riserva alla Commissione di garanzia un apposito intervento volto a far cessare tali comportamenti. Si tratta di una norma che non definisce una precisa tipologia di violazione, ma in modo volutamente generico fa riferimento ad una condotta ai limiti della legittimità, nella sua più ampia accezione non riconducibile ai canoni della correttezza, la quale possa determinare l'insorgenza o l'aggravamento di conflitti in corso. Viene così demandato alla Commissione il delicato compito di individuare e censurare nel concreto quella azione, proveniente da aziende o amministrazioni, idonea a comportare l'insorgenza o l'aggravamento della conflittualità. La norma in questione, peraltro, non sembra precludere alla Commissione – senza ovviamente che questa si sostituisca nel ruolo del giudice – possibili rilievi relativamente a quelle azioni di aziende e/o Amministrazioni che possano, poi, assumere la dimensione di comportamenti antisindacali, contro i quali, come è noto, la legge n. 300/1970 (Statuto dei lavoratori) predispose a favore delle organizzazioni sindacali un preciso rimedio di natura processuale, non a caso riconsiderato, in senso innovativo, proprio dalla legge n. 146/1990⁽³⁾.

Corrispondente a tale norma, nella logica di scoraggiare forme sleali di azione sindacale, può ritenersi quanto stabilito nell'articolo 2, comma 6, nei confronti delle organizzazioni dei lavoratori, ove si fa espresso riferimento alla revoca spontanea ed immotivata di un'azione di sciopero. Con tale riferimento a forme di revoca illegittima viene, in pratica, fornita, indirettamente, la definizione di *effetto annuncio*: la conseguenza di una condotta fraudolenta, una *forma sleale di azione sindacale*, che si realizza nel momento in cui il soggetto collettivo, che ha proclamato lo sciopero, revoca lo stesso, magari a ridosso della data prevista per l'attuazione, senza dare adeguata informazione.

Quali sono, a seguito di tale condotta, gli effetti che si ripercuotono su tutti i protagonisti dello scenario dei servizi pubblici essenziali? L'utenza non è comunque in condizione di far affidamento per quella giornata sulla piena erogazione del servizio sul quale gravava la proclamazione dello sciopero, di modo che risulta quasi indifferente che lo sciopero non abbia più effettivamente attuazione. Per l'azienda, sotto il profilo della perdita del profitto a seguito del mancato utilizzo del servizio da parte dell'utenza, si può dire che l'effetto annuncio determina lo stesso risultato dello sciopero attuato. Mentre non vi sarebbero conseguenze pregiudizievoli per i soggetti che hanno proclamato l'azione di sciopero, dal momento che nemmeno i lavoratori ad essa aderenti subirebbero la detrazione della

⁽³⁾ Si consenta il rinvio a G. PINO, *I poteri della Commissione di garanzia*, in F. SANTONI (a cura di), *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, Jovene, Napoli, 2002, 105 ss., qui 139.

retribuzione, per aver effettuato normalmente la prestazione a seguito della revoca dello sciopero.

Tale situazione viene ad alterare quell'equilibrio sinallagmatico che vige nel rapporto contrattuale tra datore e prestatore e che deve ritenersi esteso, sotto il profilo della corresponsività dei sacrifici e dell'equa distribuzione dei rischi da esso derivanti nelle varie fasi del rapporto, ivi compreso lo svolgimento del conflitto. Senza dire che in alcuni determinati settori dei servizi pubblici una prassi di tal genere potrebbe diventare una consapevole forma di azione collettiva posta in essere con la coscienza e volontà di vulnerare la parte datoriale, senza subire le conseguenze che derivano dal ricorso allo sciopero.

2. Un segno della rilevanza del tema in esame, nel modello della legge n. 146, può essere colto nell'uso da parte di Antonio Vallebona del termine *annunzio* in luogo di *annuncio* ⁽⁴⁾. Il primo contribuisce a conferire una maggiore solennità e importanza all'atto della proclamazione, per gli effetti che da esso derivano, indipendentemente dalla sua materiale effettuazione. Premesso che «lo sciopero proclamato può essere revocato prima della sua effettuazione mediante un atto unilaterale recettizio diretto ai medesimi destinatari della proclamazione», l'Autore pone subito in evidenza l'esigenza di evitare che il soggetto proclamante «lucra il c.d. effetto annunzio, pregiudicando l'utenza senza alcun costo per i lavoratori». Di conseguenza «dopo che è stata data informazione (...) la revoca spontanea non è più ammessa, poiché costituisce forma sleale di azione sindacale».

Questo passaggio sintetizza tutta la tematica connessa alla revoca, sulla quale è opportuno, preliminarmente, riflettere per la particolare rilevanza che, nell'ambito del conflitto nei servizi pubblici essenziali, la stessa normativa ha inteso dare all'azione di sciopero in sé. In questa riflessione il punto di partenza non può non essere rinvenuto nella volontà del legislatore di prediligere un modello di proceduralizzazione del conflitto che guardi all'astensione collettiva dal servizio come ad una fase finale ed eventuale.

Come è noto, infatti, lo sciopero, nel suo significato di astensione collettiva e concertata dalla prestazione lavorativa, non viene ad identificarsi interamente con il conflitto e non ne esaurisce i vari profili. Scriveva Kahn-Freund ⁽⁵⁾ che è principalmente il conflitto ad animare le relazioni industriali e a costituire un punto di riferimento irrinunciabile; lo sciopero rimane, invece, solo un profilo di esso, uno strumento necessario ed estremo, senza il quale il potere negoziale dei sindacati mancherebbe di credibilità, ma al quale qualche volta sarebbe possibile rinunciare ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ A. VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2007, 103; in generale sull'elaborazione dell'A. vedi gli interventi di recensione che seguono in *q. Fascicolo* e, sul tema oggetto del presente contributo, vedi in particolare il contributo di M.R. IORIO, *Revoca dello sciopero ed effetto annuncio: uno sguardo alle delibere e alla attività della Commissione*.

⁽⁵⁾ O. KAHN-FREUND, *I conflitti tra i gruppi e la loro composizione*, in *PS*, 1960, 9 ss., e ID., *Labour and the law*, Stevens & Sons, London, 1983 (1972), 291 ss.; trad. it., *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, Milano, 1974; si veda, inoltre, G. GIUGNI, *Introduzione*, in S. PERLMAN, *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, La Nuova Italia, Firenze, 1956.

⁽⁶⁾ Una ricostruzione teorica del conflitto in R. DAHRENDORF, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, Bari, 1971, e ID., *Il conflitto sociale nella modernità*, Laterza, Bari, 1989; ed ancora,

Nel modello di conflitto proceduralizzato l'attuazione dello sciopero diventa azione estrema ed eventuale, alla quale ricorrere solo alla conclusione di un infruttuoso percorso procedurale, dove il conflitto si articola e può trovare la sua composizione. In tale prospettiva vanno inquadrare le procedure di raffreddamento e conciliazione del conflitto, che subordinano la possibilità di poter proclamare l'azione di sciopero all'espletamento di incontri tra le parti o ulteriori fasi conciliative da svolgere in sede aziendale, nazionale o altra sede amministrativa.

Proprio in materia di proceduralizzazione del conflitto, è stata evidenziata una sorta di lacuna, o comunque un ritardo del nostro ordinamento verso il recepimento delle tecniche di raffreddamento ⁽⁷⁾, dovuta, probabilmente, a un certo scetticismo delle parti sociali verso una *istituzionalizzazione* di tali procedure. L'evidenza di tale lacuna appare più evidente nella comparazione con altre esperienze di relazioni industriali di tipo pluralista di altri Paesi, nei quali trova ampio sviluppo l'attuazione di tecniche di raffreddamento, sia interne all'autonomia delle parti, sia esterne, con la possibilità di intervento di un'autorità terza ⁽⁸⁾.

Si può dire che la legge n. 83/2000 (di riforma della legge n. 146/1990) ha colmato tale vuoto perlomeno per quel che riguarda il proprio campo di applicazione. Nell'opzione culturale di questa legge verso un maggior sviluppo della proceduralizzazione del conflitto hanno infine trovato esplicito riconoscimento normativo gli istituti del *raffreddamento* e della *conciliazione*. Tali istituti sono considerati, anzi, al pari delle prestazioni indispensabili, come misure necessarie a garantire il contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti costituzionali della persona ⁽⁹⁾.

G.P. CELLA, T. TREU, voce *Relazioni industriali*, in *EGT*, vol. VIII, 887 ss.; L. BORDOGNA, G. PROVASI, *La conflittualità*, in G.P. CELLA, T. TREU (a cura di), *Le nuove relazioni industriali. L'esperienza italiana nella prospettiva europea*, Il Mulino, Bologna, 1998, 331 ss.; B. CARUSO, *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2002, I, 93 ss.; M. GRANDI, *Sciopero, prevenzione del conflitto e servizi pubblici essenziali*, in *RIDL*, 1999, 257 ss.; A. SUPLOT, *Revisiter les droits d'action collective*, in *DS*, 2001, 687 ss.

⁽⁷⁾ Si fa rinvio ai contributi di G. CELLA, *Criteri di regolazione delle relazioni industriali italiane: le istituzioni deboli*, in P. LANGE, M. REGINI (a cura di), *Stato e regolazione sociale*, Il Mulino, Bologna, 205 ss.; L. BORDOGNA, *La composizione delle controversie nelle altre esperienze di relazioni industriali*, relazione al Convegno organizzato dalla Commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali *Conciliare per prevenire. Le procedure di raffreddamento e di conciliazione dei conflitti collettivi*, Cnel, 21 settembre 2001, pubblicata, in parte, in *Newsletter CgS*, 2002, n. 1; L. BELLARDI, *Principi e realtà della composizione delle controversie collettive nella recente esperienza contrattuale italiana*, relazione al sopra citato Convegno organizzato dalla Commissione, 17 ss.; V. BAVARO, *Procedure di "raffreddamento e conciliazione" dei conflitti collettivi nei servizi essenziali*, in *DLRI*, 2000, 395 ss.

⁽⁸⁾ Nei sistemi anglo-americani, ad es., i modelli c.d. di *joint decision making*, che si articolano nell'ambito della negoziazione tra le parti, con l'assistenza, qualche volta, della mediazione di un soggetto terzo; alternativo a tale modello, quello caratterizzato dal più decisivo intervento di un soggetto terzo i cui interessi sono del tutto estranei a quelli delle parti, così nel c.d. *third party decision making*, al quale è demandata una decisione vincolante per quest'ultime: tale è ad es. la scelta arbitrale; o ancora la *separate action*, nella quale assume rilievo l'azione separata di una sola parte. L'esame delle diverse tecniche di raffreddamento in L. BORDOGNA, *op. cit.*, e in T. TREU, *La regolamentazione dei conflitti di lavoro nei Paesi della Comunità Europea*, in G.P. CELLA, M. REGINI, *Il conflitto industriale in Italia. Stato della ricerca e ipotesi di tendenze*, Il Mulino, Bologna, 1985, 203 ss., e ivi B. VENEZIANI, *Tecniche di prevenzione e composizione dei conflitti collettivi*, 239 ss.

⁽⁹⁾ Si veda M. RUSCIANO, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, in *DLRI*, 2002, 173 ss.; F. SANTONI, *Continuità e innovazione nella disciplina degli scioperi nei servizi pubblici essenziali*, in *RIDL*, 2000, 376.

Tale richiamo alla procedimentalizzazione del conflitto può costituire un'utile premessa alla nostra riflessione, se si considera la proclamazione dello sciopero nel suo significato apicale di conflitto che non ha trovato composizione nell'ambito delle fasi procedurali predisposte dal legislatore, in alternativa all'astensione collettiva. Il soggetto collettivo, in pratica, dopo aver percorso infruttuosamente tutte le fasi procedurali nelle quali si svolge il conflitto in quel determinato settore, non ha potuto far altro che ricorrere all'*extrema ratio* della proclamazione dello sciopero. Il ricorso a tale fase estrema del conflitto va considerato in tutta la sua rilevanza già con riferimento alla fase iniziale dell'*annuncio* dello sciopero, il quale di per sé viene a trasferire la contesa da un piano meramente interno all'equilibrio contrattuale ad un piano di forza esterno, coinvolgendo i diritti di soggetti, i cittadini utenti dei servizi, estranei alla vertenza.

L'intento del legislatore è quello di considerare il ricorso allo sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali come un'azione estrema che, per il solo fatto di essere *annunciata* pone già, in capo al soggetto proclamante, una forma di responsabilità indipendentemente dalla sua effettiva attuazione. In questa scelta di fondo, coerente con l'adozione di un modello di conflitto procedimentalizzato, può intravedersi la volontà di ridimensionare la prassi del ricorso fisiologico allo sciopero come immediato strumento di lotta, al quale ricorrere già nelle prime fasi della controversia⁽¹⁰⁾. A tale modello culturale, ampiamente diffuso nel nostro sistema di relazioni industriali e soprattutto nel settore dei servizi, il legislatore tende a contrapporre uno diverso, secondo il quale il conflitto trova la sua articolazione nel ricorso a procedure alternative all'astensione collettiva, relegando questa ad una prospettiva finale.

Indipendentemente dalla effettiva realizzazione, nella prassi, del disegno sopra descritto, questa chiave di lettura si rivela estremamente importante per comprendere la rilevanza che il legislatore e l'autorità di garanzia deputata a vigilare sulla corretta attuazione della legge n. 146 hanno inteso attribuire alla mera proclamazione dello sciopero e agli effetti che da essa derivano. I passaggi più rilevanti della normativa riguardanti il comportamento del soggetto che pone in essere lo sciopero non fanno esplicito riferimento all'attuazione concreta di questo, ma si limitano a richiamare la mera proclamazione/annuncio di esso: sia nel momento in cui si vengono a fissare obblighi per «I soggetti che proclamano lo sciopero» (articolo 2, comma 1); o per «I soggetti che promuovono lo sciopero» (articolo 2, comma 3); sia con riferimento all'applicazione delle sanzioni che sono irrogate «Nei confronti delle organizzazioni sindacali che proclamano uno sciopero» o «(...) che hanno promosso lo sciopero» (articolo 4, commi 2 e 4-*bis*); ecc.

Questo non vuol significare, certo, che uno sciopero non effettuato sia da considerare sempre e *tout court* alla stessa stregua di quello che ha avuto puntuale attuazione e tuttavia la previsione normativa è indicativa del rilievo attribuito alla fase della comunicazione precedente l'effettuazione dello sciopero. Sulla base di

⁽¹⁰⁾ Relativamente al settore dei trasporti si vedano i contributi di E. ALES, *Dal conflitto alla partecipazione: le nuove relazioni sindacali nei trasporti*, in *RGL*, 2000, I, 81 ss.; N. DE MARINIS, *Sciopero e concertazione nei trasporti: dalla legge n. 146 del 1990 al patto sociale del 23 dicembre 1998*, in *MGL*, 1999, 352 ss.

tale previsione il legislatore ha fatto della revoca dello sciopero un istituto ben preciso della legge n. 146, predisponendo per essa una disciplina obbligatoria, sulla premessa che lo sfruttamento dell'*effetto annuncio* della proclamazione di uno sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali integra una *forma sleale di azione sindacale*.

Su tale disciplina si avrà modo di tornare.

3. Prima di soffermarsi sulle regole che sovrintendono all'istituto della revoca, può rivelarsi interessante ai fini della nostra indagine una breve digressione volta a tentare una comparazione tra l'*effetto annuncio* (nella definizione dianzi data) e il c.d. *sciopero virtuale*, premettendo subito che il primo coglie effetti diametralmente opposti rispetto a quelli del secondo. La comparazione, pur partendo da elementi comuni alle due figure, mira a cogliere le diversità derivanti sul piano delle conseguenze.

A ben vedere, un accostamento tra le due figure non appare del tutto inverosimile nell'attuale contesto del conflitto nei servizi essenziali. Molto spesso, infatti, di fronte alla proclamazione di uno sciopero da parte di un'organizzazione sindacale notoriamente priva di qualsivoglia rappresentatività, siamo indotti a dedurre che tale astensione miri solamente a sfruttare ciò che dalla stessa può derivare sul piano del mero annuncio. In tali casi, l'impatto sulla funzionalità dei servizi è minimo e le aziende (ovviamente sotto la propria responsabilità), in genere non annunciano una riduzione dei servizi, essendo in grado di garantirne la quasi totalità. A dispetto dell'*annuncio* più o meno enfatizzato dai mezzi di comunicazione, si può dire che tale sciopero sia nei fatti *virtuale*. Ancora, in taluni servizi lo sciopero assume una dimensione di *virtualità* per il fatto che, indipendentemente dalla consistenza rappresentativa del soggetto proclamante, le prestazioni indispensabili da garantire coincidono con la totalità (o quasi). Si pensi al servizio antincendio aeroportuale, che deve garantire tutte le emergenze, le quali, in base alla normativa ICAO (*International Civil Aviation Organization*) sono identificate con il decollo e l'atterraggio degli aeromobili: come dire che, in caso di sciopero dei vigili del fuoco, in aeroporto questi dovranno garantire il servizio per intero. Anche in tal caso ci troviamo di fronte ad uno sciopero che si afferma solamente per il suo *annuncio*, anche se nella prassi si rivela come *virtuale*.

Come si vede *annuncio* dello sciopero e *virtualità* di questo sono concetti che nell'attuale realtà del conflitto nei servizi qualche volta si richiamano vicendevolmente, anche se nelle ipotesi sopra accennate si tratta di vere e proprie astensioni proclamate in senso tradizionale, che poi nella prassi si rivelano virtuali.

La figura di *sciopero virtuale* o di *solidarietà*, invece, nella sua vera accezione nei servizi pubblici essenziali si porrebbe in alternativa alla tradizionale figura di astensione dal lavoro, eliminando di fatto gli effetti legati alla sua terziarizzazione, dal momento che il danno da esso derivante si riverserebbe solamente tra le parti contraenti. Ciò verrebbe, in pratica, a infrangere il triangolo *sindacato/azienda/utenti*, dal momento che questi ultimi sarebbero coinvolti dallo sciopero solo sul piano dell'informazione, vedendo garantito il servizio nella sua interezza.

Anche qui si è, dunque, in presenza di una proclamazione di sciopero non seguita dalla sua materiale attuazione: i lavoratori in sciopero continuano a svolgere re-

golarmente la loro prestazione. Subiscono, però, la detrazione della retribuzione (o parte di essa) che insieme al profitto conseguito dall'azienda (o a parte di esso) nella giornata di sciopero viene devoluto a fini sociali o umanitari ⁽¹¹⁾.

Tale figura alternativa di sciopero non ha trovato una decisa affermazione nell'esperienza della regolamentazione del conflitto nei servizi essenziali, anche se è stata qualche volta invocata anche (e, si può dire, soprattutto) da importanti confederazioni sindacali, come strumento di lotta alternativo che salvaguarda al meglio i diritti dell'utenza ⁽¹²⁾. Sotto tale profilo la figura qui richiamata è stata indicata alla stregua di un "patto di cittadinanza" ⁽¹³⁾ nel senso che fonderebbe una sorta di alleanza tra lavoratore e cittadino utente, il quale ultimo sarebbe adeguatamente sensibilizzato sullo sciopero virtuale proclamato in quel determinato settore, senza concretamente soffrire alcun pregiudizio sull'utilizzo dei servizi pubblici interessati.

Contrariamente a quanto potrebbe sembrare da una superficiale considerazione della figura in questione, bisogna ritenere che anche lo sciopero c.d. *virtuale* può costituire uno strumento estremamente vulnerante per il datore di lavoro. Se trovasse realizzazione un sistema di ricorso allo sciopero virtuale, sull'azienda graverebbe, intanto, un obbligo di informazione all'utenza sulle ragioni del conflitto. Il datore dovrebbe, poi, versare in beneficenza non soltanto la retribuzione dei lavoratori in sciopero, ma anche il profitto (o una parte di esso) realizzato nelle ore dello sciopero virtuale. La difficoltà di una concreta individuazione di tale entità e una certa resistenza da parte delle aziende a sacrificare quote di profitto, rende più semplice per queste, ai fini di una "gestione delle perdite", affrontare nel concreto un'azione di sciopero; tali ragioni fanno comprendere la difficoltà di affermazione della figura in questione.

Si aggiunga anche che con il ricorso a tale forma di lotta che per sua natura dovrebbe incorrere in limitazioni comportamentali meno pressanti rispetto allo sciopero tradizionale, le organizzazioni sindacali possono far sentire il loro peso e condizionare le scelte aziendali, dimostrando la loro capacità di mobilitazione.

⁽¹¹⁾ Lo sciopero virtuale è stato oggetto di considerazione da parte della Commissione di garanzia, la quale, tuttavia, si è limitata ad invitare le parti a raggiungere forme alternative di azioni sindacali, senza cioè imporre tale modello di sciopero eteronomamente, cioè al di fuori dell'autonomia collettiva. L'invito è stato accolto nell'Accordo che regola il servizio di elisoccorso del 21 maggio 2002 (art. 8 ss.), siglato da Fise e Anpac, Up, Uilt e Cisl (valutato idoneo con delibera n. 02/170 del 25 luglio 2002). L'orientamento che subordina l'adozione di forme virtuali di sciopero solo per via concordata tra le parti sembra aver subito un'inversione con la regolamentazione provvisoria della Commissione relativa agli Appalti Ferroviari, delibera n. 04/590 del 29 ottobre 2004, relativamente alla custodia dei passaggi a livello (art. 1, punto C) che non consente l'attuazione di uno sciopero della durata superiore ai 15 minuti, se non nei termini virtuali, con sacrifici economici di lavoratori e azienda devoluti in beneficenza.

⁽¹²⁾ Il punto di vista delle maggiori confederazioni sindacali dei trasporti, Assaereo e associazioni dei consumatori si possono vedere in *Newsletter CgS*, 2004, n. 1-2, 3 ss., con interventi di Claudiani (Fit Cisl), Degni (Uilt Uil), Solari (Filt Cgil), Stumpo (Assaereo), Martinello (Altro consumo). Una riflessione sullo sciopero virtuale nel Convegno di studio organizzato dalla Fondazione Bachelet alla Luiss di Roma, il 4 aprile 2001, *Servizi pubblici essenziali e sciopero virtuale*, con interventi di Treu, Ales, Gianfrancesco, Prosperetti, Cella, Dell'Aringa, De Paoli, Schiavone, Del Mese, Spaziani, Cerfeda, Bonfanti, Pessi, inediti a quanto consta.

⁽¹³⁾ In tal senso una proposta della confederazione sindacale Uil presentata in occasione del convegno di studio su *I diritti della libertà*, Roma, 26 settembre 2001, si veda la *Relazione* di F. LOTITO; gli atti del Convegno sono raccolti in un volume edito dalla stessa Confederazione sindacale, *I diritti della libertà*, Uil, Roma, 2003.

L'adesione a tale forma di mobilitazione collettiva può, peraltro, presagire tanto l'esito di un eventuale referendum tra i lavoratori (consultivo su un accordo o preventivo sulla proclamazione di sciopero) ⁽¹⁴⁾, quanto la possibilità concreta che il sindacato ha in quel determinato conflitto come anche il danno che l'azienda dovrebbe affrontare nel caso tale conflitto si manifestasse nelle forme tradizionali dell'astensione dal servizio. Si può, insomma, convenire che anche attraverso un uso mirato di tale forma di azione collettiva sarebbe possibile creare seri problemi di funzionalità all'organizzazione produttiva dell'imprenditore ⁽¹⁵⁾. Quali sono, dunque, i tratti comuni tra *sciopero virtuale* ed *effetto annuncio*, ferma restando la diversità delle conseguenze che da questi derivano?

Entrambe le figure, come si è cercato di evidenziare, tendono a sfruttare al massimo l'impatto dato dall'*annuncio* dello sciopero; lo *sciopero virtuale* è tuttavia concepito in termini di solidarietà con l'utenza dei servizi pubblici, con l'intenzione di non arrecare ad essa alcun pregiudizio; nella seconda ipotesi, invece, la revoca ingiustificata dello sciopero finisce per sfruttare tale impatto comportando per i cittadini utenti, che non sono nelle condizioni di fare affidamento sui servizi sui quali grava la proclamazione dello sciopero, lo stesso pregiudizio che si verificherebbe se lo sciopero fosse effettuato.

A ciò si aggiunge lo squilibrio sul piano dei sacrifici corrispettivi tra le parti il quale, a seguito di revoca immotivata, viene a creare l'*effetto annuncio* e demarca ancora di più la differenza con la figura dello *sciopero virtuale*. Si è visto come una proclamazione di sciopero revocata a ridosso della sua effettuazione, finisca per creare inevitabilmente un danno all'azienda, proprio per l'impossibilità di questa di riorganizzare il servizio e soprattutto per il fatto che l'utenza non farà più affidamento sul servizio ripristinato, essendosi già organizzata di conseguenza all'annunciata astensione. Avvantaggiarsi impunemente di una tale situazione, indipendentemente da una volontà fraudolenta del soggetto collettivo, finirebbe per riversare unicamente sull'azienda un sacrificio economico quasi identico a quello che deriverebbe dalla normale effettuazione dello sciopero. Né il datore di lavoro potrebbe, in tal caso, procedere alla trattenuta della retribuzione dei lavoratori, per il fatto che questi hanno effettuato (o hanno offerto di effettuare) normalmente la prestazione, in quanto lo sciopero non ha avuto attuazione.

Si può concludere, dunque, che mentre lo *sciopero virtuale* si muove in una logica di arrecare un danno simmetrico all'azienda e ai lavoratori, per l'*effetto annuncio* vale la presunzione del legislatore, espressa nel comma 6 dell'articolo 3, che esso tenda a realizzare nella prassi un risultato del tutto simile a quello che consegue ad uno sciopero normalmente effettuato, senza alcun sacrificio per i proclamanti.

4. Veniamo all'esame dei contenuti normativi che configurano l'istituto della revoca dello sciopero.

⁽¹⁴⁾ Sull'argomento di rinvia a *Pro e contro il referendum consultivo per lo sciopero*, con opinioni di Accornero, Bordogna, Garofalo, Matteucci, Bonfanti, Lotito, Inglese, Tulli, in *Newsletter CgS*, 2001, n. 2, 28 ss.

⁽¹⁵⁾ E. GIANFRANCESCO, *Servizi pubblici essenziali e sciopero virtuale: una prospettiva costituzionale*, in *Newsletter CgS*, 2001, n. 1, 35.

Il principio generale impone nel settore dei servizi pubblici essenziali sempre l'obbligo generale di motivazione della revoca dello sciopero, come della sua proclamazione. Come il legislatore presuppone la serietà e la gravità delle ragioni che hanno portato alla proclamazione dell'astensione dal lavoro, una volta espletate con esito negativo le fasi procedurali previste in alternativa ad esso, altrettanto serie dovranno essere le ragioni che portano alla revoca. Ciò non vuol dire che nella legge n. 146/1990 e successive modificazioni non vi sia spazio per il semplice ripensamento del soggetto sindacale che non voglia più dar corso alla propria intenzione di scioperare. Il legislatore prescrive però una sorta di *ravvedimento operoso* che si realizza sostanzialmente col dare tempestivamente o comunque non oltre un certo termine la notizia della revoca agli interessati, di modo che l'utenza sia in grado di fare affidamento sul servizio precedentemente interessato dalla proclamazione di sciopero. Solo in questo modo al soggetto proclamante non potrà essere imputato di voler sfruttare in modo fraudolento le conseguenze che, come abbiamo visto, derivano, per la controparte e per gli utenti, dal semplice *annuncio* dello sciopero.

Il fondamento giuridico che pone al soggetto il dovere di assumere tale comportamento ed il divieto di avvantaggiarsi dell'*effetto annuncio* può essere ritrovato nell'ambito delle regole generali del diritto privato e in particolare negli articoli 1175, 1337 e 1375 c.c., relativi agli obblighi di correttezza e buona fede, considerate dal legislatore *regulae iuris* alle quali si devono attenere le parti nel momento della formazione e dell'esecuzione del contratto.

Pur se da considerare unitariamente nell'ambito degli obblighi che gravano sui soggetti che sono parti di rapporti obbligatori, l'obbligo di correttezza nella sua asserzione generale, o di *clausola generale*, introduce il principio fondamentale che impone alle parti di comportarsi nel rispetto delle regole di correttezza⁽¹⁶⁾. Si può dire che l'obbligo di osservare tali regole non si esaurisce solamente con riferimento alla normativa contrattuale, ma deve essere considerato in termini più generali con riferimento alla materia delle obbligazioni.

L'obbligo di buona fede, invece, può essere ritenuto più specificamente connesso all'attuazione di quanto dovuto nell'esecuzione del contratto e, dunque, direttamente collocato nell'ambito delle obbligazioni fondamentali che derivano dal contratto di lavoro. Si tratta di un obbligo di solidarietà che impone a ciascuna parte di osservare comportamenti idonei a non arrecare un ingiusto danno agli interessi dell'altra parte e nel contempo può essere ricollegato, così come anche l'obbligo di correttezza, al dovere generale del *neminem laedere*.

Si rammenti, inoltre, la particolarità del contesto dei servizi pubblici essenziali, nel quale il ricorso all'esercizio di un diritto costituzionale quale quello di sciopero viene innegabilmente a comportare conseguenze pregiudizievoli a diritti di pari rango costituzionale di soggetti esterni al rapporto contrattuale internamente al quale si sviluppa la vertenza. In tale contesto l'uso del diritto in questione evidenzia la propria potenzialità ad incidere su "beni giuridici collettivi" ed il suo

⁽¹⁶⁾ L'obbligo di sicurezza come *clausola generale* è così definito da F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, ESI, Napoli, qui ed. 1994, 530 ss.; sull'applicazione dei principi di correttezza e buona fede in ambito giuslavorista, si rinvia alla ricostruzione di L. CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *q. Rivista*, 2001, 237 ss.

esercizio in linea con la sua previsione costituzionale non può tollerare forme di utilizzazione fraudolenta, quale appunto quella che sfrutta le conseguenze che derivano dal mero annuncio. Tale situazione viene a configurare un uso improprio del diritto e, verosimilmente, un uso improprio di un diritto costituzionale non può non rappresentare un'anomalia e un rischio per l'ordinamento democratico, a fronte del quale si rivela necessaria una reazione dell'ordinamento giuridico.

La reazione del legislatore allo sciopero nei servizi pubblici essenziali trova il suo riferimento positivo nel comma 6 dell'articolo 2 della legge n. 146, quale norma base per la disciplina in materia di revoca dello sciopero che trova poi la sua organica articolazione negli accordi sulle prestazioni indispensabili e negli interventi della Commissione di garanzia.

Si è già premesso che la norma va letta in correlazione con la lettera *h*) dell'articolo 13, destinata ad impedire comportamenti fraudolenti di aziende e amministrazioni preposte ai servizi pubblici essenziali. Nella lettera *h*, dell'articolo 13 i comportamenti potenzialmente idonei a determinare l'insorgenza o l'aggravamento del conflitto non sono precisamente tipizzati e il loro accertamento è rimesso alla Commissione di garanzia. Il comma 6 dell'articolo 2 individua una precisa fattispecie di "forma sleale di azione sindacale" ⁽¹⁷⁾: la revoca spontanea di uno sciopero, dopo che di questo sia stata data informazione all'utenza nelle forme (adeguate) e nei tempi previsti dalla legge (almeno cinque giorni prima dell'inizio dello sciopero), «salvo che sia intervenuto un accordo tra le parti ovvero vi sia stata una richiesta da parte della Commissione di garanzia o dell'autorità competente ad emanare l'ordinanza di cui all'art. 8».

Tale principio è ribadito e rinforzato dal successivo articolo *7-bis*, dove il legislatore viene a prevedere una vera e propria *class action* ⁽¹⁸⁾ da parte delle associazioni degli utenti, legittimate ad agire in giudizio nei confronti delle organizzazioni sindacali responsabili, allorché un'azione di sciopero sia stata revocata in violazione di quanto disposto dal comma 6 dell'articolo 2. L'azione in questione può essere, altresì, esperita nei confronti di amministrazioni, enti, o imprese preposte ai servizi pubblici, qualora queste non forniscano adeguate informazioni agli utenti ai sensi del suddetto comma 6 e, dunque, non soltanto sulle modalità di svolgimento degli scioperi e dell'erogazione del servizio, ma anche con riferimento alle eventuali revoche di questi. In tal modo la norma, prevedendo una forma di responsabilità del datore per omessa o incompleta informazione relativamente alla revoca, introduce una forma di bilateralità per le parti che hanno il dovere di adoperarsi ad evitare le conseguenze derivanti dall'*effetto annuncio*.

In linea di principio, dunque, la libera revoca di un'astensione può essere esercitata fino a quando non sia stata data all'utenza l'informazione prevista nei modi e

⁽¹⁷⁾ Si veda, in tal senso, di recente M. MAGNANI, voce *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *EGT*, di prossima pubblicazione; più in generale sul concetto di "forma sleale di azione sindacale" e l'uso fattone in altri ordinamenti, T. TREU, *Il conflitto e le regole*, cit., 285.

⁽¹⁸⁾ Un inquadramento generale del rimedio in questione in A. GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, Cedam, Padova, 1996; sul ruolo degli utenti nella l. n. 83/2000, si rinvia ai contributi di F. DE FALCO, *Gli utenti*, in F. SANTONI (a cura di), *op. cit.*, 63 ss.; C. OGRISEG, *Il ruolo delle associazioni degli utenti*, in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Ipsoa, Milano, 2000, 139 ss.; R. NUNIN, *La tutela degli utenti e ruolo delle loro associazioni*, in M. RICCI (a cura di), *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2001, 209 ss.

nei termini previsti nella prima parte dello stesso comma 6, vale a dire «nelle forme adeguate, almeno cinque giorni prima dell'inizio dello sciopero». Solo in questo caso non ci sarebbe *effetto annuncio* e gli utenti avrebbero «solo il vantaggio di evitare il disservizio che sarebbe conseguito allo sciopero»⁽¹⁹⁾. Fuori da questa ipotesi il disservizio è ritenuto dal legislatore ormai arrecato e, dunque, tanto vale dar corso alla effettuazione dello sciopero.

Le possibili eccezioni che rendono motivata la revoca tardiva vengono considerate dalla norma in tre ipotesi ben precise.

Una è di natura interna allo svolgimento del conflitto tra le parti: è il caso classico della composizione della vertenza (anche in parte), che rende ormai inutile il ricorso allo sciopero, o anche la ripresa delle trattative, come precisato dalla Commissione di garanzia⁽²⁰⁾. Deve trattarsi, certo, di un evento che configura un'effettiva evoluzione della vertenza tra le parti e non un semplice incontro o una generica fase interlocutoria con la direzione aziendale⁽²¹⁾. Si deve, insomma, essere in presenza di «oggettivi elementi di novità nella posizione di parte datoriale», come in tal senso dispongono una buona parte di discipline di settore valutate idonee dalla Commissione⁽²²⁾. I garanti, peraltro, oltre a ritenere la previsione dei requisiti che limitano la possibilità della revoca tardiva come indici di riferimento significativi per la valutazione di idoneità di un accordo, hanno avuto modo di considerare altri «oggettivi elementi di novità», come ad esempio la corresponsione di retribuzioni arretrate (delibera n. 05/10 del 12 gennaio 2005).

Le altre ipotesi che rendono giustificabile la revoca tardiva di un'azione di sciopero sono di natura eteronoma, vale a dire non espressamente riconducibili all'evoluzione della vertenza tra le parti. Tale è l'esplicita richiesta di revoca dello sciopero da parte della Commissione di garanzia, avanzata, ad esempio, con una indicazione immediata ai sensi dell'articolo 13, lettera *d*), allorché la Commissione riscontri ipotesi di illegittimità nella proclamazione dello sciopero⁽²³⁾. O ancora, una analoga richiesta da parte dell'autorità competente ad emanare l'ordinanza di cui all'articolo 8, ovvero l'invito a desistere dal porre in essere l'astensione dal lavoro, quando sussista il fondato pericolo di un pregiudizio grave ed imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati.

5. Si può rilevare come, in fondo, la fattispecie normativa introdotta con la legge n. 83 del 2000, in sede di riforma del testo del 1990, altro non è che la *positiviz-*

⁽¹⁹⁾ Così A. VALLEBONA, *op. cit.*, 103.

⁽²⁰⁾ In questo senso, fra le altre, le delibere n. 5.13 del 12 settembre 1996; n. 96.227-13.8 del 12 dicembre 1996; n. 98/155-9.4 del 12 marzo 1998; n. 98/295-9.2; n. 99/663-12.7 del 16 dicembre 1999.

⁽²¹⁾ Si vedano le delibere n. 97/505-9.10 del 4 settembre 1997; e n. 99/663-1.2.7.

⁽²²⁾ Si veda l'Accordo Ministeri 8 marzo 2005, valutato idoneo dalla Commissione con delibera n. 05/78 del 13 aprile 2005; l'Accordo Regioni ed Autonomie locali del 19 settembre 2002, valutato idoneo con delibera del 25 settembre 2002 n. 20/181; gli accordi del Comparto Sanità del 25 e 26 settembre 2001, valutati idonei con la delibera del 13 dicembre 2001 n. 01/155.

⁽²³⁾ Come è noto, si tratta dell'intervento più frequente ed incisivo, consistente nella indicazione, ai soggetti interessati, delle violazioni delle disposizioni che disciplinano i comportamenti delle parti nella fase «precedente all'astensione collettiva»; si rinvia, in proposito, alle considerazioni di M.V. BALLESTRERO, *La Commissione di garanzia dieci anni dopo*, in *QDLRI*, 2001, 23 ss., e G. GHEZZI, *La Commissione di garanzia tra politiche di prevenzione e poteri sanzionatori: spunti per la riflessione*, in *RIDL*, 2003, 495 ss.

zazione di un orientamento che, già con vari interventi precedenti al 2000, la Commissione di garanzia aveva consolidato *iure praetorio*. Tale orientamento si basava proprio sul presupposto pregiudizio derivante dall'*effetto annuncio*, indipendentemente dalla circostanza che si sia in presenza di uno sciopero regolarmente proclamato nel rispetto della normativa, ovvero di una proclamazione irregolare e, dunque, di uno sciopero illegittimo.

Nella specie, uno sciopero proclamato nel rispetto delle regole legali e contrattuali non configurerebbe profili di responsabilità del soggetto proclamante in caso di regolare effettuazione. La revoca di esso fuori dai tempi e dai casi previsti dall'articolo 2, comma 6, trasformerebbe la regolare proclamazione dell'astensione in un comportamento illegittimo del soggetto collettivo con conseguente responsabilità ai sensi dell'articolo 4, commi 2 e 4-*bis*, della legge n. 146/1990. Per contro una proclamazione irregolare, che porrebbe in essere uno sciopero già di per sé illegittimo, può essere sanata solamente dalla revoca motivata o esercitata entro i limiti imposti dalla norma; la revoca tardiva o immotivata, infatti, non sana l'illegittimità della proclamazione⁽²⁴⁾.

L'esigenza di mitigare e contenere le conseguenze pregiudizievoli per l'utenza derivanti già dal semplice annuncio della proclamazione di uno sciopero venne avvertita dalla Commissione fin dai suoi primi interventi più significativi: ad esempio, nella prima delibera di proposta per la regolamentazione dello sciopero nel settore del trasporto ferroviario⁽²⁵⁾, del 23 ottobre 1991, i garanti predisponavano la clausola che imponeva alle OO.SS. proclamanti lo sciopero di esercitare la facoltà di revoca almeno 24 ore prima della data di inizio dello stesso, per poter rimettere l'utenza in condizioni di far affidamento sul treno la cui corsa era pregiudicata dallo sciopero.

Alla fine del suo primo mandato e nella sua prima composizione, l'organismo di garanzia aveva modo di affermare come i «(...) profili di illegittimità della proclamazione di sciopero (...) non vengono superati dalla successiva sospensione (...) essendosi ormai prodotta in capo all'utenza un'intollerabile situazione di incertezza sull'*an* e sul *quantum* di servizio pubblico (...)» (delibera n. 8.109.3 del 20 giugno 1996). O ancora, con riferimento ad una revoca tardiva, «(...) dopo aver lucrato i vantaggi pubblicitari della proclamazione, si presenta come ingiustificata nella sua tardività ed illegittima essa stessa» (delibera n. 13.4 dell'11 luglio 1996).

Più specificamente la Commissione, nella sua seconda composizione presieduta da Gino Giugni, veniva a consolidare il principio generale, ripreso dal legislatore del 2000, in base al quale «(...) la revoca delle proclamazioni di sciopero deve intervenire con un anticipo sufficiente a portare l'utenza a conoscenza della regolarità del servizio nella data di prevista effettuazione dello sciopero stesso; configurandosi, altrimenti, la revoca quale espediente atto essenzialmente a lucrare gli indebiti vantaggi del c.d. effetto annuncio; (...) alla regola del necessario anticipo

⁽²⁴⁾ Nel senso della sanzionabilità dello sciopero illegittimamente proclamato e non revocato entro limiti temporali idonei a scongiurare l'effetto annuncio, si veda anche Cass. 5 ottobre 1998 n. 9876, in *MGL*, 1998, 809.

⁽²⁵⁾ Sulla quale G. PINO, *Modelli di regolazione del conflitto nel settore del Trasporto Ferroviario*, in *QDLRI*, 1992, 151 ss.

della revoca si possa derogare solo in casi particolari, motivati, ad esempio, dall'andamento favorevole delle trattative tra le parti o dall'intervento conciliativo di autorità pubbliche» (delibera n. 96/227-13.8 del 12 dicembre 1996); o ancora, «in assenza di diversa disciplina intervenga (...) ad una distanza non inferiore a 5 giorni dalla data di effettuazione dello sciopero» (delibera n. 98/133-9.11 del 26 febbraio 1998) ⁽²⁶⁾. Tale principio venne ribadito in sede di emanazione della Proposta per il settore del trasporto ferroviario (deliberazione n. 98/8-4 del 22 gennaio 1998), poi recepita nell'Accordo del 23 novembre 1999, integrato dai successivi del 18 aprile e del 29 ottobre 2001 ⁽²⁷⁾; ed ancora, nella Regolamentazione provvisoria del Settore del trasporto aereo, delibera n. 01/92 del 19 luglio 2001.

Con riferimento al termine temporale utile per scongiurare l'effetto annuncio, non vi è un'indicazione precisa del legislatore, il quale si limita a precisare che la revoca non può intervenire dopo che sia stata data l'informazione all'utenza «ai sensi del presente comma». Si è quindi ritenuto di riportare il termine di cinque giorni che la norma assegna alle amministrazioni o imprese per dar notizia sia dello sciopero sia delle modalità di erogazione del servizio. Si tratta di un termine che al pari di quello stabilito per il preavviso, viene ampiamente utilizzato come *limite di chiarezza*, utile per dissipare situazioni incerte. In tal senso la Commissione, nelle sue indicazioni immediate di illegittimità di uno sciopero inoltrate ai sensi dell'articolo 13, lettera *d*), impone alle parti il termine di cinque giorni per ottemperare a quanto indicato in mancanza, la revoca o ri-proclamazione successivamente intervenute non saranno considerate operative su richiesta della Commissione di garanzia proprio ai fini previsti dall'articolo 2, comma 6, della legge ⁽²⁸⁾.

Tuttavia, anche se è vero che la Commissione nella maggior parte dei suoi interventi ha fatto esplicito riferimento ai cinque giorni, bisogna ritenere che – proprio per la rilevanza che il legislatore ha inteso dare al ricorso allo sciopero una volta esaurite senza successo tutte le fasi procedurali – la revoca legittima non possa essere burocraticamente ancorata al termine di cinque giorni al fine di poter escludere l'*effetto annuncio*. In altre parole, il termine sopraindicato dovrebbe essere inteso come un limite minimo oltre il quale non si può andare, ma non è detto che in determinati servizi l'annuncio in sé dello sciopero non possa dar luogo a

⁽²⁶⁾ In particolare nella delibera, riguardante uno sciopero della Fisast Cisas presso le Ferrovie dello Stato S.p.A./Soc. Garibaldi, si legge «che nel caso di specie la revoca non rientra in alcuna delle fattispecie sopra descritte, non potendosi ritenere né tempestiva (essendo intervenuta soltanto il giorno precedente l'effettuazione dello sciopero) né giustificata (essendo motivata esclusivamente da una positiva valutazione degli «sviluppi politici» della azione ministeriale di passaggio delle navi FS al gruppo Finmare) e pertanto non sana i vizi della proclamazione»; dello stesso tenore con riferimento ad uno sciopero revocato a soli 2 giorni dalla data di effettuazione «tenuto conto della particolare vulnerabilità del settore dal cosiddetto «effetto annuncio»» (deliberazione n. 98/229-9.4, del 23 aprile 1998); in senso assolutorio la delibera n. 98/480-8.11 del 16 luglio 1998, in base alla quale, in occasione di scioperi illegittimi nel settore del trasporto aereo, si è ritenuto che la revoca tempestiva «vale a sanare ogni eventuale vizio della proclamazione».

⁽²⁷⁾ Valutati idonei rispettivamente con le delibere n. 45-9.1 del 3 febbraio 2000, n. 101 del 13 settembre 2001 e n. 149 del 29 novembre 2001.

⁽²⁸⁾ Il principio è stato stabilito dalla Commissione nella delibera di indirizzo del 12 marzo 2003 n. 03/45. La recente evoluzione degli orientamenti della Commissione di garanzia nel contributo di P. FERRARI, *Conflitto collettivo e servizi pubblici essenziali: problemi e prospettive*, in *ADL*, 2006, 73 ss.

situazioni particolarmente destabilizzanti per la ripresa del servizio e per l'utenza, tanto che possa rivelarsi insufficiente il termine di cinque giorni ai fini della eliminazione (o riduzione) degli effetti pregiudizievoli ⁽²⁹⁾.

Potrebbe, pertanto, rivelarsi più opportuno, soprattutto in alcuni delicati settori (ad esempio i trasporti) fare riferimento, più che ad un termine temporale rigidamente predeterminato, all'avvenuta idonea informazione all'utenza come limite oltre il quale non è più possibile revocare immotivatamente lo sciopero proclamato. In questo senso un segnale significativo proviene proprio dall'organismo di garanzia il quale, in una articolata delibera del 20 luglio 2005 (n. 05/415) adottata in occasione di scioperi proclamati nel settore del trasporto aereo, dei quali era stata data ampia notizia dai mezzi di comunicazione e successivamente revocati ai limiti del rispetto formale dei cinque giorni dall'effettuazione, pur non potendone eccepire formalmente l'illegittimità, ha censurato il comportamento delle organizzazioni sindacali come «profondamente scorretto nella sostanza» proprio per la situazione di confusione che da tale comportamento deriva ai cittadini utenti dei servizi pubblici essenziali.

6. La disciplina della revoca dello sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali offre lo spunto per una riflessione ulteriore sul tema della titolarità del diritto di sciopero. In proposito appare possibile ritenere che tale disciplina costituisca un'ulteriore prova della sostanziale predisposizione del legislatore verso modelli di controllo collettivo del conflitto e, dunque, verso il riconoscimento di forme di titolarità collettiva del diritto di sciopero.

Indubbiamente la normativa sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali rinvia alla definizione di regole di fonte collettiva per l'esercizio di tale diritto con un'impostazione culturale che riconosce come interlocutore principale il soggetto collettivo ⁽³⁰⁾. L'organizzazione collettiva dei lavoratori rimane, infatti, il costante soggetto di riferimento nel delicato meccanismo di funzionamento della legge. In ciò può rinvenirsi la precisa scelta del legislatore di individuare nella proclamazione formale da parte del soggetto collettivo un primo requisito di legittimità

⁽²⁹⁾ In alcuni settori, infatti, il termine è fissato in 6 giorni (regolamentazione provvisoria per il trasporto pubblico locale, delibera n. 02/13 del 31 gennaio 2002; Accordo nazionale per i Consorzi di bonifica del 18 giugno 2001, valutato idoneo con delibera n. 01/161 del 20 dicembre 2001; Accordo nazionale per il personale tecnico e amministrativo della Rai del 22 novembre 2002, valutato idoneo con delibera n. 02/12 del 24 gennaio 2002), o in 7 giorni (Codice di autoregolamentazione dei Magistrati ordinari del 19 ottobre 2004, valutato idoneo con delibera n. 04/566 del 21 ottobre 2004; Codice di autoregolamentazione dei Magistrati onorari di Tribunale del 24 gennaio 2003, valutato idoneo con delibera n. 03/34 del 20 febbraio 2003).

⁽³⁰⁾ Tale problematica era stata variamente proposta dalla dottrina: Massimo D'Antona, già in sede di lettura di un possibile testo normativo sullo sciopero nei servizi essenziali, rilevava come la messa in discussione della titolarità individuale, rappresentava, in realtà, una metafora del nesso che intercorre tra diritto di sciopero e libertà di organizzazione sindacale, evidenziando come la libertà di associarsi anche nell'astensione dal lavoro potesse essere rivendicata contro la metafora della titolarità individuale del diritto di sciopero. Si veda M. D'ANTONA, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale*, in *RGL*, I, 1989, 9 ss., qui 23 ss.; ID., *“Chi rappresenta chi”: i debiti della decima legislatura*, in *LD*, 1992, 531 ss., ove, l'A. rilevava come la l. n. 146/1990 avesse portato «questo classico dogma del diritto sindacale ad un punto critico»; precedentemente, U. ROMAGNOLI, nel suo *Intervento*, in ID., *Sciopero nei servizi essenziali in Europa*, ESI, Napoli, 1989, 233 ss.

dello sciopero e, dunque, di assumere il ruolo fondamentale della *dimensione collettiva* nella correlazione sciopero-diritto ⁽³¹⁾.

Tale impostazione è evidente, innanzitutto, nell'articolo 2, che appare formulato con la chiara intenzione del legislatore di distinguere il soggetto che proclama ed attua lo sciopero, che viene individuato come collettivo, e il lavoratore che esercita il relativo diritto. Tale distinzione, «i soggetti che promuovono lo sciopero (...) i lavoratori che esercitano il diritto di sciopero», è infatti ulteriormente enunciata al comma 3 della citata norma, ove è sancito il generale obbligo di garantire le prestazioni indispensabili. Ancora, con riferimento alle procedure preventive di raffreddamento e di conciliazione, che la legge prescrive obbligatoriamente prima della proclamazione dell'astensione dal lavoro a soggetti sindacalmente qualificati, ai quali, evidentemente, è riconosciuta la prerogativa di poter disporre degli interessi dei lavoratori ⁽³²⁾. Peraltro, dall'obbligatorietà di tali procedure si deve dedurre che la loro assenza renda illegittima la stessa proclamazione di sciopero e se il loro espletamento è rimesso ai soggetti collettivi vuol dire che a questi ultimi deve riconoscersi la titolarità stessa del diritto.

Una simile impostazione finisce per comportare, giocoforza, un decisivo ridimensionamento del modello individualista della titolarità del diritto di sciopero ⁽³³⁾. Ai singoli lavoratori rimane la prerogativa di esercizio del diritto nella fase attuativa dell'astensione dal lavoro, che si esprime con la partecipazione o meno allo sciopero ⁽³⁴⁾. Ciò può ritenersi confermato anche nel richiamo del comma 3 dell'articolo 2 della legge ai *lavoratori che esercitano il diritto di sciopero*, che vuole, appunto, riferirsi alla fase attuativa dell'esercizio del diritto e non alla sua titolarità ⁽³⁵⁾. Ne consegue che astensioni dal lavoro poste in essere al di fuori da questa configurazione non integrerebbero propriamente la fattispecie dello sciopero per difetto di titolarità, potendo bensì configurare un ingiustificato inadempimento dell'obbligo di svolgere la prestazione lavorativa; e, pertanto, sono soggette ai rimedi sanzionatori previsti dal diritto dei contratti.

Insomma, può ritenersi che tale impianto normativo dia, perlomeno, un originale contributo al capovolgimento del tradizionale assunto dello sciopero da *diritto a titolarità individuale ed esercizio collettivo* a *diritto a titolarità collettiva ed esercizio individuale* ⁽³⁶⁾.

Allo stesso modo si deve intendere finalizzato il sistema sanzionatorio predisposto dalla legge, che assegna alla Commissione il potere di valutazione del comportamento *delle parti* per le possibili inadempienze o violazioni degli obblighi

⁽³¹⁾ Così M. RUSCIANO, *op. cit.*, spec. 173 ss.

⁽³²⁾ Si veda, in tal senso, M.P. MONACO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: alcuni spunti di riflessione*, in *RGL*, 2002, I, spec. 530 ss.

⁽³³⁾ Per tale conclusione, si consenta il rinvio a G. PINO, *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. 164 ss.

⁽³⁴⁾ Si rinvia diffusamente all'intervento di E. GHERA, in *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, Atti del Congresso Aidlass, Fiuggi, 8-9-10 aprile 1988, Giuffrè, Milano, 1989, 184 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. ancora M. RUSCIANO, *op. cit.*, spec. 174 ss.

⁽³⁶⁾ Tale chiave di lettura, ancor prima dell'approvazione della l. n. 146, già in U. ROMAGNOLI, *Intervento*, cit., 233, e successivamente in M. RUSCIANO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 414, e G. VARDARO, *Verso la codificazione del diritto di sciopero*, in *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 224.

da essa derivanti (articolo 13, lettera i))⁽³⁷⁾. Sembra evidente che, con riferimento ai lavoratori, per *parti* dovranno intendersi i soggetti collettivi che li rappresentano e che hanno la titolarità a proclamare lo sciopero. Nei confronti di tali soggetti la Commissione, ai sensi dell'articolo 4, comma 4-*quater*, può aprire il procedimento di valutazione del comportamento, a conclusione del quale potrà applicare le sanzioni previste nei precedenti commi 2, 4-*bis* e 4-*ter*.

In tale logica, la disposizione del comma 1 della norma in esame, nella quale si fa riferimento ai singoli «lavoratori che si astengono dal lavoro», deve ritenersi concepita alla stregua di una sanzione per i singoli lavoratori, eventualmente aggiuntiva a quella irrogabile ai soggetti collettivi nel caso in cui i lavoratori richiesti all'effettuazione delle prestazioni indispensabili non prestino la propria attività: o per il solo fatto di aver aderito a scioperi illegittimi proclamati da altri soggetti sindacali; o ancora di aver posto in essere degli scioperi spontanei, non riconducibili ad un determinato soggetto collettivo⁽³⁸⁾. Rimane, invece, sempre l'organizzazione dei lavoratori che risponde direttamente del comportamento *contra legem*, o in violazione delle regole derivanti dalla disciplina contrattuale.

Si dovrà allora ritenere che anche quanto disposto dall'articolo 2 in materia di revoca dello sciopero si pone coerentemente con questa opzione del legislatore verso il riconoscimento della titolarità collettiva del diritto di sciopero, perlomeno nel contesto applicativo della legge n. 146/1990 e sue innovazioni. Non sembra, infatti, confutabile che la prerogativa di revocare lo sciopero rimanga nella sfera del soggetto collettivo proprio come una conseguenza della titolarità di questo di proclamare l'astensione. Tale prerogativa, è bene ribadire, non è considerata nell'impianto normativo della legge come un fatto di rilevanza marginale, anzi: l'*imprimatur* del legislatore e, successivamente, gli interventi della Commissione di garanzia e la normativa contrattuale derivatane fanno di essa un istituto giuridico ben preciso con una propria disciplina circa tempi, modalità, cause che la giustificano.

Così, anche se nel comma 6 dell'articolo 2, norma base dell'istituto della revoca, non è menzionato il sindacato, appare evidente che l'esercizio di tale prerogativa non può ritenersi concepito che, coerentemente, nella sfera del soggetto collettivo. A tale soggetto, peraltro, il legislatore conferisce titolarità nell'espletamento di tutte le fasi legate alla procedimentalizzazione del conflitto, che precedono lo sciopero e spesso risultano alternative ad esso.

La titolarità di proclamare lo sciopero rientra, perciò, tra i diritti del soggetto collettivo e la possibilità di revocare lo stesso altro non è che un ulteriore aspetto di tale titolarità, una sua conseguenza naturale. Non sarebbe, oltretutto, in alcun modo concepibile ricondurre la disciplina della revoca tra le prerogative del soggetto individuale, al quale non rimane, in presenza di una proclamazione, che l'esercizio del diritto, partecipando o meno allo sciopero. Tale esercizio, peraltro, sarà giocoforza subordinato alla circostanza che la proclamazione dell'astensione

⁽³⁷⁾ Su tale potere, per tutti, M.V. BALLESTRERO, Sub *articoli 12-14*, in U. ROMAGNOLI, M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, 299 ss., e F. SANTONI, *Le sanzioni*, in F. SANTONI (a cura di), *op. cit.*, 183.

⁽³⁸⁾ Sui profili di garanzia delle prestazioni indispensabili, in relazione all'interesse generale della tutela degli utenti, si vedano F. SANTONI, *Le sanzioni*, cit., 183, M.T. CARINCI, *L'immagine della legge n. 146/1990 nelle pronunce giurisprudenziali: l'affermazione del modello pubblicistico*, in *QDLRI*, 2001, 187 ss., e, *ivi*, F. BORGOGELLI, *Le innovazioni nel sistema sanzionatorio della legge n. 146/1990*, 47 ss.

sia mantenuta in vita dal soggetto collettivo (che ne è titolare). Una volta, infatti, che il sindacato ponga in essere la revoca dell'astensione, si può dire che, con essa venga meno per il soggetto individuale la possibilità di esercitare lo sciopero nei termini garantiti dall'articolo 40 Cost.: non è concepibile, infatti, l'effettuazione di uno sciopero da parte del singolo lavoratore o da una pluralità di lavoratori non collegata alla proclamazione da parte di un soggetto collettivo. Lo sciopero potrebbe essere mantenuto in vita da un diverso soggetto collettivo in dissenso con quel sindacato che lo abbia revocato, sia esso anche un "comitato spontaneo", ma anche in tale ipotesi saremmo in presenza di un aspetto della titolarità collettiva la quale, evidentemente, non si identifica soltanto con la titolarità "sindacale" ⁽³⁹⁾.

In definitiva, essendo riconosciuta dal legislatore al soggetto collettivo la titolarità di revocare lo sciopero (così come quella di proclamarlo), l'astensione esercitata dal lavoratore nonostante l'intervenuta revoca (come quella al di fuori di una proclamazione del soggetto collettivo), non dovrebbe esser più definita come esercizio del diritto di sciopero, ma configurerebbe gli estremi dell'inadempimento contrattuale, con le ben note conseguenze previste dal diritto privato.

7. In conclusione, con riferimento al tema qui trattato, non è possibile non soffermarsi sul valore e il ruolo centrale che assume l'informazione.

Se è vero che gli effetti pregiudizievoli dell'*effetto annuncio* si determinano come conseguenza della notizia dello sciopero, è altrettanto vero che il miglior rimedio contro tali effetti non potrà che provenire da un'efficace informazione sulla revoca e sul ripristino della situazione di normalità del servizio. E questo sia che la revoca provenga dalla volontà del soggetto che ha proclamato l'astensione, nei termini previsti dalla normativa di riferimento, sia che avvenga nelle altre ipotesi di natura *esogena* che, come si è avuto modo di vedere, possano giustificare una revoca pur se pervenuta tardivamente.

Non è, ovviamente, questa la sede per un'approfondita riflessione sull'importanza dell'informazione e la comunicazione nella società multimediale; è del tutto evidente, comunque, come anche nel modello normativo dello sciopero nei servizi essenziali, fortemente contrassegnato da *annunci* e da obblighi di comunicazione (alle imprese ed amministrazioni, agli utenti e alle loro rappresentanze di interessi, alla Commissione, ai soggetti indicati all'articolo 8, ecc.), l'ottimale circolazione dell'informazione dovrebbe essere considerata un obiettivo primario.

Il discorso è fatto al condizionale perché non si può dire che sul versante dell'informazione i risultati siano entusiasmanti. Da parte dei principali mezzi di comunicazione, l'informazione sul conflitto nei servizi pubblici essenziali è quasi sempre trattata in modo insoddisfacente, con una certa drammatizzazione della notizia relativa alla proclamazione dello sciopero e una certa enfasi allarmistica ⁽⁴⁰⁾. A ciò non segue quasi mai una corretta informazione sulla evoluzione della

⁽³⁹⁾ Sul tema si veda, di recente, A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006.

⁽⁴⁰⁾ Nel citato Convegno della Uil sullo sciopero c.d. di cittadinanza venne, tra l'altro, presentato un interessante *pamphlet* sui titoli con i quali i maggiori organi di stampa trattavano degli scioperi nei servizi

vicenda, sugli interventi della Commissione di garanzia, sulla eventuale composizione del conflitto e la relativa revoca dello sciopero, ovvero sui servizi che saranno comunque garantiti nel caso in cui lo sciopero abbia effettivamente luogo. Si aggiunga, inoltre, come l'informazione in materia di scioperi nei servizi essenziali prescinda, generalmente, da qualsiasi considerazione sulla effettiva consistenza dei soggetti sindacali che proclamano le astensioni e sulla loro effettiva capacità di vulnerare il servizio pubblico interessato. Viene, così, rappresentata, ad esempio nel settore dei trasporti, la proclamazione di uno sciopero da parte di un sindacato privo di qualsivoglia rappresentatività, al pari di un'analogha astensione posta in essere da soggetti sindacali radicati nel contesto e realmente protagonisti delle relazioni industriali in quel settore. Tutto ciò ha indubbiamente effetti devastanti proprio sotto il profilo della tutela del cittadino utente.

Anche la Commissione di garanzia, dal canto suo, nel corso della sua esperienza, ha probabilmente sottovalutato la rilevanza del tema dell'informazione, perdendo, nei fatti, l'occasione di proporsi come fulcro del sistema dell'informazione e rinunciando quasi a un ruolo protagonista nella gestione di questa. Tale ruolo non può essere svolto solamente attraverso la predisposizione di un *sito internet* o la diffusione di qualche comunicato in occasione di scioperi particolarmente significativi; esso presuppone piuttosto un intervento sistematico e diffuso sui mezzi di comunicazione pretendendo da questi il rispetto di quanto appositamente previsto dalla normativa in materia di obblighi di informazione. Basta pensare al riguardo che al momento presso la Commissione non è stato costituito un ufficio stampa e non vi è un addetto che si occupi a tempo pieno di comunicazione. In tutta l'esperienza attuativa della legge n. 146 non si riscontrato, inoltre, incisivi interventi da parte dei garanti, volti a promuovere il rispetto delle disposizioni in materia di obblighi di informazione nei confronti di enti o soggetti espressamente richiamati dal legislatore a garantire l'informazione.

In questa direzione si è mosso il legislatore in occasione, soprattutto, della riforma della legge n. 146 nel 2000 (legge n. 183) e ha guardato all'autorità di garanzia come luogo privilegiato di destinazione e sede centrale dell'informazione sul conflitto nei servizi essenziali. Proprio questa posizione della Commissione dovrebbe costituire la migliore chiave d'accesso per una lettura dei suoi poteri⁽⁴¹⁾. Così, la comunicazione dell'astensione collettiva – comprensiva di motivazioni e modalità attuative – va data alle amministrazioni o alle imprese, le quali ne curano l'immediata e completa trasmissione alla Commissione (articolo 2, comma 1); «Le amministrazioni e le imprese erogatrici di servizi hanno l'obbligo di fornire tempestivamente alla Commissione (...) le informazioni riguardanti gli scioperi proclamati ed effettuati, le revoche, le sospensioni ed i rinvii (...) le relative motivazioni, nonché le cause di insorgenza dei conflitti»; la violazione di tali obblighi sarà sanzionata secondo le nuove regole stabilite dal successivo articolo 4-*sexies* in materia di responsabilità dei dirigenti delle amministrazioni o i rappresentanti

pubblici essenziali, limitandosi sostanzialmente alla fase della dichiarazione. Ovviamente i titoli erano caratterizzati da un deciso catastrofismo (*Il paese in ginocchio; Paralisi Italia; Calvario nei trasporti; Settimana di passione*) senza, appunto, fornire ulteriori notizie sulle evoluzioni, spesso in senso positivo, delle vicende narrate.

⁽⁴¹⁾ Per tale impostazione si consenta il rinvio a G. PINO, *I poteri della Commissione di garanzia*, cit., 109 ss.

delle imprese; l'Inps deve trasmettere trimestralmente i dati conoscitivi sulla devoluzione dei contributi sindacali trattenuti a titolo di sanzione per violazione della normativa. Inoltre la legge n. 146 ha predisposto una serie di disposizioni rivolte proprio a garantire in modo efficace l'informazione.

L'articolo 13, lettera n), impegna la Commissione a trasmettere ai Presidenti dei due rami del Parlamento e al Governo gli atti e le pronunce di propria competenza, e pone a carico di quest'ultimo l'onere di assicurarne la divulgazione tramite i mezzi di informazione. Non appare, in verità, soddisfacente interpretare la disposizione nel senso di obbligare a portare a conoscenza dei soggetti interessati gli atti della Commissione; tale obiettivo è soddisfatto dalla Commissione stessa che in tal senso provvede alla trasmissione delle proprie delibere ai destinatari. La disposizione in esame, piuttosto, pur nel suo contenuto generico, afferma un principio ben preciso che chiama il Governo ad un ruolo attivo per assicurare l'informazione sull'attività della Commissione da rendere all'opinione pubblica attraverso i mezzi di informazione. Dalla norma si può configurare, per converso, una prerogativa di intervento della Commissione di garanzia al fine di ottenere, in tal senso, un'azione mirata dell'esecutivo.

La norma in questione deve, altresì, esser letta a completamento di quanto disposto nel primo capoverso del comma 6 dell'articolo 2, oggetto qui di specifica considerazione. Come sopra evidenziato, tale disposizione oltre che costituire il punto di partenza per la disciplina della revoca e dei doveri di informazione che gravano sulle parti, contempla un preciso obbligo per il servizio pubblico radiotelevisivo, nonché per le altre emittenti radiotelevisive e i giornali quotidiani che si avvalgono di finanziamenti o agevolazioni, tariffarie o fiscali, previste da leggi dello Stato: essi devono fornire «informazioni complete» sulle astensioni dal lavoro relative all'inizio, la durata, le misure alternative predisposte e dunque anche le relative revoche. Il disposto finale dell'articolo 13, lettera n), diventa così norma di completamento del circuito dell'informazione così come concepito dal legislatore, nel senso che al Governo sono demandate le necessarie iniziative per impegnare i *mass media* a rendere all'utenza la necessaria informazione sugli interventi dell'autorità di garanzia e, più in generale, sullo svolgimento del conflitto nei servizi pubblici essenziali.

Tutto ciò diventa una condizione essenziale se si assume, come è opportuno che lo sia, il ruolo dell'informazione nel disegno della legge n. 146, non come qualcosa di marginale ma come presupposto necessario per l'effettivo funzionamento dell'impianto normativo disegnato dal legislatore. Si consideri, peraltro, che il concetto stesso di *effetto annuncio*, nel suo significato di pregiudizio ai diritti dell'utenza, non avrebbe ragione di esistere in costanza di un efficace funzionamento del sistema di informazione.

L'istituto della revoca dello sciopero e il c.d. effetto annuncio – Riassunto. *L'A. richiama l'intento pedagogico alla base della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, volto a favorire il mantenimento e il rafforzamento di corrette relazioni industriali attraverso regole che evitino il ricorso a comportamenti fraudolenti durante lo svolgimento del conflitto: una necessità nel contesto dei servizi pubblici essenziali nata da una spiccata terziarizzazione degli effetti del conflitto. Uno dei comportamenti fraudolenti è il c.d. effetto annuncio, provocato dalla revoca dello sciopero da parte del soggetto collettivo che lo ha proclamato a ridosso della data prevista per l'attua-*

zione e senza un'adeguata informazione. Tale situazione altera l'equilibrio sinallagmatico del rapporto contrattuale, che deve ritenersi esteso nelle varie fasi del rapporto, compreso lo svolgimento del conflitto. L'A. procede ad esaminare la disciplina dell'istituto della revoca, sottolineando come essa recepisca un orientamento elaborato dalla Commissione di garanzia in vari interventi precedenti al 2000 e sulla scorta del presupposto pregiudizio derivante dall'effetto annuncio, indipendentemente dalla regolarità della proclamazione. L'A. richiama, inoltre, le eccezioni che giustificano la revoca tardiva a partire dalla composizione della vertenza fino alle due modalità di intervento previste per la Commissione di garanzia. A livello sistematico emerge poi che la disciplina della revoca può costituire un'ulteriore prova della predisposizione del legislatore verso modelli di controllo collettivo del conflitto e verso il riconoscimento di forme di titolarità collettiva del diritto di sciopero che porterebbe al capovolgimento del tradizionale assunto dello sciopero da diritto a titolarità individuale ed esercizio collettivo a diritto a titolarità collettiva ed esercizio individuale. In conclusione, l'A. si sofferma, dalla prospettiva degli istituti esaminati, sui profili relativi alla valorizzazione della centralità della Commissione di garanzia nel sistema di informazione relativo al fenomeno conflittuale nei servizi pubblici essenziali.

The calling off of strikes and the impact of industrial action that is subsequently called off (Article in Italian) – Summary. *This paper highlights the “educational” function of the law on strikes in essential public services, aimed at promoting and strengthening good practices in industrial relations by means of regulations that prevent the use of fraudulent conduct during collective disputes. This need is particularly evident in the essential public services, due to the significant impact of industrial action on third parties. One particular form of fraudulent practice consists of calling a strike that is then called off by the trade union just before it is scheduled to take place, without providing adequate notice. This alters the balance of contractual relations, that should be maintained in all stages of industrial disputes. The author then examines procedures for calling off strikes, examining the guidelines adopted by the Commission on the right to strike in essential public services, at various times prior to 2000, focusing on the effect of the calling of a strike, regardless of whether the proclamation is in compliance with the provisions laid down. The author also examines the factors that may be used to justify strikes being called off at the last minute, from the settlement of the dispute, to the two types of measures that may be taken by the Commission on the right to strike. At a systemic level it is evident that the regulations on the calling off of industrial action reveal a preference on the part of the legislator for collective forms of control over industrial conflicts, with a tendency to recognise collective forms of action, moving away from the traditional conception of the right to strike as an individual entitlement exercised in collective forms, towards a conception of a collective right that is exercised at an individual level. In concluding, the author examines the future prospects for these practices, with a view to placing greater value on the central role of the Commission on the right to strike as a provider of information relating to conflict in the essential public services.*

Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali A proposito di un recente libro di Antonio Vallebona

Nel corso del 2007 Antonio Vallebona ha dato alla stampa il volume Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, edito da Giappichelli. Abbiamo chiesto ad alcuni esperti della materia di dar seguito alle molteplici sollecitazioni contenute nel libro di Vallebona recensendo il volume sulle pagine della nostra Rivista. Seguono così gli Interventi di Mariella Magnani, Gian Primo Cella, Maria Vittoria Ballestrero, Sergio Magrini, Maria Rita Iorio, Francesco Santoni, Michele Tiraboschi, Antonello Zoppoli, Maurizio Sacconi.

Ringraziamo gli Autori per il contributo che ci hanno offerto e, con loro, anche Antonio Vallebona che chiude la presente sezione spiegando le ragioni della propria ricerca.

Il libro di Antonio Vallebona sullo sciopero: l'occasione per un bilancio della legge 146 alla luce della esperienza applicativa

*Mariella Magnani **

Un'opera come quella di Antonio Vallebona è meritoria, perché, come avverte lo stesso autore, colma un vuoto: un vuoto avvertito dalla stessa Commissione di garanzia, inclusa giustamente tra i suoi possibili fruitori. La sistemazione della propria giurisprudenza e dell'ormai importante – pure da un punto di vista quantitativo – giurisprudenza ordinaria e amministrativa formatasi sulle sue delibere è un'esigenza che la Commissione avverte ogni giorno, anche se essa non è ancora riuscita, per le ben note limitazioni organizzative, a provvedervi in modo organico.

Il merito di Antonio Vallebona è di essere riuscito ad organizzare la copiosa giurisprudenza della Commissione di garanzia, e della stessa giurisprudenza ordinaria e amministrativa, calandola nel solco del dibattito teorico-scientifico e non rinunciando mai, secondo il suo stile sintetico, a prendere posizione sulle questioni fondamentali. La sistematica è solo apparentemente semplice; l'approccio è solo apparentemente esegetico o da "glossatore".

Fondamentale è il I capitolo, sui principi. Tornare ai principi... Di fronte a tanta produzione di stampo "regolamentare" è ora si torni innanzitutto ai principi. E nel capitolo citato vi è in primo luogo giustamente colto un punto mai completa-

* *Mariella Magnani è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Pavia e componente della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.*

mente risolto dal dibattito: quello della titolarità del diritto di sciopero e della c.d. disponibilità sindacale del medesimo, da cui discendono, a cascata, una serie di conseguenze.

Ancora oggi si legge talora che il sindacato non sarebbe legittimato a regolare l'esercizio del diritto di sciopero perché si tratta di un diritto a titolarità individuale di cui esso non può disporre. In verità, anche in generale, a prescindere da quel che si può desumere dalla specifica regolamentazione contenuta nella legge n. 146 del 1990, la ritenuta titolarità "esclusivamente" individuale del diritto di sciopero vuol solo dire che l'intervento (c.d. proclamazione) sindacale non è necessario al fine di dare ingresso ad uno sciopero tutelato dall'articolo 40 Cost., che può essere attuato anche da un gruppo o da una coalizione occasionale; non vuol ancora dire che esso sia un diritto "inalienabile" (come si afferma ancora nei manuali) anche nei confronti del sindacato ⁽¹⁾. L'articolo 40 Cost. è, sotto questo profilo – vale a dire sotto il profilo della titolarità –, "impreciso", non escludendo il monopolio sindacale (ferma restando l'esigenza di conciliare questo monopolio con il principio di libertà e quindi di pluralismo sindacale). Il vero è che solo a seguito dell'"impossibilità" della c.d. legge sindacale è divenuto inevitabile ⁽²⁾ prendere atto che si può giungere allo sciopero tutelato dall'articolo 40 Cost. per le iniziative più varie, o per proclamazione sindacale, da parte cioè di entità stabili, o per coalizione spontanea. Di qui la formula corrente «diritto individuale ma ad esercizio collettivo» (recentemente corretta in «diritto collettivo ma ad esercizio individuale»): precisazione, quest'ultima, solo di carattere terminologico, perché titolarità collettiva non vuol ancora dire, né può voler dire, fino a che, appunto, non si siano individuati legislativamente i sindacati abilitati a proclamare lo sciopero, titolarità sindacale. Se quanto riportato prima fosse vero, se cioè si trattasse di un diritto inalienabile anche nei confronti del sindacato, allora bisognerebbe coerentemente escludere ciò che viene comunemente accettato, vale a dire la rilevanza di limitazioni convenzionali all'esercizio del diritto di sciopero sul piano meramente endoassociativo; in altre parole, la responsabilità disciplinare interna, ad esempio in presenza di una clausola di tregua con efficacia meramente obbligatoria – come anche di clausole limitative del conflitto contenute nei codici di autoregolamentazione sindacale – dei singoli iscritti al sindacato che abbiano scioperato in violazione di essa.

Precisato questo aspetto, emerge che non vi è alcuna inidoneità strutturale delle clausole di tregua sindacale o di regolamentazione dell'esercizio del diritto di sciopero ad assumere valenza normativa, residuando semmai solo il problema dell'ambito soggettivo di efficacia di detti accordi ⁽³⁾.

Vallebona dunque, giustamente, riconduce la questione della natura obbligatoria o normativa delle clausole di tregua sindacale ad un piano meramente interpretativo; affronta il problema se dalle clausole limitative dei contenuti della contrattazione collettiva possa discendere un obbligo di tregua e butta un vero e proprio sasso là dove si spinge a prospettare addirittura che dai limiti contenutistici della

⁽¹⁾ Cfr., ad es., G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, 166.

⁽²⁾ Così, con la consueta lucidità, G. PERA, *Il diritto di sciopero*, in *RIDL*, 1986, I, spec. 447 ss.

⁽³⁾ M. MAGNANI, *Contratto collettivo e governo del conflitto*, in *DLRI*, 1990, 707 ss. Si veda anche P. TOSI, *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in *DLRI*, 1988, 449 ss.

contrattazione collettiva decentrata nel pubblico impiego derivi un obbligo di pace sindacale in relazione alle materie già definitivamente regolate dal contratto nazionale.

Questa riflessione è importante perché è diagnosi diffusa che dalla scissione tra contratto collettivo e sciopero derivi la crisi del diritto sindacale italiano.

Venendo alle regole specifiche dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, la disposizione più problematica, nella gestione e negli esiti, è indubbiamente quella relativa alla “rarefazione”, vale a dire la regola per la quale deve intercorrere un intervallo minimo tra la proclamazione di uno sciopero e l’effettuazione di quello successivo là dove, a causa del succedersi di astensioni dal lavoro che incidono sullo stesso servizio finale o sullo stesso bacino d’utenza, possa essere compromessa la continuità del servizio.

Giustamente in proposito Vallebona sottolinea come il legislatore abbia lasciato ad una valutazione tipica della contrattazione collettiva la decisione circa la necessità e la conformazione della regola dell’intervallo minimo. Nata come antidoto alla frammentazione sindacale e quale surrogato di regole incidenti sulla qualità dei soggetti proclamanti, essa ha mostrato le sue difficoltà proprio dove esiste una frammentazione elevata. In questi settori (si pensi tipicamente al settore dei trasporti) i calendari degli scioperi sono così fitti da rendere impossibile lo sfoltimento auspicato dall’opinione pubblica; e ciò mentre le organizzazioni sindacali hanno, per converso, la percezione dell’esistenza di una regolamentazione eccessivamente restrittiva del diritto di sciopero.

Naturalmente, un assetto equilibrato e funzionante del sistema contrattuale costituirebbe la soluzione a monte del problema. Ma qui non voglio intrattenermi sulla possibilità e sulla auspicabilità di una legge sulla rappresentanza sindacale e, in particolare, di una legge calibrata sulla disciplina dettata per il pubblico impiego ⁽⁴⁾. Mi limiterò a sottolineare che, a meno di non attribuire solo ai sindacati rappresentativi l’arma dello sciopero – e neppure chi invoca una legge sulla rappresentatività sindacale si spinge a tanto –, siffatto intervento non sarebbe decisivo ai fini del contenimento del conflitto. È un quadro idilliaco quello dipinto da chi ritiene che una norma di legge, che preveda in termini non equivoci la composizione e i modi di formazione del soggetto che contratta per i lavoratori, i canali democratici di aggregazione del consenso e quelli che possono dar efficacia anche giuridica ad un rilevante dissenso, darebbe finalmente un quadro di certezze su “chi rappresenta chi”, e che in un simile quadro di certezze verrebbero meno le ragioni di qualunque sciopero di natura microcorporativa ⁽⁵⁾.

Quanto alle regole a valle, di cui solo giustamente Vallebona si occupa, varie sono le tecniche ipotizzate nell’applicazione della regola della “rarefazione” al fine di contemperare l’interesse sindacale con quello degli utenti: dalla previsione del preavviso massimo alla prefigurazione dell’obbligo per i lavoratori di comunicare preventivamente la propria adesione allo sciopero. Quest’ultima consentirebbe

⁽⁴⁾ Cfr. M. MAGNANI, *La rappresentanza degli attori sindacali. Serve una legge? Spunti di riflessione*, in *q. Rivista*, 2006, 967 ss.; ID., *Legge, sindacato, autonomia collettiva*, in *ADL*, 2000, 181 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. G. GHEZZI, *Il diritto al conflitto nei servizi pubblici essenziali e la dinamica delle istituzioni*, in *AA.VV., Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, II, 984-985.

di valutare anticipatamente con certezza gli effetti dell'astensione, con esclusione dello sciopero dalla rarefazione se essi rimangono al di sotto di una soglia predefinita nella medesima disciplina di settore.

Tale condizionamento procedurale appare meno incisivo, dal punto di vista collettivo, di quello conseguente, ad esempio, al *referendum* preventivo, ma più stringente dal punto di vista individuale: in altri termini, l'obbligo di dichiarare anticipatamente la propria adesione allo sciopero, con conseguente esposizione e visibilità individuali, potrebbe essere visto come un condizionamento indiretto della piena libertà del singolo. Certo, qui siamo nel settore dei pubblici servizi e non ci muoviamo nella prospettiva dell'interesse del datore di lavoro di depotenziare gli effetti dello sciopero, bensì in quella di tutela degli interessi degli utenti. Dunque, la sua previsione non sembra porre problemi di legittimità, soprattutto se siffatto "sacrificio" fosse richiesto dalla estrema particolarità del servizio (si pensi ad esempio ai controllori di volo). Ma, attesi i dubbi che la circondano e la stessa avversione sindacale, pare improbabile la percorribilità della proposta, al di fuori, appunto, di ipotesi circoscritte.

Circa il *referendum* preventivo, che è l'altra ipotesi circolata nel dibattito, non se ne è mai seriamente discusso (e neppure in questo libro se ne discute) essenzialmente per una serie di pregiudizi o, quanto meno, per un fenomeno di vischiosità intellettuale.

Escluso che gli ostacoli siano di principio, legati alla normativa costituzionale in punto di titolarità del diritto di sciopero, i problemi che essa ingenera sono semmai di natura tecnica (in particolare, come definire l'ambito dei soggetti interessati dalla consultazione): dunque per definizione risolubili, come dimostra l'esperienza dei Paesi che praticano il *referendum*, vale a dire quelli anglosassoni.

Infine, l'apparato sanzionatorio. Mi pare che anche dal lavoro di Vallebona esca la conferma che, più che l'apparato sanzionatorio, sono le regole sostanziali a mostrare delle crepe. Nel volume è ben ricostruito il dibattito che ha interessato i c.d. scioperi spontanei. Come sappiamo, la legge – in coerenza con la sua natura di legge contrattata – confida sulla capacità delle associazioni sindacali di governare il conflitto e, non a caso, connette la prescrizione delle sanzioni individuali da parte della Commissione di garanzia alla valutazione di illegittimità del comportamento delle organizzazioni sindacali. Con la conseguente difficoltà di "catturare" gli scioperi spontanei. A tale difficoltà la Commissione ha fatto fronte enfatizzando il riferimento operato dalla legge all'"organizzazione" sindacale: *genus* più ampio, come noto, della *species* "associazione", in quanto idoneo a comprendere tutte le forme di coalizione sindacale, anche non strutturate secondo il modulo associativo. Accade infatti che i lavoratori conducano azioni conflittuali anche attraverso coalizioni occasionali, in cui, mancando l'elemento della stabilità, non può ravvisarsi un'associazione, e la cui regolamentazione giuridica dovrà essere reperita nelle altre forme organizzatorie del diritto privato. Può, dunque, essere aperto un procedimento di valutazione nei confronti di un comitato spontaneo di sciopero, anche se ciò non può condurre, nel caso di violazione delle disposizioni di legge, all'adozione delle sanzioni previste ai commi secondo e quarto dell'articolo 4, conformate sull'ipotesi del sindacato/associazione, ma può sfociare unicamente, in caso di valutazione negativa, nella possibilità di prescrivere

al datore di lavoro l'applicazione delle sanzioni disciplinari. La difficoltà di individuare in concreto il legale rappresentante, in caso di comitato spontaneo ed effimero, ha poi indotto la Commissione ad escludere la deliberazione della sanzione amministrativa sostitutiva *ex* articolo 4, comma 4-*bis*, legge n. 146 ⁽⁶⁾. In proposito, indubbiamente interessante è l'idea di considerare tutti gli scioperanti, in quanto componenti del comitato spontaneo promotore, responsabili tra loro in solido per la sanzione amministrativa *ex* articolo 4, comma 4-*bis*. Un'idea che da qualche tempo circola nel dibattito e che meriterebbe di essere seriamente discussa ⁽⁷⁾.

Un'ultima considerazione ancora sui principi. La titolarità individuale del diritto di sciopero ha indubbiamente rappresentato nella trascorsa stagione del diritto sindacale uno strumento di libertà, in quanto contrappeso al monopolio di fatto assunto dai sindacati maggiormente rappresentativi nella contrattazione collettiva. Prendere atto però che essa non è un "dogma" e neppure una soluzione necessariamente imposta dalla Carta Costituzionale significherebbe rimuovere un ostacolo formidabile a discutere seriamente di soluzioni innovative almeno nel settore dei servizi pubblici essenziali. Quelle soluzioni innovative – ed efficaci – che ci sono pressantemente richieste dall'opinione pubblica.

⁽⁶⁾ Cfr., tra gli altri, il commento di L. MONTUSCHI, *Lo sciopero senza regole*, in *Newsletter CgS*, 2003, n. 3, 17 ss.

⁽⁷⁾ Si veda ora il contributo di A. ZOPPOLI che segue in *q. Sezione*.

*Gian Primo Cella **

Di una guida dettagliata che permettesse di districarsi nel “diritto vivente” che vede al centro la attività di regolazione svolta dalla Commissione di garanzia ce n’era effettivamente bisogno. Ce la fornisce il recente contributo di Antonio Vallebona, informatissimo, dettagliato, equilibrato, frutto non solo di una grande capacità tecnica, ma anche dell’esperienza di un mandato nella Commissione stessa. Una esperienza interrotta forse per la conclusione della fase del «contributo prevalente dei professori di diritto del lavoro nella Commissione di garanzia» (p. XIII), come l’autore riferisce con elegante *understatement* di una vicenda non certo brillante di gestione delle nomine nelle autorità di regolazione da parte delle istituzioni politiche. A una guida operativa non si richiede di perdersi troppo in preliminari, di soffermarsi sulle ragioni che rendono conto della strada di regolazione prescelta, di illustrare il contesto sociale ed istituzionale in cui questa strada si inserisce. Ma senza preliminari, senza ragioni, senza contesto chi scrive (un non-giurista e un non-attore) non avrebbe molto da dire, non bastando certo la qualifica di ex-commissario per giustificarne i commenti (i giudizi degli ex come è noto non sono quasi mai auspicabili). È per questo che sono spinto a ritornare su quello che sta dietro, e sotto, l’esperienza italiana di regolazione degli scioperi nei servizi pubblici.

Lo sciopero rappresenta molto bene le potenzialità, ma anche i limiti e le vulnerabilità della società pluralista. È uno strumento della competizione fra i gruppi, e in qualche misura tende sempre a infliggere un danno, o la minaccia di questo. Ma entro quali limiti sono ammissibili, o accettabili, i danni, e le loro conseguenze indirette? Come si sa il pluralismo è eticamente debole, e si rivela incerto nel determinare limiti, e obblighi. È sufficiente il condizionamento imposto dal mercato e dalla sua logica di funzionamento? E cosa accade quando i danni e i disagi non sono sopportati dalle parti in causa, ma ricadono su soggetti terzi? Sarà l’intervento legislativo in grado di limitare abusi e usi impropri dell’arma dello sciopero, specie in quegli assetti di democrazia pluralista che hanno riconosciuto allo sciopero lo *status* impegnativo e emblematico di un diritto? È in fondo a queste domande di carattere generale che ha tentato di fornire una risposta l’originale esperienza italiana di regolazione dell’attività di sciopero nei servizi pubblici essenziali (derivante dalla legge n. 146/1990 e dalla successiva novella della legge n. 83/2000). L’originalità ha destato interesse in giro per il mondo e qualche tentativo di imitazione, ma ha dovuto pagare il prezzo di una macchinosità invero eccessiva, come si potrà rilevare anche solo da una prima occhiata al volume di Vallebona che stiamo qui presentando. Una macchinosità che resta oggi, potrei aggiungere, il ricordo più vivo della mia lunga esperienza (sei anni) come membro della Commissione di garanzia e che forse avevo in parte rimosso ma che mi è tornato alla mente proprio in questa occasione.

* Gian Primo Cella è professore ordinario di Sociologia economica presso l’Università degli Studi di Milano.

La trasformazione più clamorosa dello sciopero a cui la legge ha dovuto, e deve, far fronte deriva da una sua nuova localizzazione. Non è più l'industria a essere il luogo tipico della conflittualità, che si è trasferita soprattutto sul fronte delle reti materiali e immateriali dei servizi. È su questa conflittualità che sono messe a dura prova le capacità di regolazione degli assetti istituzionali (legislativi o contrattuali), le capacità di conciliazione e mediazione delle autorità politiche o amministrative, le capacità di rappresentanza delle associazioni sindacali (specie di quelle confederali), le capacità gestionali e negoziali delle imprese o degli enti erogatori dei servizi (come ha mostrato ancora di recente la vicenda Alitalia), le capacità (non illimitate) di sopportazione dei cittadini-utenti, le ambizioni delle purtroppo deboli associazioni di rappresentanza degli utenti, le capacità di assorbimento dei sistemi integrati (nazionali e internazionali) di servizi. Sicuramente un bel banco di prova per l'efficienza delle istituzioni e dei sistemi di relazioni industriali, in ogni esperienza nazionale entrata nell'era della società dei servizi, non solo in Italia. Anche se nel caso italiano alcune manifestazioni assumono caratteri del tutto particolari specie a causa della frammentazione della rappresentanza sindacale.

La conflittualità nella sua forma "terziaria" non è adeguatamente rappresentata dai tradizionali indicatori statistici degli scioperi (il numero dei conflitti, i lavoratori partecipanti, le giornate perdute), ovvero quelli usati nella ricerca economico-sociale, ma anche quelli che colpiscono periodicamente l'attenzione, e la fantasia, dei giornalisti. Le forme più "efficaci", più "dannose", più vulneranti di conflitto non si traducono proporzionalmente in questi indicatori. Si diffonde addirittura una azione conflittuale priva di scioperi (*short of strikes*) che è spesso più dannosa di quella canonica, e sempre molto meno costosa per chi la intraprende (ad esempio, scioperi bianchi o scioperi delle mansioni). Un paradosso impagabile viene raggiunto nel settore dei trasporti con il cosiddetto "effetto annuncio": uno sciopero non è più necessario farlo (sopportandone i relativi costi e i rischi sulla riuscita), basta proclamarlo e poi revocarlo all'ultimo momento. Il disagio per gli utenti e il disservizio per le aziende è ottenuto senza nessun costo per i proclamanti lo sciopero. Ovviamente lo sciopero minacciato va talvolta praticato, per lasciare ben desta l'incertezza degli utenti, e per impedire ogni efficace previsione.

Allo stesso modo i dati statistici non possono render conto del potere vulnerante di alcune categorie (si pensi agli addetti al controllo volo, ai capistazione nelle ferrovie o ai dipendenti dai centri di elaborazione dati). È proprio questo eccezionale potere a trovarsi spesso all'origine delle forme più spiccate di sindacalismo particolarista, con i connessi effetti di frammentazione della rappresentanza all'origine di quella galassia del sindacalismo autonomo che resta l'altro vivo ricordo della mia esperienza di *commissario*. Nulla di simile è rilevabile nel tradizionale sindacalismo industriale.

Le conseguenze dell'azione conflittuale ricadono non solo sulle controparti formali, ma anche, se non soprattutto, sugli utenti. In taluni casi, ad esempio in alcuni servizi con strutture di costi fortemente deficitarie (come non poche aziende di trasporto urbano) lo sciopero potrebbe talvolta addirittura tradursi in un vantaggio economico per l'azienda. Il danno agli utenti è aggravato nelle situazioni (e sono molte) nelle quali il servizio è fornito in sostanziali condizioni di mono-

polio, che di fatto permangono anche dopo i provvedimenti di liberalizzazione o di privatizzazione. L'effetto distruttivo è amplificato oltre misura nelle situazioni di forte integrazione sistemica, come nelle reti di trasporto delle aree metropolitane, o nel trasporto aereo. In questi casi sembra venir meno qualsiasi equa corrispondenza, socialmente accettabile, fra sacrificio sopportato dai lavoratori scioperanti e danno inferto alle comunità, urbane, regionali, nazionali.

Le controparti dei lavoratori "terziari" sono, inoltre, di incerta determinazione specie qualora i servizi siano forniti dalla pubblica amministrazione: i dirigenti delle imprese o degli enti? Le associazioni datoriali? Le autorità di governo? E in questo caso quali? Ad esempio, nelle ferrovie, il ministero dei trasporti o il tesoro? Gli organismi rappresentativi? Ecc. La situazione non è per nulla chiarita dai provvedimenti di privatizzazione degli enti, quando questi continuano a risultare fortemente dipendenti dalle risorse finanziarie pubbliche (come nelle ferrovie o nel trasporto locale), o dalla regolazione della attività di controllo. Nei fatti questo conduce ad un vero e proprio processo di contrattazione multilaterale. In questi casi, non esistendo una chiara dicotomia e contrapposizione fra le parti, il gioco negoziale si complica fortemente, ed è più difficile che inneschi quel circolo virtuoso fra conflitto e negoziazione che può agevolare il raggiungimento degli accordi.

Come si diceva a rendere specifico il conflitto terziario contribuisce in modo decisivo la presenza diffusa, specie in Italia ma non solo (si veda di recente anche il caso tedesco nelle ferrovie), di associazioni sindacali di tipo particolaristico. Alcune volte sono associazioni di mestiere in senso proprio, come quelle dei piloti d'aereo o dei macchinisti, altre volte sono associazioni di stampo "occupazionale", come in passato quelle dei capistazione o ancora oggi quelle dei medici o degli insegnanti. Altre volte si tratta di sindacati semplicemente appartenenti al sindacalismo autonomo o indipendente, sia pure racchiuso entro più o meno improbabili confederazioni. Per tacere infine delle associazioni esistenti quasi solo sulla carta, e che cercano, magari proprio con il ricorso all'"effetto annuncio", l'affermazione della propria identità.

Il carattere comune di queste associazioni è il particolarismo. Attraverso l'utilizzo del proprio potere vulnerante riescono a agire in piccole categorie o gruppi omogenei, sfuggendo ai paradossi dell'azione collettiva e riuscendo a non essere a loro volta colpiti dalle conseguenze sociali e economiche delle proprie azioni. Non devono inoltre sopportare e gestire le reazioni di altre categorie di lavoratori, colpiti come cittadini utenti. Una gestione che è invece costretto ad accollarsi il grande e tradizionale sindacalismo confederale. La piccola ed omogenea composizione mette al riparo queste associazioni anche dalle conseguenze di tipo economico. Le situazioni di monopolio proteggono anche dagli effetti delle azioni più distruttive. Gli effetti sistemici sono risentiti solo in minima parte, ripartendosi su aree, mercati, gruppi di utenti, molto più estesi. I benefici potenziali possono essere grandi, i costi sicuramente minimi. I processi di privatizzazione e liberalizzazione hanno iniziato a intaccare solo in parte queste situazioni. Nel frattempo, in casi come quello delle ferrovie, hanno generato un aumento della conflittualità proprio come reazione alle ristrutturazioni legate a tali processi.

Sono queste trasformazioni che spiegano un fenomeno abbastanza curioso: l'insoddisfazione crescente dei cittadini, e dei loro rappresentanti politici, nei confronti

degli scioperi proprio in una fase caratterizzata da una tendenziale discesa della conflittualità sindacale nel suo insieme. Una insofferenza puntualmente registrata e amplificata dai mezzi di comunicazione. Nell'esperienza italiana degli anni Novanta (il decennio che apre e chiude l'innovazione legislativa) si è scioperato molto di meno rispetto a uno o due decenni addietro, ma si è scioperato in settori che incidevano concretamente nel tessuto della convivenza sociale. Da qua sono nate quelle esigenze di regolazione dell'attività di sciopero che non si erano manifestate in altri periodi, ben più segnati da una intensa conflittualità sindacale. Gli osservatori più maliziosi ricordano anche i due eventi (campionati di calcio del 1990 e Giubileo del 2000) che hanno reso più urgenti le esigenze di regolazione, e forse non hanno del tutto torto. Sono esigenze che si traducono in un processo di istituzionalizzazione dell'attività di sciopero.

Lo sciopero resta la risorsa non rinunciabile dell'azione sindacale nelle relazioni contrattuali, ma una sua efficace istituzionalizzazione dovrebbe favorire, se non imporre, un suo uso parsimonioso. D'altra parte, e la storia del movimento degli scioperi bene lo dimostra, a regolare i conflitti, e a prevenire gli scioperi, è soprattutto l'efficacia di un sistema di relazioni industriali, specie per quanto attiene alla contrattazione collettiva e alle norme (di fonte legislativa o contrattuale) sulla rappresentanza sindacale. Nessuna disposizione legislativa e nessun intervento giudiziario, in assetti liberal-democratici, sarà in grado di scoraggiare, impedire, o prevenire, il ricorso allo sciopero esclusivamente tramite norme restrittive.

Nell'esperienza italiana, relazioni industriali ormai entrate nella fase della maturità permettevano, nonostante tutto, un uso parsimonioso dello sciopero nei settori industriali esposti alla competizione. Non altrettanto si poteva dire per quanto riguardava i settori dei servizi pubblici dove la frammentazione contrattuale e della rappresentanza sindacale, unitamente alla sostanziale protezione dalla concorrenza, erano all'origine di un uso eccessivo, e in taluni casi dissennato (come nel controllo del volo), dello sciopero, o almeno della sua minaccia. L'intervento di norme esplicite di regolazione, dopo più di quarant'anni dal preannuncio presente nella Costituzione, non poteva essere più rinviato, anche in presenza delle sollecitazioni esterne a cui si accennava. Si giunse così alla legge n. 146 del 1990.

Con la legge n. 146 si fornisce la prima attuazione della prescrizione presente nell'articolo 40 della Costituzione, sia pure limitatamente ai servizi pubblici essenziali. Il carattere generale della legge non si misura tuttavia, almeno direttamente, con la logica e la pratica delle relazioni industriali. Non tende tanto a istituzionalizzare il conflitto per favorire il processo negoziale e renderlo più efficiente, secondo la famosa affermazione di un grande economista, John Hicks, secondo la quale gli scioperi non sono altro che l'effetto di negoziazioni sbagliate, inefficienti. La legge tende piuttosto a rendere compatibile l'esercizio dello sciopero con altri diritti costituzionalmente garantiti, a partire dalla caratteristica di fondo che assume proprio il conflitto terziario: il coinvolgimento nel conflitto di parti esterne, "terze", che non hanno alcuna voce nel conflitto stesso. Da questo punto di vista è una legge con un fondamento etico che non si ritrova comunemente negli assetti legislativi delle esperienze di tipo liberal-democratico, anche se trova ispirazione nei principi costituzionali che dovrebbero ordinare queste esperienze.

Da questo carattere di fondo deriva la scelta della legge in favore della regolazione, piuttosto che in direzione della prevenzione. È questo, come ha efficacemente osservato Mario Grandi ⁽¹⁾ richiamandosi a Kahn-Freund, un limite non da poco: «la filosofia della *prevenzione*, in una logica costruttiva di dinamiche relazioni negoziali, dovrebbe prevalere su quella della mera *regolazione* che non può che avere una funzione residuale». È un limite che si tenterà in parte di superare con la novella del 2000, ma senza significativi successi.

Queste le ragioni e il contesto che spiegano il “diritto vivente” a cui è dedicata la guida di Vallebona, simpaticamente introdotta da alcune “rime in libertà”, che narrano di vicende nelle quali sono alle prese regolatori, attori, utenti, con percorsi non privi di imprevisti e paradossi. La disciplina dello sciopero è giustamente ritenuta «simbolo del regime concertativo» (p. 3), ovvero un mix di regole autonome ed eteronome, dove il prevalere delle prime indica la condizione necessaria per il funzionamento della disciplina, ovvero l’operare di un sistema efficace di contrattazione collettiva. Come si sarà visto in questi anni, specie durante il quinquennio del governo di centro-destra, l’attenuarsi della efficacia di tale sistema renderà fragile ed aggirabile la disciplina. Il caso della vertenza del trasporto locale, nell’inverno 2003-2004, ce lo insegna con chiarezza.

Il ruolo della Commissione di garanzia come istituzione di regolazione diventa centrale in questa disciplina, e può essere considerato (specie nella prima versione della legge) come uno sviluppo coerente e necessario di quella pratica dei codici di autoregolamentazione che in molti settori si era diffusa nel corso del decennio Ottanta. I codici resteranno previsti solo per i lavoratori autonomi. Il privilegio del legislatore è attribuito alla autonomia delle parti contrattuali «utilizzando la regolamentazione eteronoma solo come *extrema ratio* provvisoria, in attesa di un accordo o codice idoneo» (p. 43). Tale privilegio, tuttavia, non impedisce «una interessante coesistenza di regole generali ed astratte e di comandi specifici e concreti» (p. 5), comandi che permettono alla Commissione, specie secondo la legge novellata, di assumere competenze non solo «per la formazione e l’interpretazione delle regole», ma di svolgere «un ruolo fondamentale anche in relazione a ciascun concreto conflitto» (p. 48). Un ruolo dove l’autorità, per essere esercitata, dovrebbe sposarsi con l’autorevolezza.

L’autore dopo aver affrontato (cap. III) il tema della individuazione dei servizi pubblici essenziali il cui ambito «non può essere confuso [dunque] con le prestazioni indispensabili» (p. 61) e quello della definizione dello sciopero e delle sue dimensioni (cap. IV), passa ad affrontare (cap. V) il tema delle procedure preventive di raffreddamento e di conciliazione. Qua la natura di “guida” assunta dal volume svela i suoi limiti, in quanto è in grado di condurci attraverso gli adempimenti formali che le parti debbono assolvere, ma poco ci suggerisce sulle potenzialità di questo tema dal punto di vista delle *policies* di gestione dei conflitti e delle controversie. L’autore non può che adattarsi alla logica *regolativa* della legge, ma così facendo perde di vista quelle potenzialità sul versante *preventivo* che la novella del 2000 lascia intravedere, pur nella sua indeterminatezza in merito alla configurazione e alla logica di funzionamento delle procedure di composizione. Così come la “guida” non mette sull’avviso sulle possibilità di una rapida

⁽¹⁾ In *RIDL*, 1999, n. 3.

ritualizzazione, talvolta con venature opportunistiche, delle procedure stesse. Un rischio di cui già nei primi due anni di applicazione della legge rinnovata ho avuto modo di rilevare ben più di una avvisaglia. Il rischio che le procedure si traducano in un semplice prolungamento del periodo di preavviso da rispettare prima di dar corso alla azione di sciopero vera e propria. Nessun incentivo negativo è previsto per favorire i comportamenti virtuosi delle parti e per scoraggiare utilizzi opportunistici delle procedure di composizione. Le preoccupazioni della Commissione, e le indicazioni di Vallebona non si discostano da queste, sono solo per il rispetto formale degli adempimenti, senza una valutazione della performance delle procedure stesse. Forse questo è troppo poco, nella logica e nella pratica delle relazioni industriali, per poter svolgere un ruolo di terzietà nel rapporto fra le parti, con l'orientamento rivolto alla composizione delle controversie. Più efficace il volume nell'esame degli altri aspetti: la proclamazione e la revoca degli scioperi, il preavviso, la durata, gli intervalli (dove le regole hanno talvolta superato la soglia di una accettabile complessità), le prestazioni indispensabili, l'informazione agli utenti, la precettazione (con i nuovi compiti di iniziativa derivanti dalla versione rinnovata della legge), le sanzioni. Proprio passando attraverso questi temi, sui quali la macchinosità della regolazione pur raggiungendo talvolta un sublime barocco ha assolto significativi compiti di civilizzazione dei conflitti, non possiamo che apprezzare l'utilità di questo contributo. Continuando sulla metafora della "guida" avremmo però potuto attenderci qualche "percorso alternativo" sia pure senza avventure. Chissà se l'autore vorrà fornircelo quanto prima.

*Il principio di concentrazione
e gli strumenti di governo del conflitto alternativi alla rarefazione*

*Maria Vittoria Ballestrero **

Ho affrontato l'argomento sul quale sono stata gentilmente invitata ad intervenire in un breve saggio pubblicato nella relazione annuale 2001/2002 della Commissione di garanzia ⁽¹⁾. Allora facevo parte della Commissione presieduta da Gino Giugni (1996-2002) ed ero fresca del lavoro svolto per elaborare la proposta di regolamentazione provvisoria degli scioperi nel settore del trasporto aereo ⁽²⁾:

* *Maria Vittoria Ballestrero è professore ordinario di Diritto delle relazioni industriali e di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Genova.*

⁽¹⁾ M.V. BALLESTRERO, *La rarefazione degli scioperi. Le regole legali e la loro applicazione*, in COMMISSIONE DI GARANZIA DELL'ATTUAZIONE DELLA LEGGE SULLO SCIOPERO NEI SERVIZI PUBBLICI ESENZIALI, *Relazione dell'attività della Commissione 1° ottobre 2001-31 luglio 2002*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2002, 11-22. Ho illustrato le scelte che hanno condotto la Commissione ad adottare le regole sulla rarefazione nella regolamentazione provvisoria del trasporto aereo nel saggio *Le ragioni e i contenuti*, in *Newsletter CgS*, 2001, n. 2, 17 ss.

⁽²⁾ La regolamentazione provvisoria del settore del trasporto aereo, approvata con delibera n. 01/92 del 19 luglio 2001 è tutt'ora vigente: l'unica modifica apportata riguarda la definizione dei bacini di utenza

settore del quale mi sono occupata durante tutti i sei anni della mia esperienza di commissario. Proprio la disciplina della rarefazione aveva richiesto notevole impegno: si trattava infatti di inventare regole nuove, in un settore che queste regole non le conosceva e sembrava poco intenzionato ad accettarle di buon grado. Non era un'impresa facile, data l'estrema complessità del settore, sul quale incidono, intersecandosi, una pluralità di servizi disparati, e stanti l'elevata conflittualità e la notevole frammentazione sindacale che lo caratterizzavano allora e continuano a caratterizzarlo anche oggi: condizioni queste che rendono particolarmente ardua la formulazione di regole capaci di assicurare un'effettiva de-congestione degli scioperi.

La lettura del libro di Antonio Vallebona mi fornisce ora lo spunto per tornare a riflettere su questo tema. Dalle pagine dedicate alla rarefazione degli scioperi, dense di puntuali riferimenti all'esperienza maturata dall'autore come componente della Commissione di garanzia, emerge il quadro di un insieme complesso di regole; ma emerge anche una gestione delle regole talora oscillante: specie nel settore del trasporto aereo, nel quale le regole presentano qualche indubbia difficoltà di applicazione.

Ma prima di entrare nel merito, mi pare utile qualche chiarimento preliminare sul significato della rarefazione come misura di de-congestione degli scioperi nei pubblici servizi essenziali.

La rarefazione degli scioperi non è un'idea originale del legislatore del 2000: prima dell'avvento della legge n. 83/2000 la Commissione di garanzia aveva più volte e da tempo affermato la necessità di evitare l'eccessivo addensamento di azioni di sciopero nell'ambito di uno stesso servizio, invitando le organizzazioni sindacali proclamanti a rispettare un congruo intervallo tra uno sciopero e l'altro, sia nel caso in cui a proclamare gli scioperi fosse lo stesso soggetto sindacale (*rarefazione soggettiva*), sia nel caso in cui si trattasse di scioperi proclamati da soggetti sindacali diversi (*rarefazione oggettiva*)⁽³⁾. Solo con l'entrata in vigore della legge n. 83/2000, la rarefazione è entrata però a far parte, a pieno titolo, dell'insieme delle prestazioni indispensabili e delle altre misure che devono essere adottate per garantire il contemperamento tra l'esercizio del diritto di sciopero e i diritti degli utenti dei servizi pubblici essenziali.

A norma dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 146/1990, come modificata dalla legge n. 83/2000, le discipline dello sciopero nei servizi pubblici essenziali de-

di cui all'art. 14 della regolamentazione (delibera n. 03/50). Anche se in più occasioni la Commissione ha "promesso" la revisione della regolamentazione provvisoria, allo stato deve registrarsi, a quanto mi consta, solo una nuova interpretazione dell'art. 16 della regolamentazione. Su tale (discutibile) interpretazione tornerò oltre.

⁽³⁾ Stabilendo la regola dell'intervallo (detta di *rarefazione* delle azioni di sciopero), il legislatore del 2000 raccoglieva dunque una indicazione già proveniente dalla "giurisprudenza" della Commissione. Inoltre, alcune discipline di settore allora vigenti già prevedevano l'obbligo per ciascun soggetto sindacale di rispettare un certo intervallo di tempo tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione dello sciopero successivo (*rarefazione soggettiva*), la "*rarefazione oggettiva*" degli scioperi era stata introdotta in alcuni accordi collettivi stipulati tra la fine del 1998 e l'inizio del 2000 nel settore dei trasporti. Il Patto interconfederale del 23 dicembre 1998 per il settore dei trasporti prevedeva tuttavia un'eccezione a favore dello sciopero proclamato dai sindacati rappresentativi del 51% dei lavoratori interessati: eccezione che la Commissione non aveva ritenuto estensibile al di là delle parti stipulanti.

vono indicare infatti «intervalli minimi da osservare tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione del successivo, quando ciò sia necessario ad evitare che per effetto di scioperi proclamati in successione da soggetti sindacali diversi e che incidono sullo stesso servizio finale o sullo stesso bacino di utenza sia compromessa la continuità dei servizi». La legge, menzionando i «soggetti sindacali diversi», ha fatto espresso riferimento alla sola rarefazione oggettiva; si può tuttavia ritenere che, implicitamente, il legislatore abbia voluto riferirsi anche alla rarefazione soggettiva⁽⁴⁾.

Il principio della rarefazione enunciato dall'articolo 2, comma 2 (rarefazione, per evitare che la continuità di un servizio sia compromessa da scioperi frequenti e ravvicinati) ha la portata di un principio generale; la concretizzazione del principio in regole specifiche di rarefazione è subordinata alla ricorrenza di due presupposti.

Da un lato, il legislatore ha previsto che, stante il principio generale di rarefazione, la valutazione in ordine alla *necessità* di separare con un intervallo di tempo minimo gli scioperi proclamati da diversi sindacati, che colpiscano uno stesso servizio o uno stesso bacino di utenza, avvenga in fase di definizione delle specifiche discipline di settore. Di conseguenza, può essere ritenuta idonea una disciplina (concordata, o provvisoriamente deliberata dalla Commissione) che, pur senza prevedere una regola di rarefazione consistente nella previsione dell'intervallo minimo, soddisfi tuttavia, mediante altre misure, il principio di rarefazione, raggiungendo l'obiettivo di garantire che la continuità del servizio non sia vulnerata da una successione ravvicinata di scioperi⁽⁵⁾.

D'altro lato, la legge ha rinviato alla contrattazione collettiva (o, in via suppletiva, alla regolamentazione provvisoria della Commissione) la traduzione del principio di rarefazione in regole specifiche e precise che definiscano, servizio per servizio, i "bacini di utenza" e soprattutto la durata dell'intervallo tra le azioni di sciopero.

Poiché il legislatore non ha fissato in via generale ed astratta un intervallo minimo tra le azioni di sciopero, ma ne ha affidato la previsione (nell'*an* e nel *quantum*) alle discipline di settore, non solo la disciplina, ma la stessa importanza della rarefazione (soggettiva, ma soprattutto oggettiva) finisce per essere diversa a seconda dei settori: è evidente, infatti, che l'importanza della rarefazione è cre-

⁽⁴⁾ La Commissione, nella delibera interpretativa n. 00/225, emanata subito dopo l'entrata in vigore della l. n. 83/2000, quando era in discussione l'immediata precettività della disposizione relativa alla rarefazione, ha ritenuto che la finalità di evitare che la continuità del servizio sia compromessa da scioperi troppo ravvicinati proclamati da diversi sindacati, debba *a maggior ragione* condurre a ritenere implicita nel principio di rarefazione la regola dell'intervallo minimo tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione dello sciopero successivo, quando si tratti degli scioperi proclamati dallo stesso soggetto sindacale. «Sarebbe (...) del tutto incoerente, e alla fine privo di senso – ha affermato la Commissione – imporre ai soggetti sindacali di distanziare la propria azione di sciopero da quelle proclamate da altri, senza aver prima imposto a ciascun soggetto sindacale di non proclamare scioperi troppo ravvicinati nel tempo». A quanto mi consta, negli anni successivi la Commissione presieduta da Antonio Martone non ha modificato questa interpretazione dell'art. 2, comma 2.

⁽⁵⁾ Ad esempio la Commissione ha valutato idoneo (delibera n. 01/9) l'accordo del 23 gennaio 2001 del settore del credito, ritenendo che la prevista disciplina dell'esercizio del diritto di sciopero, per quanto non preveda intervalli soggettivi e oggettivi tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione dello sciopero successivo, sia ugualmente in grado di garantire agli utenti un livello soddisfacente di continuità del servizio bancario.

scente, laddove un tasso elevato di conflittualità e una notevole frammentazione sindacale rendano più probabile un'alta frequenza di scioperi proclamati dalle diverse sigle sindacali presenti nel settore. Peraltro, conflittualità e frammentazione sindacale si presentano come fattori interdipendenti: un alto tasso di conflittualità si registra infatti in settori in cui è elevata o elevatissima la frammentazione sindacale, poiché – almeno in parte – la concorrenza fra sigle sindacali spinge a usare lo sciopero come fattore di “visibilità” del sindacato che lo proclama.

L'importanza maggiore o minore che rivestono le regole di rarefazione nell'ambito di un determinato settore emerge con chiarezza dal modo in cui tali regole sono formulate (negli accordi valutati idonei o nelle regolamentazioni provvisorie). La lunghezza degli intervalli, e la stessa accuratezza nella formulazione, danno conto del diverso peso delle regole.

Rinviando per ulteriori dettagli a quanto ho scritto nel saggio richiamato all'inizio (di cui qui riprendo qualche parte dedicata alla descrizione delle regole), nonché alle pagine di Vallebona, riepilogo sinteticamente i due diversi tipi di regole reperibili nelle discipline di settore.

Nelle discipline più semplici è previsto che un intervallo minimo (la cui durata è però molto variabile) debba intercorrere tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione dello sciopero successivo. L'intervallo minimo è previsto sia nel caso che a proclamare le due azioni di sciopero sia lo stesso soggetto sindacale (intervallo soggettivo), sia nel caso che a proclamare siano soggetti sindacali diversi (rarefazione oggettiva). Questa formulazione corrisponde in buona misura a quella della legge, anche se l'articolo 2, comma 2, fa esplicito riferimento ai soli scioperi proclamati da soggetti sindacali diversi: ma, come ho detto, la lacuna può essere colmata in via interpretativa.

Preliminare all'applicazione di tali regole è la definizione dei bacini di utenza coinvolti, poiché, come ho detto, secondo la legge la rarefazione deve trovare senz'altro applicazione quando gli stessi utenti possano trovarsi ad essere lesi nei loro diritti da un eccessivo addensamento di scioperi; non sarebbe invece ragionevole imporre la rarefazione tra scioperi che abbiano impatto su utenze disparate.

Una diversa e più complessa formulazione delle regole di rarefazione è reperibile in altre discipline di settore: in particolare nella disciplina del trasporto aereo, del trasporto ferroviario e del trasporto locale. Mi soffermerò qui solo sulla disciplina del trasporto aereo, perché, come ho detto in premessa, non solo è il settore che ho avuto modo di conoscere meglio, ma anche perché le regole di rarefazione sono organizzate in un sistema complesso, che merita almeno una sintetica descrizione.

Le regole in materia di rarefazione (introdotte dalla Commissione negli articoli 15 e seguenti della regolamentazione provvisoria: delibera n. 01/92 del 19 luglio 2001) tengono conto della struttura del settore, caratterizzato dalla presenza di una molteplicità di servizi anche molto diversi tra loro, che concorrono tutti, direttamente o indirettamente, al funzionamento del servizio finale (il volo); i servizi sono riconducibili a tre grandi aree (servizi erogati dai vettori aerei; servizi di assistenza al volo e servizi strumentali alla navigazione aerea; servizi aeroportuali).

Nella definizione delle regole, la lettera della legge (che prevede un intervallo minimo tra effettuazione di uno sciopero e proclamazione dello sciopero successivo) è stata rispettata per la rarefazione soggettiva (intervallo che ciascuna organizzazione sindacale deve rispettare tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione dello sciopero successivo). L'intervallo è limitato a tre giorni: la Commissione ha tenuto conto del fatto che, in presenza di severe regole di rarefazione oggettiva, la rarefazione soggettiva assume minor importanza, pur essendo, ad avviso della Commissione, in ogni caso necessaria (delibera n. 00/225).

Nella regola della rarefazione oggettiva l'intervallo previsto dalla regolamentazione provvisoria corre non tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione dello sciopero successivo (secondo la lettera della legge), ma invece tra le date di effettuazione delle azioni di sciopero. Ha indotto la Commissione a discostarsi dalla lettera della legge essenzialmente la considerazione delle esigenze di gestione pratica della rarefazione. Occorre infatti considerare che sul medesimo servizio finale possono incidere scioperi proclamati nelle diverse aree dei servizi che concorrono insieme al funzionamento del trasporto aereo; che in ciascuna di queste aree sono inoltre presenti sub-aree di servizi, ognuna delle quali ha proprie ragioni e occasioni di conflitto; che nella stessa area o sub-area di servizi, infine, è presente una pluralità di sigle sindacali, portatrici di interessi collettivi diversi, gelose della propria identità, e perciò poco inclini ad aggregarsi nella proclamazione di scioperi.

Secondo quanto previsto dalla regolamentazione provvisoria del trasporto aereo, la rarefazione oggettiva opera anzitutto in senso *verticale*, e cioè all'interno della stessa area di servizi. In ciascuna area considerata (trasporto passeggeri, assistenza al volo, servizi aeroportuali), le date previste per gli scioperi che incidono sullo stesso bacino di utenza, anche se proclamati da sindacati diversi, devono essere distanziate da un intervallo minimo di dieci giorni liberi (ad esempio: se per il giorno 10 novembre è previsto lo sciopero degli assistenti di volo Alitalia proclamato dal sindacato X, lo sciopero dei piloti Air One, proclamato dal sindacato Y, non potrà essere effettuato prima del 20 novembre). I giorni diventano venti nell'area del controllo di volo e dell'assistenza al volo: la maggior durata della rarefazione oggettiva trova giustificazione nel fatto che, a causa del carattere trasversale di questo servizio, gli scioperi dei controllori di volo hanno inevitabili effetti ultrattivi, vulnerando in ogni caso l'intero servizio finale e determinando l'involontaria riduzione di attività sia dei vettori, sia delle imprese che gestiscono i servizi aeroportuali.

La costruzione della regola di rarefazione oggettiva per area di servizi (verticale) ha un primo evidente obiettivo: quello di tenere a debita distanza l'una dall'altra le azioni di sciopero che colpiscono una stessa area. Ma vi è anche un obiettivo inespresso, e per così dire promozionale: quello di spingere le organizzazioni sindacali a coalizzarsi, superando la frammentazione, ed evitando, appunto attraverso la coalizione, di incappare nel vincolo del non addensamento posto dalla regola di oggettiva rarefazione. Così avverrà se il sindacato X e il sindacato Y del nostro esempio, anziché proclamare due distinti scioperi (uno per gli assistenti di volo Alitalia e uno per i piloti Air One) in giorni diversi e con diverse modalità, sapranno "compattare" interessi e rivendicazioni, proclamando un unico sciopero, per lo stesso giorno e con le medesime modalità.

La regola di rarefazione opera altresì in senso *orizzontale* (cioè tra le diverse aree di servizi considerate: trasporto passeggeri, assistenza al volo, servizi aeroportuali). Lo sciopero in un'area di servizi deve in ogni caso rispettare la distanza di dieci giorni liberi (venti per l'assistenza al volo) dallo sciopero effettuato in un'altra area (sempre che il bacino di utenza coinvolto sia lo stesso).

Trattandosi di scioperi che interessano categorie diverse, l'ipotesi della coalizione è ancora meno probabile che quando si tratti della medesima categoria o di categorie contigue: la coalizione si verifica solo nel caso eccezionale dello sciopero generale del settore. Perciò l'obiettivo della regola di rarefazione in senso orizzontale è (solo) quello di evitare che il trasporto aereo sia vulnerato da una sequenza troppo ravvicinata di scioperi disparati (ad esempio: sciopero dei piloti Alitalia, sciopero degli addetti al servizio bagagli dell'aeroporto di Malpensa, sciopero del servizio rifornimento carburante di Fiumicino, sciopero dei controllori di volo del Centro di controllo di Roma Ciampino, e così via). L'addensamento di scioperi nelle diverse aree dei servizi del settore determina infatti uno stillicidio di disfunzioni che pregiudica gravemente il diritto degli utenti di usufruire del trasporto aereo in condizioni di accettabile normalità.

La previsione di una regola di rarefazione oggettiva che opera sia in senso verticale, imponendo un intervallo tra azioni di sciopero nella stessa area di servizi del settore, sia orizzontalmente, imponendo un intervallo tra azioni di sciopero in diverse aree, è funzionale al raggiungimento di due risultati: decongestionare il settore, sfoltendo calendari di scioperi che lo punteggiano come macchie di leopardo; de-concentrare gli scioperi distanziandoli il più possibile l'uno dall'altro.

A proposito del primo obiettivo (il decongestionamento) è utile ricordare che primo effetto della regola di rarefazione oggettiva (in senso verticale e orizzontale) è infatti quello di ridurre il numero complessivo degli scioperi. Tenuto conto dei periodi di franchigia previsti dalla regolamentazione provvisoria, nonché della regola (articolo 5 della regolamentazione provvisoria) che impone una durata massima di 45 giorni del preavviso di sciopero (impedendo opportunistiche "prenotazioni" che limitano la libertà sindacale altrui), i giorni (le cosiddette finestre) di cui ciascuna sigla sindacale può disporre per effettuare scioperi si riducono sensibilmente.

A proposito del secondo obiettivo (la de-concentrazione), vorrei ricordare qui che quando sono state disegnate le regole di rarefazione oggettiva, l'esperienza aveva dimostrato che, in linea generale, la concentrazione in uno stesso giorno di scioperi diversi che colpiscono diverse aree di servizi produce effetti ultrattivi di paralisi del traffico aereo: entro certi limiti l'effetto-paralisi è evitabile appunto applicando efficienti regole di rarefazione, perché gli effetti di un solo sciopero (anche pesante) sono sempre più contenuti e in qualche modo contenibili (grazie specialmente alla liberalizzazione che ha caratterizzato il settore dei servizi di volo e aeroportuali). Non facendo più parte della Commissione, non sono in grado di sapere se le cose siano cambiate in questi ultimi tempi: la mia impressione però è che quando la Commissione ha consentito (o disposto) la concentrazione in un'unica giornata di scioperi proclamati in diverse aree di servizi, gli effetti per gli utenti del trasporto aereo siano stati decisamente pesanti.

Trascuro in questa sede di richiamare le vicende della prima (e transitoria) applicazione delle regole di rarefazione: ne ho parlato nel saggio citato all'inizio, e ne parla ampiamente anche Vallebona (p. 122 ss.). La Commissione attribuiva allora alle regole di rarefazione il significato di regole di de-concentrazione degli scioperi (le linee interpretative sono state fissate nella delibera n. 00/225, che la Commissione ha continuato peraltro a richiamare): pareva infatti ovvio che, ove la disciplina vigente in un determinato settore imponesse un intervallo minimo tra diverse azioni di sciopero, tali azioni di sciopero dovessero essere tenute a distanza e non potessero in alcun caso essere addossate l'una all'altra.

Non nego che addossare gli scioperi l'uno all'altro possa essere una misura utile per sfoltire un calendario di scioperi eccessivamente affollato. A questa misura la Commissione aveva fatto talora ricorso quando, prima dell'avvento della legge n. 83/2000, le discipline dei settori non prevedevano regole di rarefazione, e la concentrazione di più scioperi in un'unica giornata pareva l'unico strumento disponibile per evitare che la continuità di un servizio fosse gravemente pregiudicata dallo stillicidio di una pluralità di scioperi spalmati su diverse giornate ravvicinate. Da quando però le discipline vigenti dettano regole di rarefazione soggettiva e oggettiva, sono queste, e solo queste, le regole che governano il calendario degli scioperi: l'affollamento è quello che la Commissione, valutando idoneo l'accordo o dettando essa stessa la provvisoria regolamentazione, ha giudicato compatibile con la salvaguardia del diritto degli utenti di godere di una relativa continuità del servizio.

Certo, malgrado la presenza di regole anche severe di rarefazione, vi sono settori nei quali i calendari degli scioperi continuano ad essere notevolmente affollati, e mettono la Commissione, che deve garantire il rispetto delle regole nella loro concreta applicazione, in seria difficoltà. Guardando ancora una volta al trasporto aereo, si pensi alla necessità di valutare (nel brevissimo tempo che la Commissione ha a disposizione per dare immediate indicazioni – *ex* articolo 13, lettera *d*), legge n. 146/1990, come modificata dalla legge n. 83/2000 – al sindacato proclamante) se uno sciopero di un servizio aeroportuale si tenga alla debita distanza da altri scioperi in altri aeroporti, dagli scioperi del personale di volo, dagli scioperi dei controllori di volo, e così via. È comprensibile allora la tentazione di buttare a mare le regole di rarefazione e consentire la concentrazione degli scioperi, lasciando ai sindacati la possibilità di effettuare lo sciopero anziché in una data rispettosa dell'intervallo imposto dalle regole di rarefazione, in una data anteriore coincidente con quella dello sciopero proclamato da un altro sindacato (per ragioni diverse, e magari per un'altra categoria). Chiunque abbia fatto esperienza della faticosa applicazione delle regole di rarefazione nella gestione dei calendari degli scioperi in settori ad alta conflittualità può comprendere. Ma, a mio avviso, è una tentazione da respingere.

Non la pensa così attualmente la Commissione, che pare orientata appunto a lasciarsi le mani libere anche in presenza di precise regole di rarefazione, per decidere *caso per caso* se tollerare il livello di affollamento del calendario di scioperi risultante dall'applicazione delle regole di rarefazione soggettiva e oggettiva, o se invece sfoltire il calendario, consentendo ai sindacati proclamanti (o ingiungendo loro) di effettuare gli scioperi in un'unica giornata, che vedrà così l'addensamen-

to di una pluralità di scioperi disparati, effettuati in violazione degli intervalli previsti dalle regole di rarefazione vigenti nel settore.

Il nuovo orientamento della Commissione, che ha qualche precedente in alcune delibere relative allo sciopero generale e all'applicazione della rarefazione oggettiva nel settore ferroviario, mi pare sia giunto a maturazione nelle deliberazioni più recenti relative al settore del trasporto aereo.

(a) Anzitutto la Commissione (con una decisione assunta a maggioranza nella seduta del 14 giugno 2006) ha proceduto alla reinterpretazione dell'articolo 16 della regolamentazione provvisoria del trasporto aereo, affermando che quelle regole di rarefazione non vietano la concentrazione degli scioperi. La decisione non è stata assunta mediante una delibera interpretativa, ed è priva di adeguata motivazione: motivazione che a mio parere era doverosa, trattandosi di un autentico *revirement* rispetto all'orientamento interpretativo che si era consolidato nella "giurisprudenza" della Commissione, e sul quale dunque i sindacati proclamanti avevano ragione di fare affidamento ⁽⁶⁾.

(b) A distanza di un mese la Commissione (seduta del 5 luglio 2006) ha "precisato" che essa si riserva, «in via di eccezione di non consentire la concentrazione degli scioperi nel settore del trasporto aereo in presenza di un prevedibile grave pregiudizio dei diritti dell'utenza». In tal modo la Commissione si è ritenuta autorizzata a valutare caso per caso se e quando le regole in materia di rarefazione debbano essere applicate, o possano invece essere messe da parte, consentendo ai sindacati di effettuare scioperi "concentrati" (anziché rarefatti). Di conseguenza, anche in presenza di regole di rarefazione nella disciplina di settore, la Commissione resta libera di decidere discrezionalmente la loro applicazione nel caso concreto.

A mio giudizio questo nuovo orientamento della Commissione non può essere condiviso per due ordini di ragioni:

- primo, perché quando la disciplina del settore (sia essa concordata tra le parti, o sia invece opera della Commissione) fissa una regola di rarefazione (soggettiva e oggettiva) questa regola non può essere interpretata come se "non vietasse" (e dunque consentisse) la concentrazione degli scioperi;
- secondo, perché la legge non autorizza la Commissione ad applicare discrezionalmente le regole di rarefazione.

Per quanto riguarda il primo ordine di ragioni, la legge, come ho detto sopra, può essere interpretata nel senso che non impone sempre e comunque la definizione di intervalli minimi, lasciando alle discipline di settore la valutazione della necessità di introdurre tali intervalli e di quantificarli. Ma, quando la regola di rarefazione è stata definita, la regola impone il rispetto dell'intervallo minimo tra azioni di sciopero: e, se le azioni devono essere distanziate, non possono essere concentrate. Intendiamoci: come ho detto sopra, quando la concentrazione deriva da un'autonoma scelta dei sindacati, che si coalizzano e proclamano un unico sciopero, questa concentrazione non entra in rotta di collisione con la rarefazione; anzi, le regole di rarefazione hanno anche lo scopo di promuovere l'aggregazione sindacale, essendo proprio la frammentazione sindacale una delle cause dello stil-

⁽⁶⁾ Mi è parsa sconcertante (se mi si passa questo aggettivo) la vicenda della rarefazione o concentrazione degli scioperi nel servizio dell'assistenza al volo.

licidio di scioperi che perturba gravemente la continuità dei servizi. Se lo sciopero “coalizzato” rispetta la distanza di sicurezza imposta dalla rarefazione da quello precedente che ha colpito lo stesso servizio e lo stesso bacino di utenza, lo sciopero “coalizzato” è senz’altro legittimo. Ma quando la concentrazione è decisa da sindacati che proclamano scioperi diversi addossandone l’effettuazione a quella di uno sciopero già proclamato da un altro sindacato, anziché tenersi alla distanza prevista dalla regola di rarefazione, la regola della rarefazione è invece evidentemente (e in genere opportunisticamente) violata.

Vengo così al secondo ordine di ragioni che mi fanno dissentire dall’orientamento espresso di recente dalla Commissione. La legge, a mio giudizio, non fornisce invece argomento testuale per sostenere che la Commissione, garante dell’applicazione delle regole (della cui idoneità è giudice), possa decidere – secondo il proprio discrezionale apprezzamento – se e quando queste regole debbano essere applicate. Consentire tale violazione (o addirittura indurre i sindacati proclamanti a violare la rarefazione, fornendo indicazioni nel senso della concentrazione di scioperi disparati) significa sovrapporre una valutazione discrezionale della Commissione alla valutazione precostituita dalla legge. Il legislatore, infatti, fissando il principio della rarefazione e rinviando alle discipline di settore la definizione delle regole, ha precostituito una propria valutazione in ordine alla salvaguardia dei diritti degli utenti: e questa valutazione non può essere sovvertita dalla Commissione. Ciò sarebbe in contrasto, oltre che con le regole generali dell’ordinamento, anche con elementari esigenze di certezza del diritto.

A titolo di conclusione, mi pare necessario dire, per onestà intellettuale, che il mio giudizio può essere viziato dal fatto di avere qualche responsabilità nella formulazione delle regole di rarefazione reinterpretate dalla Commissione in un senso che mi pare censurabile. Alle proprie creature ci si affeziona, e malvolentieri ci si rassegna a riconoscerne i difetti, questo è noto. L’affetto non mi impedisce tuttavia di pensare che tutte le discipline, siano esse concordate tra le parti sociali, o siano invece frutto dell’esercizio da parte della Commissione del suo potere normativo, debbano essere verificate nell’esperienza: e, se l’esperienza dimostra che quelle discipline sono inefficaci, o addirittura sbagliate, è compito precipuo della Commissione promuoverne un’adeguata modificazione, seguendo l’iter procedurale che la legge detta a tal fine. Se la Commissione ritiene che la regolamentazione del trasporto aereo debba essere modificata nella parte relativa alla rarefazione, o in altre parti, proceda alla modifica: consulti tutti gli attori coinvolti, faccia le proprie proposte, le sottoponga a discussione, si avvalga delle consulenze tecniche necessarie per intervenire in un settore tanto complesso e delicato, e alla fine emani, se non riesce a far maturare un accordo tra le parti, una nuova regolamentazione provvisoria.

Le regole però, e qui sono davvero d’accordo con Vallebona, siano esse le vecchie regole, o le nuove regole che la Commissione abbia messo in vigore, devono essere certe: una volta definite, devono essere applicate con rigore, e non possono essere modificate, derogate, o semplicemente non applicate, caso per caso. Rigore non significa ottusità: sta alla Commissione apprezzare, con l’imparzialità a cui è tenuta e la prudenza di cui deve essere capace, le circostanze nelle quali una regola di rarefazione non sia applicabile, perché mancano i presupposti per la sua

applicazione (l'incidenza di uno sciopero su un determinato bacino di utenza). Ma questo apprezzamento è cosa del tutto diversa dal considerare che una regola di rarefazione prevista dalla disciplina di un determinato settore sia talora applicabile e talaltra no, a seconda della valutazione discrezionale che la Commissione faccia in ordine all'opportunità o convenienza della sua applicazione nel caso di specie.

Resta, questo è certo, il problema dell'affollamento dei calendari di sciopero, che l'applicazione rigorosa delle regole di rarefazione non riesce a risolvere. Ci sono altri rimedi che, *de jure condendo*, potrebbero essere messi in atto per risolvere l'annoso problema dell'affollamento dei calendari di sciopero? Vallebona ne propone alcuni, sui quali mantengo molte riserve⁽⁷⁾.

Uno dei rimedi proposti da Vallebona è attualmente previsto dalla legge francese (22 agosto 2007, n. 193) sul dialogo sociale e la continuità del servizio pubblico nel settore dei trasporti terrestri di passeggeri, che, all'articolo 5, alinea 2, prevede l'obbligo dei lavoratori di informare il datore di lavoro, al più tardi 48 ore prima, della loro intenzione di partecipare allo sciopero. Al di là dei dubbi sulla compatibilità di misure di questo tipo con la garanzia costituzionale del diritto di sciopero, avendo avuto l'occasione di riflettere sul rapporto della Commissione Mandelkern⁽⁸⁾, e sulle ragioni per le quali le proposte della Commissione sono state allora respinte dalle organizzazioni sindacali, e duramente criticate da alcuni settori dell'opinione pubblica, mi consento di mantenere qualche serio dubbio sulla loro efficienza pratica.

⁽⁷⁾ Ho affrontato l'argomento nel saggio *Discutendo di rappresentatività sindacale e conflitto*, in *Newsletter CgS*, 2006, n. 2/3, 16-23, al quale rinvio per la riflessione critica sulle proposte avanzate da alcuni studiosi per ridurre la frequenza degli scioperi nei settori dei servizi ad alto tasso di conflittualità e frammentazione sindacale.

⁽⁸⁾ COMMISSION MANDELKERN, *Rapport sur la continuité du service public dans les transports terrestres des voyageurs, remis en juillet 2004 au Ministre Gilles de Robien*, in *Liaisons sociales*, 2004, n. 34. Di ciò ho scritto ampiamente altrove (M.V. BALLESTRERO, *Le conflit entre droit de grève et droits des usagers*, relazione al convegno di studi *Conflit de normes et conflit de valeurs*, Centre de théorie du droit, Université Paris X, Nanterre, Parigi, 16 dicembre 2005).

*La regolamentazione dello sciopero generale**Sergio Magrini **

Il libro del collega Vallebona dedica un congruo spazio (pp. 74-78) allo sciopero generale, come era inevitabile in un'opera dedicata alle "regole" dello sciopero nei servizi pubblici essenziali: visto che si tratta di un istituto che (non la legge, ma) la Commissione di garanzia ha assoggettato a regole – se è consentito il bisticcio di parole – "speciali".

La linea-guida seguita dall'Autore è che si tratta di uno sciopero come tutti gli altri, che la legge «(...) non nomina mai (...), non essendovene alcuna necessità, poiché qualsiasi sciopero che investa servizi essenziali è sottoposto alle relative regole»; e tuttavia di uno sciopero che, diversamente da tutti gli altri, gode di una serie di "agevolazioni", che il libro descrive con chiarezza. Rispetto a queste "agevolazioni", l'Autore assume una posizione sostanzialmente neutra, salva una forte notazione critica a proposito del rapporto fra sciopero generale e scioperi di categoria successivi (p. 77).

Il nostro intervento intende accentuare la critica, estendendola alla stessa scelta della Commissione di garanzia di "agevolare" lo sciopero generale: scelta che a nostro avviso – come abbiamo già scritto in altra occasione ⁽¹⁾ – non ha fondamento dal punto di vista giuridico.

Le regole "speciali" dello sciopero generale risultano da una delibera della Commissione del 24 settembre 2003 (che peraltro richiama una precedente "bozza"), e sono espresse sotto forma di «indirizzi interpretativi» sulla «adesione delle categorie che erogano servizi pubblici essenziali a scioperi generali»: come se si trattasse di un chiarimento interpretativo di regole ricavabili dalla legge, e non (come invece è, almeno in prevalenza) di innovazioni o comunque di integrazioni normative, per le quali lo strumento proprio sarebbe stato quello dell'accordo o della regolamentazione provvisoria. Tale inusuale procedura di produzione normativa è stata poi completata da una serie di delibere di invito (assunte nella seduta del 12 novembre 2003) che si presentano come una mera "applicazione" della disciplina approvata, ma che in realtà introducono anch'esse regole nuove con riguardo agli scioperi proclamati successivamente allo sciopero generale.

Il contenuto della normativa di "agevolazione" dello sciopero generale può essere così sintetizzato. Viene definito (nella bozza del giugno 2003, cui la successiva delibera del settembre 2003 si richiama) lo sciopero generale come «l'astensione dal lavoro proclamata per tutte le categorie pubbliche e private da una Confederazione o da Confederazioni dotata/e tendenzialmente di diffusa rappresentanza

* Sergio Magrini è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

⁽¹⁾ S. MAGRINI, *Sciopero generale e scelte "politiche" della Commissione di Garanzia*, in *ADL*, 2004, 513 ss.

per tutte le predette categorie pubbliche e private ed avente ad oggetto rivendicazioni non contrattuali». Si conferma (ovviamente) l'obbligo del preavviso per la proclamazione dello sciopero generale sia a livello delle singole federazioni sia (a maggior ragione) a livello confederale. Si esenta lo sciopero generale dal previo esperimento delle procedure di raffreddamento e di conciliazione, nonché dai limiti di durata massima per la prima o per successive azioni di sciopero, previste dalle regolamentazioni di settore. Si rende "elastico", per lo sciopero generale, il limite della rarefazione oggettiva, consentendo alla Commissione di valutare volta per volta se il mancato rispetto degli intervalli minimi, come regolati e definiti dagli accordi di settore «tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione del successivo» da parte di soggetti sindacali diversi (articolo 2, comma 2, della legge), «possa in concreto impedire l'equo contemperamento tra diritto di sciopero e diritti della persona costituzionalmente garantiti, tenuto conto del possibile impatto delle astensioni collettive». Si introduce, per lo sciopero generale, l'eccezione al criterio di legge per il computo degli intervalli (tra l'effettuazione dello sciopero precedente e la proclamazione del successivo), stabilendo – anche in deroga agli accordi sindacali – che l'intervallo (stavolta, anche soggettivo, cioè fra scioperi proclamati dallo stesso sindacato) sia computato fra l'effettuazione dello sciopero precedente e l'effettuazione dello sciopero (generale) successivo, il quale potrà dunque essere proclamato anche prima della effettuazione del precedente. Infine, con le delibere di invito "attuative" del novembre 2003, si estende quest'ultima eccezione di favore agli scioperi successivi allo sciopero generale negli stessi settori, i quali potranno essere legittimamente proclamati dopo la proclamazione dello sciopero generale ed anche prima dell'effettuazione di questo, purché siano rispettosi dell'intervallo oggettivo e naturalmente del preavviso.

È da chiarire anzitutto che una parte della descritta disciplina non pone alcun problema, né interpretativo né sistematico, perché si tratta in realtà di regole di legge, che la Commissione si è limitata ad adattare allo sciopero generale: così è per il preavviso; così è per l'esenzione dalle procedure di raffreddamento e di conciliazione, agevolmente ricavabile dalla funzione di questo strumento, che non ha senso imporre nell'ipotesi in cui le ragioni (ed i modi di soluzione) del conflitto esorbitano – come è, per definizione, in caso di sciopero generale – dalla sfera di attività delle singole amministrazioni ed imprese fornitrici di servizi pubblici essenziali.

Per il resto, le regole approvate dalla Commissione sono – al di là della etichetta "interpretativa" od "applicativa" – all'evidenza regole innovative, o se si vuole integrative, della legge, attraverso la creazione di un piccolo "codice speciale" per lo sciopero generale.

Che la legittimità di una simile iniziativa normativa non trovi supporto testuale nella legge è indiscutibile, come segnala appunto Vallebona.

Orbene, il fatto che lo sciopero generale non sia preso in considerazione dal legislatore, e quindi non sia distinto dalle altre forme di sciopero agli effetti della disciplina di contemperamento rispetto ai diritti costituzionali degli utenti, autorizzerebbe di per sé una sola "specialità", quella di sottrarre del tutto lo sciopero generale dalla sfera di applicazione della legge: ma questa è una soluzione drastica che, per quanto consta, nessuno (a cominciare dagli stessi sindacati) si è sognato di sostenere.

Infatti, la stessa Commissione ricerca la legittimità del proprio intervento su di un altro terreno, quello delle «peculiarità sul piano sociale e delle relazioni sindacali dello sciopero generale» (così nella premessa della delibera del settembre 2003). Il punto è dunque di verificare se le peculiarità dello sciopero generale ne giustifichino – nel quadro sistematico della legge n. 146 del 1990, ed in relazione alle finalità da questa perseguite – una corrispondente peculiarità di disciplina.

Ebbene, le peculiarità dello sciopero generale – quali risultano anche dalla definizione inserita dalla Commissione nella “bozza” del luglio 2003 – sono due: l’una, di carattere strutturale, l’essere cioè lo sciopero esteso tendenzialmente a tutte le categorie di lavoratori, pubbliche e private; l’altra, di carattere teleologico, l’essere cioè lo sciopero utilizzato come mezzo di lotta per fini “non contrattuali” (come si esprime la citata “bozza”), cioè per fini di carattere quanto meno politico-economico, ma di solito politico puro, estranei al rapporto fra i sindacati e le amministrazioni od imprese.

A nostro parere, nessuna delle due peculiarità fornisce argomenti validi od anche soltanto plausibili – sul piano logico-giuridico – per giustificare deroghe “di favore” o “di agevolazione” per lo sciopero generale (quali quelle introdotte dalla Commissione) rispetto alla disciplina “comune” sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Quanto all’elemento strutturale, l’utente titolare di diritti costituzionali da contemperare con il diritto di sciopero (ivi compreso, in questa veste, lo scioperante) – e quindi titolare dei diritti derivanti dal contemperamento, ed in particolare dei diritti alle prestazioni indispensabili (comprese, fra queste, le limitazioni alla durata massima dello sciopero, gli intervalli soggettivi ed oggettivi da computare secondo i criteri dettati dalla legge e dagli accordi, ecc.) – si pone, rispetto allo sciopero generale, esattamente come rispetto allo sciopero settoriale, dal punto di vista dell’interesse tutelato alle prestazioni minime garantite: da questo punto di vista, che è il solo rilevante perché è il solo sul quale si basa il contemperamento, all’utente non interessa minimamente – ma qui ci vorrebbe un’espressione romanesca più colorita – che lo sciopero riguardi anche altri settori. Se mai, l’estensione tendenziale dello sciopero a tutti i servizi essenziali giustificerebbe sì – sotto il profilo puramente logico – una deroga alle regole comuni, ma proprio nel senso opposto, cioè nel senso di un irrigidimento dei limiti allo sciopero: come risulta, del resto, dalla valutazione del legislatore, significativamente orientata proprio in tal senso, per l’ipotesi di «eventuale concomitanza tra interruzioni o riduzioni di servizi pubblici alternativi, che interessano il medesimo bacino di utenza» (articolo 13, lettera *e*), della legge, che in tale ipotesi attribuisce alla Commissione la facoltà di invito al differimento dello sciopero comunicato successivamente).

Quanto all’elemento teleologico, è la stessa legge ad indicare – e si tratta di un’indicazione ovviamente tassativa, e davvero insuperabile sul piano sistematico – quando ed entro quali limiti le ragioni dell’astensione sono idonee ad incidere sul regime applicabile allo sciopero: soprattutto, con l’articolo 2, comma 7, che prevede un’eccezionale e tassativa deroga al regime comune (si veda infatti, nel libro di Vallebona, p. 109), ma solo per lo sciopero «in difesa dell’ordine costituzionale» (cui lo sciopero generale non è necessariamente, ed anzi non è di solito, riconducibile), e solo con riguardo alle regole del preavviso e della indica-

zione di durata; ed anche, da un certo punto di vista, con l'articolo 13, lettera *i*), che attribuisce rilevanza alle «cause di insorgenza del conflitto», ma ai soli fini della commisurazione delle sanzioni collettive.

Il “codice speciale”, che la Commissione ha adottato per lo sciopero generale, non appare dunque in sé e per sé (e non solo per alcune parti, come sostiene Vallebona) dotato di una base normativa, né di una convincente giustificazione logico-giuridica: tanto meno poi (e qui il rilievo critico di Vallebona è pienamente condivisibile) la disciplina derogatoria introdotta, per “traslazione”, con riguardo agli scioperi (comuni) successivi allo sciopero generale.

In verità, l'intervento della Commissione può ritenersi giustificato, o comunque spiegabile, solo da un altro punto di vista, cioè dal punto di vista, in senso lato, “politico”.

Da questo punto di vista, è comprensibile che la Commissione – catapultata in un periodo (2003) di elevata conflittualità sindacale, con alto tasso di “politicizzazione” e con frequenti episodi di gravi violazioni delle regole basilari di legge, che pur sembravano acquisite alla coscienza sociale – si sia preoccupata poco delle tecniche giuridiche, e molto dell'esigenza di “venire incontro” alle organizzazioni sindacali introducendo per lo sciopero generale, in ragione del suo forte significato politico e sociale, qualche deroga alle regole, mediante allentamento di alcuni dei “lacci e laccioli” che – fra legge, accordi e orientamenti della Commissione – circondano ormai con una fitta rete le proclamazioni di scioperi. I maligni (ma non noi, naturalmente) potrebbero anche ipotizzare che con l'intervento “di favore” nei riguardi dello sciopero generale (peraltro incomprendo dai sindacati, che non lo accolsero certo con entusiasmo), cioè di uno sciopero che di regola ha caratteristiche di protesta anti-governativa, la Commissione nella composizione dell'epoca abbia voluto farsi “perdonare” l'etichetta (attribuita dalla stampa) di prevalente prossimità alla maggioranza di governo di allora.

L'importante è, comunque, che l'intervento in questione – di grande rilevanza, sul piano sia dei principi che della pratica – sia valutato per quello che è: cioè, come una iniziativa di mediazione politica (da questo punto di vista, tutto sommato, ragionevole), ma che con il diritto – nel senso di interpretazione ed applicazione di regole e di principi presupposti – non ha molto a che vedere.

*Revoca dello sciopero ed effetto annuncio:
uno sguardo alle delibere e alla attività della Commissione*

*Maria Rita Iorio **

Antonio Vallebona offre al lettore, con il libro che qui si commenta, una puntuale ricognizione dei numerosi profili legati alla applicazione della legge sullo sciopero-

* *Maria Rita Iorio è ricercatore presso Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi.*

ro nei servizi pubblici essenziali. Egli si sofferma in egual misura sia sull'analisi dei singoli istituti sia sugli oramai corposi orientamenti interpretativi prodotti dalla Commissione sin dal 1990 attraverso le cosiddette delibere di indirizzo. È il sesto capitolo ad occuparsi della natura, del contenuto e della funzione della proclamazione di sciopero e dell'istituto della revoca in particolare.

Una affermazione, più delle altre, suscita interesse, e cioè là dove è scritto: «la legge, dopo la novella del 2000, consente la revoca libera solo prima che sia stata data all'utenza l'informazione dello sciopero (argomento a contrario dall'art. 2, c. 6), poiché in tal caso non si verifica alcun effetto annuncio (...)» (p. 103). Questo passaggio tocca uno dei nodi centrali tanto della elaborazione teorica, quanto della più recente prassi applicativa della Commissione.

Giova infatti ricordare che nessun cenno alla revoca si trova nella originaria versione della legge n. 146/1990 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Bisognerà infatti attendere un decennio affinché, con la novella n. 83/2000, il comma 6 dell'articolo 2 della legge n. 146/1990 preveda un riferimento a tale istituto. Sappiamo che l'articolo 2 della legge è stato pesantemente novellato dalla riforma del 2000. Oggi esso contempla le modalità della proclamazione stabilendo che i soggetti che proclamano lo sciopero hanno l'obbligo di comunicare per iscritto, nel termine di preavviso, la durata e le modalità dell'astensione nonché l'obbligo di indicare le motivazioni dell'astensione collettiva dal lavoro. È stato introdotto il principio di intervallo minimo da osservare tra effettuazione e proclamazione quando ciò sia necessario ad evitare che per effetto degli scioperi proclamati in successione da soggetti sindacali diversi e che incidono sullo stesso servizio finale o sullo stesso bacino di utenza sia compromessa la regolarità del servizio pubblico. Sempre all'articolo 2 è stato introdotto inoltre l'obbligo di effettuare le procedure di raffreddamento e conciliazione mentre al comma 6 è previsto che le amministrazioni o le imprese erogatrici dei servizi pubblici essenziali sono tenute a dare comunicazione agli utenti nelle forme adeguate, almeno 5 giorni prima dell'inizio dello sciopero dei modi e dei tempi di erogazione dei servizi nel corso dello sciopero. Questo comma con la riforma del 2000 prevede infine che, salvo che sia intervenuto un accordo tra le parti ovvero vi sia stata una richiesta da parte della Commissione di garanzia dell'autorità competente ad emanare l'ordinanza di cui all'articolo 8, «la revoca spontanea dello sciopero proclamato, dopo che è stata data informazione all'utenza ai sensi del presente comma, costituisce forma sleale di azione sindacale e viene valutata dalla Commissione di garanzia ai fini della applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 4, commi da 2 a 4-bis». Il comma 6 dell'articolo 2 prevede inoltre che le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi hanno l'obbligo di fornire tempestivamente alla Commissione di garanzia che ne faccia richiesta le informazioni riguardanti anche le revoche. La violazione di tale disposizione viene valutata dalla Commissione ai fini di cui all'articolo 4, comma 4-sexies.

È proprio dalla prima parte di questa disposizione normativa che scaturisce la riflessione dell'Autore sopra citata. Ma per comprenderne la concreta portata occorre, ad avviso di chi scrive, ricostruire brevemente ma nel suo complesso i contorni dell'istituto delineati dal legislatore in seguito alla modifica legislativa del 2000.

Non è infatti un caso che il legislatore del 2000 sia intervenuto a modificare l'articolo 2 con specifico riferimento alla revoca.

I primi anni di pratica esperienza applicativa della legge avevano fatto emergere svariate problematiche tutte in qualche misura connesse alla tempestività o meno della revoca degli scioperi. In primo luogo la enorme quantità di proclamazioni nei trasporti negli stessi ambiti territoriali. In secondo luogo la circostanza che troppo spesso si verificavano ipotesi di scioperi già proclamati e poi mai effettuati specie nel trasporto aereo (sia perché revocati a seguito di intervento della Commissione di garanzia, sia a seguito di revoca intervenuta magari su accordo delle parti, oppure per la cosiddetta revoca spontanea nell'imminenza della data dello sciopero). Tutte ipotesi delle quali non si aveva notizia o si aveva notizia non tempestivamente. Ognuna di queste fattispecie non era considerata dalla originaria formulazione della legge n. 146/1990 e tuttavia ingenerava non pochi problemi non soltanto agli utenti di quel servizio ma alle stesse aziende e alle organizzazioni sindacali. I problemi erano dati dal cosiddetto effetto annuncio delle proclamazioni di sciopero, consistente nella estrema pubblicità data dalle organizzazioni sindacali e dai media in generale alla proclamata azione di sciopero anche se mai effettuata perché revocata a breve distanza dalla data prevista per l'effettuazione; revoca dovuta alle indicazioni immediate, ai sensi dell'articolo 13, lettera *d*), legge n. 146/1990, emesse dalla Commissione di garanzia, che hanno lo scopo di evidenziare i vizi della proclamazione, oppure all'intervento accordato tra le parti sul merito della vertenza in atto. Ciò avveniva ed avviene ad esempio nel trasporto aereo o ferroviario o pubblico locale e l'effetto concreto che ne deriva è che l'utente ritiene che per quel dato giorno la circolazione aerea o ferroviaria o sulle tratte urbane-extraurbane risulterà bloccata, in modo tale da generare la convinzione che il cittadino sia impedito in quello che è uno dei suoi fondamentali diritti costituzionalmente garantiti, ossia la libertà di circolazione.

Diversa da questa ipotesi si palesava la fattispecie di revoca intempestiva spontanea poiché in tale caso il danno non era soltanto del cittadino utente di quel servizio di trasporto ma della stessa azienda, avendo essa già impostato il piano dei servizi minimi da garantire per la proclamata astensione. Quest'ultima si trovava a sopprimere dei voli o dei treni o delle linee di autobus, nella convinzione che ci sarebbe stato lo sciopero. In tal caso si trovava ad affrontare delle perdite economiche notevoli ma con il risvolto assurdo che non verificandosi l'azione di sciopero i lavoratori – pensiamo ai piloti di aerei di linea – sarebbero stati al lavoro senza alcun costo a loro carico a fronte di voli cancellati ma nella impossibilità di poter volare, in quanto la notizia del mancato sciopero era giunta troppo tardi per riavviare l'intero sistema. Il danno, in tal caso, coinvolgeva anche le altre organizzazioni sindacali che senza una adeguata pubblicità dello sciopero proclamato per primo e poi revocato in quel settore si trovavano impossibilitate a proclamare la propria successiva azione.

La Commissione così, nelle more di una riforma legislativa più volte preannunciata (ma non realizzata nel corso del decennio 1990-1999) ed in assenza di un riferimento legislativo in materia, ha elaborato una nutrita serie di orientamenti ancor prima della novella n. 83/2000. Gli orientamenti della Commissione si possono ritrovare dettagliatamente enunciati nel libro in commento. Questi ultimi in parte sono stati recepiti nella legge con il richiamo alle ipotesi di revoca intempe-

stiva in grado di sanare i vizi della proclamazione (articolo 2, comma 6 sopra enunciato).

Mentre nel cosiddetto “Patto dei Trasporti” del 1998 ⁽¹⁾, nella parte relativa all’accordo sulle regole per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali (sezione D), già troviamo un esplicito riferimento alla revoca.

Ecco quindi sostanzialmente le ragioni per le quali oggi abbiamo un riferimento espresso alla revoca nella legge n. 146/1990 come novellata dalla legge n. 83/2000, sia con riferimento alla revoca spontanea che alla revoca intempestiva dovuto alle circostanze che si sono brevemente descritte.

Tuttavia, partendo dalle considerazioni dell’Autore richiamate in apertura di questo commento, non sembra corretto affermare che la revoca libera sia consentita solo prima che sia stata data l’informazione all’utenza. Sembra invece che si tratti di una interpretazione restrittiva della legge. All’interno dell’articolo 2, comma 6, non troviamo termini per la revoca libera ma troviamo invece un riferimento chiaro per l’informazione all’utenza dello sciopero da parte delle imprese che sempre nell’articolo 2, comma 6, è individuato in 5 giorni prima dello sciopero. Da ciò è possibile dedurre che la revoca libera è possibile entro lo stesso termine in cui è permesso dalla legge fornire utile informazione all’utenza e cioè 5 giorni prima dello sciopero. In tal senso si orientano infatti molte discipline di settore e tra queste quelle vigenti per il trasporto ferroviario, per il trasporto aereo, per gli appalti ferroviari, mentre per il trasporto pubblico locale la provvisoria regolamentazione (di fonte eteronoma deliberata dalla Commissione), prevede un termine di 6 giorni.

Secondo Vallebona i termini fissati negli accordi citati per la revoca libera costituirebbero una attenuazione della rigidità legale che tuttavia in questa sede non si ravvisa in quanto essi sono in linea con il dettato normativo, mentre si ritiene, al contrario, che sia rimessa solo alle parti la facoltà di individuare un termine maggiore che non dovrebbe spettare neppure alla Commissione in sede di regolazione sostitutiva attraverso le provvisorie regolamentazioni *ex* articolo 13, lettera *a*), della legge. Il legislatore ha dunque ritenuto sufficiente il termine di 5 giorni precedente allo sciopero per comunicare la revoca libera considerandolo idoneo a ridurre o comunque a contenere l’effetto annuncio.

Nella legge troviamo dunque disciplinata sia la revoca libera che le ipotesi di revocche tardive comunque sananti i vizi della proclamazione. Tuttavia la Commissione, al fine di evitare strumentalizzazioni o distorsioni del principio di intervallo tra scioperi (principio noto anche come rarefazione), cui l’istituto della revoca è intimamente connesso, in quanto prima si revoca e prima sarà possibile riposizionarsi sul calendario (rispettando il termine di intervallo), ha fissato un particolare orientamento. Essa ha stabilito che quando si contestano profili di illegittimità dello sciopero ai sensi dell’articolo 13, lettera *d*), della legge, la revoca delle organizzazioni sindacali deve avvenire entro 5 giorni dal ricevimento della conte-

⁽¹⁾ Il Patto sulle Politiche di Concertazione e sulle nuove Regole delle relazioni sindacali per la Trasformazione e l’Integrazione europea del sistema dei Trasporti (meglio noto come Patto dei Trasporti) è stato sottoscritto il 23 dicembre 1998, tra Governo, Aziende, Confederazioni sindacali, Associazioni datoriali ed è consultabile presso il sito www.fmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Relazioni industriali*. Per una compiuta disamina dello stesso si rinvia a T. TREU, *Il Patto dei Trasporti*, in *LPA*, 1999.

stazione della Commissione per avere un effetto sanante dei vizi della stessa. Se interviene dopo i 5 giorni viene considerata tardiva dalla Commissione o comunque non dipendente dal proprio invito e in tal modo può essere ritenuta forma sleale di azione sindacale ed essere assoggettata alla valutazione della Commissione ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 4, commi da 2 a 4-bis, dopo l'apertura del procedimento di valutazione ai sensi dell'articolo 13, lettera i).

Va sottolineato che le indicazioni immediate della Commissione ai sensi dell'articolo 13, lettera d), della legge, vengono inviate a breve distanza di tempo da quando si ha notizia della proclamazione e quindi a molta distanza dalla data prevista per lo sciopero. Vallebona non ritiene contraddittorio questo orientamento della Commissione rispetto al con il dettato normativo, il quale fissa come unico termine per la tempestività della revoca però i 5 giorni che precedono la proclamazione per considerare lecita una revoca liberamente determinata dalle parti. L'Autore ritiene che questo orientamento sia motivato dalla necessità di preservare il principio di rarefazione oggettiva. Pare tuttavia evidente che esso prescindendo totalmente dal contenuto del dettato normativo e, dunque, in qualche misura risulta restrittivo per le organizzazioni sindacali.

Alla luce di queste brevi considerazioni ciò che preme sottolineare a proposito di revoca ed effetto annuncio è dunque che l'accesa conflittualità presente nei servizi pubblici, e in particolar modo nei servizi di trasporto, ha imposto alla Commissione di indirizzare il proprio intervento, attraverso delle pronunce interpretative dell'originario dettato normativo, verso la risoluzione di casi concreti non facilmente riconducibili alla generica norma. Ma non soltanto, sembra di poter affermare che l'intervento della Commissione sia volto a sopperire alla mancanza di un modello di relazioni sindacali atto a gestire un conflitto che attualmente non segue più regole riconosciute e condivise dalle parti, in cui il sindacato di mestiere o autonomo si sostituisce alle organizzazioni sindacali che dovrebbero essere maggiormente rappresentative ed in cui il confronto tra le rispettive posizioni risulta viziato dalla presenza di altri soggetti (Governo e istituzioni) che alterano gli equilibri di quel difficilissimo processo che ancora non ha prodotto una effettiva e piena privatizzazione e liberalizzazione del mercato dei trasporti. La Commissione interviene allora attraverso una iper-regolazione. Lo stesso Vallebona ricorda la delibera della Commissione del 20 luglio 2005 n. 05/415), con la quale i Garanti, pur riconoscendo giustificata una revoca intervenuta appena 5 giorni prima dello sciopero in conformità alla disciplina del trasporto aereo, hanno tuttavia ritenuto scorretta la condotta del sindacato. Ciò non fa che confermare le difficoltà della stessa Commissione a rapportarsi e ad affrontare la crisi profonda del modello di relazioni industriali che attualmente permea l'intero servizio di trasporto.

Ulteriore conferma di questo assunto si può ritrovare nella delibera del 15 febbraio 2007, con cui la Commissione ha deciso di procedere ai sensi dell'articolo 13, lettera a), della legge alla modifica della disciplina prevista per il trasporto aereo deliberata il 19 luglio 2001. I presupposti che hanno spinto i Garanti ad intervenire su una disciplina da essa stessa emanata, per supplire alla incapacità delle parti di pervenire ad una autonoma regolamentazione riguardante l'esercizio del diritto di sciopero in questo settore cruciale dei trasporti sono molteplici

e tra questi la constatazione della attuale inefficacia del potere di segnalazione delle illegittimità delle proclamazioni ai sensi dell'articolo 13, lettera *d*). La Commissione ha preso atto che anche in caso di differimento o di revoca degli scioperi nell'immediatezza della data prevista per gli stessi o comunque nei 5 giorni dallo sciopero come previsto nella regolamentazione, l'incidenza negativa sul servizio e quindi sul diritto agli utenti è di particolare rilevanza in ragione delle conseguenze negative del cosiddetto effetto annuncio. Vi sono poi problemi legati alla comunicazione degli scioperi fornita dai mezzi di informazione con notevole anticipo rispetto alla data dello sciopero, indipendentemente dalla comunicazione all'utenza che di quello sciopero è tenuta a dare per legge l'azienda. L'utente in sostanza sa dello sciopero attraverso i giornali e il servizio pubblico radiotelevisivo ma nulla dalla parte interessata, se non con un certo ritardo rispetto alla velocità estrema con cui i media diramano la notizia dell'astensione. Alla luce di queste considerazioni la Commissione ha formulato l'ipotesi che nella disciplina di settore si introduca una norma che preveda che la revoca non altrimenti motivata (cioè spontanea) dovrà intervenire almeno 10 giorni prima della data dello sciopero mentre, nel caso in cui la Commissione segnali i vizi della proclamazione attraverso le indicazioni immediate di cui all'articolo 13, lettera *d*), la revoca dovrà intervenire entro 5 giorni dalla ricezione della indicazione da parte delle organizzazioni sindacali, con facoltà per la Commissione, in caso di revoca o di differimento tardivo, di verificare se si sia in presenza di una violazione delle regole di lealtà e correttezza. Questa proposta va inquadrata ovviamente nel complesso delle altre proposte della Commissione volte a rivedere i bacini di utenza, la disciplina delle procedure di raffreddamento e conciliazione, la disciplina della rarefazione e i termini di intervallo tra astensioni.

Ci si domanda tuttavia se l'inasprimento delle regole, in questo caso relative alla revoca nel trasporto aereo, e più in generale l'enorme produzione di indirizzi interpretativi della Commissione, in certi momenti più restrittivi ed in altri più elastici, sia nello spirito del legislatore della novella del 2000 e ancor prima del legislatore del 1990 e se sia effettivamente utile a limitare l'effetto annuncio. Quello stesso effetto annuncio che nasce e si sviluppa in casi di distorsione estrema del conflitto, in cui le proclamazioni di sciopero divengono fini a se stesse ed in cui le organizzazioni sindacali dei trasporti si rincorrono nel tentativo di trovare uno spazio nel super affollato calendario spesso al solo fine di dare rilievo alla propria vertenza. Ci si chiede come questi ampliamenti dei termini della revoca possano essere conciliati con un dettato normativo dal quale si evince soltanto che la revoca spontanea deve avvenire entro lo stesso termine in cui le imprese debbono dare comunicazione dello sciopero, cioè 5 giorni prima dell'azione.

Sulla natura dell'atto di revoca si concorda con l'Autore secondo cui si tratta di un atto unilaterale ricettizio destinato cioè agli stessi soggetti cui era stata destinata la proclamazione. Quindi titolare dell'atto di revoca è il soggetto sindacale proclamante ed in questo caso si tratta di una titolarità in capo alla organizzazione sindacale collettivamente organizzata e non al singolo lavoratore al quale compete di aderire o meno alla revoca. Va sottolineato che in caso di revoca a seguito di intervenuto accordo tra le parti sulla materia del contendere non si sono verificati casi di lavoratori che non aderendo abbiano scioperato ugualmente

così come in caso di precettazione (articolo 8, legge n. 146/1990 e successive modificazioni) adeguatamente motivata.

Il singolo lavoratore ha tuttavia la facoltà di aderire o meno all'atto di revoca rimanendo tuttora la titolarità del diritto di sciopero materia sulla quale la Commissione non si è espressa e sul punto nulla si evince dallo stesso dettato normativo anzi, stante il tenore letterale della legge che rinvia genericamente ai soggetti che proclamano lo sciopero, la legittimazione alla proclamazione rimane in capo a qualsiasi soggetto a prescindere dalla forma associativa o meno del gruppo organizzato ovvero dalla consistenza numerica o rappresentativa. Se si può affermare che la legge in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali ha canalizzato in una logica collettiva la proclamazione di sciopero, lo si può asserire solo in virtù di taluni aspetti procedurali/procedimentali relativi al contenuto dell'atto di proclamazione ma ciò non implica l'aver implicitamente riconosciuto una titolarità collettiva del diritto di sciopero. Infatti, la Commissione ammette proclamazioni da parte di coalizioni spontanee di lavoratori che agiscono su sedicenti mandati di assemblee, o da parte di comitati promotori di quella particolare astensione ed in egual modo consente la revoca degli scioperi di questi soggetti sebbene non si tratti di sindacato organizzato; revoca che viene assoggettata alle stesse regole di cui si è parlato sopra.

I poteri della Commissione e l'apparato sanzionatorio

*Francesco Santoni **

Nel contributo di Antonio Vallebona un approfondito esame è dedicato ai profili sanzionatori previsti dalla legge n. 146/1990, dai quali emerge la complessità del disegno legislativo ed il tentativo di fornire soluzione ai numerosi problemi interpretativi sollevati dalle originarie disposizioni della stessa legge. I numerosi riferimenti alle deliberazioni della Commissione di garanzia, offerti da Vallebona, confermano in ogni caso come il regime sanzionatorio costituisca non solo uno degli aspetti più significativi della disciplina limitativa dei conflitti, ma anche uno dei più complessi sul piano tecnico-applicativo. Del resto, l'opzione legislativa si caratterizza per una più immediata selezione degli interessi meritevoli di tutela, che valorizza l'accresciuta sfera di protezione dei diritti della persona da contemperarsi con l'esercizio dello sciopero.

Per quanto riguarda le sanzioni individuali, l'articolo 4, comma 1, qualifica le misure applicabili ai singoli come "sanzioni disciplinari", la cui potestà è attribuita al datore di lavoro, mentre alla Commissione di garanzia spetta il potere di "prescrivere" agli enti erogatori di applicare ai singoli scioperanti le sanzioni disciplinari nel contesto di un'azione sindacale valutata negativamente. Tuttavia, il datore di lavoro può anche valutare autonomamente il comportamento dei singoli

* *Francesco Santoni è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".*

scioperanti, fatta salva l'opportunità che, ove sullo stesso sciopero sia stato aperto un procedimento da parte della Commissione anche nei confronti dei sindacati, l'applicazione delle sanzioni individuali resti comunque sospesa fino alla pronuncia dell'organismo di garanzia.

In ogni caso, l'attribuzione al datore di lavoro del potere disciplinare nei riguardi dei singoli scioperanti risponde ad una funzione strumentale alla continuità del servizio a vantaggio degli utenti e l'inosservanza degli obblighi imposti ai lavoratori per garantire le prestazioni indispensabili costituisce una fattispecie di illecito, il cui fondamento va ricercato esclusivamente nelle situazioni protette dalla legge. Così, mentre al datore spetta l'irrogazione della sanzione, alla Commissione viene riservato l'impulso sanzionatorio, che determina pure il connotato della doverosità dell'esercizio del relativo potere.

La legge n. 83/2000 ha invece significativamente innovato le sanzioni nei riguardi dei soggetti sindacali, con il dichiarato intento di superare talune questioni connesse alla precarietà del precedente regime affittivo, che contemplava la sospensione dei permessi retribuiti e la devoluzione all'Inps dei contributi sindacali riscossi dal datore di lavoro per conto delle rispettive associazioni sulle retribuzioni dei lavoratori iscritti, nonché la sospensione dalle trattative per un periodo di due mesi. La legge n. 83/2000 ha introdotto in proposito criteri più vincolanti, attraverso la commisurazione delle trattenute sui permessi o sui contributi sindacali, che devono tenere conto non solo del pregiudizio cagionato all'interesse tutelato ma anche delle modalità della condotta. La gamma dei criteri legali spazia infatti dalla durata dell'astensione, alla gravità complessiva della violazione e della eventuale recidiva, alla gravità degli effetti dello sciopero sul servizio pubblico, intese come componenti oggettive, al rilievo soggettivo degli agenti in relazione alla loro consistenza numerica. Del resto, il legislatore ha configurato specifici obblighi di comportamento, collegati ad autonome fattispecie di illecito, a carico dei sindacati che proclamano gli scioperi o vi aderiscono, superando le questioni sollevate in passato sull'accertamento delle responsabilità delle associazioni professionali in occasione di sciopero.

L'illecito sindacale risulta ora tipizzato, potendo consistere sia nella violazione del termine di preavviso, cui si riconosce autonomia funzionale rispetto alle misure idonee a salvaguardare il servizio, sia degli ulteriori doveri gravanti sui soggetti collettivi individuati nella legge n. 83/2000, quali il preventivo esperimento delle procedure di raffreddamento e di conciliazione, l'indicazione della motivazione, della durata e delle modalità dell'astensione, il rispetto degli intervalli tra gli scioperi, il divieto di revoca dopo che sia stata data comunicazione all'utenza, il rispetto delle delibere di invito della Commissione di garanzia.

In proposito, la principale sanzione collettiva, contemplata nell'articolo 4, comma 2, prevede la ritenuta dei permessi, ovvero dei contributi sindacali, o di entrambi, con la determinazione da parte della Commissione di un ammontare tra un minimo ed un massimo, a seconda della durata dello sciopero, della consistenza associativa e della gravità della violazione.

La determinazione quantitativa e qualitativa della sanzione, affidata alla Commissione di garanzia, lascia intendere un chiaro orientamento del legislatore verso una sua assimilazione con analoghi rimedi di natura più dichiaratamente am-

ministrativa. Ne costituisce una chiara conferma la scelta per un modello afflittivo graduato tra un minimo ed un massimo, che implica la piena discrezionalità da parte del soggetto legittimato, sebbene ancorata a valutazioni di carattere obiettivo. In ogni caso, l'affermazione del principio di legalità e la necessità di rispettare gli obblighi procedurali e sostanziali imposti per la determinazione della sanzione inducono a ritenere che il legislatore abbia voluto accentuare il fondamento pubblicistico tanto dell'illecito quanto dell'esercizio del potere da parte dell'autorità di garanzia competente. Questo potere, del resto, costituisce espressione di una più ampia tutela di determinati interessi materiali, e pertanto la loro eventuale lesione rappresenta il presupposto necessario per l'esercizio della potestà sanzionatoria attribuita alla Commissione di garanzia.

La legge n. 83 ha cercato poi di risolvere la questione della sanzionabilità dei comportamenti imputabili ai soggetti promotori degli scioperi ai quali non sia possibile applicare la sospensione dei permessi e la ritenuta dei contributi sindacali. In questo caso, l'articolo 4, comma 4-*bis*, ha previsto che la Commissione di garanzia deliberi, in via sostitutiva a carico di coloro che rispondono legalmente per l'organizzazione sindacale responsabile, una sanzione amministrativa pecuniaria da irrogarsi con ordinanza-ingiunzione della Direzione provinciale del lavoro.

Rimane tuttora insoluto il problema delle responsabilità per comportamenti tenuti da coalizioni spontanee di lavoratori, poiché la norma prevede che la sanzione sostitutiva si applichi a violazioni comunque poste in essere da gruppi sindacalmente organizzati, e in particolare a carico di «*coloro che rispondono legalmente per l'organizzazione sindacale responsabile*», presupponendo comunque una certa soggettività, intesa come capacità sia pur limitata di essere centri di imputazione di rapporti giuridici.

L'articolo 4, comma 4, come modificato dall'articolo 3, legge n. 83/2000, assoggetta le organizzazioni e gli organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, in solido con i singoli che abbiano aderito alla protesta e si siano astenuti dalle prestazioni, ad una sanzione amministrativa pecuniaria, da deliberarsi da parte della Commissione di garanzia ed applicarsi con ordinanza-ingiunzione della Direzione provinciale del lavoro. Dal tenore della norma, che riferisce la misura alle organizzazioni ed agli organismi rappresentativi di questi soggetti, dovrebbero rimanere esclusi gli ordini professionali, anche perché questi sovente coesistono con la presenza di unioni di carattere volontario con finalità dinamiche di autotutela, che si collocano come gruppi di pressione legittimati dalla generale libertà associativa garantita dall'articolo 18 e dalla stessa norma dell'articolo 39, comma 1, della Costituzione.

A tali organismi ha inteso probabilmente fare riferimento la disposizione della legge n. 83/2000 in tema di sanzioni, anche se non può escludersi, almeno sulla base dell'esperienza acquisita dalla prassi delle manifestazioni estensive degli avvocati, che siano sovente proprio gli ordini professionali ad indire le forme di protesta sfociate nelle astensioni dalle udienze.

In ogni caso, la norma in esame, proprio in ragione delle difficoltà connesse alla individuazione di organismi esponenziali nel variegato panorama del lavoro au-

tonomo e dei piccoli imprenditori, ha previsto che alla sanzione siano assoggettati «*in solido*» i singoli con le organizzazioni che ne rappresentano gli interessi.

Nell'esperienza applicativa della Commissione sono emerse tuttavia non poche questioni, sia per la difficoltà di individuare nominativamente i singoli destinatari sia per la difficoltà di individuare un vincolo di solidarietà tra singolo ed organizzazione, spesso insussistente, poiché molte astensioni di lavoratori autonomi sono deliberate in forma assembleare.

Allo stesso modo appare improbabile un'azione giudiziaria individuale plurima che trascini davanti al giudice promotori ed esecutori della manifestazione estensiva, che finiscono per godere di una franchigia illimitata, in questa come in altre ipotesi, con sacrificio della regola del *neminem laedere*. Anche se, in linea di principio, non può escludersi che i singoli prestatori autonomi possano incorrere, a seguito dell'illegittima azione collettiva, in forme ulteriori di responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni contratte nei confronti dei clienti o nelle sanzioni che comunque gli ordini professionali conservano il potere di adottare nei riguardi dei propri iscritti.

L'articolo 4, comma 4, ha altresì previsto l'applicabilità di una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti dei dirigenti responsabili delle pubbliche amministrazioni e degli enti erogatori dei servizi essenziali. Si è in tal modo introdotto una più stringente osservanza degli obblighi previsti per gli enti erogatori dall'articolo 2, comma 2, nonché di quelli derivanti dagli accordi sulle prestazioni indispensabili o dalle regolamentazioni provvisorie della Commissione di garanzia, precisandosi l'adempimento di prestare correttamente l'informazione all'utenza alla stregua del comma 6 dello stesso articolo 2. Pertanto, i preposti nell'ambito delle amministrazioni pubbliche ed i legali rappresentanti degli enti e delle imprese erogatrici dei servizi, i quali non osservino le specifiche disposizioni di cui sono destinatari, possono essere assoggettati ad una sanzione amministrativa pecuniaria, proporzionata alla gravità della violazione, alla recidiva, all'incidenza sull'insorgenza o sull'aggravamento del conflitto, ai pregiudizi patiti dagli utenti. Da tale punto di vista il legislatore rivela la volontà di favorire l'effettiva osservanza degli obblighi imposti alla parte datoriale, con l'imputazione di obblighi specifici causativi di particolari responsabilità.

Nella prassi della Commissione va in proposito segnalato la delibera con la quale è stato valutato negativamente, e sanzionato, il comportamento imputato alle Ferrovie dello Stato S.p.A. di non aver indicato nell'orario ufficiale i treni a lunga percorrenza nel caso di scioperi nazionali festivi, configurandosi una violazione dell'articolo 2, comma 2 e comma 6, legge n. 146/1990. Così come allo stesso modo è stato sanzionato il comportamento della RAI per aver trasmesso, durante uno sciopero, un notiziario più lungo di quello previsto come prestazione indispensabile dalla disciplina di settore.

In definitiva, la variegata morfologia del conflitto sindacale non può che essere valutata alla stregua del principio di legalità e della necessità di rispettare gli obblighi procedurali e sostanziali imposti ai soggetti collettivi, tenuto conto del fondamento extracontrattuale tanto dell'illecito quanto dell'esercizio del potere sanzionatorio da parte della Commissione di garanzia. Con il risultato che, se

prima della novella del 2000, prevalente era l'opinione della natura civilistica delle sanzioni, oggi, le stesse non possono non essere ricondotte nel novero delle misure generalmente afflittive a protezione dei beni fondamentali degli utenti.

Del resto, la particolare natura della Commissione di garanzia, quale autorità indipendente, depongono per una caratterizzazione di tipo contenzioso, se non addirittura paragiurisdizionale delle sue funzioni, anche se si tratta di un giudice particolare che, come avviene per altre autorità, può attivarsi di propria iniziativa, procedere ad istruttorie particolari, verificare l'esistenza degli illeciti, deliberare le sanzioni. Tuttavia, poiché l'attività valutativa della Commissione sugli illeciti commessi nel corso degli scioperi risulta vincolata ai criteri di legge che ne limitano la discrezionalità finisce, in concreto, per non discostarsi da un mero potere amministrativo, i cui riflessi tuttavia si presentano più ampi rispetto a quelli dei poteri totalmente vincolati, anche perché la sua "giurisprudenza" non solo è in grado di determinare autonome sanzioni ma di stabilire al tempo stesso orientamenti ed indirizzi interpretativi cui le parti dovranno attenersi.

In ogni caso, la presenza di una attività istruttoria, la possibilità per le parti di presentare scritti difensivi, l'osservanza del contraddittorio non consentono la possibilità di attribuire alla Commissione funzioni di carattere giurisdizionale. A tale conclusione si oppone del resto sia la natura amministrativa dell'organismo, sia il dettato dell'articolo 102 della Costituzione, che impedisce la proliferazione di giurisdizioni speciali.

La titolarità del diritto di sciopero tra teoria e prassi applicativa

*Michele Tiraboschi **

Una puntuale ricostruzione delle regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali – come quella condotta da Antonio Vallebona, nel volume che qui si commenta, attraverso una esposizione critica ordinata e completa delle prassi applicative e della "giurisprudenza" della Commissione di garanzia – conferma ampiamente quanto sostenuto dalla dottrina che in tempi recenti più si è dedicata, sul piano teorico, al controverso tema della qualificazione dello sciopero come diritto a titolarità individuale o collettiva.

Il dibattito sulla titolarità del diritto di sciopero – è stato infatti scritto ⁽¹⁾ – ha vissuto il periodo di maggiore intensità nei primi due decenni successivi alla entrata in vigore della Costituzione, quale riflesso della attesa di una legge organica di attuazione degli articoli 39 e 40 della Costituzione, per poi scemare «via via che, parallelamente al maturare delle consapevolezze acquisite sulla scorta della fondamentale teoria dell'ordinamento intersindacale, si consoliderà la scelta "a-

* Michele Tiraboschi è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia e componente della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

⁽¹⁾ Cfr. A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006, 1-2.

stensionistica” del legislatore». Poco o nulla sembra essere cambiato a seguito della entrata in vigore della legge n. 146 del 1990, neppure come integrata e modificata con la novella del 2000, dove le complesse problematiche legate alla questione della titolarità del diritto di sciopero, se non proprio sostanzialmente eluse, rimangono comunque sullo sfondo.

Non sorprende, dunque, che anche la dottrina successiva alla legge sull’esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali si sia occupata solo sporadicamente, e perlopiù in modo incidentale, del tema della titolarità del diritto di sciopero come arma, o risorsa strategica, del conflitto rimarcando semmai, in questa prospettiva, il nodo della rappresentatività sindacale. Nodo come noto irrisolto e, alla luce della peculiare evoluzione storica del sistema italiano di relazioni industriali, forse anche non più risolvibile, e pur tuttavia costantemente enfatizzato quale unica – e vera – possibile soluzione del problema ⁽²⁾. Non mancano, in ogni caso, interventi dottrinali più recenti che, oltre a una forte dose di scetticismo sulla efficacia di una siffatta soluzione normativa, bene evidenziano, pur da punti di vista in parte non coincidenti ⁽³⁾, come questa prospettiva di deflazione del conflitto attraverso la selezione dei soggetti legittimati a proclamare lo sciopero si scontri inevitabilmente contro il principio, ritenuto evidentemente insormontabile e fuori discussione nell’impianto della Carta costituzionale, della titolarità individuale del diritto di sciopero. A conferma, almeno a una prima valutazione d’insieme, di come la dottrina italiana sia ancora oggi prevalentemente assestata – non di rado mediante il ricorso ad ambigue formule tralaticie ⁽⁴⁾ – sul riconoscimento della titolarità individuale del diritto di sciopero ⁽⁵⁾.

È tuttavia proprio per questo motivo, e cioè l’assenza di precise indicazioni del Legislatore su uno dei profili più “gravi e tormentati” ⁽⁶⁾ del funzionamento del nostro attuale sistema di relazioni industriali – caratterizzato, almeno nel con-

⁽²⁾ Si vedano, per tutti, P. BELLOCCHI, *La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti*, in *LD*, 1994, qui 177-179; G. GHEZZI, *La Commissione di garanzia nella legge di riforma tra profili funzionali e dinamica delle istituzioni*, in *ADL*, 2001, 3; E. GHERA, *Conclusioni*, in M. D’ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano, 2003, qui 215 e 220, e ora R. DEL PUNTA, *Lo Sciopero*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, tomo I, *Il diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2007, qui 13.

⁽³⁾ Cfr. M.V. BALLESTRERO, *Discutendo di rappresentatività sindacale e conflitto*, in *Newsletter CgS*, 2006, n. 2/3, e M. MAGNANI, *I problemi della rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge?*, in *Newsletter CGS*, 2006, n. 1. In argomento si vedano altresì, con diversa impostazione, M.G. GAROFALO, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in *DLRI*, 1988, qui 575; M. D’ANTONA, *Chi rappresenta chi: i debiti della decima legislatura*, in *LD*, 1992, 531-545, e, più di recente, F. SANTONI, *Rappresentatività sindacale e conflitto nei servizi pubblici essenziali*, in *RIDL*, 2004, 319-349; P. ICHINO, *A che cosa serve il sindacato?*, Mondadori, Milano, 2005, spec. 206-210.

⁽⁴⁾ Si pensi, per esempio, alla fortunata definizione di Gino Giugni, ripresa anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (cfr. le sentenze 28 giugno 1976 n. 2480 e 8 agosto 1987 n. 6831), che parla di “diritto individuale ad esercizio collettivo”. Cfr. G. GIUGNI, *Diritto Sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, qui 229, e, tra i primi a utilizzare questa formula, V. SIMI, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1956, 125 ss.

⁽⁵⁾ Cfr., per tutti, F. SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 2001, spec. 19-26; M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2004, 297-300; B. CARUSO, *Le relazioni sindacali*, Giappichelli, Torino, 2004, 180-181.

⁽⁶⁾ Così, già con riferimento alla esperienza antecedente alla l. n. 146/1990, G. PERA, *Lo sciopero e la serrata*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. I, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 1971, 565.

fronto comparato ⁽⁷⁾, da una conflittualità esasperata e spesso fuori controllo – che sorprende l’assenza di interventi chiarificatori nella prassi operativa del diritto di sciopero e, segnatamente, nella attività della Commissione di garanzia che pure, in più di una decisione, ha finito almeno implicitamente con l’aderire alla tesi dottrinale ritenuta dominante. Si pensi, in particolare, ai profili procedurali dello sciopero, e segnatamente alla questione del carattere vincolante e della efficacia della procedure di raffreddamento e conciliazione ricondotte, dalla Commissione ⁽⁸⁾, alla parte obbligatoria del contratto collettivo.

E ciò sorprende ancor di più in un contesto di relazioni industriali, quale quello dei servizi pubblici essenziali, caratterizzato dalla rapida emersione in non pochi settori nevralgici (trasporti, scuola, sanità, pubblico impiego, igiene urbana) di un numero assai rilevante di scioperi “spontanei” e coalizioni occasionali di lavoratori. Fenomeni questi in crescita esponenziale negli ultimi anni e che paiono inequivocabilmente testimoniare una progressiva perdita di controllo del conflitto da parte del sindacato associazione ⁽⁹⁾, su cui pure era stata indubbiamente modellata – in una logica concertativa di dubbia efficacia a giudizio di Antonio Vallebona (qui paragrafo 4, p. 3) – la disciplina legale ⁽¹⁰⁾.

Ebbene, già un precedente lavoro dottrinale, di raccolta sistematica degli orientamenti della Commissione di garanzia, aveva evidenziato la pressoché totale assenza di pronunce sul tema ⁽¹¹⁾. Ciò, indubbiamente, anche in considerazione del fatto che la Commissione di garanzia ha sempre mostrato molta cautela nell’avventurarsi in argomentazioni e decisioni che potessero, anche solo indirettamente, scontrarsi con il principio di libertà della organizzazione sindacale e con lo stesso diritto costituzionale di sciopero, così (ancora una volta implicitamente) ricondotto, in termini di titolarità, ai lavoratori come singoli. Ed in effetti, come è stato giustamente rilevato ⁽¹²⁾, non poteva forse essere che questa l’unica strada concretamente praticabile da parte di una autorità «garante» – come dispone lo stesso titolo della legge n. 146 del 1990 – «della attuazione» della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Di modo che si è probabilmente dimostrato ragionevole, e in parte anche scontato alla luce della molteplicità di anime presenti al suo interno, il costante sforzo della Commissione di garanzia di non imporre una soluzione interpretativa netta su una questione tra le più dibattute e controverse nell’ambito degli studi di relazioni industriali e di diritto del lavoro. Una scelta astensionistica dunque consapevole e che, come ha rilevato Umberto Romagnoli, ha consentito alla Commissione di non «scottarsi le mani con la pata-

⁽⁷⁾ Si vedano, al riguardo, i dati periodicamente forniti dallo European Industrial Relations Observatory (www.eurofound.europa.eu/eiro).

⁽⁸⁾ Con delibera n. 2000/210.

⁽⁹⁾ Il tema del rinascere dello spontaneismo sindacale è affrontato da L. MONTUSCHI, *Lo sciopero senza regole*, in *Newsletter CgS*, 2003, n. 3, 17-25.

⁽¹⁰⁾ Cfr. M.R. IORIO, *Sciopero “spontaneo” e sanzioni individuali*, in *q. Rivista*, 2003, n. 2, spec. 176, dove parla di canalizzazione collettiva del conflitto.

⁽¹¹⁾ Si veda lo studio di A. RAFFI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali – Orientamenti della Commissione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 2001, dove infatti non si trova alcun riferimento al tema della titolarità del diritto di sciopero.

⁽¹²⁾ Cfr. M.V. BALLESTRERO, *Discutendo di rappresentatività sindacale e conflitto*, cit., 19.

ta bollente dell'individuazione dei soggetti collettivi qualificati, rigirandola furbescamente ad altri»⁽¹³⁾.

Una sostanziale conferma di ciò si ha ora anche nel libro di Antonio Vallebona dove tuttavia, pur in assenza – come già rilevato – di specifiche pronunce della Commissione di garanzia, il tema della titolarità del diritto di sciopero viene finalmente affrontato sia in termini generali (paragrafi 9 e 25) sia in relazione ai profili procedurali dello sciopero (paragrafo 40) diventati, come noto, a seguito della novella del 2000, alquanto complessi e articolati. Ed è proprio con riferimento agli aspetti procedurali, relativi in particolare alla formalizzazione dell'atto di proclamazione ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 146 del 1990 e successive modifiche e integrazioni, che il volume di Vallebona contiene spunti apprezzabili, e in larga parte condivisibili, dedicati al tema oggetto delle nostre riflessioni. Spunti che si muovono, in sintonia con la più recente evoluzione della elaborazione dottrinale, nel senso della titolarità collettiva del diritto di sciopero. Tanto che, ad una analisi più approfondita, si può oggi seriamente dubitare, almeno stando alle trattazioni che hanno affrontato *ex professo* o, comunque, in modo non del tutto accidentale il tema, che la regola della titolarità individuale sia davvero oggi così dominante nel nostro Paese⁽¹⁴⁾, come pure si è portati a ritenere⁽¹⁵⁾. Né tanto meno si può ragionevolmente sostenere che essa discenda o, comunque, sia imprescindibilmente presupposta dall'articolo 40 della Costituzione⁽¹⁶⁾.

Preso infatti atto, anche alla luce della esperienza della Commissione di garanzia, che l'atto di proclamazione dello sciopero è riservato a soggetti collettivi esponenziali dell'interesse di un gruppo di lavoratori, ne discende inevitabilmente la conseguenza che «la titolarità del diritto di sciopero si scinde tra il soggetto collettivo, legittimato alla proclamazione, ed i singoli lavoratori, che hanno la facoltà di attuare lo sciopero proclamato» (qui il paragrafo 25, p. 70, e il paragrafo 40, p. 97, del volume di Vallebona).

Rimane certamente fuori discussione nella giurisprudenza della Commissione di garanzia, stante il tenore letterale della legge che rinvia genericamente ai «sog-

⁽¹³⁾ U. ROMAGNOLI, *Introduzione* a U. ROMAGNOLI, M.V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, qui 26.

⁽¹⁴⁾ Accanto alla consolidata – e per lungo tempo sostanzialmente isolata – posizione di Umberto Romagnoli (cfr. U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 23-24, e ID., *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in *DLRI*, 1988, 581 ss.), più recentemente, e senza pretesa di completezza, nel senso della titolarità collettiva o sindacale del diritto di sciopero o, comunque, nella prospettiva della messa in discussione del dogma della titolarità individuale si vedano: L. ZOPPOLI, *op. cit.*; A. PILATI, *I diritti di sciopero*, Cedam, Padova, 2004; L. GAETA, *Le teorie dello sciopero nella dottrina italiana. Una guida alla lettura*, in *RTDPC*, 1990, spec. 153 ss.; E. GHERA, *op. cit.*, qui 219-220; P. PASCUCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2002; E. ALES, *Le procedure*, in F. SANTONI (a cura di), *Le regole dello sciopero*, Jovene, Napoli, 2001, spec. 21-22; M. RUSCIANO, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, in *AIDLASS, Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, Atti del IX Congresso nazionale di diritto del lavoro, Fiuggi, 8-10 aprile 1988, Giuffrè, Milano, 1989, 28; P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 163-183; G. PINO, *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2005. Si vedano sul punto le considerazioni di R. ROMEI, *Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, in *LD*, 1999, spec. 247-251, e, per le posizioni della dottrina dei decenni precedenti agli anni Novanta propensa alla titolarità collettiva (Pera, Mengoni, Gallo), l'esautiva ricostruzione di L. ZOPPOLI, *op. cit.*

⁽¹⁵⁾ Cfr. *supra* gli autori citati alla nota 5, ma anche, recentemente, R. DEL PUNTA, *op. cit.*, qui 406, ma poi anche 409.

⁽¹⁶⁾ Si veda, al riguardo, M. MAGNANI, *op. cit.*, qui 5.

getti che proclamano lo sciopero», la legittimazione alla proclamazione della astensione da parte di qualsiasi attore collettivo, a prescindere dalla forma associativa o meno del gruppo organizzato ovvero dalla sua consistenza numerica e/o rappresentativa. È anche vero tuttavia che, con la novella del 2000, nel formalizzare l'atto di proclamazione scritta e nel prevedere una serie di obblighi procedurali e sanzioni per la loro violazione a carico del soggetto collettivo proclamante, il Legislatore «supera la qualificazione dello sciopero come diritto individuale ad esercizio collettivo» (così testualmente Vallebona, a p. 70) ⁽¹⁷⁾. Quanto basta per consentire quantomeno di distinguere – diversamente da quanti ancora ragionano sul presupposto implicito della titolarità individuale ⁽¹⁸⁾ – «un diritto di proclamazione (e di revoca) dello sciopero spettante al soggetto esponenziale del gruppo ed un diritto di attuazione dello sciopero regolarmente proclamato spettante ai singoli lavoratori» (Vallebona, p. 71).

Invero, se una critica può essere mossa al lavoro di Antonio Vallebona, sotto questo specifico profilo della titolarità del diritto di sciopero, sta forse nel non aver ribadito con nettezza queste conclusioni anche nel capitolo dedicato ai principi sullo sciopero in generale, dove infatti viene prestata rituale e incondizionata adesione al dogma della «titolarità individuale ad esercizio collettivo» del diritto di sciopero senza alcuna specificazione almeno con riferimento alle novità introdotte, per i servizi pubblici essenziali, con la legge n. 146 del 1990 e successive modifiche e integrazioni (vedi infatti quanto sostenuto nel paragrafo 25 del capitolo I). Senza sottovalutare il rischio di disorientare in questo modo il lettore meno avveduto, e cioè il cultore alle prime armi, a cui è affidato il non facile compito di riconnettere tra di loro i passaggi sulla titolarità del diritto di sciopero sviluppati in diversi punti della trattazione, questa scelta del nostro Autore pare in realtà riflettere un più generale e diffuso atteggiamento di conservazione, assai radicato nella nostra cultura giussindacale, talvolta sin troppo incurante del valore sistematico dei più recenti, ancorché parziali, interventi normativi in materia. Al punto da fornire ancora oggi una rappresentazione sostanzialmente “monolitica” dello sciopero, inteso cioè quale fattispecie giuridica unitaria e indistinta. E in questa prospettiva si colloca indubbiamente quella dottrina che, con un procedimento logico a nostro avviso aprioristico, fa discendere dalla titolarità individuale del diritto di sciopero la conseguenza necessitata secondo cui «la proclamazione dello sciopero non è (...) una prerogativa sindacale» ⁽¹⁹⁾.

È certamente fuori discussione che, nei settori non qualificabili come servizi pubblici essenziali, non v'è obbligo di proclamazione e preavviso. Ma è anche vero che la ricostruzione dello sciopero, come diritto individuale a esercizio collettivo, poggia in questo caso su generici principi generali dell'ordinamento di dubbia dimostrazione. L'imponente elaborazione dottrinale maturata a seguito della entrata in vigore della Costituzione, e in attesa della legge di attuazione de-

⁽¹⁷⁾ Tra i primi a collocarsi in questa prospettiva cfr. M. RUSCIANO, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, in *DLRI*, 2002, qui 174-175. Nello stesso senso si vedano anche gli spunti contenuti in E. ALES, *op. cit.*, spec. 21, e E. GHERA, *op. cit.*, qui 219-220, nonché ora, sebbene in diversa prospettiva interpretativa, G. PINO, *op. cit.*, qui 153.

⁽¹⁸⁾ In questa prospettiva si veda l'importante spunto contenuto in A. PILATI, *op. cit.*, qui 23 e 25.

⁽¹⁹⁾ Cfr., in proposito, M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., 299.

gli articoli 39 e 40, pare in effetti ancora condizionare pesantemente, in un inestricabile reticolo di percorsi argomentativi e vincoli concettuali, la teoria generale del diritto di sciopero finendo con il relegare in secondo piano, o comunque in un capitolo a se stante, lo sciopero nei servizi pubblici essenziali che pure, tanto nella elaborazione teorica quanto nella prassi applicativa, è oramai diventato il segmento centrale e più rilevante del conflitto collettivo. A conferma, se ve ne fosse ancora bisogno, di quanto fosse infondata, almeno nell'ambito della scienza lavoristica, la pur celebre affermazione del Kirchmann⁽²⁰⁾ secondo cui sono sufficienti «tre parole di rettifica del Legislatore, e intere biblioteche diventano carta straccia».

Ciò precisato, non si tratta beninteso, e nonostante l'indubbia forza suggestiva di talune proposte dottrinali⁽²¹⁾, di affermare nel nostro sistema di diritto positivo la sussistenza di una "titolarità sindacale" in senso stretto⁽²²⁾ del diritto di sciopero, del tutto estranea sia alla nostra cultura giuridica sia alla prassi delle relazioni industriali nel nostro Paese. Semmai si tratta di riconoscere, in un ambito strategico come quello dei servizi pubblici essenziali, e come già anticipato da una acuta dottrina⁽²³⁾, la centralità delle collettività organizzate che non a caso, come da alcuni già rilevato⁽²⁴⁾, sono destinatarie delle norme di chiusura della legge n. 146 del 1990 e successive modifiche e integrazioni, e cioè delle norme sanzionatorie. Norme queste ultime dirette a colpire, in caso di sciopero irregolare, le organizzazioni sindacali che godono di permessi sindacali retribuiti, o comunque di trattenute sindacali, ovvero che partecipano a trattative di carattere sindacale o anche, in ultima istanza e a conferma della irrilevanza della formula associativa ovvero del riconoscimento della organizzazione sindacale operato dalla controparte⁽²⁵⁾, «coloro che rispondono legalmente per l'organizzazione sindacale responsabile» come nel caso, fatto recentemente proprio dalla Commissione di garanzia per governare il fenomeno degli scioperi occasionali nel settore dei trasporti, dei comitati spontanei organizzatori della astensione collettiva (si veda, come *leading case*, la delibera 23 luglio 2003, n. 03/123 della Commissione di garanzia). Là dove, per contro, il singolo lavoratore è tenuto ad attuare lo sciopero in conformità alla proclamazione e alle modalità di esecuzione stabilite dal gruppo organizzato (si veda il verbale della Commissione di garanzia del 14 set-

⁽²⁰⁾ J.H. VON KIRCHMANN, *Della mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Pisa, 1942 (ma 1848).

⁽²¹⁾ Cfr. M. RUSCIANO, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, cit. Cfr., al riguardo, le precisazioni contenute in M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 579, con riferimento alla tesi che riconnette la titolarità collettiva del diritto di sciopero alla «legittimità dell'attribuzione del monopolio dello sciopero legittimo ad organizzazioni sindacali in qualche modo riconosciute (...) dai pubblici poteri o dalla controparte».

⁽²²⁾ Giova precisare, al riguardo, la posizione di A. ZOPPOLI, *op. cit.*, spec. 140-149, che infatti non imputa la titolarità sindacale ad organizzazioni sindacali "riconosciute" o "strutturate" secondo chiari modelli associativi, ma, più correttamente, alla nozione assai più elementare di "organizzazione sindacale".

⁽²³⁾ Cfr. G. VARDARO, *Verso la codificazione del diritto di sciopero*, in AIDLASS, *op. cit.*, 224.

⁽²⁴⁾ M. RUSCIANO, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, cit., 174-175; E. ALES, *op. cit.*, 22; M.R. IORIO, *op. cit.*, 189.

⁽²⁵⁾ Si veda, al riguardo, la ricostruzione degli orientamenti della Commissione di garanzia sviluppata nel libro di Antonio Vallebona (spec. 71, nota 7), dove si evidenzia come sia stata recentemente superata la tesi (delibera indirizzo 23 febbraio 2003, n. 2003/32) secondo cui solo le associazioni e non anche le coalizioni occasionali sarebbero sanzionabili.

tembre 2005, n. 615, posizione 22252, citato da Vallebona a p. 98), degradando altrimenti il suo comportamento a una situazione *contra legem* che, alla stregua di un semplice fatto materiale, non trova alcuna copertura nella tutela costituzionale del diritto di sciopero.

La più recente esperienza applicativa della legge n. 146 del 1990 – confortata ora, sul piano teorico-ricostruttivo, dalle recenti acquisizioni della dottrina gius-sindacale ⁽²⁶⁾ – ha dunque smentito quanti sostenevano, all’indomani della approvazione delle modifiche e integrazione di cui alla legge n. 83 del 2000 e sempre sul presupposto implicito della titolarità individuale, come fosse rimasto del tutto insoluto il problema della responsabilità per comportamenti tenuti da coalizioni spontanee di lavoratori posto che «le sanzioni in questione non sono riferibili a qualunque gruppo od organismo abilitato a proclamare lo sciopero ma solo a quelli dotati di una certa organizzazione e quindi soggettività, intesa come capacità sia pur limitata di essere centri di imputazione di rapporti giuridici» ⁽²⁷⁾.

Il ricorso alla figura del «comitato promotore della astensione» ha in effetti consentito alla Commissione di garanzia di sanzionare – talvolta per il tramite di una grossolana selezione di taluni componenti del gruppo organizzato (es. i primi ad astenersi dalla prestazione in caso di organizzazione del lavoro per turni) e, comunque, in piena coerenza con la disciplina codicistica in punto di responsabilità solidale delle persone fisiche retrostanti al soggetto giuridico carente del requisito della autonomia patrimoniale perfetta – anche i comportamenti tenuti appunto da coalizioni del tutto estemporanee ed occasionali ⁽²⁸⁾. Soluzione, questa, da taluno ritenuta non a torto caratterizzarsi per una certa dose di “artificiosità”, ma di certo anche assai meno speciosa, e comunque lontana dalle logiche del conflitto collettivo, rispetto a quel diverso orientamento, adottato nel corso degli anni Novanta dalla Commissione di garanzia, che, per sanzionare il comportamento dei singoli lavoratori a vario titolo coinvolti in uno sciopero spontaneo, imponeva di procedere, in via preliminare, alla apertura del procedimento di valutazione nei confronti di una organizzazione sindacale strutturata di cui pure si conosceva già l’estraneità rispetto ai fatti oggetto di contestazione ⁽²⁹⁾.

Ed invero, a voler rigettare questa soluzione recentemente elaborata dalla Commissione di garanzia, non resterebbe allora che una unica soluzione per rendere pienamente effettivo l’apparato sanzionatorio previsto dalla legge n. 146 del

⁽²⁶⁾ Per il profilo della possibile qualificazione anche di coalizioni occasionali di lavoratori come «centro unitario di imputazione di effetti giuridici» si veda, in particolare, e con sviluppi in parte diversi da quelli fatti propri dalla Commissione di garanzia attraverso il ricorso alla figura del “comitato organizzatore”, l’articolata ricostruzione di A. ZOPPOLI, *op. cit.*, cap. IV e V, e ivi ampi esaustivi riferimenti bibliografici.

⁽²⁷⁾ Così: F. SANTONI, *Le sanzioni*, in F. SANTONI (a cura di), *op. cit.*, qui 192. Si veda anche, rispetto alla connessione tra titolarità del diritto di sciopero e tutela della collettività rispetto ai fenomeni della micro-conflittualità e della frammentazione sindacale, ID., *Lo sciopero*, cit., qui 28.

⁽²⁸⁾ In dottrina, ammettono l’assimilazione tra coalizione spontanea e comitato G. GIUGNI, *op. cit.*, e M. DELL’OLIO, *L’organizzazione e l’azione dei sindacati in generale*, in M. DELL’OLIO, G. BRANCA, *L’organizzazione e l’azione sindacale*, Cedam, Padova, 1980, 156, nota 7; M.G. GAROFALO, *Le sanzioni nell’attuale disciplina dello sciopero nei s.p.e.*, in M. D’ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *op. cit.*, 82. *Contra*: G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Giuffrè, Milano, 1963, 110, nota 64.

⁽²⁹⁾ Si vedano, per esempio, le delibere n. 97/360, del 29 maggio 1997, Atac-Cotral Roma, e n. 97/833 dell’11 dicembre 1997, Igm-rsa Fit/Uilt/Cisnal.

1990 – e dell’articolo 4, comma 4-*bis* in particolare – a tutela delle svariate fattispecie da essa disciplinate, e cioè sposare la tesi della “titolarità sindacale” in senso stretto riservando così lo sciopero alle sole organizzazioni dotate di una certa consistenza associativa. Soluzione quest’ultima che, come già rilevato, si pone in tensione con la nostra tradizione giuridica e che pare tuttavia facilmente evitabile alla luce della disciplina civilistica in punto di responsabilità dei soggetti giuridici diversi dalle persone fisiche. Tanto più che non pare possibile continuare a sottovalutare, al riguardo, la sintonia strutturale tra l’articolo 41 c.c. e la formula sanzionatoria di cui all’articolo 4, comma 4-*bis*, che, nel disporre in via sostitutiva la sanzione amministrativa pecuniaria «a carico di coloro che rispondono legalmente per l’organizzazione sindacale responsabile» dello sciopero irregolare consente, infatti, l’imputazione di effetti giuridici anche in capo a organizzazioni e gruppi tra i più elementari sino al punto di colpire i singoli componenti di un comitato promotore.

Tutto ciò considerato, l’esperienza applicativa degli ultimi anni delle regole di cui alla legge n. 146 del 1990, in uno con i più recenti sviluppi della elaborazione teorica, rendono oggi maturo un ulteriore, e assai più decisivo, passo in avanti. Una attenta analisi del fenomeno sciopero nel contesto operativo del sistema di relazioni industriali del nostro Paese ci porta infatti a ritenere che la questione della titolarità del diritto di sciopero, nella classica contrapposizione binaria tra piano individuale e piano collettivo, sia in realtà poco o nulla rilevante o, ancora meglio, come già sosteneva con acuta lungimiranza e senso pratico Giuseppe Pera⁽³⁰⁾, “uno pseudo-problema”.

In effetti, non pare lecito più dubitare, almeno a seguito delle innovazioni introdotte con la legge n. 83 del 2000, del definitivo rovesciamento anche sul piano normativo, e non solo nella prassi del sistema di relazioni industriali, della tralatizia formula dottrinale del «diritto individuale ad esercizio collettivo» (*supra* nota 4).

Una volta stabilite – ai sensi dell’articolo 40 della Costituzione, secondo cui «il diritto di sciopero si esercita nell’ambito delle leggi che lo regolano» – precise prescrizioni procedurali che prevedono, come condizione indispensabile per la regolarità dello sciopero, la formalizzazione dell’atto di proclamazione per opera di un soggetto organizzato e la individuazione delle prestazioni indispensabili, la fattispecie dello sciopero è progressivamente venuta a configurarsi, nel vasto ambito dei servizi pubblici essenziali, alla stregua di un diritto collettivo ad esercizio individuale⁽³¹⁾. Come conferma la già richiamata giurisprudenza della Commissione di garanzia, al singolo lavoratore è per contro riconosciuto un diritto per così dire condizionato⁽³²⁾ – perchè operativo solo in seconda battuta e, comunque, sottoposto alla valutazione discrezionale di un gruppo esponenziale di lavoratori – di aderire o meno alla astensione precedentemente proclamata da un soggetto collettivo.

⁽³⁰⁾ G. PERA, *op. cit.*, 576.

⁽³¹⁾ Così già U. ROMAGNOLI, *Introduzione*, cit., qui 21 e 23, e M. RUSCIANO, *Il ruolo degli attori nel disegno della legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *RGL*, I, qui 414.

⁽³²⁾ Già all’indomani della entrata in vigore della l. n. 146 del 1990 U. ROMAGNOLI, *Introduzione*, cit., 24, affermava perentoriamente che «l’esercizio del diritto di sciopero non è più incondizionato».

Senza il necessario filtro preventivo del gruppo organizzato l'immunità di cui all'articolo 40 della Costituzione resta dunque paralizzata; e i singoli lavoratori che hanno violato le prescrizioni della legge n. 146 del 1990 (preavviso e prestazioni indispensabili) risultano soggetti, previa apertura del procedimento di valutazione⁽³³⁾ e indipendentemente dal convincimento soggettivo di avere esercitato un diritto costituzionale, alle sanzioni civili disposte dalla legge.

Con il che, tuttavia, non paiono certo risolti i più rilevanti problemi applicativi della legge n. 146 del 1990, e successive modifiche e integrazioni, che infatti non sollevano mai la questione di una netta alternativa tra titolarità individuale o titolarità collettiva del diritto di sciopero, ma testimoniano semmai, in parallelo alla crescente esplosione di coalizioni occasionali di sciopero e forme anomale di conflitto, il fallimento del tentativo di istituzionalizzare le regole del conflitto nell'ambito dei servizi pubblici essenziali. Sino al punto di indurre una attenta dottrina a parlare, con riferimento a fenomeni non più marginali ed episodici, di "sciopero senza regole", posto che, pur dopo le significative innovazioni introdotte con la riforma del 2000, l'impianto complessivo della legge non pare contemplare un armamentario giuridico efficace e adeguato per inquadrare con la dovuta precisione fenomeni di conflittualità selvaggia⁽³⁴⁾.

In effetti, la Commissione di garanzia mai si è avventurata in argomentazioni volte a negare, più o meno velatamente⁽³⁵⁾, il diritto di un gruppo esponenziale di lavoratori – come può essere un comitato spontaneo anche di poche persone ovvero una assemblea più o meno strutturata – di *proclamare* legittimamente, ovviamente nelle forme previste dalla legge, uno sciopero. Tanto più che la stragrande maggioranza di scioperi "spontanei" giunge alla attenzione della Commissione a sciopero già effettuato vuoi per la segnalazione della azienda erogatrice del servizio (emblematico è il settore dell'igiene urbana, soprattutto in alcune aree del Paese, normalmente con riferimento a situazioni di cronico ritardo nei pagamenti dei salari ovvero in relazione alle precarie condizioni di igiene e sicurezza sul lavoro) vuoi anche, nei casi più eclatanti (di prassi nel settore dei trasporti), per l'amplificazione dei loro effetti fornita dai mezzi di comunicazione di massa. Ed invece risulta per contro evidente il costante imbarazzo con cui la Commissione si è mossa quando è stata chiamata a valutare in via preventiva o prognostica le conseguenze – per gli utenti del servizio, in prima battuta, ma anche, e più in generale, per la tenuta dell'impianto delle singole regolamentazioni di settore – della *attuazione* di uno sciopero ritualmente proclamato da una coalizione non stabilmente inserita nel sistema di relazioni industriali e, per questo motivo, ritenuta poco o nulla controllabile sul piano dei comportamenti organizzativi se non anche in termini di concreta applicabilità del regime sanzionatorio contemplato dalla legge. A conferma che, quantomeno nel settore dei servizi pubblici essenziali, ciò che rileva non è tanto la titolarità del diritto, ma piuttosto

⁽³³⁾ Per una rassegna degli orientamenti della Commissione di garanzia sulle sanzioni applicabili ai lavoratori come singoli cfr. M.R. IORIO, *op. cit.*

⁽³⁴⁾ L. MONTUSCHI, *op. cit.* Si veda già, in proposito, la ricerca condotta da A. ACCORNERO, M. CARRIERI, *La conflittualità nei servizi pubblici: tipi di soggetti e livelli di interdipendenza*, in *DLRI*, 1988.

⁽³⁵⁾ Come pure sostenuto da P. ALLEVA, *Diritti e scioperi*, in *Il Manifesto*, giugno 2007 (anche in *Boll. Adapt*, 2007, n. 25), travisando i contenuti di una delibera del 24 maggio 2007 su cui torneremo tra breve.

«l'esercizio, o meglio, le modalità di esercizio del medesimo (...) al fine di coniugare l'interesse di gruppo con l'interesse generale»⁽³⁶⁾.

Un caso giunto recentemente alla attenzione della Commissione, quando il lavoro di Antonio Vallebona era già stato consegnato alla tipografia, può forse aiutare meglio a focalizzare quello che, in conseguenza di quanto sin qui rilevato, rimane il vero punto critico sollevato dalla sfasatura, codificata dalla legge n. 146 del 1990, così come modificata e integrata dalla legge n. 83 del 2000, tra diritto (a valenza collettiva) di *proclamazione* e diritto (a valenza individuale e condizionato dalla regolarità della proclamazione stessa) di *attuazione* o meno dello sciopero. E cioè il problema di come inquadrare azioni conflittuali promosse da coalizioni spontanee od occasionali che, per definizione, risultano prive di una chiara modalità di esercizio quantomeno rispetto alle dinamiche del conflitto presupposte – e quel che più rileva disciplinate – tanto dalla legge quanto dalle regolamentazioni di settore.

È il settore del trasporto ferroviario che ha registrato, a seguito dell'incidente ferroviario di Crevalcore del gennaio 2005, l'emersione di una serie di proclamazioni di "scioperi nazionali" da parte di un gruppo di *delegati* RSU/RSL di una non bene identificata "Assemblea Nazionale dei Ferrovieri". Non è certo possibile ripercorrere, in questa sede, le complesse vicende che caratterizzano le proclamazioni in oggetto e che pure rilevano ai fini della esatta ricostruzione del contenzioso che, nel caso di specie, è scaturito tra Commissione di garanzia e Assemblea Nazionale dei Ferrovieri sino a dare luogo, nel giugno del 2007, a una interpellanza parlamentare ai ministri competenti⁽³⁷⁾. Ciò che rileva, ai fini del nostro ragionamento, è che la Commissione, dopo reiterate richieste rimaste senza seguito, ai soggetti che dichiaravano di agire in nome e per conto della assemblea, di inviare i verbali della assemblea stessa e ogni altra documentazione utile a comprovare la legittimità dell'asserito mandato, è giunta in una occasione a deliberare l'invio di una indicazione immediata – ai sensi dell'articolo 13, lett. *d*), della legge n. 146 del 1990, come modificata dalla legge n. 83 del 2003 – contestando ai (presunti) delegati, sempre nel caso di specie e in assenza di adeguata documentazione comprovante il contrario, la mancanza di legittimazione per la proclamazione di uno sciopero definito dai tre delegati firmatari dell'atto di rilevanza nazionale.

Anche in questo caso tuttavia, e nonostante una diversa opinione⁽³⁸⁾, la Commissione di garanzia non ha sindacato, in sé e per sé, la legittimazione di un gruppo esponenziale di lavoratori a proclamare «uno sciopero», così «(negando) che lo sciopero costituisca un diritto individuale di libertà di ogni lavoratore». Del problema della titolarità la Commissione non si è affatto occupata ponendo piuttosto attenzione su due distinti profili legati, per un verso, alla responsabilità dei soggetti che dichiarano di agire in nome e per conto della assemblea e, per l'altro

⁽³⁶⁾ Così R. ROMEI, *op. cit.*, 251.

⁽³⁷⁾ Ampia documentazione del caso in www.fmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Sciopero*, e ivi l'interrogazione del Senatore Tibaldi in cui si parlava di «atto gravissimo» della Commissione di garanzia che «lede il diritto costituzionale di sciopero».

⁽³⁸⁾ Ancora P. ALLEVA, *op. cit.*

verso, alla collocazione di un sciopero auto-qualificato di “rilevanza nazionale” (ancorché riconducibile a un numero esiguo di lavoratori) nel fitto calendario degli scioperi del settore ferroviario in ragione della applicazione delle regole di legge sulla rarefazione oggettiva strumentali al concreto contemperamento degli interessi degli scioperanti con quelli, di pari rilevanza costituzionale, degli utenti del servizio.

In termini ancora più chiari: ai fini della garanzia delle prestazioni indispensabili e del rispetto delle regole procedurali imposte dalla legge chi garantisce, anche in prospettiva della attivazione dell'apparato sanzionatorio e delle conseguenze per i singoli lavoratori che vi aderiscano, che i firmatari della proclamazione abbiano davvero ricevuto uno specifico ed esplicito mandato per quel tipo di azione caratterizzata da quelle specifiche modalità di esecuzione? E ancora: può un gruppo esiguo di lavoratori, espressione di un interesse collettivo di difficile valutazione in termini di impatto sul sistema di relazioni industriali, proclamare uno sciopero definito di “rilevanza nazionale” con ciò paralizzando, per effetto della regola di rarefazione oggettiva e di altre norme contenute nella disciplina di settore, l'azione di soggetti collettivi di lunga tradizione storica e indubbia rappresentanza di interessi collettivi a livello nazionale?

Rispetto a questi interrogativi, legati a singoli e specifici casi concreti, il compito della Commissione di garanzia è indubbiamente tutto in salita. Ma ciò non può certo esimere una Commissione di garanzia “*della attuazione*” della legge dal verificare con attenzione, in ragione della tutela degli interessi generali di cui parla espressamente la disciplina sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, il rispetto dei profili procedurali a cui è vincolato il gruppo organizzato, così come dei relativi aspetti sostanziali (tra cui, in particolare, la garanzia delle prestazioni indispensabili) di cui alla legge n. 146 del 1990 e successive modifiche e integrazioni.

È certamente vero, come sostenuto dai delegati RSU/RSL della assemblea in questione ⁽³⁹⁾, che «in assenza di una legge sulla rappresentanza sindacale qualsiasi tentativo di *individuare criteri di legittimazione* all'esercizio del diritto di sciopero (e della attività sindacale in genere) non può che tradursi in decisioni arbitrarie, discriminatorie e lesive di diritto costituzionali». Altra cosa tuttavia è *verificare* – ai fini della possibilità di valutazione delle modalità di esercizio del diritto di sciopero e del rispetto delle norme di legge e delle regolamentazioni di settore – *la sussistenza* concreta di un asserito “esplicito” e “ampio” mandato, espresso in forma collettiva dai lavoratori.

A questa conclusione si può giungere, a ben vedere, anche senza scomodare le norme codicistiche sulla rappresentanza e il mandato, che pure rilevano ⁽⁴⁰⁾ e trovano qui applicazione proprio in ragione della assenza di una legge sulla rappresentanza sindacale. Tutto ciò si desume, infatti, e più semplicemente, dalla stessa

⁽³⁹⁾ Per la documentazione vedi quanto precisato *supra* alla nota 37.

⁽⁴⁰⁾ Si pensi, in particolare, all'art. 1393 c.c. in punto di giustificazione dei poteri del rappresentante, là dove dispone che «il terzo che contratta con il rappresentante può sempre esigere che questo giustifichi i suoi poteri (...)» o anche l'art. 1392, là dove dispone che la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il negozio che il rappresentante deve concludere (e si ricorda che la proclamazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali impone la forma scritta).

legge n. 146 del 1990 che rende il diritto costituzionale di sciopero condizionato, nelle modalità di proclamazione ed esercizio, al rispetto di specifiche misure dirette a consentire il contemperamento con i diritti degli utenti del servizio. Di modo che, pur in assenza di una specifica previsione normativa in punto di titolarità del diritto di sciopero, non esiste oggi spazio alcuno per quei soggetti collettivi che, quale che ne sia la loro struttura organizzativa interna, intendano avviare azioni di lotta nel settore dei servizi pubblici essenziali sottraendosi da ogni responsabilità conseguente al mancato rispetto dei profili procedurali e dei contenuti sostanziali imposti dal Legislatore e garantiti, sul piano della effettività, da un correlativo apparato sanzionatorio.

Alla titolarità del diritto corrisponde in altri termini una precisa *responsabilità giuridica* che va oltre le mere logiche endosindacali, proprie del sistema di relazioni industriali, che disciplinano il vincolo di rappresentanza tra soggetto collettivo e singolo lavoratore.

In questa prospettiva, il più volte ricordato articolo 4, comma 4-*bis*, della legge n. 146 del 1990, come modificata dalla novella del 2000, nel disporre le sanzioni sostitutive «a carico di coloro che rispondono *legalmente* per l'*organizzazione sindacale responsabile*» non solo consente ma, a ben vedere, impone alla Commissione di garanzia l'obbligo di assumere ogni necessaria iniziativa che si ritenga necessaria, o anche solo utile, per rendere il precetto di legge effettivo su un punto qualificante come quello appunto della responsabilità del soggetto collettivo, dei suoi rappresentanti, ma anche dei suoi singoli componenti a prescindere dalla struttura organizzativa di volta in volta prescelta. Tutto ciò, peraltro, in piena sintonia non solo con l'articolo 41 c.c., in punto di responsabilità (personale e solidale) dei componenti del comitato, là dove «il comitato non abbia ottenuto la personalità giuridica», ma con la stessa elaborazione di Antonio Vallebona, da cui la nostra riflessione ha preso avvio, quando giustamente propone di considerare, ai fini della applicazione della sanzione sostitutiva, «componenti del comitato spontaneo promotore tutti gli scioperanti, conseguentemente responsabili tra loro in solido» (Vallebona, p. 71, nota 7).

*Antonello Zoppoli **

Nell'aprire il volume di Vallebona ci si imbatte, da subito, in alcune affermazioni che esprimono appieno il respiro e la ricchezza di molti, se non di tutti, i profili della disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Queste affermazioni fanno un po' da sfondo a ciò che il volume vuole essere, ossia una «esposizione critica del diritto vivente», frutto di «una faticosa opera di selezione e di sintesi» (p. XIII): sì da consentire di cogliere, pur nello spazio necessariamente ridotto dedicato a questo o a quell'aspetto, i principali nodi problematici delle molteplici questioni affrontate.

Ovviamente, la titolarità del diritto di sciopero – tema sul quale sono stato invitato a intrattenermi – non fa eccezione a quanto appena rilevato. Perciò, prima di

* Antonello Zoppoli è professore straordinario di Diritto sindacale presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

dedicarsi ad essa, su detto *incipit* è evidentemente il caso di soffermarsi, sia pure brevemente.

Vallebona ritiene giustamente che la legge n. 146 del 1990 «incarna il cambiamento del diritto del lavoro in tutta la sua complessità» e la pone al crocevia delle «tensioni regolative dell'attuale ordinamento del lavoro» (p. 1). Dunque, mette in primo piano la correlazione tra le trasformazioni di carattere evidentemente generale – anzitutto sociali, economiche, organizzative – e le tecniche normative adottate dal legislatore del 1990. Giocoforza, immediatamente dopo, rammenta la lunga vicenda storica che ha preceduto la legge, sottolineando segnatamente, da un lato, l'inadempimento costituzionale o, se si preferisce, il «distacco» tra costituzione formale e costituzione materiale, realizzatosi per lungo tempo in relazione all'articolo 40 della Costituzione, e, dall'altro, la conseguente «mediazione giudiziaria». Una mediazione che si è tradotta – a Suo avviso –, per naturali limiti, in un «deficit regolativo» e che ha finito per ripercuotersi sul sistema economico, giacché ha ampliato (prosegue Vallebona) le capacità rivendicative del sindacato a svantaggio di imprese e pubbliche amministrazioni (p. 2).

Quest'ultima affermazione, invero, appare troppo netta. La questione della titolarità del diritto di sciopero, per intuibili ragioni, evidenzia bene come non sempre l'anomia rafforzi realmente la forza del sindacato, quanto meno di un tipo di sindacato, che è però quello che, nel tempo e nello spazio, maggiormente ha inciso, e tuttora incide, sugli andamenti macro-economici. Infatti, la carenza di regole, come ben sappiamo, si è rivelata e si rivela di frequente un *boomerang*, legittimando al conflitto le più disparate coalizioni sindacali, talvolta (come vedremo) sollevate anche dalle conseguenti responsabilità. Sicché, in aree delicate come quella dei servizi essenziali, non è affatto infrequente trovarsi dinanzi a schegge impazzite che acquistano forza per la rivendicazione di micro-interessi, destabilizzando e frammentando il sistema di relazioni sindacali.

È invece sul più generale e dinamico piano dell'insieme delle istanze sociali e dei valori costituzionali che la correlazione tra trasformazioni fattuali e tecniche normative, sottolineata a ragion veduta da Vallebona, si apprezza meglio e sino in fondo.

Al riguardo, non si può non essere d'accordo con l'inevitabile rilevanza riconosciuta all'«ingresso dei consumatori sulla ribalta del diritto del lavoro», considerata da Vallebona rivoluzionaria della «tradizionale destinazione della materia alla regolazione del conflitto tra capitale e lavoro» (p. 2). Non c'è dubbio che il conflitto tra soggetti che vestono, ad un tempo, gli abiti del lavoratore e del consumatore ha aperto scenari prima inediti. Questo conflitto «tra» lavoratori è emblematico di una nuova fase storica; peraltro – lo rileva puntualmente l'Autore – non è il solo conflitto «estraneo» alle più abituali dinamiche del diritto del lavoro: si pensi al conflitto tra occupati e disoccupati o a quello tra generazioni. E, come l'assassino nel più classico dei *thriller*, inesorabile compare, nelle pagine del volume, l'«interesse generale alla ordinata convivenza civile», che, seguendo l'insegnamento della Corte Costituzionale, attira a sé l'attenzione, eventualmente anche a scapito, in qualche misura, dell'interesse collettivo.

Ebbene, come dicevo, è su questo piano che i cambiamenti risultano più rilevanti e di maggior peso, riverberandosi immediatamente sulle tecniche normative. Ma,

probabilmente, ci si può spingere anche più avanti, estendendo il discorso al profilo epistemologico della nostra materia.

Adottando tale punto di vista, mi pare che l'accento vada posto, ancor prima che sul versante teleologico – ossia sulla distanza rispetto alla precedente «esclusiva destinazione del diritto del lavoro al riequilibrio, in via eteronoma ed autonoma, della diversa forza contrattuale delle parti nel rapporto individuale» (p. 2) –, sul sensibile mutamento di atteggiamento del legislatore nei confronti del fenomeno sindacale. Il discorso è evidentemente complesso. Qui ci si può limitare a ricordare, senza timore di affermazioni affrettate, come la nostra tradizione gius-sindacale, conformata soprattutto dall'esperienza teorico-pratica degli anni Cinquanta-Sessanta, sia stata caratterizzata, in relazione ai profili fondamentali della materia, da un sostanziale “vuoto” normativo e, specularmente, da una marcata prospettiva empirico-realistica. Rispetto a questa tradizione la legge n. 146 segna sicuramente una soluzione di continuità: per riprendere i termini di un recente dibattito, si può dire che con la legge n. 146 il “diritto” abbia fatto valere il suo “punto di vista” (D'Antona, Persiani, Romagnoli), a cominciare dall'attenzione alla pluralità di valori in gioco. Non a caso, viene da dire: perché l'area dei servizi essenziali è quella che, per intuibili ragioni, ha più a fondo rivelato i limiti di un approccio esclusivamente empirico, giacché la “spontaneità” delle dinamiche sindacali ha dato, in questo caso, risultati socialmente molto poco tranquillizzanti.

Benché anche nel 1990 non sia intervenuto su punti nodali (*in primis*, la rappresentanza sindacale), non v'è dubbio che il legislatore, con la disciplina dello sciopero nei servizi essenziali, ha fornito numerose ed importanti indicazioni normative. Sicché, l'interprete, abituato a frequentare il diritto sindacale con il privilegio di una certa “libertà” (Romagnoli), in quest'area vede ora ridotti i suoi spazi, dovendo muoversi entro canali prestabiliti. In sostanza, con la legge n. 146 del 1990 il diritto sindacale, condotto in un terreno dove i confini mobili ma certi del diritto positivo fanno sì che l'ormai indiscusso pluralismo metodologico (Cassese, Mengoni, Zagrebelsky) e la cosiddetta comunità ermeneutica intersoggettiva (Viola-Zaccaria) riprendano inevitabilmente a svolgere un più consono e (sia pur parzialmente) rassicurante ruolo, dismette gli abiti indossati per un bel po' di anni. In altre parole, vede ridursi sensibilmente il rilievo dell'approccio empirico, a favore di quello formalista-assiologico. E al riguardo è emblematica l'evoluzione del ruolo della Commissione di garanzia (prima, con qualche incertezza, nell'opera degli interpreti, poi, inequivocabilmente, nella volontà del legislatore con la legge n. 83 del 2000): come ben si coglie tra le pagine del libro di Vallebona, un ruolo via via di maggior rilievo, a sfavore di quello (pur sempre comunque importante) della contrattazione collettiva.

Non v'è da meravigliarsi dunque – accostandosi al tema specifico delle pagine che seguono – se questo inedito insieme di regole orienti il pensiero di Vallebona anche per quanto riguarda la titolarità del diritto di sciopero. Eloquente, la parte dei “principi sullo sciopero in generale” dedicata al problema della titolarità si apre ricordando il ruolo dell'interprete, nel “vuoto normativo” fondamentale ai fini dell'annosa questione della «relazione tra il profilo collettivo e quello individuale» (p. 12). Di contro, nell'ambito dei servizi essenziali, Vallebona valorizza, senza esitazioni, le indicazioni della legge n. 146: che, a Suo avviso – come del

resto pure di altri autori (Rusciano) –, risultano decisive per rivedere la più tradizionale ricostruzione in materia (p. 71). Questo passaggio è, ovviamente, centrale.

Vallebona, dopo aver messo in rilievo il convincente collegamento tra gli articoli 3, comma 2, e 40, della Costituzione, accoglie, sul piano generale, quella che appare la tesi prevalente, e cioè la titolarità individuale ad esercizio collettivo del diritto di sciopero, delimitato all'ambito del lavoro subordinato e della cosiddetta parasubordinazione, in quanto espressione di debolezza contrattuale. Egli, così, fa proprie considerazioni diffuse. Alla detta configurazione condurrebbero, per un verso, la «decisione sul concreto esercizio del diritto», che spetterebbe «ai singoli lavoratori (...) di volta in volta»; per altro verso, la «difesa dell'interesse collettivo, la cui valutazione è rimessa al gruppo»: e alla determinazione del gruppo «l'esercizio del diritto da parte del singolo è condizionato» (p. 12). Inoltre, sempre in sintonia con l'opinione dominante, Vallebona esclude la necessità di una previa formale delibera di proclamazione, alla stregua di negozio di autorizzazione, che non trova alcun riscontro normativo. Mentre ritiene legittimato alla decisione di sciopero un «gruppo qualsiasi», e non necessariamente l'associazione sindacale.

Come accennato, passando dal piano generale a quello specifico della legge n. 146, il quadro, per Vallebona, muta sensibilmente. Conviene riprenderne integralmente il pensiero, almeno in un passaggio fondamentale. Nell'ambito dei servizi essenziali – Egli osserva (p. 71) – «la legge, nel formalizzare l'atto di proclamazione scritta, con preavviso minimo e indicazione di durata, modalità e motivazione, e nel prevedere una serie di obblighi e sanzioni per la loro violazione a carico del soggetto collettivo proclamante, supera la qualificazione dello sciopero come diritto individuale ad esercizio collettivo e consente di distinguere un diritto di proclamazione (e di revoca) dello sciopero spettante al soggetto esponenziale del gruppo ed un diritto di attuazione dello sciopero regolarmente proclamato spettante ai singoli lavoratori». Nessuna novità vi sarebbe invece per quanto riguarda il soggetto collettivo legittimato, che, pure, le norme della legge n. 146 confermano poter essere un «qualsiasi organismo o raggruppamento». Dimodoché, nel caso di proclamazione di sciopero in violazione delle regole da parte di una coalizione spontanea occasionale, nell'eventuale irrogazione delle sanzioni amministrative incorreranno «coloro che hanno agito per la coalizione, seppur sovente di non facile individuazione». In merito al lavoro autonomo, infine, perfettamente coerente con il collegamento tra gli articoli 3 e 40 della Costituzione e con la lettera della legge n. 146 è la configurazione non di un diritto di sciopero, bensì di un diritto di «astensione collettiva dal lavoro», la cui tutela si fonda «sui principi generali di libertà sanciti nella prima parte della Costituzione, ed in particolare sulla libertà di associazione», come affermato anche dalla giurisprudenza costituzionale (p. 69, spec. nota 1).

Dunque, appare chiaro che Vallebona, dinanzi alle precise indicazioni normative della legge n. 146, ritiene non più sostenibile la tradizionale tesi del diritto individuale ad esercizio collettivo. Non altrettanto chiara, però, è la nuova ricostruzione che delinea.

Egli sottolinea la rilevanza, nella specifica disciplina legislativa, di un atto di proclamazione, del quale sono evidenti le concrete implicazioni. Più precisamen-

te, pone l'accento sul "diritto di proclamazione", spettante al soggetto collettivo: e la regolarità della proclamazione condiziona le legittimità dell'astensione del singolo lavoratore. Sicché, tra i due poli, "individuale" e "collettivo", il pendolo si sposta decisamente a favore del secondo. Questo concreto effetto della legge n. 146 non sembra revocabile in dubbio, e, infatti, non pare si registrino opinioni differenti al riguardo, anche tra coloro che restano "affezionati" alla tesi della titolarità individuale ad esercizio collettivo.

Tuttavia, se approfondiamo il discorso sul piano teorico – naturalmente anche in considerazione delle implicazioni fattuali –, appare più difficile capire qual è, secondo Vallebona, l'esatta configurazione della complessa relazione "individuale-collettivo" nella legge n. 146.

Infatti, il "diritto di attuazione dello sciopero" viene, sì, ricondotto ai singoli lavoratori, ma, proprio in quanto "di attuazione", sembrerebbe intimamente connesso al precedente momento collettivo, realizzandone la concreta esecuzione. Diversamente opinando, il diritto collettivo di proclamazione dello sciopero non avrebbe seguito, rimanendo ad uno stato puramente virtuale. Per converso, l'espressione "diritto di attuazione", adoperata in modo forse ermetico, potrebbe assumere un duplice significato: sul versante collettivo, come prerogativa di attuazione del deliberato del gruppo e del relativo interesse collettivo; sul versante individuale-contrattuale, come facoltà individuale di astenersi dalla prestazione di lavoro.

Non vorrei, con questa distinzione (su cui tornerò peraltro tra breve) forzare il pensiero dell'Autore. Devo però osservare come lo stesso Vallebona abbia ben presente la rilevanza del momento collettivo nella attuazione dello sciopero. In proposito è significativo quanto propone in relazione al problema dell'applicazione delle sanzioni collettive in caso di sciopero illegittimo da parte di una coalizione occasionale e spontanea, per il quale la Commissione di garanzia, non riuscendo a risalire ai rappresentanti della coalizione (un caso di sciopero, si potrebbe dire, "trovatello", per riprendere la simpatica definizione di una delle "Rime in libertà" che seguono la *Prefazione*: p. XVIII), non può deliberare l'applicazione neppure della sanzione amministrativa sostitutiva *ex* articolo 4, comma 4-*bis*, della legge n. 146 (e si limita a prescrivere, all'azienda, l'apertura del procedimento disciplinare contro i singoli lavoratori): la soluzione, secondo Vallebona, potrebbe essere quella di considerare «componenti del comitato spontaneo promotore tutti gli scioperanti, conseguentemente responsabili tra loro in solido» per la predetta sanzione amministrativa (p. 71, nota 7). Soluzione che, oltre a trovare l'interesse di chi scrive – essendo in piena sintonia con quanto si suggeriva nell'ambito di un recente studio sulla titolarità del diritto di sciopero in generale –, dimostra, per l'appunto, come la concreta attuazione dello sciopero si dispieghi, inevitabilmente, anche sul piano collettivo.

Tutto ciò, però, non può nascondere il dubbio che la dicotomia "diritto di proclamazione-diritto di attuazione", di cui scrive Vallebona, possa esprimere la classica scissione tra la dimensione collettiva e quella individuale, magari invertita rispetto alla tesi tradizionale, e quindi secondo la ricostruzione della titolarità collettiva ad esercizio individuale, pure sostenuta da taluni in passato e a prescindere dalla legge n. 146. Siffatta opinione non potrebbe accogliersi: e qui il discorso necessariamente si deve ampliare.

Per la questione della titolarità del diritto di sciopero le indicazioni normative fornite dalla legge n. 146 hanno l'effetto, direi "proprio" della norma sull'attività dell'interprete, di ridurre il grado di incertezza del diritto: e da questo punto di vista non si può che essere d'accordo con Vallebona nel valorizzarle. Tuttavia – a mio avviso – esse non capovolgono, o comunque non inducono a rivedere tesi e ricostruzioni altrimenti radicalmente diverse. Intendo dire che al carattere collettivo della titolarità del diritto di sciopero, come del suo esercizio (in una prospettiva necessariamente unitaria), si giunge *prima e a prescindere dalla legge n. 146*: la quale, più semplicemente, è la conferma di questo approdo.

Riprendendo qui, in estrema sintesi, alcuni passaggi fondamentali dello studio cui prima accennavo, a mio parere la questione della titolarità del diritto di sciopero trova necessaria e generale risposta in due elementi, strettamente intrecciati: nella struttura del diritto e nell'articolo 39, comma 1, della Costituzione, considerato, come suggerisce la stessa numerazione, antecedente "sostanziale" del successivo articolo 40 delle Carta costituzionale.

In merito al primo elemento, le scarse indicazioni normative consentono di affermare, alla luce del dato empirico-storico e del dibattito dottrinale come dell'indagine giurisprudenziale e di diritto comparato, il carattere coesenziale, alla struttura del diritto, dell'interesse collettivo: carattere evidente sul piano teleologico, soggettivo, logico-temporale e morfologico.

Questa assoluta rilevanza dell'interesse collettivo trova poi completa rispondenza in quanto è scritto nell'articolo 39, comma 1, della Costituzione: «l'organizzazione sindacale è libera», un valore-principio da intendere in tutta la sua portata.

Se è fuor di discussione la garanzia della fondamentale origine individuale del fenomeno sindacale, volta ad assicurarne la profonda istanza di libertà, non per questo bisogna cadere nell'errore di trascurare il più intimo significato dell'endiadi "organizzazione sindacale": radicata nell'inferiorità economico-sociale del lavoratore subordinato e in grado di evidenziare tanto il dato necessario dell'"aggregazione" quanto il particolare regime giuridico dell'attività di autotutela dalla medesima aggregazione svolta, regime sconosciuto all'autonomia individuale e al diritto comune dei privati.

Sicché emerge tutta la peculiarità del diritto di sciopero, da considerarsi anzi paradigmatica per l'esatta ricostruzione dell'attività di autotutela complessivamente intesa.

Là dove l'ordinamento presuppone, già ai fini dell'attribuzione di una situazione soggettiva, il coordinamento degli interessi individuali, ovvero l'"organizzazione" e la sua dimensione collettiva, raccordandovi specifici e peculiari effetti giuridici impossibili da tradurre tecnicamente sul piano individuale (come la legittima astensione dalla prestazione di lavoro in caso di sciopero), risulta decisamente riduttivo limitare la rilevanza di quella stessa dimensione al solo "esercizio" della situazione soggettiva.

In estrema sintesi, tutto lascia pensare che ad assumere priorità debba essere, sotto ogni profilo, l'"organizzazione". Una qualsiasi organizzazione – e qui il consenso con Vallebona è pieno –, giacché l'interesse collettivo, secondo la concezione cosiddetta empirica (senz'altro la più coerente con l'articolo 39, comma 1, della Costituzione), può essere espresso da un qualsiasi "gruppo".

Rivedendo una classica ricostruzione dottrinale (Flammia), si può giungere anche a ritenere che l'autotutela passi attraverso l'organizzazione: anzi, che l'autotutela conferisca effettività all'organizzazione (nel senso di forza d'urto ed incisività), e non viceversa; e che, nell'organizzazione, trovi espressione un interesse collettivo tipico, intrinsecamente interrelazionale e tecnicamente qualificabile "interesse sindacale" *tout court*, "altro" rispetto ai singoli interessi.

A questo punto l'unico ostacolo per affermare, con convinzione, la titolarità collettivo-sindacale del diritto di sciopero potrebbe rinvenirsi nel fatto che la coalizione occasionale di lavoratori, secondo un'opinione diffusa ma risalente ormai nel tempo, sarebbe priva della soggettività giuridica. E in effetti, in tale ottica, problemi potrebbero sorgere soprattutto nell'ipotesi di coalizione di lavoratori (che decide lo sciopero) occasionale e "chiusa" e di sciopero anch'esso «chiuso», ossia senza diffusione della sua "notizia": ipotesi – nei fatti magari non frequente, ma necessariamente da considerare, e non solo per compiutezza teorica – in cui appare davvero difficile rinvenire una delle figure configurabili, secondo la disciplina codicistica, soggetto di diritto (incluso il comitato, la meno strutturata ma comunque contraddistinta dall'apertura al pubblico). Ma si tratta di un'opinione da rivedere.

Nel vastissimo e secolare dibattito di teoria generale sulla soggettività collettiva, la tesi più solida appare quella che individua il vero *discrimen* tra soggetto individuale e soggetto collettivo secondo il principio di alterità: ossia, nella "irriducibilità", alla dimensione individuale, delle dinamiche interne e delle prerogative attribuite al soggetto collettivo. In questa prospettiva, se si è d'accordo nel riconoscere un posto di primo piano alla Carta costituzionale, anzitutto agli articoli 2 e 3, a sfavore (come pacificamente già avvenuto per la disciplina del rapporto di lavoro) del codice civile, prescindendo quindi dal tradizionale elemento dell'autonomia patrimoniale, è difficile non ritenere anche l'"organizzazione sindacale" soggetto di diritto. Decisiva risulta la formale imputazione di regole peculiari, tanto interne (attinenti cioè ai rapporti interindividuali: al riguardo fondamentale è, appunto, la libertà di organizzazione sindacale) quanto esterne (concernenti situazioni del soggetto collettivo non traducibili in una logica individuale; tre riferimenti per tutti: il diritto di sciopero, ovviamente; l'efficacia reale del contratto collettivo; i diritti sindacali *ex* Titolo III dello Statuto dei lavoratori).

Rimosso l'ostacolo di cui si diceva, dovrebbe essere piuttosto agevole, dunque, individuare l'esatta relazione tra "individuale-collettivo" nella struttura del diritto di sciopero. Infondato, se non paradossale (Garofalo), risulta rompere, senza alcun presupposto normativo e fattuale, il necessario carattere unitario della situazione giuridica, ponendo la titolarità sul piano individuale e l'esercizio sul quello collettivo, secondo la tesi più tradizionale – peraltro, si badi, molto indebolitasi negli anni precedenti alla legge n. 146 (quando il dibattito si è ravvivato) –, o in qualsiasi altro modo. Piuttosto, appare possibile giustapporre al diritto collettivo-sindacale *di sciopero* (inteso quale diritto di far pressione sulla controparte, ricorrendo a una pluralità di astensioni dal lavoro: diritto collettivo in tutti i suoi risvolti), un diritto individuale di astenersi dal lavoro *per finalità di sciopero*. E quindi riconoscere a quest'ultimo rilievo in una duplice direzione: in primo luogo, in relazione al diritto di sciopero, costituendo esso l'attuazione del deliberato collettivo; in secondo luogo, in relazione al rapporto di lavoro, essendo la "finali-

tà di sciopero” presupposto della legittima astensione dalla prestazione. Le due situazioni giuridiche sono collocate su piani differenti, strettamente intrecciati ma non equipollenti, giacché ciascuno è essenziale all’altro, in funzione, tuttavia, della realizzazione del momento collettivo: il diritto di sciopero è garanzia di effettività dell’organizzazione sindacale, alla quale si raccorda sotto il profilo genetico e funzionale, ed il singolo che sciopera agisce prima *uti socius*, poi *uti singulus*. Sicché, il diritto di sciopero sarà “uno” soltanto: a titolarità e ad esercizio sindacale, dell’*organizzazione sindacale* per l’esattezza.

Questa conclusione – è appena il caso di rilevarlo – non scalfisce il principio di libertà di organizzazione, anzitutto nel suo impulso individuale, secondo la fondamentale istanza democratica riconosciuta dal Costituente. Il fenomeno sindacale, esprimendo quello che è il “primo” significato storico dell’articolo 39, comma 1, ha senza dubbio origine nella libertà individuale, ma l’attività del singolo nasce già proiettata verso il collettivo: è strumentale all’aggregazione.

Ovviamente, come anticipavo, questa ricostruzione teorica ha più di una concreta implicazione. Mi soffermerò, sia pur velocemente, su due punti di un certo rilievo, toccati da Vallebona.

Il primo riguarda le cosiddette clausole di tregua sindacale. Vallebona ritiene che, salvo inequivoca diversa formulazione, tali clausole, per le materie regolate dal contratto collettivo e per il periodo di vigenza dello stesso, hanno un effetto non solo obbligatorio, ma anche “normativo”, vincolando pure i singoli lavoratori: ciò sulla base dell’argomentazione secondo la quale «i lavoratori ricompresi nell’ambito di efficacia soggettiva (...) (del contratto collettivo) hanno tutti accettato (mediante mandato o rinvio) che per quel periodo le condizioni di lavoro siano quelle e non altre» (p. 14). A parte la questione del fondamento della rappresentanza sindacale – che, per tante ragioni, non è qui neppure il caso di sfiorare – la tesi dell’Autore, pure condivisibile nell’esito, passa attraverso il recupero della dimensione individuale, ossia delle “condizioni di lavoro”, che si scontra con l’opinione di chi, alla prospettiva strettamente civilistica del principio *pacta sunt servanda*, contrappone le peculiarità del diritto sindacale, talora sottolineando l’esimente costituita dal dato di diritto positivo di cui all’articolo 40 della Costituzione (Ghezzi), talaltra manifestando nette riserve per operazioni meramente concettuali, che non seguono le concrete e reali dinamiche sociali (Giugni). Obiezioni, queste, a mio avviso comunque non decisive se si rimane sul piano esclusivamente collettivo. Infatti, muovendo dall’esistenza di un inscindibile legame funzionale tra organizzazione sindacale e diritto di sciopero, non appare audace sostenere che l’ordinamento comprenda nell’esercizio della libertà individuale di organizzazione sindacale anche il conferimento delle facoltà inerenti al diritto individuale di astensione dal lavoro per finalità di sciopero: il lavoratore, nel momento in cui sceglie di diventare membro di un’organizzazione sindacale – qualsiasi ne sia la veste –, attribuisce ad essa la facoltà di disporre anche delle proprie situazioni individuali che in ragione di quell’organizzazione hanno origine e a quella organizzazione sono necessarie per operare. Sarebbe davvero incoerente (per usare un eufemismo) sostenere l’esercizio disgiunto delle due situazioni individuali, libertà di organizzazione sindacale e diritto di astensione dalla prestazione per finalità di sciopero. Viceversa, salvo una diversa ed inequivocabile

volontà di entrambi i soggetti (individuale e collettivo), l'effetto normativo delle clausole di tregua dovrebbe essere del tutto consequenziale.

Il secondo concreto punto su cui mi soffermo riguarda la legge n. 146, e attiene all'ipotesi di sciopero organizzato da una coalizione occasionale e spontanea di lavoratori, cui prima si è già fatto cenno. Anche in questo caso, la soluzione proposta da Vallebona è condivisibile, ma, seguendo la ricostruzione delineata, il percorso che vi giunge appare, invero, più solido e il suo esito suscettibile di più ampia applicazione.

Vallebona – si ricorderà – ritiene che, dinanzi all'“anonimato” dei rappresentanti della coalizione occasionale e spontanea, per l'applicazione della sanzione amministrativa sostitutiva *ex* articolo 4, comma 4-*bis*, della legge n. 146 (i cui destinatari sono «coloro che rispondono legalmente per l'organizzazione sindacale responsabile») si possano considerare componenti del comitato promotore tutti gli scioperanti, sui quali pertanto ricadrebbe la responsabilità in solido dello sciopero illegittimo.

Ora, se si riconosce la soggettività giuridica anche a dette coalizioni, in quanto (come prima sostenuto) “organizzazione sindacale”, quindi per ragioni che nulla hanno a che vedere con il classico versante dell'autonomia patrimoniale, il relativo regime delle responsabilità è da rinvenire senz'altro nel diritto comune. In virtù del quale, la partecipazione alla coalizione sarà titolo necessario e sufficiente per essere chiamato a rispondere solidalmente *ex* articolo 1292 c.c. Per quanto concerne invece la rappresentanza della coalizione, applicando analogicamente gli articoli 2257 e 2266 c.c. (alla stessa stregua del comitato di cui all'articolo 39 c.c.), essa spetterà a ciascuno dei suoi membri.

Ebbene – procedendo sempre per estrema sintesi –, se lo sciopero è “chiuso” (ossia, come detto prima, senza proclamazione e, quindi, senza diffusione della relativa notizia) si può ritenere, sulla base di una presunzione relativa, che la partecipazione all'astensione implichi anche l'adesione alla coalizione che l'ha deliberata: dimodoché i partecipanti potranno essere considerati, tutti, membri della coalizione e, quindi, responsabili in solido di eventuali violazioni.

Nel caso di sciopero “aperto”, per converso, vi sarà necessariamente la proclamazione, che, secondo Vallebona (che richiama l'articolo 2, comma 1, della legge n. 146 e le indicazioni della Commissione di garanzia: p. 100), «deve essere sottoscritta in calce». Sebbene vi sia da differenziare tra la proclamazione e la comunicazione scritta prevista dalla (predetta norma della) legge n. 146 – atti logicamente collegati ma differenti –, l'opinione di Vallebona risulta condivisibile nella misura in cui si raccorda alla regola generale secondo la quale, per l'esistenza di un atto, è necessario che vi sia chi lo ponga in essere (Bigliuzzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli). In altre parole, di sciopero “aperto” si può propriamente parlare solo là dove la relativa proclamazione consenta di individuare la coalizione che l'ha effettuata, ovvero tutti o parte dei suoi componenti: i quali, inevitabilmente, risulteranno responsabili di eventuali violazioni ed incorreranno nella sanzione amministrativa. Se la proclamazione invece non permette di identificare il suo autore, si torna all'ipotesi precedente, di sciopero “chiuso”, dove componenti della coalizione, cioè responsabili della legittimità dell'azione di autotutela, sono, come si è detto, tutti i partecipanti allo sciopero.

Invero, v'è da osservare che la Commissione di garanzia, in alcune sue pronunce, si è spinta non solo fino ad identificare nei «partecipanti allo sciopero» i «componenti il comitato», ma anche a ritenere questi ultimi, tutti, pure, «rappresentanti del comitato» (delibera n. 04/74). Se compisse ancora qualche passo in avanti sulla strada qui segnata, avremmo ricondotto anche lo “sciopero trovatello” alle sue origini, così risolvendo i relativi problemi sanzionatori. E Vallebona, per le future edizioni del volume, dovrebbe forse rivedere almeno una delle sue “rime in libertà”.

Riformare la legge 146?

*Maurizio Sacconi **

Le numerose sollecitazioni contenute nel libro di Antonio Vallebona sul funzionamento della disciplina del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali non possono essere confinate alla sola riflessione scientifica e dottrinale. Esse offrono infatti, anche ai decisori politici e alle parti sociali che intendano ragionare liberamente e senza pregiudiziali ideologiche, taluni interessanti spunti progettuali utili per un percorso riformatore volto a superare i principali limiti della legge n. 146 del 1990 e, più in generale, quella sostanziale incomunicabilità tra regole e conflitto che caratterizza in negativo, nella esplosione di forme di sciopero selvaggio e in una conflittualità esasperata, il nostro sistema di relazioni industriali nella esperienza internazionale e comparata.

Come ci ricorda Vallebona, la legge n. 146 del 1990 rispondeva alla finalità di garantire un effettivo temperamento tra il diritto di sciopero e altri diritti fondamentali di rango costituzionale riconosciuti dalla Carta costituzionale. Nella evoluzione del nostro sistema di relazioni industriali questa legge ha rappresentato il momento conclusivo di un lungo percorso di maturazione, compiuto dalle forze sindacali confederali Cgil, Cisl, Uil, verso una nuova visione del conflitto e delle regole che devono presidiare il suo esercizio. La crisi del modello confederale e del relativo monopolio della rappresentanza sindacale ha tuttavia presto depotenziato questa visione alimentando un acceso conflitto intersindacale che, a sua volta, ha determinato una rincorsa al conflitto fine a se stesso e al superamento dei confini della legalità in funzione di mera conquista di spazi di rappresentatività e a scapito della effettiva tutela dei diritti della persona costituzionalmente tutelati come molte vicende legate al conflitto nel settore dei trasporti (ma non solo) ci ricordano.

Altra caratteristica del conflitto collettivo, in Italia, è poi la sua valenza ampiamente politica, più che rivendicativa nei confronti della controparte datoriale, secondo un modello sindacale antagonista che non risponde alla reale evoluzione dei rapporti economici e sociali e che, non di rado, impone azioni e scelte eclatanti.

* *Maurizio Sacconi è Senatore della Repubblica.*

tanti a danno della collettività degli utenti, dove il disagio recato alla collettività e agli utenti rappresenta la cassa di risonanza per strategie politiche fortemente condizionate dal colore della coalizione di governo in carica.

Alla profonda crisi del modello di relazioni industriali, dovuta anche alla perdita del consenso del sindacato confederale a fronte di una crescita del sindacalismo autonomo e di categoria, solo apparentemente in grado di raccogliere e farsi portavoce delle istanze della cosiddetta base dei lavoratori, si è dunque associata una progressiva perdita di effettività delle regole della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Anche al fine di aggirare la frammentazione sindacale e la microconflittualità nei trasporti il legislatore ha apportato così, sulla scia degli spunti programmatici contenuti nel Patto dei Trasporti del 1998, attraverso la novella del 2000, delle modifiche all'originario impianto legislativo alla luce anche delle esperienze applicative maturate nel corso dei primi dieci anni di vigenza della legge.

Queste modifiche, come si è avuto modo di evidenziare nel Libro Bianco del 2001, non sembrano tuttavia essere state adeguatamente valorizzate dalle parti sociali. Il riferimento va ad esempio ad istituti quali le procedure di raffreddamento e conciliazione le quali attualmente, nei fatti per le modalità in cui sono regolamentate, non rispondono allo scopo di deflazionare il conflitto e di scongiurare il conseguente ricorso allo sciopero. Esse si concretizzano in un inutile lasso temporale da far obbligatoriamente decorrere cui le parti si sottopongono sapendo già che non produrrà l'effetto di arrivare ad una costruttiva conciliazione della controversia. Altro profilo di criticità appare essere il principio di intervallo o rarefazione soggettiva ed oggettiva tra proclamazione ed azione o tra azioni di sciopero non dettagliatamente normato dal legislatore del 2000. Così pure l'assenza di attenzione della legge verso il concetto di servizio strumentale alla erogazione del servizio principale e la conseguente mancata previsione di ogni misura volta ad arginare fenomeni di sciopero di segmenti di servizi, quali i controllori di volo nel trasporto aereo, costituiscono altri elementi di perdita di effettività dell'attuale disciplina. Non ultimo il ruolo della Commissione di garanzia alla quale la legge non attribuisce compiutamente poteri di effettiva conciliazione e mediazione dei conflitti. Mentre l'apparato sanzionatorio appare inadeguato sotto il profilo dell'entità delle sanzioni pecuniarie/amministrative da irrogare e lacunoso nella parte in cui non prevede la esplicita riconduzione all'interno del modello legislativo dei fenomeni di scioperi indetti e proclamati da coalizioni spontanee di lavoratori.

La via da percorrere appare dunque quella di ridare piena effettività alla legge che regola l'esercizio del diritto di sciopero, pur nella consapevolezza che questo obiettivo non sarà perseguibile in via meramente legislativa, in mancanza cioè di una revisione complessiva del sistema di relazioni industriali che passi anche attraverso un ripensamento del ruolo del sindacato e una semplificazione della struttura contrattuale al fine di individuare più netti e chiari rapporti tra livello nazionale e livello aziendale e depotenziare le cause che ingenerano il conflitto.

Come già anticipato nel Libro Bianco del 2001, una ipotesi su cui riflettere seriamente può essere quella di intervenire non tanto sul conflitto e le sanzioni in caso di mancato rispetto delle regole, ma piuttosto, a monte, sul funzionamento

del sistema di relazioni industriali che oggi appare bloccato e privo di adeguati canali di sviluppo. Di qui l'ipotesi di immaginare una sede istituzionale arbitra del conflitto e delle sue regole. Come ho proposto in un recente disegno di legge si tratterebbe di assorbire la Commissione di garanzia con un organismo specializzato in materia di prevenzione e composizione delle controversie collettive di lavoro, con particolare ma non esclusiva, competenza nella gestione del conflitto nei servizi pubblici essenziali. L'idea su cui lavorare, coerentemente alla esperienza di altri sistemi di relazioni industriali, è quella della creazione di una sorta di "Agenzia per le relazioni industriali e la regolamentazione dei conflitti di lavoro", una nuova *Authority*, composta da professionisti esperti di relazioni industriali dediti alla gestione delle vertenze collettive di lavoro. Ciò al fine di garantire un raccordo più penetrante tra funzionamento del sistema di relazioni industriali e regolamentazione del diritto di sciopero, affidando alla Agenzia anche poteri di arbitrato e di conciliazione e di verifica della volontà dei singoli lavoratori, nell'ambito delle controversie collettive di lavoro.

Le competenze di una siffatta Agenzia, in particolare, potrebbero essere rivolte a fornire:

- a) un servizio indipendente e imparziale relativamente alla prevenzione e risoluzione delle controversie collettive ed all'espletamento del tentativo di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro. Sul punto pare opportuno ricordare che le Commissioni di conciliazione, attualmente in seno agli uffici periferici del Ministero del lavoro, non riescono – di fatto – ad espletare il pur necessario filtro con finalità conciliative che era stato auspicato del legislatore con la riforma del 1973; sicché il tentativo obbligatorio di conciliazione, anziché alleggerire il carico di lavoro dei magistrati addetti alla trattazione delle controversie di lavoro e, al contempo, offrire strumenti efficaci e veloci di risoluzione delle controversie, si è tradotto in una inutile fase prodromica del contenzioso, con conseguente aggravio di tempi;
- b) decidere in merito alla applicazione delle sanzioni in caso di violazione delle regole che disciplinano lo sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali;
- c) produrre un periodico monitoraggio sulla rappresentatività degli attori sociali allo scopo di garantire trasparenza e simmetria informativa nelle relazioni industriali;
- d) verificare, a livello nazionale e locale, gli esiti di un imprescindibile referendum preventivo sull'esercizio dello sciopero con particolare riferimento ai servizi pubblici essenziali;
- e) promuovere nuove pratiche e formulare codici di condotta relativi ai rapporti individuali e collettivi di lavoro;
- f) svolgere attività di studio, ricerca, documentazione, informazione e assistenza tecnica sulle materia che rientrano nel proprio ambito di competenza, con particolare attenzione alla evoluzione della normativa comunitaria e alla esperienza di altri ordinamenti giuridici.

Con particolare riferimento alla funzione di controllo del corretto esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, l'Agenzia nella sua composizione centrale presso il Ministero del lavoro e periferica potrebbe vedersi attribuite le competenze di cui all'articolo 13 della legge n. 146 del 1990 e successive

modifiche in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali con alcune integrazioni:

- a) attribuzione di specifiche competenze e funzioni di natura arbitrale e conciliativa mediante una specifica riformulazione ed estensione delle competenze di cui all'articolo 13, lettera *b*), della legge n. 146 del 1990 e successive modifiche;
- b) attribuzione del potere (oggi ridotto a mera segnalazione secondo l'articolo 13, lettera *f*), della legge), di richiedere e di formulare proposte in ordine alla adozione da parte della Autorità amministrativa competente, Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro, Prefetto, Sindaco, a seconda che la controversia sia di natura nazionale, regionale o locale, dell'ordinanza di precettazione di cui all'articolo 8 della legge n. 146 del 1990, quando sussista il fondato pericolo di un pregiudizio grave ed imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati che potrebbe essere cagionato dall'interruzione o dalla alterazione del funzionamento dei servizi pubblici essenziali individuati dalla legge.

Per conseguire le finalità proprie dell'Agenzia il progetto di riforma dovrebbe ovviamente procedere nella completa revisione della legge n. 146 del 1990 con la necessaria previsione della introduzione, negli accordi e codici di autoregolamentazione ovvero nelle regolamentazioni provvisorie sui servizi minimi da garantire in caso di sciopero dell'istituto del referendum consultivo preventivo obbligatorio tra i lavoratori della categoria interessata in caso di proclamazione di sciopero. L'indizione del referendum – almeno in forma consultiva, senza quindi coinvolgere la questione della titolarità alla proclamazione e all'esercizio dello sciopero – potrebbe essere proposta dai soggetti interessati alla promozione dello sciopero, congiuntamente o disgiuntamente. Anche l'istituto dello sciopero virtuale e/o solidale, su cui da tempo si discute, potrebbe essere sperimentato e, perché no, reso obbligatorio per determinate categorie professionali, opportunamente regolamentato, come nel caso dei controllori di volo dell'Enav nel trasporto aereo. Si registrerebbero in questo modo azioni di protesta che, pur comportando il sacrificio economico di ambedue le parti, non producono la sospensione o l'interruzione del pubblico servizio. L'ammontare del sacrificio/danno economico sopportato dalle parti potrebbe essere devoluto ad un fondo gestito bilateralmente dalle parti e la cui utilizzazione verrebbe da esse concordata.

Accanto ad adeguate procedure per la revoca dello sciopero, al fine di eliminare i danni causati dall'effetto annuncio, e a una più efficiente disciplina delle procedure di raffreddamento e conciliazione, non potrà certo mancare un potenziamento dell'apparato sanzionatorio che, tuttavia, andrebbe a collocarsi non più in un velleitario quadro formale e repressivo, ma piuttosto in un rinnovato modello di relazioni industriali governato e reso effettivo da una Agenzia di relazioni industriali che dovrà in ogni caso conquistarsi sul campo autorevolezza e rispetto da parte dei diversi attori del sistema.

Le ragioni di un libro

Antonio Vallebona

Ritengo che l'autore non debba spiegare i contenuti della propria opera, poiché le farebbe un grave torto ritenendola incapace di raggiungere da sola lo scopo. Può, invece, specie se richiesto come in questo caso, ribadire le ragioni che lo hanno indotto a compiere l'opera.

Queste, seppur stringatamente, emergono già dalla prefazione, ove, tra l'altro, si legge che «dopo sedici anni di applicazione della disciplina dello sciopero nei servizi essenziali sembra arrivato il momento di tirare le fila (...) sono stati ormai affrontati quasi tutti i principali problemi non solo di interpretazione e sistemazione della legge, ma anche di implementazione della stessa mediante gli accordi, i codici e le regolamentazioni di settore (...) nell'ampia e nota massa di volumi e di saggi in materia sono attentamente indagati importanti profili sistematici e interessanti questioni specifiche. Manca, però, una ordinata e completa esposizione critica del diritto vivente, nella considerazione unitaria istituto per istituto di tutte le sue diverse fonti (...) il presente contributo intende colmare questa lacuna (...) raccoglie[ndo] i frutti della saggezza degli autorevoli componenti [della Commissione di garanzia] che si sono succeduti nel corso dei sedici anni in esame».

Si tratta, dunque, di una ricognizione del diritto vivente in una materia caratterizzata dalla posizione centrale di un'Autorità indipendente, che non solo concorre alla formazione delle regole, mediante la valutazione di idoneità di accordi e codici e le regolamentazioni provvisorie, ma è chiamata anche ad interpretarle ed applicarle sia con indicazioni e inviti preventivi, sia nel procedimento sanzionatorio.

Da qui la costante attenzione ai percorsi seguiti dalla Commissione di garanzia, a volte assai articolati e con soluzioni non sempre coerenti, a testimonianza della difficoltà di creare un vero e proprio ordinamento, oltretutto differenziato per servizi, poggiando solo sulle scarse disposizioni di legge e sul principio generale di temperamento tra diritto di sciopero e diritti costituzionali degli utenti.

Ma è proprio la natura creativa di questa esperienza ad avere esercitato il fascino necessario a giustificare la fatica dell'opera. Il cui fine, come per qualsiasi vero libro di diritto, è quello di sistemare l'esperienza, qui costituita, soprattutto, da diverse migliaia di delibere della Commissione distribuite nell'arco di tre lustri.

* *Antonio Vallebona è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi "Tor Vergata" di Roma.*

Esperienza contraddistinta da una continua e spesso forte tensione tra l'aspirazione alla certezza mediante l'affermazione di una rete di regole astratte non solo nelle delibere generali o di indirizzo, ma anche in alcune tecniche motivazionali di delibere specifiche da un lato e la pressione della giustizia del caso concreto dall'altro lato. L'eterna dialettica tra dogmatica ed ermeneutica si presenta qui quasi allo stato puro, collocandosi alle origini di un ordinamento o, come direbbero alcuni, di un microsistema, tanto da suggerire, a chi ne avesse tempo e voglia, un'analisi comparativa con l'esperienza probivirale.

Come tutte le opere, anche questa non poteva che rispecchiare il temperamento del suo autore.

Semplice considerazione che spiega l'ordinata e quasi asettica sistemazione di un materiale magmatico, nell'inesausto tentativo di fare ordine almeno nella riflessione giuridica, visto che nella vita è difficilissimo.

Ma spiega anche alcuni passaggi polemici e la ricerca di un ironico distacco con qualche inusuale rima.

Perché anche i libri, come le persone, hanno diverse facce.

Gli “esposti sani” all’amianto ed i benefici previdenziali

Michele Miscione

Sommario: **1.** Lunga evoluzione fra immoralità presupposte e la risarcibilità del “turbamento psichico”. – **2.** Le contestazioni successivamente chiarite: copertura di bilancio, non soggetti ad Inps ed Inail, autonomi. – **3.** I pensionati “ante legge n. 257/1992”. – **4.** Il requisito implicito della o delle “soglie”. – **5.** Il movimento dei ctu con “probabilità qualificata”. – **6.** Giurisdizione. – **7.** Gli “atti d’indirizzo”. – **8.** La disciplina transitoria.

1. Il 27 marzo 1992 fu emanata la legge n. 257, che all’articolo 13, comma 8, prevedeva, per le prestazioni pensionistiche, che i periodi di lavoro d’esposizione all’amianto gestita dall’Inail fossero moltiplicati per il coefficiente di 1,5 «quando superano i 10 anni». L’anno successivo la norma fu precisata ed ampliata dal decreto legge n. 169 del 5 giugno 1993, a sua volta completamente trasformata in sede di conversione dalla legge 4 agosto 1993, n. 271. Per l’applicazione di queste norme sono sorte infinite polemiche, accese e spesso sgradevoli, con un contenzioso senza fine, che continua ad occupare gran parte dei giudici del lavoro e soprattutto la Cassazione.

Quel che ha creato le polemiche è stato forse l’aver previsto benefici pensionistici per chi finora non ha avuto alcun danno, ma è stato semplicemente “esposto” all’amianto: è stato “esposto” per un tempo lungo [“almeno” dieci anni o «più» di dieci anni a ritroso dal 1992 ⁽¹⁾ o anche la data successiva ⁽²⁾], ma al momento è sano e non ha avuto alcun danno. Essere «esposto senza danno» non sarebbe meritevole di benefici, anche se la legge li prevede: un giudizio moralistico invece profondamente immorale, perché le leggi bisogna utilizzarle.

Infine, la maggiorazione contributiva in favore degli “esposti senza danno” per oltre (o almeno) dieci anni è stato reso più difficile e ridotto a 1 anno ogni 4 dopo

* Michele Miscione è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l’Università degli Studi di Trieste. Lo scritto riproduce, con modifiche ed integrazioni, una Relazione al seminario del 6 luglio 2007 su Il rischio amianto: aspetti civili e previdenziali, organizzato nel Palazzo di Giustizia di Gela dal Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio del Referente per la Formazione Decentrata, Distretto della Corte di Appello di Caltanissetta.

⁽¹⁾ Mentre il comma 8 dell’art. 13, l. n. 257/1992 (nel testo modificato dal d.l. n. 169/1993) richiede l’esposizione all’amianto «per un periodo superiore a dieci anni», l’art. 47, comma 3, del d.l. n. 269/2003 (di cui alla nota 3) richiede l’esposizione «per un periodo non inferiore a dieci anni».

⁽²⁾ Risulta in sentenza (Trib. Nola 5 luglio 2005, numero di ruolo 3581/2000, in www.iussit.it) che l’esposizione all’amianto nella soglia altissima delle 100 f/l fu tenuta molto dopo il 1993.

il 1° ottobre 2003, limitatamente alla misura e non più al diritto alla pensione ⁽³⁾. La legge inoltre ha fissato il 15 giugno 2005, a pena di decadenza ⁽⁴⁾, la data ultima per la presentazione all'Inail della domanda di rilascio del certificato di esposizione all'amianto: pertanto il contenzioso riguarda solo il passato, ma ci vorrà tempo perché s'esaurisca. La decadenza al 15 giugno 2005 lascia però moltissime perplessità.

Le resistenze all'assurda "immoralità" di chi voleva usare la legge hanno creato un contenzioso giudiziario anomalo per qualità e quantità, con una doppia conseguenza: si sono creati costi legali enormi, perfino maggiori degli stessi benefici di legge, e si sono intasati se non bloccati gli uffici giudiziari con processi eccessivi e spesso pretestuosi.

Le parti private, specialmente all'inizio ⁽⁵⁾, si sono opposte in modo fortissimo al riconoscimento dei benefici pensionistici, anche se non dovrebbero avere interesse. La verità è però che proprio le richieste di benefici pensionistici hanno fatto emergere situazioni d'inadempienze gravi, suscettibili anche di provare responsabilità civili e penali dei datori di lavoro ⁽⁶⁾: dato poi che la "latenza" dell'amianto è lunghissima, e può durare anche trenta o quarant'anni, le prescrizioni non sono neppure partite e cominceranno a decorrere solo da quando si dovesse manifestare la malattia o peggio la morte. Se nel frattempo è stata accertata una forte "esposizione" per almeno od oltre dieci anni, sarà facile se non automatico dedurre il nesso di causalità con la malattia o la morte ⁽⁷⁾.

Non mi occuperò qui delle responsabilità, limitandomi alle maggiorazioni pensionistiche per gli "esposti sani" ⁽⁸⁾. Voglio però ricordare che, come nel triste-

⁽³⁾ D.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella l. 24 novembre 2003, n. 326, art. 47; l. 24 dicembre 2003, n. 350, art. 3, comma 132; dm 27 ottobre 2004, in *GU*, 17 dicembre 2004, n. 295, d'attuazione dell'art. 47 del d.l. n. 269/2003, ma anche con coordinamento sistematico tra lo stesso art. 47 e l'art. 3, comma 132, della l. n. 350/2003. Su tutto, vedi circ. Inail 29 dicembre 2004, n. 90 (Nuova disciplina in materia di benefici previdenziali per i lavoratori esposti all'amianto), in *DPL*, 2005, n. 7.

⁽⁴⁾ Il 15 giugno 2005 è il 180° giorno dalla data di pubblicazione del dm 27 ottobre 2004.

⁽⁵⁾ Ancora recentemente, però, la Confindustria ha presentato un "interpello" per cercare di limitare ulteriormente i contributi per l'amianto, con risposta negativa: cfr. M. MISCIONE, *Benefici previdenziali per i lavoratori esposti all'amianto*, in M. MISCIONE, P. RAUSEI, *Interpelli lavoro (Rassegna commentata degli anni 2005 e 2006)*, Ipsoa, Milano, 2007, 217.

⁽⁶⁾ Da ultimo, A. VISCOMI, *Amianto: precauzione, prevenzione e responsabilità*, in L. MONTUSCHI, G. INSOLERA, *Il rischio da amianto (Questioni di responsabilità civile e penale)*, Bononia University Press, Bologna, 2006, 45; G. DONDI, *Esposizione ad amianto. Mesotelioma del lavoratore e responsabilità del datore*, ivi, 63.

⁽⁷⁾ Sussiste un nesso di causalità con il mesotelioma che ha determinato il decesso, quando sia provato che il lavoratore era stato costantemente esposto alle polveri d'amianto (Trib. Trieste 25 marzo 2004, *Azzolin ed altri c. Fincantieri-Cantieri navali italiani S.p.A. ed altri*, in *GI*, 2005, 497, con nota di N. COGGIOLA, *L'esposizione alle polveri d'amianto ed il nesso di causalità di fronte al giudice civile*). La prova del nesso di causalità va data in modo concreto e specifico, e può essere data anche in termini di *probabilità* sulla base delle particolarità della fattispecie (essendo impossibile, nella maggior parte dei casi, ottenere la certezza dell'eziologia), ma è necessaria comunque una "probabilità qualificata", da verificarsi attraverso ulteriori elementi (come ad esempio i dati epidemiologici), idonei a tradurre la conclusione probabilistica in certezza giudiziale (Cass. 12 maggio 2004 n. 9057, in *Gius*, 2004, 3611). Cfr. anche, fra altri, Cass. 9 settembre 2005 n. 17959, *Rete Ferroviaria Ital S.p.A. c. Ganci ed altri*, in *MGI*, 2005; C. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2006 n. 820, *N.A. c. Ministero dell'interno*, in *Mass. Juris*. Per un richiamo all'esistente e diffusa conoscenza all'interno della comunità scientifica nazionale e internazionale, cfr., fra altri, Trib. Milano 26 agosto 2005, *Effalli ed altri c. Ansaldo Energia S.p.A.*, in *D&L*, 2005, 788.

⁽⁸⁾ Cfr. R. RIVERSO, *Benefici amianto: passato, presente, futuro*, in *DPL*, 2002, 2279; R. RIVERSO, *Vecchie e nuove ingiustizie per i lavoratori esposti all'amianto*, in *LG*, 2002, 705; M. MISCIONE, *Amian-*

mente famoso "caso Seveso" ⁽⁹⁾, anche per gli "esposti sani" all'amianto è stato riconosciuto il risarcimento per "turbamento psichico" in assenza di danno biologico o di altro evento produttivo di danno patrimoniale, con onere della prova di aver subito effettivamente una situazione di sofferenze e disagio ⁽¹⁰⁾. La situazione di turbamento psichico per esposizione all'amianto, se, come qualsiasi stato psichico interiore, non può formare oggetto di prova diretta, può essere desunta tuttavia da altre circostanze esterne, quali la presenza di malattie psico-somatiche, insonnia, inappetenze, disturbi del comportamento o altro. Insomma, anche la "paura d'ammalarsi" a sua volta crea sofferenze risarcibili, oltre a causare malattie.

2. La legge è chiara e semplice, seppure sintetica (comma 8 dell'articolo 13, legge 27 marzo 1992, n. 257, modificata dal decreto legge 5 giugno 1993, n. 169, convertita con modificazioni dalla legge 4 agosto 1993, n. 271). Si dirà che ha detto meno di quanto voleva o che ci sarebbero silenzi ⁽¹¹⁾, da colmare in via interpretativa. Insomma, da quel testo è stato fatto dire tutto e il contrario di tutto. In particolare, dopo molti chiarimenti da parte della giurisprudenza (anche costituzionale), i pretesi silenzi ancora in discussione riguardano chi sono i "lavoratori" destinatari dei benefici e l'eventuale "soglia" dell'esposizione all'amianto. Dopo, ci sono state molte altre leggi, con tentativi sempre più maldestri di eliminare o diminuire il contenzioso attraverso sanatorie o riconoscimenti, che hanno prodotto effetti perversi, facendo aumentare e non diminuire il contenzioso: in particolare il pensiero va alle leggi che hanno posto il principio del "chi ha dato ha dato e chi ha avuto ha avuto" ⁽¹²⁾.

Facendo dire alla legge quel che non ha detto, e cioè creando "silenzii" che non c'erano, è stata enfatizzata l'"intenzione" del legislatore per giungere così a tentativi di abrogare *di fatto* o quanto meno limitare la legge. La teoria è stata che il legislatore "avrebbe detto una cosa ma n'avrebbe pensata un'altra" e, con santa

to: una questione quasi definita, in *DPL*, 2003, n. 41, 2784; R. RIVERSO, *L'amianto negato ed impunito per i lavoratori morti per mesotelioma: ovvero quando le fibre non sono polveri*, in *LG*, 2006, 411; R. RIVERSO, *La tutela del lavoratore esposto all'amianto sul piano previdenziale, civile e penale: un confronto*, in L. MONTUSCHI, G. INSOLERA, *op. cit.*, 77.

⁽⁹⁾ Cass., sez. un., 21 febbraio 2002 n. 2515, in *GI*, 2003, 591, con nota di M. BONA, G. MIGLIORATI, *Il danno non patrimoniale da disastro ambientale: la svolta delle Sezioni unite*.

⁽¹⁰⁾ Cass. 6 novembre 2006 n. 23642, *C.V. c. Santino & Mario Beraud S.p.A.*, in *LG*, 2007, n. 4, 407; Cass. 7 novembre 2006 n. 23719; Cass. 6 dicembre 2006 n. 26067, *N. P. c. Monte Paschi Ass. Danni S.p.A.*, in *D&R*, 2007, n. 3, 339.

⁽¹¹⁾ Dice L. MONTUSCHI, *Il rischio amianto: quale tutela? Introduzione al dialogo*, in L. MONTUSCHI, G. INSOLERA, *op. cit.*, 9: «c'è un "silenzio assordante" intorno al tema dell'amianto».

⁽¹²⁾ L'art. 80, comma 25, della Finanziaria 2001 (l. 23 dicembre 2000, n. 388) ha posto il principio dell'irripetibilità delle maggiorazioni di pensione, in caso di rinuncia all'azione giudiziaria da parte dei lavoratori esposti all'amianto; quindi, l'art. 39, comma 9, della Finanziaria 2003 (l. 27 dicembre 2002, n. 289) ha esteso l'irripetibilità delle maggiorazioni di pensione in ogni caso di sentenze di riforma in favore dell'ente previdenziale; infine, l'art. 47, comma 6-*quinquies*, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito nella l. 24 novembre 2003, n. 326) ha confermato la regola del «chi ha dato ha dato e chi ha avuto ha avuto» per tutti i casi d'indebito per sentenze di riforma sull'amianto, limitandolo però al 1° ottobre 2003. Cfr. P. NODARI, *La strana vicenda per l'amianto della clausola "chi ha dato ha dato chi ha avuto ha avuto"*, in *LG*, 2003, n. 5, 420; P. NODARI, *Amianto e irripetibilità delle prestazioni erogate*, in *LG*, 2003, n. 11, 1025.

benedizione al principio di legalità, dovrebbe prevalere quello che ha pensato rispetto a quello che ha detto.

S'è cominciato col dire che la legge sarebbe stata pensata per pochi, ma poi data a molti e troppi, e quindi sarebbe stata troppo costosa e priva di copertura finanziaria. Su questo primo dubbio "globale" alla fine è dovuta intervenire la Corte Costituzionale, che, con la sentenza n. 5 del 2000⁽¹³⁾, ha dichiarato invece che la copertura di bilancio era sufficiente e la legge giusta. La risposta è stata semplice e decisa, senza possibilità di equivoci.

S'è detto, poi, che i benefici dell'amianto sarebbero stati riconosciuti solamente ai lavoratori soggetti all'Inps e all'Inail, con esclusione del pubblico impiego e dei lavoratori soggetti ad altri Istituti previdenziali, dato che nel contesto della legge sono nominati solo Inps e Inail. Fra gli esclusi, ci sarebbero stati i dipendenti delle Ferrovie dello Stato, che era veramente un assurdo, dato che erano quelli per cui storicamente era stata pensata la legge. Anche qui è dovuta intervenire la Corte Costituzionale: dopo un primo tentativo andato a vuoto per motivi procedurali⁽¹⁴⁾, con l'ordinanza n. 127 del 2002⁽¹⁵⁾ la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi specificamente per i dipendenti delle Ferrovie dello Stato. La Corte, rifiutando un'interpretazione abrogativa basata solo su una pretesa logica, ha affermato che hanno diritto ai benefici dell'amianto *ex* articolo 8, comma 13, legge n. 257/1992, non solo i ferrovieri, ma anche tutti i lavoratori di imprese private e non, soggetti ad Istituti diversi dall'Inps ed Inail, «a fronte di un'identica situazione di prolungata esposizione all'amianto».

Evidentemente, però, non è stata sufficiente nemmeno la Corte Costituzionale, perché in seguito la questione è stata riproposta per i marittimi in quanto soggetti non all'Inail ma all'Ipsema (Istituto di previdenza per il settore marittimo), con

⁽¹³⁾ C. Cost. 12 gennaio 2000 n. 5, in *D&L*, 2000, 318, con nota di L. GIOMETTI, *I benefici previdenziali per l'amianto al vaglio della Corte Costituzionale*; in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2000, II, 535, con nota di A. GRATANI, *L'esposizione ultradecennale dei lavoratori all'amianto e i connessi benefici al vaglio della Corte costituzionale*; in *RGL*, 2000, II, 568, con nota di V. LIPARI, *Costituzionalità della normativa che attribuisce il beneficio della rivalutazione dei periodi assicurativi ai lavoratori esposti per oltre un decennio all'amianto*; in *OGI*, 2000, 255, con nota di L. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'intervento della Corte costituzionale in tema di amianto*; in *MGL*, 2000, I, 552, con nota di F. TOFACCI, *Benefici contributivi per amianto. I presupposti fissati dalla Corte costituzionale e le questioni irrisolte*.

⁽¹⁴⁾ C. Cost. ordinanza 12 gennaio 2000 n. 7, in *GCost*, 2000, 58.

⁽¹⁵⁾ C. Cost. ordinanza 22 aprile 2002 n. 127, *Andreazza ed altro c. Ferrovie dello Stato e c. Inps*, in *LG*, 2002, 637, con nota di M. MISCIONE, *I benefici dell'amianto per i dipendenti pubblici*: «Non è fondata, in riferimento all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 8, l. 27 marzo 1992, n. 257, come modificato dall'art. 1, comma 1, d.l. 5 giugno 1993, n. 169, convertito, con modificazioni, nella l. 4 agosto 1993, n. 271, nella parte in cui, non prevedendo l'applicabilità del beneficio pensionistico ivi contemplato (moltiplicazione delle prestazioni pensionistiche per il coefficiente 1,5 in favore dei lavoratori che siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni da applicare sull'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti da esposizione all'amianto gestita dall'Inail) ai lavoratori dipendenti dalle Ferrovie dello Stato s.p.a., introdurrebbe una irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori dipendenti da imprese private e lavoratori dipendenti da imprese non private a fronte di una identica situazione di prolungata esposizione all'amianto. La disposizione censurata è infatti volta a tutelare, in linea generale, tutti i lavoratori esposti all'amianto, in presenza di presupposti fissati – attinenti, segnatamente, all'esposizione ultradecennale all'amianto, alla soggezione all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto e al rischio morbigeno –, in funzione evidentemente compensativa dell'obiettivo pericolosità dell'attività svolta, pericolosità che non manca anche nell'ambito del servizio ferroviario, sicché non sussiste la lamentata violazione dell'art. 3 Cost.».

restituzione degli atti al giudice remittente per un nuovo esame alla luce del *ius supervenutus* ⁽¹⁶⁾. Nel frattempo, la Cassazione ha riconosciuto direttamente ai marittimi i benefici previdenziali dell'amianto, in quanto un'esclusione sarebbe irragionevole e discriminatoria, alla luce anche delle sentenze costituzionali n. 5 del 2000 e n. 127 del 2002; inoltre – ha ricordato ancora la Cassazione – in seguito l'articolo 47 del decreto legge n. 269/2003 (convertito nella legge n. 326 del 2003), nell'innovare la disciplina della materia, non ha fatto riferimento all'assicurazione obbligatoria Inail, sebbene a questo siano conservate alcune competenze ⁽¹⁷⁾.

Sempre in base alla *ratio* sono stati esclusi dai benefici i "lavoratori" autonomi, anche se ugualmente esposti all'amianto, perché la parola "lavoratori" starebbe per "dipendenti" ⁽¹⁸⁾, dimenticando che proprio la soppressione della parola "dipendente" costituì l'oggetto delle modifiche d'urgenza del 1993 (legge n. 271/1993). Sul punto risultano due sentenze ⁽¹⁹⁾ e nessun'altra neppure di merito: la sensazione è che si sia verificato un abbandono.

Non si può che essere pessimisti e prevedere che la *ratio* passi e superi la legge, che invece a mio parere comprende i lavoratori sia subordinati che autonomi. Eppure ripugna rispetto al principio di uguaglianza (articolo 3 Cost.), che, di fronte a situazioni assolutamente uguali, i lavoratori subordinati possano essere trattati in un modo e i lavoratori autonomi in un altro, del tutto sfavorevole.

3. I punti ancora controversi, nonostante una giurisprudenza enorme (specie di Cassazione), sono quelli che riguardano i pensionati prima dell'entrata in vigore della legge n. 257/1992 e la "soglia" minima che dovrebbe avere l'esposizione ultradecennale o decennale all'amianto. Per tali fondamentali questioni si sono creati quindi numerosi problemi d'altro genere, come quelli di giurisdizione o delle prove.

In particolare, vale ormai per tutti i processi il principio per cui la legittimazione passiva è solamente degli Istituti che daranno le pensioni ⁽²⁰⁾, con estromissione dell'Inail ⁽²¹⁾ in quanto ha funzioni solo d'accertamento e certificazione, anche se – bisogna dirlo – proprio per questo sarebbe il miglior contraddittore.

⁽¹⁶⁾ C. Cost. ordinanza 1° luglio 2005 n. 258, in *www.cortecostituzionale.it*, 2005.

⁽¹⁷⁾ Cass. 1° febbraio 2006 n. 2242; Cass. 19 gennaio 2007 n. 1179, in *LG*, 2007, n. 5, 515.

⁽¹⁸⁾ Cass. 10 aprile 2002, n. 5082, in *FI*, 2002, I, e in *AC*, 2003, 216; Cass. 26 luglio 2002 n. 11110, *Inps c. Radicchi*, in *AC*, 2003, 558.

⁽¹⁹⁾ Cass. 10 aprile 2002 n. 5082, cit.

⁽²⁰⁾ Cass. 29 novembre 2002 n. 17000, *Inpdai c. Mellino*, in *MGC*, 2002, 2083. Nel senso esposto, ma per altre questioni, cfr. in precedenza: Cass., sez. un., 28 aprile 1989 n. 2041, *Inps c. Scarabellin*, in *MGC*, 1989, fasc. 4, 89; Cass. 10 marzo 1997 n. 2111, *Inpdap c. Ministero del tesoro*, in *MGC*, 1997, 370; Cass. 30 gennaio 1998 n. 926, *Ministero del tesoro c. Valsecchi*, in *MGC*, 1998, 190; Cass. 21 dicembre 1998 n. 12757, *Ministero del tesoro c. Pirri*, in *MGC*, 1998, 2633; Cass., sez. un., 5 febbraio 2002 n. 1550, *Ministero del tesoro c. Lepro ed altro*, in *FI*, 2002, I, 1748.

⁽²¹⁾ Cass. 28 giugno 2001 n. 8859, *Vayr c. Inail*, in *RGL*, 2001, II, 171, con nota di M. MEUCCI, *Indebita introduzione giurisprudenziale di valori di esposizione all'amianto per fruire dei benefici contributivi*; Cass. 25 febbraio 2002 n. 2677, *Carenza ed altro c. Soc. Aem Torino*, in *MGC*, 2002, 292; Cass. 29 novembre 2002 n. 17000, cit. (ma in *MGC*, 2002, 2083); Cass. 23 gennaio 2003 n. 997, *Bono ed altro c. Inps ed altro*, in *FI*, 2003, I, 1357; Cass. 29 ottobre 2003 n. 16256, *Inps c. Alpi ed altri*, in *FI*, 2004, n. 1, 79, con nota di G. DE MARZO, *Esposizione all'amianto tra acquisizioni giurisprudenziali e novità normative*; Trib. Genova 10 giugno 2004, in *GD*, 2004, n. 35, 57 (oltre numerose altre sentenze, di cui molte inedite).

Fin dall'inizio la Cassazione aveva affermato, come si vedrà ⁽²²⁾, che non tutti i "lavoratori" avrebbero avuto diritto ai benefici previdenziali per l'amianto, perché sarebbero stati esclusi quelli andati in pensione prima dell'entrata in vigore della legge. Anche sul punto è stato necessario un intervento della Corte Costituzionale, che con la sentenza n. 434 del 31 ottobre 2002 ⁽²³⁾ ha escluso il diritto esasperando l'interpretazione "logica" a dispetto della più semplice e chiara interpretazione letterale, ed allo stesso tempo logica; quindi, la stessa Corte Costituzionale ha confermato il punto nel 2003 con una sentenza di manifesta infondatezza ⁽²⁴⁾.

Con la sentenza n. 2002/434 la Corte Costituzionale ha detto che fra il testo del 1992 e quello modificato appositamente nel 1993 vi sarebbe sostanziale coincidenza, abrogando *di fatto* la legislazione del 1992 (decreto legge 5 giugno 1993, n. 169, convertito nella legge 4 agosto 1993, n. 271) ed eliminando in tal modo ogni rilievo all'interpretazione sia letterale che logica. Insomma, il legislatore del 1993, intervenendo d'urgenza per modificare la legge n. 257 dell'anno prima, nulla avrebbe modificato, almeno per il punto dei "già pensionati".

L'illogicità e contrarietà del ragionamento della Corte Costituzionale rispetto alla lettera della legge è ancor più palese, considerando che in questo caso l'interpretazione era più facile del normale, perché si poteva fruire di una doppia comparazione: di quella del testo iniziale della legge n. 257/1992 rispetto al decreto legge n. 169/1993 e di entrambe rispetto alla legge di conversione (legge n. 271/1993), perché la conversione fu fatta con modificazioni. Era facile rilevare, allora, che con il testo finale fu eliminato il riferimento ai "dipendenti", che poteva far pensare a persone ancora in servizio attivo; soprattutto, era stata eliminata l'espressione "ai fini del conseguimento delle prestazioni pensionistiche", che poteva far pensare che, riservando i benefici solo a chi deve andare in pensione, si volesse escludere chi in pensione c'era già. Restava il solo riferimento "ai lavoratori", che non poteva non comprendere anche i già pensionati, non foss'altro – aggiungo io – perché l'articolo 38 della Costituzione garantisce la pensione proprio ai "lavoratori". Tutto questo non avrebbe valore, perché la Corte Costituzionale dice, con fare drastico, che il testo iniziale della legge n. 257/1992 e quello modificato con la legge n. 271/1993 sarebbero sostanzialmente identici, e cioè... le modifiche è come se non ci fossero state!

La Corte Costituzionale ha corretto poi una clamorosa *gaffe*, in cui era caduta la Cassazione: quest'ultima ⁽²⁵⁾ aveva affermato che la legge n. 257/1992, avendo

⁽²²⁾ Si rinvia alla nota 25.

⁽²³⁾ C. Cost. 31 ottobre 2002 n. 434, *Gamberini ed altro c. Inps*, in *FI*, 2003, I, 1356.

⁽²⁴⁾ C. Cost. 19 dicembre 2003 n. 369, *Inps c. De Sio ed altro*, in *GCost*, 2003, fasc. 6.

⁽²⁵⁾ Cass. 7 luglio 1998 n. 6605, in *OGI*, 1998, 1044; Cass. 7 luglio 1998 n. 6620, in *DL*, 1999, II, 55, con nota di N. CASUCCIO, *Ancora in tema di dismissione dell'amianto e dei conseguenti benefici previdenziali*; Cass. 28 luglio 1998 n. 7407, in *OGI*, 1998, 1028 (tutte con motivazione-fotocopia); Cass., sez. un., 1° aprile 1999 n. 207, in *MGC*, 1999, 727; Cass. 10 agosto 2000 n. 10557, in *LG*, 2001, 81; Cass. 12 febbraio 2001 n. 1976, in *MGC*, 2001, 241; Cass. 19 aprile 2001 n. 5764, in *LG*, 2001, 988; Cass. 25 ottobre 2001 n. 13195, in *MGC*, 2001, 1798; Cass. 7 novembre 2001 n. 13786, in *MGC*, 2001, 1871; Cass. 9 dicembre 2002 n. 17528, *Alborghetti c. Inail ed altro*, in *MGC*, 2002, 2153; Cass. 26 febbraio 2003 n. 2932, *Borrelli c. Inps*, in *MGC*, 2003, 403. Vedi anche Trib. Trieste 26 febbraio 2000 e Trib. Gorizia 4 marzo 2000, in *OGI*, 2000, 513, con nota di A. BOSCATI, *Contribuzione aggiuntiva per l'esposizione all'amianto tra tutela del bene salute e tutela del bene occupazione*. Ancora nel 2005 si continuava nella

l'intenzione di "distogliere" i lavoratori dall'amianto incentivandone il pensionamento con i benefici contributivi, sarebbe inapplicabile a chi non poteva essere incentivato perché già fuori dall'occupazione. La *gaffe* era davvero clamorosa e significativa del malessere contro gli "esposti sani", perché l'intenzione non poteva essere questa semplicemente in quanto la legge n. 257/1992 vietava drasticamente l'amianto (articolo 1, comma 2: «sono vietate l'estrazione, l'importazione, l'esportazione, la commercializzazione e la produzione di amianto, di prodotti di amianto o di prodotti contenenti amianto») e quindi c'erano non pochi o molti da togliere dall'amianto, ma tutti nessuno escluso. Rimane un uso spericolato dell'intenzione del legislatore.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 434/2002 ha corretto la motivazione della Cassazione (che a sua volta s'è auto-corretta), ma alla fine ha affermato che la legge n. 257/1992 avrebbe avuto comunque l'intenzione d'incentivare i pensionamenti – escludendo implicitamente chi le pensioni di vecchiaia o anzianità l'avevano già – per far fronte alle difficoltà di "collocazione al lavoro" delle persone soggette alla «possibilità di contrarre una patologia derivante dall'esposizione all'amianto». È davvero incomprensibile perché un semplice "esposto", *che è senza malattia*, dovrebbe avere queste difficoltà di collocazione; non si capisce perché gli "esposti" avrebbero dovuto cambiare lavoro (quando l'amianto non c'era più) o perdere il posto, garantito invece dalla Cassa integrazione, mentre si poteva andare in pensione con i prepensionamenti.

La Cassazione s'è adeguata, ponendo il limite dell'uscita dall'occupazione all'entrata in vigore della legge n. 257/1992. Il beneficio previdenziale per l'amianto è stato negato ai già titolari di una pensione d'anzianità o di vecchiaia ovvero d'inabilità (con inabilità al 100%) ed è stato riconosciuto esclusivamente ai soggetti qualificabili come "lavoratori" alla data di entrata in vigore della stessa legge (28 aprile 1992), cioè ai lavoratori in attualità di servizio, a quelli in stato di temporanea disoccupazione, ed anche con pensione o assegno d'inabilità, in quanto beneficiari di prestazioni non preclusive dello svolgimento di attività lavorativa, nonché, infine, ai superstiti di tali soggetti, purché il decesso si sia verificato dopo il 28 aprile 1992 ⁽²⁶⁾. S'è anche precisato ⁽²⁷⁾ che dai benefici previdenziali per l'amianto sarebbero esclusi anche i titolari di pensione d'inabilità, che prima della legge n. 257/1992 avessero compiuto l'età pensionabile ed avessero fatto domanda, con diritto, di trasformazione in pensione di vecchiaia.

All'opposto, s'è precisato che sono ammessi ai benefici dell'amianto i lavoratori che conseguiranno la pensione d'anzianità o vecchiaia ovvero d'inabilità *post* legge n. 257/1992, anche solo per migliorare le prestazioni ⁽²⁸⁾. Tuttavia, nella

gaffe, affermandosi che la *ratio* della l. n. 257/1992 sarebbe derivata dall'«esigenza di distogliere, mercè un anticipato pensionamento i lavoratori addetti al settore dell'amianto o esposti in maniera significativa, per le specifiche esigenze delle lavorazioni cui sono adibiti, alle fibre di asbesto»: Trib. Napoli 18 gennaio 2005 in *GD*, 2005, n. 18, 72.

⁽²⁶⁾ Cass. 29 ottobre 2003 n. 16256, cit.; Cass. 13 febbraio 2004 n. 2849, *Di Rella c. Inps*, in *AC*, 2004, 1472; Cass. 27 febbraio 2004 n. 4063, *Benedetti c. Inail*, in *AC*, 2004, 1472, e in *Gius.*, 2004, 2849; Cass. 28 aprile 2004 n. 8182, *Gr. c. Inps*, in *Gius.*, 2004, 3461, e in *MGL*, 2004, 639; Cass. 16 novembre 2004 n. 21667, in *MGI*, 2004; Cass. 14 gennaio 2005 n. 622, in *MGI*, 2005; Cass. 21 luglio 2005 n. 15311, *Colletta c. Inps*, in *MGI*, 2005.

⁽²⁷⁾ Cass. 14 gennaio 2005 n. 622, cit.; Cass. 18 gennaio 2006, n. 855, in *MGI*, 2006.

⁽²⁸⁾ Cass. 17 gennaio 2005 n. 757, in *MGI*, 2005.

sentenza n. 997 del 2003 ⁽²⁹⁾, nel ricordare che il testo originario del comma 8 dell'articolo 13, legge n. 257/1992, ⁽³⁰⁾ è stato sostituito dal decreto legge n. 169 del 1993 in modo che gli unici destinatari del beneficio previdenziale sono i "lavoratori", la Cassazione ha affermato che in tal modo il legislatore ha voluto «evitare ogni selezione soggettiva, che possa derivare dal riferimento alla tipologia dell'attività del datore di lavoro, e attribuire, piuttosto, centralità all'avvenuta ultradecennale "esposizione" del lavoratore all'azione morbigena delle fibre d'amianto; così da attribuire il detto beneficio non solamente a coloro che siano occupati in imprese direttamente investite dall'intervento legislativo (quelle cioè che estraggono o utilizzano amianto) e che abbiano perso (o siano destinati a perdere) il posto di lavoro in conseguenza del divieto (art. 1, comma 2, L. n. 257/1992) d'ulteriore produzione e uso della sostanza, ma, più in generale, a tutti i lavoratori subordinati (...), indipendentemente dalla natura dell'attività propria dell'impresa datrice di lavoro, e senza che rilevino la circostanza della già avvenuta cessazione della esposizione alla data (28 aprile 1992) di entrata in vigore della L. n. 257/1992 (non a caso l'art. 13, comma 8, usa espressioni *al passato*), come pure quella che il richiedente non abbia subito "contraccolpi" sul piano occupazionale; in tutti i casi ricorrendo la medesima situazione – del concreto rischio del manifestarsi, anche a distanza di anni, di malattie pesantemente invalidanti (se non addirittura mortali) a causa dell'impiego di una sostanza di constatata pericolosità per la salute come l'amianto – cui la legge n. 271 del 1993 ha voluto dare tutela».

Sembravano argomentazioni dettate per ribaltare l'esclusione dei pensionati di vecchiaia o anzianità *ante* legge n. 257/1992, perché, in base alle parole della Cassazione n. 997/2003, non rileva «la circostanza della già avvenuta cessazione della esposizione alla data (28 aprile 1992) di entrata in vigore della L. n. 257/1992»: invece il vecchio indirizzo è rimasto fermo, anche se a mio parere molto criticabile.

4. La legge n. 257/1992 (e successive modificazioni) prevede letteralmente, come detto più volte, due soli requisiti: l'"esposizione" all'amianto ed una durata superiore ai dieci anni. Almeno un dato è stato certo dall'inizio: nel periodo superiore a dieci anni vanno computate le pause fisiologiche dell'attività lavorativa (riposi, ferie, festività, ecc.) ⁽³¹⁾.

Con la prima sentenza n. 5 del 2000 ⁽³²⁾, la Corte Costituzionale ha riaffermato che per i benefici pensionistici sono necessari solamente due requisiti (e cioè la "esposizione all'amianto" e la "durata effettiva a tale esposizione per almeno dieci anni"), ma poi ha messo poche righe – solo poche righe! – per riaffermare che il rischio dell'amianto è «tanto pregiudizievole da indurre il legislatore, *sia pure a fini di prevenzione*, a fissare il valore massimo di concentrazione di amianto nell'ambiente lavorativo, che segna la soglia limite del rischio di esposi-

⁽²⁹⁾ Cass. 23 gennaio 2003 n. 997, cit. (ma in *FI*, 2003, I, 1357).

⁽³⁰⁾ «Dipendenti delle imprese che estraggono amianto o utilizzano amianto come materia prima, anche se in corso di dismissione o sottoposte a procedure fallimentari o fallite o dismesse».

⁽³¹⁾ Le citazioni sono inutili, perché l'affermazione è comune a tutte le pronunzie.

⁽³²⁾ C. Cost. 12 gennaio 2000 n. 5, cit. (ma in *D&L*, 2000, 318; in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2000, II, 535; in *RGL*, 2000, II, 568; in *OGL*, 2000, 255; in *MGL*, 2000, I, 552).

zione (decreto legislativo 15 agosto 1991, n. 277 e successive modifiche)»⁽³³⁾. Il richiamo al decreto legislativo n. 277/1991 «*sia pure a fini di prevenzione*», come affermato dalla Corte Costituzionale, è stato interpretato invece come generale, e non solo ai fini di prevenzione ma per farlo diventare un terzo requisito allo scopo ben diverso di condizionare i benefici contributivi dell'articolo 8, comma 13. Insomma, la fissazione di un'intensità minima d'esposizione (la c.d. "soglia"), che nel pensiero della Corte Costituzionale era indirizzata solo ai fini di una generale prevenzione, è stata estesa al caso non previsto dei benefici contributivi di cui all'articolo 8, comma 13, legge n. 257/1992.

Inizia allora una rincorsa verso una pretesa *ratio*, perché di fronte all'affermazione che la legge n. 257/1992 «avrebbe detto una cosa e ne avrebbe pensata un'altra» con l'imposizione di una "soglia", su cui invece non è detta nemmeno una parola, si risponde nella stessa logica che la *ratio* della mancata imposizione di una "soglia" sarebbe l'unica ragionevole, in quanto un'esposizione anche infinitesimale all'amianto sarebbe ugualmente pericolosa. La soglia sarebbe imposta da una "logicità necessaria", si potrebbe dire. La rincorsa s'è rivelata pericolosa ed è comunque sbagliata, perché una qualunque *ratio* non può avere rilievo quando la lettera della legge è chiara, a rischio altrimenti di cambiare le leggi o addirittura di "annullarle", com'è successo nel caso di specie, solo perché – ho un certo imbarazzo a dirlo – il legislatore "avrebbe detto una cosa ma ne avrebbe pensata un'altra". Il fatto, semplice e indiscutibile, è che la legge n. 257/1992 non dice nemmeno una parola su una pretesa "soglia", la cui imposizione è dunque vera e propria invenzione.

Anche dopo la sentenza n. 5 del 2000 della Corte Costituzionale, qualche giudice di merito ha ritenuto irrilevante ogni soglia⁽³⁴⁾, ma la Cassazione, che già con le prime sentenze s'era pronunciata per la necessità di una "soglia"⁽³⁵⁾, ha riaffer-

⁽³³⁾ C. Cost. 12 gennaio 2000 n. 5, cit.: «Il criterio dell'esposizione decennale costituisce un dato di riferimento tutt'altro che indeterminato, specie se si considera il suo collegamento, contemplato dallo stesso art. 13, comma 8, al sistema generale di assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'amianto, gestita dall'Inail. Nell'ambito di tale correlazione, il concetto di esposizione ultradecennale, coniugando l'elemento temporale con quello di attività lavorativa soggetta al richiamato sistema di tutela previdenziale (artt. 1 e 3 del d.P.R. n. 1124 del 1965), viene ad implicare, necessariamente, quello di rischio e, più precisamente, di rischio morbigeno rispetto alle patologie, quali esse siano, che l'amianto è capace di generare per la sua presenza nell'ambiente di lavoro; evenienza, questa, tanto pregiudizievole da indurre il legislatore, sia pure a fini di prevenzione, a fissare il valore massimo di concentrazione di amianto nell'ambiente lavorativo, che segna la soglia limite del rischio di esposizione (decreto legislativo 15 agosto 1991, n. 277 e successive modifiche)».

⁽³⁴⁾ Fra altre, App. Milano 1° agosto 2003, *Inps c. A. ed altro*, in *OGL*, 2003, 755; Trib. Massa 13 gennaio 2004, *Gastaldi*, in *Riv. pen.*, 2004, 347; Trib. Milano 7 novembre 2005, in *OGL*, 2005, 971. Cfr. anche Trib. Pisa 4 dicembre 2002 (inedita), per cui il legislatore, in linea con l'unanime letteratura medicolegale, ha evitato volutamente di utilizzare il criterio della quantità d'esposizione ed ha invece optato per quello della durata, sul presupposto, scientificamente corretto, che un'esposizione anche minima ma di lunga durata esprima la potenzialità lesiva. *Contra*, fra altre, Trib. Perugia 4 marzo 2003, *Moretti c. Inps ed altro*, in *Rassegna giuridica umbra*, 2003, 92, con nota di R. RINALDI; Trib. Milano 27 maggio 2005, in *OGL*, 2005, 971.

⁽³⁵⁾ Cass. 3 aprile 2001 n. 4913, *Inps c. Bartoli ed altro*, in *RGL*, 2002, II, 190, commentata, con la già citata Cass. 28 giugno 2001 n. 8859, da M. MEUCCI, *Indebita introduzione giurisprudenziale di valori di esposizione all'amianto per fruire dei benefici contributivi*. La stessa sentenza (Cass. 3 aprile 2001 n. 4913) è stata commentata anche da F. TOFACCHI, *Benefici contributivi per amianto: la Corte di cassazione legge la Consulta e ripensa la ratio della norma*, in *MGL*, 2001, 730. Cfr. inoltre Cass. 27 febbraio 2002 n. 2926, *Brusasco c. Inpdai*, in *MGC*, 2002, 340; Cass. 15 maggio 2002 n. 7094, *Inps c. Corradini*

mato che presupposto per l'applicabilità dell'articolo 13, comma 8, legge n. 257/1992, sarebbe non solo l'esposizione ultradecennale all'amianto, ma anche «la prova, il cui onere *ex art.* 2697 c.c. fa carico a ciascun interessato, dell'effettiva esposizione a rischio morbigeno, il che si ha quando vi sia esposizione a polveri di amianto in valori di concentrazione superiori ai limiti consentiti dagli art. 24 e 31 D. Lgs. 277/1991»⁽³⁶⁾.

In particolare, nella sentenza n. 16256 del 2003⁽³⁷⁾ si fa una sintesi con quattro "considerazioni": *a)* la stessa legge n. 257/1992, che all'articolo 13, comma 8, prevede i benefici per gli "esposti" all'amianto, prevedrebbe espressamente all'articolo 3 (poi sostituito dall'articolo 16, legge 24 aprile 1998, n. 128) una "soglia" che solo per questo acquisterebbe validità generale; *b)* nello stesso articolo 13, legge n. 257/1992, vi sarebbe la «necessità di una doppia "soglia"» perché solo per i benefici pensionistici sono richiesti specifici requisiti; *c)* l'ha detto la Corte Costituzionale con la sentenza n. 5 del 2000 (*ipse dixit!*); *d)* anche con la successiva sentenza n. 127 del 2002 (e con la n. 369 del 2003) la Corte Costituzionale «menziona il rischio morbigeno» (di nuovo *ipse dixit!*).

Su queste ultime considerazioni, basta rilevare che gli *obiter dicta* della Corte Costituzionale non hanno valore vincolante, ma soprattutto non è vero che la Corte Costituzionale ha parlato d'imposizione di "soglia": ha parlato solo di limiti ai fini di prevenzione.

Per quanto riguarda l'articolo 3 della legge n. 257/1992, è vero che prevede limiti⁽³⁸⁾, ma non li prevede l'articolo 13, comma 8, che dispone i benefici per gli "esposti"⁽³⁹⁾. Oltre tutto, di "soglie" ce ne sono molte⁽⁴⁰⁾. Continuo a pensare che i

ed altro, in *FI*, 2002, I, 1970; Cass. 11 luglio 2002 n. 10114, *Inail c. Rosin ed altro*, in *FI*, 2003, I, n. 1, 358; Cass. 12 luglio 2002 n. 10185, *Inps c. Bargagli ed altro*, in *RIMP*, 2002, II, 64; Cass. 23 gennaio 2003 n. 997, cit. (ma in *FI*, 2003, I, 1357).

⁽³⁶⁾ Cass. 29 ottobre 2003 n. 16256, cit. (ma in *FI*, 2004, I, 79, con nota di G. DE MARZO, *Esposizione all'amianto tra acquisizioni giurisprudenziali e novità normative*); Cass. 27 febbraio 2004 n. 4063, cit. (ma in *MGC*, 2004, fasc. 2); Cass. 19 ottobre 2004 n. 20464, *Inps c. S.*, in *LG*, 2005, 746, con nota di G. GIRARDI, *Benefici contributivi ed esposizione di lavoratori al rischio dell'amianto*; C. Conti Veneto 18 febbraio 2004 n. 179, *Manente c. Inpdap*, in *CED Cassazione*, 2004; Cass. 19 ottobre 2004 n. 20467, in *GLav*, 2004, n. 50, 52, e in *A&S*, 2005, n. 14, 82, con nota di A. JAZZETTI, M. MELIZZI, *Beneficio eccezionale per esposizioni ultradecennali*; Cass. 8 novembre 2004 n. 21257, in *MGI*, 2004; Trib. Bologna 23 novembre 2004, in *GD*, 2005, n. 14, 88; Trib. Napoli 4 gennaio 2005, *A.E. ed altri c. Inps*, in *Mass. Juris*; Cass. 1° agosto 2005 n. 16118, *Inps c. Arra ed altri*, in *MGI*, 2005; Cass. 1° agosto 2005 n. 16119, *Inps c. Abbattista ed altri*, in *LG*, 2006, n. 3, 289; App. Roma 1° agosto 2005, *M.L. c. Inps ed altri*, in *Mass. Juris*; Trib. Napoli 4 gennaio 2006, *B.C. c. Inps*, in *Mass. Juris*; Trib. Napoli 4 gennaio 2006, *B.G. c. Inps*, in *Mass. Juris*; Cass. 12 luglio 2006 n. 15800; Cass. 19 ottobre 2006 n. 22422, in *MGI*, 2006; Cass. 22 dicembre 2006 n. 27451, in *MGI*, 2006.

⁽³⁷⁾ Cass. 29 ottobre 2003 n. 16256, cit. La sentenza è presa in via solo esemplificativa, anche per le numerose altre, spesso inedite.

⁽³⁸⁾ Art. 3, comma 1, l. n. 257/1992: «La concentrazione di fibre di amianto respirabili nei luoghi di lavoro ove si utilizza o si trasforma o si smaltisce amianto, nei luoghi ove si effettuano bonifiche, negli ambienti delle unità produttive ove si utilizza amianto e delle imprese o degli enti autorizzati alle attività di trasformazione o di smaltimento dell'amianto o di bonifica delle aree interessate, non può superare i valori limite fissati dall'art. 31 del decreto legislativo 15 agosto 1991, n. 277, come modificato dalla presente legge».

⁽³⁹⁾ Art. 13, comma 8, l. n. 257/1992 (come sostituito dall'art. 1, comma 1, d.l. 5 giugno 1993, n. 169, convertito nella l. 4 agosto 1993, n. 271): «Per i lavoratori che siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni, l'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto, gestita dall'Inail, è moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1,5».

silenzii della legge non debbano essere colmati dai giudici, oltre tutto con interpretazioni opinabili. Se poi l'imposizione di una "soglia" derivasse da necessità logica, allora si dovrebbe applicare la diversa e molto inferiore "soglia" prevista dal decreto ministeriale 6 settembre 1994 ⁽⁴¹⁾, com'è stato affermato in modo ragionevole da un Giudice di merito ⁽⁴²⁾: infatti il decreto ministeriale del 1994 pone valori assoluti e, anche se successivo, è stato disposto in attuazione proprio della legge n. 257/1992.

Tuttavia, c'è un "diritto vivente" che deriva da sentenze tanto numerose della Cassazione, da sfuggire ad un esame preciso. Un gruppo, cui si può fare riferimento, è dell'ottobre/novembre 2004 ⁽⁴³⁾. Gli argomenti utilizzati sono sempre gli stessi (i quattro sopra sintetizzati), con l'aggiunta iniziale di un richiamo alle critiche – superate senza nulla aggiungere – per cui, se non si richiedesse una "soglia", si finirebbe per neutralizzare la portata precettiva delle norme sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e malattie professionali, le quali (a partire dal decreto del Presidente della Repubblica n. 618 del 20 marzo 1956 istitutiva dell'assicurazione obbligatoria contro la silicosi e l'asbestosi) individuano le lavorazioni a rischio come quelle che "comunque" espongono all'azione di fibre di amianto (oggi, tabella 8 allegata al decreto del Presidente della Repubblica n. 1124/1965 e voce 56 della tabella 4). Inoltre, si fa una autoconvalida richiamando le «numerose decisioni» di «questa Corte».

Nelle sentenze dell'ottobre/novembre 2004 ⁽⁴⁴⁾, oltre a ripetere le quattro "considerazioni", di cui s'è visto prima, si dà anche un primo commento ai successivi sviluppi della legislazione di settore (articolo 47, comma 1, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, e l'articolo 3, comma 132, della legge 24 dicembre 2003, n. 350), che ha imposto la soglia di 100 fibre/litro «fissando la data del 1° ottobre 2003 per l'entrata in vigore della nuova disciplina». Così si dice nella sentenza n. 21862 del 18 no-

⁽⁴⁰⁾ Basti ricordare le due diverse norme di cui agli artt. 24 e 31 del d.lgs. n. 277/1991 (come si vedrà in fondo a questo paragrafo) o il dm 6 settembre 1994 (di cui si vedrà subito nel testo).

⁽⁴¹⁾ Dm 6 settembre 1994 (in *GU*, 20 settembre 1994, n. 220, suppl. ord. n. 129), *Normative e metodologie tecniche di applicazione dell'art. 6, comma 3, e dell'art. 12, comma 2, della legge 27 marzo 1992, n. 257, relativa alla cessazione dell'impiego dell'amianto*.

⁽⁴²⁾ Trib. Bologna 18 giugno 2004, *Berselli ed altri c. Inps e c. Inail* (rel. Dallacasa), in *LG*, 2005, 257, con nota di M. MISCIONE, *La "soglia" per i benefici previdenziali dell'amianto*, dove in particolare s'afferma: «(...) innanzi tutto tale valore soglia non può essere rinvenuto nel limite fissato dall'art. 24 c. 3 D. Lgs. 277/1991 di 0,1 fibre per cm. cubo, per l'illogicità e l'inaffidabilità scientifica del ricorso a un criterio pensato in relazione all'adozione di misure tecniche di abbattimento del rischio (...). Il D.M. 6 settembre 1994 al fine della certificazione della restituibilità degli immobili bonificati dall'amianto, richiede che si accerti la presenza nell'ambiente di una concentrazione di fibre aerodisperse non superiore alle 2 fibre per litro». Poco più avanti, nella stessa sentenza, si sottolinea che «i limiti stabiliti dal D. Lgs. 277/1991 sono pensati in funzione di una rilevazione puntuale dell'esposizione all'amianto, e non per misurare e qualificare normativamente esposizioni decennali».

⁽⁴³⁾ Risultano pubblicate: Cass. 19 ottobre 2004 n. 20467, cit., e Cass. 19 ottobre 2004 n. 20464, cit., nonché Cass. 18 novembre 2004 n. 21862, *Inps c. Novelli* (rel. D'Agostino), in *LG*, 2005, 382. Altre sentenze sono nel sito della Cassazione: ad es. Cass. 8 novembre 2004 n. 21255, *Inps c. Bajramovic* (rel. Picone); Cass. 8 novembre 2004 n. 21257, cit.; Cass. 10 novembre 2004 n. 21384, *Inps c. Festa e altri* (rel. Picone); Cass. 11 novembre 2004 n. 21445, *Inps c. Animobono* (rel. D'Agostino); Cass. 16 novembre 2004 n. 21679, *Inps c. Bovari* (rel. Balletti); Cass. 18 novembre 2004 n. 21866, *Inps c. Ferri* (rel. Balletti).

⁽⁴⁴⁾ Citate alla nota precedente.

vembre 2004 ⁽⁴⁵⁾: «la norma sopravvenuta esprime l'intento di modificare in parte i requisiti di accesso al beneficio, non certo d'introdurre per la prima volta la necessità di una esposizione "qualificata" all'amianto, cioè una soglia di rischio prima inesistente. Un'innovazione così forte non è confortata dal dato letterale e, trattandosi costantemente di esposizioni che risalgono a periodi lontani nel tempo, un peggioramento così radicale del regime giuridico applicabile a coloro per i quali non è stata fatta salva la normativa precedente (che già subiscono una riduzione del *quantum* del beneficio) susciterebbe fondati dubbi di conformità all'art. 3 Cost.». Nulla di più opinabile: si pensi solo che la nuova legislazione (articolo 47, decreto legge n. 269/2003, e articolo 3, comma 132, legge n. 350/2003) riduce i benefici a metà e solo per la misura delle pensioni (non più per il diritto) per chi otterrà il riconoscimento dopo il 1° ottobre 2003 sempre a causa di quella vecchia "esposizione", con santa pace del principio di uguaglianza. Forse è più ragionevole ritenere che la nuova legislazione abbia natura innovativa e conferma quindi che, per il passato, non c'era alcuna "soglia" per i benefici pensionistici. La conclusione è sempre uguale: in via d'interpretazione logica, non si può cambiare la legge per aggiungere un requisito non previsto e cioè la "soglia" del decreto legislativo n. 277/1991.

Ci sono stati perfino tentativi di rendere ancor più pesante la "soglia". Una sentenza di Cassazione ha affermato che per i lavoratori a tempo parziale la soglia andrebbe valutata in proporzione al tempo di lavoro, considerando un lavoro normale di otto ore ⁽⁴⁶⁾. In senso contrario s'è pronunciata la giurisprudenza di merito ⁽⁴⁷⁾.

Inoltre, come visto, s'è fatto spesso richiamo ai limiti previsti dagli articoli 24 e 31, decreto n. 277/1991: mentre però l'articolo 24 prevede la soglia di 100 fibre d'amianto/litro, l'articolo 31 prevede quella più alta di 200/litro. Infine, la Cassazione è dovuta intervenire di nuovo a precisare che il limite è "solo" di 100 fibre/litro ⁽⁴⁸⁾.

5. Soggettivamente, c'era la sensazione che, imponendo il requisito della "soglia", si finisse col porre una *probatio diabolica*, per le difficoltà di provare che per dieci anni effettivi a ritroso dal 1993 (e quindi quanto meno dal 1983 o ancor prima) c'è stata effettiva esposizione all'amianto per un minimo di 100 fibre/litro ex decreto n. 277/1991. Le testimonianze possono essere sufficienti a provare l'effettiva esposizione, ma *non* il superamento di una "soglia" precisa, che richiede valutazioni tecniche ⁽⁴⁹⁾, mentre si poteva pensare che le prove documentali o non esistono o, se esistessero, non sarebbero emerse. In concreto, quindi, è sempre necessaria una *ctu*, che molti giudici ammettono d'ufficio anche in appello (come la Corte d'appello di Bologna).

Poi però è successo un fatto inaspettato. Con le consulenze tecniche d'ufficio (*ctu*) spesso o almeno non raramente s'è arrivati a provare il superamento della

⁽⁴⁵⁾ Cass. 18 novembre 2004 n. 21862, cit.

⁽⁴⁶⁾ Cass. 11 giugno 2003 n. 9399, *Inps c. Ascar ed altri*, inedita.

⁽⁴⁷⁾ App. Firenze 18 maggio 2004 n. 555, inedita.

⁽⁴⁸⁾ Cass. 19 ottobre 2006 n. 22422, cit.; Cass. 1° agosto 2005 n. 16119, cit.; Cass. 11 gennaio 2007 n. 400, *N.L. c. Inps*, in *MGI*, 2007.

⁽⁴⁹⁾ Trib. Napoli 18 gennaio 2005, in *GLav*, 2005, n. 18, 72.

"soglia" di 100 fibre/litro anche a ritroso di tanti anni: ad esempio, in alcune delle sentenze del novembre 2004⁽⁵⁰⁾, in cui s'è riaffermato il principio della "soglia", c'era stata una ctu favorevole per i lavoratori; ciò nonostante l'Istituto previdenziale aveva fatto ugualmente ricorso per Cassazione, con un accanimento inspiegabile o spiegabile come una specie di nuovo conflitto di classe. E la Cassazione ha compensato le spese legali...

Questa delle ctu favorevoli è stata una sorpresa, che forse gli stessi fautori della "soglia" non s'aspettavano. Sotto altro punto di vista, si aggiunge pessimismo, perché vuol dire che l'amianto è veramente eterno.

I ctu hanno potuto raggiungere risultati importanti, nella ricerca della "verità materiale"⁽⁵¹⁾, non solo per lodevole impegno professionale, ma anche perché hanno potuto evitare un'impossibile prova di esattezza ed hanno potuto utilizzare il criterio della "probabilità qualificata", che permetterà poi ai giudici di utilizzare anche altri mezzi di prova. La "probabilità qualificata" va verificata attraverso ulteriori elementi (come ad esempio i dati epidemiologici), idonei a tradurre la conclusione probabilistica in certezza giudiziale⁽⁵²⁾.

Il passaggio fondamentale è venuto da un processo per responsabilità, in cui la Cassazione ha utilizzato per l'amianto⁽⁵³⁾ quella nozione di "probabilità qualificata" che aveva già utilizzato più volte in passato per la responsabilità da altre cause di lavoro o per le malattie professionali⁽⁵⁴⁾ o, più in generale, per il nesso di causalità⁽⁵⁵⁾. S'è affermato, per distinguere⁽⁵⁶⁾: «la determinazione del grado di probabilità necessario per giustificare l'affermazione del nesso causale, è quindi un problema di definizione del rapporto e non di prova; mentre attiene alla prova la riconducibilità del caso concreto allo schema astratto».

In seguito, la Cassazione ha utilizzato la stessa nozione di "probabilità qualificata" anche per la prova del superamento della "soglia"⁽⁵⁷⁾, nella consapevolezza che altrimenti la legge, se avesse chiesto un'esattezza matematica, avrebbe impo-

⁽⁵⁰⁾ Cass. 11 novembre 2004 n. 21445, cit.; Cass. 16 novembre 2004, n. 21679, cit.; Cass. 18 novembre 2004 n. 21862, cit.; Cass. 18 novembre 2004 n. 21866, cit. Da notare, come si vedrà nel testo, che nelle tre ultime sentenze (n. 21679, n. 21862 e n. 21866) sono state compensate le spese legali del giudizio di Cassazione.

⁽⁵¹⁾ Su tale nozione, cfr. ad es. Cass., sez. un., 20 aprile 2005 n. 8202, *Filocamo ed altri c. Ministero dell'interno*, in *MGL*, 2005, n. 12, 964, con nota di S. CENTOFANTI; Cass. 9 novembre 2006 n. 23882, *Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. c. A.R.*, in *MGI*, 2006; Cass. 21 dicembre 2006 n. 27286, *C.I. c. Inps*, in *MGI*, 2006.

⁽⁵²⁾ Specificamente per l'amianto, Cass. 12 maggio 2004 n. 9057, cit. (ma in *Gius*, 2004, 3611); nello stesso le sentenze d'accertamento della responsabilità per altre cause, di cui alle note appena successive.

⁽⁵³⁾ Cass. 12 maggio 2004 n. 9057, cit. (ma in *Gius*, 2004, 3611).

⁽⁵⁴⁾ Cass. 3 aprile 1992 n. 4104, *Pastorelli c. Ministero dei trasporti*, in *MGL*, 1992, 654, con nota di G. ALIBRANDI; Cass. 14 marzo 1995 n. 2940, *Revil c. Inail*, in *RIMP*, 1995, II; Cass. 13 aprile 1995 n. 4223, *Inail c. Adamo*, in *RIMP*, 1995, II; Cass. 2 settembre 1995 n. 9277, *Lubos c. Inail*, in *RIMP*, 1995, II, 155; Cass. 27 giugno 1998 n. 6388, *De Lucia ed altri c. Soc. Lazzari mont. ind.*, in *MGI*, 1998; Cass. 29 settembre 2000 n. 12909, *Mazzucco c. Inail*, in *MGI*, 2000; Cass. 20 maggio 2004 n. 9634, in *Gius*, 2004, 3615.

⁽⁵⁵⁾ Ad esempio, Cass. 29 settembre 2000 n. 12909, cit.; Cass. 20 maggio 2004 n. 9634, cit.; Cass. pen. 19 gennaio 2005 n. 3251, *Paesano*, in *GD*, 2005, *Dossier* n. 2, 69; Cass. 11 novembre 2005 n. 22894, *S.F. c. Azienda USL n. 11 di Empoli*, in *D&R*, 2006, n. 2, 214.

⁽⁵⁶⁾ Cass. 3 aprile 1992 n. 4104, cit.

⁽⁵⁷⁾ Cass. 1° agosto 2005 n. 16119, cit. (ma in *LG*, 2006, n. 3, 289). Cfr. anche Cass. 18 novembre 2004 n. 21862, cit. (ma in *LG*, 2005, 382). Cfr. F. FOCARETA, *Anomalie e innovazioni in tema di prova nei processi sui danni da esposizione all'amianto*, in L. MONTUSCHI, G. INSOLERA, *op. cit.*, 87.

sto una prova impossibile considerando il tempo trascorso ed il mutamento delle condizioni di lavoro, necessario proprio in applicazione delle leggi sull'amianto. Insomma la legge, se avesse posto una prova impossibile, sarebbe stata inapplicabile e posta inutilmente. S'è allora affermato ⁽⁵⁸⁾ che, per provare il superamento della soglia, non è necessario fornire la prova «atta a quantificare con esattezza la frequenza e la durata dell'esposizione», ma è sufficiente che s'accerti la "rilevante probabilità" d'esposizione all'amianto con giudizio d'"approssimazione". In tal modo, i ctu hanno potuto svolgere al meglio le consulenze ed allo stesso tempo s'è aperta la via agli altri mezzi di prova, documentali e soprattutto testimoniali: anche con le testimonianze è diventato possibile provare il superamento della soglia, mediante un giudizio d'"approssimazione".

La Cassazione ⁽⁵⁹⁾ ha precisato alcune regole fondamentali per articolare le prove, in particolare testimoniali, per cui possono essere rilevanti, specialmente in combinazione fra loro, i seguenti elementi: *a)* la natura dei materiali e delle lavorazioni; *b)* la mancanza di dotazioni di sicurezza specifiche e adeguate; *c)* la particolare nocività delle operazioni per cui s'utilizzava l'amianto; *d)* l'unicità dell'ambiente di lavoro, se privo di compartimentazioni, con impianto d'aspirazione mal funzionante (che diffondeva le polveri aspirate, anziché espellerle fuori); *e)* il manifestarsi di malattie asbesto-correlate in altri lavoratori; *f)* le dichiarazioni rese in altri processi; *g)* la richiesta di pagamento dall'Inail del contributo aggiuntivo per il rischio asbesto. Si possono utilizzare in via induttiva anche gli "atti d'indirizzo" altrui e le ctu altrui (come si vedrà subito ed anche in fondo).

Infine, le ultime novità sono venute in modo abbastanza clamoroso dalla Cassazione. Pensavo che le ctu fossero insindacabili in Cassazione quale elementi di solo fatto, se la sentenza di merito è motivata adeguatamente. Invece è successo che, di fronte a due ctu contrastanti per lo stesso ambiente, la Cassazione ha accettato (o non ha dichiarato inammissibile) il deposito del documento riguardante la ctu di un'altra causa; quindi, anche senza dirlo esplicitamente, ha giudicato incongrua la ctu contrastante ⁽⁶⁰⁾. L'ha potuto fare in quanto, nella ricerca della "probabilità qualificata" di superamento della soglia d'esposizione all'amianto, si possono utilizzare quali elementi di prova anche le ctu di un caso simile.

Va invece ricordato che, ovviamente, il giudice può discostarsi con motivazione esauriente e corretta sul piano logico-giuridico dalle risultanze della ctu, sulla base dell'esame ad esempio delle lavorazioni svolte dai lavoratori, dell'ampiezza dei locali in cui venivano svolti i lavori, del sistema di lavoro, dei turni d'area-zione ⁽⁶¹⁾. Va allora sottolineato che, anche se certamente non è vietato, sarebbe comunque inopportuno – assai inopportuno – che per un medesimo ambiente fossero affidate le ctu a diverse persone, con rischi di contraddizioni forse non illegittime, ma certamente atroci.

⁽⁵⁸⁾ Cass. 1° agosto 2005 n. 16119, cit.

⁽⁵⁹⁾ Cass. 1° agosto 2005 n. 16119, cit.

⁽⁶⁰⁾ Cass. 28 maggio 2007 n. 12366, *Gusella ed altro c. Inps* (Pres. Ravagnani, rel. Lamorgese, P.M. Matera). In senso analogo, almeno per quanto si capisce dalla "massima", cfr. Cass. 13 giugno 2007 n. 13845 (Pres. Spadone, rel. Colarusso), in *www.legge-e-giustizia.it*.

⁽⁶¹⁾ Cass. 27 aprile 2005 n. 8718, in *MGI*, 2005.

6. La legittimazione passiva, dato che la domanda è d'accredito di contributi ai fini della pensione, è degli Istituti che erogano le pensioni ⁽⁶²⁾, tenendo conto del coacervo dei contributi computabili per legge, dato che l'attribuzione della legittimazione passiva va collegata alla struttura del rapporto obbligatorio, come delineata dalla fattispecie astratta prevista dalla legge. Alla legittimazione passiva segue la giurisdizione, perché, se le pensioni sono erogate da Istituti soggetti alla Corte dei Conti, anche per i benefici dell'amianto la giurisdizione è della Corte dei Conti.

S'è tuttavia affermato che ⁽⁶³⁾, quando con i contributi pensionistici è fatta una domanda anche nei confronti del datore di lavoro, magari in pendenza del rapporto, la giurisdizione s'accetra per attrazione davanti al giudice del lavoro. La "massima" pubblicata ⁽⁶⁴⁾ faceva riferimento alla permanenza in servizio, ma in verità nella sentenza era chiarito che l'essere o non in servizio era irrilevante ed era decisivo il *petitum* sostanziale: pertanto, con domande giudiziali relative non solo al rapporto pensionistico, ma con riflessi ed incidenza sul rapporto d'assicurazione con l'Inail e sullo stesso rapporto di lavoro relativamente alle obbligazioni contributive a carico dell'azienda, la devoluzione della controversia alla giurisdizione è del giudice ordinario.

Recentemente, queste regole sono state confermate dalla Cassazione con la sentenza n. 23732 del 2006 ⁽⁶⁵⁾, anche se le "massime" possono creare qualche equivoco. Giustamente la Cassazione ha confermato ancora che la pendenza o no del rapporto o del servizio è irrilevante, mentre è decisiva la presenza di una precisa domanda nei confronti del datore di lavoro, che nella specie mancava anche se il datore di lavoro era stato chiamato in giudizio ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶²⁾ Cass. 29 novembre 2002 n. 17000, cit.; Cass. 23 gennaio 2003 n. 997, cit. (ma in *FI*, 2003, I, 1357); Cass. 29 ottobre 2003 n. 16256, cit.; Cass. 15 novembre 2004 n. 21606, inedita. Nel senso esposto, ma per altre questioni, cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 1989, n. 2041, cit.; Cass. 10 marzo 1997 n. 2111, cit.; Cass. 30 gennaio 1998 n. 926, cit.; Cass. 21 dicembre 1998 n. 12757, cit.; Cass., sez. un., 5 febbraio 2002 n. 1550, cit.

⁽⁶³⁾ Cass., sez. un., 1° aprile 1999 n. 207, *Armiento ed altri c. AEM S.p.A. e c. Inail e c. Inpdap*, in *MGI*, 1999.

⁽⁶⁴⁾ La "massima" pubblicata in *MGI*, 1999, è la seguente: «È devoluta alla cognizione del giudice ordinario, e non della Corte dei conti, la domanda proposta dai dipendenti di un'azienda municipale nei confronti di quest'ultima (e dell'Inail) per il riconoscimento del beneficio di cui all'art. 13, comma 8, della l. n. 257 del 1992 (moltiplicazione per il coefficiente di 1,5, ai fini delle prestazioni pensionistiche, dell'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto per un periodo superiore a dieci anni), trattandosi di domanda avanzata da lavoratori (necessariamente ancora) in attività di servizio, così che, in considerazione della persistenza di un rapporto di lavoro, non può legittimamente dirsi dedotto in giudizio un rapporto pensionistico *stricto sensu*, ovvero una pretesa attinente alla misura della pensione, solo tali deduzioni determinando, per converso, la necessaria devoluzione della controversia alla giurisdizione della Corte dei conti».

⁽⁶⁵⁾ Cass., sez. un., 8 novembre 2006 n. 23732, *Inps e R.F.I. S.p.A. c. B.G.*, in *LG*, 2007, n. 6, 593, con nota di S. APRILE, *Benefici pensionistici da esposizione all'amianto e giurisdizione della Corte dei Conti*.

⁽⁶⁶⁾ La storia è un po' paradossale. Nella domanda giudiziale introduttiva, con evidente errore i contributi pensionistici erano stati chiesti al datore di lavoro (Ferrovie dello Stato) davanti al giudice del lavoro (allora Pretore); il Pretore ordinò la notifica all'Inps (subentrato al fondo speciale per i dipendenti delle Ferrovie), ma formalmente la domanda non fu modificata e di conseguenza il giudizio era sempre formalmente senza domande nei confronti del datore di lavoro; le sez. un. n. 23732/2006 hanno rilevato il fatto dopo ben quattro giudizi di merito (in entrambi i gradi di giudizio c'erano state prima una sentenza d'accertamento e dopo una di quantificazione).

7. C'è stata anche un'opera ricostruttiva, ma per pochi privilegiati, di cui non sempre l'opinione pubblica è stata resa partecipe ma che i giudici ed i diretti interessati conoscono bene.

Con "atti d'indirizzo", il Governo ha indicato per alcune imprese (singoli stabilimenti Enichem, porti ed altri) che, per certi reparti, mansioni e periodi, l'esposizione all'amianto con diritto ai benefici *ex lege* n. 257/1992 c'è stata. C'è stata, senza discussioni. L'Inail, deputato per legge all'accertamento, s'è conformato e ha disposto che, dato che lo diceva il Governo, l'esposizione che dà diritto ai benefici c'è stata veramente.

Alcune imprese s'erano "ribellate", impugnando gli atti d'indirizzo davanti ai TAR: quello del Lazio aveva respinto il ricorso (anche se per motivi procedurali), ma un altro TAR l'aveva invece accolto.

Allora, per evitare discussioni, c'è stata una sorta di sanatoria con una norma nascosta nella "Finanziaria ambientale", ma nascosta così bene che nessuno potrebbe accorgersene. Dispone infatti l'articolo 18, comma 8, della legge 31 luglio 2002, n. 179: «Le certificazioni rilasciate o che saranno rilasciate dall'Inail sulla base degli atti d'indirizzo emanati sulla materia dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali antecedentemente alla data di entrata in vigore della presente legge sono valide ai fini del conseguimento dei benefici previdenziali previsti dall'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, e successive modificazioni». La nuova legislazione (articolo 47, decreto legge n. 269/2003, e articolo 3, comma 132, legge n. 350/2003) ha confermato la validità degli atti d'indirizzo, anche se ha imposto la ripetizione della domanda.

Pertanto, se l'Inail rilascia le certificazioni in conformità agli atti d'indirizzo, i benefici previdenziali per l'amianto non possono essere negati; i giudici, in presenza dei requisiti necessari, debbono dichiarare la cessazione della materia del contendere, dato che è la legge (articolo 18, comma 8, legge n. 179/2002) a prevedere direttamente che gli «atti d'indirizzo» sono validi «ai fini del conseguimento dei benefici previdenziali»; è negata in radice la possibilità di controllare il superamento di una "soglia", dato che l'atto d'indirizzo esclude questo requisito (preteso).

Ovviamente però non vi sarà cessazione della materia del contendere quando possa assumere rilievo un altro requisito, sia pur ipotetico, come quello della cessazione di ogni attività prima della legge n. 257/1992⁽⁶⁷⁾: in tal caso l'atto d'indirizzo non è preclusivo di una pronuncia del giudice sull'oggetto della controversia, né viene meno l'interesse alla naturale conclusione del processo con una pronuncia che riconosca (o neghi) il diritto azionato, in quanto non vi è totale eliminazione di ogni posizione di contrasto, né tanto meno vi è accordo tra le parti sulla portata delle vicende sopraggiunte o vi è dichiarazione di non voler proseguire la causa⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Cass. 29 ottobre 2003 n. 16256, cit. (ma in *FI*, 2004, I, 79).

⁽⁶⁸⁾ Sui requisiti della cessazione della materia del contendere, si rinvia per tutte a Cass. 8 settembre 1997 n. 8698, *Banco Ambrosiano Veneto c. Inps*, in *MGI*, 1997; Cass. 27 gennaio 1998 n. 801, *Vitelli c. Ministero dell'interno*, in *GI*, 1998, 15; Cass. 27 aprile 2000 n. 5390, *Neglia c. Inps*, in *MGI*, 2000; Cass., sez. un., 28 settembre 2000 n. 1048, *Guarino ed altri c. Cons. trasp. pubbl. Napoli*, in *GC*, 2000, I, 2824, con nota di F. AULETTA; Cass. 10 luglio 2001 n. 9332, *Ministero dell'interno c. Traversa*, in *MGI*, 2001.

Con l'articolo 18, comma 8, della legge n. 179/2002, si parla per la prima volta di certificazioni Inail, sia se già rilasciate, sia se rilasciate dopo l'entrata in vigore della legge, purché emanate sulla base degli atti d'indirizzo del Ministero emanati prima della legge. È sufficiente la certificazione Inail per il diritto alla maggiorazione, senza necessità d'accertare il superamento d'una soglia, essendo stata conferita una espressa delega a dette certificazioni, confermata anche dall'articolo 39, comma 3, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, con cui si trasferiscono all'Inps i fondi per i maggiori oneri e, nel definire la legge come «recante la regolarizzazione degli atti di indirizzo, emanati nel corso dell'anno 2000 dal Ministero del lavoro in materia di benefici previdenziali per i lavoratori esposti all'amianto», si conferisce validità agli atti d'indirizzo del Ministero per il 2000⁽⁶⁹⁾.

Gli atti d'indirizzo non hanno valore vincolante, però, oltre il campo d'applicazione espressamente delineato, senza possibilità d'applicazione per analogia. Tuttavia gli atti d'indirizzo con campi simili anche se diversi (come nel caso di due stabilimenti simili della stessa impresa, per cui solo uno abbia avuto l'atto d'indirizzo) il giudice deve tener conto degli atti d'indirizzo "altrui" quali elementi di prova⁽⁷⁰⁾, da apprezzare nel merito secondo i comuni criteri in particolare insieme ad altri elementi di prova, dato che il giudizio è solo d'"approssimazione" in base alla "probabilità qualificata".

Gli atti d'indirizzo debbono essere seguiti da idonea certificazione Inail, che però è obbligatoria – atto dovuto – senza alcuna discrezionalità e con ovvia responsabilità in caso di mancato rilascio⁽⁷¹⁾. Anzi, s'è precisato che «anche in mancanza di certificazione dell'Inail spetta dunque al giudice di merito accertare l'esposizione del lavoratore richiedente al rischio qualificato ultradecennale, valutando gli elementi probatori in suo possesso, ivi compresi gli atti di indirizzo del Ministero del Lavoro. Tale valutazione, comportando l'apprezzamento di situazioni di fatto, non è suscettibile di riesame in sede di legittimità se congruamente motivato»⁽⁷²⁾.

8. L'articolo 3, comma 132, della legge n. 350/2003, che ha modificato la precedente disciplina legislativa delle maggiorazioni contributive per esposizione all'amianto, stabilisce letteralmente una sorta di spartiacque per il conseguimento dei benefici, fissando la data del 2 ottobre 2003, ma prevedendo l'applicazione di

⁽⁶⁹⁾ Cass. 12 luglio 2006 n. 15800, *P.S. c. Inps*, in *MGI*, 2006 (in motivazione).

⁽⁷⁰⁾ Cass. 1° agosto 2005 n. 16119, cit.; Cass. 12 luglio 2006 n. 15800, cit.; Cass. 19 ottobre 2006 n. 22422, cit.; Cass. 23 ottobre 2006 n. 22700, inedita; Cass. 22 dicembre 2006 n. 27451, cit.; Cass. 13 febbraio 2007 n. 3095, in *MGI*, 2007.

⁽⁷¹⁾ Dalla "massima" di Cass. 12 luglio 2006 n. 15800, cit., può rimanere invece la sensazione, che sarebbe errata, di una discrezionalità dell'Inail o almeno della possibilità di negare la certificazione nonostante la presenza dell'atto d'indirizzo. La "massima" è la seguente: «In tema di benefici previdenziali in favore dei lavoratori esposti all'amianto, alla stregua di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 13 della legge 27 marzo 1992, n. 257 applicabile, nella specie, *ratione temporis*, per la concessione del beneficio è necessario il superamento di una certa soglia di esposizione all'amianto, non occorrendo il relativo accertamento ove il diritto alla maggiorazione sia fondato sulle certificazioni Inail, rilasciate prima o dopo l'entrata in vigore della legge n. 179 del 2002, emanate sulla base degli atti di indirizzo del Ministero del lavoro adottati nel corso dell'anno 2000, ai quali l'art. 39 della legge n. 289 del 2002 ha conferito validità».

⁽⁷²⁾ Cass. 13 febbraio 2007 n. 3095, cit. (in motivazione).

tale normativa anche a coloro «che hanno avanzato domanda di riconoscimento o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate alla stessa data», fatte salve le disposizioni previgenti. Conseguentemente è da escludersi che la nuova normativa produca i suoi effetti a partire dalla suddetta data, lasciando privi d'efficacia i rapporti ed i fatti precedenti ⁽⁷³⁾.

Nel far salva l'applicabilità della disciplina precedente (rispetto alla nuova dell'articolo 47 del decreto legge n. 269/2003, convertito nella legge n. 326/2003), l'articolo 3, comma 132, della legge n. 350/2003, si riferisce ai lavoratori che alla data del 2 ottobre 2003 abbiano già maturato il diritto ai benefici previdenziali o abbiano avanzato domanda di riconoscimento all'Inail od ottenuto sentenze favorevoli per cause avviate entro la medesima data. Secondo la Cassazione per maturazione del diritto deve intendersi la maturazione del diritto a pensione e, per chi non ha ancora maturato il diritto a pensione, la salvezza del diritto previgente concerne esclusivamente chi, alla data indicata, abbia avviato un procedimento amministrativo o giudiziario per l'accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva ⁽⁷⁴⁾.

L'interpretazione parte dal presupposto che nel regime precedente non era prevista una domanda amministrativa per i benefici dell'amianto: pertanto il legislatore della legge n. 350/2003, nell'esprimere l'intento d'escludere l'applicazione della nuova disciplina «anche» per coloro che comunque avessero già avviato una procedura amministrativa (mediante domande rivolte non solo all'Inail, ma anche, e soprattutto, all'Inps quale parte del rapporto previdenziale) ovvero un procedimento giudiziale, ha lasciati esclusi, tra quest'ultimi, quelli per i quali il giudizio sia stato definito con il rigetto della domanda (sembra ovvia l'impossibilità di attribuire rilevanza conservativa all'accidente di una sentenza favorevole, poi travolta nei gradi successivi del giudizio), potendo costoro eventualmente giovare della nuova disciplina nella parte in cui «estende» il beneficio (cfr. comma 6-bis dell'articolo 47); del resto, tale facoltà è riconosciuta anche ai soggetti per i quali opera la salvezza della precedente normativa, atteso che tale salvezza è stata disposta esclusivamente in loro «favore». D'altra parte, l'applicazione della normativa precedente ai procedimenti di accertamento dei requisiti già terminati o ancora in corso, si spiega non solo con l'esigenza del rispetto delle aspettative, ma anche per il fatto che si rivelerebbe oltremodo gravoso ed antieconomico imporre che alla verifica del diritto si proceda in ogni caso alla luce della normativa sopravvenuta ⁽⁷⁵⁾.

Gli «esposti sani» all'amianto ed i benefici previdenziali – Riassunto. *L'A. muove dalla constatazione che le polemiche che hanno investito le norme relative ai benefici previdenziali erogati a seguito dell'esposizione all'amianto siano dovute piuttosto all'inclusione nel loro campo di applicazione anche di chi non abbia riportato alcun danno, nonostante l'esposizione. Le resistenze all'assurda «immoralità» dell'utilizzo di tali benefici hanno creato un contenzioso giudiziario anomalo per qualità e quantità, con una doppia conseguenza: si sono creati costi legali enormi, per-*

⁽⁷³⁾ Trib. Genova 10 giugno 2004, in *GD*, 2004, n. 35, 57.

⁽⁷⁴⁾ Cass. 18 novembre 2004 n. 21862, cit. (ma in *LG*, 2005, 382); Cass. 15 luglio 2005 n. 15008, *Inps c. Antonini* (rel. Picone), inedita, ma per esteso nel *Cd Rom Juris*; Cass. 11 luglio 2006 n. 15679, *Inps c. M.N.*, in *LG*, 2007, n. 1, 89.

⁽⁷⁵⁾ Cass. 15 luglio 2005 n. 15008, cit.

fino maggiori degli stessi benefici di legge, e si sono intasati se non bloccati gli uffici giudiziari con processi eccessivi e spesso pretestuosi. Peraltro, nonostante una giurisprudenza enorme, anche costituzionale, rimangono dei punti controversi sui soggetti destinatari dei benefici, in particolare dei pensionati prima dell'entrata in vigore della l. n. 257/1992, e sull'eventuale "soglia" dell'esposizione all'amianto. Con riguardo al primo punto, l'A. critica il ragionamento compiuto dalla Corte Costituzionale nelle pronunce richiamate, poiché non tiene conto delle modifiche, apportate durante la conversione in legge, che invece consentirebbero di far rientrare nell'ambito di tutela della legge anche i già pensionati. La "soglia" minima di esposizione all'amianto, invece, è stata imposta attraverso il richiamo, sia pure a fini di prevenzione, operato dalla Corte Costituzionale al d.lgs. 277/1991; la Corte di cassazione ha tentato di rendere ancor più pesante tale "soglia", affermando che per i lavoratori a tempo parziale questa andrebbe valutata in proporzione al tempo di lavoro. L'imposizione della soglia minima non si è, nei fatti, rivelata richiesta di una probatio diabolica, come era immaginabile. I ctu, potendo utilizzare il criterio della «probabilità qualificata» sono stati in grado di dimostrare spesso il superamento della soglia, poiché la Corte di cassazione ha ritenuto sufficiente che si accertasse la "rilevante probabilità" d'esposizione all'amianto con giudizio d'"approssimazione". L'esposizione all'amianto con diritto ai benefici è stata riconosciuta dal Governo, attraverso "atti di indirizzo", con riguardo a reparti, mansioni e attività di alcune individuate imprese. Infine, l'A. si sofferma sulla disciplina transitoria posta dall'art. 3 della l. n. 350/2003, che ha fissato nel 2 ottobre 2003 lo spartiacque per il conseguimento dei benefici.

"Healthy individuals" exposed to asbestos and the issue of welfare benefits (Article in Italian)

– Summary. *This paper begins with an examination of the debate arising from the norms regulating welfare benefits awarded to workers who have been exposed to asbestos, including healthy individuals not displaying any signs of harm arising from such exposure. The objections raised to the award of welfare benefits in such cases have resulted in extensive litigation with consequences of two kinds. First of all, legal costs have been substantial, even greater than the benefits awarded by legislation, resulting in congestion of the courts and at times paralysis, due to an excessive amount of litigation, at times of a vexatious nature. Moreover, in spite of a vast amount of case law, two unresolved issues remain with regard to the individuals entitled to compensation, in particular those who retired before the entry into force of Act no. 257/1992 and with regard to the minimum level of exposure to asbestos. Concerning the first point, the author criticises the line of reasoning adopted by the Constitutional Court in recent sentences, since it fails to take account of the amendments introduced during the conversion into law, enabling those who have retired from work to benefit from the legal provisions. The minimum "threshold" of exposure to asbestos has been established by reference on the part of the Constitutional Court, albeit for the purposes of prevention, to Legislative Decree no. 277/1991; the Corte di Cassazione has attempted to make this "threshold" even more onerous, by ruling that for part-time workers, it should be calculated in proportion to the hours worked. As expected, the imposition of the minimum threshold has not given rise to the need for material evidence of harm. The expert witnesses for the court, utilising the criterion of the "balance of probabilities" have in many cases been able to show that the level of exposition has exceeded the minimum threshold, since the Corte di Cassazione has ruled that it is sufficient to demonstrate a "high level of probability" of exposure to asbestos on the basis of an approximate measure. Exposure to asbestos giving rise to an entitlement to benefits has been recognised by the government, by means of specific provisions relating to units of production, job descriptions and activities in certain undertakings. Finally, the author examines the transitional arrangements introduced by Article 3, Act no. 350/2003, that established 2 October 2003 as the cut-off date for entitlement to benefits.*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Organizzazione del lavoro, inserimento e carriera professionale in Micron Technology Italia

Fabrizio Famà

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Cenni sul mercato dei semiconduttori in Europa. – **3.** Micron Technology Italia e il territorio. – **4.** Relazioni con le università e con le scuole. – **5.** L'impatto occupazionale e l'inserimento in azienda. – **6.** L'organizzazione del lavoro e cenni sulle relazioni industriali. – **7.** Conclusioni.

1. Micron Technology Italia fa parte di Micron Technology Inc., multinazionale statunitense con sede a Boise (Idaho, USA). Oggi nel sito di Avezzano lavorano oltre 1.900 persone: il 45% in più rispetto a quando, nel 1998, Micron rilevò lo stabilimento da Texas Instruments™. I dispositivi a semiconduttore che qui si producono trovano applicazione in moltissime apparecchiature elettroniche e informatiche entrate a far parte della nostra vita quotidiana. Cellulari, palmari, computer, server, camere digitali, lettori Mp3 e piattaforme per videogiochi di alcuni tra i marchi più noti nel mondo incorporano al loro interno una parte della conoscenza e della tecnologia prodotta ad Avezzano dalla Micron Technology Italia.

I fornitori primari di elettronica sono clienti di Micron, che opera sul mercato mondiale da 27 anni con 20 mila dipendenti e impianti di produzione, progettazione, assemblaggio e commercializzazione in diciotto Paesi tra cui Stati Uniti, Italia, Gran Bretagna, Norvegia, Cina, Giappone e Singapore.

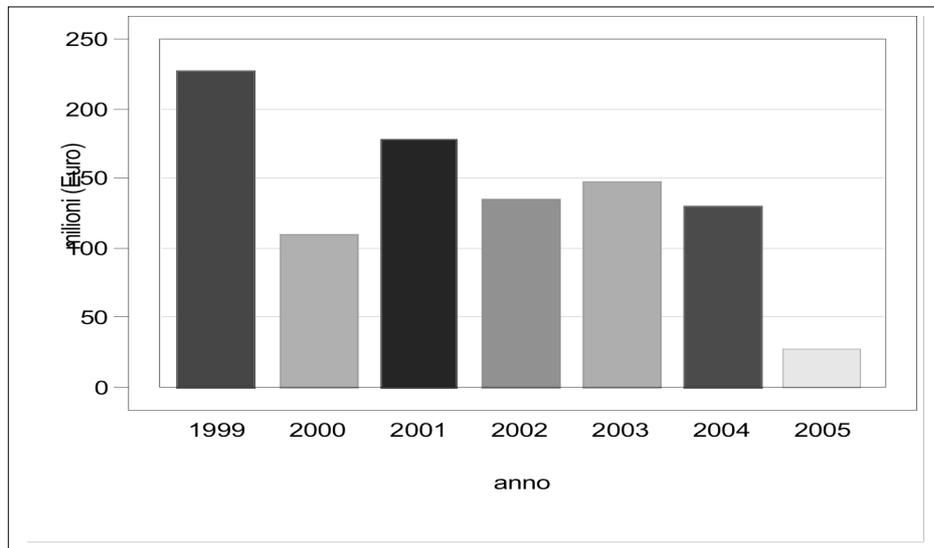
Oggi Micron Technology Italia è un polo tecnologico d'eccellenza mondiale. L'importanza della sede italiana è confermata anche dal fatto che nuovi dispositivi vengono sviluppati e industrializzati, oltre che prodotti, ad Avezzano. Il nostro centro di progettazione (50 persone), che dal 1998 ha prodotto più di 50 brevetti, e il gruppo di IT (composto da 90 persone tra personale laureato e diplomato) hanno una valenza fondamentale nei progetti della compagnia. Il sito è dotato di una centrale di co-generazione a gas e nel suo perimetro ha sede un impianto chimico per la produzione di gas tecnici gestito da un fornitore.

Quella di Micron Technology Italia è una storia di successo con radici non lontane nel tempo. Era l'ottobre del 1998 quando la Micron Technology rilevò l'intera divisione memorie della Texas Instruments™. Il patrimonio di competenze e co-

* *Fabrizio Famà è responsabile delle Relazioni industriali e istituzionali di Micron Technology Italia.*

noscenze di quasi 10 anni di lavoro della Texas Instruments™ Italia è stato valorizzato dalla Micron con *oltre 1.000 milioni di euro di investimenti in 7 anni* effettuati con capitale proprio. Un grande impegno se si considera che questo importo ha rappresentato nello stesso periodo sino al 5% del totale degli investimenti esteri diretti in Italia; senza dimenticare la decisione da parte di Micron di rinunciare a un finanziamento pubblico di oltre 500 miliardi di lire che avrebbe potuto ereditare da Texas Instruments. Quest'ultima decisione fu presa perché lo stabilimento italiano doveva dimostrare di poter stare sul mercato con le proprie forze e non in virtù di aiuti pubblici. Nell'immediato ciò avrebbe comportato alcuni cambi nell'organizzazione del lavoro.

Figura 1 – Trend degli investimenti di Micron Technology nel sito di Avezzano.



Nel sito di Avezzano attualmente:

- si producono Sensori di Immagine in tecnologia CMOS, di cui oggi Micron Technology è *leader* tecnologica e di mercato, utilizzati in prodotti finali quali telefoni cellulari, fotocamere digitali, applicazioni "automotive", applicazioni medicali, ecc.;
- si producono dispositivi D-Ram (memorie dinamiche ad accesso casuale) e D-Ram per applicazioni speciali, utilizzati in prodotti finali quali Pc, *routers*, telefoni cellulari, applicazioni "automotive", ecc.;
- si progettano memorie Flash utilizzate in prodotti finali quali apparecchi digitali (palmari, i-Pod, ecc.), fotocamere digitali, dischi rimovibili, ecc. Il Centro di Ricerca e Sviluppo Europeo, adiacente allo stabilimento, ha una grande esperienza nella progettazione, *Cad*, *layout* e test di questo tipo di memorie. In particolare nel Centro si progettano memorie non volatili di tipo Nand, il segmento con il più alto tasso di crescita nel mercato dei semiconduttori. Vi lavorano 50 progettisti con radicate competenze nel campo della microelettronica.

Micron Technology Italia è completamente integrata nelle attività e nei sistemi decisionali della multinazionale ed ha continui scambi di *know-how* tecnologico e organizzativo con gli altri siti nel mondo. Il *management* di Avezzano ha recitato una parte molto importante nel successo del sito italiano all'interno della società e nella sfida competitiva con gli altri poli di eccellenza a livello mondiale e oggi svolge un ruolo significativo nei programmi pluriennali, negli orientamenti strategici e nelle politiche di coordinamento dei vari siti Micron nel mondo. In Italia sono spesso presenti esperti statunitensi per sostenere, ad esempio, il trasferimento della tecnologia dei sensori di immagine, mentre *managers* e tecnologi italiani sono impegnati a Manassas (Virginia, USA) e a Lehi (Utah, USA) nella messa a regime degli stabilimenti di nuova generazione oppure nella sede di Boise (Idaho, USA), anche per portare competenze ed esperienze nei vari campi dell'Ingegneria di processo, di prodotto e di produzione e nella Information Technology.

2. L'Italia rappresenta per Micron Technology una potenziale occasione di ulteriori sviluppi in campo scientifico, tecnico e manifatturiero.

Le caratteristiche "italiane", idonee a influenzare positivamente lo sviluppo della società, sono in primo luogo il grado elevato di preparazione delle persone, la capacità di lavorare in gruppo e lo spirito con il quale si affrontano situazioni, progetti e problemi. Il potenziale sviluppo di altri fattori, altrettanto importanti, quali una *leadership* che a tutti i livelli diventi esempio di responsabilità, la tensione verso l'eccellenza, una sempre più efficace integrazione tra sistema educativo e sistema industriale, contribuisce alla considerazione dell'Italia come un Paese in cui continuare a investire nel settore dei semiconduttori.

Recentemente l'area di Avezzano è stata inserita nella carta di aiuti di Stato in deroga all'articolo 87.3, lettera c), del Trattato dell'Unione Europea e questo conferisce una ulteriore leva competitiva per futuri sviluppi.

L'andamento, le potenzialità e le criticità del settore dei semiconduttori sono state fotografate da un rapporto ESIA (European Semiconductor Industry Association) ⁽¹⁾ a cui Micron Technology Italia ha attivamente partecipato insieme alle altre maggiori industrie dei semiconduttori in Europa.

Il settore dei semiconduttori produce effetti positivi a catena verso altri comparti vitali dell'economia, configurandosi come un settore di promozione del relativo sviluppo. A fronte di un fatturato mondiale pari a 215 miliardi di dollari statunitensi, derivante da un investimento in capitali pari a 71 miliardi di dollari, si è sviluppato un *business* di 1.200 miliardi di dollari per il solo comparto elettronico, a cui si aggiungono 5.000 miliardi di dollari, se si considerano tutti i comparti (Automobilistico, Spazio, Difesa, Medico, Industriale, ecc.) che utilizzano componenti prodotti dall'industria dei semiconduttori. Nonostante l'importanza del settore, l'Europa soffre di alcune lacune: è un'area importatrice netta nel settore elettronico, probabilmente perché in altre aree geografiche esistono politiche economiche e fiscali maggiormente funzionali ai progetti strategici delle imprese ad alta tecnologia.

Nel corso del 2006 il Commissario Europeo all'Industria sollecitò la creazione di una *task force* nell'ambito dell'ICT (*Information and Communication Techno-*

⁽¹⁾ *The European Semiconductor Industry: 2005 Competitiveness Report*, in www.eeca.org/esia.htm.

logy) invitando, tra gli altri, ESIA a partecipare. L'intento della *task force* è fornire tramite il contributo dell'industria e di altri importanti attori nel settore una valutazione sullo stato del comparto e dei suggerimenti per riaffermare la competitività dell'Europa sullo scenario globale. Particolarmente apprezzato è stato l'approccio di "sistema" usato dalle industrie dei semiconduttori che hanno scelto di sviluppare e presentare in maniera congiunta il lavoro, facendosi rappresentare, appunto, dalla propria associazione di settore a livello europeo. Questo ha portato i *decision makers* del DG Industria a menzionare il settore dei semiconduttori nel comunicato stampa finale.

Micron Technology Italia, insieme alle altre maggiori industrie europee del settore, ha fornito un contributo per sviluppare il capitolo relativo all'innovazione nel settore e con particolare riferimento a ricerca, sviluppo e *manufacturing*.

Il rapporto che ne è scaturito propone ai *decision makers* della politica europea alcune misure per sostenere il futuro del settore sottolineando che «[t]he semiconductor industry is a key industry in Europe for the entire ICT innovation cycle, with a major enabling role and a quite specific R&D and manufacturing situation. This warrants *specific measures dedicated to securing a global level playing field* with other industrialized regions in the world, achieving stronger support for manufacturing in Europe and strengthening ICT clustering potentials»⁽²⁾. Al riguardo il rapporto prospetta come strategica la prossimità tra ricerca e sviluppo, innovazione e produzione avanzata: un concetto riassunto in poche parole, *the fab is the lab*, la fabbrica diviene il laboratorio.

3. Siamo coscienti che la qualità dell'educazione e una comunità forte costituiscono fattori critici di successo degli individui, delle imprese della società. Le parole di Steve Appleton, Presidente e CEO di Micron Technology Inc., sintetizzano l'importanza che il territorio e il suo benessere rivestono nelle politiche dell'azienda. Per questo Micron Technology Italia ha scelto di fare la sua parte per la crescita e lo sviluppo del territorio e di tutte le sue componenti sociali, economiche e produttive. Il contributo di Micron sul territorio prevede programmi di formazione all'interno del sistema scolastico e universitario, promozione ed organizzazione di eventi culturali e sostegno di progetti umanitari. A questo fine, nel 2004, Micron Technology Italia ha avviato un'azione stabile e strutturata di sostegno e partecipazione allo sviluppo, denominato *Progetto M³* (Metodologia Micron per la Marsica), che ha coinvolto gran parte della classe dirigente del territorio e l'intera comunità aziendale, con l'obiettivo di qualificare positivamente la propria presenza e di contribuire ad un ambiente favorevole, a una moderna crescita industriale e ad attrarre nuovi investimenti in alta tecnologia.

Il *Progetto M³*, attraverso un intenso dialogo e confronto con i principali esponenti sul territorio della politica, economia, società e cultura ha fatto emergere l'opportunità di condividere un luogo dove quanti hanno a cuore il futuro del territorio possono incontrarsi, confrontarsi e lavorare per l'interesse collettivo. È nata così la *Fondazione Mirror per l'impresa della conoscenza*. Micron Italia in

(2) Cfr. TASK-FORCE ON ICT SECTOR COMPETITIVENESS AND ICT UPTAKE (WORKING GROUP 3) (a cura di), *Innovation in R&D, manufacturing and services*, ottobre 2006, in <http://ec.europa.eu/enterprise/ict/taskforce.htm>.

qualità di socio fondatore ha erogato 100 mila euro e ha reso fruibile, tramite la Fondazione Micron USA, un fondo progetti di 450 mila euro in 2 anni. La Fondazione è stata successivamente proposta a diversi soci sostenitori pubblici e privati, tra cui Province, dipartimenti universitari, comuni e aziende, che stanno capitalizzando risorse annuali per ulteriori 200 mila euro. Ad oggi la Fondazione conta 17 soci sostenitori tra imprese private e amministrazioni locali.

Nel rispetto degli scopi e dei vincoli statuari, la Fondazione Mirror sta destinando queste risorse, le successive annualmente rinnovate, alla promozione e realizzazione di nuovi progetti per lo sviluppo del territorio e della Regione, nei settori della formazione, neo-impresa, turismo e sviluppo sostenibile, autonomia energetica, agroindustria e sistema dei divertimenti.

4. Micron Technology Italia ha avviato molte collaborazioni con il mondo accademico con progetti di vario tipo.

Il master di II livello è un percorso multidisciplinare per l'innovazione nel mondo dei semiconduttori. Fino ad ora sono state svolte due edizioni (2005 e 2006), con una interessante ricaduta occupazionale. L'evoluzione di questo programma vede nel 2008 la partecipazione di 13 università, tra cui una Business School straniera e 12 aziende del settore, alcune delle quali hanno ospitato gli studenti per un breve periodo di studio in nord Italia e in Germania.

Le altre iniziative promosse da Micron Technology Italia annoverano:

- un corso di perfezionamento in "Cultura d'impresa" in collaborazione anche con un'altra importante realtà industriale multinazionale presente sul territorio abruzzese;
- collaborazioni per lo sviluppo di *stage* con varie università;
- collaborazioni in ambito scientifico per il miglioramento dell'efficienza della linea di produzione e dei sistemi IT;
- un programma formativo residenziale in Micron di 10 giorni, *Campus@Micron*, dedicato a studenti frequentanti l'ultimo anno di laurea triennale di sei università *partner*. Il programma, diviso in tre moduli individuati di concerto con le strutture universitarie è indirizzato a corsi di Laurea particolarmente vicini per i temi di studio: si tratta di "processo e prodotto" per Fisica, Ingegneria elettronica e affini; "*information technology*" per Informatica e Ingegneria informatica; "tecniche di produzione" per Ingegneria meccanica e affini. Nel 2006, anno di introduzione del programma, hanno partecipato circa 80 studenti. Nell'anno 2007 sono state raggiunte quasi 100 unità.

Da anni è attivo un progetto territoriale, *Scienza@Scuola*, svolto in collaborazione con le scuole primarie e secondarie a sostegno dell'insegnamento delle materie tecnico-scientifiche.

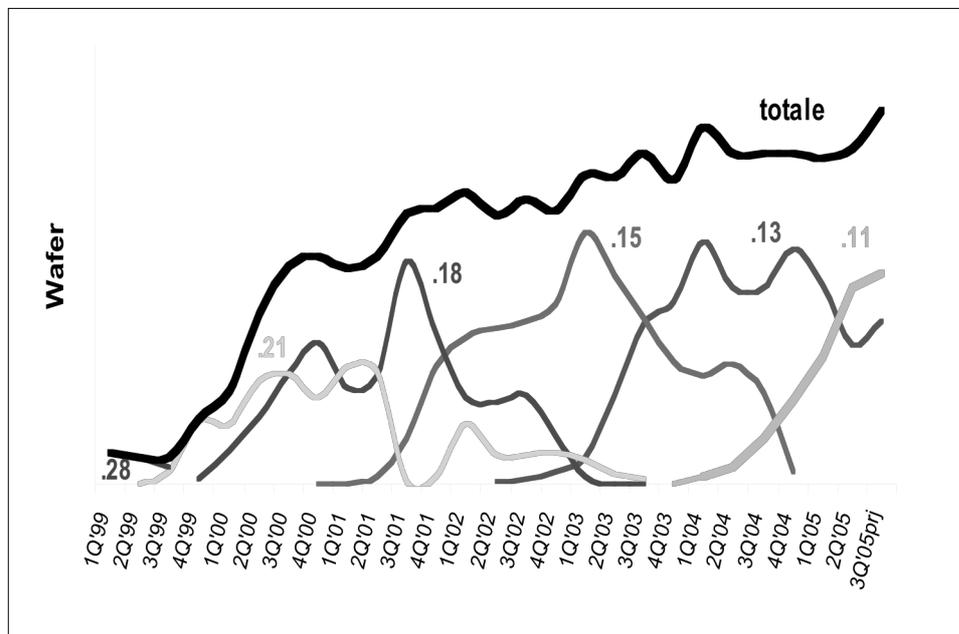
Infine Micron sostiene un programma di alternanza scuola-lavoro con gli Istituti di istruzione secondaria superiore del territorio che prevede lo svolgimento di *stage* estivi presso l'azienda (nel 2005 e 2006 sono stati ospitati più di 100 studenti del IV e V anno).

5. Micron Technology Italia rappresenta una delle più importanti fonti di lavoro dell'industria privata per l'Abruzzo e in particolare per la Provincia de L'Aquila, con ricadute nelle regioni limitrofe, da cui provengono numerosi laureati (princi-

palmente dai bacini di Roma, Napoli e, in misura inferiore, dalla Puglia, dalla Sicilia, dalle Marche e dall'Umbria). L'occupazione nel sito di Avezzano è cresciuta costantemente dai tempi dell'acquisizione dello stabilimento da parte di Micron Technology: da poco più di 1.300 unità nel 1998 agli attuali oltre 2 mila dipendenti, di cui più dell'80% in occupazione stabile.

L'aggiornamento costante delle tecnologie di produzione richiede un cambiamento tecnologico ogni 12-18 mesi e comporta notevoli sfide per tutta l'organizzazione di Avezzano, in termini di formazione e di gestione.

Figura 2 – Crescita della produzione nello stabilimento di Avezzano (linea nera) e ciclo dell'innovazione espressa attraverso la miniaturizzazione della tecnologia (unità di misura in scala).



Da qualche mese, inoltre, sono stati impostati i primi progetti di ricerca nel campo delle tecnologie di processo.

Le attività di *training* (formazione in ingresso e formazione continua) risultano, per il successo di Micron, strategiche:

- con riferimento all'organizzazione, assicurano la qualità di risposta e la crescita delle competenze distintive, tecniche e manageriali, a fronte delle continue sfide imposte dai "salti tecnologici" e dall'evoluzione della domanda del mercato mondiale;
- con riferimento alla singola persona, consentono di condividere gli obiettivi dell'azienda e del gruppo, di influire sempre più sui suoi risultati, di essere oggettivamente riconosciuto come un protagonista della crescita culturale del territorio.

Per l'importanza della formazione e la necessità di preparare in maniera efficace le persone che contribuiscono al successo della compagnia, *l'apprendistato professionalizzante è stato identificato come strumento contrattuale di inserimento in azienda* da quando leggi e contratti lo hanno reso possibile. L'introduzione di questo strumento ha comportato un notevole sforzo organizzativo, affrontato tramite una forte sinergia tra le aree interessate: dallo scorso settembre 2006 è a pieno titolo il contratto individuato per l'entrata in Micron di molte figure professionali. Inizialmente esso è stato sperimentato per tutti i livelli di entrata, successivamente, dopo i primi dati, l'ambito dove si è concentrato l'interesse e dove lo strumento si rivela più efficace è quello dell'inserimento del personale diplomato. Vi sono peraltro ancora margini di ottimizzazione per "capire" come la crescita professionale e di responsabilità del singolo all'interno dell'organizzazione possa essere supportata da questo strumento che, alternando il lavoro alla formazione, permette alle persone di inserirsi in maniera graduale ed efficace.

Per la quasi totalità delle necessità di personale, Micron si rivolge a persone neo-diplomate e neo-laureate, prediligendo un percorso interno di crescita professionale.

Da quando è disponibile il percorso di laurea triennale, i soggetti che abbiano conseguito tale titolo rientrano nel *target* privilegiato accolto dalla politica di assunzioni di Micron. A seguito di una iniziale sperimentazione su pochi numeri, è stato verificato come tale assetto del corso di laurea risulti molto interessante per l'organizzazione dell'impresa, soprattutto nell'inserimento su due percorsi professionali:

- 1) all'interno della produzione, avendo come sbocco una carriera di supervisione di linea: in questo caso si tratta principalmente di laureati in Ingegneria meccanica o Ingegneria gestionale (anche se si riscontrano casi di successo anche per persone provenienti da altri corsi a carattere tecnico-scientifico);
- 2) all'interno dell'Ingegneria di processo, come tecnici di manutenzione sulle macchine ad alta tecnologia. In questo caso lo sbocco professionale prevede una carriera prettamente tecnica, con la possibilità di crescita nell'ambito dell'Ingegneria nelle figure di manutenzione. In questo caso l'azienda si rivolge principalmente a laureati in Ingegneria elettronica o affini, laureati in Fisica o in altri corsi tecnico-scientifici.

Dai contatti con università e con altre aziende del centro Italia, emerge che l'inserimento strutturale di laureati triennali non è al momento una prassi diffusa al punto da non consentire ai neo-laureati di valutare adeguatamente l'opportunità di inserimento nel mondo del lavoro anziché di continuazione degli studi, vista non come un obiettivo primario ma come ripiego. Alcune proposte di inserimento in Micron lo hanno confermato.

Va anche menzionata la sperimentazione di ricorso allo *staff leasing*, che ha permesso di individuare una nuova figura professionale da utilizzare nella nostra organizzazione. Inizialmente tale figura professionale (denominata "carrellista") non era ritenuta adeguata per persone in possesso di diploma di scuola superiore; successive verifiche hanno evidenziato, invece, come la quasi totalità di domande di impiego provenisse da persone in possesso di tale requisito, preponderante nel superare i *test* di assunzione. A fronte di tale dato, è stata creata una procedura per consentire ai carrellisti, dopo un minimo di 12 mesi di anzianità nella figura

professionale di ingresso, di ambire a ruoli interni a Micron attraverso dei concorsi interni.

6. Il settore in cui opera Micron Technology è estremamente esposto alla competizione da tutte le aree geografiche del mondo in cui è presente. Se il fattore “innovazione” è importante, altrettanto lo sono i costi di produzione, soprattutto nei periodi in cui il mercato è guidato da logiche di prezzi al ribasso. Negli scorsi decenni queste dinamiche hanno portato molti produttori storici ad abbandonare alcuni settori e interi Paesi (USA e Giappone) a perdere la loro *leadership* di mercato a favore di Corea del Sud, Taiwan e Singapore.

L'industria dei semiconduttori è genericamente ad elevata intensità di capitali, essendo oggi necessario un investimento variabile tra 2 e 3 miliardi di euro per avviare un sito produttivo di nuova generazione. La maggior parte di tali costi è allocata nei macchinari di produzione. Estremamente elevati sono i costi necessari per mettere a regime la fabbrica stessa. Per contro, i prodotti sono venduti a costi unitari dell'ordine del dollaro, o della decina di dollari in qualche caso. Si evince immediatamente come questo settore sia economicamente sostenibile solo con economie di scala e come ciò comporti l'utilizzo massimo della capacità produttiva degli stabilimenti e il ciclo di produzione non può non avvenire in maniera continuativa, 24 ore su 24, solitamente senza alcuna interruzione durante l'anno. Le turnazioni del personale addetto a impianti, processo e produzione devono essere ottimizzate per diminuire i tempi per i passaggi di consegne tra turni differenti. Per tale motivo quando Micron iniziò la gestione del sito in Avezzano, chiese di adeguare il sistema di turnazioni a quello in utilizzo nei suoi altri stabilimenti (e in quelli di vari concorrenti nel mondo e di industrie in altri settori). Il tipo di turnazione considerato necessario per portare i livelli di efficacia dello stabilimento a standard competitivi adeguati è basato su rotazioni di 4 turni da 12 ore: tale organizzazione è innovativa in Italia ed esclusiva dello stabilimento Micron.

Tale richiesta comportò un confronto, a volte aspro, con il sindacato, ma la nuova proprietà fu irremovibile, ponendo l'adozione di tale schema come condizione irrinunciabile allo sviluppo del sito, come è effettivamente poi avvenuto.

Il seguente schema riassume la turnazione in atto:

Ciclo 1	08-20	08-20	20-08	20-08	R	R	R	R	08-20	08-20	20-08	RC	R	R	R	R
Ciclo 2	08-20	08-20	20-08	20-08	R	R	R	R	08-20	08-20	RC	20-08	R	R	R	R
Ciclo 3	08-20	08-20	20-08	20-08	R	R	R	R	08-20	RC	20-08	20-08	R	R	R	R
Ciclo 4	08-20	08-20	20-08	20-08	R	R	R	R	RC	08-20	20-08	20-08	R	R	R	R
08-20	=	Turno con inizio alle 8:00 e fine alle 20:00														
20-08	=	Turno con inizio alle 20:00 e fine alle 8:00														
R	=	Riposo														
RC	=	Riposo compensativo														

La ciclicità è di 16 giorni di calendario con riposi compensativi nella seconda parte del ciclo, in maniera tale che l'orario complessivo annuo risulti pari a 1.700

ore medie lavorative (circa 141,7 giorni medi lavorati nell'anno). Ciascuna squadra è divisa in 4 sottosquadre che alternano i giorni di riposo compensativo. Ciascuna persona ha quindi a disposizione il proprio calendario di lavoro personalizzato.

Nei turni sono impegnate le persone che lavorano nella produzione (operatori, supervisori e *manager*), nell'Ingegneria di processo (tecnici e ingegneri) e in vari gruppi di supporto. Tale turnazione è in uso dall'inizio del 2000, a seguito di un accordo sindacale firmato tra le parti alla fine del 1999 e riconfermato successivamente.

Come accennato, il mercato in cui l'azienda opera è caratterizzato da una fortissima concorrenza, connessa alla rapida obsolescenza dei dispositivi elettronici e agli alti costi di produzione. A ciò si aggiungono i notevoli investimenti che devono essere effettuati a sostegno della ricerca (arrivano fino al 20% del fatturato in aziende di questo settore), alla quale spetta il compito di garantire un costante aggiornamento tecnologico.

Il valore del capitale umano è fondamentale, soprattutto considerando gli sforzi per la formazione. Ciò spinge in maniera naturale l'azienda a privilegiare laddove possibile rapporti stabili e duraturi con il proprio personale qualificato. Lo sforzo compiuto sino ad oggi dalla compagnia per mantenere il sito italiano a livelli tecnologici di eccellenza deve essere accompagnato in ogni momento dalla volontà delle persone che vi lavorano ad adeguare costantemente le loro competenze professionali per allinearle ad un mercato in rapida evoluzione che non perdona la perdita di competitività.

Tutte queste considerazioni sono alla base dell'accordo sindacale stipulato all'inizio del 2004, ancora una volta dopo forti tensioni tra azienda e sindacato, risolte solo grazie alla mediazione di attori territoriali e al quale ha apposto la propria firma anche la Regione Abruzzo, attraverso il presidente e l'assessore preposto al Lavoro e alla Formazione.

In tale accordo, sottoscritto anche dalle confederazioni regionali e dalle federazioni di categoria regionali, sono riportati alcuni principi:

- a) autoregolamentazione dei permessi sindacali. A fronte di un aumento del monte ore di permesso per RSU e Direttivo dei singoli rappresentanti, le organizzazioni sindacali firmatarie si impegnano a limitare il numero di rappresentanti Micron nominati nei direttivi;
- b) istituzione di due organismi paritetici: il primo, a vocazione interna, affronta tematiche relative all'organizzazione del lavoro, alla produttività, all'efficienza, la qualità e la prestazione attesa (stabilendo, tra l'altro, standard di riferimento per la definizione di una prestazione lavorativa adeguata); l'altro, rivolto a tutti i firmatari dell'accordo, presidia aspetti occupazionali sotto il profilo qualitativo e quantitativo e svolge il ruolo di promotore delle esigenze aziendali e dei lavoratori sul territorio;
- c) regolamentazione delle assemblee sindacali in modo che solo metà della squadra in turno sia coinvolta, prevedendo due successivi incontri con un intervallo minimo di mezz'ora. Ovviamente il numero di ore di permesso sindacale aumenta di conseguenza;
- d) formazione professionale. Le parti concordano che i corsi ritenuti necessari per lo svolgimento della mansione assegnata siano forniti gratuitamente dall'a-

zienda nel corso dell'orario di lavoro (e retribuiti se svolti fuori dallo stesso). Inoltre l'azienda fornisce gratuitamente ai lavoratori l'opportunità di frequentare i corsi di formazione in svolgimento presso lo stabilimento al fine di garantire una personale crescita culturale o per la progressione di carriera. La partecipazione a questi ultimi deve avvenire fuori dall'orario di lavoro o mediante permessi non retribuiti;

e) realizzazione di una politica retributiva che assicuri un'equa rispondenza tra la prestazione e la retribuzione, anche istituendo modelli economici che prevedano nuovi parametri.

Gli obiettivi che si pone l'accordo sono:

- incoraggiare e premiare l'investimento, anche individuale, nella conoscenza e nelle abilità che derivano da un costante adeguamento della propria professionalità;
- riconoscere nelle nuove dinamiche di relazioni industriali gli atteggiamenti positivi e propositivi nella vita aziendale;
- contrastare i comportamenti scorretti che compromettono l'equità tra i lavoratori, snaturano la funzione sociale di istituti creati a protezione delle fasce deboli e non consentono l'utilizzo efficace degli investimenti di Micron.

A tale accordo occorre una fase di rodaggio su alcuni punti, soprattutto relativamente all'avvio e al funzionamento degli organismi paritetici e alla realizzazione della politica retributiva.

Di fatto non si è riusciti a dare attuazione a quelle idee e a quei principi e, anzi, il tentativo relativo alla politica retributiva ha portato alla rottura da parte sindacale della trattativa avviata per costruire un premio di risultato che si basasse anche su quegli elementi.

I principali problemi sembrano essere stati:

- 1) la proposta aziendale di legare l'attribuzione del premio a una soglia di presenza al lavoro della singola persona;
- 2) la proposta aziendale di parametrare il premio al contributo che il singolo offre nel raggiungere gli obiettivi prefissati, adottando un sistema di valutazione della prestazione.

7. A distanza di 8 anni dall'acquisizione dello stabilimento da parte di Micron Technology, il sito italiano ha dimostrato di poter e saper competere nel mercato globale grazie alla professionalità e alla dedizione del personale, che contribuisce in maniera attiva al successo dello stabilimento. Questa "ricetta" ha permesso al sito di svilupparsi nel tempo, fornendo opportunità occupazionali nel territorio in un settore dove conoscenza, competenza e senso di responsabilità sono principi fondamentali.

In questo contesto diventa assolutamente necessario poter riconoscere il contributo di tutti e di ciascuno, premiando i comportamenti virtuosi e avendo la possibilità di correggere le situazioni che, se generalizzate, rischiano di mettere in pericolo lo sviluppo del sito. Le politiche retributive della compagnia tendono verso questo sforzo: negli anni passati il 90% del personale di Micron Italia ha avuto distribuzioni di *stock options* da parte della compagnia (dopo la Finanziaria per il 2008 questo strumento non è più molto interessante dal punto di vista dell'incentivazione) ed inoltre il 10% degli utili della compagnia veniva distribui-

to ai dipendenti. Quest'ultimo strumento recentemente è cambiato e prevede la possibilità della attribuzione di una quota aggiuntiva allo stipendio anche in caso di risultati negativi per la compagnia. Su questo strumento abbiamo effettuato il tentativo, non andato a buon fine, di trovare un accordo con la parte sindacale.

In tutti questi anni Micron ha dimostrato di essere competitiva con le proprie forze. Forti di questo dato, oggi ci proponiamo all'interno e all'esterno della compagnia per un ulteriore passo in avanti che dia futuro nel medio-lungo termine. In questo sforzo dobbiamo utilizzare al meglio le potenzialità a nostra disposizione, anche in termini di aiuto esterno, non perdendo di vista che il futuro è legato a tre fattori:

- 1) la consapevolezza di ciascun lavoratore nel portare avanti il proprio lavoro e nel progredire nelle proprie competenze, indipendentemente dal ruolo e dall'inquadramento contrattuale, insieme alla capacità dell'azienda di mettere a disposizione strumenti adeguati;
 - 2) la volontà degli attori territoriali di comprendere e confrontarsi con le esigenze e le necessità del mercato in cui opera Micron, individuando insieme le strade da perseguire;
 - 3) la capacità di attrazione degli investimenti che l'Europa e l'Italia possono esercitare nei confronti di multinazionali estere per le quali il mercato è globale.
- Micron ritiene di poter influire su tutti questi aspetti, purché vi sia la capacità di instaurare un rapporto di sistema verso un obiettivo condiviso.

Alcuni numeri riassuntivi per il sito di Avezzano:

- oltre 1.000 milioni di euro investiti nello stabilimento di Avezzano in 7 anni con capitale proprio;
- il 15% delle vendite di Micron nel mondo (che sono state pari a circa 5 miliardi di euro nell'anno fiscale 2005) proviene dalla produzione di Micron Technology Italia;
- oltre 1.900 dipendenti diretti;
- un incremento dell'occupazione di più di 500 unità dall'inizio della sua presenza in Abruzzo;
- il 35% degli occupati nell'industria di Avezzano lavora per Micron Technology Italia;
- circa 300 addetti appartenenti alle aziende di supporto lavorano nel sito;
- 10% delle esportazioni totali dell'Abruzzo;
- 70 milioni circa di euro di compensi su base annua;
- 90% dei dipendenti aziendali coinvolti in programmi di azionariato diffuso (*stock options*);
- 10% quota di utili distribuita tra tutti i lavoratori secondo quanto previsto dal programma interno di condivisione del profitto (*profit sharing*).

Organizzazione del lavoro, inserimento e carriera professionale in Micron Technology Italia
– **Riassunto.** L'A. muove da una breve descrizione della realtà imprenditoriale rappresentata da Micron Technology Italia e del mercato europeo in cui essa opera, quello dei semiconduttori. Centrale nella politica di Micron Technology è il suo rapporto con il territorio, tanto da strutturare la propria azione di sostegno e partecipazione allo sviluppo nel Progetto M³ e istituire e finanziare la Fondazione Mirror per l'impresa della conoscenza. Sono state avviate anche collaborazioni con il mondo accademico, che hanno dato vita a progetti di vario tipo a tutti i livelli di istruzione: master

di II livello; corsi di perfezionamento; il progetto Scienza@scuola, in collaborazione con le scuole primarie e secondarie, a sostegno dell'insegnamento delle materie tecnico-scientifiche, e, infine, un programma di alternanza scuola-lavoro, che prevede lo svolgimento di stage estivi presso la stessa Micron Technology. Micron Technology rappresenta una delle più importanti fonti di lavoro dell'industria privata per l'Abruzzo e in particolare per la Provincia dell'Aquila, con ricadute nelle regioni limitrofe, da cui provengono numerosi laureati; occupazione cresciuta costantemente proprio dai tempi dell'acquisizione dello stabilimento da parte di Micron Technology. Le attività di training (formazione in ingresso e formazione continua) sono molto rilevanti per il successo di Micron e l'apprendistato professionalizzante è stato identificato come strumento contrattuale di inserimento in azienda, specialmente per il personale diplomato, dato il suo elevato contenuto formativo. Infine, l'A. mette in evidenza come abbiano inciso sul successo di Micron Technology l'organizzazione del lavoro e in particolare il sistema di turnazioni (4 turni da 12 ore), dotato in Italia di grande innovazione, la centralità accordata all'apporto del capitale umano e politiche retributive che tendono a premiare i comportamenti virtuosi dei lavoratori.

Work organisation, access to employment and career development at Micron Technology Italia (Article in Italian) – Summary. *This paper begins with a brief description of Micron Technology Italia and the European semiconductor market in which it operates. A central role in the policy of Micron Technology is played by its close connections with the regional and national territory, including the development of initiatives in support of the development of Progetto M³ and the setting up and funding of the Fondazione Mirror for the knowledge economy. Various initiatives have also been taken with the academic world, giving rise to projects at all levels of education: from postgraduate programmes, to vocational training programmes, the Scienza@scuola project, in collaboration with primary and secondary schools, in support of the teaching of technical and scientific subjects, and the implementation of summer work experience programmes at Micron Technology. The company is one of the main sources of employment in private industry in the Abruzzo region, in particular the Province of L'Aquila, with an impact on the surrounding area, where many graduates come from. There has been a constant increase in employment levels since the acquisition of the production facility by Micron Technology. Training programmes (both initial and in-career training) are particularly significant for the success of Micron, and higher-level apprenticeships have been adopted as a key instrument for promoting access to employment in the company, especially for high-school leavers, given the significant training element. Finally, the paper underlines the important contribution to the success of Micron Technology of work organisation, particularly the introduction of shift working (with a cycle of four 12-hour shifts), a particularly innovative practice in Italy, and the key role of human capital and remuneration policies in which high levels of commitment on the part of employees attract due recognition.*

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Dirigenti

- *dirigente pubblico: licenziamento (1.1.)*

Lavoro subordinato

- *lavoro all'estero (2.1.)*
- *disciplina del licenziamento nello Stato di New York (2.2.)*

Mansioni (demansionamento)

- *nozione (3.1.)*

- *job rotation (3.2.)*

Poteri del datore di lavoro

- *potere disciplinare (4.1.)*

Sciopero (nei servizi pubblici essenziali)

- *reato di interruzione di pubblico servizio (5.1.)*
- *diritto di assemblea (5.2.)*

Nota per la lettura dell'Osservatorio di giurisprudenza ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

* L'Osservatorio di giurisprudenza è realizzato in collaborazione con ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati in materia di lavoro e relazioni industriali e con Assindustria di Genova, Associazione Industriale Bresciana, Associazione Industriali della Provincia di Vicenza, Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Confindustria Bergamo, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro, Unione degli Industriali della Provincia di Pordenone, Unione Industriale Torino, Unione degli Industriali della Provincia di Treviso, Unione degli Industriali della Provincia di Varese.

1. Dirigenti

1.1. Cass. 1° febbraio 2007 n. 2233 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 12).

Dirigenti - Licenziamento del dirigente pubblico - Regime di libera recondibilità - Esclusione - Tutela obbligatoria - Esclusione - Tutela reale ex art. 18, l. n. 300/1970 - Applicabilità.

La illegittimità del recesso dal rapporto di lavoro di una pubblica amministrazione con un dirigente della stessa comporta l'applicazione, al rapporto fondamentale sottostante, della disciplina dell'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300, a norma dell'art. 51, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, mentre all'incarico dirigenziale si applica la disciplina del rapporto a termine sua propria.

Sull'applicabilità della tutela reale all'ipotesi di licenziamento del dirigente pubblico

Sommario: **1.** Le fasi del rapporto di lavoro dirigenziale pubblico. – **2.** Rapporto fondamentale e incarico. – **3.** Dirigenza pubblica e dirigenza privata: l'illegittimo recesso del datore. – **4.** Le conseguenze dell'illegittimo recesso del datore pubblico: la tutela reale. – **5.** Il recesso illegittimo dell'amministrazione: lo stato del dibattito. – **6.** L'applicabilità dell'art. 18 Stat. lav. al licenziamento illegittimo del dirigente pubblico nell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale.

1. Il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte chiarisce l'applicazione del regime di stabilità reale nel rapporto di lavoro tra PA e personale dirigenziale. A tale conclusione la Corte perviene attraverso l'individuazione della distinzione, sconosciuta alla disciplina della dirigenza privata, tra rapporto fondamentale ed incarico.

La decisione del giudice di legittimità sintetizza felicemente la normativa che disciplina le varie fasi del rapporto di lavoro dirigenziale, dalla costituzione allo svolgimento, sino al recesso.

Come noto, l'accesso alla qualifica di dirigente avviene, secondo il disposto dell'art. 28, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, con concorso per esami che accerta l'idoneità del candidato a rivestire le funzioni dirigenziali; il superamento del concorso conferisce il diritto al trattamento economico stabilito dal contratto collettivo.

Esaurita la procedura concorsuale, inserita nell'alveo pubblicistico, la gestione del rapporto di lavoro è affidata al diritto privato ed alle norme contrattuali collettive ed individuali, e sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro. In tale stadio del rapporto l'amministrazione, a norma dell'art. 19, d.lgs. n. 165, conferisce l'incarico al dirigente, secondo le attitudini e le capacità professionali dello stesso. La fase estintiva, conseguente al mancato raggiungimento degli obiettivi, è infine caratterizzata da tre ulteriori momenti, graduati in relazione alla gravità del caso specifico: l'impossibilità di rinnovo dell'incarico, la revoca del medesimo, ed infine il recesso dal rapporto fondamentale (art. 21, comma 5, del decreto citato). È in siffatto momento che emerge la maggiore diversità disciplinare tra la dirigenza pubblica e quella privata, dal momento che nella seconda l'unica conseguenza prevista, per il mancato raggiungimento dei risultati attesi dal datore, è il recesso *ad nutum* ai sensi dell'art. 2118 c.c.

2. L'esame della normativa del d.lgs. n. 165/2001 consente alla Corte di evidenziare una rilevante distinzione nell'ambito del rapporto di lavoro dirigenziale pubblico, ovvero quella tra rapporto fondamentale ed incarico. L'estinzione dell'incarico non comporta infatti la perdita dello *status* di dirigente, atteso che l'interessato permane nel ruolo della

amministrazione (non più ruolo unico) in posizione di disponibilità. Da ciò si ricava che la qualifica di dirigente pubblico non è riconducibile ad una posizione lavorativa unitaria, consistente nello svolgimento di mansioni specifiche, ma solo ad un' idoneità professionale del dipendente, attestata dal superamento del pubblico concorso. L'espletamento delle funzioni dirigenziali avviene effettivamente attraverso il conferimento, a tempo determinato, dell'incarico specifico all'interno di un rapporto fondamentale di lavoro che è, e resta, a tempo indeterminato con l'amministrazione, a prescindere dalle vicende che riguardano l'incarico medesimo. La Corte puntualizza, invero, che l'incarico non è un elemento indefettibile del rapporto di lavoro del dirigente pubblico, giacché esso può anche mancare, senza che venga meno il rapporto fondamentale che lega a tempo indeterminato il dirigente al datore di lavoro. Invero, l'art. 19 del decreto citato, stabilisce che i dirigenti senza incarico svolgono funzioni ispettive, di studio, ricerca, consulenza o di rappresentanza dell'amministrazione nei collegi di revisione.

Allora, nella qualifica dirigenziale pubblica non assumono alcuna rilevanza le mansioni specifiche espletate, che possono variare di volta in volta, sia al mutare dell'incarico, sia nell'ipotesi temporanea dell'assenza di questo; inoltre, ad esse non si applica la fondamentale regola dell'art. 2103 c.c., che com'è noto prevede penetranti limiti allo *jus variandi* del datore (art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165). Ciò che, viceversa, possiede rilievo decisivo è l'acquisizione della qualifica, che attesta su un piano astratto e formale una idoneità, una sorta di abilitazione professionale, allo svolgimento di funzioni apicali nella PA, indifferente alle mansioni specifiche esercitate nella singola vicenda concreta.

3. Il giudice di legittimità passa quindi al raffronto tra la disciplina del recesso del dirigente pubblico e quella del dirigente del settore privato, al fine di porne in luce le concrete diversità. La prima differenza è evidenziata dall'art. 21, d.lgs. n. 165/2001 che, disciplinando la responsabilità dirigenziale, prevede i casi d'inadempimento ai compiti dirigenziali, consistenti nella ripetuta valutazione negativa e nella grave inosservanza delle direttive, e vengono altresì individuate tre distinte conseguenze a tali inadempimenti. La prima viene stabilita nell'impossibilità di rinnovo dell'incarico; poi, in relazione alla gravità del caso si applicherà la misura della revoca, e infine, solo nei casi più gravi, secondo la previsione dell'art. 27 del Ccnl di categoria (cui rinvia l'art. 21, d.lgs. n. 165, per le modalità del recesso), si avrà il vero e proprio licenziamento del dirigente, provvedimento che recide del tutto il legame con l'amministrazione e quindi estingue anche il rapporto di lavoro fondamentale. In tutti i casi, tuttavia, la misura concreta potrà essere adottata dall'amministrazione non già liberamente, ma solo a seguito di apposito procedimento, con formale contestazione degli addebiti e riconoscimento del diritto di difesa dell'incolpato. A questo proposito la Suprema Corte ricorda come la Corte Costituzionale (nella sentenza 25 luglio 1996 n. 313, in *RIDL*, 1997, II, 36, con nota di E. GRAGNOLI) abbia posto il principio della procedimentalizzazione del recesso del datore pubblico nei confronti del personale dirigenziale.

Nulla di tutto ciò è invece riscontrabile nella disciplina della dirigenza privata ove, secondo la Corte, non solo non sussiste alcuna distinzione tra rapporto ed incarico, ma il rapporto fiduciario tra dirigente e datore di lavoro raggiunge la massima intensità ed è la ragione stessa del legame contrattuale. L'unica conseguenza normativamente contemplata per la rottura del vincolo fiduciario è il recesso *ad nutum* della parte datoriale, in una delle poche, e persistenti, ipotesi di applicabilità dell'art. 2118 c.c. che residuano dopo l'approvazione delle norme sui licenziamenti illegittimi di cui alla l. n. 604/1966 e alla l. n. 300/1970, c.d. Statuto dei lavoratori. Peraltro, è da segnalare che, secondo un orientamento della stessa Cassazione, anche il licenziamento di un dirigente privato non può assumere i caratteri dell'arbitrarietà, pena la possibilità di abusi del datore; sono, pertanto, perfettamente legittime clausole limitative del potere di recesso datoriale contenute nei contratti collettivi ed individuali (Cass., sez. un., 9 dicembre 1986, n. 7295, in *LPA*, 1987,

432; Cass. 13 marzo 1998 n. 2761, in *MGI*, 1998). Inoltre, recentemente, le Sezioni Unite hanno esteso anche al dirigente privato apicale le garanzie di cui all'art. 7, l. n. 300/1970, in caso di licenziamento del medesimo (Cass., sez. un., 30 marzo 2007 n. 7880, in *D&G*, 4 aprile 2007). In ogni caso, non può negarsi che il licenziamento del dirigente privato, se non proprio libero, assume certamente i connotati della discrezionalità.

In definitiva, mentre il licenziamento del dirigente pubblico è strettamente vincolato alle ipotesi predeterminate dal legislatore, deve essere assistito da giusta causa o giustificato motivo e sottoposto al procedimento che consente l'esercizio del diritto di difesa dell'incolpato; il recesso datoriale nel rapporto dirigenziale privato, invece, è sostanzialmente discrezionale, salvo il limite della non arbitrarietà secondo le previsioni contrattuali.

Le ragioni di tale rilevante differenza di regime sono da rinvenirsi nella particolare natura del datore di lavoro pubblico, vincolato a precise norme costituzionali, tra le quali assume assoluta preminenza l'art. 97 Cost. Com'è noto, la disposizione sancisce il principio dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione; il primo valore sarebbe compromesso da una disciplina che consentisse il regime di libera recedibilità all'amministrazione, giacché esporrebbe il dirigente al rischio sempre incombente del licenziamento vincolandolo, in maniera non compatibile con il principio di imparzialità, al potere politico. Tali esigenze non sono riscontrabili nel settore privato, ove domina l'autonomia negoziale, riconducibile all'art. 41 Cost., con il suo corollario del libero perseguimento degli interessi (sul punto, da ultimo e per tutti, A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *RGL*, 2007, n. 2, 301).

4. Appurato che nel rapporto di lavoro del dirigente pubblico il recesso dell'amministrazione deve essere motivato, cioè sottoposto ai limiti della giusta causa e del giustificato motivo, ai sensi della l. n. 604/1966, la Corte si occupa di stabilire quali siano le conseguenze normativamente previste per i casi di illegittimo recesso datoriale, se puramente risarcitorie, ovvero reintegratorie secondo il disposto dell'art. 18, l. n. 300/1970, nell'ambito del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

La risposta discende, oltre che dalle argomentazioni riportate, da un'interpretazione sistematica dell'art. 51, d.lgs. n. 165/2001. In particolare, la Corte punta l'attenzione sul comma 2, che stabilisce che le disposizioni di cui alla l. n. 300/1970 si applicano alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti. Tale norma pone una deroga all'art. 35, l. n. 300, che, com'è noto, dispone che lo Statuto si applichi alle imprese con più di 15 dipendenti. Ora, secondo il ragionamento dei giudici del Supremo Collegio, l'art. 21, d.lgs. n. 165, assimila il rapporto fondamentale dei dirigenti a quello della categoria impiegatizia conferendogli, attraverso il sistema di garanzie in esso predisposto, il medesimo carattere di stabilità. Inoltre, l'art. 10 della l. n. 604/1966 (che dispone: «Le norme della presente legge si applicano nei confronti dei prestatori di lavoro che rivestano la qualifica di impiegato e di operaio, ai sensi dell'articolo 2095 del Codice civile (...)») esclude dal proprio ambito di applicabilità solo i dirigenti del settore privato. Quindi, secondo la Cassazione, il comma 2 dell'art. 51 si riferisce anche al rapporto fondamentale dei dirigenti pubblici. Il problema del riferimento che l'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 165 opera ai contratti collettivi, in relazione all'ipotesi di recesso della amministrazione, è risolto dalla Suprema Corte con l'argomentazione che il contratto collettivo della dirigenza pubblica statale non prevede, a differenza dei contratti dirigenziali del settore privato, alcuna tutela risarcitoria, ma anzi all'art. 27 stabilisce che l'annullamento delle procedure di accertamento della responsabilità dirigenziale fa venire meno il recesso, con conseguente ripristino *ex tunc* del rapporto fondamentale.

5. Così brevemente compendiate le argomentazioni della Suprema Corte, appare opportuno verificare come l'assunto si inserisca nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale

sul tema. Intanto, va subito notato che la Suprema Corte non distingue tra responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale, ragion per cui le conclusioni cui perviene dovrebbero afferire ad entrambe le categorie.

Sull'inconfigurabilità del regime di libera revedibilità, vigente per i dirigenti privati, per la dirigenza pubblica, soprattutto alla luce della sentenza C. Cost. n. 313/1996, cit., non sussistono divergenze; in merito invece all'applicabilità del regime di tutela reale al recesso illegittimo dell'amministrazione, sia la dottrina che la giurisprudenza sono divise. Secondo l'impostazione che ritiene applicabile l'art. 18, l. n. 300, cui deve annoverarsi ora anche la Cassazione con la sentenza in commento, si deve fare innanzitutto riferimento ad un dato testuale: l'applicabilità senza limiti al pubblico impiego dello Statuto dei lavoratori, a norma dell'art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, che non distingue tra personale dirigenziale e non dirigenziale; ciò porta a ritenere estensibile al rapporto di lavoro con i dirigenti il regime di tutela reintegratoria (Trib. Napoli ordinanza 27 settembre 2006, in *LPA*, 2006, n. 6, 121, con commento di A. BOSCATI; Trib. Napoli 7 gennaio 2003, in *DLM*, 2003, 505). Ulteriore argomentazione, questa volta di carattere sistematico, è invece quella relativa al rapporto tra politica ed amministrazione, come voluto dalla riforma privatizzatrice del lavoro pubblico (d.lgs. n. 29/1993, ora confluito nel d.lgs. n. 165). Come noto, la riforma ha inteso separare le due sfere, conferendo ambiti distinti a ciascuna, la predisposizione di obiettivi generali alla politica, la gestione alla dirigenza. Tale evoluzione ha comportato per la dirigenza una maggiore responsabilizzazione, dimostrata dalla previsione dell'inedita responsabilità dirigenziale, ma altresì una maggiore autonomia dal ceto politico, non più inserito al vertice della struttura gerarchica di ciascuna amministrazione. In più, l'art. 97 Cost. impone l'imparzialità della amministrazione, escludendo l'esistenza di un rapporto fiduciario tra politico e dirigente, e prefigurando un sistema di garanzie per gli organi amministrativi. Tali osservazioni inducono ad escludere l'assimilazione della dirigenza pubblica a quella privata, ove invece indubbiamente sussiste un legame fiduciario tra dirigente e datore di lavoro (TAR Veneto 18 marzo 1999 n. 380, in *FA*, 2000, 5479; Trib. Napoli 7 gennaio 2003, cit.; vedi anche A. GARILLI, *op. loc. cit.*). Dall'esclusione dell'assimilazione tra le due categorie, che comporta la non applicabilità del licenziamento *ad nutum* del dirigente pubblico, all'affermazione di una distinta tutela il passo è davvero breve, sicché l'applicabilità dell'art. 18 dello Statuto ai dirigenti pubblici ben può essere affermata per questa via (P. SORDI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, in *LPA*, 2001, 300).

Sull'opposto versante si collocano coloro che sostengono la completa assimilazione delle due categorie dirigenziali, risultato ritenuto conseguente alla privatizzazione del pubblico impiego. La riforma, in tale visione, ha determinato il sorgere di un'unica disciplina per tutti i dirigenti, siano essi dipendenti da aziende private o da pubbliche amministrazioni, che è quella del diritto civile, come si desume dall'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165. Potranno, certo, sussistere regole speciali per il lavoro pubblico, considerate le peculiari caratteristiche del datore di lavoro, ma nel decreto di riforma non si ricava alcuna deroga all'applicazione delle regole civilistiche afferenti al licenziamento dei dirigenti (L. ZOPPOLI, *La reintegrazione del dirigente pubblico tra "capriccio degli organi politici" e "giurisprudenza creativa"*, in *DLM*, 2003, 527; G. NICOSIA, *La responsabilità dei dirigenti pubblici*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2007, 275). Anzi, l'art. 21, d.lgs. n. 165, comma 2, non rinvia all'art. 18 dello Statuto, ma alle norme del codice civile e dei contratti collettivi, che escludono entrambi la tutela reale, confermando così l'assimilazione della disciplina tra dirigenza pubblica e privata (Trib. Firenze 15 gennaio 2004, in *LPA*, 2004, 194, con nota di C. SPINELLI).

Secondo un preciso filone giurisprudenziale, inoltre, il processo di privatizzazione ha inteso conferire maggiore efficienza all'azione amministrativa, anche attraverso l'utiliz-

zazione flessibile del personale dirigenziale, che sarebbe legato agli organi politici da un legame fiduciario, analogamente a quanto avviene nel rapporto azienda privata-dirigente (C. Stato 31 luglio 2000 n. 423). Va da sé che, seguendo detta impostazione, appare inconfigurabile la tutela reintegratoria in favore del dirigente illegittimamente licenziato (C. Stato 26 aprile 2000 n. 2493, in *LPA*, 2000, 639, con nota di M. MONTINI). Ulteriore argomento a favore della tesi della negazione dell'applicabilità dell'art. 18 Stat. lav. si ricava a *contrario* da alcune norme contrattuali collettive (es. comparto sanità) che prevedono l'obbligo di reintegra solo in caso di licenziamento discriminatorio; ne discenderebbe l'inconfigurabilità in ogni altro caso, tra cui il recesso semplicemente illegittimo (Trib. Genova ordinanza 16 giugno 2000, in *LPA*, 2001, 443, con nota di I. OTTOLINA). Inoltre, altre norme collettive contemplerebbero la sola misura risarcitoria nell'ipotesi di recesso illegittimo, ad esempio ancora il Ccnl del comparto sanità (così, in termini alquanto dubbi, Trib. Firenze 15 gennaio 2004, cit.).

6. La breve analisi dei diversi orientamenti sulla questione del regime di tutela applicabile al dirigente ingiustamente licenziato dimostra che la tesi della Cassazione in commento non è affatto pacifica, inserendosi in un dibattito che procede dai primi anni della riforma del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. Ed è partendo dai principi ispiratori della riforma, anche come interpretati dalla Corte Costituzionale, che, ad avviso di chi scrive, va correttamente affrontata la questione. Da questo punto di vista, alla luce delle tuttora rilevanti diversità disciplinari tra lavoro pubblico e privato, desunte ad esempio dalle modalità di reclutamento del personale, dalla regolamentazione delle mansioni, dalla disciplina del contratto a termine, ecc., appare arduo parlare di completa assimilazione tra le due categorie, nonostante il compiuto processo di privatizzazione del pubblico impiego (cfr. C. TIMELLINI, *Licenziamento illegittimo del dirigente pubblico*, in *DPL*, 2007, inserto, n. 18, che parla di specialità della disciplina del lavoro pubblico; e più autorevolmente di recente L. ZOPPOLI, *Una riforma che riprende faticosamente il cammino*, in *RGL*, 2007, n. 2, 289 ss.). Del resto è la stessa giurisprudenza, costituzionale ed amministrativa, a sottolineare costantemente detto passaggio, individuandone la ragione fondamentale nei principi costituzionali riguardanti l'attività e l'organizzazione della pubblica amministrazione e segnatamente negli artt. 51, 97 e 98 della Carta Costituzionale, i quali sanciscono, com'è noto, i canoni della parità di accesso nella PA, dell'imparzialità e del buon andamento e del servizio esclusivo alla Nazione del lavoratore pubblico (tra le pronunce più recenti, C. Stato, Ad. Plen., 24 marzo 2006 n. 3). Siffatte disposizioni primarie costituiscono, quindi, il fattore decisivo della persistente diversità di regime giuridico tra lavoratore pubblico e lavoratore privato. Allora, l'applicabilità delle regole proprie del diritto del lavoro, in linea di principio affermata dall'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165, va in realtà adattata al peculiare contesto del pubblico impiego, giacché la natura pubblica di una delle parti del rapporto influenza necessariamente la disciplina del rapporto di lavoro.

In tale quadro, la stessa riforma del 1993 ha sancito il principio di separazione tra politica ed amministrazione, in un'ottica certo di responsabilizzazione del ceto dirigenziale, e quindi di buon andamento; ma anche in un'ottica di autonomia, e quindi d'imparzialità, di un'amministrazione pubblica non assoggettabile alle istanze di questa o quella parte politica, pena la violazione dei principi di cui agli artt. 97 e 98 Cost. La Corte delle leggi ha ripetutamente proposto tali argomentazioni (vedi le sentenze Cass. 25 luglio 1996 n. 313, cit.; Cass. 16 maggio 2002 n. 193, in *LPA*, 2002, 553, con nota di P. CERBO; Cass. 4 giugno 2003 n. 189, in *CED Cassazione*, 2003), fino ad arrivare alla rilevante pronuncia con cui ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 3, comma 7, della l. n. 145/2002, c.d. *spoil system* (C. Cost. 23 marzo 2007 n. 103, in *GD*, 2007, n. 14, 74, con commento di O. FORLENZA, *Un intervento a tutela dei principi di imparzialità e buon andamento*). Secondo il pensiero della Consulta, la privatizzazione del pubblico impiego

non ha assoggettato al regime di libera recredibilità di cui agli artt. 2118 e 2119 c.c. il rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici, ma ha al contrario assicurato ampie garanzie di stabilità al rapporto, e strumenti di difesa dell'interessato in caso di avvio della procedura di recesso dell'amministrazione, proprio in virtù dei summenzionati principi costituzionali. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la decisione della Suprema Corte di cassazione annotata trova un preciso fondamento di natura costituzionale, ed il regime di tutela reale affermato nel rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici appare dunque il portato necessario dei canoni fondamentali della Carta. Per il resto, anche sotto il profilo della normazione primaria, ed in particolare il d.lgs. 165/2001, la sentenza appare corretta laddove distingue tra incarico e rapporto fondamentale, per affermare che è il primo, e non il secondo, ad avere carattere temporaneo e "precario" alla stregua del rapporto dei dirigenti privati. Ed in definitiva, unicamente il rapporto scaturente da un concreto incarico può correttamente essere accostato al rapporto di lavoro del dirigente privato, sia per le modalità, ampiamente discrezionali secondo i criteri stabiliti dall'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, di conferimento dello stesso, sia per il suo carattere temporaneo. Tuttavia, anche detto rapporto non può identificarsi completamente con quello del dirigente aziendale, in particolare per le modalità di recesso, che non sono comunque libere, bensì sottoposte ai casi tipizzati dal legislatore all'art. 21, d.lgs. n. 165, come bene ha sottolineato la Suprema Corte, nonché alle procedure di garanzia che assicurino il diritto di difesa dell'incolpato, come ha insegnato la Consulta. Tale considerazione vale *a fortiori* ad escludere ogni assimilazione tra rapporto fondamentale del dirigente pubblico, dotato del carattere della stabilità al contrario dell'incarico, e rapporto di lavoro del dirigente aziendale.

Va ancora segnalato un argomento letterale a sostegno dell'impostazione della Suprema Corte, l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 165, che, in tema di responsabilità dirigenziale, rinviava alle disposizioni del codice civile ed a quelle contrattuali collettive, con ciò riferendosi anche agli artt. 2118 e 2119 c.c. L'espressa abrogazione, da parte dell'art. 3, comma 2, lett. b), l. n. 145/2002, sembra un segno evidente della volontà del legislatore di evitare l'applicazione delle norme codicistiche sul recesso. Peraltro, la Corte, nella sentenza in commento, ha superato il disposto abrogato, sostenendo come esso si riferisse esclusivamente alla necessità della sussistenza di una giusta causa di recesso (art. 2119 c.c.), e non già al regime di libera recredibilità posto dall'art. 2118 c.c., comunque inapplicabile alla dirigenza pubblica in quanto norma derogata dall'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 165/2001. Tale argomentazione sembra idonea a chiarire anche la portata di norme tuttora vigenti (ad es. art. 15-ter, comma 3, d.lgs. n. 502/1992, in materia di dirigenza sanitaria), che ricalcano il contenuto della disposizione abrogata.

Un'ultima notazione: l'assunto della Corte di legittimità, nella sua perentorietà, sembra ridimensionare il ruolo che la legge ha affidato alla contrattazione collettiva per la definizione delle procedure di recesso (art. 21, comma 1, d.lgs. n. 165). In questo senso, la pronuncia pare stabilire, seppure non espressamente, che i contratti collettivi possono definire i tempi ed i modi della procedura, ma non già il regime di tutela che è, e resta, stabilito dalla legge, in particolare all'art. 18, l. n. 300/1970. Se ne dovrebbe ricavare la illegittimità dei contratti che prevedono una tutela esclusivamente risarcitoria, per violazione del principio dell'inderogabilità *in pejus* della legge ad opera della contrattazione.

Carmine Santoro

Funzionario ispettivo – Direzione provinciale del lavoro di Milano

2. Lavoro subordinato

2.1. Cass. 9 maggio 2007 n. 10549 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 27).

Lavoro subordinato - Lavoro all'estero - Violazione dell'ordine pubblico ex art. 16, Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali - Effetti - Art. 16, comma 2, l. n. 218/1995 - Applicabilità - Legge italiana in materia di licenziamenti - Tutela reintegratoria.

Dal contrasto con l'ordine pubblico ex art. 16 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali discende necessariamente il riferimento ad altra fonte del diritto, la quale può essere rinvenuta solo nel principio dettato dall'art. 16 della l. n. 218/1995, che impone di applicare la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa e, in mancanza, la legge italiana. In tal caso, ove debba escludersi l'applicazione della legge straniera ed applicarsi la lex fori, il richiamo alla normativa italiana limitativa dei licenziamenti comporta l'operatività delle garanzie previste in ipotesi di licenziamento illegittimo, di cui è parte la tutela reintegratoria.

2.2. Cass. 9 maggio 2007 n. 10549 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 27).

Lavoro subordinato - Lavoro all'estero - Disciplina del licenziamento nello Stato di New York - Assenza di tutela generalizzata contro il licenziamento ingiustificato - Contrasto con l'ordine pubblico - Esistenza.

Contrasta con l'ordine pubblico la disciplina del licenziamento nello Stato di New York, dal momento che prevede una tutela limitata al licenziamento intimato per motivi contrari all'ordinamento o in violazione di obblighi assunti con il contratto e non una protezione generalizzata contro il licenziamento ingiustificato.

(2.1. – 2.2.) Employment at will nello Stato di New York e contrarietà all'ordine pubblico

Sommario: **1.** La vicenda processuale. – **2.** Effetti derivanti dal contrasto con l'ordine pubblico. – **3.** Ordine pubblico ed *employment at will* nello Stato di New York. – **4.** Ordine pubblico, indennità di preavviso e licenziamenti collettivi.

1. Con la sentenza in epigrafe la Cassazione conferma la pronuncia resa dal giudice del rinvio (App. L'Aquila 22 luglio 2004 n. 669, in *GD*, 2004, n. 48, 50 ss., con nota di M. TATARELLI, *Il contrasto con l'ordine pubblico nazionale ostacola l'applicazione della legge straniera*), designato in Cass. 11 novembre 2002 n. 15822 (in *MGL*, 2003, 357 ss., con nota di C. OGRISEG, *Recesso libero e limite dell'ordine pubblico*).

In punto di fatto, la vicenda prende le mosse dal licenziamento di un lavoratore italiano della Banca di Roma, assunto a New York, luogo in cui lo stesso aveva eseguito la prestazione fino alla cessazione del rapporto. Le domande del ricorrente (volte ad ottenere la dichiarazione dell'illegittimità del recesso e la reintegrazione nel posto di lavoro), rigettate sia in sede cautelare (Pret. Roma ordinanza 10 gennaio 1997, in *NGL*, 1997, 14 ss.), che in prima istanza (Pret. Roma 8 gennaio 1998, in *NGL*, 1998, 18 ss.) ed in appello (Trib. Roma 12 marzo 2001, a quanto consta inedita), trovavano accoglimento da parte

della Corte di cassazione (Cass. 11 novembre 2002 n. 15822, cit.). In tale occasione la S.C. dichiarava il contrasto con l'ordine pubblico internazionale di cui all'art. 16 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (resa esecutiva con l. 18 dicembre 1984, n. 975) della legge americana (applicabile *ex art. 6, § 1, lett. a)*, della Convenzione di Roma, ai sensi del quale, in mancanza di scelta, il contratto di lavoro è regolato dalla legge del Paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro), che non prevede una tutela generalizzata contro il licenziamento ingiustificato.

Avverso la sentenza resa in sede di rinvio la banca proponeva ricorso per cassazione, su cui la S.C. si è pronunciata con la sentenza qui annotata. In tale occasione detta Corte ha svolto alcune precisazioni in merito alle conseguenze giuridiche derivanti dal contrasto con l'ordine pubblico internazionale ed ha verificato il corretto accertamento della legge straniera da parte del giudice del rinvio ai fini dell'applicazione del principio di diritto enunciato in Cass. 11 novembre 2002 n. 15822, cit., secondo cui «è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico italiano una legge che, in linea generale, non preveda tutela contro il licenziamento ingiustificato».

2. L'art. 16 della Convenzione di Roma, dopo aver sancito che «l'applicazione di una norma della legge designata dalla (...) convenzione può essere esclusa solo se tale applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro», nulla prevede in merito alle conseguenze di tale accertata incompatibilità. Una soluzione è invece offerta dalla norma dell'art. 16, comma 2, l. n. 218/1995, a mente del quale, a seguito dell'accertamento di un contrasto tra la legge straniera applicabile e la *lex fori*, «si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa». Solo ove tale soluzione non sia percorribile si applica la legge italiana.

Nella sentenza in commento la S.C. ha ritenuto che, anche nel caso di una fattispecie rientrante nel campo di applicazione della Convenzione di Roma, dal rilevato contrasto con l'ordine pubblico discenda necessariamente il riferimento «ad altra fonte del diritto, che può essere rinvenuta solo nel principio dettato dall'art. 16 della legge 218/1995», confermando quanto già suggerito da autorevole dottrina (cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGNIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Utet, Torino, 2007, 390-391).

Tale conclusione è conforme al principio di diritto enunciato dalla stessa S.C. (Cass. 11 novembre 2002 n. 15822, cit.) all'esito del giudizio rescindente, secondo cui, in caso di accertata manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico italiano di «una legge che, in linea generale, non preveda tutela contro il licenziamento ingiustificato», occorre applicare i criteri di cui all'art. 4 della Convenzione di Roma, intendendo, come rilevato in dottrina, verosimilmente integrare l'art. 16 della Convenzione di Roma con l'art. 16, comma 2, della l. n. 218/1995 (in tal senso F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato uniforme e disposizioni generali di diritto internazionale privato nazionale*, in H.-P. MANSEL, T. PFEIFFER, H. KRONKE, C. KOHLER, R. HAUSMANN (a cura di), *Festschrift für Erik Jayme, Band I*, Sellier, München, 2004, 612).

Attenendosi a tale principio di diritto, il giudice del rinvio (App. L'Aquila 22 luglio 2004, cit.) ha *in primis* escluso la percorribilità della soluzione di cui all'art. 4 della Convenzione di Roma, posto che ciò comporterebbe comunque l'applicazione della legge americana (il primo paragrafo della norma suddetta prevede infatti che, in mancanza di scelta, il contratto sia regolato dalla legge del Paese col quale presenta il collegamento più stretto; il secondo comma stabilisce una presunzione di sussistenza del collegamento più stretto col Paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale; nel caso di specie il lavoratore risiedeva all'epoca dei fatti negli Stati Uniti, discendendone l'applicazione della legge

americana). Esclusa tale soluzione, lo stesso giudice ha ritenuto di dover applicare al caso di specie la normativa italiana limitativa dei licenziamenti, da considerare come “un unico istituto”, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria (App. L'Aquila 22 luglio 2004, cit.).

3. Nella pronuncia annotata la S.C. statuisce come il giudice del rinvio abbia «correttamente tratto una sintesi dell'assetto normativo vigente [in materia di licenziamento] nello Stato di New York dalla sentenza» resa dalla *Court of Appeals* nel caso *Horn v. New York Times*, 100 N.Y.2d 85, 790 N.E.2d 753 (2003). Secondo la Corte «in questo sistema, il termine “*wrongful discharge*” (...) non può essere riferito al recesso privo di causa giustificativa, perché riguarda solo il licenziamento intimato per motivi contrari all'ordinamento o in violazione di obblighi assunti con il contratto». Tali conclusioni sono il frutto del principio di diritto affermato dal Supremo Collegio (Cass. 11 novembre 2002 n. 15822, cit.), cui si è attenuto il giudice del rinvio, secondo cui «è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico italiano una legge che, in linea generale, non preveda tutela contro il licenziamento ingiustificato».

Tali indicazioni appaiono censurabili poiché esito di un'erronea applicazione del limite di ordine pubblico. Come è noto, la clausola o eccezione di ordine pubblico ha l'obiettivo di preservare l'armonia interna dell'ordinamento, impedendo l'applicazione di una legge straniera in grado di produrre effetti intollerabili per l'ordinamento del foro, in quanto in contrasto «con i principi etici, economici, politici e sociali che condizionano il modo d'essere (degli istituti) del nostro ordinamento giuridico» (così F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, 231, che, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 218/1995, disciplinante all'art. 16 l'ordine pubblico, considerano superata la distinzione tra ordine pubblico interno, come insieme delle norme non derogabili da parte dei privati, ed ordine pubblico internazionale di portata meno ampia).

Data la mancanza di una nozione unitaria di ordine pubblico, ampia è la discrezionalità attribuita al giudice del foro, il quale tuttavia proprio nell'uso di quest'ultima è tenuto a «mostrare equilibrio» (così F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, 234). L'indicazione, contenuta nell'art. 16 della Convenzione di Roma, che richiede che l'incompatibilità degli effetti con l'ordine pubblico del foro sia *manifesta*, ha la funzione di ammonire il giudice sul carattere eccezionale dell'intervento del limite dell'ordine pubblico (si veda F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, 234), sul quale, come precisato nella relazione Giuliano-Lagarde, grava l'obbligo di «motivare dettagliatamente la fondatezza dell'eccezione». Quanto al funzionamento di tale clausola, la stessa costituisce un limite *successivo e negativo*: successivo, dal momento che presuppone l'operare delle norme di conflitto con l'individuazione della *lex causae* applicabile; negativo, in quanto comporta l'inapplicabilità della legge straniera così individuata. Il corretto operare del limite richiede al giudice non di effettuare una valutazione in astratto sulla singola norma richiamata per esprimere su di essa un giudizio di incompatibilità con l'ordine pubblico, ma una concreta valutazione degli *effetti* che dall'applicazione della stessa deriverebbero nell'ordinamento del foro (si veda *ex multis* T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 2007, 78). È pertanto possibile, come precisa la relazione Giuliano-Lagarde, che «una legge straniera la quale, in astratto potrebbe essere considerata incompatibile con l'ordine pubblico del foro, sia tuttavia applicata se il risultato concreto della sua applicazione non sia di per sé incompatibile con l'ordine pubblico del foro».

Il giudice di legittimità, sia in sede rescindente (Cass. 11 novembre 2002 n. 15822, cit.) che nella sentenza in epigrafe, sembra aver ignorato tali principi, la cui *ratio* va rinvenuta nel carattere eccezionale rivestito dal limite di ordine pubblico.

Per rendersene conto basta accennare brevemente alla disciplina statunitense in tema di recesso dal rapporto di lavoro, normativa che sarebbe risultata applicabile al caso di specie. Nell'ordinamento nordamericano è tuttora in vigore il principio del libero recesso

(*employment at will*), conformemente al quale, in assenza di pattuizione contraria, un lavoratore assunto a tempo indeterminato può essere licenziato per qualsiasi motivo, giusto od ingiusto, o in assenza di motivo. Tale principio è stato tuttavia messo in crisi a partire dalla prima metà del XX secolo dalla legislazione di sostegno all'attività sindacale di cui al *Railway Labor Act* (45 U.S.C. 151 et seq.) ed al *National Labor Relations Act* (29 U.S.C. 151 et seq.), che contiene norme a tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti discriminatori per motivi sindacali. I contratti collettivi inoltre prevedono clausole che assicurano la stabilità del rapporto, vincolando il recesso del datore al ricorrere di una "giusta causa" (*just cause*). Altre eccezioni normative al principio dell'*employment at will* sono state introdotte dalla legislazione antidiscriminatoria di cui al Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, che proibisce ogni discriminazione «sulla base della razza, del colore della pelle, della religione, del sesso, della nazionalità» (42 U.S.C. 2000e et seq.); su questo modello si è basato il Congresso per approvare la legislazione antidiscriminatoria successiva (*Age Discrimination in Employment Act* del 1967, 29 U.S.C. 621 et seq.; *Pregnancy Discrimination Act*, 42 U.S.C. 2000e (k); *Americans with Disabilities Act*, 42 U.S.C. 12101 et seq.). A partire dagli anni Sessanta e Settanta sono emerse inoltre in sede giurisprudenziale tre deroghe principali al principio dell'*employment at will*. La prima, anche dal punto di vista storico, trova fonte nella *law of torts*, e riconosce il diritto del lavoratore ad agire in giudizio in caso di licenziamento contrario all'ordine pubblico (*public policy exception*). Le altre due deroghe trovano fondamento nella *common law* dei contratti e sanciscono, l'una, l'illegittimità del recesso datoriale in caso di inadempimento di una clausola contrattuale espressa od implicita che assicuri la stabilità del rapporto, comprese le clausole contenute in regolamenti aziendali (*employee handbook*), l'altra, l'illegittimità del recesso contrario al principio di buona fede e correttezza nell'adempimento degli obblighi contrattuali (*implied covenant of good faith and fair dealing*). Queste eccezioni trovano accoglimento, in tutto o in parte e con approcci più o meno restrittivi o espansivi, in tutti gli Stati americani (sulle deroghe al principio della libera recedibilità si veda *ex multis* K.V.W. STONE, *Revisiting the At-Will Employment Doctrine. Imposed Terms, Implied Terms, and the Normative World of the Workplace*, in *ILJ*, 2007, n. 36, 84 ss.). Per quanto concerne la tutela accordata in caso di licenziamento nello Stato di New York, la stessa si configura in termini molto restrittivi rispetto ad altri Stati americani, anche nell'ipotesi di recesso determinato da motivi in contrasto con l'ordine pubblico, tanto che parte della dottrina ha sollecitato interventi normativi (si veda in particolare G. MINDA, K.R. RAAB, *Time For An Unjust Dismissal Statute in New York*, in *Brooklyn Law Review*, 1989, n. 54, 1137 ss.). Tuttavia, non sono assenti eccezioni al principio dell'*employment at will*, quali, ad esempio, quelle contenute nella legislazione in tema di *whistle-blowing* (*NY Labor Law*, §§ 740-741), che offre peraltro rimedi giuridici non trascurabili per il lavoratore (constatato il fine di rappresaglia del recesso, tra i rimedi a disposizione del giudice vi sono l'ordine di cessazione della condotta illegittima, la riassunzione, la reintegrazione nei precedenti benefici economici e nei diritti acquisiti tramite l'anzianità aziendale, il risarcimento per il mancato pagamento delle retribuzioni, nonché il pagamento dei costi sofferti e delle spese processuali: cfr. *NY Labor Law*, § 740 (5)). Il giudice è tenuto pertanto a verificare, tutte le volte in cui la *lex causae* sia quella statunitense, l'applicabilità al caso concreto di una delle eccezioni al principio della libera recedibilità (*in puncto* si tenga presente che l'art. 14, comma 1, l. n. 218/1995, ai sensi del quale «l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice», ha esteso al diritto straniero il principio *iura novit curia*, rendendo possibile il ricorso per cassazione in caso di violazione o errata applicazione dello stesso; cfr. sul tema F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, 220 ss.) e solo ove gli effetti scaturenti da tale applicazione risultino incompatibili con l'ordine pubblico, ad escluderne l'applicazione. Erroneo appare pertanto il principio di diritto enunciato in Cass. 11 novembre 2002 n.

15822, cit., secondo cui «è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico italiano una legge che, in linea generale, non preveda tutela contro il licenziamento ingiustificato». Attenendosi a tale principio infatti, il giudice del rinvio nonché la Cassazione nella sentenza annotata, contrariamente ad una corretta applicazione della clausola di ordine pubblico, che impone di valutare l'intollerabilità dei soli effetti derivanti dall'applicazione della legge straniera, hanno espresso un giudizio di valore sull'intera disciplina in materia di licenziamento (sia essa di fonte legale o giurisprudenziale) in vigore nello Stato di New York (si veda nello stesso senso R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, 826).

A ben vedere poi, dal principio di diritto così definito discende l'applicazione della legge italiana tutte le volte che al recesso datoriale sia applicabile la legge statunitense (sia essa di livello federale o statale), posto che in tutti gli Stati il recesso *ad nutum* è configurato come regola, assistita da un *corpus* di eccezioni, non essendo possibile rinvenire alcuna «legge che, in linea generale, (...) preveda tutela contro il licenziamento ingiustificato». Unicamente nell'ordinamento del Montana (uno dei due soli Stati, oltre all'Arizona, ove è in vigore una legislazione organica in materia di licenziamento illegittimo), il *Wrongful Discharge From Employment Act*, Montana Code Annotated § 39-2-903 (5) (1987) contiene una definizione generale di giusta causa («“Good cause” means reasonable job-related grounds for dismissal based on a failure to satisfactorily perform job duties, disruption of the employer's operation, or other legitimate business reason»).

A ciò si aggiunga che sia il giudice della fase rescindente, sia quello della fase rescisoria, sia la Cassazione nella sentenza in epigrafe hanno ommesso di accertare se al caso di specie fosse applicabile la legge federale o statale, dando per scontato l'operare di quest'ultima.

Tale approccio non fa che riproporre l'uso improprio del ricorso all'eccezione di ordine pubblico già oggetto di critica in dottrina (si veda M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *QDLRI*, 1998, n. 20, 84), al fine di giustificare l'applicazione della normativa lavoristica italiana, perché ritenuta migliore o perché non comportante per il giudice la necessità di compiere un'indagine in merito al diritto straniero. Sul punto giova rammentare che, nel vigore delle norme di cui agli artt. 17-31 delle preleggi c.c. (abrogate ad opera dell'art. 73, l. 31 maggio 1995, n. 218), era dominante l'approccio inaugurato da Cass. 6 settembre 1980 n. 5156 (in *RIDL*, 1982, II, 42 ss., con nota adesiva di F. POCAR, *Protezione del lavoratore e legge applicabile al rapporto di lavoro*; per una sintesi della giurisprudenza conforme a tale orientamento si veda M. MAGNANI, *op. cit.*, 76-78), in base al quale costituisce un limite di ordine pubblico internazionale *ex art. 31, disp. prel. c.c.*, in grado di rendere inoperante la norma dell'art. 25, comma 1, *disp. prel. c.c.*, ritenuta applicabile ai rapporti di lavoro, il principio del *favor laboris*, dovendosi applicare sempre la disciplina più favorevole al lavoratore risultante dal confronto fra la *lex causae* e la *lex fori*. Tale indirizzo si fondava, come messo opportunamente in luce in dottrina, su un equivoco: «quello di considerare l'inderogabilità d'una norma come segno della sua appartenenza all'ordine pubblico» (così G.B. FERRI, *Territorialità del diritto del lavoro e ordine pubblico*, nota a Cass. 6 settembre 1980 n. 5156, in *MGL*, 1981, 23).

Seguendo questo orientamento, la Cassazione ha affermato l'applicabilità della tutela reale *ex art. 18 Stat. lav.*, in quanto norma nazionale più favorevole rispetto alla legge liberiana che, per quanto riguarda il contratto individuale di arruolamento, consente il libero recesso, col solo obbligo del rispetto del preavviso (Cass. 9 marzo 1998 n. 2622, in *OGL*, 1998, 794 ss.). Anche la giurisprudenza di merito si è attestata su tale soluzione (cfr. Pret. Roma ordinanza 11 agosto 1988, in *FI*, 1989, I, 787, che, richiamando l'orientamento tradizionale improntato al *favor laboris*, ritiene il principio della stabilità reale valore

preminente nel nostro ordinamento, da ritenersi parte dell'ordine pubblico internazionale di cui all'art. 31, preleggi c.c.; Pret. Milano 5 gennaio 1995, in *RIDL*, 1996, II, 503 ss., con nota di T. VETTOR, *Rapporto di lavoro all'estero, licenziamento e legge applicabile secondo la Convenzione di Roma*, che in un *obiter dictum* ha ritenuto la tutela reintegratoria ex art. 18 Stat. lav. parte dell'ordine pubblico e pertanto inderogabile ex art. 31 delle preleggi c.c., pur non richiamando il principio del *favor laboris*).

Tale indirizzo, che trova tuttora accoglimento da parte della dottrina minoritaria (si veda U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2000, 176), è stato oggetto di *revirement* in Cass. 11 novembre 2000 n. 14662 (in *GC*, 2001, I, 2719 ss., con nota di A. PARDINI, *Contratto di lavoro tra italiani all'estero: ordine pubblico internazionale e facoltà di scelta della legge regolatrice*), ove la S.C. (in una fattispecie cui non risultava applicabile *ratione temporis* la Convenzione di Roma) ha escluso che le norme interne in materia di trattamento di fine rapporto facciano parte dell'ordine pubblico internazionale, non trovando «conferma neppure nelle varie espressioni normative della cooperazione internazionale, attinenti ai rapporti di lavoro» (cfr. invece la precedente sentenza di segno opposto Cass. 30 novembre 1994 n. 10238, in *LPA* 1995, 570). In tale pronuncia la Cassazione critica l'orientamento precedente in quanto «porta a vanificare la scelta della legge applicabile ad opera dei privati contraenti, ossia ne riduce l'efficacia ai soli casi in cui la legge straniera sia più favorevole al lavoratore di quella italiana». Nella stessa pronuncia la S.C. mette in luce come «parametri di conformità all'ordine pubblico internazionale s[iano] (...) principi corrispondenti ad esigenze comuni ai diversi ordinamenti statali» espressi in convenzioni internazionali o ricavabili dal diritto comunitario, «oppure, come avviene specialmente nel diritto del lavoro, rilevabili nell'ambiente sociale in cui il fatto della vita reale, da disciplinare in sede di diritto internazionale privato, sia più strettamente collegato e, dunque, non soltanto i principi di ordine pubblico espressi dalla *lex fori*».

In applicazione di tale nuovo orientamento, Cass. 11 novembre 2002 n. 15822, cit., ha correttamente statuito come la sanzione della tutela reale di cui all'art. 18 Stat. lav. non rientri tra i principi espressione di ordine pubblico. Nella stessa pronuncia tuttavia, nonché in quella in commento, ripropone l'uso improprio del limite di ordine pubblico laddove ritiene «manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico italiano una legge che, in linea generale, non preveda tutela contro il licenziamento ingiustificato», contrariamente al carattere *successivo e concreto* dell'eccezione.

4. Va infine segnalata una recente pronuncia della S.C., la quale afferma che rientra tra i principi fondamentali, espressione di ordine pubblico, la previsione dell'indennità di preavviso in caso di licenziamento, dal momento che «funzione della regola di garanzia è quella di consentire la ricerca di una nuova occupazione o comunque di fronteggiare la situazione di bisogno derivante dalla cessazione della fonte di reddito» (Cass. 19 luglio 2007 n. 16017, in *MGI*, 2007). Da questa *ratio* discende che si tratta di una disciplina «posta a tutela di un diritto fondamentale del lavoratore, (...) in quanto intimamente connesso con la difesa avverso comportamenti arbitrari del datore di lavoro» (Cass. 19 luglio 2007 n. 16017, cit.).

Nella stessa sentenza, il Supremo Collegio ritiene compresa tra i principi di ordine pubblico la normativa in materia di licenziamenti collettivi, in quanto manifestazione del principio di necessaria giustificazione del licenziamento di cui all'art. 24, § 1, lett. a), della Carta Sociale Europea (riveduta) del 1996. Tale riferimento normativo non appare tuttavia appropriato, in quanto la tutela accordata in caso di licenziamenti collettivi si sostanzia, più che sul controllo causale, in un controllo collettivo basato su procedure partecipative e pertanto sarebbe stato forse più opportuno il richiamo alle norme sopranazionali disciplinanti obblighi di informazione e consultazione dei lavoratori (direttiva n. 98/59/CE; art. 27 della Carta di Nizza, che sancisce il diritto all'informazione e consulta-

zione in tempo utile; art. 29 della Carta Sociale Europea (riveduta) del 1996, che prevede il diritto all'informazione e consultazione dei lavoratori nelle procedure di licenziamento collettivo).

D'altro canto, la pronuncia si segnala per un uso più equilibrato del limite di ordine pubblico. La S.C. ha infatti rilevato come nel caso di specie l'applicazione della disciplina statunitense (su cui si veda M. TIRABOSCHI, *Chiusura di stabilimento e rapporti di lavoro negli Stati Uniti*, in *q. Rivista*, 2002, 103 ss.) non producesse effetti contrastanti con l'ordine pubblico, dal momento che «all'esito del licenziamento (...) si era giunti dopo trattative, mediazioni di organi pubblici e incontri con le organizzazioni sindacali, svoltesi per più anni e dirette a garantire i posti di lavoro, ovvero un esodo graduale e meno traumatico» (Cass. 19 luglio 2007 n. 16017, cit.; per un precedente di merito di segno opposto cfr. Trib. Napoli ordinanza 29 aprile 2003, in *NGL*, 2003, 286 ss., che ha escluso che la disciplina sui licenziamenti collettivi costituisca principio di ordine pubblico internazionale, sulla base del rilievo che molti Stati non prevedono un «controllo preventivo, sindacale e pubblico» su tali recessi e che anche all'interno del nostro ordinamento tale normativa incontri limiti data la restrizione del campo soggettivo di applicazione).

Nelly Vascello

*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia*

3. Mansioni

3.1. Cass. 9 maggio 2007 n. 10547 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 26).

Mansioni - Demansionamento - Adempimento da parte datoriale di tutti gli altri obblighi contrattuali - Sospensione della prestazione lavorativa - Esclusione - Legittimità del licenziamento - Sussistenza.

Il lavoratore che viene assegnato a mansioni inferiori alla qualifica di appartenenza, ove pur sussista una situazione di dequalificazione, non può sospendere, in tutto o in parte, la propria attività lavorativa, se il datore di lavoro assolve a tutti gli altri propri obblighi (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e assicurativa, garanzia del posto di lavoro). Una parte, infatti, può rendersi inadempiente soltanto se è totalmente inadempiente l'altra parte, non quando vi sia contestazione e controversia solo su una delle obbligazioni a carico di una delle parti, obbligazione peraltro non incidente sulle immediate esigenze vitali del lavoratore. È pertanto legittimo il licenziamento intimato al lavoratore, a fronte della suddetta ingiustificata sospensione della prestazione lavorativa.

Il demansionamento del lavoratore ed i suoi effetti sul sinallagma contrattuale

Sommario: **1.** Demansionamento e licenziamento: il caso. – **2.** La discussa operatività dell'art. 1460 c.c. nel contratto di lavoro. – **3.** L'orientamento della giurisprudenza maggioritaria. – **4.** Contemperamento dei reciproci inadempimenti: il ritorno a regole più rigide.

1. La sentenza in epigrafe riprende un orientamento, ancora discusso in giurisprudenza, in tema di sinallagmaticità delle prestazioni e ricorso all'eccezione d'inadempimento, nell'ambito del contratto di lavoro. Alla luce di tale orientamento, infatti, qualora il lavoratore sia destinatario di un illegittimo provvedimento di assegnazione a mansioni inferiori, ma continui a percepire la retribuzione, non potrà avvalersi del principio *ex art.*

1460 c.c., e dunque sospendere la propria prestazione (Cass. 7 febbraio 1998 n. 1307, in *FI*, 2006, 3890, 842).

Al datore di lavoro, infatti, compete *ex art.* 2086 c.c. il potere gerarchico sui dipendenti e la principale obbligazione a suo carico è quella relativa al pagamento della retribuzione. Principale obbligazione a carico del lavoratore, invece, è la resa del proprio lavoro. Pertanto, a fronte di una ritenuta dequalificazione di mansioni, non può questi, in una sorta di autotutela, sospendere ogni resa lavorativa. Il lavoratore non può rendersi totalmente inadempiente, quando il datore assolve tutti gli altri propri obblighi, quali pagamento della retribuzione, copertura previdenziale ed assicurativa, garanzia del posto di lavoro. Il ricorso alla tutela *ex art.* 1460 c.c., risulterebbe proporzionato esclusivamente ad un totale inadempimento di parte datoriale, non quando il suo illegittimo comportamento ricada solo su di un'obbligazione, che, oltretutto, non incide sulle immediate esigenze vitali del lavoratore.

In tale ottica, priva di valore è la personale valutazione fatta da questi della non equivalenza delle mansioni di nuova assegnazione, ai fini dell'esercizio di un potere di autotutela. Essa, infatti, può valere per sospendere una mera prestazione contrattuale, ma non per infrangere il vincolo personale di collaborazione che deriva dal rapporto di lavoro subordinato. Soprattutto quando venga salvaguardato il diritto all'irriducibilità della retribuzione, in virtù delle intrinseche qualità professionali del lavoratore. Ciò implica che, qualora questi ritenga le nuove mansioni dequalificanti, debba continuare a prestare la propria attività fino a definizione del giudizio sulla legittimità delle nuove mansioni, altrimenti accettando il rischio di un licenziamento per giusta causa. Nel caso manchi il totale inadempimento da parte datoriale, un illegittimo uso dello *ius variandi* offre al lavoratore il solo rimedio dell'azione giudiziale per la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza, ma non lo autorizza a rifiutarsi aprioristicamente di eseguire la prestazione lavorativa richiestagli. Il lavoratore è infatti tenuto ad osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartite dall'imprenditore, ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., da applicarsi alla stregua del principio sancito dall'art. 41 Cost. (Cass. 23 dicembre 2003 n. 19689, in *GD*, 2004, n. 9, 46). Nell'alveo di tali norme, del resto, si spiega la tendenza verso la fungibilità e la surrogabilità tra le posizioni professionali, di una medesima area, quali strumenti di flessibilità nella gestione del rapporto di lavoro. Tali mezzi consentono, al datore, di rendere più elastica la struttura organizzativa aziendale ed al lavoratore di arricchire il proprio bagaglio professionale, con l'acquisizione di nuove conoscenze ed esperienze lavorative (A. ACCORNERO, *Era il secolo del Lavoro*, Il Mulino, Bologna, 1997, 110).

2. Il suesposto orientamento, sino ad oggi minoritario, induce tuttavia a riflettere sulla funzione dell'art. 1460 c.c. che, come noto, pone un criterio riequilibratore generale delle posizioni giuridiche soggettive, nei contratti a prestazioni corrispettive. Esso prevede, infatti, che ciascun contraente possa rifiutarsi di adempiere la propria prestazione, se l'altro non adempie, sempre che tale rifiuto sia conforme a buona fede.

Tale principio trova pacifica applicazione quando i comuni contratti di diritto civile subiscano torsioni patologiche. Non è altrettanto ovvia la sua operatività nel contratto di lavoro subordinato, in cui vige un vincolo personale di collaborazione e le contrapposte prestazioni delle parti hanno una natura particolarmente composita.

3. Sul tema, infatti, la giurisprudenza maggioritaria è giunta ad ammetterne l'operatività, anche in fattispecie analoghe a quella in esame, sulla base di argomentazioni non sempre persuasive. In ripetute occasioni, la stessa ha affermato che il provvedimento di assegnazione a mansioni inferiori, così come il trasferimento non adeguatamente giustificato, è affetto da nullità per contrasto a norma imperativa oltre ad integrare di per sé un inadempimento, almeno parziale, del contratto di lavoro. Ciò implicherebbe che la mancata ottemperanza allo stesso provvedimento, da parte del lavoratore, trova giustificazione, sia

quale attuazione di un'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c., sia sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti. Né si può, del resto, ritenere che sussista una presunzione di legittimità dei provvedimenti aziendali che imponga l'ottemperanza agli stessi fino ad un contrario accertamento in giudizio (Cass. 9 marzo 2004 n. 4771, in *MGL*, 2004, 473). *A fortiori* si osserva che il codice contempla la possibilità di rifiuto di un adempimento parziale.

Tale orientamento si pone, inoltre, in un rapporto di continuità con quel filone dottrinale che, dal combinato disposto degli artt. 2103 c.c. e 96 disp. att. c.c. desume la natura contrattuale delle mansioni, rivestendole di una autonoma dignità nell'equilibrio sinallagmatico (A. GARILLI, *Innovazione tecnologica e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore tra tutela individuale e collettiva*, in *QDLRI*, 1987, 63).

Una più recente pronuncia conferma, del resto, che l'ordine impartito al dipendente di svolgere mansioni inferiori si colloca del tutto al di fuori del contenuto contrattuale, con l'ulteriore conseguenza che l'inottemperanza ad esso non può costituire inadempimento. (Cass. 11 luglio 2005 n. 14496, in *GD*, 2005, 36, 75). Ciò in quanto ai sensi dell'art. 2103 c.c. lo *ius variandi* è attribuito all'imprenditore solo nell'ambito delle mansioni equivalenti a quelle già esercitate. Pertanto, poiché le diverse mansioni sono del tutto estranee al sinallagma contrattuale, il rifiuto di svolgerle non è qualificabile in termini di rifiuto di adempimento ed è da considerare legittimo. Né l'equilibrio tra le prestazioni verrebbe garantito dal fatto che il lavoratore continui a percepire la retribuzione, non essendo così lese le sue immediate esigenze vitali. Inoltre utilizzando tale parametro, quale soglia di giustificazione del rifiuto di adempiere, da parte del lavoratore, si rischierebbe di sacrificare forme di tutela immediata, ovvero di autotutela, nei confronti di un potere unilaterale lesivo della dignità del lavoratore. Essa, infatti, nelle more di un giudizio, rischierebbe ulteriore compressione. A conferma di ciò, parte della giurisprudenza ricollega al demansionamento professionale non solo il dovere, per il datore, di corrispondere le retribuzioni dovute, ma anche un obbligo risarcitorio avente ad oggetto sia profili di pregiudizio patrimoniale (impoverimento della capacità professionale, mancato arricchimento di detta capacità, perdita di *chance*), sia profili di pregiudizio non patrimoniale e soggettivo (Cass. 17 febbraio 2004 n. 3802, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2005, n. 2, 273; Cass. 14 novembre 2001 n. 14199, in *RGL*, 2002, II, 233).

Tale orientamento fa particolare riferimento all'immagine professionale, alla dignità personale e alla vita di relazione, per loro natura privi delle caratteristiche della patrimonialità. Un danno composito che evidenzia come l'adempimento della prestazione retributiva non riesca da solo a ripristinare l'equilibrio delle posizioni soggettive. A riguardo, infatti, la garanzia dell'irriducibilità della retribuzione rappresenta un'autonoma voce *ex art.* 2103 c.c., che non ha potere assorbente verso il divieto di demansionamento.

Del resto, pur non negandosi il nesso di sinallagmaticità, sia genetica che funzionale, tra prestazione e retribuzione, la dottrina precisa che una parte della retribuzione non ha natura strettamente di corrispettivo, ma svolge una funzione sociale, anche quando la prestazione non può essere svolta per eventi che incidono sulla persona del lavoratore (L. ZOPPOLI, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991, 350).

Va inoltre segnalato che un residuale orientamento, esasperando tali profili personalistici, qualifica il demansionamento professionale del lavoratore come lesione del diritto fondamentale alla libera esplicitazione della sua personalità sul luogo di lavoro, sancito *ex art.* 2 Cost. Per questa via esso perviene, in modo non del tutto condivisibile, ad identificare il demansionamento con il *mobbing* (Trib. Roma 15 febbraio 2005, in *FI*, 2005, n. 1, 1234; Cass. 27 aprile 2004 n. 7980, in *D&R*, 2004, n. 10, 962, con nota di G. PONZANELLI; Cass. 17 febbraio 2004 n. 3082, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2005, n. 2, 273). Va precisato, tuttavia, che tale fattispecie presuppone, nel datore, un disegno discriminatorio e destabilizzante nei confronti del lavoratore, che si caratterizza come una vera e propria

forma di persecuzione psicologica, di cui il demansionamento rappresenta solo un eventuale elemento sintomatico.

4. Nell'ambito di questa dialettica ancora in atto, pertanto, la pronuncia annotata richiama la necessità di concentrare l'attenzione sul meccanismo della corrispettività delle prestazioni dedotte nel contratto di lavoro, sulla consistenza giuridica di ognuna di esse e sulla rilevanza dei reciproci inadempimenti.

Trattasi di operazione preliminare ad una ponderata valutazione della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, di un licenziamento connesso ad episodi di demansionamento. Ciò al fine di analizzare più realisticamente le relazioni giuridiche aziendali, nella loro essenza profondamente dinamica, e di operare il superamento di una concezione monolitica della professionalità (F. SCARPELLI, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro*, in *q. Rivista*, 1994, 43).

Il ricorso all'eccezione *ex art.* 1460 c.c. non deve pertanto precludersi al lavoratore dequalificato, esso tuttavia non va neppure aprioristicamente legittimato alla luce dell'assoluta nullità, per contrasto a norma imperativa, del provvedimento di mutamento *in pejus* delle mansioni. Ciò in quanto il rapporto di lavoro subordinato è caratterizzato da un complesso regime di corrispettività tra le prestazioni, di non facile bilanciamento. L'esercizio del suddetto diritto di ritenzione impone così un'analisi comparativa della condotta di entrambi i soggetti, per accertare la sussistenza degli inadempimenti reciprocamente addebitatisi ed apprezzarne l'effettiva gravità ed efficienza causale rispetto alla finalità economica complessiva del contratto ed alla conseguente influenza sulla sorte di esso (G. NARDELLI, nota a *Cass.* 17 febbraio 2004 n. 3002, in *GI*, 2005, 712). In tale solco si condivide, pertanto, l'applicazione degli strumenti civilistici *ex artt.* 1455 e 1460 c.c. al contratto di lavoro, senza mai prescindere dal principio di buona fede (*Cass.* 14 gennaio 2003 n. 444, in *RGI*, 2006; *Cass.* 1° marzo 2001 n. 2948, in *FI*, 2001, I, 1869; *Cass.* 23 novembre 1995 n. 12121, in *MGL*, 1995, 725).

Il rifiuto del lavoratore di prestare acquiescenza al provvedimento di mutamento delle mansioni può pertanto considerarsi in buona fede solo se si traduce in un comportamento che, oltre a non contrastare con i principi generali di correttezza e lealtà, risulti ragionevole e logico. Esso deve trovare concreta giustificazione nel raffronto tra prestazioni inese-guite e prestazioni rifiutate, in relazione ai legami di corrispettività e contemporaneità delle medesime.

Attraverso tale esame il giudice del merito valuta il comportamento di entrambe le parti, determinando quale tra esse abbia dato causa, col suo inadempimento, alla mancata prestazione della controparte e se detto inadempimento sia o no di scarsa importanza.

Naturalmente criterio principale, per valutare i rispettivi comportamenti, è quello cronologico, qualora, dal contratto o dagli usi, emerga quale prestazione vada eseguita per prima. In tal modo si tende ad evitare il sovvertimento dell'ordine cronologico delle prestazioni, desumibile dall'intero rapporto.

Successivamente si deve stabilire quale delle parti si sia resa responsabile delle trasgressioni che, per numero o gravità, si rivelino idonee a turbare il sinallagma contrattuale e al contempo verificare l'importanza dell'inadempimento, tenuto conto della sua efficacia causale.

A tal fine bisogna tener conto del valore, determinabile secondo il criterio di proporzionalità, che la parte della prestazione inadempita ha rispetto al tutto. Va valutato inoltre se, per effetto dell'inadempimento, si sia verificata a danno della controparte una sensibile alterazione dell'equilibrio contrattuale, in modo da individuare la parte responsabile dell'esito non regolare del contratto (F. MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, ESI, Napoli, 1988, 22).

Tale paradigma, del resto, è ripreso dall'art. 2106 c.c., in tema di adeguatezza della sanzione disciplinare all'illecito commesso dal lavoratore, in senso accentuativo a tutela del

lavoratore, rispetto alla regola generale dell'art. 1455. Per cui l'irrogazione della massima sanzione disciplinare si giustifica solo in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali.

A tal riguardo l'assenza di documento della sfera patrimoniale del datore, se può concorrere a definire la gravità del comportamento del lavoratore, non esclude del tutto l'irrimediabile lesione del rapporto di fiducia. Tale incrinatura deve valutarsi in concreto, in considerazione della realtà aziendale e delle mansioni svolte (Cass. 14 gennaio 2003 n. 444, in *RGI*, 2006). Inoltre, nel giudicare la lealtà dei rispettivi comportamenti, in tema di demansionamento, l'offerta delle originarie mansioni in luogo di quelle di nuova assegnazione, a differenza di un'assenza ingiustificata e protratta per giorni dal luogo di lavoro, sarà considerata senza dubbio contegno sintomatico di correttezza e buona fede. Lo stesso può dirsi, nel caso di adibizione del lavoratore a diverse mansioni, seppur non strettamente equivalenti a quelle di appartenenza, imposta da improrogabili esigenze aziendali. Nonché quando essa sia rivolta all'acquisizione di una più ampia professionalità, o ancora in nome di una *ratio* conservativa del posto di lavoro, essendo l'unico modo per impedire il licenziamento (Cass. 12 luglio 2002 n. 10187, in *RIDL*, 2003, II, 53).

Nella fattispecie concreta, infatti, la Corte di cassazione ha posto l'accento sull'antisocialità del comportamento del lavoratore che si intasca lo stipendio, ma sospende completamente la prestazione lavorativa, senza valutare l'opportunità di offrire al datore le mansioni precedenti, in un'ottica di dialogo anziché di conflitto.

Nell'ambito del giudizio di contemperamento, poi, occupa un posto importante l'eventuale violazione del livello retributivo raggiunto, affiancata tuttavia da un'analisi delle congiunture aziendali e da un attento confronto delle mansioni con il quadro contrattuale individuale e collettivo. Le stesse vanno poi comparate, sotto il profilo della equivalenza, in relazione alla competenza richiesta e alle qualità proprie del lavoratore, nell'ottica di un costante affidamento e di una progressiva evoluzione delle stesse (Cass. 17 marzo 1999 n. 2428, in *RGI*, 2006).

Alla luce di quanto osservato, la pronuncia in esame manifesta l'intento della Corte di cassazione di promuovere una razionalizzazione dei criteri di valutazione della crisi del rapporto di lavoro, riconducendoli ad un rigore più scientifico. Tale esigenza nasce, probabilmente, a ridosso di una lunga stagione giurisprudenziale troppo suggestionata dalle dottrine esistenzialistiche del danno da demansionamento.

Non si nega che le stesse abbiano dato spazio alle sempre più delicate questioni relative a compromissioni dei diritti dei lavoratori, che non configurano immediato pregiudizio patrimoniale. Tuttavia il problema della estensione smisurata dei confini del danno risarcibile sembra porsi anche laddove si colleghi il danno esistenziale alla lesione di un diritto protetto dalla Costituzione. In tal caso sorgerebbe il rischio di assistere ad operazioni ermeneutiche finalizzate a ravvisare, sempre e comunque, una norma costituzionale a fondamento di un qualsiasi interesse (G. PEDRAZZI, *Lifting the veil: il disvelamento del danno esistenziale*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2003, 55). La pronuncia ha inteso pertanto richiamare l'attenzione dell'interprete su valutazioni, più strettamente tecnico-giuridiche, afferenti la complessa natura del contratto di lavoro subordinato ed il composito equilibrio delle relazioni aziendali.

Ciò, inoltre, sposa l'idea, oggi prevalente, che ogni responsabilità connessa al rapporto di lavoro, stante la sua peculiarità, sia sempre di natura contrattuale, perché è pur sempre connessa ad un eventuale inadempimento del contratto (M. CASOLA, *Mansioni, demansionamenti, trasferimenti e mobbing*, intervento nel corso dell'incontro di studi sul tema *Controversie di lavoro ed onere della prova*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, IX Commissione, Roma, 25-27 giugno 2007; gli atti sono disponibili in www.csm.it).

L'immediato corollario è che, nei momenti di alterazione dell'equilibrio della corrispetti-

vità, debbano utilizzarsi gli strumenti civilistici *ex artt.* 1455 e 1460 c.c., al pieno delle potenzialità che essi offrono.

Maria Giovannone
Scuola internazionale di Alta formazione in Diritto delle relazioni di lavoro
Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

3.2. Trib. Lecce 15 febbraio 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 16).

Mansioni - Demansionamento - Job rotation - Presupposti e limiti.

L'attribuzione temporanea di un tecnico qualificato a mansioni inferiori può essere giustificata dalla finalità di aumentare la manualità dello stesso per prepararlo ad affrontare autonomamente tutti i possibili interventi tecnici. La job rotation, se correttamente applicata, è volta ad aumentare la professionalità del dipendente anche in relazione a mansioni superiori in continua evoluzione coerenti con il profilo professionale del lavoratore, mentre del tutto estranea a tale pratica di organizzazione aziendale è la scelta di applicare un tecnico qualificato a mansioni inferiori e meno qualificate per poi relegarlo definitivamente all'esclusivo svolgimento delle stesse.

Demansionamento e job rotation

Sommario: **1.** Il caso di specie. – **2.** Disciplina legale dello *jus variandi* e tecniche di organizzazione del lavoro. – **3.** Il ruolo della contrattazione collettiva e la c.d. *job rotation*.

1. La pronuncia in esame interviene sulla questione del demansionamento del dipendente, qui affrontato dal punto di vista della tecnica con la quale è stato realizzato.

Nel caso di specie, un tecnico inizialmente addetto ad attività specialistiche di una certa complessità era stato adibito, mediante la c.d. *job rotation*, a mansioni meramente operative, quindi inferiori rispetto a quelle precedentemente ricoperte, nella convinzione, così rappresentata in giudizio dal datore di lavoro, che ciò potesse giovare, arricchendola, alla professionalità del lavoratore stesso.

Il giudice, adito mediante ricorso *ex art.* 700 c.p.c., aveva ordinato al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nelle mansioni precedentemente ricoperte ovvero di adibirlo a mansioni compatibili con la sua qualifica di tecnico specialistico.

L'azienda proponeva reclamo avverso tale ordinanza ed il reclamo veniva rigettato, non già escludendo l'ammissibilità della c.d. *job rotation*, da considerarsi tecnica benefica laddove applicata correttamente, bensì censurandone l'utilizzo distorto ravvisato nel caso di specie.

2. Come noto, nell'ipotesi di mobilità orizzontale, il discrimine tra esercizio lecito ed illecito dello *jus variandi* passa attraverso il giudizio di equivalenza tra l'insieme dei compiti assegnati al lavoratore fino al momento della variazione e quelli nuovi. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass., sez. un., 24 novembre 2006 n. 25033, in *ADL*, 2007, 660 ss.; Cass. 2 maggio 2006 n. 10091, in *MGC*, 2006, fasc. 5), che appare per certi versi legato ad un modello "fordista-taylorista" di organizzazione del lavoro, il giudizio di equivalenza consisterebbe nella valutazione di due criteri: uno oggettivo, ossia che entrambe le mansioni appartengano allo stesso livello di inquadramento previsto dal contratto collettivo applicabile (criterio formalistico), l'altro soggettivo, mediante il quale appurare che le nuove mansioni consentano non soltanto l'utilizzo ma, addirittura,

in certi casi, il potenziamento del patrimonio nozionistico e di esperienza fino a quel momento acquisito dal lavoratore (criterio della posizione sostanziale). In altre parole, secondo questo orientamento, definito “rigido” o “statico”, il baricentro dell’art. 2103 c.c. sarebbe costituito dal concetto di “professionalità acquisita”.

La giurisprudenza fatica a discostarsi da tale visione retrospettiva della vita del lavoratore nonostante il mutamento del substrato produttivo e organizzativo, dovuto al progresso tecnologico, l’abbia posta di fronte a nuovi bisogni interpretativi della norma.

Se la tutela della professionalità “congelata” aveva un senso nell’ambito di un’organizzazione tayloristica del lavoro, caratterizzata da una tendenziale staticità delle mansioni, nell’attuale sistema produttivo un’esperienza professionale omogenea e costante potrebbe risultare controproducente per un lavoratore che intenda tenere il passo delle evoluzioni tecnologiche ed organizzative.

In altri termini, una nozione di equivalenza più elastica – del resto consentita da una norma, quale l’art. 2103 c.c., che si risolve in una sorta di rinvio aperto alla coscienza sociale, riempita di contenuto vuoi dal potere giudiziario, vuoi da quello sindacale, come si vedrà più avanti – contribuirebbe a rendere maggiormente flessibile la pratica della mobilità introaziendale, preservando tra l’altro il lavoratore, in certi casi, dal rischio di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Se la giurisprudenza stenta a rendere maggiormente elastico il concetto di equivalenza, preferendo individuare ipotesi specifiche di eccezione al divieto di patti contrari (sancito dal secondo comma dell’art. 2103 c.c.), ad esempio quando il demansionamento si pone quale unica alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo nell’intento di suggellare la preminenza del valore della conservazione del posto di lavoro su quello della professionalità (giurisprudenza c.d. del “male minore”, inaugurata da Cass. 12 gennaio 1984 n. 266, in *FI*, 1985, I, 234), la dottrina ha invece provveduto, nel corso degli anni, ad elaborare diverse tesi, tendenti ad estendere, a vario titolo, l’ambito delle mansioni equivalenti.

Un primo ed alquanto originale filone dottrinale propone tre diverse ampiezze della nozione di equivalenza a seconda delle modalità in cui lo *jus variandi* viene esercitato: in caso di modifica unilaterale e definitiva delle mansioni si avrà un ambito decisamente ristretto; se la modifica è temporanea l’area sarà più ampia, fino ad essere quasi illimitata (seppur sempre nell’ambito dello stesso livello di inquadramento) in presenza del c.d. patto modificativo, ossia del consenso del lavoratore (F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, F. Angeli, Milano, 1982, 169 ss.).

Altra dottrina pone al centro dell’art. 2103 c.c. la tutela della professionalità “potenziale”, ossia quel bagaglio professionale in divenire in grado di adattarsi alle esigenze strutturali dell’impresa. In quest’ottica assumono particolare importanza le conoscenze culturali del lavoratore, nonché i percorsi di formazione e riqualificazione. In tal modo, la professionalità non è più considerata come un patrimonio immodificabile del lavoratore ed egli non è più soggetto ai rischi che l’obsolescenza dei contenuti professionali tradizionali, dovuta all’innovazione tecnologica, comporta (C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, F. Angeli, Milano, 1996, 130 ss.). Tuttavia, perché questa tesi possa considerarsi in linea con l’art. 2103 c.c., la valorizzazione delle capacità potenziali del lavoratore non deve mai comportare un’alterazione definitiva del corredo genetico minimo essenziale del patrimonio professionale dello stesso.

3. Non meno importante è, del resto, il ruolo che la contrattazione collettiva può rivestire in un’ottica di puntualizzazione del concetto di equivalenza.

Mentre la giurisprudenza considera la qualificazione collettiva come un indice di equivalenza affidabile, ma non vincolante, la dottrina (per tutti, E. GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti all’art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 1984, 392 ss.) auspica un intervento più incisivo di tale fonte regolativa al fine di individuare i fattori di affinità tra

mansioni attinenti a distinte posizioni lavorative.

Già negli anni Novanta, i contratti nazionali di lavoro si proponevano quale fonte privilegiata per la regolazione dell'ampiezza degli spazi di mobilità endoaziendale del lavoratore (vedi, ad esempio, il contratto nazionale dell'industria chimica del 19 marzo 1994, in *LI*, 1994, n. 6, 47), mentre nel pubblico impiego, addirittura, la contrattazione collettiva è competente *ex lege* ad individuare l'ambito dell'equivalenza professionale (cfr. l'art. 52, comma 1, del Testo Unico adottato con d.lgs. n. 165/2001), svincolandola così da valutazioni giurisprudenziali spesso difficili.

Una delle tecniche utilizzate dalla contrattazione collettiva è proprio quella delle c.d. "clausole di fungibilità" (vedi, ad esempio, gli artt. 43 e 46 del Ccnl 26 novembre 1994 per i dipendenti delle Poste Italiane) in base alle quali, a fronte di contingenti esigenze aziendali, il datore di lavoro può adibire il lavoratore a mansioni che la stessa fonte collettiva ha provveduto a collocare all'interno di un'unica categoria contrattuale. In tal modo, il lavoratore inquadrato in quella determinata categoria potrà essere coinvolto in un meccanismo di rotazione su più mansioni (*job rotation*), tecnica, questa, che, se attuata correttamente – mediante un'effettiva alternanza di compiti a diverso contenuto professionale, secondo un ordine ciclico in cui le assegnazioni risultino sufficientemente brevi da poter essere distinte da un'adibizione stabile –, può contribuire ad incrementare la professionalità del dipendente. In tal caso, una breve adibizione a mansioni di contenuto professionale inferiore può risultare compatibile con il disposto dell'art. 2103 c.c., in quanto nuova esperienza professionale che va ad arricchire la professionalità del dipendente. Tuttavia, se l'assegnazione a mansioni inferiori si protrae eccessivamente nel tempo, essa tenderà a sfociare in una fattispecie di dequalificazione, confliggendo con lo stesso art. 2103 c.c. (Cass. 9 aprile 1992 n. 4314, in *RIDL*, 1993, II, 287 ss.).

Recentemente le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che la contrattazione collettiva, nel creare meccanismi di mobilità orizzontale endoaziendale tesi alla valorizzazione della professionalità potenziale del lavoratore, non incorre nella sanzione di nullità comminata dall'art. 2103, comma 2, c.c. (Cass., sez. un., 24 novembre 2006 n. 25033, cit.). Tuttavia, poiché le clausole contrattual-collettive non possono comunque consentire «un'indiscriminata fungibilità di mansioni che esprimano in concreto una diversa professionalità» (così la stessa Cass., sez. un., 24 novembre 2006 n. 25033, cit.), resta essenziale compito del giudice accertare che, nel caso concreto, la rotazione delle mansioni non sia avvenuta con modalità tali da contraddire il fine di accrescimento e valorizzazione della polivalenza professionale del lavoratore, che dovrebbe essere proprio di tali meccanismi di organizzazione del lavoro.

Chiara Ceresa

*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia*

4. Poteri del datore di lavoro

4.1. Cass. 13 aprile 2007 n. 8910 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 26).

Poteri del datore di lavoro - Potere disciplinare - Titolarità - Datore di lavoro - Conversione giudiziale della sanzione disciplinare - Esclusione - Riconduzione giudiziale del provvedimento disciplinare entro i limiti massimi edittali - Sussistenza.

Il potere di infliggere sanzioni disciplinari e di proporzionare la gravità dell'illecito accertato rientra nel potere di organizzazione dell'impresa quale esercizio della libertà di iniziativa

economica di cui all'art. 41 Cost., onde è riservato esclusivamente al titolare di esso. Tale potere non può essere esercitato dal Giudice a seguito dell'opposizione del lavoratore, neppure con riferimento alla riduzione della gravità della sanzione. Fa eccezione solo il caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista, perciò, soltanto in una riconduzione a tale limite.

Titolarità del potere disciplinare e limiti dell'intervento giudiziale nella determinazione della sanzione

Sommario: **1.** Il caso di specie e i precedenti gradi di giudizio. – **2.** Natura e limiti del potere disciplinare. – **3.** Il requisito della proporzionalità nella scelta della sanzione disciplinare. – **4.** Conversione della sanzione e difetto di legittimazione del Giudice. – **5.** Conclusioni.

1. Con la sentenza in epigrafe, la Suprema Corte, seguendo un orientamento già affermato in precedenza (Cass. 16 novembre 2000 n. 14841, in *NGL*, 2001, 189; Cass. 21 maggio 2002 n. 7462, in *AC*, 2003, 320; Cass. 16 agosto 2004 n. 15932, in *MGL*, 2004, 699; Cass. 25 maggio 1995 n. 5753, in *GC*, 1996, 177, con nota di L. NOGLER, *Sulla proporzionalità del licenziamento disciplinare e sulla sua conversione in sanzione conservativa*; Cass. 13 dicembre 1991 n. 13455, in *GC*, 1992, I, 1301), ha sancito il potere esclusivo del datore di lavoro di infliggere sanzioni disciplinari e di proporzionarne la gravità all'illecito accertato.

Il caso nasce dal ricorso presentato da un lavoratore avverso la società presso cui era occupato al fine di chiedere l'annullamento della sanzione disciplinare della sospensione di 10 giorni inflittagli per negligenze nello svolgimento delle mansioni assegnategli. Il pretore, investito della causa, provvedeva a ridurre la sanzione da sospensione a biasimo scritto, rigettando le altre domande dell'attore.

La Corte di Appello, successivamente, aveva confermato la riduzione della sanzione affermando che il potere di modificazione rientrerebbe nelle facoltà del Giudice di merito, poiché l'imprenditore, pur se unico titolare del potere disciplinare, ne aveva espressamente e ritualmente richiesto la modifica.

I giudici della Cassazione, in linea con la posizione espressa dalla Corte di Appello, hanno tuttavia precisato che tale potere sussiste solo ove il datore di lavoro ne abbia fatto espressamente richiesta con domanda riconvenzionale o nell'atto costitutivo, mentre, in caso contrario, il Giudice potrebbe solo modificare il titolo della sanzione ove questa superi i limiti edittali previsti dalla contrattazione collettiva.

2. Il potere disciplinare, ovvero la facoltà riconosciuta al datore di lavoro di sanzionare gli inadempimenti delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro o i comportamenti contrari all'interesse dell'impresa, rappresenta forse l'elemento maggiormente pregnante del suo potere gerarchico. Su tale base, diversi Autori hanno sottolineato come esso determini una posizione di supremazia del datore nel rapporto di lavoro, giustificata dalla necessità di organizzazione e di tutela dei beni aziendali (S. MAINARDI, *Il potere disciplinare*, in *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002, 6; G. D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Giuffrè, Milano, 1958, 83; L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901, 593 ss.).

Nella definizione della natura del potere disciplinare, inoltre, la dottrina si è divisa su due teorie contraddistinte: la prima e maggioritaria, definita contrattualistica, definisce detto potere come uno strumento di tutela degli interessi contrattuali sottesi al rapporto di lavoro; la seconda, detta istituzionalistica, fa discendere il potere disciplinare dalla posizione di supremazia assunta dall'imprenditore nel rapporto di lavoro.

Seguendo la teoria istituzionalistica, quindi, il dovere di disciplina sarebbe riconducibile

direttamente al potere del datore di lavoro di stabilire, nell'interesse dell'impresa, le regole che l'azienda intende seguire e, dunque, di dirigere l'organizzazione del lavoro.

Da un punto di vista economico, invece, la natura contrattualistica o istituzionale del potere disciplinare va ricondotta, rispettivamente, alla nozione di impresa come nesso di contratti o, in alternativa, come luogo dell'autorità. Secondo la prima teoria, l'impresa non si differenzerebbe dal mercato e dal mondo dei contratti ad esso connessi, con sostanziale parità degli attori, mentre in base alla seconda, l'impresa si presenterebbe con una forma organizzativa differente dal mercato e basata sul presupposto dell'autorità, caratterizzandosi per l'esistenza di una forte gerarchia e di una serie di rapporti verticali (L.A. FRANZONI, D. MARCHESI, *Economia e politica economica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2006, 123-127).

Con l'entrata in vigore della l. n. 300/1970, ed in particolare dell'art. 7, si è assistito, tuttavia, ad una attenuazione del potere disciplinare il quale, seppur ancora riconducibile ad una posizione autoritaria dell'imprenditore, risulta oggi assoggettato a forme di esercizio e di controllo a tutela degli interessi del lavoratore (L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori*, Atti del IV Congresso Nazionale dell'Aidlass, Saint Vincent, 3-6 giugno 1971, Giuffrè, Milano, 1972, 271 ss.; L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, in *QL*, 1991, 9).

Pertanto, mentre l'art. 2106 c.c. si limitava soltanto ad attribuire detto potere al datore di lavoro e richiedeva che la sanzione fosse proporzionata alla gravità dei fatti commessi dal lavoratore o al grado di inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro, l'art. 7 della l. n. 300/1970 ha introdotto una procedura rigida che l'imprenditore deve seguire nell'irrogare la sanzione, pena la nullità del procedimento.

La necessaria predisposizione di un Codice disciplinare (che deve contenere le sanzioni stabilite in materia da accordi e contratti di lavoro ove esistenti e deve essere affisso in un luogo accessibile ai lavoratori), l'obbligatoria contestazione dei fatti che si addebitano al lavoratore e la successiva possibilità per quest'ultimo di esser sentito a difesa comprimono il potere disciplinare del datore e consentono di definire il procedimento disciplinare come una sorta di processo privato, riequilibrando così la posizione di supremazia del datore a vantaggio della sostanziale eguaglianza delle parti nel contratto di lavoro. Tuttavia, pur nell'evoluzione sopra esaminata, il potere disciplinare rimane ancorato alla posizione autoritaria dell'imprenditore, che rimane l'unico titolare, ed autonomo dalla fonte contrattuale del rapporto di lavoro. Ciò, come vedremo, presenta delle inevitabili ripercussioni sul tema oggetto del presente lavoro (cfr. G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *DLRI*, 1986, 27).

3. A fronte di tale breve disamina, permane il problema di identificare i confini del potere disciplinare e in particolare l'applicazione del criterio di proporzionalità richiesto dall'art. 2106 c.c., che mira a graduare la sanzione inflitta in relazione alla entità dei fatti addebitati al lavoratore. A tale profilo va ricondotta la problematica esaminata dalla Cassazione nella sentenza in commento.

La sanzione, invero, va proporzionata alla gravità del fatto accertato e contestato al lavoratore ex art. 7 della l. n. 300/1970, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto, soggettive ed oggettive, che hanno caratterizzato la condotta oggetto appunto di contestazione (Cass. 21 aprile 2005 n. 8303; Cass. 28 agosto 2003 n. 12651; Cass. 23 gennaio 2002 n. 736, in *NGL*, 2002, 347; Cass. 26 maggio 2001 n. 7192; Cass. 27 febbraio 1995 n. 2252). Tale valutazione concreta deve sempre intervenire, anche quando il comportamento sia previsto dalla contrattazione collettiva come fattispecie tipica.

Il datore di lavoro, pertanto, dovrà sempre tenere conto dell'intensità dell'elemento intenzionale, del grado della colpa e delle circostanze in cui la mancanza è stata commessa (cfr. Cass. 21 maggio 2002 n. 7462, in *AC*, 2003, 320). Rilevano, a tal fine, anche i fatti

precedenti, sulla base dei quali si potrà effettuare una valutazione complessiva e storica della condotta del lavoratore. In ultimo, al fine della corretta valutazione della proporzionalità della sanzione, dovrà sempre considerarsi la complessiva tipologia di illeciti e sanzioni prevista dalla contrattazione collettiva, tra cui va selezionata la sanzione da comminare al lavoratore.

Un ruolo fondamentale, e del tutto primario, come evidenziato dalla sentenza in esame, è dunque giocato dal contratto collettivo di settore, in cui generalmente vengono individuate le sanzioni applicabili e la loro misura massima. Seppur l'elencazione in essi contenuta non possa definirsi come tassativa, l'accordo di settore rimane pur sempre un parametro di valutazione fondamentale, soprattutto per quanto concerne i limiti edittali in esso contenuti.

4. Alla luce di quanto sopra affermato, si può concludere che il potere disciplinare va riconosciuto esclusivamente al datore di lavoro. Tale conclusione, tuttavia, non è così pacifica, o almeno non lo era sino alla pronuncia in esame, tant'è che sia in dottrina (cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 1998, 296) che in giurisprudenza (Pret. Milano 15 luglio 1991, in *OGL*, 1991, 690; Pret. Bologna 4 luglio 1988, in *DPL*, 1988, n. 41, 2819; Pret. Cassino 23 giugno 1986, in *GComm*, 1986, I, 2959; Pret. Roma 3 agosto 1984, in *RGL*, 1985, II, 350; Pret. Firenze 9 febbraio 1984, in *GI*, 1985, I, n. 2, 577; Pret. Pisa 21 febbraio 1979, in *GI*, 1980, I, n. 2, 1420; Pret. Viareggio 29 giugno 1982, in *GC*, 1983, I, 302) era emerso un orientamento che voleva attribuire al Giudice la facoltà di convertire e modificare le sanzioni disciplinari, sulla scorta della conversione della fattispecie del contratto nullo di cui all'art. 1424 c.c. o della riduzione di penale *ex art.* 1384 c.c., qualora la sanzione adottata fosse risultata eccessivamente gravosa rispetto agli addebiti contestati.

La Suprema Corte, invece, nella sentenza in commento, ha ribaltato tale prospettiva affermando che il potere disciplinare spetti unicamente al datore di lavoro, in funzione della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost. e che gli istituti come la conversione del contratto o la riduzione di penale non possano trovare applicazione nella fattispecie in oggetto.

Quanto alla conversione, va ricordato che l'art. 1424 c.c. afferma che «il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità». *Prima facie* si può notare come la norma si riferisca esclusivamente alla nozione di contratto, mentre la sanzione disciplinare non presenta natura negoziale, ma può essere definita come «pena privata», frutto di un potere potestativo (ovvero il potere disciplinare) riconosciuto al datore di lavoro. In secondo luogo, requisito necessario per l'operatività dell'istituto della conversione è che l'autore avrebbe optato per un contratto diverso, qualora avesse avuto contezza della nullità del primo: anche in questo caso la norma presuppone la manifestazione di una volontà assente nell'autore dell'atto sanzionatorio. La scelta della sanzione, infatti, è espressione della autonomia privata derivante da una valutazione discrezionale effettuata dal datore circa i fatti accertati, che difficilmente risulta compatibile con lo schema logico di cui all'art. 1424 c.c. In altre parole, l'imprenditore opta per l'irrogazione di una sanzione poiché ritiene che solo quella prescelta possa essere adeguata al caso concreto.

Quanto alla comparazione con la penale e all'applicabilità dell'istituto della sua riduzione, il codice civile afferma che «la penale può essere diminuita equamente dal Giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento». Tuttavia, pur nella possibilità astratta di applicare tale norma al caso in esame, va detto che la sanzione non presenta natura risarcitoria, ma mira a ristabilire

un ordine violato da una delle parti, nella fattispecie dal lavoratore. Interpretata in tal senso, la sanzione disciplinare differisce quindi dalla penale e rimane esclusa la possibilità di applicare l'art. 1384 c.c.

Sulla base di quanto affermato, quindi, il Giudice potrebbe anche annullare la sanzione, qualora essa risulti sproporzionata rispetto al fine perseguito, ovvero rispetto ai fatti addebitati al lavoratore, ma, secondo le conclusioni condivisibili della Cassazione, non potrebbe spingersi sino a sostituirsi al titolare del potere disciplinare. Il Giudice, pertanto, dovrebbe solo limitarsi a verificare la sufficiente motivazione e l'osservanza delle norme, di diritto e contrattuali, mentre la graduazione della sanzione deve essere affidata all'apprezzamento del datore di lavoro (Cass. 16 agosto 2004 n. 15932, in *MGL*, 2004, 699).

Pertanto, la sentenza che modifichi la sanzione comminata dal datore risulterebbe emessa in contrasto con il divieto di "ultra petizione" od "extra petizione" sancito dall'art. 112 c.p.c. (Cass. 25 maggio 1995 n. 5753, cit.).

Diverso è invece il caso in cui la sanzione superi i limiti edittali previsti dalla contrattazione collettiva (e trasposti nel codice disciplinare). In tal caso, è auspicabile e legittimo l'intervento del Giudice a correggere l'entità della sanzione adottata, ma solo ed esclusivamente entro tale confine.

Le conclusioni maturate dalla Corte trovano applicazione anche qualora la sanzione venga impugnata innanzi ad un Collegio arbitrale. La Cassazione, in una pronuncia precedente (Cass. 16 novembre 2000 n. 14841, in *NGL*, 2001, 189), ha infatti confermato la sentenza di merito in cui il Giudice aveva dichiarato la nullità del lodo emesso dal Collegio che aveva convertito la sanzione della sospensione comminata al lavoratore in multa. In ultimo, e a conferma della tesi sostenuta, risulta ammissibile l'ipotesi di conversione nel caso in cui il datore, con domanda riconvenzionale o nell'atto costitutivo, espressamente richieda al Giudice di mutare o di ridurre la sanzione inflitta (cfr. Cass. 25 maggio 1995 n. 5753, cit.). In tal caso, infatti, il ruolo del Giudice sarebbe quello della mera trasposizione della volontà del datore nella sentenza finale, senza lesione della titolarità del potere disciplinare che rimarrebbe comunque in capo allo stesso datore di lavoro.

5. Con la posizione assunta dalla Cassazione nella sentenza in esame viene definitivamente chiuso il capitolo sulla legittima titolarità del potere disciplinare e sulla eventuale facoltà del Giudice di sovrapporsi nella graduazione dell'atto sanzionatorio. La Corte, respingendo un orientamento giurisprudenziale precedente, ha infatti sancito il principio in base al quale solo il datore di lavoro può scegliere quale sanzione applicare all'illecito accertato ed in quale misura, mentre al Giudice rimarrebbe il potere di annullare la sanzione qualora essa risulti sproporzionata rispetto ai fatti accertati, o ne risulti viziato il procedimento.

In linea con il principio risulta anche l'apertura della Corte rispetto all'ipotesi in cui sia lo stesso datore a richiedere in giudizio, con domanda riconvenzionale o nell'atto introduttivo, che ne venga modificato il titolo: in tal caso, infatti, non si assisterebbe ad una sostituzione del Giudice in ordine alla titolarità del potere disciplinare, e l'applicazione di una sanzione minore non sottrarrebbe autonomia all'imprenditore.

Permane invece il problema della conseguenza pratica connessa all'ipotesi di annullamento della sanzione.

Ci si chiede, infatti, se il datore di lavoro, sulla base della medesima contestazione già effettuata possa procedere ad irrogare una nuova sanzione al lavoratore e se il Giudice di merito debba, a tal fine, dare delle indicazioni in ordine alla corretta graduazione della stessa.

Quanto al primo punto, sembra opportuno concedere al datore il diritto di infliggere, per il medesimo fatto illecito, altra sanzione ritenuta più conveniente (ad esempio di minore entità) senza che tale potere risulti indirettamente limitato (cfr. Cass. 25 maggio 1995 n.

5753, cit.). Una conclusione in senso diverso finirebbe, infatti, per annullare del tutto l'efficacia del potere disciplinare e spostare l'asse dell'equilibrio contrattuale a tutto vantaggio del lavoratore.

Quanto al secondo punto, invece, è evidente che seppur al Giudice risulti preclusa la conversione della sanzione prescelta dal datore, non sia invece esclusa la facoltà di fornire delle indicazioni in ordine alla corretta graduazione della stessa. A ciò va aggiunto che il problema emerso nella sentenza in esame si riferisce inevitabilmente alle ipotesi in cui la sanzione sia eccessiva rispetto ai fatti accertati, ragione per la quale, a seguito dell'annullamento della stessa, al datore di lavoro non rimarrebbe che irrogare una nuova sanzione di gravità inferiore rispetto alla prima.

Paolo Amato
Studio Legale Monaco e Associati

5. Sciopero

5.1. Cass. pen. 20 settembre 2007 n. 35178 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 32).

Sciopero - Servizi pubblici essenziali - Interruzione di pubblico servizio - Applicabilità art. 340 c.p. - Limiti - Legittimo esercizio del diritto di riunione ed associazione ex artt. 17 e 21 Cost. - Rilevanza.

L'occupazione temporanea di una scuola, sebbene per motivi sindacali, integra gli estremi della fattispecie di cui all'art. 340 c.p. quando le modalità di condotta, volte ad alterare il normale svolgimento del servizio scolastico, esorbitano dal legittimo esercizio dei diritti di cui agli artt. 17 e 21 Cost., ledendo altri interessi costituzionalmente garantiti.

Interruzione di servizio pubblico essenziale e libertà costituzionalmente garantite di riunione e manifestazione del pensiero

Sommario: **1.** Il caso. – **2.** Il reato di interruzione di pubblico servizio. – **3.** L'ambito di applicazione del reato di interruzione di pubblico servizio a fronte della attuale regolazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali.

1. La sentenza della Corte di cassazione in commento torna ad affrontare le tematiche legate all'art. 340 c.p. con riferimento non soltanto all'elemento psicologico e materiale del reato ma in particolare agli interrogativi che tale delitto pone in relazione a quei comportamenti di lavoratori, non necessariamente della pubblica amministrazione, posti in essere al fine di rivendicazioni di carattere sindacale.

Per poter analizzare lo scarno pronunciamento della Corte in materia è necessario muovere dalla ricostruzione della fattispecie concreta verificatasi nonché dagli esiti dei precedenti gradi di giudizio.

Con la sentenza del 21 novembre 2006, la Corte di Appello di Catanzaro confermava il pronunciamento di primo grado con cui il Tribunale di Rossano, in data 3 giugno 2004, aveva condannato due lavoratrici alla pena di un mese di reclusione unificando sotto il vincolo della continuazione i reati di cui agli artt. 110, 340, 633 e 639-bis c.p. La Corte di cassazione con la sentenza della seconda sezione penale del 20 settembre 2007 n. 35178, in commento, ha annullato senza rinvio la sentenza della Corte di Appello in ordine al reato di cui all'art. 633 c.p., perché il fatto non costituisce reato e ha disposto la trasmissione

ne degli atti ad altra sezione della Corte per la determinazione della pena in ordine al reato di cui all'art. 340 c.p.

Nei fatti, due lavoratrici impiegate a tempo parziale in una scuola, in possesso delle chiavi della stessa, in agitazione sindacale, avevano concretizzato la protesta occupando i locali scolastici allo scopo di organizzare uno sciopero finalizzato ad ottenere dalla pubblica amministrazione la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Riguardo alla configurabilità della applicazione del reato di cui all'art. 340 c.p., la Corte di Appello aveva sostenuto la irrilevanza della durata della interruzione e la irrilevanza della entità del turbamento a fronte di una effettiva alterazione del normale svolgimento del servizio per un arco temporale apprezzabile. La Corte di Appello aveva ritenuto inoltre applicabili gli artt. 633 e 639-*bis* c.p. poiché le imputate si erano introdotte arbitrariamente nell'edificio scolastico al fine di occuparlo e tanto doveva ritenersi sufficiente ai fini della configurabilità del reato contestato, non essendo necessaria la sussistenza delle modalità violente.

La Corte di cassazione, con riguardo alla applicazione del reato di cui all'art. 340 c.p., nel confermare la sentenza di secondo grado, ha ritenuto sussistenti gli estremi del reato in quanto ha sostenuto, tra l'altro, che l'esercizio dei diritti, di cui agli artt. 17 e 21 Cost., cessa di essere legittimo quando travalichi nella lesione di altri diritti che sono parimenti costituzionalmente garantiti, come nel caso dell'art. 340 c.p., con modalità di condotta che esorbitano dal fisiologico esercizio di quei diritti. Superati palesemente quei limiti la causa di non punibilità di cui all'art. 51 c.p. non può essere invocata poiché l'occupazione temporanea della scuola per un tempo apprezzabile integra gli estremi della fattispecie contestata. Sempre secondo la Corte di cassazione le imputate avevano cagionato consapevolmente l'evento pur avendo agito per motivi sindacali alterando il normale svolgimento dell'esercizio scolastico. Tale alterazione è stata ritenuta sufficiente ad integrare l'elemento soggettivo del reato.

L'applicazione dell'art. 633 c.p. non è stata invece riconosciuta dalla Corte di cassazione, poiché se è vero che il reato di invasione non si realizza esclusivamente con il requisito della violenza, che può anche mancare essendo sufficiente l'introduzione arbitraria da parte dell'agente privo del diritto di accesso, è anche vero che l'elemento soggettivo della fattispecie di cui all'art. 633 c.p. consiste nella finalità di occupare il bene che viene arbitrariamente invaso. Finalità quest'ultima ritenuta del tutto insussistente nelle imputate che hanno "invaso" al solo fine di interrompere o turbare la regolarità dell'ufficio o di un servizio pubblico. Le due fattispecie hanno obiettività giuridica diversa, solo apparentemente sovrapponibile: l'occupazione arbitraria è solo un elemento accidentale della condotta finalizzata esclusivamente alla interruzione del pubblico servizio.

La difesa delle imputate aveva cercato di argomentare circa la inapplicabilità dell'art. 340 c.p., sia in quanto il personale amministrativo ed il corpo insegnante della scuola erano rimasti nell'edificio scolastico impegnati in altri lavori sia perché il comportamento estrinsecava il libero esercizio del diritto di sciopero. Tali argomentazioni non sono tuttavia state ritenute pertinenti dalla Corte di cassazione la quale ha ritenuto che non potesse ravvisarsi in capo alle occupanti un interesse tale da legittimare l'esercizio del diritto di sciopero e la conseguente lesione di altri diritti costituzionalmente garantiti.

La parte residuale della sentenza è dedicata al riconoscimento della mancata sussistenza del delitto previsto dall'art. 633 c.p. che punisce la condotta di chiunque invade arbitrariamente terreni o edifici altrui pubblici o privati al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto. A questo riguardo la Corte di cassazione si è espressa sulla insussistenza di tale reato, nel caso di specie. A fronte della impostazione che vedeva il delitto di invasione arbitraria come di natura permanente, rendendo così rilevante e dunque punibile la condotta di occupazione anche successiva a quella dell'invasione, si oppone la qualificazione di reato istantaneo ad effetti permanenti, che esclude la rilevanza penale delle condotte

successive all'invasione quali fatti successivi non punibili.

Infatti, il termine "invasione" deve essere distinto da quello di "occupazione": chi invade non necessariamente occupa, condotta eventuale che concretizza il dolo specifico richiesto dalla norma incriminatrice.

Secondo quanto sostenuto da parte della giurisprudenza di legittimità (ad esempio Cass. pen. 22 febbraio 2000 n. 1044), l'equiparazione dell'"ingresso arbitrario" con quello di "permanenza non consentita" sarebbe in contrasto anche con la volontà del legislatore il quale ha voluto tenere distinte le due condotte, e quando ha voluto caratterizzare come fatto penalmente rilevante la permanenza arbitraria all'interno di un luogo, lo ha fatto con una previsione espressa (cfr. art. 614, cpv., c.p.). Diversamente si violerebbe il principio di determinatezza delle fattispecie, ponendosi in contrasto con il principio di stretta legalità cui è assoggettata la interpretazione della legge penale. L'invasione inoltre è da interpretarsi, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, solo come accesso o penetrazione arbitraria nell'edificio o nel terreno altrui ai fini indicati nella medesima norma purché non risolti in una permanenza del tutto momentanea. Nel caso di specie giustamente non è stato riconosciuta la sussistenza dell'elemento soggettivo della fattispecie di cui all'art. 633 c.p., poiché da parte delle imputate è emerso con chiarezza che non vi era la volontà di occupare il bene.

2. Circa la sussistenza del reato di cui all'art. 340 c.p., si può tuttavia ravvisare un atteggiamento poco coerente della Corte di cassazione e poco rispondente ai fatti. Il titolo II del libro II c.p. originariamente conteneva alcune norme come l'art. 330, il quale prevedeva il delitto di abbandono ed ostruzionismo collettivi in pubblici uffici, servizi, impieghi o lavori, oppure come l'art. 333, il quale prevedeva l'abbandono ed ostruzionismo individuale in uffici o servizi pubblici o di pubblica necessità. Successivamente la l. n. 146/1990 e succ. mod., che ha dettato norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati, con l'art. 11, ha abrogato sia l'art. 330 c.p. che l'art. 333 c.p. ed ha predisposto un apparato sanzionatorio che, coerentemente con la suddetta abrogazione, è impostato sulla depenalizzazione e dunque sull'esclusiva rilevanza di carattere amministrativo dei comportamenti dei soggetti interessati.

Nel codice penale troviamo anche l'art. 331, il quale prevede l'interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità cagionata da un imprenditore del servizio pubblico, e l'art. 332, il quale punisce l'omissione di doveri di ufficio in occasione di abbandono di un pubblico ufficio o di interruzione di un pubblico servizio. In questo quadro, l'art. 340 c.p. rappresenta la norma di chiusura del sistema, in quanto prevede l'interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di pubblica necessità commessa anche da privati.

Tutte queste norme, prima ancora della entrata in vigore della l. n. 146/1990 e succ. mod., hanno ingenerato difficili problemi interpretativi in giurisprudenza e ricostruzioni dottrinali non sempre concordi, dovute alle difficoltà di interpretare le norme del codice richiamate, in relazione allo sciopero che nel nostro ordinamento giuridico assurge al rango di diritto costituzionale; lo troviamo infatti richiamato all'art. 40 Cost. Ulteriori problemi interpretativi sono sorti in seguito a pronunce della Corte Costituzionale, quali la sentenza del 15 luglio 1976 n. 222, con cui la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 340 c.p., con riferimento agli artt. 3, 39, 40 Cost. (E. SINISCALCHI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e prestazioni indispensabili a tutela dell'utente. Il difficile equilibrio nella giurisprudenza*, in *ADL*, 1996, n. 3).

La fattispecie criminosa descritta dall'art. 340 c.p., prevede il delitto di interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità, ravvisandone gli estremi in chiunque, fuori dei casi preveduti da particolari disposizioni di legge, cagiona una interruzione o turba la regolarità di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità.

Come appare evidente, *ratio* dell'incriminazione è l'interesse dello Stato alla continuità, regolarità e normalità del funzionamento degli uffici o servizi di pubblico interesse, considerata la rilevanza di questi ultimi ai fini del soddisfacimento delle necessità della popolazione.

Inoltre l'art. 340 c.p., nella parte iniziale, «fuori dei casi preveduti da particolari disposizioni di legge», trova applicazione solo nel caso in cui il fatto non sia espressamente previsto da specifiche disposizioni legislative. È una norma quindi di carattere sussidiario.

Soggetto attivo del delitto può essere "chiunque": perciò anche i pubblici ufficiali, gli incaricati di pubblico servizio e gli esercenti un servizio di pubblica necessità, quando non sussistono i requisiti oggettivi e soggettivi dei reati propri (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto Penale, parte speciale, II*, Giuffrè, Milano, 1997).

La consumazione di questo delitto può comportare il mal funzionamento di uffici e servizi la cui continuità è parte integrante dell'attività pubblica ledendo o mettendo a rischio gli stessi diritti e interessi fondamentali dell'individuo, anch'essi garantiti dalla Costituzione.

Per la dottrina dominante, l'oggetto della tutela penale è costituito quindi dall'interesse alla continuità e regolarità dell'esercizio dei pubblici servizi e dei servizi di pubblica necessità. Oggetto specifico della tutela penale è infatti l'interesse concernente il normale funzionamento della pubblica amministrazione (*ex art. 97 Cost.*), contro i disservizi che possono essere causati dall'interruzione o dal turbamento dei servizi pubblici o di pubblica necessità. Interesse che è l'interesse tutelato dai reati previsti dal capo II, libro II c.p. (vedi tra gli altri F. LANZARA, *Interruzione di un ufficio o servizio pubblico e di un servizio di pubblica necessità*, in *Riv. Pen.*, 1973, I, 41; F. ANTOLISEI, *op. cit.*), inteso come capacità di perseguire i fini che ad essa vengono assegnati dalla legge.

Non va dimenticato che, per quanto di natura privata, svolto da soggetti privati, svincolato da ogni collegamento soggettivo con la pubblica amministrazione, il servizio di pubblica necessità è oggettivamente caratterizzato da un bisogno e da un interesse pubblico e come tale sottoposto a controllo da parte dello Stato. Ne segue che lede il principio del buon andamento della pubblica amministrazione non solo l'inefficienza dei pubblici servizi, ma anche quella dei servizi di pubblica necessità, dato che essa si riflette sull'efficienza del controllo da parte della pubblica amministrazione e sul non soddisfacimento del bisogno dell'interesse pubblico (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Utet, Torino, 1984).

La Corte Costituzionale del resto, nella sentenza del 12 marzo 1962 n. 44, ha ribadito che il contenuto dell'art. 97 Cost. non costituisce un'affermazione astratta di programma, ma, al contrario, un obbligo per il legislatore e per la pubblica amministrazione di perseguire il fine del buon andamento.

La norma contenuta nell'art. 340 c.p. ha, come detto, carattere sussidiario. Per individuare i limiti del carattere di sussidiarietà di questo delitto occorre tenere presente, innanzi tutto, che la sussidiarietà va intesa ed è limitata a quelle norme che prevedono un reato avente o lo stesso oggetto giuridico o alcuni elementi in comune. In secondo luogo occorre considerare che nell'art. 340 c.p. si adopera un'espressione diversa in parte da quella normalmente usata per indicare la sussidiarietà del reato, e, cioè, non si dice: «ove il fatto non sia previsto da altre norme» bensì: «fuori dei casi preveduti da particolari disposizioni di legge». Per la non applicabilità di questo reato non basta dunque che il fatto concreto ricada sotto una qualsiasi altra norma, ma è necessario che si tratti di una norma che preveda in modo implicito o esplicito l'interruzione o il turbamento dell'ufficio o del servizio (vedi sul carattere di sussidiarietà della norma, tra le altre, Cass. pen. 25 febbraio 1967, in *Riv. Pen.*, 1974, 389, e circa l'applicabilità, tra le altre, Cass. pen. 22 giugno 1973, in *GP*, 1974, II, 224).

Se non sorgono dubbi in giurisprudenza e dottrina sul carattere sussidiario dell'incrimi-

nazione in esame, né controversie sul suo oggetto giuridico, divergenti opinioni sussistono a proposito della determinazione dell'elemento materiale del reato.

La condotta, infatti, è individuata in termini generici ed è costituita da qualsiasi azione od omissione volta a cagionare l'interruzione o il turbamento del regolare svolgersi di un ufficio o servizio pubblico. Perché si realizzi il delitto di cui all'art. 340 c.p., è necessario che la condotta dell'individuo produca con nesso causale o un arresto della continuità dell'ufficio o servizio oppure un'alterazione del suo funzionamento in senso peggiorativo, in modo tale che l'ufficio o il servizio forniscano prestazioni di livello inferiore (cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Zanichelli, Bologna, 1996).

Si tratta allora di stabilire, caso per caso, quando una condotta possa ritenersi idonea o meno al conseguimento dell'evento dannoso caratterizzato dall'interruzione, intesa come cessazione, sebbene momentanea, del funzionamento dell'ufficio o dal turbamento, costituito da ogni disfunzione che ne modifichi il buon andamento. Perché la condotta sia punibile occorre allora che si estrinsechi in comportamenti atti a far cessare la continuità di un ufficio o di un servizio di pubblica necessità; volti cioè ad impedirne il funzionamento. La mancata continuità costituisce evento del reato. L'interruzione può estrinsecarsi poi in una condotta commissiva quanto omissiva. Ma la condotta omissiva può essere posta in essere solo da soggetti addetti all'ufficio o servizio, mentre i terzi possono cagionare l'interruzione, in modo penalmente rilevante, unicamente mediante una condotta commissiva, che può concretizzarsi anche in comportamenti violenti sulle cose materialmente necessarie per l'espletamento del servizio stesso.

Dopo questa breve ricostruzione dei tratti salienti del delitto di cui all'art. 340 c.p., non può essere sottaciuto che a fondamento del nostro sistema penale si pone una concezione dell'illecito che contrappone una antigiuridicità formale, risultante dal rapporto tra il fatto concreto e lo schema normativo astratto, ad una antigiuridicità materiale, secondo cui si rende necessario che il fatto conforme al tipo descrittivo sia altresì idoneo a ledere l'interesse a tutela del quale è stata posta la norma incriminatrice (c.d. principio di offensività o di necessaria lesività, vedi F. ANTOLISEI, *op. cit.*; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*).

Nel nostro caso non pare che il requisito della antigiuridicità materiale sussista date le circostanze di fatto sopra descritte. Non pare, contrariamente a quanto stabilito nella sentenza della Cassazione, che vi sia corrispondenza con la antigiuridicità formale.

3. Circa i rapporti tra il delitto di cui all'art. 340 c.p. e il diritto di sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali va detto che l'art. 40 Cost. attribuisce in capo ai lavoratori il diritto di sciopero che si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano (vedi G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006). Tale diritto consente al lavoratore di realizzare un proprio interesse. I limiti vanno desunti dal bilanciamento con altri diritti di pari rango costituzionale. La violazione di questi limiti per fini di natura economico-sindacale non comporta, dopo l'entrata in vigore della l. n. 146/1990 e succ. mod., la applicabilità di sanzioni di natura penale. Appare evidente come il legislatore abbia optato per il rifiuto della pena in funzione di controllo dei conflitti di lavoro quale conseguenza della abrogazione da parte della l. n. 146/1990 e succ. mod. degli artt. 330 e 333 c.p. Questi delitti erano rimasti in vigore entro i limiti in cui era intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza 17 marzo 1969 n. 31, che aveva dichiarato l'art. 330 c.p. costituzionalmente illegittimo limitatamente alla applicabilità dello sciopero economico che non compromette funzioni o servizi pubblici essenziali aventi carattere di preminente interesse generale sempre ai sensi della Costituzione.

Dopo la loro abrogazione non pare possibile che per fini sindacali si possa ancora far leva sulla fattispecie di cui all'art. 340 c.p.

L'apparato sanzionatorio di cui alla l. n. 146/1990 e succ. mod., ed in particolare l'art. 4

comma 1, il quale prevede che i lavoratori che si astengono dalle prestazioni lavorative in violazione delle disposizioni di cui alla legge sono soggetti a sanzioni disciplinari ad opera del datore di lavoro proporzionate alla gravità dell'infrazione con esclusione delle misure estintive, sta a rappresentare questa evoluzione normativa in materia (vedi, recentemente, A. VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2007; vedi anche gli interventi di recensione al volume citato in *q. Fascicolo* nella sezione *A proposito di un recente libro di Antonio Vallebona*). Il sistema sanzionatorio di tipo disciplinare appare dunque consequenziale alla scelta del legislatore di rinunciare a modelli repressivi a beneficio di un apparato nel complesso più efficace ed immediato (vedi P. PASCUCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli Torino, 2002). La stessa Corte di cassazione (vedi ad esempio Cass. pen. 20 febbraio 2003 n. 17906, in *MGL*, 2004, 196), afferma chiaramente la inapplicabilità dell'art. 340 c.p. tutte le volte che la condotta del soggetto qualificato pubblico ufficiale o incaricato di pubblici servizi si inserisca in un contesto di conflittualità sindacale. La Suprema Corte conferma, invece, l'applicazione dell'art. 340 c.p. nel caso di comportamenti individuali conflittuali, ad esempio impiegati della pubblica amministrazione o di enti locali che da soli cagionino l'interruzione del pubblico servizio ma, nel complesso, tende a non riconoscere delle condotte qualificabili come esercizio illegittimo del diritto di sciopero alla stregua di un reato, conformemente alla depenalizzazione voluta dal legislatore del 1990. L'abrogazione delle disposizioni sopra citate è derivata dall'intento di dare una nuova regolamentazione allo sciopero nel pubblico servizio. Lo stesso art. 9 della l. 24 novembre 1981, n. 689, sebbene operi tra disposizioni riguardanti reato ed illecito amministrativo, impone la sola applicazione della sanzione amministrativa.

Si può sostenere che esista ancora un ristretto ambito in cui ancora sia applicabile la norma penale. Esso è tuttavia circoscritto a situazioni di eccezionalità punite non con l'applicazione dell'art. 340 c.p., bensì con specifiche ed autonome disposizioni sanzionatorie penali. Per fare qualche esempio, il combinato disposto degli artt. 49 e 129 del d.P.R. n. 185/1964 punisce con l'arresto fino ad un anno l'abbandono del posto di lavoro senza preavviso negli impianti nucleari, mentre l'art. 72 della l. n. 121/1981 (di riforma dell'ordinamento di polizia) punisce l'appartenente alla Polizia di Stato che, nel corso di operazioni di polizia o durante l'impiego in reparti organici, abbandona il posto di servizio (vedi in tal senso Trib. Trento 28 dicembre 2006 n. 1055).

Si è inoltre sostenuta l'applicabilità dell'art. 340 c.p., solamente se l'astensione dal lavoro è affiancata da una attività ulteriore non giustificata dalla necessità di esercizio dello sciopero e consistente sostanzialmente in fatti di violenza, che nel caso in esame non si sono verificati.

Né convince il riferimento della sentenza della Corte di cassazione agli artt. 7 (libertà di riunione) e 21 (libertà di manifestare il pensiero) della Carta costituzionale riferiti alla fattispecie concreta. Le due lavoratrici nei fatti hanno posto in essere una azione concertata per finalità di evidente natura contrattuale-sindacale. Poco rileva che fossero solo due persone svincolate da una organizzazione sindacale strutturata poiché sebbene l'impianto complessivo della normativa in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali e l'apparato sanzionatorio in particolare sia pensato in una logica di canalizzazione collettiva e organizzata del conflitto, dovuta alle numerose formalità cui è assoggettata la proclamazione di sciopero, ciò prescinde dal riconoscimento di una titolarità collettiva dello stesso diritto di sciopero sulla quale la l. n. 146/1990 e succ. mod. non si esprime. Anzi, proprio laddove cita i soggetti (art. 2, comma 1, e art. 8, l. n. 146/1990 e succ. mod.) o le parti (art. 2, comma 2, e art. 13, comma 1, lett. i)) che promuovono lo sciopero riconosce la legittimazione del singolo alla titolarità del diritto. Ciò ad ulteriore conferma che l'art. 40 Cost. riconosce, a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, la titolarità individuale del diritto di sciopero (vedi recentemente i contributi di A. ZOPPOLI e M. TIRABO-

SCHI pubblicati in *q. Fascicolo*, sezione *Interventi*; e tra gli altri A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene Napoli, 2006; M.G. GAROFALO, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in *DLRI*, 1988, 573).

Maria Rita Iorio

Ricercatore Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi

5.2. App. Milano 29 ottobre 2007 n. 977 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 11).

Sciopero - Violazione delle modalità di esercizio stabilite dalla contrattazione collettiva per l'esercizio del diritto di assemblea - Grave disservizio come conseguenza dell'inadempimento - Sindacato della Commissione di garanzia - Sussistenza - Applicabilità dell'art. 4, l. n. 146/1999 - Sussistenza.

Ai fini dell'applicazione della l. n. 146/1990 e succ. mod., la violazione delle modalità di esercizio del diritto di assemblea stabilite in sede di contrattazione collettiva rileva solo laddove l'inadempimento abbia provocato, o rischi di provocare, un danno o un disservizio di entità tale da compromettere seriamente i diritti dell'utenza. Conseguentemente, solo in tali termini possono essere ammessi il sindacato della Commissione di garanzia e la eventuale comminazione delle sanzioni ex art. 4, l. n. 146/1990; in tal caso, l'intersezione tra assemblea e sciopero è tale da determinare il venir meno della qualità intrinseca della assemblea come astensione retribuita dalla prestazione lavorativa e la conseguente possibilità di ricondurre il diritto di assemblea ad una astensione mera, finalizzata ad assicurare i medesimi effetti di uno sciopero con elusione, tuttavia, dei vincoli imposti dalla richiamata l. n. 146/1990.

Diritto di assemblea e sciopero nei servizi pubblici essenziali

Sommario: 1. Il caso. – 2. Diritto di assemblea e diritto di sciopero. – 3. Applicabilità della l. n. 146/1990 al diritto di assemblea.

1. Una recente sentenza della Corte di appello di Milano (App. Milano 29 ottobre 2007 n. 977) torna ad affrontare il tema del diritto di assemblea, ex art. 20 Stat. lav., e sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Nella specie la Commissione di garanzia della attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, con delibera 11 novembre 2004, n. 04/611, aveva valutato negativamente ai sensi dell'art. 13, lett. i), della l. n. 146/1990 e succ. mod. il comportamento della Rsu Cgil Fp dell'Istituto ortopedico Galeazzi di Milano che opera nell'ambito del settore della sanità.

Più in particolare, la sanzione originava dall'indizione di una assemblea straordinaria del personale dell'Istituto in violazione della disciplina collettiva vigente nel settore, che prevede una specifica collocazione temporale per le assemblee, oltre che degli obblighi procedurali e di garanzia delle prestazioni indispensabili di cui alla l. n. 146/1990 e succ. mod. (mancato svolgimento delle procedure di raffreddamento e conciliazione, violazione del preavviso, mancata garanzia delle prestazioni indispensabili).

La Corte di appello di Milano ha, però, disatteso, coerentemente con quanto già stabilito in primo grado, la valutazione negativa della Commissione di garanzia. In particolare, il giudice ha ritenuto che quelle assemblee non potessero essere considerate alla stregua di veri e propri scioperi, attuati in violazione della l. n. 146/1990, non comportando il diritto di assemblea «un'alterazione del rapporto di lavoro – essendo prevista la retribuzione per il tempo di mancata prestazione coincidente con l'assemblea –, laddove il diritto di scio-

pero opera nell'ambito di conflittualità tra le parti che altera il normale adempimento delle reciproche prestazioni».

Ad avviso della Corte, la violazione delle modalità di esercizio del diritto di assemblea stabilite in sede di contrattazione collettiva rileverebbe infatti solo «laddove tale inadempimento abbia provocato, o rischi di provocare, un danno o un disservizio di entità tale da compromettere seriamente i diritti dell'utenza».

La soluzione adottata dalla Commissione si fondava invece sul ragionamento secondo cui la l. n. 146/1990 e succ. mod. potrebbe regolare non soltanto l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici, ma anche altre forme di astensione collettiva quando queste potrebbero produrre conseguenze assimilabili a quelle dello sciopero, coinvolgendo interessi primari e diritti della persona, tutelati costituzionalmente.

2. Appare opportuno a questo punto ricordare che l'assemblea retribuita durante l'orario di lavoro di cui all'art. 20 della l. n. 300/1970 e lo sciopero costituiscono due diritti che si differenziano, in particolare, anzitutto con riguardo al fatto che solo il secondo è riconosciuto dalla Costituzione, ma anche con riferimento all'obbligo retributivo, perché, per la prima, la legge prevede il diritto del lavoratore alla normale retribuzione, mentre in caso di sciopero l'astensione dal lavoro ha come conseguenza la sospensione dell'obbligazione retributiva. Essi hanno, invece, in comune il mancato svolgimento dell'attività lavorativa e la conseguente interruzione del servizio dell'azienda interessata, con ripercussioni più o meno pregiudizievoli per gli utenti (per un inquadramento degli istituti vedi G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001; sull'assemblea cfr. R. PESSI, *L'assemblea nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1976).

È noto che l'art. 20 della l. n. 300/1970 stabilisce il diritto di riunione dei lavoratori nella misura di dieci ore annue durante l'orario di lavoro con diritto alla «normale retribuzione», salvo migliori condizioni previste dalla contrattazione collettiva (cfr. tra le altre Pret. Paola 10 febbraio 1993, in *DPL*, 1993, 2292; Pret. Palermo 10 novembre 1988, in *L80*, 1989, 102, secondo le quali il diritto all'assemblea previsto dalla legge, in quanto incondizionato, prevale anche sulle eventuali diverse regolamentazioni stabilite dai contratti collettivi, che sono valide soltanto nei limiti in cui ne disciplinano le modalità di esercizio. Nel senso di considerare il diritto di assemblea come diritto pieno e incondizionato, prevalente sull'interesse del datore alla produzione, vedi anche Cass. 12 agosto 1996 n. 7471; Cass. 12 giugno 1987 n. 475; Cass. 3 gennaio 1986 n. 31, in *GC*, 1986, I, 1718, con nota di P. GHINOY, *Sui limiti del diritto di assemblea nei servizi pubblici*).

Il collegamento tra diritto di assemblea e diritto di sciopero è stato più volte oggetto di attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Ciò è avvenuto, ad esempio: nel caso della possibilità, o meno, di riunirsi in assemblea nel corso di uno sciopero; nel caso della c.d. "assemblea permanente" come modalità illecita di sciopero, configurante la fattispecie dell'occupazione d'azienda (caso ripetutamente affrontato anche dalla Commissione di garanzia della attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, con delibere 9 maggio 1994, n. 9/24; 27 ottobre 1994, n. 13/12; 29 novembre 2001, n. 01/147); nel caso di assemblee per gruppi opportunamente congegnate in modo da ottenere gli effetti di uno sciopero a scacchiera (cfr. C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, 262. Nella giurisprudenza, vedi Pret. Brescia 16 settembre 1971, in *RGL*, 1972, II, 246); nel caso, infine, dell'assemblea effettuata durante l'orario di lavoro eccedendo i limiti statutari o contrattuali.

3. Particolarmente rilevante, anche sul piano degli effetti pratici, è la questione dell'applicabilità al diritto di assemblea della disciplina dettata dalla l. n. 146/1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, laddove il diritto di sciopero deve essere necessariamente temperato con i diritti della persona costituzionalmente tutelati, ed in cui la compressione del primo è funzionale alla garanzia dei secondi (sui rapporti tra diritto di assem-

blea e diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali vedi M.R. IORIO, *Il confine tra diritto di sciopero e diritto di assemblea*, in *C&CC*, 2004, V, 78, e anche M.R. IORIO, *Diritto di sciopero e assemblea: una interessante pronuncia della Corte d'Appello di Napoli*, in *q. Rivista*, 2005, n. 1, 215; A. RAFFI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di Garanzia*, Giuffrè, Milano, 2001, 145-154; M.P. MONACO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: alcuni spunti di riflessione*, in *RGL*, 2002, III, 531; M.N. BETTINI, *La legge 12 giugno 1990, n. 146 nell'opinione degli interpreti: lo stato dell'arte*, in *RGL*, 1991, I, 480. In generale, sulla l. n. 146/1990, vedi T. TREU, A. GARILLI, M. ROCCELLA, P. PASCUCCI, *Sciopero e servizi essenziali – Commentario sistematico alla legge 12 giugno 1990 n. 146*, Cedam, Padova, 1991, 5; G. SANTORO PASSARELLI, *Art. 2*, in M. RUSCIANO, G. SANTORO PASSARELLI, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Giuffrè, Milano, 1991, 19 ss.; F. SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 1997; G. PINO, *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2005. Sui problemi applicativi della legge cfr. M. MAGNANI, *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dei fatti*, in *RIDL*, 2005, I, 69; nonché P. FERRARI, *Conflitto collettivo e servizi essenziali*, in *ADL*, 2006, I. Da ultimo, vedi A. VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2007).

Sul punto, una parte della giurisprudenza ha negato, in linea con la sentenza in commento, che la disciplina della l. n. 146/1990 fosse applicabile anche al diritto di assemblea, escludendo l'equiparazione dell'assemblea allo sciopero (App. Napoli 20 maggio 2004, in *q. Rivista*, 2005, n. 1, 215, con nota di M.R. IORIO, *Diritto di sciopero e assemblea: una interessante pronuncia della Corte d'Appello di Napoli*, cit.; Cass. 5 luglio 1997 n. 6080, in *RIDL*, 1998, II, 64).

Tale interpretazione però non tiene conto, ad avviso di chi scrive, dell'ambito di applicazione della l. n. 146/1990 e succ. mod., che andrebbe delimitato con riferimento a tutte le astensioni dal lavoro aventi carattere in senso lato conflittuale, attesa la loro idoneità ad incidere sulla regolare erogazione del servizio (così anche A. BOLLANI, *Anche il diritto di assemblea è soggetto ai limiti posti dalla l. n. 146 del 1990*, in *RIDL*, 2004, II, 272).

Interpretazione suffragata anche da parte di quella giurisprudenza che ha affermato la diretta applicabilità della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali al diritto di assemblea, affermando che «le disposizioni della l. n. 146 del 1990, in tema di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (nella specie, servizio di pulizia delle carrozze ferroviarie), trovano applicazione non solo nel caso di sciopero, ma anche con riferimento ad altri tipi di sospensione dell'attività lavorativa, attuati in circostanze sindacalmente significative, che presentino caratteristiche oggettive simili allo sciopero, come un'assemblea in orario di lavoro comportante un'interruzione del servizio» (così App. Milano 18 novembre 2003, in *RIDL*, 2004, II, 272; nello stesso senso Trib. Milano 17 aprile 2002, in *RIDL*, 2003, II, 8).

Per cui, «quando un'assemblea per le modalità di svolgimento si concreta in una astensione dal lavoro con interruzione del servizio pubblico essenziale di trasporto, essa è soggetta al rispetto delle stesse misure previste dalla l. n. 146/90 per il diritto di sciopero, nella specie, il codificato congruo preavviso; in mancanza, sono legittime le sanzioni erogate dal datore di lavoro, sia di carattere sindacale che di carattere disciplinare ai sensi dell'art. 4 l. n. 146/90, risolvendosi l'assemblea in un'criptosciopero» (Trib. Napoli 26 luglio 2001, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2001, II, 245; Pret. Roma 7 aprile 1997, in *DL*, 1998, II, 411).

Non può non rilevarsi, ancora, che già prima della l. n. 146/1990 la Corte Costituzionale aveva posto in rilievo, nel pronunciarsi sui limiti della libertà di sciopero, come anche il relativo diritto, pur se costituzionalmente tutelato, deve essere esercitato in modo da non ledere altre libertà costituzionalmente protette e non rischiare di compromettere funzioni o servizi pubblici ritenuti indispensabili ed essenziali per il loro carattere di preminente

interesse generale ai sensi della Costituzione (cfr. C. Cost. 3 agosto 1976 n. 222; C. Cost. 17 marzo 1969 n. 31).

E dunque analoghi limiti, anche in assenza di un'espressa disciplina legislativa, come autorevolmente affermato dalla Corte di cassazione, «stante l'analogia necessità di adattamento ad esigenze pubbliche di primaria importanza – costituzionalmente protette – (...) devono essere riconosciuti con riguardo al diritto di assemblea di cui si discute, che, introdotto da norma di legge ordinaria (il citato art. 20, l. n. 300/1970), non trova – diversamente dal diritto di sciopero – diretta tutela nelle norme, di valore primario, contenute nella Costituzione» (Cass. 15 giugno 1994 n. 5799, in *DL*, 1994, II, 311, con nota di I. INGLESE).

Questo secondo orientamento della giurisprudenza è stato seguito anche dalla Commissione di garanzia della attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Ed infatti la Commissione ha, più volte, sostenuto la diretta applicabilità della l. n. 146/1990 al diritto di assemblea (cfr. delibere 16 ottobre 1991, n. 2; 16 settembre 1993, n. 13/5; 17 marzo 1994, n. 12/3; 2 giugno 1994, n. 9/4 e n. 9/8; 6 ottobre 1994, n. 14/1; 29 febbraio 1996, n. 8/16; 4 luglio 1996, n. 8/35; 19 luglio 1996, n. 8/16 e n. 8/23; 5 novembre 1998, n. 98/757; 8 aprile 1999, n. 99/222; 22 luglio 1999, n. 99/469; 7 settembre 2000, n. 00/205; verbale 20 febbraio 2003, n. 491; 15 maggio 2003 n. 03/84; 22 maggio 2003, n. 503), anche ad esempio nella Regolamentazione provvisoria del settore del trasporto pubblico locale che prevede esplicitamente che, in caso di assemblea, debbano essere garantite le prestazioni indispensabili (cfr. art. 14 della regolamentazione, delibera n. 02/13).

Più di recente, però, la Commissione, con la delibera di indirizzo generale del 1° aprile 2004, n. 04/212, ha parzialmente modificato il suo precedente orientamento, affermando il principio secondo il quale «l'assemblea in orario di lavoro, pur se incidente su servizi pubblici essenziali, non è assoggettata alla disciplina di cui alla legge 146/90 e successive modifiche, laddove sia convocata e si svolga secondo quanto previsto dall'art. 20 della legge 300/1970 detta anche Statuto dei Lavoratori e della contrattazione collettiva, a condizione che la disciplina contrattuale garantisca l'erogazione dei servizi minimi», con la conseguenza che «ogni assemblea che – pur convocata ai sensi dell'art. 20 della legge 300/1970 – si svolga con modalità differenti rispetto a quelle previste dalla contrattazione collettiva, ivi compresa la mancata assicurazione dei servizi minimi, sarà considerata astensione dal lavoro soggetta alla disciplina della legge 146/1990 e successive modifiche, laddove incidente su servizi pubblici essenziali». In altre parole, la Commissione ha stabilito che, laddove l'assemblea non consenta l'erogazione del servizio e crei danni al cittadino utente, essa debba essere assimilata allo sciopero e assoggettata alle sue regole.

Tale principio è stato successivamente ribadito, oltre che in quella relativa alla sentenza in esame, anche nelle delibere sanzionatorie 29 aprile 2004, n. 04/299, e 29 marzo 2006, n. 06/192.

Con la prima, è stato valutato negativamente il comportamento delle OO.SS. Filt Cgil, Fit Cisl, Uiltrasporti, Ugl-T.A., Sult-T.A., segreterie territoriali di Roma, per le astensioni del 17 e 23 dicembre 2003 e 3 febbraio 2004, in violazione degli artt. 4, 7, 8, 29 e ss. della regolamentazione provvisoria sul trasporto aereo relative alla mancata indicazione del preavviso della durata ed al mancato rispetto della franchigia natalizia limitatamente all'astensione del 23 dicembre 2003. Ciò perché le assemblee non si erano svolte con modalità coerenti con le previsioni contrattuali collettive, e, anche a causa del protrarsi della durata delle stesse, avevano determinato la cancellazione e riprogrammazione di un numero rilevante di voli e la conseguente mancata garanzia dei servizi minimi, con conseguente attrazione nella disciplina della l. n. 146/1990.

Con la seconda invece, la Commissione aveva valutato negativamente ai sensi dell'art.

13, lett. i), lo svolgimento di assemblee continue e permanenti dei lavoratori nei giorni 20, 21, 22, 23 e 24 gennaio 2006 nell'ambito della società Alitalia, che avevano determinato numerosissime cancellazioni di voli, causando notevoli disservizi, nonché gravissimi disagi all'utenza.

In tale ultimo caso il Tribunale di Roma, con sentenza n. 8548/2007, ha, però, ritenuto che anche quelle assemblee non potevano essere *sic et simpliciter* ricondotte nell'alveo della l. n. 146/1990 e succ. mod.

Infine, va distinta l'ipotesi nella quale è possibile riferire l'assemblea ad un gruppo sindacalmente organizzato da quella in cui, invece, l'assemblea si componga per un comportamento spontaneo dei lavoratori.

Nel primo caso, sempre se l'assemblea viola le regole di legge o le disposizioni del contratto collettivo, la Commissione può procedere all'apertura di un procedimento sanzionatorio e valutare il comportamento del sindacato (come, ad esempio, è avvenuto nel caso di Ctp Napoli-coordinamento provinciale Napoli-Caserta Rsu SIN Cobas, in cui è stata valutata negativamente un'assemblea retribuita di due ore, con rientro dal servizio indetta con un preavviso di 3, 6 e 7 giorni: cfr. verbale 7 settembre 2000, delibera n. 00/205).

Diversamente, se l'assemblea si svolge per iniziativa spontanea dei lavoratori, la Commissione potrà aprire un procedimento sanzionatorio *ex art. 4*, comma 2, l. n. 146/1990, cercando di individuare o circoscrivere i soggetti concretamente responsabili.

Nel caso in cui sia impossibile individuare i soggetti responsabili, la Commissione, per evitare l'interruzione del servizio essenziale ed il conseguente pregiudizio degli utenti, potrà però segnalare all'autorità competente di adottare i provvedimenti di cui all'art. 8 della l. n. 146/1990 e succ. mod. (come è accaduto, ad esempio, nel caso di un'assemblea di lavoratori di alcune società di servizi di pulizia dell'aeroporto di Roma Fiumicino: cfr. verbale 29 novembre 2001, n. 01/147).

Silvia Lucrezio Monticelli
Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Contratto di inserimento

- *quadro normativo di riferimento (1.1.)*
- *incentivi al lavoro femminile (1.2.)*

Credito

- *rinnovo contrattuale (2.1.; 2.10.)*
- *vigenza temporale del contratto (2.2.)*
- *modello di relazioni sindacali (2.3.)*
- *politiche per l'occupazione (2.4. – 2.7.)*
- *politiche sociali (cenni) (2.8.)*
- *trattamento economico (2.9.)*

Dimissioni

- *dimissioni in bianco: quadro normativo e prassi amministrativa (3.1.)*
- *obbligo di utilizzare il modulo prestampato: conseguenze (3.1. – 3.2.)*

Lavoro a progetto

- *lavoro a progetto in determinati settori e per determinate attività: vincoli e opportunità (4.1. – 4.3.)*
- *lavoro a progetto in determi-*

nati settori e per determinate attività: profili previdenziali (4.4. – 4.11.)

- *lavoro a progetto in determinati settori e per determinate attività: settore pubblico (4.12. – 4.14.)*

Lavoro a termine

- *disciplina dei rinnovi: operatività e regime transitorio (5.1. – 5.3.)*

Lavoro irregolare

- *disciplina sanzionatoria: natura dell'illecito avente ad oggetto utilizzo di manodopera irregolare (6.1. – 6.4.)*

Lavoro portuale

- *regolazione della fornitura di manodopera (7.1. – 7.3.)*
- *Ccnl Unico Porti: ambito di applicazione (7.4.)*

Mercato del lavoro

- *quadro normativo di riferimento (8.1 – 8.6.; 8.9.)*
- *previdenza e “ammortizzatori sociali” (8.3.)*
- *tipologie contrattuali (8.4.)*
- *sistema retributivo (8.5.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva (*)*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

* La documentazione commentata nell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva è raccolta in collaborazione con ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati in materia di lavoro e relazioni industriali e con Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro.

1. Contratto di inserimento

Entra a regime la decretazione ministeriale sul contratto di inserimento per la promozione dell'occupazione femminile

Sommario: **1.1.** Quadro normativo di riferimento. – **1.2.** La decretazione ministeriale alla luce delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato a sostegno dell'occupazione.

1.1. Il 26 ottobre 2007 è stato pubblicato il decreto ministeriale del 31 luglio 2007 (in [Boll. Adapt](#), 2007, n. 38), il secondo, in ordine di tempo, dei decreti con cui il Ministro del lavoro, di concerto con il Ministro dell'economia, ha individuato le aree territoriali in cui è possibile procedere all'assunzione di donne di qualsiasi età con contratti di inserimento a norma degli artt. 54 ss. del d.lgs. n. 276/2003 (in [Boll. Adapt](#) indice A-Z, voce *Riforma Biagi*). La disposizione di riferimento è contenuta nella lett. e), comma 1, del citato art. 54 ove si rinvia alla decretazione ministeriale per l'operatività dell'istituto e degli incentivi economici e normativi che questo introduce a sostegno dell'occupazione femminile (per un primo commento vedi, in *q. Rivista*, P. TIRABOSCHI, *L'avvio del contratto di inserimento tra contrattazione collettiva e chiarimenti ministeriali*, 2005, n. 1, 234 ss.).

Il contratto di inserimento è volto a sostituire, nel settore privato, la figura del contratto di formazione e lavoro (di seguito *c.f.l.*), che aveva mostrato gravi criticità quanto alla compatibilità con le norme comunitarie disciplinanti gli aiuti di Stato a sostegno dell'occupazione (vedi al riguardo la decisione della Commissione dell'11 maggio 1999 e la successiva sentenza C. Giust. 7 marzo 2002, entrambe in [Boll. Adapt](#) indice A-Z, voce *Contratto di formazione-lavoro*, sul punto, per una sintesi della questione, vedi in *q. Rivista* ancora P. TIRABOSCHI, *L'epilogo dei contratti di formazione e lavoro (nel settore privato)*, 2005, n. 2, 537).

I due schemi contrattuali non si avvicendano in termini perfettamente sostitutivi. Come ribadito da diversi ordini di norme sia di primo sia di secondo grado (cfr. la circ. Min. lav. n. 31/2004, in [Boll. Adapt](#), 2004, n. 30), nonché dalla contrattazione collettiva (Accordo interconfederale dell'11 febbraio 2004, in [Boll. Adapt](#), 2004, n. 4; vedi anche P. SARACINI, *Lo spazio della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto di inserimento: scelte guidate e nuove conquiste*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ES, Napoli, 2006), la finalità precipua del nuovo istituto è quella di favorire l'inserimento/reinserimento nel mercato del lavoro delle categorie di soggetti a rischio di esclusione sociale e la componente formativa esula dall'elemento causale del contratto.

Il passaggio di testimone è avvenuto con riferimento alla funzione incentivante dell'occupazione che il contratto di inserimento è chiamato oggi a svolgere – come era accaduto di fatto in passato per il *c.f.l.* – a favore di quei soggetti che partono da condizioni particolarmente svantaggiate nel mercato del lavoro. Tra questi, le donne di qualsiasi età, se residenti in «un'area geografica in cui il tasso di occupazione femminile», determinato con apposito decreto del Ministro del lavoro, «sia inferiore almeno del 20% di quello maschile o in cui il tasso di disoccupazione femminile superi del 10% quello maschile» (vedi l'art. 54, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 276/2003). Pertanto, là dove si voglia procedere all'assunzione di una donna tramite contratto di inserimento – nel caso in cui la lavoratrice non rientri in un'altra delle categorie soggettive ai sensi dell'art. 54, comma 1, lett. a), b), c), d) ed f), d.lgs. n. 276/2003 – diventa un presupposto indispensabile di ricorso a questa tipologia l'emanazione del provvedimento ministeriale finalizzato alla definizione delle aree di riconoscimento dei benefici economici connessi all'uso di questa tipologia contrattuale.

Gli incentivi che caratterizzano questo strumento sono diretti, agevolazioni economiche, e indiretti. Quanto ai primi, si tratta del riconoscimento di significativi sgravi contributivi a favore dei datori di lavoro che fanno ricorso all'istituto. Con riferimento agli incentivi indiretti, il d.lgs. n. 276/2003, all'art. 59, dispone, fatte salve le diverse previsioni dei contratti collettivi, l'esclusione dei lavoratori assunti con contratti di inserimento dal «computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti». Più controversa, la disposizione del comma 1 dell'articolo in esame che attribuisce al datore di lavoro la facoltà di assegnare il lavoratore, a fini retributivi, ad una categoria di inquadramento inferiore, anche se per non più di due livelli, a quella «spettante, in applicazione del contratto collettivo nazionale, ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è preordinato il progetto di inserimento oggetto del contratto». Tuttavia, tale possibilità di sottoinquadramento, con riferimento alle lavoratrici, è stata significativamente ridotta a seguito della novella apportata dalla l. n. 80/2005 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) tramite un rinvio alla contrattazione collettiva.

Un primo decreto ministeriale del mese di ottobre 2004, successivamente ritirato (vedilo in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2004, n. 39) aveva individuato in tutte le regioni italiane le zone in cui il tasso di disoccupazione femminile, sulla base dei dati pubblicati dall'Istat, è conforme alla prescrizione normativa di cui all'art. 54, comma 1, lett. e). Una significativa testimonianza dei ritardi dal nostro Paese nel rimuovere le condizioni che rendono difficoltoso l'inserimento delle donne nel mercato del lavoro, sostanzialmente confermata dal decreto emanato il 17 novembre 2005 (pubblicato in *GU*, 31 gennaio 2006, lo si veda in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2006, n. 7) e da quello del luglio 2007 che qui si commenta.

1.2. Anche il dm 31 luglio 2007, in commento, segue la distinzione tra la determinazione delle aree territoriali di cui all'art. 54, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 276/2003, individuate per l'anno 2007, come nel passato, in tutte le regioni e province autonome, e la determinazione delle aree territoriali di cui all'art. 2, lett. f), regolamento CE n. 2204/2002 della Commissione (in [📖](#) indice A-Z, voce *Aiuti di Stato*), a loro volta identificate nelle regioni insulari italiane e in tutte le regioni meridionali. Resta fuori, e questa è l'unica differenza rispetto al decreto del novembre 2005, il Lazio. Il richiamo della normativa comunitaria, come già avvenuto nella circ. Min. lav. n. 31/2004 citata, che ha cercato di fare chiarezza nel labirinto dei benefici contributivi con cui il legislatore ha inteso promuovere il ricorso al contratto di inserimento (al riguardo cfr. L. CORAZZA, *Contratto di inserimento e disoccupazione femminile. Commento al decreto del Ministro del lavoro 17 novembre 2005*, in *q. Rivista*, 2006, 1177), è centrale ai fini della corretta individuazione delle diverse tipologie di incentivi economici applicabili. Infatti non sempre la stipulazione di un contratto di inserimento con una lavoratrice determina il diritto al riconoscimento degli sgravi contributivi di cui all'art. 59, comma 3, d.lgs. 276/2003. Tale norma, come modificata dal d.lgs. n. 251/2004 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), nel disciplinare i benefici economici connessi all'utilizzo dell'istituto, in attesa della riforma del sistema degli incentivi alla occupazione, conferma la disciplina dettata per i *c.f.l.*, disponendo tuttavia che essi trovano applicazione nel rispetto del regolamento CE n. 2204/2002 in materia di aiuti di Stato. Ciò si traduce nella immediata operatività, verso tutti i contratti di inserimento, ovunque e con chiunque stipulati, di uno sgravio contributivo pari al 25%, che, in quanto misura di portata generale, non integra gli estremi di un incentivo incompatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 87 del Trattato CE. Al contrario, le più favorevoli misure già previste per il *c.f.l.* e ora richiamate per i contratti di inserimento quando intercorsi con i soggetti elencati all'art. 59, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 (restano esclusi i giovani tra i 18 ed i 29 anni, se non in ipotesi di creazione di nuova occupazione giovanile: vedi ancora la circ. Min. lav. n. 31/2004), in quanto superiori ai limiti di intensità consentiti agli aiuti di Stato dalle norme comunitarie, potranno essere immediatamen-

te operative, e quindi sottrarsi al procedimento di notifica preventiva alla Commissione, solo se dirette a promuovere l'assunzione di "lavoratori svantaggiati o disabili", come definiti all'art. 2 del regolamento CE sopra richiamato. Con riferimento alle lavoratrici, dunque, il benefici potranno essere complessivamente goduti solo se sarà soddisfatta una duplice serie di requisiti: quelli posti dal d.lgs. n. 276/2003 e quelli più rigorosi indicati dal regolamento CE n. 2204/2002. Conseguentemente la lavoratrice sarà considerata «soggetto svantaggiato», ove risieda «un'area geografica al livello NUTS II nella quale il tasso medio di disoccupazione superi il 100% della media comunitaria da almeno due anni civili e nella quale la disoccupazione femminile abbia superato il 150% del tasso di disoccupazione maschile dell'area considerata per almeno due dei tre anni civili precedenti».

2. Credito

Il rinnovo dei contratti collettivi del Credito

Sommario: **2.1.** La fase di negoziazione: il tavolo unitario di trattativa. – **2.2.** La vigenza temporale del contratto. – **2.3.** La definizione sperimentale di un nuovo modello di relazioni sindacali. – **2.4.** Le politiche per l'occupazione. – **2.5.** *Segue:* l'apprendistato professionalizzante. – **2.6.** *Segue:* le eventuali tensioni occupazionali. – **2.7.** *Segue:* pari opportunità e politiche formative per i dirigenti. – **2.8.** La normativa di taglio sociale (cenni). – **2.9.** Il trattamento economico. – **2.10.** Considerazioni conclusive.

2.1. Nel giro di poco più di un mese sono stati sottoscritti dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI) e dalle nove sigle sindacali del Credito gli accordi di rinnovo dei contratti collettivi: l'8 dicembre 2007 (in [Boll. Adapt](#), 2007, n. 46) quello per i quadri direttivi e le aree professionali, il 10 gennaio 2008 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 1) quello per i dirigenti.

Vogliamo riprendere qui gli aspetti più importanti e significativi degli accordi, che contengono molti elementi innovativi, non solo rispetto ai precedenti di settore, ma anche, più in generale, nel panorama degli altri contratti collettivi.

La prima novità è quella relativa al fatto che dopo un lungo periodo di forte divisione tra le sigle sindacali – confederali e non, caratterizzate da diversi livelli di rappresentatività – si è lavorato, questa volta, su una piattaforma e su un tavolo unitario, all'interno quindi di un'ottica complessiva delle problematiche via via affrontate, pur in presenza di dinamiche complesse, talvolta anche conflittuali, createsi nella compagine sindacale. Si è giunti così all'accordo, senza – si noti – alcuna iniziativa conflittuale.

2.2. Altro elemento di particolare novità e importanza è rappresentato dalla durata dei contratti, i quali infatti oltre a "chiudere" il biennio economico 2006/2007, sono stati rinnovati – sia per la parte economica che per quella normativa – fino al 31 dicembre 2010, per una valenza complessiva dunque di 5 anni. A nessuno può sfuggire il significato di tale innovazione, intervenuta mentre è in corso nel Paese, come è noto, il dibattito sugli assetti contrattuali e sulla revisione del Protocollo 23 luglio 1993 (in [Boll. Adapt](#), 1993, n. 1) (voce *Concertazione*). Dibattito che sta focalizzando l'attenzione, tra l'altro, proprio sulla durata triennale dei contratti, sia per la parte normativa sia per la parte economica. Lo stesso può dirsi in merito alla necessità di mettere in campo strumenti che garantiscano maggiore rapidità nei tempi di rinnovo; uno dei quali strumenti è rappresentato dall'impegno delle parti sindacali e di Confindustria ad iniziare le trattative almeno 6 mesi prima della scadenza del Ccnl. Il medesimo concetto, specularmente, si ritrova nel testo degli accordi di rinnovo dei contratti del credito, laddove le parti sindacali si impegnano a dare disdetta dei contratti stessi almeno 6 mesi prima delle rispettive scadenze.

Tornando alla vigenza temporale dei Ccnl rinnovati, si tratta di una novità di grande rilievo rispetto alle esperienze sin qui fatte in Italia, anche perché permette alle aziende di contare su oneri certi per un arco di tempo importante, salvaguardando contemporaneamente il potere d'acquisto dei salari (argomento quest'ultimo sul quale torneremo più avanti).

L'accordo ha inoltre confermato, nel solco di una tradizione che ha radici lontane nel settore del credito e nel rispetto dell'accordo 23 luglio 1993, i due diversi livelli contrattuali, la tassatività e non ripetitività dei demandi dalla contrattazione nazionale a quella di II livello – cui si sono aggiunte ora le materie dell'assistenza sanitaria e della previdenza complementare – e il principio che i contratti integrativi, d'ora in avanti anch'essi di durata triennale, sono rinnovabili nel rispetto della autonomia dei cicli negoziali.

2.3. Si è inoltre riusciti, dopo un lungo e sofferto dibattito, a definire sia pure in via sperimentale un nuovo modello di relazioni sindacali, che rappresenta un importante passo avanti nei confronti di una realtà contrassegnata da una rapidissima evoluzione.

Da questo punto di vista si è preso definitivamente atto del fatto che la struttura societaria e organizzativa delle Aziende è prevalentemente riconducibile a quella propria dei gruppi bancari che, sia pure di diverse dimensioni, sono caratterizzati dalla presenza di un capogruppo e da più società satelliti.

L'esigenza da tempo emersa è quella di riuscire a conciliare la tradizionale impostazione della contrattazione Azienda per Azienda – cosiddetta di secondo livello – con la necessità di dare a tutte le società appartenenti ad un gruppo normative per quanto possibili uniformi; obiettivo difficile da raggiungere, che richiede, tra l'altro, di superare aspetti di particolare difficoltà e delicatezza anche sul piano giuridico.

Basti pensare alle prerogative che lo Statuto dei lavoratori riconosce alle rappresentanze sindacali aziendali e ai rispettivi organi di coordinamento. Per contro il legislatore non conosce e non regola altri organismi, che peraltro le parti sociali del Credito nel corso degli ultimi anni hanno “costruito”, quali ad esempio i coordinamenti territoriali di RSA e le delegazioni sindacali di gruppo. È sufficiente al riguardo accennare, in tema di articolazione delle relazioni sindacali del credito, che sin dal 2003 la normativa nazionale, prendendo spunto da accordi realizzati nelle più grandi Aziende del settore, ha previsto e disciplinato sia la delegazione sindacale di gruppo sia le cosiddette relazioni sindacali territoriali; le stesse sono fondate sulla condivisa esigenza di istituire un coordinamento delle RSA, appunto su base territoriale laddove la dimensione della banca e la sua distribuzione sul territorio richieda anche un livello di coordinamento della RSA, al quale sono attribuite funzioni di informazione e consultazione, non di contrattazione. Con ciò si salvaguarda il principio dei due livelli di contrattazione, ma si prende altresì coscienza della necessità, in aziende di particolari dimensioni e complessità organizzative, di prevedere da un lato organismi sindacali “intermedi” tra le RSA e gli Organi di Coordinamento, dall'altro “delegazioni sindacali di gruppo”, in grado cioè di rappresentare, in situazioni date, diverse società appartenenti al gruppo.

L'accordo di rinnovo dell'8 dicembre ha consentito – con una brillante opera di “ricucitura” dei vari attori coinvolti – di superare le sopra citate difficoltà stabilendo che la società capogruppo e la delegazione sindacale di gruppo possano, con il consenso di tutti gli organismi sindacali aziendali di volta in volta interessati, sottoscrivere protocolli con l'obiettivo di portare a livello di gruppo materie esplicitamente demandate dal Ccnl al secondo livello di contrattazione. Prima fra tutte, quella relativa a condizioni e criteri per definire il premio aziendale di produttività, in merito al quale le parti hanno tra l'altro espresso un forte impegno finalizzato a sottolinearne – e poi a difenderne sul campo, nell'ambito di un più vasto impegno al rispetto delle regole – la variabilità in funzione dei risultati aziendali effettivamente raggiunti, anche qui in coerenza con il dettato del Protocollo 23 luglio 1993 e con le disposizioni di attuazione del Protocollo sul Welfare del 23

luglio 2007 (l. 24 dicembre 2007, n. 247, entrambi in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*). Le parti hanno inoltre condiviso che anche altre procedure aziendali, quali quelle in tema di sistema incentivante, di formazione e sviluppo professionale, di inquadramento del personale e di mobilità, possono svolgersi a livello di gruppo. È assai importante sottolineare come nel realizzare tale soluzione non solo non sia stato introdotto un terzo livello di contrattazione, ma si sia invece “innalzata” la contrattazione stessa dal livello aziendale a quello di gruppo, salvaguardando quindi i principi di non duplicazione delle materie contrattabili. Così, dunque, come stabilito dal Protocollo 23 luglio 1993 e in coerenza con principi cui si è da sempre attenuto il settore del credito. Sempre al fine di richiamare l’attenzione sul *fil rouge* del “racordo” che è stato operato tra il livello di gruppo e quello aziendale, è utile far presente che l’istituto dell’“incontro annuale” aziendale, già precedentemente previsto dalla contrattazione collettiva, è stato arricchito anche di una esplicita previsione relativa ad un momento di verifica delle ricadute derivanti dall’applicazione, oltre che degli accordi aziendali, anche di quelli di gruppo.

2.4. Passando al tema delle politiche per l’occupazione, è opportuno premettere che nel settore la conferma in servizio degli assunti con contratti temporanei tocca oltre il 90% dei casi; il che in altri termini significa che in banca il fenomeno del precariato non si verifica.

Ciò detto, le parti hanno esplicitamente convenuto su alcuni obiettivi-chiave:

- non disperdere il patrimonio umano e professionale dei lavoratori;
- favorire l’occupazione stabile compatibilmente con le esigenze di flessibilità delle imprese, le quali hanno, ancora una volta, dichiarato e sottoscritto la massima disponibilità a confermare in servizio i lavoratori assunti con contratti non a tempo indeterminato. In tale logica si è espressamente convenuto che le imprese potranno, per il momento, utilizzare alcuni importanti strumenti di flessibilità come i contratti a termine, quelli di inserimento, di somministrazione, i tirocini formativi, i contratti a progetto.

Sempre nell’ambito delle clausole finalizzate a favorire flessibilità e occupazione, sono state inoltre innalzate all’8% le percentuali di utilizzo dei lavoratori con contratti di somministrazione a tempo determinato e con contratti di inserimento.

2.5. Per quanto riguarda in particolare l’istituto dell’apprendistato professionalizzante – al quale le banche negli ultimi tempi hanno fatto maggiormente ricorso, impegnandosi in uno sforzo formativo eccezionale – si è stabilito di apportare ulteriori miglioramenti alla relativa normativa contrattuale con lo scopo soprattutto di favorire una occupazione di qualità, anche in considerazione del fatto che, nel settore, le assunzioni degli apprendisti riguardano, nella maggior parte dei casi, giovani laureati tendenzialmente ad alto potenziale. È così che, ferma restando la durata massima di 4 anni del contratto, l’apprendista all’assunzione viene inquadrato non più a due ma ad un solo livello retributivo inferiore rispetto a quello di arrivo; inoltre, trascorsi i primi 18 mesi, avrà già diritto al trattamento economico corrispondente a quello che gli spetterà al momento della conferma definitiva. È inutile dire che tale impostazione determina un importante salto di qualità nei confronti di questa tipologia di contratti, che dovrebbe favorire una maggiore fidelizzazione dei giovani interessati.

2.6. Si ritiene opportuno rammentare che, nell’ambito della trattativa per il rinnovo dei Ccnl del Credito, le parti hanno affrontato anche il tema delle eventuali tensioni occupazionali; al riguardo è bene ricordare che negli ultimi tempi il rapporto tra neoassunti e “cessati” è stato contraddistinto da un segno positivo – + 0,1 % – il che significa che il settore ha dimostrato una buona tenuta rispetto alla situazione di emergenza di fine anni Novanta.

È opportuno al riguardo precisare che l’assegno di sostegno al reddito previsto dal Fondo di solidarietà per il personale del Credito – che “accompagna” i lavoratori alla pensione nei casi di tensioni occupazionali regolamentati tra le parti aziendali –, ancorché total-

mente a carico delle imprese, ha raggiunto gli obiettivi che le parti sociali si erano date con l'Accordo nazionale del 28 febbraio 1998 (in  indice A-Z, voce *Contrattazione collettiva, banca dati della*), istitutivo del succitato Fondo. Tanto che le parti stesse ne hanno, in questa tornata contrattuale, ribadito la validità attraverso la sottoscrizione di un documento *ad hoc* anche in risposta alle forze politiche che avevano in animo di estendere al settore del credito la cassa integrazione guadagni, le cui caratteristiche strutturali sono state giudicate del tutto incompatibili con le esigenze produttive delle banche.

2.7. Sempre per mettere in evidenza aspetti di apertura, che sottolineano il livello di maturità che ha caratterizzato il dibattito tra le parti, piace qui ricordare che anche in tema di pari opportunità è stata integrata la preesistente disciplina delle Commissioni aziendali con la previsione di una Commissione nazionale mista: ciò appare ancor più significativo se si considera che nel settore il tema è stato negli anni oggetto di analisi e di particolare attenzione, facendo registrare risultati particolarmente significativi. Basterebbe rammentare come la presenza di personale femminile nel settore sia negli ultimi vent'anni raddoppiata, passando dal 20 al 40%.

Altra norma che testimonia del livello e della qualità del dibattito è quella che prevede la partecipazione dei dirigenti sindacali assenti dal servizio per periodi significativi a corsi di formazione e/o di aggiornamento professionale, sia allo scopo di facilitarne il reinserimento in servizio sia allo scopo di "accorciarne la distanza" rispetto alla realtà della banca che è, come noto, in continua evoluzione.

Si vuole così dare un contributo per limitare il rischio che le parti al tavolo si muovano con ottiche e con velocità assolutamente differenti, impedendo al dibattito di svilupparsi su una base di conoscenze professionali sufficientemente omogenee. È chiaro che si tratta di un primo passo, ma certamente finalizzato ad una valorizzazione delle relazioni sindacali, meno conflittuali e più partecipative.

2.8. Sul piano della normativa di taglio sociale, tra le novità si possono altresì mettere in evidenza quelle relative a:

- la possibilità del riconoscimento di un'aspettativa non retribuita anche per attività di volontariato;

- la garanzia a tutto il personale di una copertura assicurativa (c.d. *long term care*) che vuole rispondere a imprevisti eventi invalidanti che comportino non autosufficienza.

2.9. Con riferimento al trattamento economico, rileva il riconoscimento di una somma *una tantum* a copertura del biennio 2006/2007, pari a una percentuale complessiva del 4,9% (di cui 3,8% per recupero inflazione, 1,1% per recupero produttività di sistema). I conseguenti importi, detratto naturalmente quanto già accreditato a titolo di indennità di vacanza contrattuale:

- sono attribuiti pro quota (in relazione al servizio prestato, all'eventuale maturazione di scatti di anzianità e/o di inquadramento);

- non sono computati ai fini dei trattamenti di previdenza aziendale. Inoltre la somma *una tantum* in questione si è convenuto non spetti a chi nel periodo dal 1° gennaio 2006 al 31 dicembre 2007 abbia cessato il rapporto di lavoro a qualsiasi titolo, compresi esodi incentivati (anche quelli realizzati per accesso al fondo di solidarietà) con la sola sostanziale eccezione di coloro che abbiano raggiunto i requisiti per il pensionamento;

Per quanto riguarda gli *anni 2008/2010*, occorre ricordare che gli aumenti concordati tengono naturalmente conto dell'arco temporale, particolarmente lungo, sul quale gli stessi sono distribuiti. Ciò premesso, si è operato secondo i seguenti principi:

- riconoscimento dell'inflazione "programmata" per ciascuno dei tre anni in questione;

- riconoscimento di un aumento a titolo di premio di produttività di sistema;

- modifica della "scala parametrica", in relazione alla necessità di equilibrare meglio il rapporto tra quadri direttivi e aree professionali.

Di particolare interesse ci sembra l'articolazione nel tempo degli aumenti di cui sopra,

che sono stati così finalizzati:

- 1° gennaio 2008: tabellizzazione del 3,84% (ex recupero inflazione biennio 2006/2007);
- 1° gennaio 2008: modifica scala parametrica pari all'1%;
- inflazione programmata anno 2008: 1,7% (0,85% dal 1° luglio 2008, 0,85% dal 1° dicembre 2008);
- inflazione programmata anno 2009: 1,5% (0,75% dal 1° luglio 2009, 0,75% dal 1° dicembre 2009);
- riconoscimento produttività di settore: 1,5% dal 1° ottobre 2009;
- inflazione programmata anno 2010: 1,5% (0,75% dal 1° luglio 2010, 0,75% dal 1° dicembre 2010).

Le parti, dopo un dibattito particolarmente acceso, originato anche dal tema del rispetto delle compatibilità di settore, hanno tra l'altro convenuto di lasciare invariati gli importi relativi alle indennità (rischio, turno, ecc.).

10. In conclusione credo si possa sicuramente affermare che gli accordi sottoscritti contengono elementi di significativa innovazione. Si riscontra una maturata consapevolezza circa il profondo mutamento intervenuto nel mondo del credito anche dal punto di vista delle strutture societarie di modo che le discipline normative si debbono adattare a tali mutamenti, riuscendo anche a superare, nel rispetto della legge, vincoli che hanno origine in modelli organizzativi non più attuali. Si osserva, però, anche una prospettiva per larga parte anticipatrice rispetto al panorama delle relazioni industriali italiane e all'importante dibattito, in corso nel Paese, incentrato sui modelli e gli assetti contrattuali.

Dario Nicolini

Responsabile servizio relazioni con il personale – IntesaSanpaolo S.p.A.

3. Dimissioni

La nuova legge sulle dimissioni volontarie: un inutile omaggio alla cultura del sospetto?

Sommario: **3.1.** La nuova legge in materia di dimissioni volontarie: criticità e primi commenti della prassi amministrativa. – **3.2.** Le conseguenze derivanti della omessa compilazione del modulo da parte del lavoratore.

3.1. Dal 5 marzo di quest'anno è operativa la legge (l. 17 ottobre 2007, n. 188, in  indice A-Z, voce *Dimissioni*) in base alla quale il lavoratore che intenda dimettersi è tenuto ad utilizzare un apposito modulo (numerato progressivamente, datato e di durata limitata a quindici giorni) disponibile sul sito internet del Ministero del lavoro, rilasciato o vidimato da uno dei soggetti abilitati all'invio telematico (Direzioni provinciali e regionali del lavoro, centri per l'impiego, comuni e, quando sarà firmata la convenzione, organizzazioni sindacali e patronati).

Le dimissioni comunicate verbalmente o anche mediante atto scritto diverso da quello imposto dalla legge sono considerate nulle e dunque improduttive di effetti.

Nulla cambia invece quanto alla natura, alle caratteristiche ed ai requisiti sostanziali delle dimissioni che rimangono un atto unilaterale recettizio. Ed immutato resta altresì il principio secondo cui il lavoratore – a meno che non sia prevista una clausola di durata minima – può recedere liberamente dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, senza che occorra una motivazione, purché dia un congruo preavviso. Come pure continuano ad applicarsi le disposizioni speciali che richiedono la convalida presso la Direzione provinciale del lavoro delle dimissioni rassegnate dalla lavoratrice dalla richiesta delle pubblica-

zioni ad un anno successivo al matrimonio, o durante la gravidanza, e da entrambi i genitori naturali, affidatari o adottivi fino al compimento di un anno di età del bambino (art. 35, comma 8, d.lgs. n. 198/2006; art. 55, comma 4, d.lgs. n. 151/2001, entrambi in [📖](#) indice A-Z, voce *Maternità*).

La nuova disciplina, comunque, suscita non poche perplessità e solleva una serie consistente di interrogativi cui solo in parte, e all'ultimo istante, tenta di porre rimedio una circolare ministeriale (circ. Min. lav. 4 marzo 2008, in [📖](#) indice A-Z, voce *Dimissioni*).

Partiamo dalla *ratio* normativa, che è palese: combattere la prassi delle dimissioni in bianco, estorte al dipendente al momento dell'assunzione.

Ebbene, se così è, si deve innanzitutto sottolineare che l'introduzione di un aggravio formalistico, che irrigidisce ulteriormente la mobilità in uscita ed è fonte potenziale di nuove situazioni di incertezza e di complicazioni per i datori di lavoro, avrebbe richiesto un'attenta indagine sulla reale diffusione del fenomeno che si è inteso combattere. In difetto di siffatta rilevazione il dubbio è che il mezzo prescelto, in ossequio ad una certa cultura del sospetto, possa far gravare sui datori di lavoro un ulteriore onere sproporzionato rispetto al fine.

In secondo luogo, non si può non rilevare una possibile falla nell'impianto normativo: l'obbligo di utilizzare gli appositi moduli si riferisce infatti esclusivamente alle dimissioni, ma non alla risoluzione consensuale del rapporto (in questo senso anche la circolare ministeriale), che dunque resta libera da vincoli di forma. Che le "dimissioni in bianco" possano finire per essere sostituite dalla "risoluzione consensuale in bianco"? Una seconda "falla", per quanto temporanea, è rappresentata dal fatto che la nuova normativa si applica solo alle dimissioni presentate dal 5 marzo, non a quelle comunicate in precedenza, anche se produttive di effetti successivamente. E poiché, com'è noto, per il preavviso esiste un termine minimo, ma non uno massimo, almeno per un po' di tempo il pericolo di un ricorso anche massiccio all'*escamotage* della retrodatazione delle dimissioni pare tutt'altro che remoto.

Criticità presenta anche l'ambito di applicazione della nuova disciplina.

Un primo aspetto concerne il richiamo al solo art. 2118 c.c., e non anche al successivo art. 2119. Delle due, l'una: o si tratta di una mera omissione involontaria; oppure – come ritiene la circolare ministeriale – l'obbligo di forma si riferisce solo alle dimissioni con preavviso, e non a quelle per giusta causa. Giusta causa che peraltro, com'è noto, nel contratto a tempo indeterminato esclude l'obbligo del preavviso (facendo altresì sorgere in capo al lavoratore diritto all'indennità sostitutiva), ma in quello a termine è presupposto necessario per legittimare il recesso anticipato. L'esclusione delle dimissioni per giusta causa dall'ambito di applicazione della nuova disciplina contrasterebbe dunque con la previsione legale, che invece contempla espressamente anche i rapporti a termine.

Il vincolo di forma delle dimissioni riguarda infatti (e così passiamo alle tipologie contrattuali): ogni rapporto di lavoro subordinato, indipendentemente dalle caratteristiche e dalla durata (dunque anche i contratti a termine e di lavoro somministrato), con inclusione del personale dirigenziale; i contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto; le collaborazioni occasionali (di cui all'art. 61, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003); l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro e i contratti di lavoro instaurati dalle cooperative (di produzione e lavoro) con i propri soci.

A rigore dovrebbero dunque ritenersi esclusi tutti i rapporti di natura diversa, ossia: il lavoro autonomo (artt. 2222 c.c. e 2230 c.c.); i rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale (ma i dubbi sono consistenti); le partecipazioni a Consigli di amministrazione, collegi e commissioni (così la circolare ministeriale); i tirocini; i lavori socialmente utili; il praticantato; il volontariato, le prestazioni occasionali di tipo accessorio (artt. 70-73, d.lgs. n. 276/2003) e quelle che esulano dal mercato del lavoro (artt. 74, d.lgs. n. 276/2003). Il modulo predisposto dal Ministero annovera peraltro anche gli LSU, i tiroci-

ni e il “lavoro occasionale”. E un riferimento all’art. 2222 c.c. è presente anche nella circolare. Ma evidentemente si tratta di sviste.

La circolare considera poi esclusi anche i rapporti di lavoro marittimo, regolati dal codice della navigazione e da leggi speciali, e dunque non dal codice civile. Curiosamente, però, i lavoratori marittimi compaiono invece nel modulo di dimissioni.

Buon senso (e coerenza) vorrebbe allora che fossero esclusi anche gli sportivi professionisti, disciplinati da una legge speciale (l. 23 marzo 1981, n. 91, in  indice A-Z, voce *Dimissioni*) e che, tra l’altro, non sono soggetti alla disciplina limitativa dei licenziamenti.

Per quanto concerne i contratti a tempo determinato (anche somministrato), vale la pena di rimarcare che l’obbligo di forma riguarda solo le dimissioni in senso proprio, ossia il recesso presentato prima della scadenza o del verificarsi dell’evento previsto. Queste ultime, si sa, sono peraltro consentite solo in presenza di una giusta causa e, se la legge – come si accennava – non dovesse ritenersi applicabile a tale ipotesi, vi è da chiedersi a quale situazione essa possa riferirsi. Forse alle dimissioni con preavviso che il datore di lavoro dichiara di accettare comunque. Ma non certo al caso in cui il lavoratore abbandoni il posto di lavoro senza dire nulla o comunichi il recesso *ante tempus* senza trovare il consenso del datore di lavoro. Si deve anzi ritenere che, in entrambi questi casi, quest’ultimo possa richiedere al lavoratore il risarcimento del danno.

In generale è poi inevitabile chiedersi se abbia un senso vincolare le dimissioni alla forma scritta (qualificata), a pena di nullità, in tutti i rapporti e le situazioni rientranti nell’area residuale del recesso *ad nutum*, in cui il dipendente può essere licenziato oralmente e senza specificazione dei motivi. E il ragionamento è esportabile anche al lavoro a progetto, in cui le parti sono libere di concordare sin dall’inizio clausole di recesso anticipato con o senza preavviso, in connessione o meno con ragioni giustificative di ordine soggettivo od oggettivo, o prevedere una clausola risolutiva espressa (art. 67, comma 2, d.lgs. n. 276/2003). Tant’è che la circolare del ministero esclude l’applicazione della norma al lavoro in prova. Poiché peraltro la legge nulla dispone in tal senso, non sorprenderebbe se la giurisprudenza dovesse pervenire ad una soluzione diversa.

Anche tacitando serissimi dubbi sull’opportunità della scelta, rilevanti problemi pratici presenterà in concreto l’applicazione del nuovo vincolo formale alle cooperative, se non altro perché in tale contesto il rapporto di lavoro si estingue automaticamente, senza necessità di atti ulteriori, con il recesso o l’esclusione del socio in conformità degli artt. 2532 e 2533 c.c. Dunque, o si ritiene che il nuovo vincolo di forma si applichi al recesso *ex art. 2532 c.c.*, o altrimenti la sua applicazione sarà meramente eventuale e residuale.

Quanto ai datori di lavoro, la circolare precisa che la l. n. 188 trova applicazione per tutti i datori di lavoro privati, le amministrazioni e gli enti pubblici, le associazioni, le Onlus, gli esercenti le arti e le professioni, le società cooperative. Perplexità desta soprattutto l’inclusione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, dove il fenomeno delle dimissioni in bianco è pressoché inesistente.

Entrando nel merito della procedura, già si è detto che il lavoratore per dimettersi dovrà recarsi presso uno degli intermediari abilitati, il quale provvederà alla compilazione del modulo in via telematica e alla contestuale trasmissione al Ministero, a stampare il modulo e la ricevuta recante l’indicazione del codice alfanumerico di identificazione e la data di emissione (cfr. decreto interministeriale 21 gennaio 2008, in  indice A-Z, voce *Dimissioni*) e a consegnarne copia al lavoratore. Quest’ultimo dovrà quindi entro 15 giorni provvedere alla consegna o all’invio della ricevuta al datore di lavoro.

Il lavoratore può anche compilare il modulo direttamente su internet, quindi stamparlo. Perché acquisti validità, il lavoratore dovrà peraltro recarsi presso uno dei soggetti abilitati, i quali provvederanno a convalidare il modulo.

I rilievi sulla procedura, poi, sono molti.

Innanzitutto non sono previste alternative alla compilazione telematica, laddove la l. n. 188 era invece molto chiara nel disporre che il modulo fosse disponibile gratuitamente anche presso le Direzioni provinciali del lavoro, gli uffici comunali ed i centri per l'impiego. La scelta ministeriale, peraltro, è diversa e non resta che prenderne atto.

Inoltre, la configurazione dei soggetti abilitati quali intermediari necessari pare eccessiva. Non si comprende perché il lavoratore che sia in grado di farlo (il modulo è infatti piuttosto complesso e richiede una serie di dati ed informazioni che presuppongono una certa competenza tecnica) non possa compilare personalmente il modulo e stampare la ricevuta.

Inoltre, se la compilazione può essere solo telematica, la breve durata dei moduli non sembra abbia più molto senso e quindi potrebbe essere ripensata, se non eliminata.

Scorrendo il modulo ministeriale, poi, poco nitida appare la differenza tra "dichiarazione" e "comunicazione" di dimissione volontaria, così come tutto da chiarire sarebbe il significato della voce "Annullamento". Quest'ultimo, peraltro, dovrebbe essere riferito alle dimissioni già inviate telematicamente, ma non ancora comunicate al datore di lavoro, nei confronti del quale una revoca è ammissibile prima che sia giunto a conoscenza dell'atto; nonché (forse) alle dimissioni eventualmente annullate in sede giudiziale per vizi del consenso.

Da ricordare, poi, che la comunicazione telematica effettuata dal lavoratore non sostituisce gli altri adempimenti previsti dalla legge a carico del datore di lavoro, il quale resta quindi ugualmente tenuto a comunicare le dimissioni al servizio competente, entro 5 giorni dalla data di decorrenza delle stesse.

3.2. Infine, il problema che desta le maggiori preoccupazioni: che cosa succede se il lavoratore comunica le proprie dimissioni verbalmente, o anche con atto scritto, ma non compila il modulo?

In tale situazione si manifesta in tutta la sua evidenza l'anomalia di una norma che impone la forma scritta a pena di nullità a tutela non del destinatario dell'atto, di terzi o della collettività, bensì del medesimo soggetto in capo al quale l'onere formale è posto.

Di certo, comunque, il datore di lavoro non può far finta di niente. Di fronte alla richiesta di riassunzione del lavoratore rischierebbe infatti di poter opporre solo che il rapporto si è risolto consensualmente per fatti concludenti, ma la strada sarebbe decisamente in salita. È questo, in buona sostanza, il suggerimento della circolare secondo cui, fatta salva la possibilità per i Ccnl di ritenere il comportamento del lavoratore come fatto concludente, è possibile – ma solo in casi residuali – che la prolungata assenza ingiustificata possa assumere valore di fatto concludente idoneo a far presumere le dimissioni; nei rapporti diversi da quelli di lavoro subordinato il datore di lavoro dovrà invece provare l'effettiva indisponibilità alla ripresa dell'attività.

Le possibili soluzioni alternative, invero, non sono molte. E nemmeno pienamente soddisfacenti.

La strada più sicura pare comunque la seguente.

In caso di dimissioni che non rispettino i requisiti formali richiesti il datore di lavoro deve comunicare per iscritto al lavoratore che le dimissioni rassegnate sono invalide, invitarlo a compilare l'apposito modulo e avvisarlo che altrimenti il preavviso – se dovuto – non inizia a decorrere, che comunque il rapporto prosegue e che l'eventuale assenza dovrà considerarsi ingiustificata.

Non appena il lavoratore lasci il luogo di lavoro, il datore procederà quindi alla formale contestazione dell'addebito (l'assenza ingiustificata) e all'adozione, nel rispetto dall'art. 7 Stat. lav., del licenziamento disciplinare (o anche al licenziamento immediato in caso di rapporto soggetto a recesso *ad nutum*); oppure inviterà il lavoratore a riprendere l'attività comunicandogli che, in difetto, il rapporto dovrà intendersi consensualmente risolto (ma si tratta di una soluzione meno sicura).

Più pragmaticamente, in alternativa, il datore potrebbe tenere sempre pronto un modello di risoluzione consensuale del rapporto, da far firmare al lavoratore.

È chiaro, dunque, che il datore di lavoro è posto dinnanzi a un bivio: qualunque strada scelga, per evitare una situazione di incertezza – potenziale fonte di rischi – è costretto a rinunciare al diritto di trattenere il preavviso eventualmente dovuto. E, se questo è lungo, il pregiudizio è evidente.

Va da sé, pertanto, che il lavoratore, quando intenda dimettersi con effetto immediato, in assenza di una giusta causa, ha tutto l'interesse a non compilare e consegnare il modulo, limitandosi a lasciare il posto di lavoro.

Sicuramente più logico e coerente sarebbe configurare in capo al lavoratore un vero e proprio obbligo di compilazione del modulo, rafforzato dalla previsione di una sanzione amministrativa, o almeno prevedere una qualche alternativa, consentendo ad esempio al datore di lavoro di procedere egli stesso alla compilazione e all'invio del documento, unitamente all'eventuale lettera di dimissioni, con una descrizione delle ragioni della mancata compilazione del modulo, alla Direzione del lavoro, lasciando poi a quest'ultima l'iniziativa di richiedere eventuali spiegazioni al lavoratore. E in ogni caso sarebbe stato opportuno stabilire che, in caso di abbandono del posto di lavoro e di ingiustificato rifiuto di sottoscrivere il modulo, il lavoratore fosse tenuto a corrispondere al datore di lavoro l'indennità di mancato preavviso.

Giuseppe Pellacani

*Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

4. Lavoro a progetto

A proposito della circolare del Ministero del lavoro n. 4/2008 sul lavoro a progetto: profili sostanziali

Sommario: **4.1.** Il ricorso al lavoro a progetto per determinate tipologie di attività e in particolari settori: la prassi amministrativa. – **4.2.** *Segue:* il contributo offerto dalla giurisprudenza in materia di autonomia e subordinazione. – **4.3.** Ruolo della autonomia contrattuale e opportunità della certificazione.

4.1. Addetti alla distribuzione di bollette o consegna di giornali, addetti alle agenzie ipi-liche, autisti e autotrasportatori, babysitter e badanti, baristi e camerieri, commessi e addetti alle vendite, custodi e portieri, estetisti e parrucchieri, facchini, istruttori di autoscuola, lettori di contatori, manutentori, muratori e operai dell'edilizia, piloti e assistenti di volo, prestatori di manodopera nel settore agricolo, addetti alle attività di segreteria e terminalisti. Queste le attività che, secondo il Ministero del lavoro (cfr. circ. Min. lav. 29 gennaio 2008, n. 4, in  indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*) non si adatterebbero in natura alla fattispecie delle collaborazioni coordinate e continuative a progetto introdotta dalla Legge Biagi e sulle quali – come chiaramente enunciato – sarà di conseguenza concentrata l'azione degli organi ispettivi nei prossimi mesi.

L'elenco è peraltro meramente esemplificativo, come lo stesso Ministero lascia intendere citando espressamente – dopo avere rinviato ad un successivo approfondimento – anche il settore dell'insegnamento nelle strutture private.

È senza dubbio vero che tali attività siano alcune fra quelle nelle quali la compatibilità con il lavoro autonomo (nel cui alveo rientrano le collaborazioni a progetto), in ragione delle tipiche ed abituali modalità di esecuzione della prestazione, è particolarmente controversa. Ciò è dimostrato d'altra parte dalla stessa frequenza con la quale la magistratura

del lavoro è stata chiamata a pronunciarsi, proprio con riferimento a dette figure, sulla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato ovvero autonomo, anche in forma coordinata e continuativa.

Ma la stessa giurisprudenza è anche ferma nel ribadire – come ricorda, peraltro solo in via incidentale, anche la circolare – che ogni attività umana suscettibile di valutazione economica è di per sé riconducibile ad una prestazione lavorativa svolta in forma autonoma o subordinata (in questo senso si veda, *ex plurimis*, Cass. 10 maggio 2003 n. 7171, che si è pronunciata in relazione alla qualificazione del rapporto dei *letturisti dell'Enel*; Cass. 29 marzo 1999 n. 3032, in relazione all'attività degli *addetti alla ricezione di scommesse*; Cass. 17 dicembre 1999 n. 14248, in relazione a *mansioni di operaie nell'edilizia*; Cass. 15 gennaio 1996 n. 326, con riguardo a lavori di *giardinaggio*, tutte in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

Sollewa dunque non poche perplessità il ragionamento sviluppato dal Ministero del lavoro, in particolare là dove si argomenta nel senso di una surrettizia presunzione di subordinazione, con onere della prova della autonomia in capo all'imprenditore, a prescindere da una attenta valutazione delle modalità concrete di esecuzione della prestazione dedotta in contratto. Tutt'altra è infatti la presunzione di cui alla Legge Biagi, che impone invece alle parti di esplicitare in anticipo – ai fini della prova – il progetto, programma di lavoro o fase cui è riconducibile la collaborazione, le modalità di coordinamento, il termine e il corrispettivo.

In secondo luogo, laddove la riforma delle collaborazioni coordinate e continuative introdotta dalla Legge Biagi ha un chiaro e manifesto intento di riduzione del contenzioso – operato appunto tramite l'imposizione di precisi oneri di forma facilmente riscontrabili e con una presunzione relativa di subordinazione in caso di inosservanza degli stessi –, viceversa una presunzione di subordinazione basata *tout court* sul tipo di attività rischierebbe di vedere notevolmente aumentata la mole di cause avanti i giudici del lavoro, in opposizione avverso i verbali ispettivi in tema di qualificazione del rapporto.

Lo dimostra proprio la stessa giurisprudenza che ha declinato la massima già sopra ricordata – sulla possibilità di svolgere in maniera autonoma o subordinata potenzialmente qualunque tipo di attività umana economicamente rilevante – anche con riferimento alle categorie elencate dalla circolare.

4.2. Quanto agli *addetti alla consegna di bollette* – cui si può senza dubbio accostare la figura degli incaricati alla distribuzione degli elenchi telefonici, come peraltro inizialmente previsto nella stessa bozza della circolare – si può citare ad esempio la sentenza della Corte di cassazione del 17 marzo 2001 n. 3887 (in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*) che ha escluso la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra l'appaltatore della Sip e le persone incaricate della distribuzione degli elenchi telefonici agli abbonati, atteso che la prestazione consisteva nello svolgimento di un servizio bene individuato e con corrispettivo commisurato al numero di elenchi consegnati, servizio che veniva reso con mezzi propri degli interessati e senza vincoli di subordinazione.

Si è pronunciata in merito agli *addetti alla consegna di giornali e riviste alle edicole* la sentenza Cass. 27 novembre 1999 n. 13301 (in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*), riformando la pronuncia del giudice del merito che aveva ritenuto il carattere subordinato della prestazione; pronuncia nella quale la Corte ha sottolineato – nello specifico – che non ostano alla autonomia del rapporto l'impegno orario («non essendo concepibile fornire le edicole, in orari avanzati della giornata, dei quotidiani, che in misura certamente prevalente vengono acquistati nelle prime ore della mattina») né la ripetitività e quotidianità della prestazione, né la preordinazione del percorso; sono viceversa sintomatici della autonomia la presenza di rischio (ad esempio la proprietà del mezzo in capo al collaboratore), la diversa misura mensile del compenso e la possibilità di sostituzione personale nell'effettuazione della prestazione.

Copiosa la giurisprudenza in materia di *addetti alle agenzie ippiche*, ove pure – in taluni casi – è stata riconosciuta la possibilità di rapporti di tipo autonomo: così Cass. 29 marzo 1999 n. 3032, citata, secondo cui «la prestazione lavorativa esercitata da addetti alla ricezione delle scommesse in una agenzia ippica, alla stregua del resto di qualsiasi altra attività umana economicamente rilevante, può essere oggetto, a seconda delle modalità concrete del suo svolgimento, di un rapporto di lavoro sia subordinato che autonomo; del resto la previsione dell'iscrizione dei medesimi all'Enpals, disposta dal d.P.R. 22 luglio 1986 n. 1006, ha lo scopo di non lasciarli privi della tutela previdenziale anche in caso di accertata esistenza di un lavoro autonomo» e, nel merito, Trib. Torino 27 marzo 1995 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*) per cui «i c.d. “sportellisti” di una agenzia ippica, addetti alla ricezione delle scommesse ed al pagamento delle vincite, non possono essere considerati lavoratori subordinati allorché risulti inesistente il loro assoggettamento al potere direttivo, gerarchico o disciplinare del datore di lavoro». Anche con riferimento a dette mansioni è quindi ben ipotizzabile la costituzione di un rapporto di collaborazione secondo la Legge Biagi, che ad esempio potrebbe essere ricondotto – se non ad un progetto – ad un programma aziendale (ad esempio la ricezione di scommesse per un specifico settore) o ad una fase di esso (l'attività di ricezione è d'altra parte, il più delle volte, solo una circoscritta fase della gestione delle scommesse di cui le agenzie si occupano).

Anche con riferimento all'attività degli *autotrasportatori* non mancano sentenze, tanto di merito quanto di legittimità, che confermano la possibilità di instaurare rapporti di tipo autonomo, oltre al fatto che il contratto di trasporto è previsto come tipico dallo stesso codice civile. Così, per esempio, una sentenza della Pretura di Torino (sentenza 9 luglio 1997, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*): «non sussiste lavoro subordinato nel rapporto tra un committente ed una pluralità di piccoli trasportatori, quando sia accertato che gli stessi compiono attività di trasporto anche per altri committenti, non sono tenuti al rispetto di un orario di lavoro, sono liberi nella scelta di modi e tempi degli itinerari, non sono sottoposti a potere gerarchico, sopportano il costo economico per l'acquisto del mezzo di trasporto, assumendosi così il rischio di impresa. Non appare rilevante in senso contrario la circostanza della apposizione sul veicolo delle insegne sociali del committente e la consegna ai trasportatori di un manuale riassuntivo degli adempimenti amministrativi relativi alla consegna della merce e delle modalità organizzative consigliate dal committente».

Numerose sentenze riguardo i cosiddetti *pony express*, che costituiscono una specie particolare del più ampio genere degli autotrasportatori.

In tale settore si è ad esempio sottolineata, ai fini della qualificazione del rapporto, la rilevanza dei seguenti elementi: la continuità o meno della prestazione («L'attività del c.d. “pony express” si configura quale lavoro autonomo qualora non vi sussista alcuna direzione datoriale sullo svolgimento della prestazione, né controllo o soggezione ad alcuna forma di potere gerarchico e disciplinare, e, per di più, l'attività non è continua né infungibile», Trib. Milano 15 marzo 1991, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*); la fungibilità o meno di essa, intesa come possibilità da parte del committente di rivolgersi ad altri lavoratori qualora il prestatore di lavoro non esegua l'incarico assegnato (Trib. Milano 15 marzo 1991, cit.); la remunerazione fissa (Cass. pen. 21 marzo 1989, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*), considerata quale indizio di subordinazione, mentre, *a contrario*, è stata ritenuta indice presuntivo di autonomia la sussistenza di un corrispettivo vincolato alla consegna di singoli colli, la cui presa in carico era facoltativa per il prestatore di lavoro (Cass. 25 gennaio 1993 n. 811, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*); la presenza di un “marchio” della società portato addosso dal prestatore di lavoro (Cass. pen. 21 marzo 1989, cit.); la proprietà del mezzo utilizzato («Non sussiste rapporto di lavoro subordinato tra l'impresa che esercita il servizio di trasporto e conse-

gna di plichi e gli autotrasportatori i quali, utilizzando il proprio mezzo di trasporto e assumendo rischi e spese, svolgano la prestazione richiesta senza alcun inserimento sistematico nell'organizzazione dell'impresa», Pret. Torino 9 luglio 1997, cit.); l'inserimento nella organizzazione dell'imprenditore (Pret. Torino 9 luglio 1997, cit.); il coordinamento e controllo a mezzo radio portatile consegnata al singolo fattorino (Cass. pen. 21 marzo 1989, cit.); «la nozione di subordinazione tradizionale, in alcune fattispecie, appare superata sol che si consideri che l'evoluzione della tecnica consente di realizzare il controllo sulla attività lavorativa senza che sia necessaria la presenza e la riunione dei lavoratori in un unico spazio» (Pret. Milano 7 ottobre 1988, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*); la sosta di questi ultimi in zona prestabilita (Cass. pen. 21 marzo 1989, cit.); la coincidenza degli orari con quelli dell'attività della ditta (Cass. pen. 21 marzo 1989, cit.); ovvero, più in generale, la sussistenza dell'obbligo del rispetto di giorni lavorativi o orari determinati dall'imprenditore («Deve, in particolare, essere qualificata come prestazione di lavoro autonomo quella del motofattorino adibito al servizio di "presa" e consegna di plichi in area urbana, eseguito mediante collegamento via radio con la centrale operativa dell'impresa organizzatrice del servizio stesso, quando il contratto non gli imponga alcun obbligo di orario, salvo un limite massimo giornaliero, e addirittura lo lasci libero di presentarsi o no al lavoro ogni giorno», Pret. Napoli 21 agosto 1991, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*. «Deve essere qualificata come prestazione di lavoro autonomo la prestazione avente per oggetto il servizio di "presa" e recapito di plichi eseguita dal lavoratore collegato via radio con la centrale operativa dell'impresa organizzatrice, quando questi non sia vincolato – secondo le intese originarie, non smentite dalle modalità effettive di svolgimento del rapporto – a presentarsi al lavoro giorno per giorno, né a tenersi a disposizione nell'arco della giornata in cui si sia presentato al lavoro per una consegna, ed il prestatore stesso percepisca un corrispettivo fisso indivisibile per ciascuna consegna; non può ravvisarsi, infatti, in tal caso, quella continuità (in senso tecnico) della prestazione, che costituisce elemento indispensabile per la sussistenza di qualsiasi rapporto di lavoro subordinato», Trib. Milano 10 ottobre 1987, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*); la possibilità o meno di rifiutare singole consegne o, più in generale, di stabilire il se ed il quando della propria prestazione (Cass. pen. 21 marzo 1989, cit.; «Ove l'occasionalità delle prestazioni non solo viene prevista nelle intese iniziali, ma finisce con l'inerire al particolare tipo di lavoro, in quanto l'azienda non pretende la disponibilità del singolo collaboratore ("pony express"), potendo far leva sulla notevole eccedenza dell'offerta di lavoro precario rispetto alla domanda e sulla conseguente costante presenza di un congruo numero di messaggeri, e detto collaboratore è libero di stabilire il se ed il quando delle proprie prestazioni ed anzi non deve neppure rimanere in qualche modo a disposizione, non può parlarsi di quella continuità in senso tecnico che costituisce elemento indispensabile per la sussistenza di un qualsiasi rapporto di lavoro subordinato, al pari del vincolo di soggezione al potere disciplinare, non sostituibile, per sua natura, da altri mezzi di pressione», Trib. Milano 10 ottobre 1987, cit.; «Vanno ravvisati gli estremi del rapporto di lavoro autonomo nel caso in cui il lavoratore svolga attività di recapito plichi nell'area urbana con libertà di accertare o meno uno o più incarichi di consegna tra quelli richiestigli via radio dalla sede dell'impresa», Cass. 25 gennaio 1993 n. 811, cit.). Restando nel settore delle spedizioni e trasporti, è d'altro canto già stato portato alla attenzione del Tribunale di Genova (sentenza 7 aprile 2006, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*) un contratto a progetto – genuino – concernente lo svolgimento di *pratiche doganali e portuali*.

Relativamente all'attività degli stessi trasportatori e dei *facchini* si segnala anche Trib. Milano 22 aprile 1995 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*) che ha ribadito l'assenza della subordinazione qualora non vi sia vigilanza, controllo o coordinamento aziendale, se non vi siano vincoli di orario né alcun obbligo di eseguire la prestazione, po-

tendo i lavoratori farsi liberamente sostituire e percependo essi il compenso solo per l'attività effettivamente svolta. La possibilità di rapporti di natura autonoma in relazione ad attività di facchinaggio è riconosciuta altresì da Cass. 11 aprile 1998 n. 2863 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

Ha dato vita ad un ampio contrasto giurisprudenziale la qualificazione del rapporto di lavoro dei *letturisti dei contatori*, contenzioso instauratosi specialmente nei confronti dell'Enel. La sentenza Cass. 10 maggio 2003 n. 7171, cit., ha confermato la pronuncia di merito che aveva escluso il carattere subordinato del rapporto, come pure avevano fatto – già in precedenza – Cass. 25 luglio 1994 n. 6919, Cass. 17 maggio 1993 n. 5585, Cass. 20 agosto 1987 n. 6967, Cass. 14 ottobre 1983 n. 6010, Cass. 11 aprile 1981 n. 2153 e molte altre (tutte in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

Con riferimento agli *istruttori* la giurisprudenza si è più volte soffermata con riguardo agli istruttori di volo e di discipline sportive, cui possono essere senza dubbio paragonati gli istruttori di scuola guida. «Premesso che l'attività del pilota istruttore può essere oggetto sia di un rapporto di lavoro subordinato, sia di un rapporto di lavoro autonomo, non è riscontrabile l'elemento della subordinazione ove difetti quella conformazione della prestazione alle mutevoli esigenze dell'impresa in cui si esprime il potere direttivo del creditore della prestazione stessa, con la conseguenza che il rapporto in esame è da considerarsi "attratto" fra le attività prestate in regime di "autonomia"» (Pret. Catania 20 aprile 1989, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

«Ai fini della qualificazione come autonomo o subordinato di un rapporto di lavoro, deve attribuirsi importanza determinante all'elemento della subordinazione, per il cui accertamento non si può comunque prescindere dalla preventiva ricerca della volontà delle parti e (specie nella materia previdenziale) dal concreto atteggiarsi dei rapporti stessi nel corso della loro esecuzione» (nella specie è stata esclusa, in considerazione sia della mancanza di eterodirezione, che della manifestazione di volontà e delle modalità di espletamento della prestazione, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato nell'attività svolta da istruttori di nuoto che, all'atto della instaurazione del rapporto, avevano concordato il numero di ore di lavoro e la fascia oraria a seconda della propria disponibilità e dei propri impegni; che avevano la possibilità di farsi sostituire; che operavano in totale libertà con assoluta assenza di poteri disciplinari e gerarchici da parte della società, stabilendo il programma ed il contenuto dei corsi, decidendo quali tecniche e metodi impiegare ed effettuando in piena autonomia la valutazione degli allievi. Pret. Torino 7 febbraio 1995, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

«Non è configurabile un rapporto di lavoro subordinato nell'attività, prestata a favore di un circolo sportivo, da alcuni istruttori che operavano con la libertà di farsi sostituire in caso di eventuali assenze, e soprattutto senza la volontà di legarsi agli obblighi ed ai doveri propri del rapporto subordinato, e ciò proprio nella prospettiva di attribuire all'attività svolta come istruttori un valore meramente secondario rispetto ai loro impegni di vita» (Pret. Roma 24 febbraio 1993, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

Anche con riguardo ai *custodi*, la natura autonoma del rapporto non può certo escludersi in via di presunzione. Del resto proprio il Consiglio di Stato (sentenza 3 aprile 2006, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*) ha chiaramente ribadito la possibilità di gestire un castello aperto al pubblico – servizio appaltato da un Municipio ad una cooperativa – mediante rapporti a progetto: anche la presenza di un orario fisso, pur rivestendo una importanza nodale nell'economia del rapporto, non è quindi ostativa alla stipulazione di un contratto di natura autonoma, non costituendo l'elemento caratterizzante del rapporto.

Così come nemmeno per le attività che importino mansioni di *segreteria* è possibile escludere aprioristicamente la configurabilità di rapporti di collaborazione a progetto, come ribadito dalla recente sentenza del Tribunale di Ravenna del 25 ottobre 2005, che ha dichiarato genuino un contratto a progetto avente ad oggetto «l'obiettivo di realizzare un

ufficio commerciale/operativo pienamente sufficiente», benché la realizzazione di tale progetto avesse richiesto, in una certa misura, attività di tipo impiegatizio come la gestione di qualche telefonata ovvero l'evasione di fatture.

Per quanto concerne i *commessi* nei centri commerciali pare richiamabile la pronuncia del Tribunale di Torino del 23 marzo 2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*) che, con riferimento all'attività di *merchandising* operata da alcuni lavoratori per conto di una cooperativa all'interno di un ipermercato ha ritenuto «di escludere la natura subordinata del rapporto stante l'assenza di controlli e direttive da parte della cooperativa, la mancanza di vincoli di orario, il contemporaneo svolgimento di medesima attività nel medesimo luogo per altri soggetti, con suddivisione oraria e di giornate a discrezione dell'incaricato e al massimo dell'ipermercato, la possibilità di farsi sostituire senza neppure comunicare o comunque giustificarsi nei confronti della cooperativa». Sull'attività dei *merchandisers*, peraltro, la legittimità dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa era stata affermata – prima della Legge Biagi – da Pret. Modena 29 maggio 1996 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

Ed anche con riguardo alle *prestazioni di manodopera rese nel settore agricolo* la giurisprudenza ha in diverse circostanze lasciato aperta la possibilità per le parti di stipulare contratti di lavoro di natura diversa, e configurare rapporti di lavoro agricolo che non consentano di attribuire propriamente al lavoratore la qualifica di salariato fisso né quella di bracciante avventizio o giornaliero (*ex multis* Cass. 6 dicembre 1986 n. 7269, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

Non è quindi certo prospettabile una presunzione di subordinazione in relazione al tipo di attività, come del resto la giurisprudenza ha sempre confermato.

4.3. Va invece applicato rigorosamente il meccanismo introdotto dalla Legge Biagi che, imponendo alle parti di chiarire in anticipo per iscritto i termini dell'accordo (progetto, durata, forme di coordinamento, corrispettivo), per un verso, in caso di inottemperanza, pone in capo all'imprenditore l'onere di provare la effettiva autonomia e, per altro verso, in caso di rispetto degli obblighi formali, consente al lavoratore di provare con maggiore facilità eventuali discordanze, nei fatti, rispetto agli obblighi contrattuali.

È però certo che, proprio per le attività per le quali la ripetitività delle mansioni o il carattere elementare delle stesse potrebbero porre il datore di lavoro nella difficoltà di convincere il giudice – in sede di contenzioso – sull'autonomia della prestazione, diviene di notevole importanza la corretta formalizzazione del contratto (che naturalmente va poi rispettato in via di fatto) ed il ricorso alle procedure di certificazione previste dalla stessa Legge Biagi che – quanto meno in parte – rendono i contratti, proprio perché già vagliati da un organo a ciò abilitato dalla legge, meno vulnerabili anche in sede di ispezione.

Alessandro Corvino
Avvocato del Foro di Bergamo

4. Lavoro a progetto (segue)

A proposito della circolare del Ministero del lavoro n. 4/2008 sul lavoro a progetto: profili previdenziali

Sommario: **4.4.** Premessa. – **4.5.** La battaglia (ideologica) contro il lavoro a progetto. – **4.6.** Lavoro a progetto: nuova tipologia di “contratto di lavoro”. – **4.7.** Il condono. – **4.8.** La manovra contributiva. – **4.9.** Quali conseguenze contributive dalla vigilanza? – **4.10.** Contratti avallati dalla certificazione. – **4.11.** Considerazioni conclusive.

4.4. L'annunciata battaglia contro le false collaborazioni coordinate e continuative – per la quale il Ministero del lavoro ha impartito dettagliate istruzioni operative al corpo ispet-

tivo e del Ministero stesso e dell'Inps e dell'Inail (circ. Min. lav. 29 gennaio 2008, n. 4, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*) ad oggetto: «Collaborazioni coordinate e continuative nella modalità a progetto di cui agli artt. 61 e ss. d.lgs. n. 276/2003. Attività di vigilanza. Indicazioni operative») – produrrà effetti e avrà conseguenze anche sul rapporto contributivo. L'eventuale disconoscimento del rapporto di lavoro come *autonomo* e, in particolare, come fondato su un contratto di collaborazione coordinata e continuativa o di lavoro a progetto inevitabilmente comporterà pure l'attrazione delle prestazioni nell'ambito di una gestione previdenziale diversa da quella prevista per i lavoratori cosiddetti parasubordinati (la Gestione separata Inps), ossia verso la gestione prevista per i lavoratori subordinati o dipendenti (il Fondo pensione lavoratori dipendenti, Fpld, dell'Inps). Conseguentemente, inoltre, anche la tutela assicurativa subirà una modificazione e, in maniera specifica, diverso verrà considerato l'inquadramento presso l'Inail.

Il risultato, in conclusione, porterà all'innalzamento del costo del lavoro della prestazione soggetta a vigilanza per la componente *contributiva*. Gli effetti, tuttavia, risulteranno oggi più modesti per via del *naturale* aumento che l'aliquota di contribuzione della Gestione separata ha subito negli ultimi due anni. Questo, ovviamente, oltre il considerare gli aspetti sanzionatori.

Del resto, l'equiparazione del *costo* contributivo delle prestazioni parasubordinate a quello previsto per le prestazioni subordinate era parte del programma del Governo della legislazione appena conclusa, come ribadito più volte dall'ex Ministro del lavoro, Cesare Damiano. Era scritto nel Programma elettorale dell'Ulivo: «Per quanto riguarda il lavoro a progetto (...) puntiamo ad eliminarne l'utilizzo distorto, tenendo conto dei livelli contrattuali delle categorie di riferimento e con una graduale armonizzazione dei contributi sociali». E si aggiungeva, ma la previsione è restata lettera morta, «(...) occorre garantire (...) che l'innalzamento dei contributi non sia totalmente a carico di questi lavoratori» (162). Sono aspetti, questi, su cui torneremo più avanti nel discorso; per ora giova richiamare brevemente il passato che ci ha portato a questo presente in materia di collaborazioni coordinate e continuative e di lavoro a progetto.

4.5. La battaglia contro il lavoro a progetto è partita da tempo. Prima con annunci e proclami, poi con percorsi redentivi di spontanea regolarizzazione (con due condoni, uno sul lavoro nero e uno esclusivo per le false co.co.co.) e, infine, ora il bastone della vigilanza. Se si vuole ufficializzare una data di avvio, questa è il 14 giugno 2006. È in quel giorno che Cesare Damiano, da poco Ministro della Repubblica firma la sua prima circolare (n. 17 del 14 giugno 2006, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*) ad oggetto «Collaborazioni coordinate e continuative nella modalità a progetto di cui agli artt. 61 e ss. d.lgs. n. 276/2003, Call center. Attività di vigilanza. Indicazioni operative»: la circolare con le istruzioni operative al personale ispettivo di Ministero del lavoro, Inps e Inail, preliminari all'avvio di una campagna di vigilanza mirata sulle co.co.co., in particolare nel settore dei call center. Le istruzioni hanno la finalità di risolvere le problematiche emerse – dice la circolare – su singole tipologie di attività interessate dall'utilizzo delle collaborazioni coordinate e continuative dopo la riforma del d.lgs. n. 276/2003 (cioè con il lavoro a progetto), riprendendo la bozza di circolare messa a punto dal suo predecessore Roberto Maroni, mai pubblicata (la si veda in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2006, n. 31). Si parte dai call center come detto, ma con riserva di intervento su altri settori nel tentativo di uniformare i criteri di valutazione del personale ispettivo nelle verifiche. A tal fine, peraltro, il Ministero invita le Direzioni regionali (Drl) e provinciali (Dpl) del lavoro a fornire un'adeguata attività di carattere informativo sulla corretta utilizzazione delle collaborazioni coordinate e continuative, sulla base di criteri e nei tempi che, entro 30 giorni (entro il 15 luglio 2006, dunque), la Commissione centrale di coordinamento delle attività ispettive (che è stata istituita dal d.lgs. n. 124/2004, in [📖](#) indice A-Z, voce *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*, il provvedimento di riforma delle ispezioni attuativo della l. n. 30/2003, in [📖](#) indice

A-Z, voce *Riforma Biagi*) avrebbe dovuto fissare (tali istruzioni, ad oggi, ci risultano non ancora emanate).

Il 28 giugno 2006 il Ministro del lavoro tiene una conferenza stampa di presentazione ufficiale dell'istituzione della Commissione centrale di coordinamento delle attività ispettive. Con l'occasione, il Ministro dà un dettaglio delle fasi dell'operazione di vigilanza sulle collaborazioni coordinate e continuative che, avviata il 14 giugno con l'emanazione della circ. n. 17/2006, dovrà portare di lì a qualche mese gli ispettori nelle aziende, a cominciare da quelle del settore dei call center (si veda la tabella 1). La tabella di marcia prevede come successiva scadenza il 15 luglio 2006, termine fissato dalla circolare ministeriale per l'emanazione, come detto, delle istruzioni (tempi e modalità) per l'attività di carattere informativo destinata agli operatori del settore del call center. Attività che, spiegava il Ministro del lavoro, sarebbe dovuta scattare dalla metà di settembre per protrarsi fino alla fine dell'anno 2007, impegnando le Drl e Dpl. A questa fase informativa avrebbe fatto seguito l'azione ispettiva vera e propria. Con il rischio maggiore per le attività *inbound* dei call center che, secondo le istruzioni ministeriali, sono attività prive dei requisiti della collaborazione coordinata e continuativa a progetto. In queste ipotesi, pertanto, gli ispettori devono ricondurre il rapporto di lavoro (la collaborazione) nell'ambito dell'area della subordinazione con applicazione dei provvedimenti di carattere sanzionatorio e contributivo.

Praticamente, questo periodo di preparazione (di attività informativa) all'operazione ispettiva vera e propria avrebbe dovuto rappresentare (suggeriva il Ministero) una occasione a favore delle imprese per procedere a una sorta di *regolarizzazione spontanea* delle collaborazioni coordinate e continuative.

Tabella 1 – L'agenda ministeriale sulle collaborazioni coordinate e continuative.

14 giugno 2006	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Scatta l'operazione controllo delle co.co.co. Il Ministero del lavoro emana la circ. n. 17/2006, congiuntamente con Inps e Inail, fornendo le indicazioni di carattere generale agli organi di vigilanza per l'accertamento dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa. ▪ Si parte dai call center Le prime dettagliate istruzioni riguardano il settore dei call center, con riserva del Ministero di fornire specifiche indicazioni anche per gli altri tipi di attività.
15 luglio 2006	Entro tale data, la Commissione centrale di coordinamento deve stabilire tempi e modalità per lo svolgimento, da parte delle Drl e Dpl, dell'attività informativa finalizzata a istruire gli operatori sulla corretta utilizzazione delle collaborazioni a progetto.
15 settembre 2006	Avvio campagna di informazione sul campo, a opera degli uffici territoriali del Ministero del lavoro (Drl e Dpl).
1° gennaio 2007	Avvio da parte degli ispettori di una vigilanza mirata a verificare la genuinità delle collaborazioni a progetto.

4.6. Nella circ. n. 5/2008, in esame, il Ministero del lavoro eleva il *lavoro a progetto* a «nuova tipologia contrattuale». Un vero e proprio cambio di rotta rispetto al passato: il lavoro a progetto, infatti, dal suo nascere (con successiva legittimazione della giurisprudenza) è stato considerato *modalità* di svolgimento delle prestazioni di lavoro autonomo. Il Ministero non è d'accordo: non è più da ritenere «mera modalità organizzativa» (circ.

n. 1/2004, in  indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*), ma «una nuova tipologia contrattuale nel più generale ambito delle co.co.co.». Il passaggio appare strumentale e finalizzato a dar forza ai dettami forniti agli ispettori per l'automatismo di conversione delle collaborazioni coordinate e continuative in contratti subordinati (peraltro, la nuova definizione non era contenuta nella bozza di circolare di dicembre 2007. E a leggere attentamente la circ. n. 5/2008 si avverte come se la decisione di inserire la nuova definizione del testo sia stata repentina (a volte sembra quasi contraddetta in alcune parti della circolare). Repentina: la circolare è stata emessa qualche giorno dopo la sfiducia ottenuta dal Governo). Se il lavoro a progetto viene definitivo come “contratto di lavoro”, il giudice è messo nelle condizioni di applicare pienamente la norma sanzionatoria fissata dall'art. 69, comma 1, d.lgs. n. 276/2003: convertire il rapporto in contratto subordinato a tempo indeterminato.

Un cambiamento, anche questo, che prende le mosse da lontano. I primi sentori, infatti, risalgono (sempre) alla circ. n. 17/2006. Nella premessa alla circolare e, comunque, dalla una sua lettura organica, infatti, si rinvergono i (nuovi) caratteri essenziali attribuiti al rapporto di collaborazione. Caratteri che, se nella sostanza ribadiscono quanto previsto dal provvedimento normativo (d.lgs. n. 276/2003) e dalle prime istruzioni (circ. n. 4/2004), ai fini operativi danno un orientamento diverso al personale ispettivo. In particolare, sul piano operativo le nuove indicazioni appaiono – e ne è ora la conferma la circ. n. 5/2008 – come il tentativo di attribuire al lavoro a progetto la fisionomia di un nuovo “contratto di lavoro”, allontanandolo dalla natura che, invece, era stata attribuita dalle prime istruzioni della circ. n. 1/2004 (e poi anche dalla giurisprudenza) di mera modalità di esecuzione delle collaborazioni coordinate e continuative che restano pur sempre disciplinate dall'art. 409 c.p.c. (sia consentito rinviare a D. CIRIOLI, *Sulle co.co.co. ora si cambia rotta*, in *ItaliaOggi*, 16 giugno 2006). Osservando la tabella 2 che segue può notarsi come siano diversi gli elementi essenziali per la legittimazione del lavoro a progetto indicati nelle prime istruzioni (circ. n. 1/2004) e nella circ. n. 17/2006. Secondo quest'ultima, l'individuazione e la specificazione di un progetto o del programma di lavoro è un “presupposto” per la stipulazione di un contratto di lavoro a progetto, a differenza di quanto indicato nella circ. n. 1/2004, laddove era stato precisato che, sebbene requisito delle collaborazioni coordinate e continuative, il progetto (o programma o fase di lavoro) «costituisce una mera modalità organizzativa della prestazione lavorativa». Si aggiunge poi nella circ. n. 17/2006 che il progetto, il programma o fase di esso «diventano parte del contratto di lavoro e devono essere specificati per iscritto e individuati nel loro contenuto caratterizzante». Affermazione in evidente contrasto con le norme di legge e con la giurisprudenza, nel senso che la forma scritta non può che rappresentare un valore indiziario, ma mai decisivo sulla bontà (sulla autonomia) della collaborazione (Trib. Ravenna 25 ottobre 2005, in  indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*).

Tabella 2 – Istruzioni a confronto.

Circ. Welfare n. 1/2004 <i>(requisiti qualificanti)</i>	Circ. Welfare n. 17/2006 <i>(presupposti per la stipulazione del contratto di collaborazione a progetto)</i>
1) Autonomia del collaboratore (elemento qualificatorio essenziale)	1) Criteri di individuazione e specificazione del progetto o programma di lavoro
2) Necessaria coordinazione con il committente	2) Requisiti essenziali che devono connotare l'autonomia del collaboratore nella gestione dei tempi di lavoro
3) Irrilevanza del tempo impiegato per l'esecuzione della prestazione	3) Modalità di coordinamento consentite tra il committente e il lavoratore

4.7. La Finanziaria 2007 (l. n. 296/2006 in  indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*) sembra dare un po' di respiro alle imprese prevedendo una sanatoria per le collaborazioni irregolari (oltre che per il lavoro nero). Al contempo dispone una revisione delle aliquote di contribuzione che, di colpo, salgono di 5 punti percentuali. Quanto alla sanatoria, né le disposizioni normative (la l. n. 296/2006, citata) né l'Inps nella circ. n. 78/2007 (in  indice A-Z, voce *Collaborazione coordinata e continuativa*) in cui detta le istruzioni al pagamento dei contributi parlano mai di "condono" o di "regolarizzazione". Con cura certosina fanno attenzione a chiamare la misura: "stabilizzazione" dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Facendo quasi capire che si tratti di un via, di una possibilità per favorire al rapporto flessibile e meno stabile (la co.co.co.) un contratto di lavoro di tipo subordinato (meno flessibile e più stabile). In realtà, la misura che è scaduta il 30 aprile 2007 e che la l. n. 31/2008 (di conversione del d.l. n. 248/2007, c.d. Milleproroghe, in  *Boll. Spec. Adapt*, 2008, n. 3) ha procrastinato fino al 30 settembre 2008 è qualcosa di più di un condono e di una regolarizzazione. In cambio dell'assunzione per un periodo non inferiore a 24 mesi e del pagamento di un contributo previdenziale integrativo (metà della misura ordinaria), i committenti hanno potuto ricavare l'inefficacia dei provvedimenti amministrativi o di quelli giurisdizionali non definitivi sulla qualificazione del rapporto di lavoro e che, altrimenti, li avrebbe costretti all'assunzione definitiva dei collaboratori irregolari, oltre al pagamento di sanzioni e alla integrazione delle differenze retributive e contributive. La trasformazione, invece, è un'operazione possibile da sempre e autonomamente, senza cioè la necessità del ricorso all'aiuto dei sindacati. Committenti e lavoratori, infatti, possono praticarla in qualsiasi momento durante la vigenza di una collaborazione coordinata e continuativa. La novità è risultata un'altra: una deroga a tutto favore dei committenti più furbi. Che è consistita nell'estensione della possibilità della trasformazione anche nel caso in cui ci siano stati accertamenti sulla qualificazione dei rapporti di lavoro e che, dunque, ordinariamente avrebbero fissato d'ufficio l'assunzione dei collaboratori irregolari (o fittizi), con condanna al pagamento delle differenze contributive e retributive per il periodo di irregolarità accertato. La storia, se dovesse passare la proroga nella conversione del decreto legge Milleproroghe, potrebbe ora ripetersi. Annullando l'annunciata battaglia contro le collaborazioni coordinate e continuative irregolari. E, magari, con lo stesso fallimento della prima sanatoria. Il primo condono, infatti, non ha sortito i risultati attesi. Lo ha affermato lo stesso Ministero del lavoro (nota protocollo n. 11899/2007, in  indice A-Z, voce *Collaborazione coordinata e continuativa*). Più della metà delle imprese ispezionate del settore call center e scoperte con rapporti di collaborazione non genuini (precisamente 340 aziende su 650 verificate) non ha stipulato alcun accordo di stabilizzazione, preferendo aspettare i provvedimenti sanzionatori. Il Ministero ha inoltre denunciato (è chiaro: involontariamente) una scarsa affidabilità dei sindacati, evidenziando che per almeno 30 accordi, relativi a oltre 3 mila lavoratori, era in discussione la validità sul piano giuridico e fattuale. Alcuni accordi per esempio prevedevano la stabilizzazione per *tranche*, con assunzioni scaglionate nel tempo, anche oltre l'anno dall'accordo e, addirittura, fino al 2010.

4.8. Come detto, parallelamente alle attività ispettive e di regolarizzazione, il Ministero del lavoro ha condotto un'attività di equiparazione contributiva del lavoro parasubordinato a quello subordinato (nell'operazione, per aspetti ovviamente diversi, ci sembra ricondurre anche l'anomala previsione delle *dimissioni* certificate, obbligatoriamente, anche per i collaboratori – a progetto e, addirittura, anche le mini co.co.co. – contenuta nella l. 17 ottobre 2007, n. 188 (in *GU*, 8 novembre 2007, n. 260, e in  indice A-Z, voce *Dimissioni* e su cui vedi il commento di G. PELLACANI, che precede in *q. Osservatorio*).

L'aumento contributivo, scattato il 1° gennaio 2007, ha portato una semplificazione delle categorie dei soggetti e delle relative aliquote di contribuzione della Gestione separata Inps, con la fissazione di sole due classi di contribuenti. Alla prima appartengono i sog-

getti che già sono titolari di una pensione (senza più la distinzione tra pensione diretta o indiretta) o che già hanno una copertura previdenziale: pagano il 16%, per un aumento di un punto percentuale ai pensionati e di 5 punti percentuali ai titolari di pensione indiretta e ai soggetti già coperti dal punto di vista previdenziale (prima pagavano il 10%). La seconda categoria riguarda i collaboratori puri, cioè quelli privi di altra copertura previdenziale e non pensionati: pagano il 23,5%. Si tratta, in particolare, di co.co.co., lavoratori a progetto, incaricati delle vendite a domicilio, lavoratori autonomi compresi quelli occasionali. Il rincaro delle aliquote contributive, inoltre, ha determinato l'abrogazione dell'obbligo al contributo aggiuntivo (1%) che, fino al 31 dicembre 2006, era dovuto sulla parte di compensi eccedenti il limite della prima fascia di retribuzione pensionabile (art. 3-ter della l. n. 438/1992, in [📖](#) indice A-Z, voce *Previdenza*).

La Finanziaria 2007 ha ritoccato pure il quadro delle tutele tra cui l'estensione della maternità. La novità ha prodotto un ulteriore rincaro dell'aliquota contributiva di uno 0,22% dei compensi a decorrere dal 7 novembre 2007.

Infine, la l. n. 247/2007 di attuazione del Protocollo 23 luglio 2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce sul *Mercato del lavoro*, sui cui vedi, in generale, il commento di G. ZILIO GRANDI che segue in *q. Osservatorio*) ha introdotto un ulteriore rincaro delle aliquote contributive, con lo scopo di finanziare le nuove misure previste dallo stesso Protocollo. Il rincaro è stato complessivamente di 3 punti percentuali, uno all'anno a partire dal 2008, per la categoria dei collaboratori esclusivi, e di un punto percentuale per la categoria dei parasubordinati pensionati o già lavoratori (si veda la tabella 3). Non è tutto. Sempre il Protocollo Welfare, infatti, ha modificato la Finanziaria 2007 per estendere, a carico dei parasubordinati, anche la tutela dell'interdizione (astensione) anticipata dal lavoro (art. 7 del d.lgs. n. 151/2001, in [📖](#) indice A-Z, voce *Maternità*, il c.d. TU sulla maternità). In virtù della nuova tutela, si attende per il 2008 un nuovo decreto ministeriale di attuazione e rideeterminazione delle aliquote contributive (ci sarà, insomma, un rincaro dell'aliquota dello 0,22%).

L'operazione di revisione delle aliquote di contribuzione ha riverberato gli effetti anche sulle aliquote cosiddette di "computo", vale a dire le percentuali che misurano l'accantonamento (virtuale) dei contributivi di ciascun lavoratore (collaboratore, associato in partecipazione, professionista) sul proprio conto previdenziale e che a fine carriera determinerà la misura dell'assegno di pensione. Nella tabella 4 è riportata una sintesi dell'andamento, che è stato e che verrà, di tali aliquote nel tempo. Può notarsi, tra l'altro, come le aliquote contributive (cioè che si paga effettivamente) sono state fino al 2006 sempre più basse rispetto a quelle di computo (che misurano la pensione): una sorta di incentivo riconosciuto alle giovani generazioni di oggi (che hanno addosso il sovrappeso degli oneri contributivi per pagare le pensioni a chi oggi è nel meritato riposo dal lavoro). Dal 2007 questa sorta di incentivo scompare e le aliquote contributive si equiparano a quelle di contribuzione.

Tabella 3 – Come cambiano le aliquote (1).

	2006	2007	2008	2009	2010	Dal 2011 (3)
Co.co.co. esclusivi						
<i>Totale</i>	18,20%	23,72%	24,72%	25,72%	26,72%	26,81%
<i>Lavoratore</i>	6,06%	7,91%	8,24%	8,57%	8,91%	8,94%
<i>Azienda</i>	12,14%	15,81%	16,48%	17,15%	17,81%	17,87%

Co.co.co. non esclusivi (2)						
<i>Totale</i>	15,00% (2)	16,00%	17,00%	17,00%	17,00%	17,00%
<i>Lavoratore</i>	5,00% (2)	5,33%	5,66%	5,66%	5,66%	5,66%
<i>Azienda</i>	10,00% (2)	10,67%	11,34%	11,34%	11,34%	11,34%
Co.co.co. con partita Iva – Professionisti senza cassa						
	18,20%	23,72%	24,72%	25,72%	26,72%	26,81%
<i>Lavoratore</i>	14,20%	19,72%	20,72%	21,72%	22,72%	22,81%
<i>Cliente</i>	4,00%	4,00%	4,00%	4,00%	4,00%	4,00%

(1) Compresa l'aliquota dello 0,5% dovuta per le prestazioni di maternità e assegno familiare e dell'addizionale dello 0,22% (dovuta dal 7 novembre 2007) per l'estensione della tutela dell'astensione obbligatoria (dm 12 luglio 2007).

(2) Aliquota per i titolari di pensione diretta. L'aliquota è del 10% (3,33% a carico del lavoratore e 6,67% a carico dell'azienda) per le co.co.co. con altra previdenza o titolare di pensione indiretta.

(3) Un'ulteriore maggiorazione di 0,09% sarà decretata in mancanza dei risparmi preventivati dalla razionalizzazione degli enti previdenziali, operazione prevista dal Protocollo 23 luglio 2007.

Tabella 4 – Come si calcola la pensione.

Anno	Iscritti che non risultano assicurati presso altre forme pensionistiche obbligatorie		Titolari di pensione diretta	Titolari di altra prestazione pensionistica o iscritti ad altra gestione	Associati in partecipazione	
1996	10%		10%	10%	/	
1997	10%		10%	10%	/	
1998	12,50%		10%	10%	/	
1999	12,50%		10%	10%	/	
2000	14,50%		10%	10%	/	
2001	14,50%		10%	10%	/	
2002	15,50%		10%	10%	/	
2003	15,50%		12,50%	10%	/	
2004	19,30% Reddito fino a 37.883,00 euro	20% Reddito oltre 37.883,00 euro	15%	10%	19,30% Reddito fino a 37.883,00 euro	20% Reddito oltre 37.883,00 euro
2005	19,50% Reddito fino a 38.641,00 euro	20% Reddito oltre 38.641,00 euro	15%	10%	19,50% Reddito fino a 38.641,00 euro	20% Reddito oltre 38.641,00 euro
2006	19,70%	20%	15%	10%	19,70%	20%

	Reddito fino a 39.297,00 euro	Reddito oltre 39.297,00 euro			Reddito fino a 39.297,00 euro	Reddito oltre 39.297,00 euro
	Iscritti che non risultano assicurati presso altre forme pensionistiche obbligatorie				Pensionati o iscritti ad altra forma pensionistica obbligatoria	
2007	23,00%				16,00%	
2008	24,00%				17,00%	
2009	25,00%				17,00%	
2010	26,00%				17,00%	
2011	26,09%				17,00%	

4.9. Entrata a regime l'azione dei servizi ispettivi (dal 1° marzo 2008) l'accesso degli ispettori in azienda mette i committenti (datori di lavoro) di fronte a tre possibili conseguenze in relazione al fatto che della co.co.co.: a) non esista un progetto, programma di lavoro o fase di esso; b) oppure che esista; c) oppure ancora che esista ma concerna una attività tra quelle individuate come difficilmente inquadrabili nella sfera del contratto di lavoro a progetto.

Nel primo caso opera l'automatismo della trasformazione della collaborazione in rapporto di lavoro dipendente. Gioca a favore del committente l'esistenza della forma scritta della collaborazione. Pur non essendo obbligatoria (è richiesta ai soli fini della prova, infatti) assume tuttavia valore deciso – spiega il Ministero – ai fini dell'individuazione del progetto, del programma di lavoro o fase di esso. Se esiste un contratto scritto, in altre parole, risulterà più agevole ricondurre la prestazione alla fattispecie contrattuale del lavoro a progetto. In assenza del progetto, il personale ispettivo viene autorizzato a ricondurre il rapporto nell'ambito del lavoro subordinato, senza svolgere attività istruttoria. Di conseguenza al committente non resterà che la sede giudiziaria per provare l'effettiva sussistenza di un rapporto di natura autonoma. Nel secondo caso, nelle ipotesi di verifica di rapporti di collaborazione per i quali esista un contratto scritto ossia un progetto, programma di lavoro o fase di esso, gli ispettori procederanno all'attenta valutazione delle prestazioni, onde pervenire alla compatibilità delle stesse con la tipologia contrattuale del lavoro a progetto, tenendo conto di una serie di indici sintomatici previsti dalle norme di legge o elaborati dalla giurisprudenza. Nel terzo caso infine, si tratta di collaborazioni aventi ad oggetto prestazioni che il Ministero del lavoro ritiene di principio non esercitabili nella forma a progetto (senza escluderne, tuttavia, una legittima possibilità). In tale ipotesi, gli ispettori dovranno appurare se le prestazioni siano compatibili con la modalità a progetto e, in mancanza, potranno ricondurre la fattispecie nell'ambito del lavoro subordinato.

L'automatica trasformazione di una collaborazione in rapporto di lavoro subordinato determinerà lo scioglimento del preesistente rapporto previdenziale con la Gestione separata, per dar vita al nuovo rapporto contributivo presso la gestione previdenziale dei lavoratori dipendenti. Ciò significherà, in via principale, un aumento della contribuzione dovuta sulle prestazioni lavorative. Lo scarto è superiore ai 10 punti percentuali: sul lavoro dipendente, infatti, l'aliquota di contribuzione ordinaria è del 38-45% (si veda la tabella 5); quella sul lavoro parasubordinato, come detto, non oltrepassa la soglia del 27%.

Trattandosi di *trasformazione* la novità (il rincaro) contributiva avrà effetto soltanto per il futuro, vale a dire per le prestazioni che saranno rese dal momento della trasformazione

in avanti. Diverso, invece, sarebbe il discorso ove l'ispettore invalidasse il rapporto di collaborazione fin dalla sua instaurazione. In tal caso, infatti, ci sarebbero da recuperare le differenze contributive sul passato che, inevitabilmente, verrebbero incrementate di interessi e sanzioni.

Tabella 5 – La contribuzione sul lavoro subordinato.

Settore	Numero dipendenti	Operati	Impiegati e quadri	Dirigenti	Viaggiatori e piazzisti
Industria	Fino a 15	40,07%	37,85%	36,15%	37,63%
Industria	Da 16 a 50	41,27%	39,05%	36,45%	38,83%
Industria	Oltre 50	41,57%	39,35%	36,45%	39,13%
Industria edile	Fino a 15	44,17%	38,65%	36,15%	38,43%
Industria edile	Da 16 a 50	45,07%	39,55%	36,15%	39,33%
Industria edile	Oltre 50	45,07%	39,85%	36,85%	39,63%
Ind. lapidei	Fino a 15	41,87%	37,85%	36,85%	37,63%
Ind. lapidei	Da 16 a 50	43,07%	39,05%	36,45%	38,83%
Ind. lapidei	Oltre 50	43,07%	39,35%	36,45%	39,13%
Artigianato	/	36,12%	33,90%	/	33,68%
Artig. indotto	Oltre 15	37,32%	35,10%	/	34,88%
Artig. edili	/	42,12%	36,60%	/	/
Artig. lapidei	/	39,82%	35,80%	/	/
Commercio	Fino a 50	38,17%	38,17%	35,73%	35,73%
Commercio	Oltre 50	39,37%	39,37%	36,03%	36,93%
Pubblici eserc.	/	38,94%	38,94%	35,73%	35,33%
Professionisti	/	38,17%	38,17%	35,73%	/
Culto e fabb.	/	38,17%	35,73%	/	/
Credito-assic.	/	38,17%	35,62%	35,072%	/

4.10. Antidoto efficace avverso azioni di ispezioni come quelle programmate dalla circ. n. 4/2008 del Ministero del lavoro è la certificazione dei contratti di lavoro, procedura introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 nell'ambito della riforma Biagi del lavoro (sul punto vedi anche il commento di A. CORVINO, che precede in *q. Osservatorio*; in generale per un approfondimento dell'istituto vedi i contributi raccolti in C. ENRICO, M. TIRABOSCHI, *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro. I nuovi contratti: lavoro pubblico e lavoro privato*, Giuffrè, Milano, 2005). Se la collaborazione o il lavoro a progetto è stato certificato, le parti (committente e lavoratore), i cittadini, la pubblica amministrazione, il fisco, gli ispettori e gli istituti previdenziali non possono agire nei confronti di quel rapporto di lavoro in via contraria agli effetti certificati, almeno non prima di aver ottenuto l'accertamento giudiziale di difformità dell'atto di certificazione. Un esempio: se l'Inps dovesse accertare lo svolgimento di un rapporto di lavoro subordinato in relazione

a un contratto certificato come lavoro a progetto, non potrà agire immediatamente al recupero delle differenze contributive, ma dovrà prima esperire un tentativo obbligatorio di conciliazione presso la Commissione che ha emesso l'atto di certificazione e, se tale tentativo fallisce, proporre ricorso in tribunale per ottenerne l'annullamento.

L'istituto della certificazione, come si accennava, è disciplinato al Titolo VIII (artt. 75-84) del d.lgs. n. 276/2003, dove sono introdotte le *procedure di certificazione*. Il nuovo istituto, infatti, può riguardare la certificazione dei contratti di lavoro; la certificazione di rinunzie e transazioni; la certificazione del regolamento interno delle cooperative relativamente ai contratti stipulati con i soci lavoratori; la certificazione dei contratti di appalto, ai fini della distinzione con la somministrazione di lavoro. Originariamente la certificazione era stata prevista soltanto per alcuni contratti (lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale, a progetto, associazione in partecipazione); poi il d.lgs. n. 251/2004 (di modifica del d.lgs. n. 276/2003, entrambi in [☞](#) indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) ha esteso la praticabilità a tutti i contratti di lavoro.

Organismi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro sono le Commissioni di certificazione istituite presso: gli enti bilaterali costituiti dalle associazioni di datori e prestatori di lavoro nell'ambito territoriale di riferimento, ovvero a livello nazionale quando la Commissione di certificazione sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale; le Dpl; le province; le Università pubbliche e private, comprese le fondazioni universitarie, registrate in apposito Albo istituito presso il Ministero del lavoro, esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo. I fondamentali provvedimenti attuativi sono stati approvati con i dm del 14 giugno 2004 (Albo delle Commissioni universitarie di certificazione, in [☞](#) indice A-Z, voce *Certificazione*) e del 21 luglio 2004 (Commissioni di certificazione presso le Dpl, e le Commissioni di certificazione del regolamento interno delle cooperative presso le province, in [☞](#) indice A-Z, voce *Certificazione*). Il Ministero del lavoro ha fornito le interpretazioni con la circ. n. 48/2004 (in [☞](#) indice A-Z, voce *Certificazione*).

Chi ricorre alla certificazione, una volta che il procedimento sia andato a buon fine, ottiene il rilascio da parte della Commissione di un atto di certificazione che ha natura di provvedimento amministrativo. È motivato e contiene l'indicazione dei rimedi esperibili avverso lo stesso atto, nonché dei termini e dell'autorità cui è possibile ricorrere, facoltà rimessa non solo alle parti del contratto di lavoro ma anche ai terzi nella cui sfera giuridica la certificazione è stata volutamente destinata a produrre effetti. L'atto, inoltre, contiene l'esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti hanno richiesto, ed ottenuto, la certificazione.

La procedura di certificazione dei contratti di lavoro mira a porre un sigillo al nascente rapporto di lavoro circa l'inquadramento normativo dello stesso. In tal modo, si ha l'effetto di prevenire ogni forma di contestazione in merito agli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali del contratto di lavoro.

Con la certificazione, dunque, i datori di lavoro possono elevare scudo anche nei confronti degli istituti previdenziali, Inps e Inail in primo luogo. Il provvedimento, infatti, non potrà essere oggetto di contestazione da parte degli ispettori in relazione alla qualificazione del rapporto di lavoro e ai conseguenti obblighi contributivi. Almeno non prima di aver adito l'autorità giudiziaria ed ottenuto l'annullamento dell'atto di certificazione. Gli effetti dell'atto di certificazione, infatti, permangono fino al momento in cui non venga accolto, con sentenza di merito, un ricorso giurisdizionale. Ciò vale anche nelle ipotesi di accertamento di discordanze fra programma negoziale certificato e quello concretamente posto in essere dalle parti. In questi casi, in particolare, l'esistenza di un atto di certificazione comporta che non è possibile passare direttamente dalla constatazione delle pretese omissioni contributive all'azione di recupero del credito, come avveniva per il passato. Ma bisognerà prima obbligatoriamente esperire un tentativo di conciliazione davanti alla

stessa Commissione che ha adottato l'atto di certificazione contestato. Se tale tentativo non va a buon fine, potrà poi proporre ricorso al tribunale. A questo punto, l'eventuale accertamento giurisdizionale della difformità contestata darà via libera nella prosecuzione delle azioni di recupero contributivo.

La certificazione, dunque, assurge al compito di "validazione" legale che le parti ottengono con riferimento al contratto di lavoro. È chiaro che il relativo atto ha valore finché le condizioni e i requisiti che hanno permesso tale validazione vengono rispettati. Nel momento in cui si verificano violazioni alla regolamentazione del rapporto di lavoro, tuttavia, l'atto continua ad esplicare efficacia (cioè non si annulla automaticamente). Ma è possibile praticare rimedi di tipo giudiziario finalizzati a ottenere l'annullamento dell'atto di certificazione, operazione propedeutica peraltro ad ogni altro tipo di rivendicazione di diritti e/o obbligazioni elusi.

4.11. Volendo trarre alcune considerazioni conclusive non si può non rilevare un dato di fatto inconfutabile. La Legge Biagi non solo non ha favorito la c.d. precarietà ma può essere usata, alla stregua di una "clava", anche per contrastare le false collaborazioni. Il Ministero del lavoro se ne è servito – senza dover ricorrere a interventi legislativi di «radicale modifica» della l. n. 30 – per riordinare le classificazioni del personale nei call center. Nella recente circ. n. 4, che qui si commenta, il Ministero ha impartito direttive molto precise e severe agli ispettori per quanto riguarda le attività lavorative che «non sembrano adattarsi per le tipiche modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, non tanto con una prestazione di natura autonoma, intesa in senso ampio, quanto con lo schema causale della collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto». Segue un'elencazione – a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo – finalizzata a sollecitare una maggiore attenzione nei confronti delle attività individuate. L'approccio è dunque corretto, almeno sul piano formale. Il Ministero si limita a delimitare, anche sulla base degli orientamenti della giurisprudenza, i confini all'interno dei quali la vigilanza deve farsi più attenta, fino ad assumere – in via di fatto – una sorta di presunzione di natura burocratica sulla impraticabilità di collaborazioni a progetto nell'ambito delle figure professionali individuate nella circolare. *Il Sole 24 Ore* ha tentato persino di quantificare il numero di addetti nei principali settori di attività indicati nella "lista nera" del Ministero. Si tratta di oltre 90 mila contratti di cui 6.520 addetti alle pulizie, 12.340 estetiste, parucchieri, badanti e babysitter, 18.198 commessi, 18.974 segretarie. Si tratta di numeri necessariamente approssimativi, dal momento che i criteri di classificazione fino ad ora seguiti nella Gestione separata dell'Inps (i soli dotati di un minimo di attendibilità, pur con tutti i loro limiti) sono diversi (tabella 6) da quelli contenuti nella circolare.

Tabella 6 – Numero dei collaboratori distinti per attività e tipologia (a titolo esclusivo o concorrente), anno 2004.

	A titolo esclusivo		A titolo concorrente		Con altro lavoro Val. assoluto	In %
	Val. assoluto	In %	Pensionati Val. assoluto	In %		
1. amministratore, sindaco, revisore	255.674	23,7	51.096	37,7	199.638	59,7
2. membro di collegi e Commissioni	3.745	0,3	2.059	1,5	9.331	2,8
3. amministratore di	1.758	0,2	690	0,5	1.420	0,4

condominio						
4. collaboratore di giornali e riviste	13.392	1,2	999	0,7	3.326	1,0
5. consulente amministrativo, contabile	30.477	2,8	4.086	3,0	6.025	1,8
6. traduttore	2.320	0,2	153	0,1	312	0,1
7. consulente aziendale	59.579	5,5	15.911	11,7	11.834	3,5
8. consulente fiscale	1.463	0,1	257	0,2	239	0,1
9. consulente informatico	21.912	2,0	746	0,6	2.009	0,6
10. consulente finanziario	1.411	0,1	208	0,2	352	0,1
11. consulente immobiliare	6.426	0,6	192	0,1	684	0,2
12. consulente in campo assicurativo	2.615	0,2	278	0,2	549	0,2
13. operatore recupero crediti, ecc.	4.216	0,4	224	0,2	443	0,1
14. docente di formazione, istruttore, ecc.	53.031	4,9	4.035	3,0	17.771	5,3
15. dottorato di ricerca	11.113	1,0	340	0,3	2.504	0,7
16. esecutore di sondaggi, <i>marketing</i>	37.586	3,5	764	0,6	1.744	0,5
17. operatore trasporti e spedizioni	6.503	0,6	828	0,6	604	0,2
18. operatore settore moda	3.699	0,3	299	0,2	256	0,1
19. animatore turistico e d'intrattenimento	1.537	0,1	155	0,1	311	0,1
20. collaboratore fiere e mercati, vetrine	8.125	0,8	434	0,3	865	0,3
21. operatori igiene, salute, pranoterapia	13.855	1,3	1.268	0,9	1.910	0,6
22. consulente d'estetica	3.243	0,3	60	0,0	170	0,1
23. venditori porta a porta	5.927	0,5	279	0,2	672	0,2
24. operatori manutenzione giardini	1.242	0,1	374	0,3	183	0,1
25. socio lavoratore coop.	42.017	3,9	462	0,9	1.521	0,5

26. amministratori enti locali	742	0,1	158	0,1	478	0,1
27. spedizioniere doganale	109	0,0	25	0,0	19	0,0
28. associati in partecipazione	5.191	0,5	646	0,5	1.827	0,5
29. altro	479.981	44,5	48.604	35,8	67.396	20,2
Totale	1.078.889	100,0	135.630	100,0	334.401	100,0

Fonte: Inps.

Ben presto vi sarà il modo di monitorare gli effetti delle nuove direttive, le quali, pur prendendo le mosse dall'impostazione di fondo della Legge Biagi (e al dunque riscattandola dalle accuse ingiuste) ne tradisce lo spirito. Nell'applicazione pratica da parte degli ispettori dell'Inps che già adesso operano annettendo al lavoro dipendente tutto quanto possibile (si raccontano casi di schematismi addirittura offensivi del buon senso comune) e che sottopongono l'istituto ad un contenzioso spesso soccombente, la circolare funzionerà secondo la logica delle campagne a tappeto, magari con la finalità recondita di preordinare, nei settori individuati, le assunzioni a tempo indeterminato per non avere grane. Diverso era l'approccio della l. n. 30 e dei provvedimenti attuativi. Avrebbe dovuto essere il ricorso alla procedura di certificazione a "fare aggio" – fino a prova contraria – sulla natura del rapporto contrattuale. Veniva prefigurata, in questo modo, una "valutazione" di carattere preliminare che le parti avrebbero potuto opporre anche agli ispettori, fermo restando il loro diritto-dovere ad ogni ulteriore accertamento. Il ricorso abituale e diffuso alla certificazione avrebbe potuto consentire ai servizi di vigilanza di occuparsi prioritariamente delle situazioni che a quella procedura si fossero sottratte, utilizzando in questo modo al meglio le energie di un ventaglio di iniziative, pubbliche e private, organizzate per "fare sistema". Purtroppo, le esperienze di certificazioni non sono soltanto poche, ma vengono pure scoraggiate da un contesto in cui, anche quando ci si avvale degli strumenti della Legge Biagi, si preferisce farlo a metà: con un mix di dirigismo e di sospetto. Ma per fortuna, gli scenari della politica annunciano che l'epoca della restaurazione sta volgendo al termine. Così la condizione dei lavoratori atipici dovrà essere riportata su binari equi anche sul piano previdenziale. Come si è ricordato in precedenza, la legislazione degli ultimi due anni ha disposto un incremento di 6 punti di aliquota contributiva nel 2007 e di altri 3 (uno all'anno) nel 2008, 2009 e 2010. In sostanza, questi lavoratori, nell'arco temporale di un quadriennio (2007-2010), subiranno un maggior prelievo di ben 9 punti di aliquota contributiva (circa 4,8 miliardi) che i committenti preleveranno, alla fine, dai loro modesti redditi. La nuova legge prevede altresì – sia pure in termini programmatici all'art. 3, comma 1, lett. b), del disegno di legge – di «proporre politiche attive che possano favorire il raggiungimento di un tasso di sostituzione al netto della fiscalità non inferiore al 60%, con riferimento all'aliquota prevista per i lavoratori dipendenti». Se si tratta di una promessa essa è palesemente insostenibile; se si tratta solamente di un proposito o di un auspicio non ha alcun senso la sua collocazione in una norma. Inoltre – fermo restando il criterio della ripartizione – nessuno è in grado, adesso, di promettere che i contribuenti di domani potranno effettivamente onorare le promesse accumulate durante la vita lavorativa dai futuri pensionati (gli atipici di adesso). Allora, proprio perché è imposto un sacrificio contributivo di notevole entità, che inciderà profondamente sui redditi di lavoratori appartenenti all'ultimo girone del mercato del lavoro ufficiale, diventa indi-

spensabile diversificare la tutela pensionistica, accedendo ad un secondo pilastro privato a capitalizzazione. I giovani c.d. precari (iscritti in via esclusiva alla Gestione separata) non potranno mai reperire risorse sufficienti per una pensione di scorta se la previdenza pubblica continuerà a drenare ogni loro possibilità. Si tratta allora di stabilire che i *3 punti di aliquota* previsti per il prossimo triennio siano essere destinati a forme di previdenza complementare a capitalizzazione. Nello stesso tempo, dovrebbe essere consentito l'*opting out* volontario fino a *4 punti* presi dall'aliquota obbligatoria e destinati alla posizione individuale di previdenza privata. I giovani atipici avrebbero così la possibilità di versare nel secondo pilastro un ammontare equipollente al trattamento di fine servizio (t.f.s.). E costituire così un "secondo pilastro" dignitoso.

Giuliano Cazzola

Senior advisor – Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi
Docente di Diritto della previdenza sociale – Università degli Studi di Bologna

Daniele Cirioli

Scuola internazionale di Dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

4. Lavoro a progetto (*segue*)

Incarichi professionali e co.co.co. nelle Pubbliche Amministrazioni dopo la Finanziaria per il 2008

Sommario: **4.12.** I termini della questione: il dibattito dottrinale e la giurisprudenza contabile. –

- 4.13.** Le novità introdotte dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008). La comprovata specializzazione universitaria (art. 3, comma 76). – **4.13.1.** *Segue:* obbligo di pubblicazione dei contratti di collaborazione esterna sul sito web dell'ente (art. 3, commi 18 e 54).
- **4.13.2.** *Segue:* le norme per gli enti locali: la programmazione degli incarichi di consulenza (art. 3, comma 55) e la fissazione dei limiti di spesa annua per consulenze (art. 3, comma 56).
- **4.14.** Criteri di gestione del personale.

4.12. A partire dal cosiddetto "decreto taglia-spese" del 2004 (d.l. n. 168/2004, convertito in l. n. 191/2004, in  indice A-Z, voce *Pubblico impiego*), il fenomeno del ricorso da parte delle Pubbliche Amministrazioni (P.A.) alle collaborazioni professionali è stato oggetto di numerose attenzioni sia da parte del legislatore che della giurisprudenza contabile.

Se infatti da un lato le P.A. hanno l'obbligo generale di svolgere le funzioni istituzionali utilizzando il proprio personale dipendente, dall'altro l'aumentare della complessità delle funzioni amministrative necessita di sempre maggiore professionalità non sempre reperibile presso le P.A.; e d'altra parte le sempre più sentite esigenze di riduzione della spesa pubblica, ed in particolare della spesa per il personale, hanno causato per diversi anni il blocco delle assunzioni. Questa situazione ha di fatto contribuito ad un generale aumento del ricorso alle collaborazioni esterne, sia in modo occasionale – attraverso il conferimento di incarichi professionali *ex art. 2230 c.c.* ovvero di contratti d'opera *ex art. 2222 c.c.* – sia in modo continuativo, mediante l'utilizzo del contratto di collaborazione coordinata e continuativa. Peraltro, la circ. n. 5/2006 del Dipartimento della Funzione Pubblica (F.P.) (in  indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*) considera in un'unica categoria le varie forme contrattuali che possono essere utilizzate per il conferimento di consulenze esterne, in quanto, sostiene la F.P. – ai sensi del comma 6 dell'art. 7, d.lgs. n. 165/2001, come novellato dalla l. n. 248/2006 (in  indice A-Z, voce *Pubblico impiego*) –, ciò che rileva sul piano legale è il conferimento dell'incarico all'esterno, indipendentemente dal *nomen iu-*

ris dello schema contrattuale utilizzato.

Naturalmente, l'esigenza di limitare il ricorso alle collaborazioni esterne è anche direttamente riconducibile alla necessità di ridurre al massimo i possibili abusi che la contrattazione diretta con collaboratori esterni può comportare, nel senso di consentire un aggiramento di fatto del principio dell'assunzione mediante concorso pubblico *ex art. 97*, comma 3, Cost. In effetti è su questa scia che si collocano i numerosi e consolidati interventi della Corte dei Conti, che hanno ravvisato ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile nei confronti degli amministratori di enti pubblici, i quali avevano utilizzato le collaborazioni esterne laddove sarebbe stato invece necessario utilizzare le professionalità già esistenti nei ruoli delle P.A. (vedi *ex plurimis*, tra le più recenti pronunce giurisdizionali, C. Conti, sez. giurisd. Veneto, n. 303/2007; C. Conti, sez. giurisd. Lazio, n. 1792/2006; C. Conti, sez. giurisd. Trentino Alto Adige, sede Trento, n. 48/2006; C. Conti, sez. giurisd. Liguria, n. 912/2003). Anche l'attività di controllo della Corte dei Conti ha, effettivamente, formulato importanti indicazioni, sia direttamente alle P.A. oggetto del controllo, sia al legislatore come risulta evidente dalla lettura della delibera della Corte dei Conti, centrale di Controllo sulla Gestione delle Amministrazioni dello Stato, n. 7/2005/G, che costituisce un riferimento fondamentale per la valutazione della legittimità del conferimento di incarichi esterni (vedi anche C. Conti, sez. Controllo Toscana, delibera n. 7/P/2006. Inoltre si segnala C. Conti, sez. Controllo Piemonte, parere n. 3/Par./2007, cit.).

Il legame tra evoluzione normativa in materia di collaborazioni esterne alla P.A. e giurisprudenza contabile è così evidente che è possibile ricostruire la prima sulla base della ricezione dei principi consolidatisi nella giurisprudenza. Attualmente i principi affermati dalla Corte dei Conti sulla legittimità del ricorso alle collaborazioni esterne possono essere così sintetizzati: «a) rispondenza dell'incarico agli obiettivi dell'amministrazione; b) inesistenza, all'interno della propria organizzazione, della figura professionale idonea allo svolgimento dell'incarico, da accertare per mezzo di una *reale* ricognizione; c) indicazione specifica dei contenuti e dei criteri per lo svolgimento dell'incarico; d) indicazione della durata dell'incarico; e) proporzione fra il compenso corrisposto all'incaricato e l'utilità conseguita dall'amministrazione» (cfr. C. Conti, sez. centrale di Controllo sulla Gestione delle Amministrazioni dello Stato, delibera n. 7/2005/G, cit.; i medesimi principi sono espressamente richiamati dalla circ. n. 5/2006, cit.).

La disciplina del fenomeno delle collaborazioni esterne è contenuta in via generale nell'art. 7, commi 6, 6-bis, 6-ter e 6-quater, del d.lgs. n. 165/2001, che è stato rivisitato in maniera piuttosto significativa dalla Legge Finanziaria 2008 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del Lavoro*) e, per gli enti locali, in particolare nell'art. 110, comma 6, del Testo Unico degli enti locali, d.lgs. n. 267 del 2000 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Pubblico impiego*).

4.13. Le novità introdotte dalla Legge Finanziaria 2008 in materia di collaborazioni esterne sono contenute nell'art. 3. L'art. 3, comma 76, prevede esplicitamente che l'incaricato – indipendentemente dal fatto che venga utilizzato un contratto di prestazione professionale ovvero di co.co.co. – sia in possesso di «comprovata specializzazione universitaria». La questione, che potrebbe apparire di poco conto, in realtà è stata oggetto di un vivace dibattito amministrativo, di cui si segnala la nota del Ministero dell'interno, Direzione Centrale per le Autonomie, del 4 ottobre 2006, che già prima dell'intervento normativo in esame richiedeva che per consentire legittimamente il ricorso a collaborazioni esterne le funzioni oggetto di questi contratti non potessero essere quelle operaie, ma dovessero risultare almeno di livello impiegatizio.

Sempre prima della Legge Finanziaria del 2008, ancora più esplicita sulla necessità che le prestazioni oggetto del contratto di collaborazione, anche nelle modalità della co.co.co., dovessero essere di elevato contenuto professionale è l'autorevole interpretazione della F.P. contenuta nella circ. n. 4/2004 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Pubblico impiego*), dedicata

proprio alla questione delle collaborazioni esterne nelle P.A., laddove si sostiene che «deve trattarsi di prestazioni di elevata professionalità, quindi di prestazioni d'opera intellettuale da affidarsi, ad esempio, ma non solo, a coloro che esercitano un'attività per la quale è richiesta una abilitazione all'esercizio della professione e l'iscrizione in appositi albi, oppure di prestazioni di altro tipo non reperibili nel settore pubblico».

Pertanto oggi, sebbene in alcune materie come l'*information technology* il possesso di un diploma di laurea specifico possa non necessariamente essere l'unico strumento di valutazione professionale per le figure professionali riconducibili all'informatica, la questione si deve ritenere risolta dalla legge, che esplicitamente richiede il criterio soggettivo del possesso del diploma di laurea da parte del collaboratore. Secondo una interpretazione autorevolmente sostenuta (cfr. G. BERTAGNA, F. CAPONI, *P.A.: incarichi esterni "a ranghi ridotti"*, in *Guida al Pubblico Impiego, Il Sole 24 Ore*, gennaio 2008 n. 1, 35), la lettera della norma che richiede una «particolare e comprovata specializzazione universitaria» potrebbe far propendere per la necessità di un diploma universitario superiore alla laurea conseguita al termine del primo ciclo del nuovo ordinamento universitario. Secondo tale interpretazione, infatti, sarebbe necessaria o la laurea specialistica del nuovo ordinamento, ovvero il diploma di laurea del vecchio ordinamento universitario. Invece, secondo una diversa interpretazione letterale – preferita da chi scrive perché meno vincolante a fronte di una disposizione normativa non particolarmente chiara – l'aggettivo "universitaria" sarebbe qualificativo del sostantivo "specializzazione", e pertanto la specializzazione richiesta sarebbe quella di tipo universitario, senza alcuna particolare specificazione del livello di laurea conseguito, tanto di primo livello quanto di livello specialistico. Si osserva comunque che la questione della necessità di un diploma di studio di livello universitario come presupposto soggettivo delle collaborazioni esterne sembrava già in qualche modo preconizzata dalla citata circ. n. 4/2004 della F.P., che limitava la possibilità per le P.A. di ricorrere alle collaborazioni esterne restringendole alle sole ipotesi di "prestazioni di opera intellettuale", previsione confermata dalla Funzione Pubblica anche nella successiva circ. n. 5/2006. Infatti, dal requisito che la prestazione dovesse essere di tipo intellettuale alla necessità della laurea il passo è davvero piuttosto breve.

Senza entrare nel merito della reale opportunità pratica della generale estensione di questo requisito, che per sua natura si è definito come soggettivo, in quanto il possesso della laurea è una condizione soggettiva del collaboratore, si deve osservare che esso è anche strettamente connesso alla prestazione che è oggetto del contratto di prestazione professionale o di co.co.co. Infatti non sarebbe affatto logico che la legge richieda il possesso della laurea per svolgere compiti e funzioni di basso contenuto professionale. Al riguardo dunque, l'oggetto del contratto di collaborazione esterna, nelle diverse forme previste dall'ordinamento, di cui all'art. 2222 c.c., all'art. 2230 c.c. ed alla co.co.co., deve essere una prestazione caratterizzata da "particolare specializzazione", che sul piano soggettivo è "comprovata" dal possesso della laurea.

Piuttosto peculiare, e neppure condivisibile sul piano della logica che ha indirizzato il legislatore, è invece l'eccezione al principio generale, secondo la quale la «specializzazione universitaria» non è richiesta per le funzioni dei «componenti degli organismi di controllo interno e dei nuclei di valutazione, nonché degli organismi operanti per le finalità di cui all'articolo 1, comma 5, della legge 17 maggio 1999, n. 144» (cfr. art. 3, comma 77, l. n. 244/2007, che introduce il comma 6-*quater* del d.lgs. n. 165/2001). A chi scrive pare che, se doveva essere inserito il requisito della laurea per le prestazioni esterne, a maggior ragione ciò doveva avvenire proprio per tali funzioni, di elevatissimo contenuto professionale e di interesse generale strettamente legato al buon andamento dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 97 Cost. Quindi l'interesse pubblico tutelato da queste eccezioni al principio generale sembra davvero poco comprensibile.

In via generale, comunque, è abbastanza evidente l'impatto che questa norma può avere

sulla realtà di molti contratti di co.co.co., che nel corso degli anni sono stati stipulati dalle P.A. nella vigenza del pluriennale blocco delle assunzioni. In tali condizioni, le P.A. meno virtuose sul versante del contenimento della spesa, ovvero meno avvedute rispetto ai processi di riqualificazione interna del personale e di riorganizzazione strategica, sono state spesso spinte in questi anni, dalla necessità pratica di garantire i servizi al cittadino, anche ad utilizzare le prestazioni esterne in modo improprio. Naturalmente ciò non doveva in ogni caso accadere, come peraltro già prevedeva la citata circ. n. 4/2004 secondo cui «[l]’amministrazione, tuttavia, sia in virtù della propria funzione volta alla realizzazione di interessi pubblici, sia in virtù dell’espresso richiamo del legislatore (...) appare comunque tenuta, anche con riferimento alla disciplina dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, ad adottare criteri che impediscano un uso elusivo e distorto di tale forma contrattuale».

D’altra parte si deve osservare che la riforma della disciplina delle collaborazioni esterne deve essere letta tenendo presente altre due norme ad essa correlate: la prima è l’art. 3, comma 79, della stessa l. n. 244/2007, che ha modificato l’art. 36, d.lgs. n. 165/2001, limitando drasticamente per le P.A. le assunzioni con contratti diversi dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato – l’art. 3 ha sostituito integralmente l’art. 36, d.lgs. n. 165/2001, e al comma 1 prevede che «le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali»; seguono poi alcune eccezioni al principio generale ai commi successivi –; la seconda è l’art. 1, commi 523 e 526, della l. n. 296/2006 (Legge Finanziaria 2007, in  indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*), che disciplina la “stabilizzazione” dei contratti di co.co.co. precedentemente stipulati dalle P.A.

Il quadro complessivo che viene fuori da una lettura comparata di queste norme è quello di una sostanziale eccezionalità del ricorso alle collaborazioni esterne indipendentemente dallo schema contrattuale utilizzato, rispetto all’affermazione della regola generale della necessità per le P.A. di ricorrere al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, stipulato a seguito del superamento di un concorso pubblico.

4.13.1. Si tratta di un obbligo del tutto coerente rispetto all’impianto della norma, proprio perché anche la pubblicità del ricorso agli incarichi di collaborazione esterna può contribuire ad un controllo democratico del rispetto dei caratteri di eccezionalità degli incarichi stessi rispetto alle ordinarie funzioni dell’ente pubblico. Si deve anche osservare che la pubblicità delle determinazioni gestionali dell’ente è alla base di diversi precedenti interventi normativi, tra cui proprio una recente novella al medesimo art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248, che oltre ad alcune modifiche dell’art. 7 ha introdotto i commi 6-bis e 6-ter), che la norma in esame ha ancora una volta rivisitato, che prevedeva già (comma 6-bis) che ogni amministrazione disciplinasse e rendesse pubbliche, secondo i propri ordinamenti, le procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione. Al riguardo la F.P. nel 2006 scriveva che «la preventiva regolamentazione e pubblicità delle procedure comparative costituisce adempimento essenziale per il legittimo conferimento di incarichi di collaborazione. Ciò anche in ossequio ai principi di buon andamento ed imparzialità della amministrazione sanciti dall’articolo 97 della Costituzione, da cui discendono i principi di trasparenza e ragionevolezza che devono ispirare ogni procedimento amministrativo» (cfr. la circ. n. 5/2006 più volte richiamata). È questa infatti la condivisibile logica della pubblicazione delle collaborazioni esterne sul sito *web* dell’ente, che tende a valorizzare la trasparenza delle scelte pubbliche anche tramite l’utilizzo di internet, coerentemente con i principi di innovazione dell’azione della P.A. di cui al d.lgs. n. 82/2005 (Codice

dell'Amministrazione digitale, in  indice A-Z, voce *Pubblico impiego*).

Si precisa poi il fatto che la norma in esame dispone che la pubblicazione degli incarichi via *web* – specificando il nominativo del consulente, l'oggetto dell'incarico e il compenso – è condizione di efficacia o, meglio, condizione legale sospensiva *ex art.* 1353 c.c. del contratto di prestazione professionale o di co.co.co.

4.13.2. Con specifico riferimento agli enti locali (relativamente, in particolare, all'esperienza della Regione Emilia Romagna, cfr. G. NATULLO, *L'accordo sulle collaborazioni coordinate e continuative nella Regione Emilia Romagna, tra disciplina degli "incarichi" e lavoro "a progetto"*, in *q. Rivista*, 2007, n. 2, 549 ss., e M. POZZI, *Rapporti di collaborazione coordinata e continuativa nella P.A. Il caso della Regione Emilia Romagna*, in *q. Rivista*, 2007, n. 3, 866 ss.), poi, la Finanziaria 2008 prevede la necessità che le collaborazioni esterne siano preventivamente determinate in un documento annuale di programmazione, che deve essere approvato dal Consiglio comunale o provinciale. Questo documento di programmazione è esplicitamente ricondotto ad una ordinaria competenza del Consiglio, il quale è «l'organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo» dell'ente locale (art. 42, comma 2, lett. *b*), d.lgs. n. 267/2000).

Questa funzione programmatica e di controllo è tipica dell'organo consiliare dell'ente locale, in quanto proprio il Consiglio è espressione della volontà popolare, ed è pertanto il luogo naturale del controllo sull'attività della Giunta, anche nei termini del controllo preventivo e successivo sulla spesa dell'ente e sulla composizione della giunta stessa, con particolare riferimento ai programmi ed ai piani finanziari. In quest'ambito è inserita la programmazione della spesa per gli incarichi esterni all'ente.

Sebbene questa disciplina speciale riguardi specificamente gli enti locali, non sarebbe corretto ritenere che la necessità programmatica dell'affidamento degli incarichi esterni non riguardi anche tutte le altre P.A.

Si osserva infatti che, proprio con riferimento al requisito della necessità di procedere all'affidamento degli incarichi di consulenza sulla base di una preliminare programmazione – necessaria sia sul piano della valutazione delle possibili scelte organizzative-gestionali dell'ente pubblico, sia sul piano della preventiva valutazione finanziaria della necessità o dell'opportunità del conferimento degli incarichi esterni –, la questione è autorevolmente affrontata in via amministrativa dalla citata circolare n. 4/2004 della F.P.: «*deve però aggiungersi che anche le pubbliche amministrazioni sono profondamente orientate da logiche programmatiche, finalizzate al controllo delle attività ed alla valutazione dei risultati*», pertanto l'utilizzo delle collaborazioni esterne dovrebbe già naturalmente inserirsi nell'ambito di attività oggetto dell'indirizzo politico-amministrativo che trovano logica attuazione attraverso la definizione di obiettivi strategici ed obiettivi operativi. Pertanto, anche alla luce dei principi contenuti nel decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, in materia di controllo, la motivazione che sottende l'attivazione della collaborazione dovrebbe far riferimento a programmi, progetti o fasi di essi» [corsivo dell'A.]. L'esigenza avvertita dalla F.P., in merito alla necessità di programmazione dell'affidamento di incarichi esterni alla P.A., è la medesima sottesa all'intervento normativo della Finanziaria 2008 rispetto agli enti locali, e riguarda la necessità di effettuare un controllo tanto preventivo (programmazione in senso stretto) quanto successivo (valutazione dei risultati) sull'affidamento degli incarichi esterni.

Inoltre, sempre con riferimento agli enti locali, la Finanziaria 2008 (art. 3, comma 56) prevede che gli enti locali fissino con regolamento i «limiti, i criteri e le modalità per l'affidamento di incarichi di collaborazione, di studio o di ricerca, ovvero di consulenze, a soggetti estranei all'amministrazione» ai sensi dell'art. 89, d.lgs. n. 267/2000.

Al riguardo, da un lato si ritiene del tutto condivisibile la necessità di programmazione delle collaborazioni esterne, sia per garantire la necessaria previa valutazione sulla possibilità o meno di far fronte col personale interno alle esigenze che originano la collabora-

zione stessa, sia per rendere anche finanziariamente compatibile in termini di governo della spesa pubblica dell'ente il ricorso alla collaborazione esterna. D'altro lato, invece, non sfugge il fatto che vincolare formalmente ad un regolamento organizzativo l'approvazione dei limiti annuali di ricorso alle collaborazioni esterne sia un appesantimento probabilmente eccessivo, in quanto esso potrebbe obbligare gli enti locali a revisionare finanche annualmente tale regolamento qualora siano da modificare i limiti di spesa per le collaborazioni esterne. Una cosa infatti è la programmazione annuale degli incarichi esterni, che risulta una misura giustificata ed assolutamente opportuna e condivisibile in termini di controllo della spesa pubblica, ed un'altra è la concreta eventualità di dover spesso procedere alla revisione del regolamento di organizzazione che stabilisce i limiti di spesa per le collaborazioni esterne. Infatti lo strumento individuato – il regolamento, appunto – per sua natura dovrebbe avere un certo carattere di stabilità. Tuttavia, proprio questa procedura piuttosto farraginosa potrebbe, a parere di chi scrive, indurre gli enti locali a indicare nei propri regolamenti limiti di spesa per collaborazioni esterne molto elevati e comunque superiori alle reali necessità dell'ente, al fine di non dover variare periodicamente il relativo regolamento. Se l'ipotesi prospettata si realizzasse in maniera diffusa, il risultato che si otterrebbe in termini di funzionalità dello strumento normativo per il contenimento della spesa pubblica risulterebbe del tutto insufficiente, se non nullo.

4.14. A questo punto, esaurita l'analisi giuridica della norma in esame, appare utile formulare alcune valutazioni in termini di opportunità gestionali dell'utilizzo legittimo delle collaborazioni esterne, e delle co.co.co. in particolare (per questa prospettiva vedi le interessanti considerazioni di A. AURILLO, *Il ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative da parte delle P.A.: limiti e sanzioni*, in *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, gennaio/febbraio 2005, e A. DI FILIPPO, *Le co.co.co.: organismi giuridicamente modificati*, in *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, gennaio/febbraio 2007). La disciplina dell'art. 7, d.lgs. n. 165/2001, suggerisce infatti le seguenti valutazioni gestionali a beneficio dei responsabili delle risorse umane:

- *temporaneità ed alta qualificazione delle prestazioni*: le collaborazioni esterne in generale e le co.co.co. in particolare sono utilizzabili per prestazioni di natura «temporanea ed altamente qualificata» (art. 7, comma 6, lett. c)). I caratteri gestionali che si ricavano dalla norma sono, dunque, da un lato la temporaneità e dall'altro l'alta qualificazione della prestazione. Pertanto, al gestore del personale appare chiaro che, se non intende eludere la norma, rischiando in questo caso le conseguenze di un possibile giudizio di responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei Conti, non può utilizzare nessuno dei contratti di collaborazione esterna per esigenze di tipo ordinario e protratte nel tempo. Sono infatti gli incarichi temporanei e con carattere di specialità rispetto alla ordinaria gestione delle attività dell'ente pubblico quelli che più utilmente possono essere affidati all'esterno. Naturalmente, come già argomentato, a partire dall'entrata in vigore della Legge Finanziaria 2008 i collaboratori devono essere in possesso della laurea;

- *preventiva valutazione delle risorse umane dipendenti dell'ente*: la necessità di operare una preventiva valutazione della possibilità di utilizzare i dipendenti per l'esecuzione dei compiti che si vorrebbero conferire alla consulenza esterna (art. 7, comma 6, lett. b)) è una opportunità reale di crescita del ruolo del gestore delle risorse umane, in quanto esprime una necessità che è gestionale ancora prima che giuridica: la valutazione delle risorse disponibili rispetto ai compiti che si devono svolgere ed agli obiettivi che si intendono raggiungere. Il ricorso all'esterno ha infatti un costo – che incide naturalmente sui livelli di spesa pubblica – e pertanto deve essere il risultato di una seria valutazione sulle eventuali alternative rispetto al ricorso all'esterno. Questa valutazione, come opportunamente è stato precisato dal Dipartimento della F.P. – «[p]uò essere utile, infine, nell'ambito della ricognizione delle professionalità esistenti all'interno dell'amministrazione, verificare la possibilità e la convenienza di formare o aggiornare personale interno sotto-

utilizzato o da riconvertire, in attuazione del principio guida che discende dalle finalità indicate dall'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 165/01 – e, in particolare, per realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane. Pertanto, le procedure previste dai processi di progressione economica orizzontale e le procedure concorsuali attinenti le progressioni verticali dovranno tenere conto dei nuovi fabbisogni di professionalità che assumano le caratteristiche della permanenza e necessità» (così circ. della F.P. n. 4/2004) – può essere anche occasione per una programmazione di medio periodo della mobilità orizzontale e verticale del personale dipendente dell'ente pubblico, e per l'orientamento della leva formativa, che deve essere il più possibile diretta all'acquisizione del *know-how* e delle *skills* necessarie al raggiungimento degli obiettivi definiti delle politiche pubbliche. In questo senso, il Direttore del personale deve effettuare un piano di utilizzo e di sviluppo delle risorse umane, perché questo incide direttamente sulla reale possibilità di diminuire il ricorso alle collaborazioni esterne senza detrimento per la qualità dei servizi pubblici, con la conseguente possibilità di influire in modo virtuoso sulla spesa dell'ente pubblico;

- *obiettivi e progetti specifici e determinati*: la necessità di collegare il ricorso alle collaborazioni esterne ad obiettivi e programmi (art. 7, comma 6, lett. a)) è un chiaro indicatore dell'impossibilità gestionale di servirsi di tali collaborazioni per le attività che costituiscono l'ordinaria esecuzione delle funzioni amministrative dell'ente pubblico. Questo principio sembra oggi condiviso anche dalla Corte dei Conti, che recentemente ha affermato che per «far fronte alle esigenze temporanee ed eccezionali che attengano alle ordinarie mansioni di funzionamento delle proprie strutture» (cfr. C. Conti, sez. Controllo Piemonte, parere n. 3/Par./2007, 29 marzo 2007, di cui si riporta la determinazione sulla richiesta di parere formulata dalla Provincia di Torino in merito alla possibilità di utilizzare le co.co.co. per soddisfare esigenze ordinarie dell'ente: «si deve ritenere ferma la possibilità, per le amministrazioni pubbliche, di far fronte alle esigenze temporanee ed eccezionali che attengano alle ordinarie mansioni di funzionamento delle proprie strutture, utilizzando le forme contrattuali d'impiego temporaneo del personale disciplinate dall'art. 36 del D.Lgs. 165 del 2001, sempreché ricorrano le condizioni previste dalla legge e dai contratti collettivi» [corsivo dell'A.] la P.A. deve ricorrere non già alle collaborazioni esterne (art. 7, comma 6, d.lgs. n. 165/2001), bensì al proprio personale dipendente, ancorché assunto con contratti di lavoro flessibile (art. 36, d.lgs. n. 165/2001).

Davide Venturi

Scuola internazionale di Alta formazione in Relazioni industriali e di lavoro
 Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli studi Modena e Reggio Emilia

5. Lavoro a termine

La disciplina transitoria del lavoro a termine

Sommario: **5.1.** La disciplina transitoria per la messa a regime del tetto massimo di 36 mesi per il ricorso al contratto a termine in caso di contratti successivi. – **5.2.** Precisazioni generali sulla nuova disciplina: successione e proroga, arco temporale di riferimento. – **5.3.** Operatività del limite dei 36 mesi.

5.1. Le modifiche introdotte dalla l. 24 dicembre 2007, n. 247 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 1, e in  indice A-Z, voce *Welfare*) in materia di contratto a termine sollevano alcune prime rilevanti questioni operative sul piano della disciplina transitoria. Il comma 43 dell'art. 1 dispone che in fase di prima applicazione della nuova disciplina i contratti a termine in corso al momento di entrata in vigore della l. n. 247 continuano fino al termine

previsto dal contratto anche in deroga alle nuove disposizioni in tema di successione di contratti di lavoro a tempo determinato (lett. *a*) e che, sempre ai fini di tale nuova disciplina, il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della legge in esame si computa insieme ai periodi successivi di attività decorsi 15 mesi dalla medesima data (lett. *b*)).

La disciplina transitoria riguarda quindi l'operatività di una delle disposizioni più controverse della legge di attuazione del c.d. Protocollo welfare (su cui vedi in generale G. ZILIO GRANDI, *Brevi spunti sulle leggi di fine anno: l'attuazione del Protocollo sul Welfare e la Legge Finanziaria per il 2008*, che segue in *q. Osservatorio*).

Si tratta del tetto massimo di 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, come durata totale del lavoro a termine con lo stesso lavoratore e per mansioni equivalenti indipendentemente dai periodi di interruzione intercorsi tra un contratto e l'altro. In questo caso, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato salvo che le parti per una sola volta, davanti alla Direzione provinciale del lavoro competente per territorio, con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato, stipuli un ulteriore successivo contratto a termine. L'avviso comune del 10 aprile 2008 (in [📖 Boll. Adapt](#), 2008, n. 14), facendo seguito al rinvio pure contenuto nella disposizione in esame, ha stabilito che la durata massima di tale ulteriore contratto non può superare 8 mesi. In caso di mancato rispetto della procedura ovvero di superamento di tale termine il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato.

5.2. Prima di esaminare specificamente il regime transitorio funzionale alla piena operatività della nuova disciplina della successione di contratti a termine, occorre svolgere alcune precisazioni generali relativamente al relativo campo di applicazione.

Un primo punto di partenza riguarda la possibilità di ricorrere al lavoro a termine, in presenza di congrue ragioni tecniche, produttive od organizzative anche per una durata iniziale superiore a 36 mesi, senza ingenerare alcuna conseguenza sanzionatoria, senza cioè che ciò comporti la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato. Presupposto della applicazione della nuova disciplina è, infatti, la presenza di una pluralità di contratti a tempo determinato e la loro successione. Conferma di ciò si ha nell'art. 4 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 (in [📖 indice A-Z](#), voce *Lavoro a termine o a tempo determinato*), non toccato dalla novella del 2007, che prevede la possibilità di proroga del termine inizialmente pattuito, ma solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a 3 anni. Nel caso di un unico contratto a termine, di durata inferiore ai 36 mesi, la proroga che comporta il superamento di tale limite dà luogo alla trasformazione del contratto a tempo indeterminato. Ciò non in ragione della novella del 2007, ma in ragione dell'art. 4 del d.lgs. n. 368 là dove dispone che «la proroga è ammessa una sola volta e a condizione che sia ammessa da ragioni oggettive e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni».

La fattispecie in esame attiene dunque alla sola «successione dei contratti a termine» e non invece al regime delle proroghe. Pertanto, davanti alla Direzione provinciale del lavoro sarà possibile stipulare nuovi contratti, gestire cioè i rinnovi mediante successione di contratti a termine, e non invece le proroghe, che rimangono sottoposte alla disciplina di cui all'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368.

La novella del 2007 parla di successione di contratti a termine con riferimento a «mansioni equivalenti» e tra «lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore». Resta quindi non pregiudicata la possibilità di stipulare ulteriori contratti a termine, superiori a 36 mesi, con altro datore di lavoro (sia esso persona fisica o giuridica). Un esempio di rilievo delle conseguenze di questa precisazione potrebbe aversi nell'ipotesi di trasferimento di un ramo di azienda volto ad esternalizzare eventuali lavorazioni/attività che potrebbero

divenire, stante la nuova disciplina, difficili da gestire. Il rapporto di lavoro intercorso con il cedente non si cumula, ai fini della disciplina in esame, con il nuovo rapporto di lavoro con il cessionario.

Un'ulteriore considerazione deve essere svolta relativamente all'arco temporale di riferimento. Nel dettare la nuova disciplina della successione del contratto a termine il legislatore si è riferito a 36 mesi «indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro». Ciò implica che tutti i periodi di interruzione tra un contratto e l'altro, anche superiori ai classici 10 o 20 giorni, non si computano e non rilevano ai fini della applicazione della nuova disciplina, anche in ipotesi di periodi alquanto lunghi. Il legislatore italiano non ha previsto, come avviene invece in altri ordinamenti (cfr. *Il contratto a termine in Europa: schede a cura del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi*, in *q. Rivista*, 2007, n. 4) l'operatività di un tetto massimo nell'ambito di un arco di tempo determinato. Per periodo di lavoro già effettuato si deve pertanto intendere a regime – fermo quanto si dirà con riferimento alla disciplina transitoria – tutta la vita lavorativa del prestatore di lavoro presso la stessa azienda con la stessa mansione. Tale disposizione, per quanto di dubbia legittimità costituzionale in termini di ragionevolezza e congruità rispetto alla *ratio* della novella del 2007, può essere neutralizzata assumendo il lavoratore per mansioni diverse da quelle svolte in precedenza. Da questa prospettiva, poi, risulta evidente che più l'interruzione è lunga, più risulta debole la presunzione di frode nel caso in cui il superamento del tetto dei 36 mesi intervenga mediante l'impiego dello stesso lavoratore, ma per mansioni diverse.

5.3. A fronte di tali precisazioni generali, con riferimento al regime transitorio della disciplina in esame, la lett. *a)* del comma 43 sembra in primo luogo precisare che i contratti in corso alla data di entrata in vigore della l. n. 247 possano avere piena esecuzione sino alla scadenza del termine originariamente prefissato dalle parti. Ciò anche nel caso in cui lo svolgimento del rapporto in essere possa comportare, per via di precedenti successioni di contratti a termine (anteriori al 1° gennaio 2008), il superamento del tetto massimo dei 36 mesi. Tale disposizione legittima una deroga alla nuova disciplina con riferimento ai contratti anteriori al 1° gennaio 2008 che superano, sommati ai precedenti eventualmente già stipulati con lo stesso lavoratore, i 36 mesi di durata. Una volta scaduto tale contratto si rende necessaria, per escludere la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, la c.d. stipula assistita; questo, peraltro, solo ove sia decorso il regime transitorio di 15 mesi disciplinato dalla successiva lett. *b)* (cfr. *infra* nel testo).

Essendo tale la portata della disposizione in esame, non sembra che essa possa essere letta alla stregua di una opportunità di deroga ad un principio secondo cui il contratto a termine non può avere durata complessiva superiore a 36 mesi. Come sopra anticipato, la novella parla espressamente di “successione di contratti” e non impedisce, quindi, sussistendo i presupposti, la stipulazione di un contratto a termine con durata superiore ai 36 mesi.

Più complessa è la questione relativa alla corretta interpretazione della lett. *b)* della disposizione in esame relativa al computo dei periodi di lavoro già effettuati, presso lo stesso datore di lavoro e per le medesime mansioni, alla data di entrata in vigore della legge. In primo luogo, questa disposizione non sembra doversi riferire a contratti di lavoro a termine già risolti indipendentemente dalla circostanza che la risoluzione sia avvenuta prima o dopo l'entrata in vigore della legge. La disposizione in esame sembra infatti disciplinare la questione relativa al computo del periodo pregresso in relazione alla attivazione di nuovi contratti a termine stipulati successivamente al 1° gennaio 2008. La nuova disposizione sembra dunque doversi intendere nel senso che durante i primi 15 mesi successivi alla entrata in vigore della l. n. 247 in caso di successione di contratti a termine i nuovi contratti non si cumulano con quelli precedenti. Solo a partire dal 31 marzo 2009 (decorso cioè il regime transitorio di 15 mesi), i periodi di lavoro a termine anteriori al 1°

gennaio 2008 (data di entrata in vigore della l. n. 247) si cumuleranno ai periodi successivi di attività – successivi rispetto al 31 marzo 2009 – ed entreranno nel computo previsto dalla nuova disciplina ai fini della valutazione del superamento o meno del tetto dei 36 mesi.

Da tale interpretazione deriva, anche, che il problema di una c.d. stipula assistita si pone solo dopo il 1° aprile 2009. Non si vede quale possa essere l'utilità pratica – e l'opportunità – di ricorrere all'unica possibilità di deroga durante il regime transitorio che congela il computo del periodo di lavoro pregresso, là dove per i contratti relativi a mansioni non equivalenti o con diversi lavoratori il termine per il computo dei 36 mesi non potrà che decorrere dal 1° gennaio 2008.

La lett. *b*) non segna, per contro, alcun confine temporale oltre il quale i contratti a termine in essere al 1° gennaio 2008, che al 31 marzo 2009 risulteranno di durata complessiva superiore a 36 mesi, potranno essere oggetto di richiesta di trasformazione a tempo indeterminato. E non sembra sostenibile che la lett. *b*), oltre a consentire la stipula di contratti “liberamente” fino al 31 marzo 2009, lascerebbe intendere che il periodo di lavoro precedente, ai fini del computo complessivo dei mesi, sarebbe solamente l'ultimo contratto e non tutta la vita lavorativa di quel lavoratore presso la stessa azienda per la stessa mansione. Non sembra decisivo in questo senso l'utilizzo del singolare “periodo di lavoro già effettuato” in luogo di “periodi”, espressione utilizzata nella frase successiva. “Periodo di lavoro già effettuato” può essere inteso come lasso di tempo cumulativo, là dove la legge, nel porre il tetto dei 36 mesi ai fini di stabilizzazione del lavoratore, non si riferisce espressamente e inequivocabilmente al solo contratto che precede. La lettera del comma 43, art. 1, lett. *b*), non lascia peraltro neppure ipotizzare un contatore di mesi pari a zero, visto che si limita a indicare la data (31 marzo 2009) decorsa la quale il periodo di lavoro già effettuato in periodo anteriore al 1° gennaio 2008 si computa con i periodi successivi di attività.

Michele Tiraboschi
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

6. Lavoro irregolare

Problemi tecnico-operativi della maxi sanzione di contrasto al lavoro nero

Sommario: **6.1.** Un quadro generale della normativa di riferimento. – **6.2.** Art. 36-*bis*, d.l. n. 223/2006, convertito nella l. n. 248/2006: problemi di diritto intertemporale. – **6.3.** *Tempus commissi delicti* negli illeciti istantanei e permanenti. Natura permanente dell'illecito amministrativo di utilizzo di manodopera sommersa. – **6.4.** Conclusioni.

6.1. Con l'art. 36-*bis*, d.l. n. 223/2006 (c.d. “Decreto Bersani”, in  indice A-Z, voce *Collocamento*), convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 248 (in  indice A-Z, voce *Collocamento*), il legislatore ha disposto misure urgenti per il contrasto del lavoro nero e per la promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Trattasi di una disposizione chiave nella lotta al lavoro nero, che ambisce alla creazione di un modello organizzativo del mercato del lavoro più efficiente e trasparente; difatti, solo attraverso sistemi di assunzione ed utilizzazione del personale dipendente più puntuali e meno indulgenti all'utilizzo di pratiche elusive da parte delle imprese è possibile l'emersione del lavoro sommerso dalla zona grigia dei rapporti irregolari.

In quest'ottica si spiega la modifica dell'art. 86, comma 10-*bis*, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), che attualmente recita: «Nei casi di

instaurazione di rapporti di lavoro nel settore edile, i datori di lavoro sono tenuti a dare la comunicazione di cui all'art. 9-*bis*, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Collocamento*), e successive modificazioni, *il giorno antecedente a quello di instaurazione dei relativi rapporti, mediante documentazione avente data certa»* [corsivo dell'A.].

Siffatto accorgimento, successivamente esteso anche a settori diversi da quello edile, costituisce infatti un efficace strumento in mano al personale della vigilanza nella lotta all'emersione del lavoro nero, perché sostanzialmente limita l'utilizzo di facili espedienti da parte dei datori di lavoro, i quali, mercè le "maglie larghe" del vecchio reticolato normativo, agevolmente potevano adottare condotte fraudolente ed elusive, vanificando l'azione degli organi accertatori e le loro strategie di contrasto al lavoro nero, inattuabili in assenza di seri paletti e rigide preclusioni.

Tra le novità introdotte dall'art. 36-*bis*, qui comma 7, spicca tuttavia quella legata alla modifica della *maxi-sanzione* per lavoro nero prevista dal d.l. n. 12/2002 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro irregolare*), convertito dalla l. n. 73/2002 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro irregolare*). La "mano pesante" del legislatore – che ha previsto per l'utilizzo di manodopera sommersa una sanzione amministrativa *da euro 1.500 a euro 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di euro 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo* – si spiega, probabilmente, con la necessità di assegnare una maggiore efficacia deterrente alle sanzioni amministrative, il cui inasprimento, in uno col potenziamento dei controlli sul territorio, avrebbe dovuto assicurare, nelle intenzioni originarie, una drastica riduzione dell'utilizzo di manodopera irregolare.

Vero è però che la novella in parola continua a far parlare di sé non tanto per le sue "virtù terapeutiche" – stante il persistente malcostume italiano di ricorrere ancora con troppa frequenza a rapporti di lavoro irregolare –, quanto invece per questioni legate alle sue modalità d'impiego. Non è un caso, infatti, che a distanza di un anno e mezzo dalla sua entrata in vigore (12 agosto 2006) si sia avuto un aumento esponenziale di ricorsi avverso le maxi-sanzioni per lavoro nero presso le varie sedi provinciali delle Direzioni del lavoro.

La sensazione è che l'aumento indiscriminato delle opposizioni trovi le sue ragioni, oltre che in valutazioni legate alla convenienza di posticipare il più possibile gli esosi pagamenti delle somme ingiunte con ordinanza, principalmente nella diffusa percezione che la questione lasciata "aperta" dal legislatore – quella cioè dell'assenza di un regime giuridico transitorio – possa in qualche modo essere interpretata a favore degli opposenti ed offrire dunque importanti spiragli per una vittoria in giudizio.

6.2. Le difficoltà tecnico-applicative che la modifica in esame ha comportato sono infatti principalmente legate all'assenza di un regime transitorio capace di regolare la *successio legis* in tutte quelle ipotesi in cui la condotta illecita del datore di lavoro abbia avuto inizio nella vigenza del vecchio regime e sia persistita anche oltre l'entrata in vigore della novella in parola.

Il problema, proprio in virtù della sua importanza pratica, merita particolare attenzione, tant'è che sin dal primo momento di esso si è fatto carico il Ministero del lavoro e della previdenza sociale con la circolare n. 29 del 28 settembre 2006 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Edilizia*). Quest'ultima, per vero, non ha trattato *funditus* la questione, ma si è limitata a precisare che per individuare «il regime sanzionatorio applicabile alle fattispecie di "impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria", nelle ipotesi in cui la condotta sia iniziata anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 248/2006 (12 agosto 2006) e proseguita oltre tale data», occorre tener conto della natura permanente rivestita dall'illecito in esame.

Ma è proprio l'apoditticità di quest'ultima affermazione a lasciare perplessi, atteso che la

questione relativa alla natura permanente ovvero istantanea del reato non rileva tanto nella individuazione del regime sanzionatorio applicabile, quanto piuttosto nell'inquadrare nel corretto *genus* le varie ipotesi di illecito.

Ed invero: se si ritiene l'utilizzo nel tempo di manodopera irregolare alla stregua di un illecito *permanente* e si aderisce a quanto palesato dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale con la predetta circolare «come sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria», nelle ipotesi “a cavallo” tra il vecchio ed il nuovo regime deve certamente applicarsi la maxi-sanzione per lavoro nero così come riformulata dalla novella del 2006, giacché «l'illecito amministrativo permanente deve essere regolato dalla norma in essere al termine della condotta, considerando un unicum la condotta espletata, pur se per avventura già perfezionatasi – ma non conclusasi per intero – durante l'impero della precedente norma» (così D. GARCEA, *Sulla natura dell'illecito di durata della sanzione per lavoro irregolare*, in *ADL*, 2006, n. 6, e nello stesso senso F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, 2001, 444 ss.; in giurisprudenza, App. Milano 8 febbraio 2005 e Cass. pen. ordinanza 1 febbraio 2006 n. 3999; *contra*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2001, 415 ss., secondo cui nei reati permanenti, come in quelli abituali, per individuare il *tempus commissi delicti* è necessario tener conto del primo atto compiuto dall'agente e ciò, in particolare, per non aggravare la posizione del reo che ponga fine alla propria condotta poco dopo l'entrata in vigore della nuova legge).

Opinando, viceversa, per il carattere *istantaneo* dell'illecito *de quo* si ha l'opposta soluzione che vede l'impossibilità di applicare l'art. 36-*bis*, d.l. n. 223/2006, convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 248, giacché l'illecito dovrebbe considerarsi perfezionato e consumato in un lasso temporale non ancora inciso dalla riforma e pertanto il *tempus commissi delicti* andrebbe individuato sotto l'impero della vecchia normativa.

Sul punto si sono registrati numerosi contrasti interpretativi che tuttora continuano ad impegnare esperti studiosi ed operatori di diritto. Il presente commento mira a prospettare *in medias res* i motivi di simili contrasti e ad offrire alcuni nuovi spunti di riflessione nella direzione di contribuire a trovare una soluzione per una questione ancora aperta.

6.3. Normalmente “perfezionamento” e “consumazione” dell'illecito coincidono; tuttavia in certi casi essi possono essere divisi da un certo lasso di tempo.

Una tipologia di illeciti in cui tale iato è percepibile è certamente quella degli illeciti permanenti in cui, diversamente dagli illeciti istantanei, la condotta offensiva si prolunga nel tempo. Gli illeciti istantanei infatti si consumano al momento del compimento della condotta, sia essa composta da uno ovvero più atti (reati unisussistenti o plurisussistenti) (cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, 465; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003). Poiché la condotta offensiva non si protrae nel tempo (semmai si protraggono i singoli atti che compongono la condotta, nei reati istantanei plurisussistenti), ne deriva che perfezione e consumazione del reato coincidono.

Viceversa, negli illeciti permanenti – secondo la dottrina maggioritaria – il momento della perfezione non coincide con quello della consumazione (E. GALLO, *Reato permanente ed omesso conferimento di grano all'ammasso*, in *RIDP*, 1948, 333; M. SINISCALCO, *Tempus commissi delicti, reato permanente e successione di leggi penali*, in *RIDPP*, 1960, 1103). L'illecito permanente è “perfetto” quando viene ad esistenza la condotta criminosa; dopo di che esso si protrae nel tempo fino alla c.d. “consumazione”, che si identifica con l'istante immediatamente precedente al ripristino della legalità da parte del soggetto agente ovvero all'impossibilità del ripristino per causa indipendente dalla volontà del reo.

Ma se la distinzione tra i due tipi di illecito appare scontata sotto il profilo teorico, non altrettanto può dirsi quando si sceglie di esaminare le varie fattispecie in concreto. Spesso infatti ci si imbatte in tipologie di illecito estremamente complesse, che non trovano cit-

tadinanza né tra gli illeciti istantanei né tra quelli permanenti, sicché non mancano affannosi e delicati interventi della giurisprudenza volti a coniare apposite categorie giuridiche ove collocare gli illeciti di più difficile definizione. Un esempio è dato dal delitto di usura cui si riconosce natura di “delitto a condotta frazionata” od “a consumazione prolungata” (sul punto cfr. Cass. pen. 19 ottobre 1998 n. 11055, nonché, più recentemente, Cass. pen. 3 marzo 2005 n. 11026 e Cass. pen. 30 gennaio 2006 n. 3615. Si veda inoltre Cass. pen., sez. un., 19 gennaio 1999 n. 1, in *GP*, maggio 2001, fasc. V, parte II, con nota di A. ZAMPARELLI e, in dottrina P. BORTONE, *Tempus commissi delicti, reati di durata e usura*, in *Nel Diritto*, 2006, n. 3, www.neldiritto.it).

Nel caso dell'illecito utilizzo di manodopera sommersa ci sembra tuttavia di poter fugare molte incertezze e di poter correttamente affermare che esso vada ascritto al *genus* degli illeciti permanenti. Riguardato da un corretto angolo prospettico, l'illecito in parola appare infatti soddisfare pienamente entrambi i requisiti tipici dell'illecito permanente: a) prosecuzione nel tempo della violazione della norma (una volta integrati tutti gli elementi della fattispecie legale, l'illecito, seppur perfetto, è infatti suscettibile di protrarsi nel tempo); b) riconducibilità del protrarsi della violazione ad una persistente condotta volontaria dell'agente.

Se infatti è vero che «l'illecito permanente non è destinato, a differenza dell'illecito istantaneo, a consumarsi nel momento di integrazione dei suoi elementi costitutivi, ma a perpetuare la violazione della norma ininterrottamente e per un tempo potenzialmente indeterminato» [corsivo dell'A.] (G. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *RIDPP*, 1977, 558), non si vede come possa negarsi il carattere della permanenza alla situazione di «impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria» [corsivo dell'A.] (art. 36-bis, comma 7, d.l. n. 223/2006 convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 248) prolungata nel tempo. Il rapporto di lavoro “in nero”, infatti, deriva da una condotta antiggiuridica che si perfeziona con l'assunzione di un lavoratore senza che siano date le comunicazioni prescritte dalla normativa lavoristica e previdenziale, salvo poi far perdurare il rapporto di lavoro, in tal modo illecitamente costituitosi, sulla base della persistente volontà dell'agente – che sarebbe comunque in grado di far cessare l'offesa ponendo fine alla situazione illecita. «In realtà (...) il problema del reato permanente è un problema di fattispecie legale, nel senso che soltanto la particolare formulazione della norma può consentire l'individuazione di un reato permanente: se, dopo l'integrazione di tutti gli elementi del fatto, non è più possibile ipotizzare una prosecuzione nel tempo della violazione della norma, il reato deve considerarsi istantaneo; mentre si dovrà concludere per la natura permanente dell'illecito, se la fattispecie consente che il reato, una volta realizzato, possa continuare a svolgersi ininterrottamente per un tempo potenzialmente indeterminato» (così, G. DE FRANCESCO, *op. cit.*, 565).

L'utilizzo nel tempo di manodopera irregolare va pertanto considerato alla stregua di un illecito permanente, avendo di quest'ultimo tutti gli elementi costitutivi.

Peraltro vi è anche un argomento letterale che porta a propendere per la tesi che l'illecito in parola debba considerarsi permanente e si ricava dalla formulazione dell'art. 36-bis, comma 7, d.l. n. 223/2006, ove si stabilisce che «ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, è altresì punito con la sanzione amministrativa da € 1.500 a € 12.000 per ciascun lavoratore, *maggiorata di € 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo*» [corsivo dell'A.].

Il criterio di commisurazione della sanzione in base a «ciascuna giornata di lavoro effettivo» depone a favore del carattere permanente dell'illecito, non foss'altro perché questa parte della disposizione non potrebbe essere applicata in assenza di una protrazione nel tempo della violazione. Com'è ovvio, se l'illecito non fosse permanente infatti il parametro legale di determinazione della pena in base allo svolgersi nel tempo del rapporto “in

nero” rimarrebbe ineffettivo, per cui «sembra evidente che la norma, graduando la misura della pena in proporzione al tempo di durata del rapporto di lavoro, ha inteso ricollegare la sanzione penale ad una violazione del divieto protraentesi nel tempo in ragione dello svolgersi del rapporto stesso» (così G. DE FRANCESCO, *Osservazioni sulla natura del reato di illecita intermediazione nelle prestazioni di lavoro*, in GP, 1977, 393).

Non mancano, tuttavia, opinioni di segno opposto.

Non sono pochi, infatti, coloro che ricostruiscono l’illecito permanente in termini diversi, attribuendo carattere decisivo alla natura dell’interesse protetto dalla norma violata. Secondo questa impostazione, l’aspetto saliente della figura in esame deriverebbe dalla natura “comprimibile” o meno del bene giuridico sotteso alla disposizione di legge. In particolare, qualora il bene giuridico fosse destinato ad essere irrimediabilmente leso dalla commissione dell’illecito (si pensi al bene “vita” nell’ipotesi di omicidio), si concretizzerebbe un illecito istantaneo, dal momento che l’interesse leso, una volta terminata l’azione illecita, non potrebbe riespandersi riacquistando i connotati originari. Esso infatti sarebbe stato irrimediabilmente distrutto col perfezionamento della condotta illecita ed in nessun modo potrebbe riacquistare le sue dimensioni originarie. Viceversa, l’illecito si configurerebbe come permanente nel caso in cui il bene giuridico tutelato dalla norma violata risultasse “comprimibile”, tanto che, una volta cessata la condotta antigiuridica, fosse in grado di riespandersi.

Opinando in questi termini, c’è chi esclude il carattere permanente dell’illecito di nostro interesse, asserendo la non comprimibilità del bene giuridico sotteso alla disposizione violata. Si sostiene da più parti, infatti, che la norma sul lavoro nero tuteli «l’interesse collettivo alla acquisizione dei cespiti fiscali e contributivi che derivano obbligatoriamente dal contratto di lavoro» (così D. GARCEA, *op. cit.*, punto 5), di modo che l’illecito amministrativo in parola non avrebbe carattere permanente. Avrebbe al contrario natura di “illecito a consumazione prolungata” ed il *tempus commissi delicti* andrebbe individuato «nel primo segmento di condotta atto a perfezionare l’evento lesivo del bene tutelato dalla norma giuridica» (cfr. D. GARCEA, *op. cit.*, punto 6).

Siffatte conclusioni, tuttavia, non ci convincono sino in fondo.

Innanzitutto, con riferimento al diritto penale, è stato osservato che «la lesione dell’interesse tutelato non può essere considerata un elemento strutturale del reato, rappresentando piuttosto, nel reato permanente come in ogni altro reato, il contenuto dell’illecito; di conseguenza tale requisito non può costituire la base di partenza per articolare la costruzione della figura» (cfr. G. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, cit., 565). Come è stato precedentemente evidenziato, ciò che determina la natura “permanente” di un reato è un dato normativo: la *protrazione temporale della violazione della norma oltre la fase di realizzazione degli elementi costitutivi*. È solo in base a questo parametro normativo che va effettuata l’indagine sulla natura dell’illecito, poiché, diversamente opinando, si rischia di attribuire portata generale a specifici caratteri propri di singole ipotesi di reati permanenti. In secondo luogo, quand’anche per le ragioni suesposte si dovesse escludere la permanenza dell’illecito di nostro interesse, difficilmente esso potrebbe, al pari dell’usura o della truffa in danno degli enti previdenziali avente ad oggetto l’indebito conseguimento di prestazioni periodiche, essere considerato un “illecito a consumazione prolungata”, un illecito, cioè, in cui «l’autore, fin dall’inizio, palesa la volontà di realizzare un evento destinato a durare nel tempo» (così Cass. pen. 26 luglio 2007 n. 26256). Ciò che separa nettamente l’illecito di utilizzo di manodopera sommersa dalle ipotesi normalmente ricondotte alla figura dell’illecito a consumazione prolungata sta nel fatto che il primo postula una condotta unitaria dell’agente, che si esplica attraverso la messa in atto di un comportamento che si protrae nel tempo senza soluzione di continuità; viceversa, le modalità di realizzazione degli illeciti a consumazione prolungata presentano un carattere frazionato nel senso che l’esecuzione della condotta risulta

come “rateizzata”. Tuttavia, anche per questi illeciti il momento di consumazione coincide con la cessazione delle condotte periodiche, che segna anche la fine dell’aggravamento del danno. Sicché, quand’anche il nostro illecito, collocato tra vecchio e nuovo regime normativo, fosse a consumazione prolungata, esso sarebbe comunque assoggettato alla applicazione della ultima più severa maxi-sanzione per lavoro nero.

6.4. È chiaro che la soluzione offerta in queste brevi riflessioni potrebbe suscitare una serie di perplessità, rischiando di apparire eccessivamente penalizzante per quanti abbiano instaurato rapporti di lavoro in nero in un’epoca in cui la risposta sanzionatoria dello Stato avverso tali illeciti era comunque temperata e abbiano poi subito un accesso ispettivo dopo l’entrata in vigore della riforma. In un caso siffatto, al datore di lavoro, sulla base delle suesposte considerazioni, non potrà che applicarsi la modifica introdotta dall’art. 36-*bis*, d.l. n. 223/2006, convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 248 – mentre, al contrario, laddove lo stesso illecito si fosse consumato anche un giorno prima della più volte richiamata riforma, ad esso dovrebbe applicarsi la vecchia maxi-sanzione, notevolmente più mite. Il Ministero del lavoro, con nota prot. 17431 del 28 dicembre 2007 (in  indice A-Z, voce *Lavoro irregolare*), ha fornito indicazioni circa l’art. 1, comma 54, del decreto legislativo sul welfare, che ha chiarito la competenza per l’irrogazione della maxi-sanzione per il lavoro nero ove gli illeciti siano stati constatati prima dell’entrata in vigore del Decreto Bersani. In particolare, «le condotte esaurite prima del 12 agosto 2006, constatate entro tale data, per le quali non sia stata ancora irrogata la relativa sanzione, restano di competenza dell’Agenzia delle Entrate».

Di certo, denota scarsa sensibilità un legislatore che non si assume l’impegno di disciplinare gli aspetti intertemporali di una riforma dal forte impatto sociale ed economico, la cui rigorosa applicazione rischia di mettere in ginocchio quanti per lungo tempo hanno sì colpevolmente violato la legge, ma nell’ignoranza che una siffatta condotta avrebbe potuto essere assoggettata, anche a distanza di mesi o di anni, ad un tanto più aspro regime sanzionatorio. Sennonché, la natura permanente della fattispecie *de qua* non è, a nostro avviso, revocabile in dubbio; né l’interprete può forzare la propria opera ermeneutica fino a piegare all’occorrenza il diritto positivo ad una funzione che rimedi alle profonde distorsioni sociali spesso conseguenti a riforme, come quella commentata, che, seppur condivisibili sotto il profilo dell’opportunità politica, in realtà meriterebbero una maggiore ponderazione sul versante dell’applicazione temporale. Si osserva, da questo punto di vista, che non sono mancati e non mancano tuttora accertamenti dai quali emergono rapporti di lavoro in nero in essere da parecchi anni e per i quali, stante il carattere permanente dell’illecito, si applica comunque non solo la sanzione amministrativa da euro 1.500 a euro 12.000 per ciascun lavoratore, ma anche la connessa necessaria maggiorazione di euro 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo.

Domenico Cataldo

Funzionario ispettivo – Direzione provinciale del lavoro di Rovigo

7. Lavoro portuale

Il lavoro portuale dopo l’attuazione del c.d. Protocollo Welfare

Sommario: **7.1.** Premessa. – **7.2.** L’indennità di mancato avviamento dei lavoratori portuali. – **7.3.** Il nuovo comma 8-*bis* dell’art. 21 della l. 24 gennaio 1994, n. 84. – **7.4.** Il *restyling* del comma 13 dell’art. 17: brevi osservazioni in merito al Ccnl Unico Porti.

7.1. Ancora novità per la fornitura di manodopera temporanea nei porti. Con i commi da 85 a 89, inseriti a sorpresa nell’art. 1 della l. n. 247/2007 di attuazione del Protocollo sul

Welfare (in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), il legislatore torna infatti ad occuparsi della materia, rimettendo per certi versi in discussione equilibri ritenuti ormai assodati. Senza pretese di esaustività, di seguito si fornisce una prima breve rassegna delle concrete modifiche apportate.

7.2. Innanzitutto, il comma 85 dell'art. 1 della legge di attuazione del Protocollo sul Welfare sostituisce il comma 15 dell'art. 17, l. n. 84/1994 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro portuale*), intervenendo sulla disciplina dell'indennità di mancato avviamento al lavoro del personale dipendente dalle imprese fornitrici di manodopera.

Tale istituto, da sempre cruciale per il buon funzionamento dei porti (in quanto individua chi, e in quale misura, debba sostenere il peso economico della c.d. "giornata inoperosa"), è stato negli anni oggetto di numerosi interventi normativi.

Senza risalire troppo nel tempo, a seguito della messa in liquidazione nel 1990 del Fondo gestione istituti contrattuali lavoratori portuali – istituito con la l. 17 febbraio 1981, n. 26 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro portuale*), in sostituzione del Fondo di assistenza sociale lavoratori portuali, di cui alla l. 22 marzo 1967, n. 161 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro portuale*) –, a livello legislativo si sono susseguiti diversi provvedimenti (in proposito, si veda la l. 8 agosto 1995, n. 343, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro portuale*, la l. 23 dicembre 1996, n. 647, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro portuale*, ed, in particolare, l'art. 9 della l. 27 febbraio 1998, n. 30, in [📖](#) indice A-Z, voce *Politiche per l'occupazione*), senza però giungere ad una soluzione soddisfacente.

Infine, la l. 30 giugno 2000 n. 186 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro portuale*), inserendo il predetto comma 15 nella l. n. 84/1994, ha previsto l'istituzione di Fondi privati di sostegno al reddito, finanziati mediante contribuzione a carico in parte del datore di lavoro e in parte del lavoratore, secondo quanto stabilito dall'art. 2, comma 28, della l. n. 662/1996 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Pubblico impiego*; per approfondimenti, E. MINALE COSTA, *Il diritto del lavoro nei porti*, Giappichelli, Torino, 2000, 194).

Tuttavia, un simile sistema non è mai stato attuato. Proseguendo sulla scia di pratiche inaugurate a partire dal 1987, fino a tutto il 2006 sono infatti intercorsi accordi tra le parti sociali ed il Ministero del lavoro (recepiti da appositi decreti ministeriali) per la corresponsione di un'indennità pari al trattamento massimo di Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria, ai sensi dell'art. 3, comma 137, della l. n. 350/2003 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Partecipazione finanziaria (profitti, utili, azionaria, risultati)*, T. VESPASIANI, *Le attività economiche nei porti*, Master, Roma, 2005, 307).

La nuova norma prevede invece che, per l'anno 2008, ai lavoratori addetti alle prestazioni di lavoro temporaneo occupati con contratto di lavoro a tempo indeterminato nelle imprese e agenzie, di cui ai commi 2 e 5 dell'art. 17, e ai lavoratori delle società derivate dalla trasformazione delle compagnie portuali, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. b), sia riconosciuta un'indennità pari a 1/26 del trattamento massimo mensile d'integrazione salariale straordinaria previsto dalle vigenti disposizioni, nonché la relativa contribuzione figurativa e gli assegni per il nucleo familiare.

Tale indennità spetta per ogni giornata di mancato avviamento al lavoro, nonché per quelle che coincidano, in base al programma, con le giornate definite festive, durante le quali il lavoratore sia risultato disponibile.

Infine, competerà all'Inps erogare il trattamento di cui sopra, previa acquisizione degli elenchi recanti il numero, distinto per ciascuna impresa o agenzia, delle giornate di mancato avviamento al lavoro predisposti dal Ministero dei trasporti in base agli accertamenti effettuati in sede locale dalle competenti autorità portuali o, laddove non istituite, dalle autorità marittime.

Il nuovo sistema, per cui è stata prevista una copertura finanziaria di 12 milioni di euro, diverrà efficace solo a seguito dell'entrata in vigore delle norme che attuano la proroga

degli ammortizzatori sociali di cui alla Finanziaria 2008 (in  indice A-Z, voce *Welfare*).

Al legislatore sembra pertanto andare il merito di aver tentato di riorganizzare organicamente l'istituto, a fronte della mera disciplina in deroga applicata negli anni precedenti. Tuttavia non è da trascurare l'opinione di chi – già in passato – ha evidenziato i vantaggi che deriverebbero, in termini di efficienza dei porti e di finanza pubblica, dall'allocazione della totalità dei costi del c.d. *pool* di manodopera sulle imprese e sugli utenti portuali (risalendo storicamente, si veda L. EINAUDI, *Cronache economiche e politiche di un trentennio (1893-1925)*, Einaudi, Torino, 1960; di recente, cfr. F. MUNARI, *Assetti e modelli organizzativi delle operazioni portuali e dei servizi ad esse connessi alla luce delle disposizioni della legge 30 giugno 2000, n. 186*, in *Il Diritto Marittimo*, 2000, 1289; T. VESPASIANI, *op. cit.*).

7.3. Maggiori perplessità suscita, invece, il dettato del comma 87 della l. n. 247/2007, che modifica l'art. 21 della l. 24 gennaio 1994, n. 84, relativo alla trasformazione (o, per meglio dire, alla “costituzione”, atteso che tale termine è stato sostituito a quello appena citato in tutto il testo dell'articolo, salvo che nella rubrica) di compagnie e gruppi portuali in società.

La norma aggiunge infatti un nuovo comma 8-*bis* all'art. 21, prevedendo che, nei porti di rilevanza regionale ed interregionale, le imprese costituite ai sensi del comma 1, lett. *b*), e dell'art. 17 – in una parola, le ex compagnie –, il cui organico non superi le 15 unità, possono svolgere *altre* tipologie di lavori in ambito portuale e hanno titolo preferenziale ai fini del rilascio di eventuali concessioni demaniali.

Tutto ciò in deroga a quanto previsto dallo stesso art. 17, disposizione che a chiare lettere individua – tra i requisiti per ottenere l'autorizzazione allo svolgimento di fornitura di lavoro portuale – quello di non esercitare, direttamente o indirettamente, le attività di cui agli artt. 16 e 18, e quindi operazioni e servizi portuali.

Pur non sottovalutando le finalità del comma aggiunto – ossia quelle di alleggerire gli oneri a carico dello Stato in tema di occupazione e di favorire i processi di riconversione produttiva nelle realtà più piccole, ove si stanno esaurendo le tradizionali funzioni commerciali a vantaggio di altre attività, sempre più legate al “cluster del mare” –, non si può tacere che una scelta di tal guisa si pone in contrasto con orientamenti, sia nazionali che comunitari, ormai consolidati da quasi un ventennio.

In proposito, è infatti appena il caso di ricordare le note pronunce *Siderurgica Gabrielli e Raso* della Corte di Giustizia (rispettivamente, sentenza 10 dicembre 1991, C-179/90, in *FI*, 1992, 225, e sentenza 12 febbraio 1998, C-163/96, in *FI*, 1998, 196); la decisione della Commissione Europea n. 97/744/CE del 21 ottobre 1997 (in *GUUE*, 1997, n. L 301); quelle della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (si veda la *Relazione inviata al Parlamento e al Governo* in data 27 marzo 1991, in *Boll. dell'Autorità Garante*, 1991, n. 2, 51); nonché tutta la giurisprudenza che ad esse ha dato seguito (*ex pluribus*, Cass. 28 marzo 1997 n. 2787; Cass. 18 novembre 1998 n. 11620; Cass. 24 gennaio 2000 n. 746; ancora di recente, Cass. 18 gennaio 2007 n. 1104, in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 8), tutte volte a sanzionare la commistione tra attività di libera impresa e fornitura di manodopera resa in regime di monopolio in un'ottica di tutela della concorrenza e del libero mercato (per approfondimenti, si veda C. BRUSCO, *La riforma del lavoro portuale e la normativa comunitaria*, in *FI*, 1998, IV, 197; S.M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2006, 248).

Difficile quindi immaginare quali futuri scenari aprirà la presente modifica legislativa.

7.4. In ultimo, particolare attenzione merita il comma 89, che, sostituendo integralmente il comma 13 dell'art. 17 della l. n. 84/1994, porta nuovamente alla ribalta la tematica dell'ambito di applicazione del Ccnl Unico Porti.

La vicenda prende le mosse dalla vecchia formulazione del comma 13, che prevedeva in capo alle autorità portuali l'obbligo di inserire – negli atti di autorizzazione di cui agli artt. 16-18 – disposizioni volte a garantire ai lavoratori e ai soci lavoratori di cooperative un *trattamento normativo e retributivo minimo inderogabile*. Allo scopo, il Ministero dei trasporti, di concerto con quello del lavoro, era chiamato a promuovere specifici incontri fra le organizzazioni sindacali dei lavoratori maggiormente rappresentative a livello nazionale, le rappresentanze delle imprese, dell'utenza portuale e delle imprese di cui all'art. 21, comma 1, e l'associazione tra le autorità portuali, volti a determinare la stipula di un *contratto collettivo di lavoro nazionale di riferimento*.

Sulla falsariga di quanto previsto, Assoport, Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uilt-Uil, Fise-Uniport e Assologistica sottoscrivevano un protocollo di intesa, applicabile – per espressa volontà delle parti – non solo ai lavoratori temporanei, bensì alla generalità dei lavoratori portuali.

Tale protocollo, poi confluito nell'accordo stipulato il 1° febbraio 2001, veniva diramato con nota ministeriale prot. n. DEM3/382 (in  indice A-Z, voce *Lavoro portuale*), con cui si dava atto del traguardo raggiunto e si invitavano tutte le autorità portuali ad assumere il contratto in questione quale riferimento per gli adempimenti previsti dall'art. 17, comma 13.

Senonché, alcune associazioni datoriali, rimaste estranee a tale operazione, ne denunciavano l'illegittimità, in quanto volta ad imporre l'applicazione – mediata dagli atti autorizzativi e concessori – di un Ccnl da loro non sottoscritto.

Investiti della questione, il TAR del Lazio prima ed il Consiglio di Stato poi annullavano la nota richiamata ed i successivi provvedimenti di attuazione: attraverso una lettura testuale, sistematica e logica del comma 13, i giudici ritenevano che destinatari del contratto *de quo* – volto a fissare un trattamento minimo omogeneo ed uniforme applicabile durante le varie missioni – fossero solo i lavoratori portuali temporanei e che quanto stipulato non vincolasse indistintamente tutte le imprese operanti in porto, ma solo quelle aderenti alle associazioni firmatarie (cfr. TAR Lazio-Roma 25 novembre 2003 n. 10644, 24 gennaio 2004 n. 710, 26 gennaio 2004 n. 715; C. Stato 31 maggio 2006 n. 3301 e n. 3302, 9 giugno 2006 n. 3450, 22 giugno 2006 n. 3821, in *FACdS*, 2006, 5-6; per un commento, F. BINOCOLI, *La disciplina applicabile al lavoro portuale temporaneo. La sfera di applicazione del CCNL unico*, in *Il Diritto Marittimo*, 2006, 221). Con circ. prot. n. DIV3/9442 del 31 luglio 2006 (in  indice A-Z, voce *Lavoro portuale*), il Ministero dei trasporti esortava le autorità portuali ad adeguarsi a quanto statuito dal Supremo Collegio.

Il comma 13 citato, come riscritto dalla l. n. 247/2007, riapre quindi un capitolo ritenuto ormai archiviato.

A scanso di ulteriori equivoci, oggi la norma prevede espressamente che «Le autorità portuali, o, laddove non istituite, le autorità marittime, inseriscono negli atti di autorizzazione di cui al presente articolo, nonché in quelli previsti dall'articolo 16 e negli atti di concessione di cui all'articolo 18, disposizioni volte a garantire un trattamento normativo ed economico minimo inderogabile ai lavoratori e ai soci lavoratori di cooperative dei soggetti di cui al presente articolo e agli articoli 16, 18 e 21, comma 1, lettera b). Detto trattamento minimo non può essere inferiore a quello risultante dal vigente contratto collettivo nazionale dei lavoratori dei porti, e suoi successivi rinnovi, stipulato dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative a livello nazionale, dalle associazioni nazionali di categoria più rappresentative delle imprese portuali di cui ai sopracitati articoli e dall'Associazione porti italiani (Assoport)».

Ne consegue che – rispetto alla versione precedente – da un lato si estende la platea dei lavoratori (non più solamente quelli temporanei, ma *tutti* quelli dipendenti da qualsiasi impresa portuale) interessati dal trattamento minimo inderogabile, tarato proprio sul Ccnl

Porti contestato; dall'altro, viene ridotto il ventaglio degli attori legittimati alla sua sottoscrizione, individuati in maniera estremamente vaga, probabilmente per superare il vizio procedurale individuato dalle sentenze richiamate.

Come dire che il legislatore, di fatto, legittima *ex post* l'accordo raggiunto nel 2001 (e rinnovato nel 2005) così come a suo tempo stipulato, ossia con *quello* stesso oggetto e tra *quelle* parti sociali; e che, per quanto riguarda le pronunce del giudice amministrativo, *tamquam non essent*.

La scelta così praticata ha nondimeno sollevato obiezioni (*in primis*, da parte delle associazioni allora ricorrenti); tra queste, la principale sembra essere quella della frustrazione della libertà sindacale delle imprese a suo tempo non coinvolte, indirettamente obbligate ad applicare a tutti i propri dipendenti il trattamento previsto da un Ccnl stipulato (da altri) in violazione della legge all'epoca in vigore, pena la revoca dell'atto di autorizzazione o concessione (in tale senso, M. PERSIANI, in un'intervista per *Il Sole 24 Ore*, 14 dicembre 2007).

Certo è che, a prescindere dalla fondatezza delle critiche mosse, l'inaspettata modifica del citato comma 13 – inserita in un provvedimento non specifico in materia portuale (peraltro sottoposto alla questione di fiducia), mentre la l. n. 84/1994 è oggetto di riesame da parte della Commissione Trasporti del Senato, ove sono stati presentati cinque disegni di legge di riforma – suscita quantomeno dubbi di opportunità.

Tuttavia, senza voler affrettare giudizi, è d'uopo formulare qualche puntualizzazione, nella speranza che possano contribuire a ridimensionare i toni della polemica.

Va notato infatti che la nuova previsione non impone – come è stato invece sostenuto – l'adozione di uno specifico contratto collettivo, ma esige essenzialmente il rispetto di determinati standard di tutela (ivi individuati), lasciando quindi impregiudicato il diritto delle imprese di applicare *altri* contratti collettivi di comparto, purché equipollenti sotto il profilo delle garanzie apprestate.

Ancora, per attribuire il giusto peso alla vicenda pare opportuno volgere lo sguardo alla pratica.

A ben vedere, le vicende processuali riportate hanno riguardato l'impugnazione, oltre che della nota prot. n. DEM3/382, anche dei relativi regolamenti di attuazione delle autorità di Piombino, Cagliari e Savona; dato, questo, che – vista l'esiguità dei provvedimenti impugnati – stimola due ordini di riflessioni, tra loro non necessariamente alternative.

La prima porta ad ipotizzare uno scarso recepimento del *diktat* ministeriale, nonostante la cogenza ad esso riconosciuta dallo stesso Consiglio di Stato.

La seconda – che si ritiene più plausibile – suggerisce l'avvenuto raggiungimento, in merito alla applicazione del Ccnl in oggetto, di un sostanziale accordo tra parti sociali presenti nelle singole realtà locali: tutto ciò in linea con la migliore tradizione portuale, gelosa delle proprie autonomie e spesso insofferente rispetto a regole eteroimposte.

Con la conseguenza che l'intervento contenuto nella l. n. 247/2007, anche se decisamente poco elegante sotto il profilo del *fair play*, altro non sarebbe che una presa d'atto di situazioni già esistenti, sebbene a discapito di chi aveva visto le proprie ragioni riconosciute in sede giurisdizionale.

Mariaelena Cunati

Scuola internazionale di Alta formazione in Relazioni industriali e di lavoro
Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

8. Mercato del lavoro

Brevi spunti sulle leggi di fine anno: l'attuazione del Protocollo sul Welfare e la Legge Finanziaria per il 2008

Sommario: **8.1.** Premessa. – **8.2.** La l. n. 247/2007: il Protocollo sul Welfare e i suoi acrobatismi parlamentari. – **8.2.1.** La materia previdenziale e gli “ammortizzatori sociali”. – **8.2.2.** Mercato del lavoro e tipologie contrattuali. – **8.2.3.** Le misure sulla competitività: strumenti retributivi “incentivanti” e “incentivati”. – **8.3.** Un nuovo «metodo» normativo: gli articoli “unici” delle leggi finanziarie. – **8.3.1.** La Legge Finanziaria per il 2007... – **8.3.2.** ...e quella per il 2008. – **8.4.** Conclusioni.

8.1. In un precedente intervento (cfr. G. ZILIO GRANDI, *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, in *q. Rivista*, 2007, n. 3), si riteneva esistente una linea di continuità tra i primi passi del Governo in carica e i più recenti sviluppi in materia di regolamentazione del lavoro, e in specie, di predisposizione degli strumenti necessari a favorire ad un tempo l'occupazione e la crescita delle imprese. In particolare, tra la l. n. 296/2006 (Legge Finanziaria per il 2007, in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), intervenuta su alcuni cruciali temi del lavoro, e la recente l. n. 247/2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*, su cui da ultimo v. ampiamente M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del Welfare*, Cedam, Padova, 2008), di trasposizione in legge del c.d. Protocollo del 23 luglio 2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*).

All'esito di tale processo si pone, inoltre, anche la Legge Finanziaria per il 2008, n. 244/2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), sulla quale si vogliono in questa sede porre le attenzioni per quanto riguarda la materia lavoristica e previdenziale, in una con la versione definitiva (visto il percorso a ostacoli seguito) del Protocollo sul Welfare “legificato”. Lo sguardo, dunque, deve accomunare i due provvedimenti, anche alla luce del fatto che oramai, nella “prassi” legislativa, la Legge Finanziaria assume spesso se non sempre contenuti lavoristici e previdenziali. Infine, dovrà darsi conto anche della più recente contrattualistica collettiva, con particolare riguardo al sofferto rinnovo del contratto collettivo del settore metalmeccanico, forse l'ultimo ad essere stipulato secondo le regole del Protocollo del 23 luglio 1993 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Concertazione*).

8.2. Va anzitutto rilevato come la già citata l. n. 247/2007 – attuativa del Protocollo sul Welfare – si soffermi, opportunamente, su diversi capitoli, dalla previdenza agli ammortizzatori sociali, al mercato del lavoro, e ancora alla competitività, ai giovani e alle donne, con interventi accomunati dalla finalità di «promuovere una crescita economica duratura» e comunque accogliendo «un punto di vista sociale»; mentre la immediatamente precedente Legge Finanziaria, n. 244/2007, insiste su altri aspetti, di carattere macroeconomico ma anche microeconomico, comunque rilevanti per i rapporti di lavoro subordinato e, più in generale, sulle modalità, e sulle relative convenienze, di svolgimento delle relazioni di lavoro.

8.2.1. Allo stesso tempo, la l. n. 247/2007 si occupa in particolar modo anche di *pensioni*, sia nel senso della modifica dei requisiti di accesso al pensionamento anticipato (*id est* di anzianità); sia con riguardo ad altri interessanti tasselli, quali i lavori usuranti e l'adeguamento dei coefficienti di trasformazione (in verità entrambi in parte oggetto dell'ennesimo rinvio).

Nulla di fatto, invece, nonostante le attese, per quanto attiene la auspicata razionalizzazione strutturale degli enti previdenziali, al precipuo fine di un risparmio di spesa, per la quale è prevista la presentazione entro un mese dall'entrata in vigore della legge, di un piano industriale (art. 1, comma 8). Al contrario vengono aumentate le aliquote di tutte le retribuzioni soggette a contribuzione (lavoratori dipendenti, parasubordinati e autonomi);

e, come già detto in altra sede con specifico riguardo al contributo previdenziale a carico dei collaboratori a progetto, ciò facendo saranno raggiunti risultati sul versante della (ridotta) convenienza per le imprese verso simili tipologie contrattuali piuttosto che sul futuro trattamento pensionistico dei medesimi, ovviamente influenzato dai (tendenzialmente ridotti) coefficienti e ancor più dall'effettivo equilibrio del sistema sul lungo periodo: lungo periodo del quale, detto per inciso e senza polemica alcuna, nessuno sente ancora l'esigenza di occuparsi seriamente.

Note senz'altro positive meritano invece le norme dedicate alla previsione di un nuovo meccanismo di "totalizzazione" e alla riduzione del limite minimo di anzianità contributiva per il cumulo dei contributi versati a diverse gestioni, e ancora al riscatto degli anni di laurea (art. 1, comma 77, l. n. 247/2007), reso più favorevole nel risultato e negli oneri relativi.

La l. n. 247/2007 affronta in parte anche il tema degli *ammortizzatori sociali*, con specifica attenzione alla indennità di disoccupazione: tuttavia, insieme alla inevitabile premessa relativa all'attesa messianica di una "riforma" (art. 1, comma 84), essa introduce prevalentemente elementi di dilatazione dei trattamenti per settore, tipologia contrattuale e dimensione di impresa (rispettivamente art. 1, commi 25 e 28, l. n. 247/2007, e art. 1, comma 521, l. n. 244/2007), i quali rischiano, se non ben equilibrati da un virtuoso sistema di servizi all'impiego e dalla puntuale verifica dei presupposti per l'attribuzione dei medesimi, di muoversi nella consueta logica delle elargizioni indiscriminate e non sufficientemente selettive.

Peraltro lo strumento generalmente utilizzato è quello della delega (art. 1, comma 28), che come tale pone i presupposti per ulteriori ampliamenti e deviazioni rispetto al percorso predeterminato, certo nell'ambito dei medesimi principi di delega. E tuttavia, solo guardando velocemente ad essi pare facile intravedere una linea di sviluppo ben delineata, ravvisabile a nostro avviso nella volontà di una progressiva «stabilizzazione dei rapporti di lavoro» ovvero «incremento dei livelli di occupazione stabile», dimenticando tuttavia che tali, condivisibili obiettivi, necessitano per il loro raggiungimento di un contesto produttivo virtuoso, che non a caso appare al centro delle più recenti discussioni in ambito politico-sindacale, seppure limitato alla questione della c.d. defiscalizzazione del salario di produttività laddove, al contrario, occorrerebbe agire su altre e più ampie leve dell'economia, anche pubblica, per aumentare ad un tempo produttività e redditi del lavoro dipendente.

8.2.2. Con riguardo al tema del *mercato del lavoro*, le leggi in esame, e in particolare la l. n. 247/2007, sembrano muoversi e realmente deragliare sulle montagne russe parlamentari, con interventi solo parzialmente condivisibili e comunque non dotati di un "senso unico" razionale. Il primo esempio, lampante, è quello della abrogazione del c.d. *staff leasing* (art. 1, comma 46), del quale molti non hanno avuto difficoltà a ravvisare una *ratio* di mera concessione politica. Lo stesso meccanismo è sembrato guidare la «parziale abrogazione con rinvio» del lavoro intermittente, sostituito dalla possibilità (come se il precedente istituto fosse obbligatorio) di utilizzare il contratto a termine nella sua forma breve (art. 1, commi 45 e 47). Queste previsioni rinviano ad accordi collettivi, riteniamo anche aziendali, tra soggetti comparativamente più rappresentativi a livello nazionale con riferimento a «specifici rapporti di lavoro per lo svolgimento delle predette prestazioni durante il fine settimana, nelle festività, nei periodi di vacanze scolastiche, e per ulteriori casi». Non si ravvisa invero la necessità giuridica di abrogare un istituto di analoghi contenuti se non quella di delegare espressamente alla contrattazione collettiva ciò che, in realtà, altrettanto espressamente l'art. 40 del d.lgs. n. 276/2003 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) già prevedeva, ma senza indicare il requisito della rappresentatività maggiormente comparativa e di limitarne l'utilizzo ai soli settori del turismo e dello spettacolo, dimenticando che nella realtà delle dinamiche produttive da un lato, e delle esigenze

dei lavoratori, dall'altro, altri possono essere i contesti nei quali utilizzare proficuamente tale istituto, proprio al fine «di contrastare il possibile ricorso al lavoro irregolare o sommerso»; così che delle due l'una, o si amplia il ventaglio delle ipotesi di emersione di simili forme lavorative, o, come appare, l'obiettivo dichiarato non risulta raggiungibile con gli strumenti dati. Ciò vale anche se di recente si è sostenuta una sostanziale marginalità, anche quantitativa, di tale contratto (G. SPOLVERATO, A. PIOVESANA, *Lavoro intermittente: abrogazione e conseguenze*, in *DPL*, 2007, n. 4, 262): ma, va precisato, noi muoviamo dalla logica di favorire l'implementazione di ogni strumento utile al fine di ridurre i rapporti di lavoro irregolare o anche solo un primo contatto tra i giovani e il mercato del lavoro.

Il *lavoro a progetto*, già coinvolto dalle citate misure sull'innalzamento delle aliquote contributive, non è stato pressoché toccato, come invece poteva attendersi in virtù dell'ampio dibattito di questi anni (abrogazione secca, modifiche alla nozione o al regime di tutele, ecc.), salve le previsioni di cui all'art. 1, comma 1156, lett. d), l. n. 296/2006, e ora art. 2, comma 526, l. n. 247/2007, relativi alla riqualificazione professionale dei collaboratori a progetto, e all'art. 1, comma 788 di quest'ultimo provvedimento, circa la previsione di una indennità giornaliera di malattia ed un trattamento economico per congedo parentale, oltre a quello di maternità nel periodo di astensione obbligatoria, sulle quali la dottrina ha già avuto modo di soffermarsi (A. PERULLI, *Relazione al Convegno su La riforma del mercato del lavoro del 2003*, Venezia, 19 ottobre 2007). Interessante appare invece, *prima facie*, l'art. 1, commi 72 ss., che introduce un "Fondo credito per il sostegno dell'attività intermittente dei lavoratori a progetto" iscritti alla gestione separata, non assicurati presso altre forme obbligatorie; tuttavia, da una lettura più attenta è facile comprendere come si tratti, così come le disposizioni appena successive dedicate alle donne e ai giovani lavoratori autonomi, di una mera forma di accesso al credito con restituzione posticipata a 24 o 36 mesi. Uno strumento, cioè, per consentire ai giovani collaboratori a progetto ciò che solo taluni istituti di credito sinora consentono, ovvero l'accesso al credito in assenza di un contratto di lavoro subordinato e, in questa ipotesi, anche di lavoro a progetto.

Sul sistema di incontro tra domanda e offerta di lavoro, le affermazioni svolte nel Protocollo del luglio dello scorso anno vengono recepite nella l. n. 247/2007 (cfr. art. 1, commi 30 ss.), con riguardo specifico alla occupazione dei disabili (art. 1, comma 35), e in generale nel senso di un potenziamento dei servizi per l'impiego, con una adeguata informatizzazione e trasparenza di rilevanti dati relativi al mercato del lavoro medesimo (su questo punto già P. ICHINO, *I nullafacenti*, Mondadori, Milano, 2007).

La legge si occupa, per altro verso, anche della necessaria razionalizzazione degli incentivi all'occupazione (art. 1, commi 37 ss.), con parziale riscrittura delle regole in tema di contratto di reinserimento da un lato e di apprendistato dall'altro. Viene infatti modificato l'art. 12 della l. n. 68/1999 (in  indice A-Z, voce *Disabili, lavoro dei*), inserendosi un art. 12-bis, relativo ad ulteriori Convenzioni di inserimento lavorativo per soggetti disabili con particolari difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario, con massiccio coinvolgimento in tale ordine di idee delle cooperative sociali.

Quanto agli incentivi alle assunzioni, il nuovo art. 13 della medesima l. n. 68/1999 prevede possibili contributi all'assunzione da parte di Regioni e Province in misure variabili e seconda della ridotta capacità lavorativa del soggetto interessato; ma la novità sta forse nel fatto che tali incentivi sono estesi ai datori di lavoro privati non obbligati ai sensi della legge in questione, sempre solo laddove essi stipulino con i soggetti protetti contratti di lavoro a tempo indeterminato.

Diverso senso, rispetto a quelle appena menzionate ed immediatamente vigenti, assumono le norme di delega relative ai *servizi per l'impiego*, agli incentivi all'occupazione e all'apprendistato, di cui al già citato art. 1, comma 30. Quanto alla prima delega va messa

in evidenza la “centralità” che in essa viene attribuita ai servizi pubblici quale criterio in qualche modo guida rispetto alle finalità previste, mentre appare molto positiva la previsione del potenziamento dei sistemi informativi e di monitoraggio dei dati utili per la gestione complessiva del mercato del lavoro, come già ampiamente suggerito da attenta dottrina (P. ICHINO, *op. cit.*). Sugli *incentivi all’occupazione*, e avendo ben presenti gli obiettivi dell’incremento dei livelli di occupazione stabile e di migliorare quello di donne, giovani e ultracinquantenni, la legge focalizza l’attenzione sulle modifiche della disciplina del contratto di inserimento, sulle quali tuttavia null’altro viene detto. Par di capire che tali contratti, previsti dagli artt. 54 ss. del d.lgs. n. 276/2003, non siano ritenuti idonei al raggiungimento degli obiettivi cui risultano proposti, ma ciò appare anche conseguenza delle forti ritrosie sul punto da parte delle organizzazioni sindacali dei lavoratori oltre che, in modo eguale, ad una certa farraginosità della normativa e ad un evidente rimpianto del precedente istituto del contratto di formazione e lavoro.

Sul contratto di *apprendistato* la recente normativa permette un discorso simile a quello appena svolto. Anche per esso, invero, possono riproporsi le osservazioni relative alla scarsa affettività della normativa, con particolare attenzione alle cause “istituzionali”, fondamentalmente riconducibili ad una sorta di “blocco” da parte delle Regioni, competenti ad emanare la normativa di dettaglio in materia formativa. Le nuove regole di delega, non incidono su questi aspetti cruciali, e introducono piuttosto ulteriori elementi di rigidità: il rafforzamento del ruolo della contrattazione collettiva nella integrazione del quadro legale vigente; l’individuazione di *standard* nazionali di qualità della formazione; l’individuazione di meccanismi di garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, con specifico riguardo all’apprendistato professionalizzante, l’adozione di misure volte ad assicurare il corretto utilizzo dei contratti di apprendistato. In attesa che la delega sia attuata, non sfugge che in tal modo non si fa che ritardare ulteriormente l’entrata in funzione di un istituto spesso vitale per le imprese medio-piccole e foriero di sviluppi occupazionali per i lavoratori coinvolti. Ovviamente laddove esso, come deve essere, venga prevalentemente utilizzato nel suo pregnante significato e non come occasione di assunzioni meramente agevolate contributivamente. D’altro canto è anche inutile ricordare come lo stesso contratto di formazione e lavoro abbia nel corso del tempo mutato fisionomia e soprattutto funzione, raggiungendo quella fondamentale occupazionale riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale.

Le norme relative al contratto a termine (art. 1, commi 38 ss., l. n. 247/2007) evidenziano una serie di contraddizioni di rilievo: da un lato esse hanno posto in discussione, e non è cosa da poco, lo strumento della concertazione, e ancor più il rapporto tra determinazioni collettive, anche trilaterali, e i susseguenti provvedimenti di legge (per tutti da ultimo M. MARTONE, *Governo dell’economia e azione sindacale*, Cedam, Padova, 2007, *passim*; già F. CARINCI, *Storia e cronaca di una convivenza: Parlamento e concertazione*, in *RTDPub*, 2000, 35; G. ZILIO GRANDI, *Diritto dei contratti, diritto del lavoro: dove sta e dove va la concertazione?*, intervento al Convegno su *Diritto dei contratti, diritto del lavoro*, Venezia, 30-31 gennaio 2008, in corso di pubblicazione in *LPO*).

Con le norme citate l’istituto del lavoro a termine viene così nuovamente (dopo il d.lgs. n. 368/2001, in  indice A-Z, voce *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*, e il d.lgs. n. 276/2003, limitatamente alla somministrazione a tempo determinato) ritoccato: da un lato si confermano, quali elementi necessari e sufficienti per l’apposizione del termine le ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitutive (il c.d. “causalone” di cui al citato d.lgs. n. 368/2001, su cui da ultimo S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella “modernizzazione” del diritto del lavoro*, Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona», 2007, n. 52); dall’altro si impone, in caso di proroghe ovvero rinnovi di un contratto a termine, un limite temporale massimo complessivo di 36 mesi di durata del rapporto, con la possibilità di

un ulteriore (e uno solo) contratto a tempo determinato tra gli stessi soggetti «stipulato (...) presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante dell'organizzazione sindacale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato»; mentre la durata di tale "ultimo" contratto viene rimessa alla determinazione di avvisi comuni tra le consuete organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Tuttavia, a bilanciare in qualche modo tale previsione, dalla macchinosa conversione parlamentare del testo del Protocollo è uscita una norma, e precisamente l'art. 1, comma 43, l. n. 247/2007, che appunto prevede una fase di prima applicazione della nuova normativa, e in specie che in deroga alle disposizioni sopra richiamate «i contratti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto» e che «il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi 15 mesi dalla medesima data». Ciò significa che viene introdotta una sorta di "moratoria" di, appunto, 15 mesi, circa gli effetti della limitazione alle deroghe e ai rinnovi sopra menzionata. Va per ora solo rilevato come tale ultima norma trovi origine nell'evidente compromesso tra le parti sociali, raggiunto nel mese di luglio e formalizzato nel Protocollo, ma poi messo in discussione sia fuori che dentro le aule parlamentari, rischiando di intaccare così il tradizionale equilibrio tra concertazione e provvedimenti legislativi conseguenti.

Sul piano delle conseguenze più strettamente giuridiche, non possiamo non rilevare, come fatto già da taluno, che la portata della innegabile limitazione alla durata (36 mesi) dei contratti di lavoro a termine, comprensivi di proroghe e rinnovi, e reale obiettivo, certo condivisibile, del Protocollo e quindi del provvedimento, non escluda necessariamente un superamento del suddetto termine. Invero, si parla, nel nuovo art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/2001, di «successione di contratti a termine per lo svolgimento di *mansioni equivalenti*» [corsivo dell'A.]. E se, in ipotesi, e non per motivi facilmente riconducibili alla *fraus legis*, le successioni riguardassero, come possibile, mansioni diverse, dovremmo ritenere per ciò stesso superabile il suddetto limite? A noi pare di sì: fermo restando che il datore di lavoro si espone al rischio che venga dimostrata la frode di un simile comportamento e che, come recita la medesima norma, il rapporto venga considerato per ciò stesso a tempo indeterminato ai sensi del comma 2 dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001.

In definitiva, se è vero che le modifiche apportate mirano a affermare solennemente (ma in fondo inutilmente) che «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato» e altresì a limitare la reiterazione dei contratti collettivi a termine, in linea con la giurisprudenza e la normativa comunitaria, esse da un lato lasciano aperto uno spiraglio, come visto, a soluzioni di diversa fatta, dall'altra, e più opportunamente, si preoccupano di delineare un rafforzamento dei diritti di precedenza nelle successive assunzioni, in generale e con specifico riguardo alle attività stagionali (artt. 4-*quater* e 4-*quinqies*, e dipoi art. 4-*sexies*, d.lgs. n. 368/2001, come integrato dall'art. 1, comma 40, l. n. 247/2007). Che la "chiusura" del legislatore sia relativa è dimostrato, ci pare, anche dalla opportuna se non necessaria esclusione del limite dei 36 mesi di alcune categorie di lavoratori, e precisamente i lavoratori somministrati, i dirigenti e i lavoratori stagionali, oltre al caso che siano gli stessi avvisi comuni e accordi collettivi tra le parti sociali a individuare altre ipotesi e di un "ulteriore" contratto stipulato avanti alla Direzione provinciale del lavoro (parla in proposito di deroghe soggettiva, aziendale, sindacale e istituzionale P. RAUSEI, *Vigilanza e sistema sanzionatorio per i nuovi contratti riformati*, in *DPL*, 2007, n. 4, 267). Non solo, perché un profilo senz'altro problematico è dato dall'accennato regime transitorio, per il quale l'art. 1, comma 43, della l. n. 247/2007 prevede non solo che i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore del provvedimento proseguono fino alla loro naturale scadenza, lett. a), ma anche che «il periodo di lavoro

già effettuato» alla medesima data «insieme ai periodi successivi di attività (...) si computa decorsi quindici mesi dalla medesima data»: tale previsione è stata letta sia nel senso che essa avrebbe così lasciato aperta una finestra di 15 mesi ai datori di lavoro per continuare a stipulare contratti a tempo determinato senza il limite massimo dei 36 mesi sino al 31 marzo 2009, sia, come già sostenuto in altra sede, nel senso che i primi 15 mesi di vigenza della legge non andrebbero computati, o meglio sommati, a periodi precedenti di svolgimento di rapporti di lavoro a tempo determinato; quella cioè che è stata definita una fase “moratoria” della nuova disciplina limitativa.

La l. n. 247/2007 non limita il suo raggio d'azione, circa le tipologie contrattuali, al contratto a termine e a quanto riferito sopra e in seguito, ma si estende anche al contratto di lavoro *a tempo parziale*. L'intento è quello, evidente, di eliminare alcune eccessive flessibilità con riguardo alla competenza dell'autonomia individuale, e in particolare a sostituire quest'ultima con l'autonomia collettiva. Ciò avviene modificando l'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000 (in  indice A-Z, voce *Lavoro a tempo parziale*), a sua volta modificato dal d.lgs. n. 276/2003, con la conseguenza che eventuali modifiche della collocazione temporale della prestazione lavorativa potranno essere stabilite solo da accordi collettivi con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e non più dalle (singole) parti del contratto stesso; e allo stesso modo la variazione in aumento della durata della prestazione, così come della citata modificazione della collocazione temporale della stessa, previste e prevedibili oramai solo in ambito collettivo, necessiterà comunque di un preavviso di almeno 5 giorni. Dunque il lavoro a tempo parziale viene in un colpo solo privato della sua pur recente caratterizzazione, nel senso del crescente ruolo per l'autonomia individuale, e nel contempo irrigidito mediante un rinvio ineludibile alla contrattazione collettiva (cfr. anche P. RAUSEI, *op. cit.*, 269).

Per altro verso, e positivamente nonostante le già frequenti disposizioni collettive in proposito, si segnala infine la previsione di un diritto alla trasformazione bilaterale del rapporto, da tempo pieno a tempo parziale orizzontale e verticale e viceversa, per i lavoratori o i loro stretti congiunti affetti da patologie oncologiche, ovvero con figli portatori di *handicap*, per tutti i quali vale anche il consueto diritto di precedenza nelle successive assunzioni a tempo pieno.

Tuttavia, le disposizioni richiamate non sembrano porsi del tutto in coerenza con le normative e le esperienze comparate, che proprio sul lavoro a tempo parziale sono riuscite a rafforzare l'occupazione con particolare riguardo a donne, giovani e lavoratori maturi ma espulsi dal ciclo produttivo: ciò avviene prevedendo aumenti contributivi per i contratti di lavoro a tempo parziale con orario inferiore alle 12 ore settimanali (art. 1, comma 32, lett. d)), il che è a dire che il *part-time* “dovrà” essere superiore a tale soglia temporale, con buona pace delle concrete esigenze dei lavoratori e delle imprese e con il dubbio ulteriore che tale previsione rientri in quelle, numerose e talora nascoste, tese a finanziare in qualunque modo il sistema previdenziale.

8.2.3. Di “*competitività*”, si occupano sia il Protocollo sia, di conseguenza, la l. n. 247/2007: obiettivo dell'intervento è la contrattazione di secondo livello, già competente ai sensi del precedente Protocollo del 1993 in tema di premi c.d. di risultato, e in particolare l'introduzione di nuove decontribuzioni, previdenziali e con effetti retributivi, in favore di elementi retributivi collegati alla «misurazione di incrementi di produttività, qualità ed altri elementi di competitività assunti come indicatori dell'andamento economico dell'impresa e dei suoi risultati» (art. 1, comma 67): la novità sta non più e solo nello sgravio contributivo a favore delle imprese, previsto nella misura fissa del 25% dell'erogazione (e che a sua volta potrà ora arrivare al 5% della retribuzione annua), quanto nello sgravio con effetti retributivi positivi pari ai contributi previdenziali dovuti dai lavoratori sulla quota di erogazione legata agli elementi citati con immediato vantaggio in busta paga (art. 1, comma 70). Tale norma introduce infatti la possibilità di prevedere, con decre-

to del Ministero del lavoro, «la deducibilità ai fini fiscali ovvero l'introduzione di opportune misure di detassazione»; e il meccanismo ricorda in parte quello utilizzato per il c.d. *superbonus* pensionistico (art. 1, comma 12, l. n. 243/2004, in  indice A-Z, voce *Previdenza*, che peraltro non appare abrogato espressamente), sul quale tuttavia né il Protocollo né la legge di attuazione si soffermano ulteriormente.

Nello stesso ambito dell'aumento della competitività dovrebbe rientrare l'intervento sulla eliminazione della contribuzione aggiuntiva per il lavoro straordinario (art. 1, comma 71). Ora, non vi è dubbio che tale intervento favorirà le imprese che fanno massiccio uso di tale strumento di amministrazione del personale, evidentemente potendosi rispondere anche così a picchi di commesse ma anche al flusso discontinuo degli ordini. Ci pare tuttavia, condividendo così critiche già emerse sul versante sindacale, che dal punto di vista dei lavoratori ciò significa aumentare (eventualmente) la retribuzione dei soggetti già presenti all'interno della struttura produttiva, ma chiudere sostanzialmente le porte ai c.d. *outsiders*.

Alla luce di quanto sopra riferito, cioè, alle imprese si appaleserebbe, con i nuovi limiti introdotti, una ridotta praticabilità del lavoro a termine; l'impossibilità di utilizzare *part-timers* con poche ore, se non a contribuzione maggiorata; la scomparsa del lavoro a chiamata; e in definitiva la palese e sempre maggiore convenienza di fruire del lavoro dei dipendenti già presenti, reso magari in regime di straordinario, non più aggravato contributivamente. O ancora, nella peggiore delle ipotesi, di accedere agli antri del lavoro nero o irregolare.

Così – secondo quanto detto – è facile constatare come il Protocollo e la legge attuativa abbiano preso solo parzialmente atto del necessario superamento di evidenti logiche frenanti con riguardo al sistema pensionistico e per altro verso confermino buona parte delle linee di sviluppo del mercato del lavoro proposte e introdotte nella precedente legislatura. Essi condividono in qualche misura, e sul presupposto che altra strada non v'è, sia la prospettiva della flessibilità del lavoro, con specifico riguardo al lavoro a termine, confermato a nostro avviso come privilegiata forma di accesso al mercato del lavoro; sia quella della competitività, nei limiti che si sono cercati di mettere in evidenza.

In entrambi nulla si dispone, invece, e non a caso, su altri punti chiave della riforma del sistema-lavoro nel suo complesso, e dunque anche e soprattutto con riguardo al lavoro "pubblico": l'altra metà del cielo (il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche) non risulta invero intaccata da simili propositi riformatori e piuttosto evidenzia che tale è la scelta non solo delle organizzazioni sindacali ma anche di parte del sistema partitico del nostro Paese.

8.3. Come emerge dal titolo stesso di queste note è oramai costume, seppure deteriore, utilizzare i provvedimenti di fine anno, e in specie la Legge Finanziaria e i suoi eventuali collegati, per introdurre, talora surrettiziamente, modifiche rilevanti alle norme vigenti in materia di lavoro subordinato e autonomo, anche con riguardo a quello, a sua volta, scindibile nelle due categorie, svolto alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni. La evidente motivazione di ciò sta nel fatto che di regola su tali provvedimenti viene posta la questione di fiducia: il che evidentemente sembra garantire il raggiungimento del risultato atteso, pur nell'ambito di un provvedimento chiaramente non dotato di carattere organico e sistematico. Ma tant'è!

8.3.1. Ebbene, le Pubbliche Amministrazioni – specie sotto il loro profilo di datrici di lavoro – hanno assunto al contrario un ruolo preponderante sia nella Legge Finanziaria per il 2007, l. n. 296/2006, sia in quella per il 2008, n. 244/2007.

Nel primo caso, come si è già riferito altrove (G. ZILIO GRANDI, *I profili del rapporto di lavoro e la trasformazione dei contratti*, in *LPO*, 2007), emergono infatti specifiche politiche del lavoro proposte nel nostro Paese nel corso della presente legislatura.

La l. n. 296/2006 si sofferma infatti sui casi di trasformazione di pregressi rapporti di col-

laborazione nelle Pubbliche Amministrazioni in rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato. Tale ordine di idee consegue non solo alla più generale e precedente previsione in tema di trasformazione di rapporti di collaborazione in rapporti di lavoro subordinato (art. 1, commi 1202 ss., l. n. 296/2006), ma anche ad altre, sparse, disposizioni orientate nel medesimo verso (di lotta al precariato) e che in qualche modo stridono rispetto ad altre norme, e in particolare ai proclami ad esse sottesi, che tendono al contrario a ridurre la spesa per il personale delle Pubbliche Amministrazioni.

Invero, la Finanziaria per il 2007 da un lato incrementava le risorse per la contrattazione collettiva nazionale per il biennio economico 2006-2007, dall'altro tratteggiava specifiche disposizioni in tema di assunzioni nelle Pubbliche Amministrazioni, in qualche modo superando di slancio i precedenti normativi prevalentemente tesi a ridurre le spese per il personale, sebbene con il peraltro discutibile strumento del blocco del *turn-over*.

Così, in questa direzione sembrano muoversi le norme di cui ai commi 519 e 529 dell'art. 1 della medesima legge, laddove si affrontano sia il caso della stabilizzazione del personale a tempo determinato nelle amministrazioni dello Stato e negli enti pubblici non economici, sia la c.d. "quota di riserva" nelle assunzioni a tempo determinato a favore di soggetti che con le stesse Pubbliche Amministrazioni abbiano stipulato uno o più contratti di collaborazione coordinata e continuativa. Che poi il *Ministero per le riforme e le innovazioni nelle Pubbliche Amministrazioni* abbia sentito l'esigenza di indirizzare una nota alle Camere di commercio, per il tramite del *Ministero dello Sviluppo economico* e datata 30 aprile 2007, non può che destare ulteriore sospetto, posto che nella stessa nota il Ministero chiarisce ad esempio da un lato che «le disposizioni contenute nella legge (...) sono finalizzate a sanare situazioni non in linea con le normative», dall'altro che le amministrazioni devono «rispettare le disposizioni vigenti in tema di ricorso alle forme di lavoro flessibile in generale, e di contratti a tempo determinato in particolare» (art. 36, d.lgs. n. 165/2001, in  indice A-Z, voce *Pubblico impiego*, come modificato dal d.l. n. 4/2006).

Pur tuttavia, le norme citate (e in specie il comma 519) consentivano di stabilizzare a domanda il personale non dirigenziale, assunto a tempo determinato, in servizio da almeno 3 anni, anche non continuativi, alla data di entrata in vigore delle norme, o che avesse maturato 3 anni successivamente a tale data ma in virtù di contratti stipulati prima del 29 settembre 2006, o ancora di personale non più in servizio ma che avesse maturato i 3 anni di servizio, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore all'entrata in vigore delle norme in oggetto. Che si tratti di una vera e propria stabilizzazione di personale precario – tendenzialmente qualificato e dunque in qualche misura necessario per le diverse amministrazioni – è dimostrato, ci pare, *per tabulas*, dall'ultima previsione citata, che attua una sorta di reviviscenza di rapporti cessati già da un paio d'anni. E che siano esclusi, con una sospetta puntualizzazione del Ministero delle riforme (che scrive infatti "in generale", lasciando, ci pare, la porta aperta al "particolare"), i lavoratori a tempo determinato «negli uffici di diretta collaborazione» (*alias* coloro che sono legati fiduciarmente al vertice politico), non consola più che tanto.

Le norme in commento presuppongono comunque lo svolgimento di procedure selettive, prima della stabilizzazione, nonché il possesso del titolo di studio per l'accesso dall'esterno alla qualifica di riferimento (*sic!*); e questo perché in occasioni precedenti tale requisito si era in qualche modo perso per strada, specie con riguardo agli incarichi dirigenziali.

Tale critica valutazione non sembra peraltro trovare attenuazione nella pur prevista riduzione delle risorse disponibili per le medesime assunzioni a tempo determinato, ed altresì per i posti dirigenziali rispetto alla precedente finanziaria; nonché negli ipotizzati riordino, trasformazione e soppressione di enti pubblici: infatti noto che i problemi delle Pubbliche Amministrazioni non riguardano la quantità ma la qualità delle prestazioni rese.

Quanto al citato comma 529, relativo alla possibilità di riservare sino al 60% dei posti programmati per assunzioni a tempo determinato a coloro che abbiano stipulato uno o più contratti di collaborazione coordinata e continuativa con le amministrazioni medesime, non se ne comprende appieno la *ratio*. O meglio, si deve fingere di non capirla. Se le assunzioni a tempo determinato debbono rispondere alle note caratteristiche di temporaneità ed eccezionalità, e scartata *in apicibus* la strada della somministrazione a tempo determinato e della esternalizzazione, riesce difficile capire come le diverse amministrazioni possano invero “programmare” le assunzioni a tempo determinato. Se non, forse, proprio per la già richiamata esigenza di «sanare i comportamenti delle amministrazioni non in linea con le norme vigenti in tema di organizzazione e di reclutamento» (così la richiamata nota del *Ministero delle riforme*). Cosa che – a tacer d’altro – dovrebbe sollecitare ben altri tipi di intervento nei confronti dei dirigenti di tali amministrazioni!

8.3.2. Sebbene consti di un numero inferiore di articoli rispetto ai commi dell’*articolo unico* dello scorso anno, ma scontate le medesime considerazioni in ordine al metodo di approvazione seguito, nella l. n. 244/2007 trovano conferma parecchie delle impressioni sollevate dai precedenti momenti regolativi; in particolare risulta in essa ancor più enfatizzata la “scelta” di cui da ultimo si parlava, ovvero di utilizzare il lavoro *pubblico* come una sorta di “sfogo” dei conosciuti problemi occupazionali del lavoro *privato*.

Più nello specifico, tuttavia, si sono potuti riconoscere tre diversi filoni nelle norme sui temi lavoristici contenute nella ipotesi di legge richiamata, e ciò sia per il settore privato che per quello delle Pubbliche Amministrazioni: a) norme in materia di politiche previdenziali; b) norme in materia di pubblico impiego (*rectius* lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche; c) norme varie.

a) Le prime (ora art. 122 ss.) riguardavano, nel disegno di legge originario, sia le funzioni *macro* degli enti previdenziali, quali gli investimenti immobiliari, le gestioni degli enti stessi e i trasferimenti all’Inps, e l’accantonamento di risorse per la previdenza complementare dei dipendenti della Pubblica Amministrazione, sia questioni attinenti a contenziosi in essere con l’Inps, sia, infine, lo stanziamento delle risorse per l’attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007, con una particolare disposizione dedicata ad un *bonus* in termini di formazione professionale destinato ai soggetti in cerca di prima occupazione. E tuttavia esse non risultano essere state poi confermate nella legge infine approvata, bensì solo in minima parte accolte nel provvedimento attuativo del Protocollo già esaminato (l. n. 247/2007). Ciò che più stride è che sia scomparsa la previsione di un accorpamento degli istituti previdenziali, utile ai fini di un necessario risparmio di spese e miglioramento di efficienza, ma forse proprio per questo lasciato al suo, sinora ignoto, destino.

b) Viceversa, più numerose e rilevanti appaiono le norme confermate all’esito finale dell’approvazione e tese, come anticipato, a proseguire l’opera di trasformazione dei rapporti di lavoro c.d. “precarì” nelle Pubbliche Amministrazioni in rapporti di lavoro subordinato e questa volta, a differenza di quanto in parte previsto nella Finanziaria dello scorso anno, solo a tempo indeterminato. Già l’art. 2, commi 29 e 366, della l. n. 247/2007 concerne infatti una fattispecie generale (principio di delega di favorire «la stabilizzazione dei rapporti di lavoro (...) l’occupazione, soprattutto giovanile e femminile») ed una più specifica (stabilizzazioni nell’organico della Croce Rossa); e ciò pur affermandosi in altra sede (art. 3, comma 79, l. n. 244/2007) la volontà di far assumere dalle Pubbliche Amministrazioni solo «con contratti di lavoro a tempo indeterminato», in verità denota l’apertura a plurime deroghe al principio astratto affermato (così il nuovo art. 36, d.lgs. n. 165/2001, modificato dal citato art. 3, comma 79, l. n. 244/2007, ma anche l’art. 3, comma 94 della stessa legge, che prosegue linearmente e anche temporalmente quanto previsto dalla l. n. 296/2006 quanto a «piani per la progressiva stabilizzazione»). Non valgono a mitigare tali effetti perversi né le previsioni in tema di mobilità (sempre negoziata e dunque nei fatti “difficile”) nelle Pubbliche Amministrazioni (art. 3, commi

124 e 125: «al fine di rispondere alle esigenze di garantire la ricollocazione di dipendenti pubblici in situazioni di esubero e la funzionalità degli uffici» – è possibile – «la stipulazione di accordi di mobilità, anche intercompartimentale, intesi alla ricollocazione del personale presso uffici che presentino consistenti vacanze di organico»), né quelle che ribadiscono concetti quali la responsabilità dirigenziale in caso di risarcimento del danno dovuto al lavoratore per prestazione svolta in violazione di legge (art. 36, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 3, comma 79, l. n. 244/2007) e il limite massimo di 3 mesi per la stipulazione di contratti di lavoro flessibile (art. 36, comma 1, cit.). Ciò che rimane possibile, in altri termini, è la prosecuzione della “logica del trimestrale”, con evidente creazione di aspettative colmabili, prima o poi, magari da una successiva Legge Finanziaria.

c) Solo un cenno, infine, a qualche disposizione sparsa nella l. n. 244/2007, come l'opportuno art. 2, commi 454 ss., in tema di congedi di maternità e parentali con riguardo al figlio biologico, e gli incentivi fiscali all'occupazione, sotto forma di credito di imposta, di cui all'art. 3, commi 539 ss., con riguardo a specifici territori per così dire “svantaggiati”: va da sé che tali misure, se pure condivisibili nell'intento, incontreranno talune difficoltà applicative sia con riguardo alla normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato, sia con riferimento, più concreto, al loro utilizzo coerente e corretto da parte delle imprese e degli stessi lavoratori. Altre disposizioni vanno, infine, ricordate: quelle relative alla iscrizione nelle liste di mobilità di cui alla l. n. 223/1991 e successive modificazioni (in  indice A-Z, voce *Licenziamento collettivo*) dei «lavoratori licenziati per giustificato motivo oggettivo da aziende fino a quindici dipendenti» (art. 2, comma 524), e quelle relative ancora ai c.d. “ammortizzatori sociali”, e precisamente alla possibilità di concedere «trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria e di mobilità ai dipendenti delle imprese esercenti attività commerciali con più di cinquanta dipendenti, delle agenzie di viaggi e turismo, compresi gli operatori turistici, con più di cinquanta dipendenti, e delle imprese di vigilanza con più di quindici dipendenti» (art. 2, comma 523) e pure al rifinanziamento delle proroghe a 24 mesi delle crisi aziendali per cessazione di attività.

8.4. Ora, se è vero che tali provvedimenti possiedono in genere una indubitabile *ratio* previdenziale, è altrettanto chiaro che ad essi debbono, al più presto, sostituirsi strumenti di sostegno al reddito di diverso segno, pro-attivi e meno legati ad una logica di mero sostentamento bensì, al contrario, preordinati alla ricerca di una nuova e celere occasione di lavoro.

È cioè necessario introdurre un nuovo sistema di negoziazione collettiva e di intervento delle strutture pubbliche teso a favorire un uso selettivo e mirato degli strumenti di sostegno al reddito, da un lato; e a dotare i soggetti tipicamente ai margini del mercato del lavoro, classicamente suddiviso tra autonomia e subordinazione, di forme di tutela meno costose e maggiormente orientate all'ottenimento di una nuova e celere occupazione. In questo senso si muovevano già le iniziative del Ministero del lavoro alla fine del 2007 ed in questo senso si orientano, anche oltralpe, i più recenti avvenimenti sindacali. Da questo punto di vista appare significativo che, dopo accese e sterili discussioni nel nostro Paese, proprio in Francia si raggiungano i primi risultati – certo provvisori e parziali – in termini di *flexicurity*, con l'accordo dell'11 gennaio 2008 (*Accord sur la modernisation du marché du travail*, su cui H. BOULHOL, *La protection de l'emploi: un frein à la croissance?*, in *Telos*, 15 gennaio 2008). In esso trovano infatti collocazione taluni istituti, già proposti e rapidamente accantonati anche in Italia, quali la previsione di un periodo di prova di più lunga durata rispetto a quanto normalmente previsto per i contratti di tempo indeterminato (ma non ancora di un contratto unico a tempo indeterminato ma con prova lunga), l'incentivazione, a fini deflattivi del contenzioso, della risoluzione consensuale ancora dei contratti a tempo indeterminato, il contratto a tempo determinato c.d. a scadenza incerta,

per il quale si prevedono alcuni diritti economici e previdenziali in caso di mancata trasformazione in un contratto a tempo indeterminato, specifiche e innovative forme di sostegno ai giovani disoccupati e di incentivo alla formazione.

Si tratta, come è facile comprendere, di proposte comuni ai diversi Paesi europei e che, in Francia hanno di recente presupposto politicamente, come da noi, l'affermazione esplicita per la quale il contratto a tempo indeterminato è la forma normale e generale del contratto di lavoro, ma anche ed in più il chiaro riconoscimento che il contratto di lavoro a tempo determinato ed il contratto di lavoro temporaneo costituiscono mezzi per rispondere a bisogni momentanei di manodopera e al tempo stesso ricoprono una evidente utilità economica nel contesto concorrenziale globale. Insomma, forse non solo in Francia ma anche da noi è giunta l'ora di ritenere non colpevoli della precarietà, «salva prova contraria», strumenti normativi presenti nel nostro ordinamento da più di vent'anni e che tanto hanno fatto e continuano a fare per offrire occasioni di sostegno e lavoro a soggetti giovani e meno giovani ma espulsi dal ciclo produttivo.

Appunto sicurezza e flessibilità: e questo deve essere l'obiettivo ultimo, riteniamo, anche dello Stato, in un nuovo e moderno contesto delle relazioni di lavoro. Qualche passo in avanti, anche dai provvedimenti esaminati, è stato fatto (P. ICHINO, *Lavoro*, in *www.lavoce.info*, 29 gennaio 2008): ora si tratta, a nostro avviso, di procedere più speditamente non fermandosi davanti a resistenze corporative con specifico riguardo alla riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica.

Gaetano Zilio Grandi

Professore associato di Diritto del lavoro – Università “Ca’ Foscari” di Venezia

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Discriminazioni

- *di genere (1.1. – 1.3.)*

Lavoro a termine

- *principio di parità di trattamento: presupposti e portata (2.1.)*

Sciopero

- *limitazioni alla libertà di concorrenza (3.1. – 3.2.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Discriminazioni

1.1. COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sulla parità tra donne e uomini – 2008*, COM(2008)10 def., 23 gennaio 2008 (in  indice A-Z, voce *Pari opportunità*).

1.2. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Combattere il divario di retribuzione tra donne e uomini*, COM(2007)424 def., 18 luglio 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 29, testo inglese).

1.3. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Una tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010*, COM(2006)92 def., 1° marzo 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 29, testo in inglese).

(1.1. – 1.3.) Combattere il divario di retribuzione tra donne e uomini

Il principio fondamentale della parità di trattamento tra le donne e gli uomini figura dal 1957 nel Trattato di Roma (cfr. art. 141 CE). La riduzione del divario fa parte anche degli obiettivi della Strategia Europea per l'Occupazione (SEO) inaugurata a Lussemburgo nel 1997 (cfr. ad esempio CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Decisione del Consiglio del 12 luglio 2005 sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione*, 2005/600/CE, in  indice A-Z, voce *Strategia Europea per l'Occupazione*, ed in particolare l'orientamento 18 «Promuovere un approccio al lavoro basato sul ciclo di vita tramite: (...) interventi risoluti volti a aumentare la partecipazione femminile e a ridurre le differenze occupazionali e salariali tra uomini e donne», e l'orientamento 22 «Garantire un'evoluzione del costo del lavoro e meccanismi per la determinazione dei salari favorevoli all'occupazione tramite: l'esortazione rivolta alle parti sociali affinché definiscano (...) un quadro corretto per i negoziati salariali che permetta di (...) evitare le differenze salariali di genere (...))». Tuttavia, cinquant'anni dopo l'adozione del Trattato istitutivo della Comunità Europea, la parità retributiva è lungi dall'essere raggiunta, come emerge dalla Relazione della Commissione sulla parità tra donne e uomini pubblicata a gennaio 2008 (in epigrafe), che evidenzia una preoccupante segregazione settoriale e professionale, la scarsa presenza di donne nei posti decisionali e la difficoltà prettamente femminile di conciliare vita professionale e vita privata. Non solo. Secondo l'indicatore del divario relativo alla retribuzione oraria lorda media tra donne e uomini, nell'Unione Europea nel 2006 le donne guadagnavano in media il 15% in meno rispetto agli uomini, un valore peraltro immutato dal 2003 ad oggi.

Partendo dal presupposto che gran parte del divario retributivo non sia attribuibile a criteri oggettivi e sia piuttosto prova di persistenti disuguaglianze e discriminazioni sul mercato del lavoro nei confronti delle donne, la Comunicazione di luglio 2007 (in epigrafe) intende analizzare le cause di tale gap retributivo e proporre linee d'azione che possano contribuire a ridurlo, nel quadro di una mobilitazione di tutti i soggetti in causa, ed in particolare degli Stati membri e delle parti sociali.

La comunicazione della Commissione è strutturata in tre sezioni principali: l'analisi delle possibili cause del divario retributivo; le caratteristiche del problema nei vari Stati membri; l'individuazione di azioni utili per promuovere una maggiore parità. In primo luogo, dunque, la Commissione definisce il divario di retribuzione come la differenza relativa

delle retribuzioni orarie lorde medie e approfondisce le ragioni che sembrano esserne alla base: differenze oggettive sul piano delle caratteristiche individuali, dell'impiego o dell'impresa, certo, ma anche pratiche apertamente discriminatorie ai danni delle donne.

Tuttavia, anche altri elementi concorrono a differenziare profondamente le retribuzioni degli uomini da quelle delle donne. Il persistente gap appare legato infatti anche a fattori di ordine giuridico, sociale o economico quali, ad esempio, una sistematica minore valorizzazione delle professioni prettamente femminili e la cosiddetta segregazione del mercato del lavoro, che fa sì che le lavoratrici si concentrino in settori e professioni meno remunerativi (ad esempio sanità, istruzione ed amministrazione pubblica). La segregazione è accentuata anche da tradizioni e stereotipi, capaci in molti casi di influenzare le scelte degli indirizzi di studio, la valutazione e la classificazione delle professioni e la partecipazione all'occupazione. Da quest'ultimo punto di vista, in particolare, la Commissione sottolinea la difficoltà prevalentemente femminile di conciliare la vita professionale e la vita privata.

Per quanto riguarda invece le caratteristiche del divario, la Commissione mette in evidenza che esso assume proporzioni notevolmente diverse tra gli Stati membri. A fronte di una media europea pari al 15%, infatti, i valori nazionali oscillano dal 4% (Malta) al 25% (Estonia e Repubblica Ceca). Come interpretare dunque queste differenze? Non certo come un indicatore generale della parità in senso lato tra donne e uomini, sottolinea la Commissione. Gli Stati che presentano infatti un divario retributivo inferiore alla media (come ad esempio l'Italia, ma anche il Belgio, la Grecia e la Polonia) registrano anche un tasso di occupazione femminile basso, in conseguenza del quale sono assenti dal mercato le donne poco o per nulla qualificate, la cui presenza determinerebbe invece un significativo aumento del gap. Non solo. Un divario elevato si associa generalmente ad una accentuata segregazione del mercato del lavoro (come si verifica in Estonia, Slovacchia e Finlandia) o a un forte ricorso delle donne al lavoro a tempo parziale (come avviene in Germania, Gran Bretagna, Olanda e Austria), che non sempre si configura come una libera scelta, quanto piuttosto come l'unica soluzione per far fronte agli obblighi familiari.

Vi sono anche differenze significative tra settori economici: il divario risulta infatti superiore alla media (25% rispetto al 15%) nel settore privato ed aumenta con la dimensione dell'impresa, l'età del lavoratore ed il suo livello di istruzione. Da quest'ultimo elemento si evince quindi che le qualifiche e l'esperienza acquisite dalle donne tendono ad essere meno valorizzate rispetto a quelle degli uomini.

Nell'ultima parte della sua Comunicazione, infine, la Commissione si concentra sulle modalità per contrastare efficacemente il divario retributivo. Trattasi di una priorità politica, come dichiarato anche nella tabella di marcia per la parità (in epigrafe) adottata per il periodo 2006-2010. Combattere la disparità retributiva è importante, infatti, non solo per la qualità di vita delle donne, durante e dopo la loro vita attiva, ma anche in generale per l'economia e la società europea così da garantire una più efficace e più equa allocazione delle risorse.

Alcune linee di azione sono state dunque individuate per favorire una maggiore uguaglianza economica: dal punto di vista legislativo si tratta di dare piena applicazione alle normative esistenti, adoperandosi nel contempo per migliorarle; dal punto di vista politico-decisionale, invece, è necessario incoraggiare la mobilitazione di tutti gli attori, Stati membri e parti sociali *in primis*, ai fini di promuovere la parità salariale presso i datori di lavoro e conseguire gli obiettivi della SEO anche in materia di pari opportunità. Infine, come usuale in ambito sociale, la Commissione considera fondamentale lo scambio di buone pratiche a livello comunitario, finalizzato all'avvio di processi di apprendimento ed alla diffusione di soluzioni innovative.

Particolare rilevanza assume l'elemento legislativo: se infatti la normativa comunitaria (non solo il già citato art. 141 CE, ma anche la direttiva del Consiglio n. 75/117/CEE se-

condo la quale il principio della parità delle retribuzioni implica per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore l'eliminazione di ogni discriminazione fondata sul sesso) si è dimostrata efficace nell'eliminazione delle discriminazioni dirette, più arduo è garantire il rispetto del principio della parità retributiva per un lavoro di pari valore. Di conseguenza, la Commissione intende avviare una riflessione sulla pertinenza della legislazione comunitaria e procedere, se del caso, ad un suo aggiornamento con l'obiettivo di renderla più efficace contro le discriminazioni retributive. Tali eventuali modifiche dovranno garantire, in particolare, che nei sistemi di determinazione delle retribuzioni non intervengano discriminazioni dirette od indirette a danno di uno dei due sessi.

Come anticipato, questa analisi dovrà accompagnarsi ad un maggiore impegno da parte di Stati membri e parti sociali: i primi sono invitati a dare conto, nei Programmi nazionali di riforma presentati nell'ambito della SEO, delle iniziative specifiche attuate non solo per combattere il divario di retribuzione, ma anche per contrastare la segregazione del mercato del lavoro e la conciliazione della vita professionale e della vita privata. Le parti sociali, da parte loro, sono incoraggiate a diffondere e valorizzare le buone pratiche attuate, così da avviare, anche in collaborazione con gli Stati membri, processi di reciproco apprendimento.

Analisi della legislazione, iniziative politiche e scambio di buone prassi: queste le linee prioritarie che devono guidare l'azione della Commissione, delle autorità nazionali e delle parti sociali. Il tutto, però, in una cornice di diffusione più efficace delle informazioni sulle disposizioni normative già esistenti, affinché ogni cittadino europeo sia consapevole dei suoi diritti in materia di parità retributiva.

2. Lavoro a termine

2.1. C. Giust. 13 settembre 2007, causa C-307/05, Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 35).

Direttiva n. 1999/70/CE - Clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato - Divieto di discriminazione - Nozione di "condizioni di impiego" - Scatti di anzianità - Inclusionione - Ragioni oggettive che giustificano una differenza di trattamento - Insussistenza.

1) *La nozione di "condizioni di impiego" di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e contenuto in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, U-NICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretata nel senso che essa può servire da base ad una pretesa come quella in esame nella causa principale, che mira all'attribuzione, ad un lavoratore a tempo determinato, di scatti di anzianità che l'ordinamento nazionale riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato.*

2) *La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'introduzione di una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, giustificata dalla mera circostanza che essa sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale e il datore di lavoro interessato.*

Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Sull'ambito di applicazione della direttiva n. 1999/70. – **3.** Sulla nozione di "condizioni di impiego". – **4.** Sulla nozione di "ragioni oggettive".

1. Mentre le modifiche sul contratto a termine hanno costituito un punto critico del dibattito politico sui temi del lavoro nella XV legislatura (sul tema si veda M. TIRABOSCHI, *I rischi del compromesso*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 novembre 2007, 1 e 5), la Corte di Giustizia proseguiva, con la sentenza in epigrafe, la sua opera di interpretazione della direttiva n. 1999/70.

Dal novembre 2005 al settembre del 2007 la Corte è intervenuta ben cinque volte sull'argomento (sul tema si vedano i contributi contenuti in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 6) fornendo una serie di chiarimenti di grande rilevanza su questioni di non facile soluzione. I fatti all'origine della sentenza sono i seguenti. La Sig.ra Del Cerro Alonso era impiegata presso un ospedale pubblico collegato al servizio di sanità pubblica della comunità autonoma spagnola dei Paesi Baschi. Essendo in possesso dello *status* di dipendente statutaria a tempo indeterminato chiedeva che le fossero riconosciuti scatti salariali relativi a periodi anteriori in cui aveva prestato servizio in qualità di dipendente statuario a tempo determinato.

In base alla legislazione spagnola gli scatti salariali erano, però, riservati al personale che possedeva lo *status* di dipendente a tempo indeterminato.

Il giudice spagnolo, adito dalla sig.ra Del Cerro, sollevava, dinanzi alla Corte di Giustizia, una serie di questioni che possono essere così sintetizzate:

a) se la direttiva n. 1999/70/CE, laddove dispone che i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato, si riferisca anche alle condizioni economiche; in caso di soluzione affermativa:

b) se costituisca una ragione oggettiva sufficiente per non riconoscere il supplemento economico per anzianità concesso ai lavoratori a tempo indeterminato il fatto che l'art. 44 della l. n. 55/2003 stabilisca l'impossibilità di percepirlo;

c) se gli accordi stipulati tra la rappresentanza sindacale del personale e l'amministrazione costituiscano ragioni oggettive sufficienti per non riconoscere il supplemento per anzianità al personale a tempo determinato.

2. La Corte, prima di esaminare le questioni poste dal giudice di rinvio, ha esaminato una questione preliminare (che il giudice di rinvio non aveva posto, ma che emergeva dalle osservazioni presentate dalle parti e dalle stesse conclusioni dell'avvocato generale): se la direttiva fosse applicabile alla situazione controversa, dato che la stessa riguardava una dipendente che beneficiava di uno *status* di diritto pubblico.

L'ambito di applicazione della direttiva è definito dalla clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro. Quest'ultima dispone che «il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascun Stato membro».

Le disposizioni dell'accordo, secondo un costante orientamento della Corte di Giustizia (sentenze 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adelener*, punti 54-57, e 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassalo*, punto 32, in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 39 e n. 45), si applicano ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico. È pacifico, infatti, che la nozione di "lavoratori a tempo determinato" include tutti i lavoratori, senza operare alcuna distinzione basata sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro.

La questione sottoposta dalle parti era, però, diversa.

In sostanza, veniva chiesto alla Corte di chiarire se la direttiva n. 1999/70 fosse applicabi-

le (solo) ai lavoratori a contratto con le amministrazioni pubbliche o (anche) ai dipendenti statutari dei medesimi enti.

L'avvocato generale, nelle sue conclusioni, riteneva che l'esclusione dei dipendenti pubblici dall'ambito di applicazione della direttiva n. 1999/70 poteva essere ammessa solo qualora venisse dimostrato che la natura del rapporto che li legava all'amministrazione fosse *sostanzialmente* diversa da quella che legava ai loro datori di lavoro i dipendenti che, secondo il diritto nazionale, rientravano nella categoria dei lavoratori. Accertamento demandato al giudice nazionale.

La Corte, ritenendo di non demandare l'accertamento al giudice nazionale (sul tema si veda V. PICCONE, S. SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in *FI*, 2006, IV, 344), ha scelto una soluzione diversa.

La Corte, richiamando l'importanza del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione (che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario), ha affermato che le disposizioni della direttiva n. 1999/70 e dell'accordo quadro hanno «una portata generale» (punto 27); di conseguenza «trovano applicazione nei confronti di *tutti i lavoratori* che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro» [corsivo dell'A.] (punto 28). La mera circostanza che un impiego sia qualificato come «di ruolo» in base all'ordinamento interno e presenti taluni aspetti caratterizzanti il pubblico impiego dello Stato membro interessato «è priva di rilevanza sotto questo aspetto» (punto 29).

Sulla base di tali premesse la Corte ha affermato che «la ricorrente nella causa principale rientra nel campo di applicazione della direttiva n. 1999/70 ed in quello dell'accordo quadro» (punto 30).

La decisione della Corte ha immediate ricadute sotto il profilo dell'ordinamento nazionale.

Facciamo un esempio.

I giudici nazionali, nel corso del 2007, hanno dovuto affrontare un delicato contenzioso relativo al rinnovo delle RSU nelle amministrazioni pubbliche.

In data 24 settembre 2007 è stato stipulato un accordo che, ad integrazione dell'accordo collettivo quadro per la costituzione delle RSU, prevede (in vista delle elezioni di novembre) che in tutti i comparti di contrattazione, esclusa la scuola, venga esteso il diritto di elettorato attivo e passivo «ai dipendenti in servizio con *contratto di lavoro a tempo determinato*, il cui rapporto di lavoro è, anche a seguito di atto formale dell'amministrazione, prorogato ai sensi di legge e/o inserito nelle procedure di stabilizzazione alla data di inizio delle procedure elettorali» [corsivo dell'A.].

La circ. Aran 25 settembre 2007 (prot. 8004) ha, però, precisato che «sono *esclusi* dall'elettorato attivo e passivo i lavoratori – ex lsu – della Regione Sicilia in quanto, pur prorogati in servizio (dal 2005 o dal 2006) con un *contratto di diritto privato a tempo determinato* di durata quinquennale, al momento non rientrano tra gli aventi titolo a procedure di stabilizzazione» [corsivo dell'A.].

Molte amministrazioni pubbliche siciliane, sulla scorta della circolare, hanno escluso dall'elettorato, attivo e passivo, i lavoratori a tempo determinato che avevano avuto il rapporto di lavoro prorogato o che rientravano in procedure di stabilizzazione.

Alcuni Tribunali siciliani (Trib. Catania ordinanza 19 novembre 2007, inedita; Trib. Caltagirone ordinanza 14 novembre 2007, inedita; Trib. Messina ordinanza 19 novembre 2007, inedita) hanno disposto, in via cautelare, l'ammissione alle procedure dei lavoratori a termine esclusi, affermando, in un caso (Trib. Caltanissetta decreto 20 novembre 2007, inedita) la natura antisindacale del comportamento tenuto dall'amministrazione.

La ritenuta «portata generale» delle norme contenute nella direttiva n. 1999/70 e nell'accordo quadro e l'irrilevanza della «mera circostanza che un impiego sia qualificato come

di ruolo», contenuta nella sentenza in epigrafe, confermano la validità dei provvedimenti resi, in sede cautelare, dai giudici nazionali.

3. La prima questione sollevata dal giudice spagnolo riguardava l'interpretazione della nozione di "condizioni di impiego" di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro. Il giudice di rinvio, in sostanza, voleva sapere se le condizioni economiche, e in particolare il riconoscimento di scatti salariali, rientravano nell'ambito di applicazione della clausola di non discriminazione prevista dall'accordo quadro.

Ricordiamo, in sintesi, le fonti che regolano la materia.

Il Consiglio dell'Unione Europea, nell'adottare la direttiva n. 1999/70, si è fondato sull'art. 139, n. 2, CE, il quale dispone che gli accordi conclusi a livello comunitario sono attuati nell'ambito dei settori contemplati dall'art. 137 CE.

Tra i settori per cui l'art. 137, n. 2, CE, abilita il Consiglio ad emanare, mediante direttive, prescrizioni minime enumera le "condizioni di lavoro".

Tuttavia, ai sensi dell'art. 137, n. 5, CE, le disposizioni di detto articolo «non si applicano alle retribuzioni (...)».

Il Governo spagnolo, l'Irlanda, il Governo del Regno Unito e l'avvocato generale, sulla base dell'art. 137, n. 5, CE, proponevano di risolvere in senso negativo la questione.

La Commissione, viceversa, interpretava, diversamente, la normativa.

Gli Stati membri, in sostanza, sarebbero perfettamente liberi di scegliere le modalità di determinazione e il livello delle retribuzioni, ma non potrebbero consentire che i lavoratori a tempo determinato siano oggetto di discriminazioni per quanto riguarda le retribuzioni.

La Corte ha fatto propria quest'ultima impostazione.

La riserva di cui all'art. 137, n. 5, CE (che in quanto disposizione derogatoria va interpretata restrittivamente), in sostanza, non può impedire ad un lavoratore a tempo determinato di richiedere, in base al divieto di discriminazione, il beneficio di una condizione di impiego riservata ai soli lavoratori a tempo indeterminato, «allorché proprio l'applicazione di tale principio comporta il pagamento di una differenza di retribuzione» (punto 42).

La sentenza rafforza l'interpretazione che la dottrina ha già dato dell'art. 6 della l. n. 368/2001.

L'art. 6 prevede che «al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie, la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine».

Si è esattamente affermato, infatti, che il riferimento che l'art. 6 fa alla sola contrattazione collettiva non significa che l'attuale decreto intende assicurare soltanto ciò che prevedono i contratti collettivi e che rientra tra i trattamenti dovuti, oltre quelli espressamente menzionati dalla norma, i premi di produzione, i permessi sindacali, i trattamenti di malattia, i congedi matrimoniali (sul tema si veda, da ultimo, L. MENGHINI, *Il lavoro a tempo determinato*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 2007, 1290).

4. La seconda e terza questione vertono sull'interpretazione della nozione di "ragioni oggettive" che, secondo la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, possono legittimare un trattamento diverso dei lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato.

Il giudice spagnolo, in particolare, chiedeva se potesse costituire una ragione oggettiva la mera circostanza che la differenza di trattamento (nella specie, attinente agli scatti di anzianità) fosse prevista dalla legge o da un accordo collettivo.

La Corte aveva già affrontato il tema dell'interpretazione delle "ragioni oggettive" nella sentenza *Adeneler* (sul tema si veda R. COSIO, *Il lavoro a termine nell'ordinamento comunitario: le precisazioni della Corte di giustizia*, in *q. Rivista*, 2007, n. 1).

Tale nozione era stata intesa nel senso che essa si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in un simile contesto particolare, l'utilizzo di contratti di lavoro stipulati in successione. Dette circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal proseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro.

Per contro, una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare, in modo generale ed astratto, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione non soddisferebbe tali criteri.

Analoga interpretazione viene adottata nel caso di specie.

La Corte ritiene, infatti, che la disparità di trattamento possa essere giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti (punto 58) ma non dalla mera circostanza che essa sia prevista da una disposizione legislativa o da un contratto collettivo (punto 59).

La sentenza è importante sotto diversi profili.

Dal punto di vista retributivo si afferma il principio che le disparità di trattamento – tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato – devono essere giustificate da elementi precisi e concreti «che contraddistinguono il rapporto di impiego (...) al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria» (punto 58).

Da un punto di vista sistemico (che emerge dalla lettura, complessiva, delle sentenze della Corte rese in tema di rapporto a termine) emerge il disegno di «creare un cerchio inviolabile intorno ai diritti fondamentali (...) solidamente incardinati anche in una direttiva che recepisce un accordo quadro» (le parole sono di S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, Working Paper C.S.D.L.E. "M. D'Antona", 2007, n. 52, 21).

Roberto Cosio

Avvocato del Foro di Catania

Presidente – Avvocati Giuslavoristi Italiani, Sezione Regione Sicilia-Calabria

3. Sciopero

3.1. C. Giust. 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e a.* (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 1).

Libera prestazione dei servizi - Direttiva n. 96/71/CE - Distacco di lavoratori nel settore edilizio - Normativa nazionale che determina le condizioni di lavoro e di occupazione relativamente alle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. a)-g), ad eccezione del minimo salariale - Contratto collettivo dell'edilizia le cui clausole determinano condizioni più favorevoli o riguardano altre materie - Possibilità per le organizzazioni sindacali di tentare, mediante azioni collettive, di indurre le imprese stabilite in altri Stati membri a trattare caso per caso per determinare le retribuzioni da pagare ai lavoratori, nonché a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia.

Gli artt. 49 CE e 3 della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, n. 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. a)-g), della stessa direttiva sono contenute in norme legislative, ad eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa, mediante un'azione collettiva sotto forma di blocco dei cantieri come quella in esame nella causa principale, tentare di indurre un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale talune clausole stabiliscono, per alcune di tali materie, condizioni più favorevoli di quelle che derivano dalle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole riguardano materie non previste dall'art. 3 della medesima direttiva.

Gli artt. 49 CE e 50 CE ostano a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale.

3.2. C. Giust. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *The International Transport Workers' Federation e The Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e Oü Viking Line Eesti* (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 47).

Trasporti marittimi - Diritto di stabilimento - Diritti fondamentali - Obiettivi della politica sociale comunitaria - Azione collettiva di un'organizzazione sindacale contro un'impresa privata - Contratto collettivo in grado di dissuadere un'impresa dal registrare una nave con la bandiera di un altro Stato membro.

L'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che, in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa privata al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento.

L'art. 43 CE conferisce a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.

L'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa privata stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola. Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo.

(3.1. – 3.2.) L'Unione Europea in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi *Laval* e *Viking*: quando il fine non giustifica i mezzi

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La sentenza *Viking*. – 2.1. L'efficacia orizzontale delle norme del Trattato. – 2.2. Lo sciopero come diritto fondamentale comunitario. – 3. La sentenza *Laval*. – 4. Conclusioni.

1. L'Unione Europea persegue una finalità economica, ma anche sociale. Si tratta di un'affermazione non scontata, ma che è il frutto dell'evoluzione del diritto e dell'azione comunitaria nel corso dei suoi cinquant'anni di storia.

Per realizzare il mercato interno l'Europa ha di fatto influenzato le politiche sociali dei Paesi membri, sia stabilendo delle regole minime da attuare a livello nazionale sia fornendo degli orientamenti o delle linee guida. «Utilisant pleinement, et au-delà, les possibilités que lui offrait le projet initial, la construction européenne a développé un ensemble de règles de droit, de politiques et d'orientations communes qui, sans remettre en cause les modèles sociaux nationaux, ont contribué de façon significative à leur transformation» (così C. AUBIN, *L'Europe sociale entre mythe et réalité*, in *DS*, maggio 2007, n. 5, 620). Particolarmente importanti per la creazione di un "modello sociale europeo" sono stati gli obiettivi comuni stabiliti nell'art. 136 CE, come ad esempio *la promozione dell'occupazione e il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro*, ma, soprattutto, la giurisprudenza evolutiva della Corte di Giustizia in materia di diritti e libertà fondamentali che, probabilmente, inciderà persino sul futuro dei sistemi nazionali di relazioni industriali (cfr. R. BLANPAIN, S. SICA, M. COLUCCI, *The European Social Model*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005).

Di recente, poi, l'Europa ha vissuto due eventi importanti: il 12 dicembre 2007 è stata solennemente adottata a Strasburgo la Carta dei diritti fondamentali; il giorno seguente, i capi di Stato e di Governo dell'Unione Europea hanno firmato il Trattato di Lisbona che, se dovesse essere ratificato da tutti gli Stati membri, entrerà in vigore nel 2009 (cfr. PARLAMENTO EUROPEO, CONSIGLIO EUROPEO, COMMISSIONE EUROPEA, *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in  indice A-Z, voce *Diritti fondamentali*, e *Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea*, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in *GUUE*, 17 dicembre 2007, n. C306, in  indice A-Z, voce *Unione Europea*).

A ridosso di questi due importanti eventi la Corte di Giustizia ha emanato le sentenze *Viking* e *Laval*, in epigrafe, pronunciandosi sulla compatibilità di due azioni collettive con il diritto europeo, ovvero sulla questione di come conciliare due diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario, quali la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi, con il diritto di un sindacato o di un'associazione di sindacati a intraprendere un'azione collettiva.

In entrambi i casi la Corte di Giustizia ha ribadito che ai sensi dell'art. 3 CE, l'azione della Comunità comporta non soltanto «un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», ma anche «una politica nel settore sociale» (cfr. C. Giust., causa *Laval*, cit., punto 104, e C. Giust., causa *Viking*, cit., punto 78).

In tale ottica la Comunità ha il compito, in particolare, di promuovere «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» e «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale» (art. 2 CE).

Questa è la premessa necessaria per sostenere che i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato CE sulla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale (C. Giust., causa *Laval*, cit., punto 105, e C. Giust., causa *Viking*, cit., punto 79).

Nei paragrafi che seguono saranno analizzati i fatti alla base delle due sentenze, il ragionamento della Corte e, laddove opportuno, le opinioni dei due avvocati generali, al fine di poter delineare il margine di manovra lasciato alle parti sociali per far valere le proprie rivendicazioni.

2. La *Viking Line*, società finlandese di traghetti, era proprietaria del *Rosella*, traghetto battente bandiera finlandese, che svolgeva servizio fra Tallinn e Helsinki. I membri del suo equipaggio erano iscritti alla *Finnish Seamen's Union* (FSU), sindacato affiliato alla federazione internazionale di categoria, la *International Transport Workers' Federation* (ITF), che perseguiva una politica di lotta contro le compagnie battenti bandiere di convenienza.

Nell'ottobre 2003 la *Viking Line* ha comunicato alla FSU la sua intenzione di cambiare la bandiera del *Rosella*, che operava in perdita, immatricolandola in Estonia. Così facendo avrebbe potuto impiegare un equipaggio estone con una retribuzione inferiore a quella riconosciuta in Finlandia e, quindi, avrebbe potuto offrire i suoi servizi a un prezzo decisamente più concorrenziale di altre compagnie navali sul medesimo collegamento marittimo.

Scaduto l'accordo relativo all'equipaggio del *Rosella*, la FSU non era più soggetta all'obbligo di "pace sociale" imposto dal diritto finlandese. Essa ha pertanto annunciato uno sciopero, chiedendo alla Viking, da un lato, di incrementare l'equipaggio del *Rosella* e, dall'altro, di rinunciare al suo progetto di cambiamento di bandiera della nave.

Sul piano internazionale la ITF, su richiesta della FSU, ha inviato a tutti i suoi affiliati una circolare imponendo loro di non avviare trattative con la *Viking Line* allo scopo di impedire ai sindacati estoni di negoziare con la compagnia di traghetti.

Nell'agosto 2004 la *Viking Line*, decisa a registrare la nave operante in perdita con bandiera estone, si è rivolta al giudice competente per far revocare la circolare dell'ITF e per ordinare alla FSU di non ostacolare il suo diritto di stabilimento e, quindi, il cambiamento di bandiera del *Rosella*.

2.1. La Corte di Giustizia, investita della controversia in via pregiudiziale, è stata chiamata a pronunciarsi innanzitutto sull'ambito di applicazione delle norme comunitarie relative alla libertà di stabilimento e, poi, sul carattere restrittivo o meno delle azioni collettive intraprese sia dall'ITF.

Essa ha riconosciuto l'effetto diretto "orizzontale" delle disposizioni sulla libertà di stabilimento e in materia di libera prestazione dei servizi ai soggetti privati, come i sindacati, e non solo ai poteri pubblici sottolineando che non è rilevante la loro natura giuridica, né la forma degli atti da essi emanati (cfr. rispettivamente C. Giust. 21 giugno 1974, *Jean Reyners c. Stato Belga*, causa C-2/74, in *Racc.*, 1974, 631, e C. Giust. 3 dicembre 1974, *Johannes Henricus Maria Van Binsbergen c. Bestuur Van de Bedrijfsvereniging Voor de Metaalnijverheid*, causa C-33/74, in *Racc.*, 1974, 1299; G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, Working Paper C.S.D.L.E. "M. D'Antona", 2006, n. 45). Come noto, l'efficacia diretta è un principio cardine del diritto comunitario. I singoli sono soggetti a obblighi imposti dal diritto comunitario, ma dispongono anche di diritti che possono far valere dinanzi ai giudici nazionali e comunitari. Grazie all'efficacia diretta del diritto comunitario, i singoli possono avvalersi di norme comunitarie indipendentemente dall'esistenza di testi nazionali che le recepiscono. Tale principio rafforza l'efficacia del diritto comunitario e la tutela dei diritti dei singoli, che possono invocare norme comunitarie a prescindere dall'esistenza di atti normativi di diritto interno. L'efficacia diretta è un principio giurisprudenziale introdotto dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee con la sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963 (in *Racc.*, 1963, 3). In tale sentenza la Corte ha stabilito che «il diritto comunitario (...) nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi (...)» che

i giudici nazionali sono tenuti a tutelare». L'efficacia diretta ha due aspetti: verticale e orizzontale. L'efficacia diretta verticale si spiega nei rapporti tra i singoli e lo Stato: i singoli possono far valere una norma comunitaria nei confronti dello Stato. L'efficacia diretta orizzontale si manifesta nei rapporti tra singoli, ossia consente a un singolo di invocare una norma comunitaria nei confronti di un altro singolo. A seconda delle norme di diritto comunitario, la Corte di Giustizia ha distinto tra efficacia diretta piena (orizzontale e verticale) ed efficacia diretta parziale (solo verticale). La Corte di Giustizia ha riconosciuto l'efficacia diretta delle norme del Trattato in materia di stabilimento e di libera prestazione dei servizi nella sentenza.

In effetti, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libertà di stabilimento o alla libera prestazione dei servizi «sarebbe compromessa se l'abolizione delle barriere stabilite da norme statali potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni o enti di natura non pubblicistica» (C. Giust. 12 dicembre 1974, causa C-36/74, *Walrave e Koch*, in *Racc.*, 1974, 1405, punti 17 e 18; C. Giust. 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, in *Racc.*, 1995, I-4921, punti 83 e 84, e C. Giust. 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters e a.*, in *Racc.*, 2002, I-1577, punto 120).

Dopo aver esteso l'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di stabilimento anche ai contratti collettivi, con un passaggio piuttosto coraggioso o azzardato, a seconda dei punti di vista, i giudici hanno sostenuto che anche le azioni collettive adottate dal sindacato finlandese devono essere considerate come "inscindibilmente connesse" al contratto collettivo del quale la FSU cerca di ottenere la sottoscrizione (C. Giust., *Viking*, cit., punto 36) e, per questo motivo, rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 43 CE.

Tale conclusione è stata duramente criticata da una parte della dottrina perché, sostanzialmente, l'effetto diretto orizzontale mal si concilierebbe con la natura dei sindacati che non sono "emanazione dello Stato" (cfr. B. BERCUSSON, *Collective action and economic freedoms before the European Court of Justice*, ETUI-REHS, Bruxelles, dicembre 2007, 20 ss., secondo cui «Collective action is not a regulatory measure; trade unions are not regulatory bodies as "emanations of the State"» e «horizontal direct effect violates freedom of association (...) and harmonises EC law on collective action»). Inoltre, esso infonderebbe la loro libertà di associazione, rischierebbe di armonizzare di fatto il diritto comunitario nelle materie lasciate alla competenza esclusiva degli Stati membri, ma, soprattutto, potrebbe svuotare di significato lo sciopero come strumento di pressione in difesa dei diritti dei lavoratori.

Si tratta invero di una tesi alquanto discutibile dal momento che se i sindacati fossero una emanazione dello Stato vi sarebbe una relazione verticale per cui, nella fattispecie, i singoli avrebbero comunque potuto far valere le norme comunitarie a tutela dei propri diritti (a favore dell'effetto orizzontale dell'art. 49 CE si è espresso S. D'ACUNTO, *Une application populaire de la libre circulation des services: le droit à l'utilisation des antennes paraboliques*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2002, n. 3).

2.2. L'azione collettiva, in generale, e lo sciopero, in particolare, sono diritti fondamentali e parti integranti dei principi generali del diritto comunitario. Questa è la conclusione della Corte dopo aver affermato che essi sono riconosciuti sia da svariati strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito, come la Carta sociale europea, la convenzione OIL n. 87 sulla libertà sindacale, sia da strumenti elaborati dagli Stati membri a livello comunitario o nell'ambito dell'Unione Europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. A tal proposito è stato ricordato come «la qualificazione di un diritto come fondamentale dipende dalla circostanza che tale diritto riposi su norme giuridiche che siano a loro volta fondamentali» (cfr. M.V. BALLESTRERO, *Giustizia globale e diritti oltre la dimensione nazionale*, Fon-

dazione Basso, Roma, 21 giugno 2007, in *www.fondazionebasso.it*).

Il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva, quindi, non è tale da escludere le azioni sindacali dall'ambito di applicazione dell'art. 43 CE.

La Corte ha respinto anche l'argomento secondo cui la Comunità non ha la competenza per regolamentare il diritto di sciopero e le azioni collettive, richiamando la sua giurisprudenza in materia di previdenza sociale e di fiscalità diretta. Gli Stati membri, poi, restano in linea di principio liberi di determinare le condizioni e i modi di esercizio degli stessi, ma sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario (si veda per analogia, per quanto riguarda l'ambito della previdenza sociale, C. Giust. 28 aprile 1998, causa C-120/95, *Decker*, in *Racc.*, 1995, I-1831, punti 22 e 23, e causa C-158/96, *Kohll*, in *Racc.*, 1996, I-1931, punti 18 e 19; per quanto riguarda la fiscalità diretta, C. Giust. 4 marzo 2004, causa C-334/02, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, 2002, I-2229, punto 21).

È opportuno sottolineare che in forza dell'art. 1, punto 8, del Trattato di Lisbona le istituzioni comunitarie dovranno rispettare i diritti contenuti nella Carta; di conseguenza, regolamenti, direttive e decisioni CE potranno essere annullati nel caso in cui la Corte dovesse constatare una loro violazione. Allo stesso modo, gli Stati membri dovranno tenere conto delle sue disposizioni nella misura in cui daranno esecuzione al diritto comunitario: così, una misura di attuazione di una direttiva che si ponga in conflitto con un diritto ripreso dalla Carta sarà annullabile in sede giudiziaria.

Con particolare riferimento al diritto di sciopero, da un lato, l'art. 137 CE, § 5, per espressa volontà degli Stati membri, esclude la sua regolamentazione dalle materie di competenza del legislatore comunitario (cfr. P. STANCANELLI, *Le competenze dell'Unione europea*, in M. COLUCCI, S. SICA (a cura di), *L'Unione europea*, Zanichelli, Bologna, 2004, 17 ss.); dall'altro, l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali stabilisce che la Comunità riconosce, ai lavoratori e ai datori di lavoro o alle rispettive organizzazioni, «conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero».

Occorre interpretare tali norme nel senso che la Carta non costituirà una base giuridica per legiferare a livello europeo sullo sciopero, aggirando il divieto previsto all'art. 137 CE, § 5, ma che le istituzioni comunitarie dovranno elaborare regolamenti, direttive e decisioni nel rispetto di tale diritto. Così, ad esempio, esse non potranno adottare una direttiva che riduca la protezione dei lavoratori nel caso in cui essi scioperino.

Dopo aver stabilito il carattere di diritto fondamentale dell'azione collettiva e la sua assoggettabilità all'ordinamento comunitario, la Corte di Giustizia ne ha esaminato il carattere restrittivo.

Essa ha ricordato che la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica mediante l'insediamento stabile in un altro Stato membro, per una durata di tempo indeterminata, e che le condizioni prescritte per l'immatricolazione di una nave non devono creare ostacoli a tale libertà (cfr. C. Giust. 25 luglio 1991, causa C-221/89, *Factortame e a.*, in *Racc.*, 1989, I-3905, punti 20-22; per la disciplina del diritto di stabilimento e per una panoramica completa della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'effetto diretto dell'art. 43 CE, il suo ambito di applicazione, le restrizioni a tale diritto si veda per tutti E. TRAVERSA, *Il diritto di stabilimento*, in M. COLUCCI, S. SICA (a cura di), *op. cit.*, 194 ss.).

Con riferimento all'azione della FSU, i giudici hanno affermato che «essa ha l'effetto di scoraggiare, se non addirittura di vanificare», l'esercizio da parte della *Viking* della sua libertà di stabilimento, poiché impediva a quest'ultima di beneficiare, nello Stato membro ospitante, del medesimo trattamento degli altri operatori economici ivi stabiliti.

Del pari, l'azione collettiva intrapresa dall'ITF a livello internazionale, sebbene mirasse a

contrastare il fenomeno delle bandiere di convenienza, dovrebbe essere considerata quantomeno in grado di limitare l'esercizio, da parte della *Viking*, della sua libertà di stabilimento (cfr. C. Giust. *Viking*, cit., 73).

Tali restrizioni potevano essere giustificate solo se le azioni collettive perseguivano un obiettivo legittimo, come la protezione dei posti di lavoro e delle condizioni dei lavoratori.

La Corte ha demandato al giudice del rinvio il compito di verificare se le azioni intentate dalla FSU e dalla ITF miravano effettivamente a tutelare i lavoratori, se fossero idonee a garantire la realizzazione di un tale obiettivo seppur legittimo e se non andassero oltre il necessario per realizzarlo.

Con riferimento infine, al boicottaggio internazionale posto in essere dall'ITF per solidarietà ai lavoratori finlandesi, i giudici comunitari hanno dichiarato ammissibile questo tipo di azione, finalizzata a garantire la realizzazione della politica perseguita dalla ITF, perché mirava a tutelare e a migliorare le condizioni di lavoro dei marittimi; tuttavia, se nel caso di una controversia transnazionale tale politica, di fatto, avesse impedito agli armatori di immatricolare le navi in uno Stato diverso da quello di cui erano cittadini i loro, anche quando le condizioni di lavoro erano migliori nello Stato di registrazione, le restrizioni alla libertà di stabilimento derivanti da tali azioni non sarebbero potute essere oggettivamente giustificate.

Si tratta, a parere di chi scrive, di conclusioni importanti, anche se piuttosto opinabili, dal momento che sarebbe lecito domandarsi quando una misura possa considerarsi "adeguata" per raggiungere un determinato scopo e quando essa costituisca il rimedio estremo per i lavoratori a difesa dei propri diritti, lasciando all'organo giurisdizionale un vero e proprio giudizio di opportunità.

3. Solo dopo sette giorni dalla sentenza *Viking*, la Corte di Giustizia, ancora nella composizione di Grande Camera, si è pronunciata sul caso *Laval*, sviluppando i principi enunciati nella prima sentenza.

Nel maggio 2004 la *Laval un Partneri Ltd*, una società lettone, ha distaccato dei lavoratori dalla Lettonia per lavorare in alcuni cantieri edili in Svezia, attraverso una società controllata, la *L&P Baltic Bygg AB*. Dopo alcuni mesi, la *Laval* e la *Baltic Bygg*, da un lato, e il sindacato svedese dei lavoratori dell'edilizia e dei lavori pubblici, la *Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, dall'altro, hanno avviato trattative per la determinazione delle retribuzioni dei lavoratori distaccati e la sottoscrizione, da parte della *Laval*, del contratto collettivo nazionale dell'edilizia. A seguito del fallimento delle negoziazioni, la *Laval* ha stipulato un contratto collettivo con il sindacato lettone, mentre la *Svenska Byggnadsarbetareförbundet* ha intrapreso un'azione collettiva, nella forma di un blocco delle merci nei cantieri della *Laval* sul territorio scandinavo.

La legge svedese, infatti, riconosceva espressamente alle organizzazioni sindacali il diritto di ricorrere ad azioni collettive per indurre i datori di lavoro, anche stranieri, ad avviare trattative sulla retribuzione ovvero a sottoscrivere un contratto collettivo.

Il sindacato dei lavoratori elettrici si è unito al movimento con un'azione di solidarietà ovvero il blocco di fornitura di energia elettrica al cantiere della *Laval*, provocando l'interruzione dei lavori per diverse settimane e, inevitabilmente, il fallimento della *Baltic Bygg*.

L'*Arbetsdomstolen*, adito dalla compagnia di costruzione lettone per il risarcimento dei danni subiti, ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla legittimità delle azioni collettive alla luce dell'art. 43 CE sulla libera prestazione dei servizi e della direttiva CE n. 96/71 sul distacco dei lavoratori (cfr. direttiva n. 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, in  indice A-Z, voce *Distacco*; sulla disciplina della libera prestazione dei servizi, si veda per tutti S. D'ACUNTO, *La Libera circolazione dei Servizi*, in

M. COLUCCI, S. SICA (a cura di), *op. cit.*, 226-247; per un esame della direttiva n. 2006/123 sulla libera prestazione dei servizi, S. D'ACUNTO, *Directive Services 2006/123/CE: radiographie juridique en dix points*", in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2007, n. 2, 261-329).

Quest'ultima prevedeva che le condizioni di lavoro e di occupazione riconosciute ai lavoratori distaccati nello Stato membro ospitante fossero determinate da «disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e/o da decisioni arbitrali o da contratti collettivi dichiarati di applicazione generale», e che assicurassero parità di trattamento fra i soggetti destinatari e gli altri nell'adempimento degli obblighi contrattuali (cfr. l'art. 3, § 8, della direttiva n. 96/71, che precisa, in particolare, cosa debba intendersi per "contratti collettivi di applicazione generale" e per "parità di trattamento").

La legge svedese sul distacco dei lavoratori disciplinava le condizioni di lavoro e di occupazione riconducibili alle materie elencate dalla direttiva comunitaria, ma affidava la negoziazione delle retribuzioni e dei minimi salariali alle parti sociali. In particolare, la determinazione delle retribuzioni nel settore edile era fatta sulla base di una trattativa *ad hoc*, sul luogo di lavoro, e tenendo conto della qualifica e delle mansioni dei lavoratori interessati.

La sottoscrizione di tali contratti comportava non solo l'accettazione dei minimi salariali ma anche svariati obblighi di natura pecuniaria ai fini assicurativi e previdenziali che non rientravano nei casi previsti dalla direttiva CE sul distacco e che, soprattutto, nel caso svedese erano di difficile determinazione.

La Corte è stata attenta nel sottolineare che la disciplina comunitaria sul distacco non vietava l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per i lavoratori nel Paese in cui fossero distaccati, a condizione, però, che esse non andassero al di là delle norme imperative di protezione minima. Peraltro, tale interpretazione avrebbe privato di "effetto utile" la direttiva sul distacco dei lavoratori.

Le imprese sono comunque libere di sottoscrivere un contratto collettivo più favorevole per i lavoratori nel Paese in cui essi sono distaccati, ma sempre nei limiti delle condizioni di lavoro disciplinate dalla direttiva n. 96/71. Altre condizioni potrebbero essere giustificate solo per ragioni di "ordine pubblico", ragioni che, però, non possono essere avanzate dai sindacati in quanto soggetti di diritto privato.

Sulla base dello stesso ragionamento seguito nella sentenza *Viking*, la Corte ha riconosciuto l'azione collettiva come diritto fondamentale e parte integrante dei principi del diritto comunitario, aggiungendo che il suo esercizio doveva «essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che essere conforme al principio di proporzionalità» (cfr. C. Giust., *Laval*, cit., punto 94).

In altri termini essa rientrava nell'ambito di applicazione del diritto comunitario e il suo esercizio doveva essere "bilanciato". L'esigenza del temperamento tra due diritti fondamentali si ritrova ancora nella sentenza *Promusicae*, emanata a poco più di un mese dalla sentenza *Laval*, a proposito della necessità di trovare l'equilibrio fra il diritto d'autore e la tutela della vita privata (cfr. C. Giust. 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, punti 65-69).

Nel caso di specie la Corte ha rilevato, infatti, che l'azione intentata dal sindacato svedese per obbligare la Laval a negoziare a tempo indeterminato su alcune clausole non previste dalla direttiva sul distacco dei lavoratori era in grado di scoraggiare o rendere più difficile per l'impresa lettone l'esecuzione dei lavori di costruzione sul territorio svedese e costituiva pertanto una restrizione alla libera prestazione dei servizi» (cfr. C. Giust., *Laval*, cit., punto 99).

Una restrizione alla libera prestazione dei servizi può essere giustificata solo se essa persegue un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e se si fonda su ragioni imperative di interesse generale. Inoltre essa deve essere "idonea" a garantire la realizzazione

dell'obiettivo perseguito e non andare oltre ciò che è necessario per raggiungerlo. Il test di proporzionalità, applicato alla legittimità di azioni collettive, è stato fortemente criticato: «strike action as such cannot be regarded as not being proportionate to attain these objectives [il riferimento è qui alla protezione dei lavoratori e delle condizioni di lavoro, *n.d.a.*] even if it may provoke losses of a company which is hit by such action – otherwise labour unions would not have an efficient instrument to fight for their legitimate aims such a social protection of workers» (cfr. N. REICH, *Free Movement vs. social rights in an enlarged Union. The Laval and Viking cases before the ECJ*, in www.digitalcommons.law.umaryland.edu, visitato il 13 febbraio 2008).

Il diritto di intraprendere un'azione collettiva, come il blocco delle merci, finalizzata alla protezione dei lavoratori dello Stato ospitante, contro un'eventuale pratica di *dumping* sociale, può costituire una ragione imperativa di interesse generale tale da giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi (cfr. C. Giust., *Laval*, cit., punto 103; la Corte richiama i propri precedenti rilevanti, in particolare le sentenze *Arblade e a.*, cit., punto 36; 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, in *Racc.*, 2001, I-2189, punto 27; 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte e a.*, in *Racc.*, 2001, I-7831, punto 33, e, ovviamente, la sentenza *Viking*, cit., punto 77).

Tuttavia esso non può essere accettato a causa degli obblighi specifici collegati alla sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia, ovvero alla trattativa salariale lasciata alle parti sociali in un «contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente precise e accessibili da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali».

Sembra questo quasi un richiamo, senza nominarlo, al «principio di legalità»: il salario minimo non era contemplato in maniera chiara nella normativa svedese, per cui l'azione collettiva che attentava ad una libertà fondamentale senza neanche essere basata su un preciso testo di diritto rischiava solo per questo di essere dichiarata inammissibile.

Infine, la Corte ha sottolineato la natura discriminatoria della normativa svedese che autorizzava un'azione collettiva nei confronti di imprese straniere già vincolate al contratto collettivo dello Stato in cui erano stabilite senza tener conto del loro contenuto.

In questo modo, infatti, sarebbe stato applicato loro il medesimo trattamento riservato alle imprese nazionali che non avevano concluso un contratto collettivo.

Il fatto di voler assicurare una concorrenza leale, a parità di condizioni, tra datori di lavoro svedesi e imprenditori provenienti da altri Stati membri, già vincolati questi ultimi ai propri contratti nazionali, attraverso l'applicazione di retribuzioni e condizioni di occupazione corrispondenti a quelle normalmente riconosciute in Svezia, non costituisce ragione di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. Pertanto tale discriminazione non poteva essere giustificata.

4. Il futuro dell'Europa si fonda inevitabilmente sul delicato equilibrio tra autonomia collettiva e mercato interno.

A tal proposito, particolarmente significative sono le parole dell'Avvocato Generale Poiras Maduro nel caso *Viking* quando afferma: «Sebbene il Trattato istituisca il mercato comune, esso non volta lo sguardo dinanzi ai lavoratori che sono colpiti dai suoi aspetti negativi. Al contrario, l'ordinamento economico europeo è solidamente fondato su un contratto sociale: i lavoratori in tutta Europa devono accettare le ricorrenti conseguenze negative connesse alla creazione di una ricchezza crescente da parte del mercato comune, e in cambio di ciò la società si deve impegnare per un generale miglioramento delle loro condizioni di vita e di lavoro, nonché a fornire un supporto economico ai lavoratori che si trovano in difficoltà a causa dei meccanismi del mercato» (cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Poiras Maduro del 23 maggio 2007, causa C-438/05, punto 59).

La Corte di Giustizia ha avuto la possibilità di lanciare un monito alle parti sociali di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea: non sempre il fine giustifica i mezzi!

In futuro i sindacati continueranno a godere della loro autonomia contrattuale, nonché ad esercitare e difendere i propri diritti con gli strumenti di cui dispongono, secondo le tradizioni alle quali appartengono, ma essi dovranno essere adeguati e proporzionali agli obiettivi, seppur legittimi, che perseguono.

In altri termini, la loro azione dovrà rispettare i principi di natura economica dell'ordinamento comunitario e, se necessario, modelli esemplari di *welfare*, come quello svedese, dovranno essere modificati per implementare correttamente la normativa comunitaria.

Ciò non significa necessariamente che i 27 sistemi nazionali di relazioni industriali saranno messi in discussione dalle istituzioni comunitarie, o che quest'ultime dovranno sempre intervenire a giudicare il contenuto di qualsiasi contratto collettivo nazionale (ma *contra* B. BERCUSSON, *op. cit.*, 21, secondo cui «The immense diversity of national industrial relations and collective bargaining systems means it is scarcely conceivable that each and every collective agreement could be characterised as having the regulatory effect required to fall within the scope of the free movement provisions»). Infatti – è bene sottolinearlo – sia la Commissione Europea sia la Corte di Giustizia non ne hanno le competenze e mirano esclusivamente a garantire il buon funzionamento del mercato interno. Particolarmente significative sono le conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro, laddove afferma «[n]aturalmente, il rilievo che taluni soggetti privati sono vincolati dalle norme sulla libera circolazione non significa la fine della loro autonomia privata. Né significa necessariamente che gli stessi siano tenuti ad applicare esattamente i medesimi standard che valgono per le autorità statali. La Corte può utilizzare diversi livelli di valutazione, in base alla provenienza e all'importanza dell'ostacolo all'esercizio del diritto alla libera circolazione, nonché al rilievo e alla validità delle contrapposte rivendicazioni di autonomia privata. In altri termini, i soggetti privati possono spesso compiere azioni che non sono ammesse per le autorità pubbliche» (cfr. punto 49).

La Corte, in particolare, non deve occuparsi delle scelte politiche degli Stati membri o delle parti sociali ma solo accertare che essi non entrino in conflitto con i diritti garantiti nel Trattato (così l'Avvocato Generale nelle conclusioni sul caso *Marks & Spencer*, causa C-446/03, presentate il 7 aprile 2005, in *Racc.*, 2005, I-10837).

A tal fine, nella giurisprudenza esaminata i giudici non hanno optato per una “gerarchia di diritti fondamentali”, né hanno escluso *a priori* l'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza alla politica sociale (in tal senso si era espressa la Corte di Giustizia nella sentenza *Albany* del 21 settembre 1999, causa C-67/96, in *Racc.*, 1999, I-5751), ma hanno fatto ricorso al principio di proporzionalità, ritenendolo idoneo per il contemperamento tra diritti fondamentali. Si tratta di una scelta giuridica ben precisa che mira semplicemente a evitare eccessi e sbilanciamenti nel mercato unico.

Michele Colucci

Vice Direttore della European Academy of Law and Economy

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Cina

- *mercato del lavoro: nuovo quadro regolatorio (1.1.)*

Paesi Bassi

- *sistema retributivo (2.1.)*

Regno Unito

- *lavoro intermittente: problema e prospettive di regolamentazione (3.1.)*

Stati Uniti

- *relazioni sindacali: ruolo del sindacato maggioritario (4.1.)*

Quadro internazionale e comparato

- *sciopero (regolazione nelle Repubbliche Baltiche) (5.1. – 5.4.)*
- *settore manifatturiero: composizione dell'offerta di lavoro (5.5.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio
internazionale e comparato*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Cina

1.1. *Law Of The People's Republic Of China On Employment Contracts*, 29 giugno 2007 (entrata in vigore il 1° gennaio 2008): traduzione inglese non ufficiale a cura di Baker & McKenzie (in  indice A-Z, voce *Cina*).

Note a margine della recente riforma del mercato del lavoro

Sommario: **1.** Contesto e principi ispiratori della legge. – **2.** I contenuti della nuova disciplina. – **3.** Primi spunti valutativi.

1. La legge 29 giugno 2007 sui contratti di lavoro, in epigrafe, entrata in vigore il 1° gennaio 2008, rappresenta il primo passo di un vero e proprio processo di codificazione che, attraverso la legge sulla promozione dell'occupazione del 30 agosto 2007 e i disegni di legge in materia di sicurezza sociale e processo del lavoro, ancora in corso di stesura, mira a ridisegnare il volto del mercato del lavoro cinese (per un'illustrazione dell'ordinamento giuslavoristico cinese antecedente alla riforma cfr. X. MENG, *Labour Market Reform in China*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, cui *adde* R. BLANPAIN, S. BISOM-RAPP, W.R. CORBETT, H.K. JOSEPHS, M.J. ZIMMER (eds.), *The Global Workplace – International and Comparative Employment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, qui cap. 11, *China*).

Prima dell'approvazione del provvedimento legislativo *de quo* non è mai esistito in Cina un *corpus* normativo unificato che governasse i contratti di lavoro. Spesso i vari provvedimenti in questo settore si disperdevano ambiguamente tra numerose fonti di regolazione, a livello sia locale sia nazionale nell'ambito peraltro di una tradizione profondamente sedimentata che attribuisce al diritto scritto una forza precettiva assai inferiore rispetto a quella comunemente riconosciuta ad esso in Italia o nei Paesi occidentali. Ciò ha reso alquanto difficile per le imprese valutare le responsabilità a cui i contratti di lavoro le espongono (in particolare per quanto concerne le imprese a capitale straniero) e per i lavoratori proteggere i propri diritti ed interessi.

Negli ultimi undici anni, le relazioni tra datori e prestatori di lavoro sono per molti versi mutate. Nella scia di un orientamento culturale favorevole all'instaurazione di un più solido principio di legalità, che avrebbe sostenuto lo sviluppo economico assicurando maggiore sicurezza alle transazioni commerciali (cfr. J. CHEN, *Chinese Law. Towards an Understanding of Chinese Law, Its Nature and Development*, Kluwer Law International, The Hague, 1999), dal 2000 in avanti molte province e città della Cina hanno emanato discipline locali per dirimere le questioni relative ai contratti di lavoro. Tra di esse vi sono le Regole di Shanghai sul Contratto di lavoro (in vigore dal 1° maggio 2002) e i Provvedimenti di Beijing (in vigore dal 1° febbraio 2002). Queste normative hanno fondamentalmente tentato di affrontare le mutate relazioni di lavoro e di definire standard locali per i contratti di impiego, colmando le persistenti lacune. Il risultato di tali provvedimenti è stato che differenti regioni praticassero differenti standard di trattamento dei lavoratori, sicché standard e regole per questioni relative a contratti di lavoro di una stessa natura mutavano da provincia a provincia. Alcune province, per esempio, contemplavano un obbligo di non concorrenza della durata massima di 2 anni, laddove altre province prevedevano un periodo di 3 anni. È apparsa quindi evidente la necessità di una nuova legislazione del lavoro, da adottare per affrontare alcune di quelle incongruità locali e imporre standard uniformi sul piano nazionale.

Considerando il crescente sviluppo economico, i mutamenti avvenuti nelle regioni e la si-

tuazione di eccesso di manodopera, da ultimo il Governo si è risolto a rivedere la legislazione esistente al fine di migliorare i diritti dei lavoratori, per mezzo della formalizzazione di standard omogenei in materia di contratti di lavoro, diritti dei lavoratori a termine e trattamento di fine rapporto.

Le ragioni di un tale impeto riformatore devono probabilmente correlarsi alla crescente urgenza di una questione sociale che la rapida modificazione del mercato del lavoro ha reso ormai ineludibile (cfr. le tavole al termine del presente scritto). Invero, molti dei recenti atti del Governo cinese, ricondotti allo slogan dello “sviluppo armonico della società”, manifestano lo sforzo di stemperare gli effetti negativi di una crescita economica dilatata senza controllo e al di fuori di ogni aspettativa, della quale, secondo gli analisti, non tutti i lavoratori del Paese hanno beneficiato in egual maniera (cfr. J. JOHNSON, R. MCGREGOR, *Up to the job? How India and China risk being stifled by a skills squeeze*, in *Financial Times*, 20 luglio 2006). Non stupisce pertanto la manifesta ispirazione *pro-labour* della nuova legge, esplicitamente dichiarata dall'art. 1. Tuttavia, come si vedrà, nel quadro normativo permangono alcune zone d'ombra che pongono dubbi circa il pieno conseguimento dei dichiarati obiettivi di politica del diritto.

Colpisce, ad una prima osservazione (per un esame più analitico si rinvia al §2), l'evidente influenza esercitata sulle norme di tutela dei prestatori dalla tradizione giuslavoristica occidentale: si considerino ad esempio i limiti e le condizioni a cui si subordina, a vantaggio dei dipendenti, la possibilità di stipulare un patto di non concorrenza (artt. 23 ss.), ovvero la regola di indifferenza dei rapporti di lavoro ai fenomeni di successione tra imprenditori (artt. 33 ss.), e finanche il *favor* per le forme contrattuali a tempo indeterminato a scapito di quelle temporanee, pur se espresso attraverso una semplice presunzione *iuris tantum* (art. 14).

Degni di particolare interesse, anche con riferimento ai temi più attuali nel dibattito europeo, sono gli spunti offerti in merito alla questione dei rapporti tra formazione professionale e tecniche di fidelizzazione e *retention*. Il riferimento è all'art. 22, che consente la stipulazione di una sorta di patto accessorio ai sensi del quale, a fronte dell'erogazione di specifici servizi formativi da parte del datore di lavoro, il prestatore si obbliga a permanere alle dipendenze dell'impresa fino alla scadenza di un termine. Il patto è assistito da una speciale responsabilità risarcitoria a carico del dipendente che interrompa anzitempo il rapporto: egli dovrà tenere indenne il datore della porzione di investimento formativo non recuperata a causa del recesso.

Tali bagliori di modernità occidentalizzante si innestano tuttavia in un sistema di relazioni aziendali ancora retto da schemi culturali intimamente correlati ai costumi locali (il processo evolutivo e i principi fondanti delle relazioni sociali istituite all'interno dei luoghi di lavoro – *danwei* – è illustrato da M.W. FRAZIER, *The making of the Chinese industrial workplace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, che ne sottolinea la tendenza all'auto-conservazione a prescindere dalle vicende politiche ed istituzionali esterne). Appare sintomatica in questo senso la presenza di alcuni residui dell'antica concezione istituzionalistica dei rapporti di produzione all'interno dell'impresa, emergenti ad esempio nelle norme che condizionano l'esercizio di alcuni poteri datoriali al preventivo esame congiunto (non con le rappresentanze ma) con l'assemblea dei lavoratori (art. 4), ovvero nel vagamente paternalistico divieto di recesso imposto all'imprenditore nei confronti dei dipendenti prossimi all'età pensionabile che abbiano maturato una certa anzianità di servizio (art. 42, n. 5). Tra questi tributi alla tradizione si cela, poi, la spia più evidente dell'incompiutezza del rinnovamento legislativo: il riferimento è alla perdurante ostilità verso la sedimentazione di una reale – e perciò spontanea – forma di contropotere organizzato. Tale non può ritenersi, allo stato delle cose, la contrattazione collettiva, ancora ridotta alla subalternità nei confronti del pubblico potere cui l'art. 54 della legge riserva la facoltà di approvare l'ipotesi di accordo, pur se già ratificata dai lavoratori. Da

questo punto di vista, sembra ancora remota l'eventualità che la Cina si conformi agli standard internazionali in materia di libertà di organizzazione sindacale e contrattazione collettiva (il riferimento è in particolare alla Dichiarazione sui Principi e Diritti fondamentali del lavoro proclamata dall'OIL nel 1998).

2. La nuova legge, che consiste di 98 articoli suddivisi in 8 capitoli, cerca di dare una espressa sistemazione ai diritti e ai doveri dei datori e dei prestatori di lavoro ed ha in particolare l'obiettivo di rafforzare la protezione degli interessi di questi ultimi.

In sintesi, la nuova normativa governa tra l'altro la stipulazione, la modificazione e la cessazione dei contratti di lavoro all'interno della Repubblica Popolare Cinese. Data la maggiore inclusività che caratterizza la legge in commento, a fronte della precedente regolamentazione, essa ha dato luogo ad un inusitato dibattito e al confronto tra differenti punti di vista da parte di studiosi del diritto, rappresentanti del mondo imprenditoriale, camere di commercio e sindacati.

Qui di seguito vengono illustrati, riassuntivamente, i maggiori cambiamenti introdotti e l'impatto da essi prodotto sulle pratiche correnti.

Forma scritta. La legge prevede che il rapporto di lavoro si costituisca sulla base di un contratto scritto, e che abbia inizio il primo giorno di lavoro del dipendente. Se egli inizia a lavorare prima della stipulazione del contratto, questa deve avvenire entro un mese a partire dal primo giorno di lavoro del prestatore. Se il datore omette di produrre un contratto di lavoro scritto per un periodo compreso tra un mese e un anno a partire da tale giorno, egli dovrà corrispondere una retribuzione pari al doppio del salario mensile per ciascun mese di lavoro prestato in assenza di contratto. Qualora il datore di lavoro ometta di stipulare con il prestatore un contratto scritto nel primo anno di impiego, il rapporto di lavoro verrà *ex lege* considerato a tempo indeterminato. Questa rigorosa disposizione dimostra il proposito del Governo di cambiare le pratiche correnti di numerose compagnie nazionali, che spesso non intrattengono alcun contratto formale con i propri dipendenti. Nell'eventualità che un dipendente sottoscriva un contratto precedentemente all'inizio del suo impiego, la data d'inizio sarà quella del primo giorno effettivo di lavoro, e non quella stabilita ai sensi del contratto. Tale data sarà importante ai fini del computo di intervalli temporali come quelli relativi al periodo di prova e al trattamento di fine rapporto.

Una conseguenza della legislazione è lo scoraggiamento della stipulazione di contratti a tempo determinato. Ai sensi della disciplina in commento, la scadenza del contratto a tempo determinato comporta l'obbligo di corrispondere un'indennità di fine rapporto, laddove tale obbligo non sussisteva nella legislazione precedente. Al datore di lavoro non basta, quindi, lasciare che eventuali problematiche intercorrenti con un prestatore si risolvano semplicemente attendendo la risoluzione naturale del rapporto, in quanto egli dovrà pur sempre corrispondere una liquidazione. L'altra faccia della medaglia della legislazione, perciò, consiste nell'aumento del costo dello scioglimento di un contratto, nonché nella minore flessibilità per le imprese. I contratti di lavoro a tempo indeterminato sono destinati a divenire la forma comune di impiego, e in talune circostanze i dipendenti potranno pretendere la stipulazione di un contratto di tale genere. Inoltre, il periodo massimo di prova in relazione ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato sarà limitato a 6 mesi.

Regolamenti aziendali e norme sull'organizzazione del lavoro. I regolamenti aziendali e le norme che comunque incidono sugli interessi fondamentali dei dipendenti devono essere discusse coi rispettivi sindacati o con gli organi di rappresentanza. La legge in commento dispone che qualunque regolamento interno o standard di trattamento adottato, proposto o modificato dal datore, che possa apportare un danno agli interessi fondamentali dei prestatori, debba essere sottoposto all'esame e alla discussione dell'organo di rappresentanza dei dipendenti ovvero dell'assemblea. Il datore di lavoro è, perciò, tenuto a negoziare in buona fede con i sindacati o con le rappresentanze dei lavoratori. La legge include tra gli "interessi fondamentali" dei dipendenti la retribuzione, l'orario di lavoro, i

riposi, i congedi, la sicurezza e l'igiene del lavoro, le prestazioni previdenziali, la formazione professionale, la condotta disciplinare e la gestione delle quote di lavoro.

Efficacia dei regolamenti aziendali. Le norme aziendali in materia di retribuzione, orario di lavoro, previdenza, trattamenti accessori, congedi, sicurezza e igiene, formazione professionale, condotta disciplinare sono efficaci ai sensi della legge in commento alle seguenti condizioni:

- I. che non contrastino con alcuna norma di legge o di regolamento;
- II. che siano state adeguatamente comunicate ai lavoratori;
- III. che siano state approvate mediante un "processo democratico", il cui contenuto non è invero esplicitato dalla legge.

Rispetto alla legislazione previgente, la normativa in commento contiene un numero maggiore di disposizioni riguardo alle procedure che un datore di lavoro può adottare ai fini della definizione e della modificazione di un regolamento aziendale:

- I. il regolamento dovrà essere formulato previa consultazione di tutti i dipendenti o dei relativi organismi di rappresentanza;
- II. eventuali proposte e osservazioni sull'argomento dovranno essere negoziate coi sindacati o con i rappresentanti dei lavoratori;
- III. i regolamenti della compagnia dovranno essere comunicati ai dipendenti ed essere resi pubblici.

Patto di non concorrenza. Secondo la normativa in esame, il patto di non concorrenza può essere stipulato solo con lavoratori appartenenti al personale dirigenziale dell'impresa, con i tecnici di più alto grado e con gli altri dipendenti soggetti ad un obbligo di riservatezza. Il datore di lavoro e il dipendente possono concordare nel contratto di lavoro l'estensione, la giurisdizione e la durata del patto. La durata non può in ogni caso protrarsi per più di 2 anni. Anche l'ammontare del corrispettivo può essere oggetto di specifica pattuizione. Esso può venire erogato su base mensile immediatamente dopo la scadenza o la risoluzione del contratto di lavoro. In caso di inadempimento, il dipendente è responsabile per la liquidazione dei danni in base a quanto prescritto dal contratto di lavoro; inoltre, il dipendente sarà ritenuto responsabile per le ulteriori perdite che il datore di lavoro abbia patito in conseguenza della trasgressione. La legge non dispone in ordine all'eventuale esonero dagli obblighi pattuiti; si attende tuttavia che la questione venga chiarita con il consolidamento dell'applicazione concreta delle norme.

Scioglimento del contratto e trattamento di fine rapporto. Lo scioglimento di un contratto di lavoro può avvenire in base a diverse cause. Innanzitutto, per mutuo consenso delle parti. Il contratto può, inoltre, perdere efficacia per ragioni quali la scadenza del termine, la morte del lavoratore o per altre circostanze che incidono nella sfera del datore di lavoro (ad esempio la bancarotta).

Previo un congruo preavviso, in genere pari a 30 giorni, è consentito il recesso unilaterale del lavoratore, ai sensi dell'art. 38. Le condizioni che consentono al lavoratore di recedere dal contratto includono la mancata corresponsione della retribuzione dovuta e degli eventuali trattamenti accessori, il mancato rispetto delle pattuizioni contrattuali, o la violazione di norme di legge da parte dell'imprenditore. È consentito il recesso unilaterale senza preavviso in situazioni estreme quali la minaccia o la violenza provenienti dal datore di lavoro ovvero l'impartizione di direttive che mettano a repentaglio la sicurezza personale.

Il recesso unilaterale del datore di lavoro è previsto dall'art. 39, che ne elenca le condizioni. Esse comprendono: l'inadeguatezza del dipendente alle mansioni, manifestata durante il periodo di prova; la grave violazione delle norme organizzative e dei regolamenti interni, il compimento di atti di corruzione, che arrechi danni significativi al datore di lavoro; la costituzione di un ulteriore rapporto di lavoro con un distinto datore, in modo tale da compromettere il corretto adempimento degli obblighi verso il primo, la sottoposizio-

ne del dipendente ad un procedimento penale. Il datore può del pari mettere fine al contratto quando il lavoratore, al rientro da un congedo per malattia o un infortunio non derivante dal lavoro, non sia più in grado di svolgere le mansioni originarie, né quelle all'uopo predisposte a seguito di un periodo di formazione o di un adattamento dell'organizzazione. È inoltre consentito il recesso quando, in seguito ad un cambiamento significativo nelle circostanze oggettive sulle quali si faceva affidamento al momento della stipula del contratto di lavoro, la prestazione diviene non più eseguibile e il datore di lavoro e il lavoratore non sono in grado di concordare, mediante consultazione, una modifica del contratto.

Tale ultima situazione allude chiaramente a un difficile periodo finanziario dell'azienda. Si rileva tuttavia che la legge non menziona esplicitamente tra le cause di recesso individuale le circostanze attinenti all'attività produttiva, come ad esempio le ristrutturazioni imprenditoriali. Se apparentemente questa omissione può condurre ad escludere dette circostanze dal novero delle cause giustificatrici del recesso, ad un'attenta analisi essa, per l'effetto di privare i lavoratori di precisi motivi di impugnazione del licenziamento da far valere in giudizio, potrebbe essere interpretata come un segno favorevole per le imprese. Se il datore di lavoro sceglie di recedere dal contratto per le ragioni sopra citate, dovrà concedere al lavoratore un preavviso di 30 giorni ovvero un'indennità pari ad una mensilità retributiva.

Licenziamenti collettivi. L'art. 41 dovrebbe rivestire un certo interesse per le imprese straniere, dacché ha a che fare con le riduzioni di personale. La nuova legge sui contratti di lavoro sottopone ad una regolamentazione specifica il licenziamento di 20 o più lavoratori, o anche di meno di 20 lavoratori nel caso in cui il totale degli esuberanti sia pari a un 10% o più della forza lavoro complessiva. Tale disciplina opera in corrispondenza di ristrutturazioni aziendali ai sensi della recente legge sul fallimento, ovvero quando l'impresa incontri gravi difficoltà o consistenti modifiche nel ciclo produttivo o nelle circostanze finanziarie, o ancora quando stia mettendo in atto innovazioni tecnologiche che richiedano una riduzione nella forza lavoro. Più dettagliatamente, le ragioni che giustificano un licenziamento collettivo sono:

I. mutamenti connessi a "circostanze oggettive" (inclusa la vendita di quote di maggioranza o un trasferimento dell'impianto);

II. "serie difficoltà" intercorse durante la produzione o a motivo di una instabilità finanziaria con ripercussioni sul regolare adempimento degli obblighi retributivi.

La nuova legge, estendendo la nozione di licenziamento collettivo, vi ha incluso poi le seguenti, ulteriori circostanze:

III. mutamenti nei modi di produzione, rilevanti innovazioni tecniche o revisione dei metodi imprenditoriali dell'impresa, in seguito a cui si renda necessaria una riduzione del personale;

IV. un "sostanziale" mutamento delle "circostanze" riguardanti gli obiettivi economici, che renda impossibile per l'impresa adempiere correttamente alle proprie obbligazioni contrattuali.

La legge prescrive al datore di lavoro che intenda procedere ad una riduzione di personale di illustrare preventivamente le circostanze al sindacato oppure a tutti i dipendenti e di valutare le opinioni espresse in sede di consultazione. Sempre in virtù dell'art. 41, il datore di lavoro è tenuto a considerare prioritariamente, ai fini della scelta dei dipendenti da mantenere in servizio, le seguenti categorie: coloro che sono stati assunti con un contratto di lavoro a tempo indeterminato ovvero dalla durata relativamente lunga, coloro che rappresentano gli unici percettori di reddito della propria famiglia. Inoltre, le persone appartenenti alla medesima categoria avranno, qualora dovessero essere licenziate, la priorità ai fini di una eventuale riassunzione.

I dipendenti sono tutelati contro il recesso datoriale dall'art. 42, in relazione a circostanze

quali l'insorgenza di malattie o infortuni derivanti da fattori lavorativi, ovvero a fronte di una patologia extralavorativa (nei limiti di un periodo di compenso), o ancora – nel caso delle lavoratrici – per i periodi di gravidanza, puerperio, o allattamento.

Agli investitori stranieri, infine, potrebbe risultare di un certo interesse l'art. 46, laddove si statuisce che il datore di lavoro è tenuto ad erogare una indennità di fine rapporto in corrispondenza di una larga gamma di circostanze, tra le quali: dimissioni del lavoratore ai sensi del succitato art. 38; estinzione del contratto per mutuo consenso; fallimento e conseguente cessazione dell'attività d'impresa, circostanza quest'ultima nella quale non è peraltro difficile immaginare la difficoltà, per il datore di lavoro, di poter corrispondere effettivamente il trattamento di fine rapporto. Nella maggior parte dei casi l'ammontare del trattamento è calcolato in base ad una mensilità retributiva per ogni anno di anzianità.

Il ruolo dei sindacati. La legge prefigura una relazione tripartita tra datore di lavoro, sindacato e lavoratori, ed impone loro un onere di mutua consultazione riguardo ai contenuti del rapporto di lavoro, come le retribuzioni, i trattamenti accessori, le ferie, e la sicurezza. Peraltro, nell'eventualità di una mancata composizione della controversia la legislazione non specifica a chi spetti l'autorità finale, benché appaia intuitivo che essa rimanga appannaggio del datore di lavoro. Qualora un comportamento datoriale dovesse provocare una lesione degli interessi dei dipendenti, il sindacato può ricorrere ad una commissione arbitrale appositamente costituita su base territoriale. La legislazione stabilisce che la bozza del contratto collettivo di lavoro debba essere approvata da tutti i dipendenti o dai relativi organismi di rappresentanza. Il sindacato ha il potere di sottoscrivere contratti collettivi nell'interesse dei lavoratori, ma non può costituirsi in giudizio in rappresentanza di un singolo prestatore. È permesso invece al sindacato prestare assistenza e sostegno al lavoratore che instauri una causa.

Il ruolo del Governo. Ai sensi della legge in commento, varie autorità amministrative (sia l'autorità amministrativa dipendente dal Consiglio di Stato, sia i suoi equivalenti locali) sono responsabili per l'applicazione della nuova legge e del sistema contrattuale da essa introdotto, nonché per il monitoraggio sui datori di lavoro e per la garanzia dell'effettività dell'apparato sanzionatorio. Per quanto riguarda il monitoraggio, le autorità locali sono ora responsabili di verificare la corretta applicazione della legge nei settori di propria competenza. L'art. 74 fornisce una lista di tematiche sulle quali l'attività ispettiva dovrà concentrarsi in modo particolare: la formulazione di norme e regolamenti interni che producono conseguenze dirette sugli interessi immediati dei lavoratori, e l'attuazione dei medesimi; l'applicazione da parte delle imprese delle norme statuali sull'orario di lavoro, sui riposi e sui congedi; il corretto adempimento degli obblighi retributivi. Le imprese dovranno inoltre essere consapevoli che, in virtù dell'art. 75, alle autorità amministrative del lavoro è conferito il potere di conoscere in merito a qualsiasi contratto di lavoro e materia connessa, anche per mezzo di ispezioni sul campo. Sia il datore di lavoro sia il dipendente hanno il dovere di rendere disponibile tale materiale per le suddette attività di controllo. L'art. 79 stabilisce che lavoratori e datori di lavoro abbiano inoltre il dovere di riferire le violazioni della legislazione sul lavoro alle competenti autorità; queste ultime, da parte loro, dovranno mettere in atto le appropriate investigazioni sulle questioni oggetto di denuncia.

Lavoro a tempo parziale. La normativa in commento ha diminuito il numero massimo di ore lavorative per i dipendenti part-time, portandole da 5 ore giornaliere (o 30 settimanali) a 4 ore giornaliere (o 24 settimanali) presso lo stesso datore di lavoro. La retribuzione dei dipendenti a tempo parziale non può essere inferiore al minimo salariale orario definito dal governo della regione in cui l'impresa è collocata. La legge dispone, poi, che la frequenza di pagamento per tali dipendenti non debba essere più ampia di 15 giorni.

Periodo di prova. Spinta dall'obiettivo di porre fine ad una cronica situazione di abuso a danno dei lavoratori, la legge istituisce rigide limitazioni alla durata del periodo di prova,

prescrivendo che esso venga modulato sulla base del termine apposto al contratto di lavoro. Per i contratti di lavoro con un termine non superiore ad un anno, il periodo di prova deve essere inferiore al mese. Per i contratti di durata compresa tra uno e 3 anni, il periodo di prova non dovrà eccedere i 3 mesi. Per i contratti di durata superiore o a tempo indeterminato, la prova non potrà estendersi ad oltre 6 mesi. La legge richiede, inoltre, che la retribuzione corrisposta durante il periodo di prova non sia inferiore all'80% dei minimi salariali vigenti nella località in cui l'impresa è situata. La legge prevede poi che il datore di lavoro possa recedere dal contratto, durante il periodo di prova, senza preavviso e indennità di fine rapporto quando il dipendente venga ritenuto inadeguato allo svolgimento delle mansioni pattuite, oppure abbia violato le regole e gli standard di comportamento stabiliti dal datore di lavoro, o si dimostri in altro modo incapace di realizzare la prestazione dovuta.

Formazione professionale. Il datore di lavoro può concordare con il prestatore l'apposizione al contratto di un termine minimo di durata, a fronte dell'assunzione, da parte del primo, dell'obbligo di destinare un finanziamento speciale a fini di formazione professionale. Il dipendente che violi tale accordo può essere tenuto a risarcire il datore, entro un limite massimo, per le spese di formazione sostenute.

Lavoro tramite agenzia. Secondo la legge, i lavoratori in somministrazione non devono patire discriminazioni rispetto ai dipendenti dell'impresa utilizzatrice, a parità di mansioni. In particolare, sull'utilizzatore ricadono i seguenti obblighi:

1. comunicare ai lavoratori in missione i contenuti delle mansioni e il trattamento retributivo;
2. rispettare gli standard di trattamento e fornire in misura corrispondente adeguati livelli di condizioni di lavoro e di protezione dell'ambiente di lavoro;
3. corrispondere la retribuzione per lo straordinario e gli incentivi di produzione e fornire le prestazioni supplementari adeguate alla posizione ricoperta;
4. fornire una formazione pari a quella erogata ai propri dipendenti;
5. armonizzare il trattamento retributivo con gli stessi standard in vigore per i propri dipendenti.

I lavoratori in somministrazione godono inoltre del diritto di iscriversi al sindacato operante presso l'impresa utilizzatrice.

Invalidità dei contratti di lavoro. In seguito all'emanazione della nuova disciplina, il contratto di lavoro è invalido in presenza di una delle seguenti circostanze: quando il consenso alla stipulazione o alla modifica del contratto è stato ottenuto con minacce o altre forme di violenza; quando il contenuto del contratto sia contrario a disposizioni di legge o di regolamento; quando il dipendente venga indotto a negoziare rinunzie o transazioni su diritti indisponibili. Di quelle innanzi elencate, solo quest'ultima circostanza è stata introdotta dalla legge in commento, costituendo pertanto una reale novità. I datori di lavoro dovranno d'ora in avanti essere particolarmente cauti nel concordare deroghe in materia di lavoro straordinario o trattamento di fine rapporto. Anche in presenza di una transazione scritta, infatti, il datore di lavoro rischia di incorrere in una dichiarazione di invalidità da parte di un tribunale o di una Commissione arbitrale del lavoro.

Responsabilità legali. Il cap. 7 della legge sui contratti di lavoro conferisce all'autorità amministrativa il potere di imporre ai datori di lavoro, mediante preavviso, l'ottemperanza alle disposizioni normative nei casi in cui venga rilevata un'infrazione. Le possibili infrazioni includono la sottoscrizione di contratti di lavoro non conformi a disposizioni imperative e la definizione di regolamenti interni che violino le norme di legge, per esempio estendendo il periodo di prova oltre il limite legale od omettendo di fornire ai dipendenti, in occasione della cessazione del rapporto di lavoro, la documentazione prescritta. Specifiche sanzioni amministrative pecuniarie possono essere irrogate al datore di lavoro che trattenga indebitamente il permesso di residenza del lavoratore o i suoi docu-

menti d'identità, ovvero gli effetti personali del lavoratore o ancora i documenti attestanti i precedenti contratti sottoscritti da quest'ultimo.

Il datore di lavoro è soggetto anche a responsabilità civile, quando una delle suddette violazioni dia luogo ad un danno. Sussiste una responsabilità civile anche quando il datore di lavoro produca un danno al prestatore con espedienti quali violenza fisica, minaccia, detenzione, perquisizioni illegali, quando impartisca al lavoratore istruzioni per eludere regole o regolamenti ovvero intimi l'ordine perentorio di eseguire operazioni pericolose che minacciano la sua incolumità (come ad esempio quello di operare in un luogo contaminato). In virtù dell'art. 88, tali comportamenti possono anche implicare una responsabilità penale del datore di lavoro.

Per quanto riguarda la retribuzione, il cap. 7 della legge in commento definisce standard precisi. L'erogazione di una retribuzione inferiore al livello minimo, così come la mancata corresponsione del compenso per lavoro straordinario o dell'indennità di fine rapporto, obbliga il datore di lavoro a versare la parte residua. Qualora la retribuzione non venga corrisposta nei termini temporali stabiliti dalle autorità amministrative, il datore di lavoro è obbligato al pagamento di una multa pari ad una somma compresa tra il 50% e il 100% dell'ammontare previsto dal contratto di lavoro (art. 85).

Anche i lavoratori possono essere ritenuti responsabili civilmente per l'illegale scioglimento del contratto, per la violazione del vincolo di riservatezza o del patto di non concorrenza.

Ambedue le parti possono essere ritenute civilmente responsabili, congiuntamente e individualmente, nel caso in cui l'imprenditore assuma un dipendente il cui contratto di lavoro precedente sia ancora valido, determinando così un danno al precedente datore di lavoro. Responsabilità civili e amministrative sussistono poi in capo alle agenzie di fornitura che violino la legge sui contratti di lavoro. Anche le imprese utilizzatrici possono essere esposte a responsabilità, qualora dal suddetto comportamento derivi un danno per il lavoratore. Un tipo di responsabilità congiunta e individuale è prevista dall'art. 94 in capo ai soggetti adibiti alla stipula di contratti per l'esercizio di attività di impresa, allorché essi assumono lavoratori in violazione delle disposizioni di legge e da ciò derivi un danno ai lavoratori. L'art. 95 attribuisce responsabilità civili anche alle autorità amministrative e agli altri organismi governativi competenti, quando omettano di osservare i propri obblighi statutari oppure esercitino la propria autorità in violazione della legge, in tal modo provocando un danno ad un lavoratore o ad un datore di lavoro. In tali casi, i pubblici funzionari possono incorrere in sanzioni amministrative e penali.

Disposizioni integrative ed esenzioni. Le disposizioni integrative chiariscono che i contratti di lavoro conclusi precedentemente al 1° gennaio 2008 seguitano a essere validi. Nel caso in cui ad una persona assunta prima del gennaio 2008 sia riconosciuto, ai sensi della nuova legge, il diritto ad una indennità di fine rapporto precedentemente non dovuta, l'anzianità lavorativa verrà calcolata a tal fine solo a partire da quella data. Qualora invece la normativa previgente attribuisca al prestatore il diritto a tale indennità, la vecchia disciplina troverà applicazione anche nel caso in cui il rapporto sia venuto a cessare dopo il 1° gennaio 2008.

3. È difficile poter valutare, con un certo grado di attendibilità, quale sarà il reale impatto di questa nuova legislazione, tanto temuta dalle multinazionali occidentali e americane in particolare, sulle dinamiche di funzionamento del mercato del lavoro cinese e, indirettamente, sugli equilibri economici e sociali della nuova Cina nello scenario internazionale e comparato (per alcune considerazioni in merito cfr. L. YANBIN (a cura di), *China's Labor Market and Proactive Employment Policy*, OECD, 2007, e R. BROOKS, R. TAO (a cura di), *China's Labor Market Performance and Challenges*, International Monetary Fund, Working Paper, 2003, in  indice A-Z, voce *Cina*). Certo è che si tratta di una svolta culturale di non poco conto, e non solo in relazione alla pregressa esperienza di una eco-

nomia centralizzata e rigidamente pianificata dallo Stato. Non è revocabile in dubbio, pertanto, che dopo questa legge le prospettive di regolazione dei rapporti economici e sociali in Cina cambino drasticamente.

È presumibile tuttavia che la nuova disciplina, nell'innalzare gli attuali (bassi) standard normativi di tutela dei lavoratori cinesi, non avrà nel breve periodo un elevato tasso di effettività. Sotto questo profilo, gli interrogativi circa la reale portata delle recenti innovazioni sono legittimati dalla consolidata abitudine al permissivismo dell'apparato amministrativo nei confronti dell'inosservanza delle "regole del gioco", frequentemente motivata dal timore che un'eccessiva severità della vigilanza sul rispetto delle norme possa andare a detrimento dello sviluppo economico (cfr. GLOBAL LABOR STRATEGIES, *Undue Influence: Corporations Gain Ground in Battle over China's New Labor Law – But Human Rights and Labor Advocates Are Pushing Back*, 2007, in [\[1\]](#) indice A-Z, voce Cina). Un ulteriore connotato culturale che il rinnovato impianto ispettivo e sanzionatorio è chiamato a rimuovere. A tale proposito, il più rilevante elemento di novità introdotto dalla legge in commento è costituito dall'attribuzione al lavoratore della facoltà di promuovere *uti singulus* l'intervento ispettivo pubblico per reprimere gli eventuali abusi perpetrati a proprio danno (art. 77).

Tralasciando alcune giustificate perplessità, tuttavia, resta il fatto che questa legge rappresenta un passaggio obbligato per consolidare definitivamente un vero e proprio mercato del lavoro che, almeno nella accezione comune alle economie occidentali, ancora oggi non esiste. E così sarà ancora a lungo, almeno fino a quando anche in Cina non si stabiliranno un libero sindacato e un effettivo sistema di relazioni industriali (oggi esiste il sindacato unico, denominato *All China Federation of Trade Unions – ACFTU*, subordinato politicamente e istituzionalmente al Partito Comunista Cinese. Sull'attuale sistema di relazioni industriali cinesi, e sulle prospettive evolutive, cfr. J. BENSON, J. SHEN, *Industrial Relations System and Recent Developments in China*, University of South Australia, 2007, in [\[2\]](#) indice A-Z, voce Cina. Si veda altresì, per uno studio di settore, A. TSUI, A. CARVER, *Collective Contracts in the Shenzhen Special Economic Zone in China*, in *I-JCLLR*, 2006, qui 469-506), in grado di trasporre nella prassi dei rapporti di lavoro, anche mediante il riconoscimento del diritto sciopero (diritto che oggi è ancora negato ai lavoratori), i precetti normativi formali e astratti.

Tavola 1 – La struttura del mercato del lavoro nel 1990.

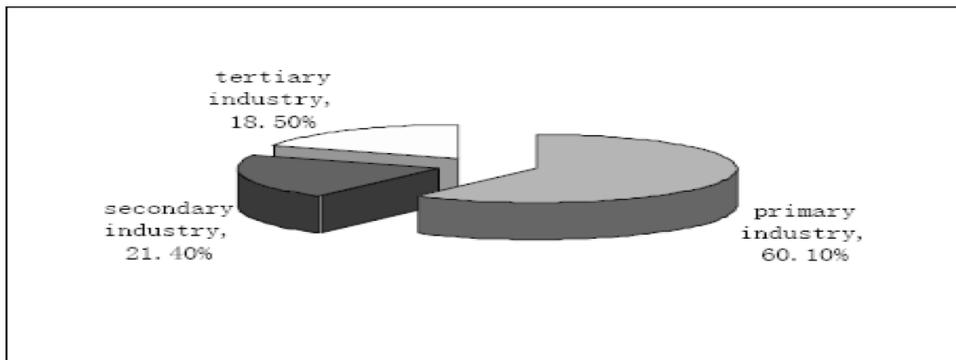
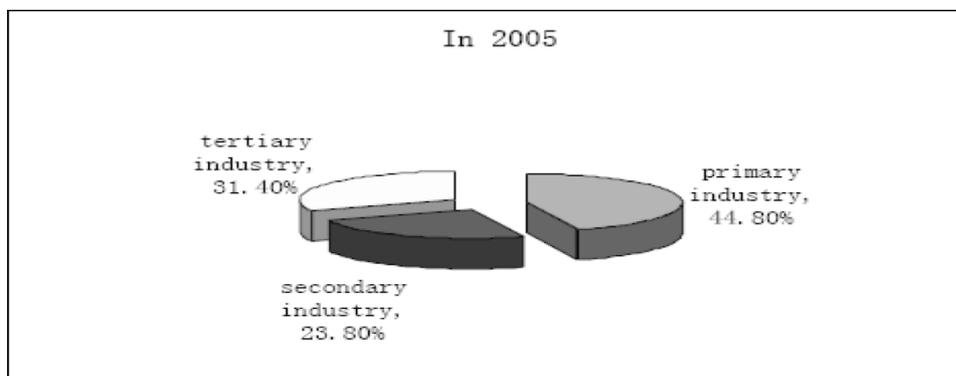


Tavola 2 – La struttura del mercato del lavoro nel 2005.



Michele Tiraboschi

Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Iacopo Senatori

Ricercatore – Fondazione Marco Biagi

Jinyu Wu

Scuola internazionale di Alta formazione in Relazioni industriali e di lavoro

Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Paesi Bassi

3.1. LEX BORGHANS, BEN KRIECHEL (a cura di), *Wage Structure and Labour Mobility in the Netherlands, 1999-2003* (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 28).

Struttura retributiva e mobilità dei lavoratori

Sommario: **1.** Cenni sul sistema retributivo olandese: ruolo del Governo e delle parti sociali. – **2.** La mobilità dei lavoratori nei Paesi Bassi.

1. In questo articolo due ricercatori dell'università di Maastricht espongono i risultati di un'analisi longitudinale dell'andamento delle retribuzioni e della mobilità dei lavoratori in Olanda. Utilizzando estrazioni effettuate a partire da banche dati amministrative, gli Autori si interrogano su quali siano le determinanti del livello delle retribuzioni, mettendo a confronto l'effetto del sistema centralizzato di contrattazione dei salari e le sollecitazioni del mercato.

Per lo studioso interessato alle relazioni industriali e ai differenziali retributivi, il saggio in esame, oltre a proporre una metodologia statistica per comprendere gli andamenti salariali si occupa di analizzare tali dati empirici alla luce di una proposta ricostruttiva del sistema di relazioni industriali presente nei Paesi Bassi. L'analisi complessiva che ne scaturisce, di connotazione interdisciplinare, mostra pertanto uno specifico interesse per il ricercatore con formazione giuridica come per l'economista e il sociologo. Il contributo dei due ricercatori risulta infatti strutturato in due parti. Nella prima, viene descritto in modo

articolato il sistema olandese di relazioni industriali, dalla prospettiva di rendere conto del grado di coordinazione e centralizzazione del sistema di determinazione dei minimi salariali. Nella seconda, l'andamento salariale è studiato attraverso indicatori statistici di tipo descrittivo finalizzati alla comprensione del grado di centralizzazione e di uniformità dei livelli salariali.

Il sistema di relazioni industriali olandese è, dunque, caratterizzato da un modello fortemente centralizzato e a bassa conflittualità, che coinvolge direttamente il Governo nel processo di determinazione della dinamica salariale. Si tratta di un sistema di relazioni industriali improntato alla moderazione salariale, all'interno del quale è il Ministero delle politiche sociali ad avere il ruolo di sancire l'estensione degli accordi a tutti i lavoratori, siano essi iscritti o meno al sindacato firmatario e, viceversa, anche alle aziende non iscritte ad associazioni imprenditoriali.

Il modello olandese è di tipo corporativo (nella definizione anglosassone), detto anche modello Rhineland o modello Polder. Nei Paesi Bassi, le relazioni industriali si basano sul consenso partecipato e sulla delibera condivisa; questo implica che il tasso degli scioperi è molto basso, se confrontato con la media europea. Gli Autori affermano che il modello partecipativo è frutto delle grandi vicende storiche affrontate dagli olandesi, in particolar modo la costruzione delle dighe e la ricostruzione nel secondo Dopoguerra.

Il quadro legislativo che struttura il sistema di relazioni industriali in Olanda era stato costituito originariamente nel 1930. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, il sistema della contrattazione collettiva riceve una protezione pubblica, e il salario minimo viene stabilito attraverso la legge fino al 1970. Dal 1970 si alternano fasi di contrattazione "tri-partita" del salario, a fasi di contrattazione "bi-partita", anche se dal punto di vista sostanziale il modello olandese ha sempre previsto che lo Stato avesse un ruolo molto influente nella determinazione degli accordi.

L'iter di determinazione dei salari ha luogo ogni anno, con la presentazione del documento di programmazione economico-finanziaria (*Miljoennota*) da parte del Governo. Dopo la presentazione del documento, si aprono le discussioni all'interno di due organismi: lo STAR (Fondazione del Lavoro), che riunisce al suo interno le confederazioni centrali dei lavoratori e degli imprenditori, e il SER (Consiglio Economico-Sociale), organo pubblico a composizione tri-partita che ha la massima autorità consultiva in materia economica.

Entrambi questi organismi sono riconosciuti dalla legge. Dopo il confronto con il SER, lo STAR redige linee guida per i contratti di settore, le quali non sono vincolanti dal punto di vista formale, ma strutturano di fatto gli accordi collettivi di settore. L'ultimo passo spetta al Governo, che ha la facoltà di convertire gli accordi in legge ed estendere norme ed aspetti economici a tutti i lavoratori. Oltre a tutto questo, gli Autori fanno notare che esiste una forte prossimità culturale ed ideologica fra tutti i componenti dello STAR ed il SER, ciò che contribuisce a determinare un modello di relazioni industriali fortemente partecipativo e consensuale.

2. Per illustrare gli andamenti salariali gli Autori hanno organizzato un apparato tabellare strutturato secondo distribuzioni suddivise in percentili (decimo, venticinquesimo, settantacinquesimo, novantesimo), disaggregando di volta in volta i dati secondo l'anno, il settore produttivo, il genere, la dimensione di impresa.

Nonostante la semplicità dell'apparato tabellare, gli autori sono in grado di produrre numerose inferenze basandosi sui coefficienti di variazione, considerati di volta in volta secondo disaggregazioni differenti. Oltre a ciò, un lettore che abbia nozioni basilari di statistica può a sua volta trarre altre considerazioni focalizzandosi su aspetti non immediatamente pertinenti al tema centrale del saggio.

Gli Autori mettono in luce come la crescita delle retribuzioni sia divergente, nonostante l'elevato livello di centralizzazione e coordinamento nella determinazione dei salari: nel

periodo considerato i salari bassi crescono meno dei salari alti, mentre i lavoratori che hanno livelli salariali che ricadono negli stessi percentili tendono a vedersi aumentate le paghe nello stesso modo. Sono le classi salariali più elevate ad esprimere la maggiore variabilità.

L'andamento dei salari è invece poco marcato se inteso in termini di variabilità fra industrie e fra aziende, ciò che in parte dimostra l'effetto della centralizzazione della contrattazione sui salari. Nonostante questo, le differenze inter-individuali spiegano l'87% della variabilità totale dei salari.

Analizzando le dinamiche di crescita del salario in termini di classi di età, l'articolo rileva come fra il 2000 e il 2002 le retribuzioni degli under 25 crescono più della media; disaggregando gli aumenti secondo il genere, le donne vedono aumenti maggiori rispetto agli uomini nei percentili inferiori e viceversa aumenti inferiori dopo il ventesimo percentile.

Apparentemente il modello olandese si caratterizza per il fatto di avere una contrattazione uniforme e stringente sui minimi tabellari, mentre una quota di salario variabile è determinata non da accordi aziendali, ma da una serie di politiche premiali sul salario poste in essere direttamente dal datore di lavoro. L'effetto aggregato di queste politiche premiali può essere una componente importante nello spiegare perché la variabilità della crescita del salario si situa soprattutto a livello inter-individuale.

Il saggio di Borghans e Kriechel ha il pregio di descrivere sia il sistema industriale vigente che la dinamica salariale recente nei Paesi Bassi. Per lo studioso di relazioni industriali comparate potrebbe essere interessante riprodurre la metodologia statistica sviluppata in questo articolo, per comprendere se un sistema di tipo corporativo produce più o meno divergenza nelle dinamiche salariali rispetto a Paesi con differenti sistemi di relazioni industriali. Un simile studio avrebbe un portato non solo comparato, ma anche di tipo interdisciplinare: infatti gli enti preposti ad una supervisione delle dinamiche salariali adottano differenti forme di conteggio del salario e propongono elaborazioni non sempre confrontabili fra loro, ponendo per lo studioso problemi a cavallo fra diritto, metodologia statistica e indagine sociologica. Da questo punto di vista, l'indagine di Borghans e Kriechel riesce nell'accostare la struttura delle relazioni industriali al suo impatto sulle dinamiche retributive, ma non offre una visione comparata del fenomeno. Il saggio è destinato all'opera collettanea: E. LAZEAR, K.L. SHAW (a cura di), *Wage structures, Raises and Mobility. International Comparisons of the Structure of Wages Within and Across Firms*, Chicago University Press, Chicago, di prossima pubblicazione.

3. Regno Unito

3.1. England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Cornwall County Council v. Mrs Margaret Prater* [2006] EWCA Civ. 102 (in *IB Bull. Adapt.*, 2006, n. 42).

Il contratto di lavoro intermittente

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Lavoratori occasionali e problemi di qualificazione: mancanza di stabilità del vincolo obbligatorio e della sua proiezione verso il futuro (*mutuality of obligation*). – **2.1.** Contratto di lavoro subordinato (*contract of service*). – **2.2.** Contratto di lavoro parasubordinato (*worker's contract*). – **2.3.** Quadro di sintesi. – **3.** La categoria del Personal Employment Contract (PEC). – **3.1.** Le fasi di articolazione PEC. – **3.2.** Tipologie PEC. – **3.3.** Quadro di sintesi. – **4.** Elaborazione della nozione di contratto di lavoro intermittente. – **4.1.** Struttura del rapporto obbligatorio nella fase di sub-impiego. – **4.2.** Profili ricostruttivi: *employee* o *worker*? – **5.** Conclusioni.

1. Nel suo libro *The Personal Employment Contract*, Freedland ha dato un forte contributo al dibattito relativo ai concetti di “employee” (dipendente) e “worker” (lavoratore in senso più generale). Egli infatti ha apportato un cambiamento radicale nei termini di questo dibattito, in relazione a tre aspetti. Il primo è definire l’idea di contratto di lavoro personale in maniera che comprenda sia i contratti degli *employees* sia quelli degli *workers*. Il secondo è suddividere i contratti di lavoro in tre categorie che corrispondano meglio alla realtà del mercato moderno del lavoro: il contratto di lavoro continuativo, il contratto di lavoro intermittente e il contratto di lavoro occasionale. Il terzo infine è introdurre l’idea di “fasi” o modalità del contratto di lavoro. Il contratto di lavoro può infatti essere ritenuto in certo qual modo sussistente anche nella modalità di pre-impiego, post-impiego e sub-impiego in modo analogo a quanto accade nel periodo di pieno-impiego.

Con il presente contributo intendo pertanto sviluppare la nozione di contratto di lavoro intermittente e le implicazioni che ne derivano per i lavoratori occasionali. Tale contratto avrebbe il potenziale di fare rientrare i lavoratori occasionali ed in particolare quelli “regolari” che hanno un rapporto di lunga durata con un principale datore nella sfera del diritto del lavoro. Al fine di spiegare tale possibilità, esplorerò due questioni lasciate irrisolte da Freedland: la natura delle obbligazioni delle parti durante la fase di sotto-impiego e il rapporto tra il contratto di lavoro intermittente e le definizioni legali di *worker* e *employee*. Da questa prospettiva intendo valorizzare in particolare il contributo dell’analisi dottrinale. Non solo. Intendo anche sottolineare l’importanza, con riferimento al tema dell’inquadramento giuridico del lavoro intermittente, dell’apporto riformatore offerto dall’elaborazione giurisprudenziale; e questo benché molti giuslavoristi preferiscano adottare rispetto a questi temi una prospettiva di riforma del dato legale.

2. Uno dei più significativi problemi sollevati dai lavoratori occasionali è dato dalla difficoltà di applicazione del criterio della reciprocità delle obbligazioni (*mutuality of obligation test*) per accertare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Quando un lavoratore occasionale esegue la propria prestazione, lo fa nella maggior parte dei casi all’interno della relazione contrattuale che lo lega al datore di lavoro. Il lavoratore si impegna a svolgere la prestazione lavorativa, in cambio il datore di lavoro gli dà lavoro e retribuzione. Si tratta, in sintesi, dello scambio prestazione contro retribuzione. La situazione di reciprocità presupposta dal criterio in esame – e che consiste appunto nella promessa del datore di pagare per il lavoro futuro e, contestualmente, nella promessa del lavoratore di svolgere una certa prestazione – riconduce una serie di patti di scambio ad un unico contratto “globale”, il c.d. “*umbrella contract*”. La sussistenza o no di tale “*umbrella contract*” incide sulla possibilità del lavoratore di dimostrare di essere *employee* ovvero *worker* là dove la relazione continuativa con il datore di lavoro per un certo periodo di tempo è il presupposto della attribuzione di un determinato assetto di diritti.

2.1. Secondo la sezione 230 (1) del 1996 dell’ERA (*Employment Relations Act*), un lavoratore subordinato è «chi ha sottoscritto o lavora mediante (...) un contratto di lavoro subordinato». La Corte usa tre principali criteri per identificare un contratto di lavoro. Dapprima verifica l’esistenza di rischio: se è il datore di lavoro a sostenere il rischio di perdita o di guadagno, il lavoratore è dipendente; viceversa, in caso di rischio in capo al lavoratore si tratterà di lavoratore autonomo. Poi esamina l’esistenza di condizioni incongruenti con il rapporto di lavoro subordinato, come per esempio una clausola di sostituzione. Infine se il contratto si concretizza in uno scambio prestazione contro retribuzione, la Corte chiederà se esiste anche il rapporto di reciprocità tra le obbligazioni.

È stato sostenuto che il ruolo del *mutuality of obligation test* è di stabilire l’esistenza di un contratto di qualsiasi tipo tra le parti, a prescindere dalle classificazioni. Questa teoria è però incompatibile con il diritto generale dei contratti. Le parti contraenti non sono infatti costrette di solito a sottoscrivere particolari livelli di obblighi. Soggetto a varie limi-

tazioni, un contratto bilaterale inizia ad esistere quando le parti si scambiano promesse con l'intenzione di creare rapporti legali.

È più diffusa l'opinione che la promessa reciproca di fornire e svolgere il lavoro indichi l'esistenza non solo di un contratto globale tra le parti, ma anche di un contratto di lavoro. Per questo motivo tali promesse sono utilizzate per classificare il contratto.

In *O'Kelly*, L.J. Fox afferma che ci potrebbe essere un contratto di lavoro solo se «la compagnia offriva lavoro a lavoratori occasionali regolari in cambio dell'accettazione dei lavoratori del lavoro offerto». Lo stesso punto di vista è condiviso dalla House of Lord nella causa *Carmichael*, nella quale le promesse di fornire e svolgere lavoro futuro sono descritte come «un irriducibile minimo di obbligo reciproco necessario per creare un contratto di servizio». L'obbligo reciproco è un requisito necessario del diritto di lavoro, ma non un requisito del diritto dei contratti. Ciò è in linea con gli altri criteri adottati dalla giurisprudenza per identificare i contratti di questo tipo, in particolare il criterio del rischio. Il fatto che le parti abbiano intrapreso un contratto globale nel quale il datore di lavoro ha sottoscritto di offrire lavoro fino a un eventuale preavviso suggerisce che egli abbia accettato il rischio di perdita o di guadagno e che il lavoratore sia in tal modo subordinato.

2.2. Nel 1996, la sezione 230 (3) (b) dell'ERA crea una categoria di *worker* molto vicina a quella di *employee*. Per stabilire che il contratto riguarda un dipendente piuttosto che un soggetto autonomo, il lavoratore deve svolgere l'attività personalmente e non deve avere un'attività in proprio. Secondo una delle prime sentenze in materia, la *Byrne Brothers v. Baird*, il concetto di *worker* deve essere inteso al fine di estendere regole di sicurezza del lavoro anche a persone che non sono considerate *employees*. L'approccio dell'EAT (Employment Appeal Tribunal) era quello di adottare gli stessi criteri di accertamento sia per il lavoratore autonomo sia per il lavoratore dipendente, sia che la persona sia economicamente dipendente dal presunto datore di lavoro o che non lo sia, «ma con il limite spostato ulteriormente nel favore putativo del lavoratore». Anche se la Court of Appeal in *Redrow Homes* era critica verso tale approccio e sottolineava il bisogno di considerare i termini del contratto, ciò era in relazione all'obbligo di svolgere personalmente il lavoro, non in relazione alla distinzione tra *worker* e *self-employed*.

Quando esiste più di un singolo patto di scambio tra prestazione e retribuzione, il requisito di un obbligo reciproco deve essere comunque soddisfatto. In *Byrne Bros* l'EAT afferma che: «La reciprocità degli obblighi è un elemento necessario in un contratto del lavoratore come in un contratto di lavoro. Il requisito di reciprocità non è caratteristica peculiare del contratto di lavoro: si manifesta come componente del diritto generale dei contratti».

L'esatto significato della frase non è ben chiaro. Il riferimento al «diritto generale dei contratti» sembra indicare che potrebbe non esserci contratto di alcun genere senza uno scambio di promesse tra le parti. Ciò è ovviamente giusto, ma molto dipende dall'esatto contenuto della reciprocità degli obblighi richiesto dalla Corte. Se l'EAT afferma che non può sussistere alcun contratto senza uno scambio di promesse di fornitura e svolgimento del lavoro, è chiaramente frainteso come materia del diritto per le ragioni dette sopra. Questa interpretazione è altamente problematica in termini di abitudine. L'EAT ha accettato che il concetto di lavoratore possa proteggere persone che non figurano come dipendenti compresi i soggetti che accettano un alto grado di rischio. Ma insistendo che si debba dimostrare la reciprocità degli obblighi l'EAT ha imposto un potenziale ostacolo invalicabile rappresentato dal criterio del dipendente.

2.3. Come materia del diritto dei contratti, qualsiasi scambio di promesse soggetto alla certezza e alla intenzione di creare rapporti legali dovrebbe essere sufficiente per creare un contratto vincolante. Non vi è dunque bisogno di promesse che abbiano un contenuto particolare. La reciprocità degli obblighi (intesa come promessa di procurare da una parte

e svolgere dall'altra lavoro futuro) deve essere perciò concetto del diritto del lavoro. È abbastanza chiaro come non possa esistere contratto di lavoro senza obblighi reciproci. Sebbene piuttosto rigido nel funzionamento, questo requisito è almeno in linea con l'idea generale che il contratto di lavoro sia caratterizzato dalla assunzione minima di rischio da parte del lavoratore.

La reciprocità degli obblighi appare anche come condizione necessaria per un contratto del lavoratore ovvero *worker*. Ciò è più discutibile perché i commentatori affermano, e la Corte lo ribadisce, che il concetto di *worker* è più diffuso. Perciò, nonostante l'estensione di alcuni diritti dei lavoratori, i lavoratori occasionali rimangono ancora privi di molte tutele sostanziali.

3. Il recente libro di Freedland propone una sofisticata spiegazione concettuale dei fenomeni contrattuali nell'ambito delle relazioni di lavoro. In particolare, Freedland concentra l'attenzione sulla categoria da lui stesso elaborata di "contratto di lavoro personale" (*personal employment contract*). Questa categoria copre i contratti di lavoro subordinato e alcuni, ma non tutti, contratti di lavoro autonomo: «i contratti di impiego o di lavoro che devono essere svolti normalmente da persone e non nell'ambito di un'attività imprenditoriale ovvero nell'esercitazione di una professione». L'approccio di Freedland ha implicazioni significative per i lavoratori intermittenti. Ampliando il campo dell'analisi, al fine di includere alcuni contratti di lavoro autonomo, egli rende possibile il fatto che qualche funzione regolatrice, relativa al contratto di lavoro, possa essere applicata ai lavoratori occasionali. Ad ogni modo il suo punto di vista è sottile: se ciò comporta l'abbandono di stereotipi esistenti, da un lato, significa cercare di pretendere che la sicurezza del modello del *welfare state* del lavoro possa essere estesa a tutti i tipi di lavoratori nel moderno mercato del lavoro e, dall'altro, significa avere accettato che tutti i lavoratori tendono verso lo stato di lavoratori autonomi.

Al fine di approfondire l'analisi della posizione di Freedland, è utile esaminare due profili specifici della sua proposta ricostruttiva: il concetto di "fase" e l'uso di tre categorie di contratto personale di lavoro.

3.1. Freedland suddivide in quattro momenti la relazione di lavoro (definita appunto *personal contract*): fase di pre-impiego (*pre-employment*), fase di pieno impiego (*full-employment*), fase di sotto-impiego (*sub-employment*) e fase di post-impiego (*post-employment*). Nella prima e nell'ultima di tali fasi il lavoratore non è generalmente considerato "lavoratore a tutti gli effetti". Nella fase di pre-impiego, è stata effettuata una proposta di lavoro, e gli obblighi delle parti si limitano a mantenere valida l'offerta, restando disponibili per iniziare il lavoro nella data accordata inizialmente. Nella fase di post-impiego il lavoro è terminato ma le parti possono restare soggette ad alcuni obblighi; per esempio nel caso del lavoratore potrebbe esserci una clausola di non concorrenza da rispettare nei confronti dell'ex datore di lavoro.

Per quanto riguarda il lavoro occasionale, le due fasi più interessanti risultano invece quelle del pieno impiego e del sotto-impiego. Come spiega Freedland «un contratto di lavoro esiste nella modalità di pieno impiego nel periodo durante il quale impone obblighi contrattuali reciproci per il lavoro in questione nel senso di fornitura di lavoro contro retribuzione». Questa è la modalità più conosciuta: colui verso il quale il lavoratore è chiaramente in un "rapporto di dipendenza". La modalità di sotto-impiego descrive la situazione nella quale il periodo di pieno impiego si è concluso, ma alcuni obblighi tra le parti sussistono ugualmente, ad esempio «gli obblighi reciproci relativi alle future riassunzioni di lavoro» o altri tipi di obbligo, ulteriore rispetto alla prestazione lavorativa e alla retribuzione, come ad esempio l'obbligo di lealtà. Il sotto-impiego ha particolare rilevanza per i lavoratori occasionali, in quanto offre un meccanismo per mantenere continuità contrattuale tra periodi di pieno impiego. Nella fase di sotto-impiego, il contratto personale di lavoro è definito da Freedland come "sospeso". Questo è un concetto importante, ma

viene trascurato nell'analisi. La sospensione può verificarsi in diverse circostanze (può fare parte del procedimento disciplinare o presentarsi quando il lavoratore è ammalato), ma la presente analisi fa riferimento soprattutto al caso in cui il lavoratore è sospeso perché gli affari del datore di lavoro versano in una situazione di riduzione della domanda. La Corte ha respinto l'idea che il contratto di lavoro possa contenere ampi poteri di sospensione. In tal modo, ha cercato di proteggere i lavoratori dalla possibilità che il datore di lavoro possa accollare parte sostanziale del rischio ai lavoratori stessi. Paradossalmente, gli effetti di questa decisione hanno creato problemi ai lavoratori occasionali. Difatti, uno degli elementi fondamentali del lavoro occasionale è quello contenuto nel concetto che il datore di lavoro può sospendere il lavoratore per ragioni legate all'andamento degli affari. Inoltre la Corte non ha riconosciuto la fase di sotto-impiego come tale a causa del problema dell'obbligazione reciproca. Le promesse di fornire e svolgere lavoro infatti non esistono durante questa fase. Il datore di solito non si assume l'impegno di riportare il lavoratore in condizioni di pieno impiego; il lavoratore potrebbe sì promettere di rimanere disponibile per lavorare, ma la Corte tende a considerare questo comportamento come un riflesso dei bisogni finanziari piuttosto che obblighi contrattuali. Benché le parti possano continuare ad obbligarsi reciprocamente, con obblighi minimi al di fuori della fase di pieno-impiego, la Corte non vorrà riconoscere questo come fenomeno che possa dare in qualche modo vita a qualsiasi tipo di contratto di lavoro personale. Freedland identifica due possibilità per sviluppare ulteriormente il concetto di sotto-impiego. In primo luogo la Corte potrebbe riconoscere alcuni obblighi minimi durante tale fase per mantenere la continuità contrattuale: per esempio qualche piccolo lavoro per considerare la continuazione o la riassunzione. In secondo luogo, egli suggerisce che nel caso di un *worker* (inteso come opposto di un *employee*) un contratto continuativo potrebbe essere trovato persino dove vi sia un ampio potere di sospensione.

3.2. Freedland suddivide in tre categorie i contratti personali di lavoro: lavoro continuativo, lavoro intermittente e lavoro occasionale di durata molto breve. Il primo è il più comune, è quello che normalmente esiste in modalità di pieno impiego e che può durare per un lungo periodo di tempo; esso può esistere però anche in modalità di sotto-impiego ma solo in determinate circostanze, per esempio quando il lavoratore viene sospeso per ragioni disciplinari. Il contratto di lavoro intermittente è particolarmente significativo nella trattazione del lavoro occasionale. Qui Freedland lo considera come un contratto che esiste in una modalità di pieno impiego, inframmezzato da periodi di sotto-impiego. Contrariamente al contratto di lavoro continuativo questi periodi sono previsti dalle parti e non costituiscono rotture nella continuità. Certi minimi obblighi rimangono in essere sebbene il contratto si presenti, in determinati momenti, nella modalità di sotto-impiego.

Il terzo tipo di contratto previsto dall'Autore è quello di lavoro occasionale di durata molto breve; quest'ultimo generalmente è utilizzato per quegli ingaggi che durano meno di una settimana. Anche se le parti facessero innumerevoli contratti di questo tipo, fra di loro non vi sarebbe alcun collegamento. Come sottolinea Freedland, vi è una complessa interazione tra queste tre tipologie ed i concetti di *worker* ed *employee* nel diritto inglese. In caso di contratto di lavoro occasionale di durata molto breve, il lavoratore è considerato solitamente dipendente, nonostante sembri il contrario nella lettura di *O'Kelly*. Mentre a prima vista in caso di contratto di lavoro continuativo è considerato dipendente e in caso di lavoro intermittente appare essere *worker*. Ciò però non corrisponde sempre alla pratica, dato che la Corte insiste sul requisito della reciprocità degli obblighi. Questo problema sarà approfondito successivamente.

3.3. Freedland avanza l'idea che il diritto dovrebbe riconoscere un contratto di lavoro intermittente che continui a permanere, con una serie di obblighi reciproci minimi tra le parti, durante i periodi nei quali il lavoratore non svolge attività (sotto-impiego). Ciò accrescerebbe le possibilità di fare ottenere ai lavoratori occasionali diritti lavorativi, pur

continuando a escludere i lavoratori con un contratto di lavoro di brevissima durata. Si offrirebbe in tal modo un accettabile compromesso tra il riconoscimento della vulnerabilità dei lavoratori occasionali e l'imposizione di costi e oneri alle aziende.

4. A fronte di tale quadro concettuale le considerazioni che seguono sono volte a prospettare una riconsiderazione complessiva della categoria del lavoro intermittente con riferimento a due questioni fondamentali: la natura degli obblighi fra le parti nella fase di sotto-impiego, la relazione tra contratto di lavoro intermittente ed i concetti di *worker* ed *employee* nell'ordinamento lavoristico attuale.

4.1. Il concetto di sotto-impiego risulta tanto allettante quanto problematico. È allettante perché offre un modo per mantenere un contratto tra lavoratore e datore di lavoro anche mentre il lavoratore non sta lavorando. È problematico perché impone di ricostruire il rapporto obbligatorio tra le parti nella fase in cui la loro interazione è minima. La presente sezione si interroga sui requisiti da attribuire al contratto di lavoro nella fase del sotto-impiego, alla luce anche del profilo relativo al carico probatorio che incombe sui lavoratori intermittenti chiamati dal datore di lavoro con una certa regolarità e che intendano provare in giudizio la sussistenza di tali requisiti.

Durante la fase di sotto-impiego, non è ragionevole aspettarsi che le parti siano obbligate a fornire e compiere un lavoro. Tale obbligo ben si adatta alla fase di pieno impiego: quando il lavoratore sta svolgendo la prestazione e il datore di lavoro sta pagando il corrispettivo. È logicamente necessario che gli obblighi della fase di sotto-impiego siano meno estesi. La domanda difficile è: quanto meno estesi?

Il diritto dei contratti pone un limite. Non può esserci un contratto vincolante senza uno scambio di promesse. In certe situazioni di lavoro occasionale, si potrebbe ipotizzare che le parti si siano impegnate tramite una mera dichiarazione di reciproco interesse ad un successivo contratto: una sorta di accordo generale dal quale potrebbero scaturire singoli contratti. Questa prospettiva sembra essere stata quella accolta dalla House of Lord in *Carmichael*. Il punto è chiaramente spiegato da Collins usando analogie con i contratti commerciali. Molti accordi di lavoro occasionale sono simili a *master agreements* (ovvero accordi quadro che fissano termini e condizioni), o a *requirements contracts* (ovvero accordi per stabilire le condizioni assieme a una promessa unilaterale di soddisfare i bisogni dell'altra parte). Accordi di questo tipo non sono legalmente vincolanti: il primo perché nessuna delle due parti ha fatto promesse; il secondo perché solamente una ha fatto una promessa per la quale non vi è corrispettivo.

Un ulteriore profilo di analisi, individuato da Freedland, riguarda poi la necessità di distinguere sotto-impiego e post-impiego. Certi obblighi possono esistere in entrambe le fasi: la promessa di un dipendente di non fare concorrenza col datore di lavoro, per esempio. Ma se nella fase di post-impiego il contratto è terminato, al contrario della fase di sotto-impiego, le parti intendono che il contratto possa tornare al pieno impiego in un certo momento nel futuro (a meno che sorgano i motivi per un licenziamento). Perciò, nella fase di sotto-impiego, gli obblighi delle parti devono essere relazionati ad una futura ripresa del pieno impiego. In modo significativo, questo mostra che anche nella fase di sotto-impiego il diritto del lavoro imporrebbe i propri requisiti supplementari a quelli trovati nel diritto dei contratti. La sfida è identificare alcune promesse rivolte al futuro che i lavoratori occasionali e i loro datori potrebbero plausibilmente avere fatto.

Freedland porta alcuni esempi di un paio di obblighi che soddisfano questi vari requisiti: il datore di lavoro promette di considerare una futura fornitura di lavoro e il lavoratore promette di considerare di accettarla. Queste promesse chiaramente comportano un grado inferiore di impegno rispetto alla promessa di fornire e compiere lavoro in futuro. Ma sono molto più che una mera dichiarazione di interesse. Le parti non dichiarano semplicemente come si comporteranno se e quando il lavoro diventerà disponibile: il datore di lavoro sta promettendo di tenere la situazione lavorativa sotto controllo e il singolo sta fa-

cendo una (limitata) promessa di disponibilità. Queste promesse sono anche sufficienti a dimostrare che il contratto è nella fase di sotto-impiego, piuttosto che di post-impiego, perché contemplano la ripresa di pieno impiego in futuro.

L'esempio tuttavia non è tutt'altro che scevro di criticità. Nella maggior parte dei casi risulta improbabile che i lavoratori intermittenti siano nelle condizioni di dar prova della sussistenza di una vera e propria promessa in capo al datore di lavoro di prenderli in considerazione per una successiva domanda di lavoro. Una promessa a "considerare" implica quanto meno che il datore di lavoro faccia una rassegna dei livelli di forza di lavoro necessari come presupposto per valutare se ricorrere o no a forza lavoro ulteriore. Ma quanti datori di lavoro lo fanno? È più probabile che l'utilizzazione di lavoratori occasionali sia reattiva: il datore di lavoro osserva un arretrato di lavoro e convoca lavoratori addizionali. Anche laddove un datore di lavoro faccia regolarmente una rassegna del livello della forza di lavoro necessaria, resta il problema di fondo: ricondurrà il giudice tale condotta ad un obbligo che il datore di lavoro ha nei confronti di un lavoratore intermittente stabile? Sembra più probabile che un tribunale possa credere che il datore di lavoro abbia condotto le sue revisioni sulla forza di lavoro per proprie finalità manageriali. Una revisione vorrebbe dire inevitabilmente chiedersi se alcuni lavoratori possano essere dispensati, così come se a qualcuno debba essere dato lavoro. Stimare che alcuni lavoratori sono sovrabbondanti non può essere considerato ragionevolmente parte del dovere contrattuale del datore di lavoro verso quei lavoratori. In tal modo, sarebbe facile per un datore di lavoro persuadere un tribunale che non vi è alcun plausibile dovere contrattuale di considerare di offrire lavoro ai lavoratori occasionali.

È probabile che un'interpretazione alternativa dell'obbligo suggerita da Freedland sia dire che l'obbligazione del datore di lavoro al lavoratore sorge solamente una volta presa la decisione che sono necessari lavoratori supplementari. Questo sarebbe più facile da dimostrare per eventuali rivendicatori: può essere appropriato dove il datore di lavoro adotta l'approccio reattivo ai livelli di forza di lavoro descritto sopra. L'obbligo del datore di lavoro dovrebbe essere proporre il lavoro disponibile al lavoratore occasionale sull'elenco – piuttosto che reclamizzare i posti vacanti, per esempio – e fare in concordanza con gli accordi compresi come tali offerte dovrebbero essere fatte. In una particolare azienda, potrebbe essere la norma distribuire lavoro in base all'anzianità di servizio, o dividerlo uniformemente fra tutti i lavoratori iscritti sul registro del lavoro. Vi è, comunque, un problema interpretando in tal modo l'obbligo del datore di lavoro. Anche se va bene nei fatti, l'obbligo diventa effettivo solamente una volta che il lavoro diviene disponibile. Non esiste quando non vi è lavoro disponibile. Non è perciò sufficiente per mantenere un contratto in tutta la fase del sotto-impiego.

L'introduzione di un obbligo di proporre opportunità di impiego solo ai lavoratori occasionali iscritti sull'apposito registro ha senso se contestuale ad un obbligo specifico di tenere il registro aggiornato (ad esempio con un eventuale diverso indirizzo dei lavoratori iscritti). Tale obbligo dovrebbe permanere per tutta la fase c.d. di sub-impiego, anche quando nessun lavoro è disponibile. Potrebbe questa soluzione risolvere il problema dell'accertamento del vincolo contrattuale senza imporre ai lavoratori un carico probatorio enorme? Effettivamente sarebbe una prova più facile per il lavoratore: ogni datore di lavoro che tenesse tale registro sarebbe considerato un datore di lavoro che si è impegnato a ricorrere alla prestazione dei lavoratori che vi sono iscritti. Non è aperto all'obiezione che questo sia fatto a vantaggio del datore di lavoro e non può essere considerato un obbligo contrattuale: se il registro fosse relativamente lungo, non importerebbe al datore di lavoro se alcuni soggetti non potessero essere contattati. La accuratezza nella tenuta del registro è un vantaggio per i lavoratori perché garantisce loro un'opportunità equa di ottenere l'impiego quando questo è disponibile. Non si tratta di un mero accordo a stipulare il contratto, bensì determina veri e propri doveri del datore di lavoro creando

una sorta di affidamento circa il fatto che nel futuro la relazione lavorativa tornerà nella modalità di pieno impiego.

Chiaramente, provare che il datore di lavoro abbia fatto certe promesse non è sufficiente per dimostrare la presenza di un contratto vincolante in modalità di sotto-impiego. Anche il lavoratore putativo ha dovuto fare una promessa. I contratti di lavoro occasionale variano enormemente nella pratica e vi sono varie possibilità. Ad un'estremità dello spettro, il lavoratore occasionale può aver promesso di rimanere sempre disponibile per il lavoro (al punto da essersi assunto l'obbligo di rifiutare altre offerte di lavoro) e di accettare ogni proposta di lavoro una volta che venga formulata. Questo includerebbe situazioni nelle quali il lavoratore affronta la sanzione in cui non gli viene offerto di nuovo un lavoro se lui o lei rifiuta una particolare occupazione. Una promessa di questo genere chiaramente dovrebbe essere sufficiente per generare un contratto vincolante. Presume che il contratto ritornerà alla modalità di pieno impiego, ed è più che un accordo a "dire di sì": il lavoratore occasionale si adopera per lavorare *ogni qualvolta* il datore di lavoro lo richiama. All'estremità opposta dello spettro, il lavoratore occasionale può essere libero di rifiutare un lavoro offerto per qualunque ragione, senza subire conseguenze negative. In tal caso, il lavoratore occasionale non può essere giudicato per avere fatto una promessa di alcun genere. La situazione non è diversa da quella in cui il datore di lavoro tenta di assumere persone distribuendo volantini in strada, per esempio.

I problemi sorgono in relazione a quei lavoratori che ricadono fra questi due estremi. Questi lavoratori non sono obbligati ad accettare ogni accordo offerto, ma ugualmente, non sono liberi di rifiutare ogni accordo. Una possibilità è che al lavoratore sia permesso di rifiutare solamente per date ragioni, come la malattia. Un'altra è che i lavoratori possano rifiutare accordi ma sotto un obbligo informale "collettivo" di soddisfare le necessità del datore di lavoro. Per esempio, un lavoratore potrebbe essere costretto ad accettare un lavoro quando offerto ma gli è permesso di barattare i turni con gli altri lavoratori sul registro. Ancora un'altra possibilità è che il lavoratore soffra di un pregiudizio se rifiuta un lavoro, o lo rifiuta troppo spesso. Nel caso in cui il datore di lavoro offre lavoro in base all'anzianità di servizio, per esempio, è probabile che il lavoratore sia retrocesso ad una posizione più bassa nel registro. Possono i lavoratori in questa "area grigia" richiedere di avere una relazione contrattuale con i loro datori di lavoro?

Chiaramente tali situazioni sono quelle presupposte da Freedland con riferimento alla sussistenza di un rapporto obbligatorio "minimo", sufficiente tuttavia a preservare l'esistenza del contratto nella fase c.d. di sotto-impiego. Lui suggerisce che è probabile che un contratto esista dove il lavoratore ha fatto la promessa «di dare una considerazione ragionevole» alle offerte di lavoro del datore. Questo estende la possibilità di trovare un contratto, oltre che per quei lavoratori occasionali che hanno promesso di accettare ogni accordo, per quelli che hanno il potere di rifiutare. Allo stesso tempo, chiaramente, escludere quelli che hanno la libertà totale di rifiutare, visto che non hanno l'obbligo di considerare le offerte. Ci sono segnali che rendono probabile che tale approccio sia infine accolto dalla giurisprudenza. Effettivamente, nella causa *Gizbert*, l'EAT ha recentemente ritenuto sufficiente, da questa prospettiva, il mero impegno del lavoratore di valutare secondo buona fede se accettare l'incarico offerto.

Se i tribunali fossero disposti ad accettare il concetto di Freedland del contratto di lavoro intermittente, alcuni lavoratori occasionali sarebbero capaci di mostrare che avevano un contratto in corso col datore di lavoro quando non stavano lavorando. Sarebbe abbastanza se le parti facessero promesse contrattualmente vincolanti, ma minime, nella fase di sotto-impiego che suppongano l'eventuale ripresa del pieno impiego. Perciò, un contratto in modalità di sotto-impiego forse si potrebbe trovare laddove il datore di lavoro promette di attuare e mantenere un registro per lavoratori occasionali, e il soggetto promette di dare la ragionevole considerazione alle offerte di lavoro. Il riconoscimento di un contratto di la-

vorò intermittente potrebbe essere in se stesso un beneficio se migliora l'accesso del soggetto ai diritti di lavoro, perché è probabile che il contratto contenga almeno alcuni dei termini impliciti normalmente associati al contratto di lavoro.

4.2. Ciononostante, è probabile che i diritti di lavoro abbiano molto più significato pratico che contrattuale. Il potenziale del contratto di lavoro intermittente di migliorare la situazione dei lavoratori occasionali dipende da come i tribunali sono disposti a trattare i soggetti con un contratto di questo tipo, se come *workers* o anche come *employees*. Questa sezione valuterà la probabilità che i tribunali classifichino i soggetti con un contratto di lavoro intermittente durante il pieno impiego e il sotto-impiego.

La base fondante del contratto di lavoro intermittente, come di ogni altro contratto di lavoro individuale, è il patto di scambio tra prestazione e retribuzione. L'individuo è generalmente considerato un *employee* all'interno dello scambio contrattuale di retribuzione-prestazione. La verifica di reciprocità degli obblighi è qui irrilevante: si applica solo in caso ci sia più di un patto di scambio tra prestazione e retribuzione. Questo lascia la verifica della presenza del rischio e il requisito di assenza di condizioni incompatibili con il contratto di lavoro. La prova della presenza del rischio di solito è soddisfatta perché durante lo scambio contrattuale di salario-lavoro il datore di lavoro si assume tutto il rischio. Se un cameriere ha chiesto di lavorare un turno in un ristorante, il datore di lavoro si accolla il rischio che non ci saranno abbastanza clienti per giustificare la paga del cameriere. Anche se il datore di lavoro si riserva il diritto di portare a termine lo scambio contrattuale di retribuzione-prestazione prima di quanto originalmente progettato, l'affermazione che il datore di lavoro si assume il rischio durante lo scambio contrattuale di retribuzione-prestazione vale ancora: il datore di lavoro deve pagare il lavoratore nonostante il lavoro fatto fino a quando sia terminato l'accordo. La prova finale è se ci sono alcuni termini incoerenti con un contratto di lavoro. È probabile che il potere di sospensione del datore di lavoro sia uno di questi termini, ma questo potrebbe essere soddisfatto con un argomento simile a quello usato in relazione alla prova del rischio: quando, valutando lo *status* durante lo scambio contrattuale di salario-lavoro, il potere del datore di lavoro di concludere lo scambio contrattuale di retribuzione-prestazione è irrilevante. È probabile che gli altri provvedimenti contrattuali servano ancora a sconfiggere la richiesta individuale di *status* di dipendente, come una larga clausola di sostituzione, ma tale profilo esula dal presente campo di indagine.

La spiegazione di ciò che accade durante un patto di scambio tra prestazione e retribuzione non è, comunque, sufficiente per capire la fase di pieno impiego del contratto di lavoro intermittente, perché la fase di pieno impiego potrebbe consistere in più di un accordo di quel tipo. Qualche volta, il lavoratore occasionale potrebbe essere assunto per un periodo indefinito (per esempio, perché l'impresa è attiva) o per un periodo limitato (per esempio, per sostituire una lavoratrice in congedo di maternità). Il datore di lavoro promette di offrire lavoro in futuro fino a nuovo avviso o fino alla scadenza del termine convenuto e il soggetto promette di compiere quel lavoro. Il soggetto dovrebbe essere capace di stabilire uno *status* di *employee* in queste circostanze. Il datore si accolla il rischio di perdita o profitto durante la fase di pieno impiego, e così il criterio del rischio è soddisfatto. Anche il criterio di reciprocità deve essere soddisfatto, ma questo sembrerebbe essere lineare dato che il datore di lavoro promette di offrire lavoro futuro e l'individuo promette di compierlo. E anche se vi è il potere di sospendere il contratto alla fine del periodo di pieno impiego, questo può essere trascurato se ci si focalizza sullo *status* del soggetto durante il periodo di pieno impiego.

Maggiori difficoltà attorniano la situazione nella quale la persona con il contratto di lavoro intermittente non sta lavorando tra due patti di scambio tra prestazione e retribuzione. Il datore di lavoro ha esercitato il potere di sospensione del contratto e non ha fatto alcuna promessa riguardo a quando un lavoro potrebbe essere disponibile di nuovo. Se il sogget-

to cercasse di stabilire lo *status* di dipendente a questo punto (o chiedere diritti quando non lavora o stabilire un contratto “globale”), affronterebbe problemi con il rispetto di tutte le verifiche del tribunale: la reciprocità degli obblighi, il criterio del rischio e condizioni incompatibili. È probabile che risulti più facile stabilire lo *status* di lavoratore ma anche questo non sarebbe onesto.

Alcuni di questi problemi possono essere evitati avvalendosi della continuità statutaria fornita nelle sezioni 210-219 ERA 1996. Sia Collins che Anderman hanno dibattuto sul fatto che, una volta che il soggetto abbia stabilito lo *status* di impiegato all'interno dello scambio contrattuale di retribuzione-prestazione, può contare su questi provvedimenti per unire una serie di scambi contrattuali di retribuzione-prestazione in una relazione continua col datore di lavoro nonostante la reciprocità degli obblighi. Questo argomento è stato recentemente accettato dalla Court of Appeal in *Cornwall CC v. Prater* (per un commento specifico a questa sentenza, cfr. A. DAVIES, *Lavori occasionali e continuità dell'impiego: riflessioni sul caso Cornwall County Council v. Prater*, in *q. Rivista*, 2006, n. 4, 1264). Nella sezione 212, «ogni settimana durante la quale le relazioni di un impiegato col suo datore di lavoro sono governate per intero o in parte da un contratto di lavoro conta nel calcolo del periodo di impiego dell'*employee*». Se il lavoratore occasionale ha un patto di scambio tra prestazione e retribuzione ogni settimana con il datore, ciò potrebbe essere sufficiente per costruire continuità. La prognosi è peggiore per il lavoratore occasionale se vi sono settimane nelle quali non ha patti di scambio tra prestazione e retribuzione. Comunque, è probabile che tali settimane contino anche se vi è una “cessazione temporanea di lavoro” secondo la sezione 212 (3) (b) o dove «da concordato o consuetudine [l'individuo] è considerato continuativo nell'impiego del suo datore di lavoro per qualche finalità» secondo la sezione 212 (3) (c). Per esempio, in *Pfaffinger*, il concetto di cessazione temporanea fu usata per dare continuità ad un insegnante che non aveva un contratto col datore di lavoro durante le ferie.

Ma questo approccio non può essere considerato come una soluzione completa ai problemi dei lavoratori occasionali, per due ragioni. Primo: concetti quali la “cessazione temporanea” sono aperti a varie interpretazioni che potrebbero non aiutare tutti i lavoratori occasionali. Per esempio, i tribunali sono restii ad utilizzare le sezioni 212 (3) (b) dove il periodo di cessazione è relativamente lungo, né lo usano quando il datore di lavoro ha assegnato il lavoro disponibile ad altri lavoratori (piuttosto che sperimentare un decremento totale nel numero di lavoratori necessari). L'ultima regola escluderebbe i lavoratori occasionali dove il datore distribuisca il lavoro disponibile fra essi. Secondo: anche se il riconoscimento dello *status* di subordinato insieme alla continuità legale potrebbe assistere molti rivendicatori, potrebbe non aiutare i lavoratori occasionali che cercano di rivendicare alcuni diritti quando non lavorano. Per esempio, un lavoratore che volesse far valere in giudizio un comportamento discriminatorio del datore di lavoro nella fase del sotto-impiego non sarebbe aiutato da una regola che imponesse la continuità dell'occupazione, poiché dovrebbe comunque dimostrare che era lavoratore subordinato nel momento in cui il comportamento era stato posto in essere, indipendentemente dalla natura continuativa o meno della relazione di lavoro.

In tal modo, anche se le previsioni di continuità legale possono essere d'aiuto, è ancora necessario valutare lo *status* del soggetto durante la fase di sotto-impiego del contratto di lavoro intermittente. In questo senso risulta particolarmente utile la nozione di *worker*. Anche se il soggetto accettasse il rischio che il contratto potrebbe trasformarsi da tempo pieno a sotto-impiego in qualsiasi momento, non dovrebbe in generale aver intrapreso una propria attività e probabilmente soddisferebbe il criterio del *worker*. Comunque, come detto prima, la verifica della presenza di rischio non ha che una mediocre importanza dal momento che il tribunale continua ad insistere che il lavoratore deve dimostrare la reciprocità degli obblighi. La prova della reciprocità richiede che il datore abbia fatto la

promessa di fornire lavoro all'individuo. La prova del rischio accetta che il soggetto possa avere lo *status* di lavoratore anche dove il datore di lavoro non ha fatto una promessa in tal senso. Nella decisione dalla causa *Byrne*, tuttavia, l'EAT sembra prospettare la tesi per cui l'utilizzo del criterio del rischio in luogo del tradizionale criterio della reciprocità sarebbe maggiormente coerente con l'uso fatto dal Parlamento della nozione di *worker* di modo che risulterebbe sostanzialmente scorretto mantenere la rilevanza tradizionale accordata al criterio della reciprocità.

A questo punto vi sono due possibilità di sviluppo. Una consiste nel rimuovere completamente il requisito della reciprocità. Si provvede a che il soggetto possa dimostrare l'esistenza di un contratto di qualche genere col datore di lavoro; il tribunale lo classificherebbe poi usando il criterio del rischio. L'altra ridefinisce la reciprocità nei contratti dei lavoratori. Ciò implica identificare un requisito che va oltre la semplice dimostrazione della presenza di un contratto: in altre parole, sarebbe una prova del diritto del lavoro piuttosto che una prova del diritto dei contratti. Nella sezione precedente, rileva che nella fase di sotto-impiego le promesse delle parti devono, come una questione di logica, riguardare il futuro per distinguere quella fase dalla fase di post-impiego. Questo potrebbe costituire un requisito adatto della reciprocità degli obblighi per i lavoratori. In pratica, la scelta tra queste due opzioni può non importare. Il criterio del rischio "in senso lato" cerca di identificare i dipendenti del datore di lavoro, ed un indicatore chiave di dipendenza durante il sotto-impiego deve essere che il soggetto si aspetta di ritornare al pieno impiego. Questo sarebbe illustrato dallo scambio di promesse riguardanti il futuro delle parti. La scelta tra "in senso lato" o abolire la reciprocità degli obblighi può dipendere perciò da come si modellerà la percezione del tribunale.

È probabile che un tribunale comprensivo sia capace di classificare il contratto di lavoro intermittente come il contratto di un lavoratore durante il sotto-impiego. Sembra molto meno probabile che una Corte possa classificare il contratto come un contratto di lavoro, comunque. Il soggetto sarebbe a rischio di una recessione negli affari e non sarebbe capace di soddisfare il criterio di rischio rigido per lo *status* di dipendente. L'ampio potere di sospensione del datore di lavoro sarebbe un termine incoerente con un contratto di lavoro e non ci sarebbe alcuna reciprocità degli obblighi. Né è possibile attaccare questi criteri come internamente incoerenti, come si è fatto con le prove per lo *status* di lavoratore. Nell'insieme, tutte le tre prove dipingono un ritratto del datore di lavoro come detentore del rischio e l'*employee* come passivo e protetto. È certamente possibile affrontare questi temi da una prospettiva di riforma. Molti autori, nell'ambito del dibattito scientifico, hanno sostenuto che il criterio della subordinazione, il quale una volta era in grado di assicurare alla maggioranza dei lavoratori una serie di diritti e tutele, non risulta più idoneo allo scopo e va dunque ripensato e sostituito. Tale approccio richiede tuttavia un intervento del legislatore e sarebbe dunque difficilmente perseguibile dalla giurisprudenza contrariamente a quanto accaduto invece utilizzando la nozione di *worker*, seppure in contrasto con la opinione della dottrina.

In conclusione, sembra che il contratto di lavoro intermittente possa essere un sostegno alla protezione dei lavoratori occasionali nel senso che dà loro la possibilità di usufruire di diritti lavorativi. Durante la fase di pieno impiego, il soggetto dovrebbe avere lo *status* di *employee*. Durante la fase di sotto-impiego, o durante un contratto che include periodi di sotto-impiego, il soggetto non sarebbe capace di rivendicare lo *status* di *employee* ma potrebbe riuscire a stabilire lo *status* di *worker* a condizione che il tribunale sviluppi il diritto come suggerito sopra.

5. Il concetto di Freedland di contratto di lavoro intermittente ha aiutato a dare un senso agli accordi lavorativi di un numero significativo di lavoratori occasionali, coloro che lavorano regolarmente per lo stesso datore di lavoro sotto un sistema di registro. La sua convinzione che il contratto personale di lavoro possa esistere sotto forma di sotto-

impiego e pieno impiego suggerisce che questi lavoratori possano avere un contratto continuativo anche mentre non lavorano. Ciò ha significato sia in termini di obblighi contrattuali che in termini di idoneità per i diritti lavorativi.

Il presente articolo ha esposto due questioni toccate, ma lasciate irrisolte, da Freedland. La prima è il modo in cui il tribunale interpreta gli obblighi delle parti nella fase del sotto-impiego, fermo restando che in tale fase essi devono essere meno ampi rispetto agli stessi in una fase di pieno impiego. Il diritto del lavoro pretende più di uno scambio di promesse: ci devono essere dei riferimenti al lavoro futuro per distinguere tra il sotto-impiego e il post-impiego. Inoltre, è stato disputato che le Corti dovrebbero essere disposte ad identificare un contratto in modalità di sotto-impiego sulla base di minime obbligazioni, altrimenti la posizione dei lavoratori occasionali non sarebbe migliorata molto. Il secondo problema affrontato in questo articolo è la relazione che intercorre tra un contratto di lavoro intermittente e i concetti legali di “*worker*” e “*employee*”. Si afferma che i soggetti con contratto di lavoro intermittente potrebbero essere considerati subordinati mentre stanno lavorando, e che il diritto dovrebbe essere sviluppato dai tribunali in modo che siano considerati lavoratori nel senso di *workers* durante il sotto-impiego.

L’argomentazione svolta, di impostazione dottrinale, presuppone (e ne trae vantaggio) la considerazione del ruolo imprescindibile svolto dal contratto nella relazione di lavoro. Vi è stato un interesse crescente in dottrina nel sostituire contratto con qualche nozione di “*status* di lavoro subordinato”. Pur essendo questi argomenti concetti allettanti, vi è il rischio che un concetto legale di *status* di lavoro subordinato porterebbe nuovi e forse più intrattabili problemi di interpretazione. Il contratto di lavoro è una creazione del diritto comune e può offrire così più scopi per uno sviluppo giudiziario. Come ha spiegato Deakin, istituzioni come il contratto di lavoro emergono in modi complessi, il che significa che i problemi sono inevitabili: «Visto in tal modo, è possibile capire perchè il contratto di lavoro potrebbe essere, allo stesso tempo, la “pietra angolare” del sistema del diritto del lavoro moderno (...) e anche la fonte di anacronismi, confusione e disfunzioni nell’applicazione della legge».

Ci vorrà del tempo per i tribunali per andare di pari passo con gli sviluppi moderni del mercato del lavoro. L’analisi contrattuale ci consente almeno di favorire il processo evolutivo rivolgendosi ai giudici nel loro proprio linguaggio.

Anne Davies

Docente di diritto – Brasenose College, Oxford

4. Stati Uniti

4.1. *National Labor Relations Act (Wagner Act)*, 1935 (in  indice A-Z, voce *Stati Uniti*).

Il sindacato maggioritario e la contrattazione collettiva

Sommario: **1.** Il *National Labor Relations Act* e la libertà sindacale. – **2.** Adesione sindacale, clausole di sicurezza e *check-off*. – **3.** Il quadro politico-sindacale oggi. – **4.** Superamento del NLRA?

1. Il punto focale del diritto del lavoro, negli Stati Uniti, è il contratto collettivo stipulato – per lo più a livello d’impresa, o anche di stabilimento – fra l’imprenditore e il sindacato maggioritario, ovvero il sindacato votato dalla maggioranza dei lavoratori.

Ma prima di considerare il contratto collettivo e le regole che lo guidano, occorre ricordare che la legge federale sul lavoro c'è, ed è rilevante, anche se abbastanza generale da poter lasciare notevole libertà nei rapporti sindacali e consentire quindi soluzioni difformi nella contrattazione, che c'è solo se c'è un sindacato maggioritario, come vedremo.

Il *National Labor Relations Act* (NLRA), o *Wagner Act*, del 1935 è il testo cui riferirsi, emendato poi nel 1947 (dal *Labor-Management Relations Act* – LMRA, o *Taft-Hartley Act*) e nel 1959 (dal *Labor-Management Reporting and Disclosure Act*, o *Landrum-Griffin Act*), con successive, non rilevanti modifiche.

Nel NLRA è contenuto il principio di libertà sindacale (*Section 7*) in una formula ampia: vi è riconosciuto il diritto a «self-organize, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in concerted activities, for the purpose of collective bargaining or other material aid or protection». Al tempo stesso alla *Section 8* (a) vengono interdette agli imprenditori (ma nel testo emendato del 1947 anche ai lavoratori e agli stessi sindacati) le «unfair labor practices», *Section 8* (b), ovvero posizioni di dominio, di interferenza, di discriminazione, e il rifiuto a contrattare. Sempre nell'emendamento del *Taft-Hartley Act* è inserita la libertà negativa: il lavoratore cioè «shall also have the right to refrain from any or all of such activities».

Il limite al concetto di libertà sindacale – vincente in tutta la seconda metà del secolo scorso – è però già compreso nella legge stessa, che fissa il principio di rappresentanza esclusiva: se e quando i lavoratori di una *bargaining unit* – unità produttiva o impresa che sia – scegliendo i loro rappresentanti danno ad un solo sindacato la maggioranza dei voti, questo sindacato sarà il rappresentante esclusivo di tutti i lavoratori di quell'unità.

Come tale, la *union* acquista il diritto alla contrattazione e dunque solo l'elezione di un rappresentante esclusivo può portare alla stipulazione di un contratto collettivo. Il che nuoce, ovviamente, al concetto di libertà sindacale, poiché il contratto collettivo può esserci solo se c'è un sindacato maggioritario: e naturalmente più di un lavoratore voterà un sindacato, di cui non condivide la visione o i principi, che è però il solo ad avere concrete possibilità di arrivare alla maggioranza dei voti, poiché senza contratto collettivo l'unica fonte resta il contratto individuale di lavoro, di assai scarsa tutela e a condizioni inferiori.

Il NLRA, per vero, consentirebbe un impiego della contrattazione ben più ampio, poiché i lavoratori hanno diritto alla contrattazione collettiva tramite rappresentanti liberamente scelti: ma né il *National Labor Relations Board* né la Corte Suprema, pur confermando la legalità del più generale principio di libertà sindacale contenuto nella *Section 7* NLRA, hanno mai sostenuto che la contrattazione con i sindacati minoritari, in mancanza del sindacato maggioritario, sia imposta dalla legge (di opposto parere è C.J. MORRIS, *Back to the Future. Reviving Minority-Union Collective Bargaining Under the National Labor Relations Act*, in *Labor Law Journal*, 2006, 61 ss.; ma vedi una pacata critica in R.L. HOGGER, *Exclusive Representation and the Wagner Act. The Structure of Federal Collective Bargaining Law*, ivi, 2007, 157 ss. In effetti, se si consentisse la negoziazione di un contratto collettivo con un sindacato minoritario, l'imprenditore potrebbe essere accusato di favorire un sindacato di comodo, ovviamente vietato dal NLRA).

In realtà nell'economia trionfante della seconda metà del secolo scorso il sistema del sindacato maggioritario presentava indubbi vantaggi: per gli imprenditori, perché contrattavano con un'unica controparte, cui potevano concedere clausole di “*union security*” (vedi § 2) per garantirsi un buon contratto e la certezza della sua impositività a tutti; per i lavoratori, poiché le statistiche hanno sempre dimostrato il più alto livello di retribuzione ottenuto tramite contratto collettivo; e persino per i lavoratori non sindacalizzati, cioè senza rappresentante esclusivo, dello stesso settore e dello stesso territorio, perché l'influenza del contratto collettivo altrui su retribuzione, orario e condizioni di lavoro era sentita an-

che dal loro datore di lavoro che cercava di mantenere regole sufficientemente competitive per non incoraggiare la sindacalizzazione dei suoi dipendenti.

Per la *union* maggioritaria, poi, oltre che la guida dell'azione sindacale nell'impresa, e l'indubbia forza del prestigio che ne deriva, c'è un vantaggio economico tutt'altro che di scarso peso: la possibilità di inserire nel contratto collettivo una clausola di "*union security*".

2. Il NLRA ha inserito correttamente il principio, fra quelli di supporto al sistema della contrattazione, che tutti i lavoratori coperti da contratto provvedano finanziariamente all'azione di rappresentanza.

La legge federale consente al sindacato maggioritario di contrattare con il datore di lavoro anche clausole che richiedano l'iscrizione obbligatoria di tutti i lavoratori dell'unità al sindacato stesso: sono queste le clausole dette di "*compulsory membership*" o più frequentemente "*union security clauses*".

Le motivazioni per una simile, evidente violazione della libertà sindacale negativa, sono due: l'una è l'obbligo imposto dalla legge federale (NLRA/LMRA) di "*fair representation*", da parte del sindacato maggioritario, di tutti i lavoratori dell'unità contrattuale, e un'opera di rappresentanza legale deve avere un corrispettivo; l'altra è la sicurezza finanziaria del sindacato, che concede più stabili relazioni fra *union* e *management*, concedendo alla prima di agire senza il timore di perdere adesioni da parte degli associati.

Questa sicurezza di entrate è poi garantita al sindacato maggioritario da un sistema di prelevamento automatico delle quote di adesione dalle retribuzioni dei lavoratori, il c.d. *check-off* da cui è derivata in Italia la norma dell'art. 26 dello Statuto dei lavoratori.

In conseguenza le clausole di "*union security*" divennero costanti nei contratti collettivi: la clausola prima, pur rudimentale e indubbiamente molto limitativa della libertà, è la c.d. "*closed o preferential shop clause*": l'azienda cioè si impegnava ad assumere solo lavoratori iscritti (o a preferirli a lavoratori non sindacalizzati) al sindacato maggioritario, il quale così deteneva anche il potere del collocamento, con "*hiring halls*" da esso gestite.

La clausola è stata da tempo dichiarata illegale, sostituita da altre, varie e molto diffuse.

Dapprima si impose una variante ridotta della "*closed shop clause*", la "*union shop clause*": in questo caso il datore di lavoro assume chi vuole, ma l'assunto, una volta divenuto lavoratore – e godendo quindi dei benefici dell'agente esclusivo – deve aderire al sindacato maggioritario, pena la perdita del lavoro.

Anche qui, come si vede, è poca la libertà sindacale individuale; poiché – anche se le *unions* sono assai più pragmatiche e meno ideologizzate dei sindacati italiani – è davvero una costrizione alla libertà dover aderire e finanziare una associazione di cui non si apprezzino scopi, metodi d'azione, comportamento.

D'altro canto, le *unions* lamentavano il fatto che molti lavoratori aderivano al sindacato in periodi di crisi, o di vacanza contrattuale, per procurarsi, con il contratto collettivo, incrementi di retribuzione; ma poi se ne allontanavano, rifiutando il pagamento delle quote sindacali. Perciò essi ottenevano benefici dalla *union* rappresentante esclusiva, ma senza contribuire a dividere con continuità i costi dell'organizzazione.

È proprio in considerazione di ciò che il giudice Rand, con una soluzione di compromesso, adottò, dopo un lungo sciopero proclamato dalla United Automobile Workers contro la Ford Motor Company (da cui il nome di "*Rand formula*", oltreché di "*agency shop clause*"), riconobbe validità ad una attenuata forma di sicurezza – peraltro gradita ai sindacati dei lavoratori – per la quale, sulla base della rappresentanza legale, è imposto a tutti i lavoratori dell'unità contrattuale il pagamento di somme corrispondenti alle quote d'iscrizione e ai contributi sindacali, senza alcun obbligo ad aderire al sindacato maggioritario, ma solo per la sua azione negoziale: un semplice supporto economico per la stipulazione del contratto collettivo (per maggiori nozioni e interpretazioni relative alle clausole di sicurezza sindacale rinvio ad un mio vecchio studio, *Le clausole di sicurezza sin-*

dacale negli Stati Uniti, in *Annali Genova*, 1971, 503-554, che peraltro non mi pare a tutt'oggi superato, se non per quanto riguarda il tema che indico in seguito al § 4).

L'“*agency shop clause*” è molto usata, soprattutto nel pubblico impiego, nel quale spesso c'è divieto di “*compulsory unionism*”.

I problemi sul “*compulsory unionism*” non si sono fermati qui, ma anzi molte altre discussioni – e decisioni – ne sono conseguite. C'è da premettere che la legge federale si riferisce alle imprese dell'“*interstate commerce*”, non a quelle con ambito di attività entro uno degli Stati. Da qui nasce il problema dell'interpretazione dell'art. 14 (b) del *Taft-Hartley Act*, che consente alle leggi statali di prevalere sulla legge federale in relazione al “*compulsory unionism*” (l'art. 14 ha, come intestazione generale, “*Limitation*”, con esplicita ammissione del legislatore federale del diritto, da parte degli Stati, di contravvenire alle norme della legge federale relative alle clausole di sicurezza; il tema tuttavia è stato oggetto di studio e di opposte opinioni da parte degli studiosi del diritto costituzionale americano; secondo l'ordinamento giuridico, infatti, la regolamentazione dell'“*interstate commerce*” appartiene al Congresso, mentre il mercato interno è di competenza statale; in caso di conflitto fra la giurisdizione federale e quella statale è la legge federale a prevalere: la *Section 14 (b)* costituisce una vistosa eccezione al principio della supremazia della legge federale).

In conseguenza oggi 21 Stati hanno una “*right-to-work law*” (l'espressione indica la positività della norma, che prevede che nessuno debba essere iscritto ad un sindacato o sostenerlo finanziariamente per ottenere e mantenere un posto di lavoro), che impone l'“*open shop*”, in cui non c'è alcun obbligo, né di adesione, né di pagamento di fondi. Teoricamente, potrebbe esserci un sindacato rappresentante unico, ma è ovvio che in realtà i lavoratori di questi Stati si trovano senza tutela sindacale, o con una tutela ridotta. Non è difficile notare, in conseguenza, che fra i 21 Stati che hanno adottato ad oggi una “*right-to-work law*” si trovino molti Stati del Sud e altri delle Montagne Rocciose, aree avverse al sindacalismo e ai sindacati, meno industriali, e con condizioni di lavoro e retribuzioni notevolmente inferiori agli altri Stati (particolare è la posizione del Colorado, che all'inizio del 2007 ha votato una legge *Colorado's Labor Peace Act*, CLPA, che lo riporta indietro, o piuttosto, lo fa avanzare, da *right-to-work State* a *union security State*: cfr. R.L. HOGLER, *Right to work and the Colorado Labor Peace Act: how Politics trump Policy*, in *Labor Law Journal*, 2007, 85).

3. Il movimento sindacale americano ha sofferto un duro declino negli ultimi trent'anni, sia di adesioni, sia di influenza. Un sistema quale quello sopra riassuntivamente descritto – in dosaggio mirato fra libertà del singolo e forza contrattuale del sindacato maggioritario – si regge solo finché le condizioni economiche e politiche consentono uno sviluppo della negoziazione e una imposività della *union*, che serva da volano per altre imprese, altri sindacati, persino alle imprese “*open shop*”, per un avvicinamento – ma non una vera parità – delle condizioni economiche e di lavoro per il più grande numero di lavoratori possibile.

Con la crisi economica, le nuove tecnologie, lo sviluppo dei servizi e l'ingresso nel mercato di Paesi emergenti a basso costo di lavoro, gli effetti sono stati, nella sindacalizzazione, assai simili a quelli dei Paesi europei: disaffezione sindacale nei confronti della fortissima federazione AFL-CIO (*American Federation of Labor e Congress of Industrial Organization*), separazione da essa di molte importanti *unions* che hanno formato la coalizione *Change-to-Win* e creazione di *Employee Associations*, quelli che noi chiamiamo sindacati autonomi (cfr. la loro precisa e corrispondente definizione in A.L. GOLDMAN, *Labor and Employment Law in the United States*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, 1996, 226).

L'AFL-CIO ha pressoché costantemente appoggiato i candidati democratici alle elezioni presidenziali: oggi i “suoi” candidati sono John Edwards e Barack Obama, che non per-

dono occasione di “solidarizzare” con i lavoratori in sciopero e di partecipare ai picchetti all’ingresso delle fabbriche (il picchettaggio è il metodo di lotta più usato in USA e coincide con lo sciopero tanto che si usano indifferentemente i termini “*strike*” e “*picketing*”).

C’è da notare che, negli Stati Uniti, non avendo i partiti politici una struttura permanente, i sindacati sono l’unica macchina elettorale a disposizione dei democratici; ma non sempre, comunque, questo li ha portati alla vittoria. Anzi, c’è da aggiungere che l’ultimo presidente democratico, Bill Clinton, non ha mai dimostrato di appoggiare le organizzazioni sindacali. Ma i voti dei lavoratori sindacalizzati e delle loro famiglie costituiscono indubbiamente un buon bacino di voti per i candidati del fronte progressista: ed anche Hillary Clinton ha promesso il suo impegno in un confronto a Chicago con 15 mila sindacalisti, nonostante la sua storia politica stia a favore delle grandi imprese, e addirittura sedesse nel C.d.A. di un gigante della distribuzione, proprio quando vi venivano decise aperte politiche antisindacali.

La sfida della confederazione sindacale sembra perdente, oggi, con una catastrofica discesa della percentuale di iscritti, dal 33-34% degli anni Cinquanta, periodo in cui il sistema favoriva anche i lavoratori delle imprese non sindacalizzate, perché gli imprenditori erano disposti a concessioni, pur di evitare la sindacalizzazione (cfr. C.B. CRAVER, *The Relevance of the NLRA and Labor Organizations in the Post Industrial Globaly Economy*, in *Labour Law Journal*, 2006, 135), all’11-12% attuale. Di conseguenza, e secondo la normativa del NLRA e del sindacato maggioritario, si riduce anche il suo potere contrattuale, tanto più in un sistema industriale sempre più incalzato dalla concorrenza asiatica.

4. Il rilancio è affidato certamente ad un futuro Presidente, favorevole all’azione sindacale, ma anche al suo supporto a favore della nuova legge (*Employee Free Choice Act*) che, approvata dalla Camera dei Rappresentanti, ove la maggioranza è ora democratica, è bloccata al Senato dall’ostruzionismo dei Repubblicani e la Casa Bianca ha comunque già annunciato il veto del Presidente Bush.

A questo fine l’AFL-CIO ha deciso di investire nella campagna elettorale la somma di 53 milioni di dollari raccolti fra gli iscritti ai sindacati che ad essa fanno capo. È evidente, perciò, che sulla modifica del NLRA i sindacati puntano all’eliminazione del voto a scrutinio segreto della maggioranza dei lavoratori per divenire unico rappresentante e controparte negoziale nelle *bargaining units*: ad esso si sostituirebbe un “*card check*”, con il quale il *National Labor Relations Board* certificherebbe la validità della maggioranza delle autorizzazioni date alla *union*. Questo le renderebbe più facile il compito, ma gli avversari ribattono trattarsi di un principio fondamentale della democrazia che i singoli lavoratori siano messi in grado di votare secondo coscienza, liberi dalla minaccia di rappresaglie (cfr. R. HOGLER, *op. cit.*, 167, che preferirebbe il mantenimento del NLRA, magari tentando un assalto – che mi pare del tutto impossibile, in questa situazione – alla *Section 14 (b)*, cercando cioè di togliere agli Stati la possibilità di leggi *right-to-work*): benché, in effetti, pur essendo il voto segreto, in non ampie *bargaining units* sarebbe abbastanza semplice comunque individuare i voti degli indecisi o degli avversari del potere sindacale. Si osserva in ogni caso che molti sindacati e datori di lavoro hanno già deciso di adottare più pacifici e rapidi procedimenti per stabilire la rappresentanza esclusiva tramite accordi di “*card-check*”, ovvero metodi diversi – non quello elettorale – per accertare la scelta della maggioranza.

Il problema ha il suo acme nella sopravvivenza dei sindacati – o di questi sindacati – di cui nel Paese si è cominciato a discutere già venti-trenta anni fa (vedi indicativamente P. PESTILLO, *Can Unions Meet the Needs of a «New» Work Force?*, in *Monthly Labor Review*, 1979, 33, e J.W. GARBARINO, *Unionism without Unions: the New Industrial Relations?*, in *Industrial Relations*, 1984, 40).

I mali che si addebitano alle *unions* tradizionali sono quelli dei sindacati di tutto il mondo industrializzato: che proseguono a procurarsi e gestire piuttosto il potere che deriva dalla posizione di agente esclusivo che a supportare il lavoro delle donne che saranno negli anni a venire sempre di più e che, strano per noi, in USA sono più favorevoli degli uomini all'adesione sindacale; o l'aumento fortissimo delle minoranze nere ed ispaniche nella forza-lavoro; o i senza lavoro; o i lavoratori temporanei, sia subordinati, sia autonomi (1/4 della forza-lavoro), senza i benefici dei lavoratori a tempo pieno. Ancora, è segno della totale mancanza di attenzione e del calo di forza dei sindacati il ricorso dei lavoratori ai tribunali per ottenere protezione nel lavoro, ricorso che è aumentato fortemente, soprattutto in relazione a licenziamenti invalidi (vedi più ampiamente M. BALLOT, *op. cit.*, 512 ss.).

Di conseguenza, sono molti i suggerimenti di rimedi, che mantengano la forza sindacale alla protezione dei lavoratori, ma con spirito e metodi nuovi.

La dottrina americana è concorde nel ritenere che la diversa platea di soggetti, nel mondo del lavoro di oggi, richieda atteggiamenti e tattiche differenti nelle *unions*, nei rapporti con il *management*; proponendosi con maggiore fermezza a difendere gli interessi dei lavoratori; ampliando al settore pubblico e a quelli in rapida crescita, come i servizi, l'associazione, poiché solo dal sostegno di molti potrà raggiungere di nuovo la sua posizione rispetto al campo sociale, politico ed economico; guidando i settori in cui è ampio l'impiego del lavoro femminile e delle minoranze (cfr. C.B. CRAVER, *op. cit.*, 138 e 143, e M. BALLOT, *op. cit.*, 513, che critica l'atteggiamento collaborativo o partecipativo delle *unions* con il *management*, particolarmente nei programmi per la qualità del prodotto o per l'aumento della produttività).

Fin qui, nulla di nuovo; una tecnica innovativa è invece quella (già attuata, in qualche caso) di studiare nuove forme di adesione, tramite servizi gratuiti – come consulenze sulla carriera o sulla formazione – a lavoratori di imprese non sindacalizzate, e quindi prive della tutela del contratto collettivo, dando loro una "associazione" al sindacato, con costi d'iscrizione molto bassi. Associare questi lavoratori non porta certo a forti reazioni l'imprenditore, né deve corrispondere a qualche requisito legale per il NLRA; può essere utile, perché oggi le imprese non sindacalizzate sono molte, e in crescita: gli sforzi per coprire l'area possono colmare questo vuoto, cercando, secondo l'obiettivo sindacale, di stabilire relazioni fra sindacati e lavoratori non sindacalizzati, con benefici per entrambi.

L'ottimismo per strategie alternative e per una nuova *mission* sindacale non manca, come si vede, anche se c'è chi ritiene che l'obsolescenza del NLRA sia tale da non adattarsi al XXI secolo (C.L. ESTLUND, *Is the National Labor Relations Act an Outmoded Statute in the 21st Century?*, in *Labor Law Journal*, 2006, 148 ss. Cfr. il saggio approfondito di M. BARENBERG su *The Political Economy of the Wagner Act: Power, Symbol, and Workplace Cooperation*, in *Harvard Law Review*, 1993, 1381 ss.).

C'è spazio, insomma, all'interno del pur vetusto NLRA, insieme all'attività contrattuale protetta, e talora rigida, anche per una utile tutela del lavoro nelle nuove forme emergenti, in cui i lavoratori necessitano di aiuto per migliorare la loro posizione e i loro interessi collettivi; non necessariamente riducendoli negli stessi limiti e regole del diritto del lavoro, ma anzi agendo con prudenza su una più ampia definizione della libertà sindacale (cioè della *Section 7*) ed invece una, più ristretta, di "organizzazione sindacale".

Ciò significa distinguere le organizzazioni che si assumono il compito di negoziare il contratto collettivo da altre, non elette all'interno, né dipendenti da alcun datore di lavoro (c'è naturalmente il divieto di "company unions" come già detto), che svolgono opera di sostegno e di raduno d'opinioni fra i lavoratori (dai test sulla droga all'aiuto nelle Commissioni di conciliazione e arbitrato) piuttosto che un'azione di tipo politico, per perseguire il raggiungimento di miglioramenti nelle condizioni di lavoro.

Sono organizzazioni nuove e diverse, e, forse, dovrebbe essere loro assegnato uno spazio per evolvere e trovare vie nel reale interesse di nuovi lavoratori.

Ma il sindacato maggioritario e le sue regole, però, continuano ad avere buon gioco presso i giudici e presso gli imprenditori: i quali, come ovunque, preferiscono discutere con un sindacato forte e garante dei risultati piuttosto che con organizzazioni ridotte e poco solide.

Così, per finire con l'attualità, nella speranza di un futuro Parlamento a solida maggioranza democratica, la AFL-CIO ha chiesto a tutti i candidati democratici alla Presidenza un impegno a varare definitivamente la riforma che elimina la barriera del voto a scrutinio segreto della maggioranza dei lavoratori.

Questa legge confermerà la forza della federazione sindacale e l'interesse dei datori di lavoro per una contrattazione "tradizionale"; e isolerà le nuove organizzazioni, forse, in parte, non del tutto genuine e scarsamente efficaci nell'ottenere vantaggi per i lavoratori aderenti: ma pur sempre conformi allo spirito e all'ampia previsione della libertà di scelta dei lavoratori in campo sindacale, secondo la vecchia, ma ancora valida legge federale (sull'ampio concetto di libertà sindacale nel NLRA, vedi A.L. GOLDMAN, *op. cit.*, 167 ss.).

Clara Enrico

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Genova

5. Quadro internazionale e comparato

- 5.1. Costituzione della Repubblica della Lituania (art. 51) (in  indice A-Z, voce *Sciopero*).
- 5.2. Costituzione della Repubblica della Lettonia (art. 108) (in  indice A-Z, voce *Sciopero*).
- 5.3. Costituzione della Repubblica della Estonia (art. 29) (in  indice A-Z, voce *Sciopero*).
- 5.4. ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO, *Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale*, 1948 (in  indice A-Z, voce *Sciopero*).

(5.1. – 5.4.) La regolamentazione dello sciopero nei Paesi Baltici dopo la transizione: le conseguenze della mancanza di una competenza comunitaria in materia (*)

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Competenza UE e diritto allo sciopero. – 3. Regolamentazione del diritto di sciopero nei Paesi Baltici. – 4. *Segue:* il diritto di sciopero in Lituania. – 5. *Segue:* il diritto di sciopero in Lettonia. – 6. *Segue:* il diritto di sciopero in Estonia. – 7. Conclusioni.

1. Welz e Kauppinen segnalano come molti Stati neocomunitari abbiano norme che limitano la legalità dello sciopero (cfr. C. WELZ, T. KAUPPINEN, *Industrial Action and Conflict Resolution in the New Member States*, in *EJIR*, 2005, vol. 11, n. 1, 91-105; vedi anche A. TÓTH, L. NEUMANN, *Labour dispute settlement in four central and eastern European countries*, EIRO, Dublin, 2003). Lo sciopero è visto negativamente dai Governi nazionali dell'Europa Centrale e Orientale, in quanto minaccia di destabilizzare il consoli-

* Il presente contributo con il titolo "*Missing in Action*": *The Right to Strike in the Baltic New Member States – An Absent EU Competence*, è stato pubblicato in versione integrale in *IJCLLR*, 2006, vol. 22, n. 4.

damento delle nuove economie di mercato. Una prospettiva ulteriore è quella di considerare lo sciopero, e più in generale il conflitto industriale, come manifestazione del fallimento di metodi di risoluzione delle controversie mediante conciliazione e mediazione (L.A. COSER, *The Functions of Social Conflict*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968). Da una prospettiva opposta, lo sciopero è considerato come un fondamentale diritto democratico, un'espressione "necessaria" della "cultura conflittuale" coerente con l'affermazione della contrattazione collettiva nelle società democratiche: una risorsa dei lavoratori organizzati in senso distributivo rispetto agli squilibri di potere propri delle economie di mercato (H. KOHL, H.W. PLATZER, *Industrial Relations in Central and Eastern Europe – Transformation and Integrations – A comparison of the eight new EU member states*, ETUI, Bruxelles, 2004). Questo significa accettare la legittimità dell'astensione dal lavoro in una società libera per costringere i datori di lavoro a fare delle concessioni alle richieste dei lavoratori. La possibilità reale di intraprendere un'azione collettiva quale lo sciopero è considerata essenziale per la promozione della libera contrattazione collettiva e, da una più ampia prospettiva, come parte integrante del processo stesso di trasformazione democratica.

Questo articolo prende in esame la trascurata dimensione del diritto allo sciopero nei Paesi post-comunisti, precisamente nelle tre Repubbliche baltiche: Estonia, Lettonia e Lituania. La maggior parte dell'*acquis communautaire* nell'ambito delle relazioni di lavoro è stata già traspunta dai nuovi Stati membri, inclusa l'introduzione a livello nazionale di significativi diritti per i lavoratori individuati nell'ambito del diritto comunitario del lavoro. L'articolo, tuttavia, non riguarda né la conformità né la trasposizione dell'*acquis* sociale. Piuttosto, si analizzano le implicazioni di una significativa mancanza di competenza del generale *acquis* comunitario nell'area del diritto collettivo del lavoro, cioè, il diritto dei lavoratori allo sciopero. La competenza in questa area specifica è mantenuta dai Governi nazionali che legiferano in merito tenendo conto della legislazione e delle prassi nazionali. Nei Paesi membri post-comunisti la priorità data al mantenimento della competenza a livello nazionale fornisce l'occasione di una profonda riflessione sul centro politico di gravità delle nuove democrazie. Le tre Repubbliche considerate in questo articolo, insieme, come Repubbliche indipendenti, sono state tra i sostenitori più "battaglieri" di una agenda di ristrutturazione economica e sociale ispirata dall'ideologia neo-liberale. Negli ultimi anni in due degli ordinamenti considerati, Lettonia e Lituania, sono stati introdotti nuovi codici del lavoro. Nel caso dell'Estonia, forse il Paese maggiormente neo-liberale tra tutti i Baltici, non è stata seguita la via di una ricodificazione integrale del diritto del lavoro; piuttosto, sono stati introdotti provvedimenti specifici che, presi nel loro insieme, mettono a repentaglio in maniera significativa la capacità rappresentativa dei sindacati, soprattutto nel settore pubblico. Nonostante i differenti approcci legislativi, tuttavia, ognuno di questi Stati post-comunisti tra loro confinanti ha cercato negli ultimi anni di ridurre il diritto allo sciopero e, di fronte ad un'agitazione aperta da parte dei lavoratori, ha tentato di utilizzare limiti legali di restrizione dello sciopero.

2. L'art. 6(4) della Carta Sociale Europea del 1961 riconosce espressamente il diritto allo sciopero nel caso di conflitto di interessi soggetto agli obblighi derivanti dai contratti collettivi in vigore. La Carta Sociale Europea ingiunge ai firmatari, tra l'altro, di assicurare «il diritto di ciascuno di formare ed entrare nei sindacati al fine di proteggere i propri interessi» e di garantire l'effettivo esercizio del diritto della contrattazione collettiva. Specificatamente, i lavoratori, i datori di lavoro, o le loro organizzazioni hanno, conformemente al diritto comunitario e alla legislazione e prassi nazionale, «il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi ai livelli appropriati e, nei casi di conflitto di interessi, di intraprendere un'azione collettiva per difendere i loro interessi, *incluso il diritto allo sciopero*» (corsivo dell'A.). Questi diritti esistono come diritti fondamentali del lavoro,

indipendentemente da provvedimenti particolari per la mediazione del conflitto, la conciliazione e l'arbitrato, e non devono essere compromessi da queste istituzioni.

3. La legislazione sovietica che era in vigore nelle tre Repubbliche baltiche che ora fanno parte dell'UE – Estonia, Lettonia e Lituania – negava ogni possibilità di sciopero come espressione legittima del conflitto sociale. Secondo l'ideologia prevalente, quei conflitti potevano esistere nella società sovietica e nelle relazioni di lavoro, ma erano essenzialmente “controproducenti” nel senso che i lavoratori, avviando un'agitazione sindacale, agivano in sostanza contro i loro interessi oggettivi, perché erano considerati i proprietari putativi dei mezzi di produzione. L'ideologia determinò la forma della regolamentazione legale nel senso che gli atti in vigore in quel periodo non contenevano alcun riferimento allo sciopero o al diritto legale allo sciopero. Dopo il ristabilimento dell'indipendenza dei Paesi Baltici e l'inizio dell'integrazione europea nel corso degli anni Novanta, i nuovi imperativi ideologici della transizione democratica hanno implicato non solo il diritto di indire lo sciopero ma anche di stabilire le condizioni legali per la realizzazione di questo diritto in conformità con gli standard internazionali. I tre Paesi in oggetto hanno cominciato a riformare il diritto del lavoro al momento del raggiungimento dell'indipendenza. Come gli Stati confinanti, i Paesi Baltici che condividono l'eredità sovietica si sono avviati sulla strada di “ritorno” all'Europa nella quale liberi sindacati devono essere riconosciuti come attori sociali indipendenti della società civile.

4. Secondo il Codice del lavoro lituano del 2002, per sciopero si intende una cessazione temporanea dal lavoro da parte di lavoratori o di un gruppo di lavoratori di una o più imprese ove il conflitto collettivo non giunga a soluzione ovvero non sia adottata una specifica decisione da parte della Commissione di conciliazione. Lo sciopero può infatti essere indetto dai lavoratori quando il conflitto collettivo non sia stato risolto dalla Commissione di conciliazione oppure quando non sia data esecuzione ad una decisione favorevole per i lavoratori assunta dalla stessa Commissione ovvero in sede di arbitrato del lavoro ovvero ancora da parte di un organo giurisdizionale.

Altri elementi condizionali sono descritti negli artt. da 76 a 85 del Codice del lavoro lituano; essi offrono la possibilità giuridica di attuare il provvedimento che garantisce ai lavoratori il diritto allo sciopero, come previsto nell'art. 51 della Costituzione della Repubblica lituana (in epigrafe), in base al quale i lavoratori hanno diritto a scioperare per difendere i propri interessi economici e sociali. La disposizione e le condizioni di limitazione e realizzazione di questo diritto sono previste in un atto legislativo separato che concorre con la disciplina legale contenuta nel Codice del lavoro.

La controversia collettiva può aver luogo in alcuni settori industriali, su un certo territorio o a livello statale in relazione al tipo di contratto collettivo oggetto del conflitto. Chiaramente, se la possibilità di vertenze nazionali o territoriali è riconosciuta in una parte del contratto, il sindacato nella veste dell'organizzazione delegata ha il diritto di proclamare lo sciopero. Purtroppo il Codice del lavoro non include disposizioni specifiche relativamente a questa eventualità, per scioperi a livello superiore rispetto a quello aziendale. Tuttavia, teoricamente pare possibile applicare il principio analogico e seguire le regole dettate dal Codice del lavoro per la organizzazione degli scioperi. Nondimeno, nella loro attuazione pratica, tali principi di regolamentazione si collocano in contrasto con il principio della libertà di associazione e limitano il diritto dei sindacati allo sciopero essendo pressoché impossibile registrare i voti dei lavoratori in tutte le imprese coinvolte e nelle quali si applica un dato contratto collettivo.

Lo sciopero costituisce un rimedio di *ultima ratio* e si configura come atto collettivo, per il quale è quindi richiesta un'azione concertata da parte dei lavoratori da cui deriva la sospensione dell'attività lavorativa nel corso dell'agitazione sindacale. Esso ha come scopo di esercitare pressione sul datore di lavoro e promuovere gli interessi economici e sociali che non sono stati concretizzati con altre forme di risoluzione dei conflitti collettivi.

I rappresentanti dei lavoratori hanno il diritto di adottare risoluzioni volte a annunciare il ricorso allo sciopero, ma il potere di implementare tali risoluzioni a nome dei lavoratori non è assoluto. Il Codice del lavoro stabilisce in maniera imperativa che i sindacati possono proclamare lo sciopero solo se tale decisione è stata approvata da un determinato numero di lavoratori. Lo sciopero può essere indetto se una decisione in tal senso è approvata con voto segreto da 2/3 dei lavoratori dell'impresa che votino a favore dello sciopero nell'impresa oppure dai 2/3 dei lavoratori di uno stabilimento dell'impresa e almeno metà dei lavoratori dell'impresa stessa. Le condizioni richieste dalla legge lituana sono state ritenute piuttosto onerose da parte del Comitato sull'Applicazione delle Convenzioni e Raccomandazioni (CEACR), in quanto si richiede un *quorum* difficilmente raggiungibile, ostacolando in tal modo la proclamazione dello sciopero. Risulta infatti difficile assicurare la maggioranza di 2/3 dei lavoratori nella suddivisione dell'impresa e di almeno metà del totale dei lavoratori dell'impresa a favore di uno sciopero in uno stabilimento, quando le imprese impiegano a volte migliaia di lavoratori e gli stabilimenti sono collocati su tutto il territorio dello Stato. La soglia stabilita dalla legislazione lituana è quindi in contrasto con le norme internazionali.

L'art. 78 del Codice del lavoro stabilisce tre condizioni limitative del diritto di sciopero. Innanzitutto, gli scioperi sono proibiti nel settore degli affari interni, della difesa nazionale e dei sistemi di sicurezza statale, con l'eccezione delle persone aventi contratti di lavoro con queste istituzioni, e nel settore dei servizi medici di emergenza (limitazioni *ratione personae*). La seconda limitazione riguarda le zone in cui si siano verificate calamità naturali, nelle aree dove siano stati dichiarati la legge marziale o lo stato di emergenza secondo la procedura stabilita per legge, fino alla eliminazione delle conseguenze delle calamità naturali o all'abbandono della legge marziale o dello stato di emergenza (limitazioni *ratione loci*). Infine, è proibito indire uno sciopero durante il termine di validità di un contratto collettivo se questo risulta rispettato (limitazioni *ratione temporis*).

Vi è poi una regolazione specifica dello sciopero nei servizi pubblici essenziali volto a soddisfare le esigenze immediate della società. Questi servizi sono individuati dal Governo a fronte anche della opinione del Consiglio Nazionale Tripartito o della amministrazione comunale successivamente alla consultazione delle parti della vertenza. Il soddisfacimento di queste condizioni deve essere assicurato dal sindacato che indice lo sciopero, dal datore di lavoro e dai rappresentanti dei lavoratori nominati dalla forza lavoro. La lista degli stabilimenti nei quali tali requisiti sono necessari è estensiva e nell'opinione dell'OIL oltrepassa quanto richiesto per i "servizi essenziali". Mentre la difesa, la sicurezza nazionale, i servizi di sanità pubblica e i servizi elettrici erano in precedenza considerati dall'OIL come servizi essenziali in senso stretto del termine, «gli altri servizi indicati nella lista non sono necessariamente tali». La lista contenuta nel Codice del lavoro semplicemente riprende quella contenuta nella legislazione lituana sullo sciopero che era in vigore nel periodo immediatamente successivo all'indipendenza.

A livello nazionale il Consiglio Tripartito ha intrapreso azioni per promuovere il "dialogo sociale" continuo anche se, come si può vedere, le questioni chiave in termini di diritto allo sciopero sono rimaste irrisolte. A livello distrettuale o municipale non è previsto un quadro corrispondente di istituzioni per il dialogo sociale; ad essere precisi, non c'è alcun sistema, perché solo pochi distretti e Comuni hanno i Consigli Tripartiti. In questo caso esiste solo una soluzione: consultare direttamente le parti in causa nella controversia collettiva. Il Codice del lavoro è reticente sul periodo dei servizi minimi considerato necessario per soddisfare le esigenze immediate della società. La Repubblica lituana ha recentemente adottato i requisiti di servizio minimo durante lo sciopero nelle istituzioni sanitarie. Secondo i rappresentanti del sindacato lituano dei lavoratori del settore sanitario, durante le controversie in cui i lavoratori di questo settore tentavano di indire lo sciopero, la lista dei servizi minimi preparata dal Ministero della sanità includeva circa il 90% dei

servizi normali. Perciò, mentre secondo l'art. 5(1) della legge sui servizi pubblici del 2003, i funzionari pubblici e municipali hanno il diritto di concludere contratti collettivi, il loro diritto ad astenersi dal lavoro è in pratica limitato dall'interpretazione restrittiva dei requisiti di servizio minimo.

Importanti dati statistici suggeriscono che in pratica gli scioperi ufficiali che combaciano pienamente con i requisiti legali non sono frequenti, e anche per questo non necessariamente sono l'indicatore migliore dello stato reale delle relazioni industriali nazionali. Le ragioni di tale situazione in Lituania possono essere elencate come segue: primo, i dati che riguardano le controversie collettive sono difficili da raccogliere perché molte di esse hanno un carattere locale o temporaneo, e nella maggior parte dei casi sono risolte mediante le procedure di conciliazione. Secondo, le discipline legali esistenti che riguardano l'attuazione del diritto allo sciopero sono abbastanza complicate, lunghe e onerose, così da rappresentare un serio ostacolo per i lavoratori nell'esercizio del diritto di sciopero garantito dalla Costituzione ai fini della tutela dei loro interessi lavorativi, sociali ed economici (questo non vuol dire che non ci siano significative controversie collettive che si estrinsecano nella forma ufficiale di sciopero; vedi C. WOOLFSON, M. BECK, *The End of Labour Quiescence? Industrial Unrest in Contemporary Lithuania*, in *IJCLLR*, 2004, vol. 20, n. 2, 227-251).

5. Il diritto di sciopero è un diritto che la Costituzione della Repubblica lettone (in epigrafe) riconosce ai lavoratori al fine di proteggere i propri interessi economici o occupazionali. Esso può essere esercitato solo come ultima risorsa quando non sia stato raggiunto alcun accordo né conciliazione durante le precedenti fasi della controversia collettiva. La legge sugli scioperi è il principale atto normativo che regola le procedure per la proclamazione degli scioperi. All'art. 1 stabilisce che lo sciopero è un mezzo per risolvere una controversia collettiva che si manifesta in modo tale che i lavoratori o un gruppo di lavoratori di un ramo dell'impresa volontariamente interrompono, completamente o in parte, il lavoro per ottenere il soddisfacimento delle loro richieste. Da questa definizione risulta che gli scioperi possono essere organizzati sia a livello di impresa sia a livello di sede di stabilimento. Gli scioperi possono essere indetti dai sindacati dell'impresa o dello stabilimento ovvero dagli stessi lavoratori o dai loro rappresentanti, nel corso di un'assemblea generale, a condizione che vi partecipino almeno 3/4 dei membri del sindacato e almeno 3/4 dei lavoratori dell'impresa. Se risulta impossibile convocare un'assemblea generale a causa del numero elevato di lavoratori o della natura specifica dell'organizzazione del lavoro, la decisione di indire uno sciopero spetta ai rappresentanti autorizzati dai membri del sindacato o dai lavoratori. L'assemblea è valida se almeno 3/4 dei rappresentanti autorizzati vi partecipano e per indire lo sciopero è necessario il voto favorevole di almeno 3/4 dei partecipanti. Lo sciopero è permesso solo previa consultazione del Comitato di conciliazione o previa presentazione della domanda di procedura giudiziale.

La legislazione attuale prevede numerose limitazioni per iniziare lo sciopero. L'art. 16 della legge sullo sciopero lo proibisce per le seguenti categorie: giudici, pubblici ministeri, membri della polizia, pompieri, scorte, membri dei servizi di sicurezza statali, frontaliere e persone in servizio nelle Forze Armate (limitazione *ratione personae*). Inoltre, secondo l'art. 20 della legge, l'Ispettorato del lavoro può rimandare lo sciopero o interromperlo per un periodo massimo di 3 mesi con riferimento alle persone che svolgono la propria attività nella prevenzione delle calamità naturali, caso fortuito o epidemia o nella eliminazione delle loro conseguenze. Secondo l'art. 13 della legge sullo stato di emergenza, poi, il Gabinetto dei Ministri ha il diritto, nel momento in cui dichiara lo stato di emergenza, di proibire qualsiasi sciopero per un determinato periodo di tempo (limitazione *ratione loci*). Infine, è illegale tenere o convocare uno sciopero durante il periodo di validità di un contratto collettivo, al fine di ottenere una modifica delle condizioni

dell'accordo collettivo, violando così le procedure predeterminate dall'accordo stesso per la modificazione dell'accordo.

È richiesta la garanzia di un livello minimo di attività quando lo sciopero interessi servizi, compagnie, organizzazioni e istituzioni necessarie per il pubblico e la cui sospensione possa creare una minaccia per la sicurezza nazionale, per la salute o per la vita dell'intera popolazione, per alcuni gruppi di abitanti o per singoli individui. Si tratta di cure mediche e servizi di primo soccorso, servizi di trasporto pubblico, servizi di fornitura di acqua potabile, produzione e distribuzione di gas e elettricità, comunicazioni, controllo del traffico aereo e i servizi collegati di informazione meteorologica, servizi di informazione meteorologica, servizi relativi alla sicurezza di movimento di tutti i tipi di trasporto, raccolta di rifiuti ed acqua ed il loro trattamento, conservazione delle sostanze radioattive e dei rifiuti, servizi di utilizzo e controllo e di difesa civile. Il datore di lavoro e il Comitato sullo sciopero sono responsabili della continuazione del lavoro. Se necessario, almeno 3 giorni prima dell'inizio dello sciopero, il datore di lavoro e il Comitato sullo sciopero devono concordare un certo numero di lavoratori che continueranno a lavorare e devono anche specificare la quantità di lavoro che deve essere svolta. Il rifiuto del lavoratore di svolgere il proprio lavoro sulla base di quell'accordo configura una violazione delle procedure di lavoro. Se, invece, il datore di lavoro e il Comitato sullo sciopero non sono in grado di garantire la continuazione della quantità minima di servizio, l'Ispettorato statale del lavoro ha il diritto di emettere un ordine obbligatorio di continuazione del lavoro e di determinare il numero dei lavoratori che devono svolgere la loro attività.

L'art. 1 della legge sullo sciopero definisce lo sciopero di solidarietà come sciopero basato non su una controversia collettiva riguardante gli interessi, ma sulla solidarietà con le domande di un sindacato dei lavoratori della filiale di un'altra impresa per ottenere il soddisfacimento delle richieste da loro avanzate. La legge non stabilisce delle regole specifiche per indire uno sciopero di solidarietà, ma sembra doversi dedurre che l'organizzazione di una tale agitazione sindacale debba essere conforme alle regole in vigore per indire lo sciopero ordinario. Solo nell'art. 23 della legge sullo sciopero si specifica che uno sciopero o la convocazione dello sciopero possono essere considerati illegali se si tratta di uno sciopero di solidarietà non legato al fatto che l'accordo generale (che riguarda livelli retributivi, rapporto di lavoro o altre garanzie sociali) non sia entrato in vigore o rispettato, oppure se lo sciopero è iniziato in supporto di richieste o proteste politiche.

In Lettonia il ricorso allo sciopero come metodo di risoluzione delle controversie collettive si verifica solamente in rare occasioni e prevalentemente nel settore pubblico, specialmente tra i professori, i medici e gli infermieri. Gli scioperi più ampi si sono tenuti nel settore dell'istruzione nel 1999 e nel settore sanitario nel 2002. La ragione principale di questi scioperi erano i salari troppo bassi.

La legislazione lettone sugli scioperi può essere considerata come decisamente "sfavorevole per i lavoratori". Il requisito di 50 lavoratori per la formazione di un sindacato è considerato eccessivo dal CEACR (CEACR, *Individual Direct Request concerning Convention No. 87, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise*, 1948, Lettonia, 2005). Nello stesso senso si è pronunciato anche il Comitato Europeo sui Diritti sociali del Consiglio d'Europa che, in una recente relazione sull'implementazione della Carta Sociale Europea, ha affermato che «il numero elevato di membri richiesto per formare un sindacato» crea «un ostacolo irragionevole al diritto di associazione e per questo» risulta «in contrasto con l'art. 5 della Carta» (COMITATO EUROPEO SUI DIRITTI SOCIALI DEL CONSIGLIO D'EUROPA, *Conclusions XVII-2*, Lettonia, 2004). Il duplice requisito del *quorum* e della maggioranza dei 3/4 dei membri del sindacato per proclamare uno sciopero viola il diritto fondamentale dei lavoratori di indire lo sciopero. Nella relazione, inoltre, il Comitato Europeo sui Diritti sociali ricorda che condizionare il diritto di sciopero «ad un'approvazione precedente di una determinata percentuale di lavoratori è

conforme all'art. 6, § 4, purché il metodo di voto, il *quorum* e la maggioranza richiesti non siano tali da comportare una limitazione eccessiva del diritto allo sciopero. Nel caso di specie, si considera che la maggioranza di lavoratori richiesta per legge o di sindacati ai fini di indire lo sciopero è troppo alta e per questo la situazione in Lettonia non risulta conforme all'art. 6, § 4, della Carta».

Per quanto riguarda le restrizioni indebite alla contrattazione collettiva per i funzionari pubblici, l'OIL ha richiesto che le disposizioni sulla contrattazione collettiva siano estese ai gruppi che ne sono attualmente esclusi. Il Comitato ha ricordato che «solo i funzionari pubblici impiegati nell'amministrazione dello Stato possono essere esclusi dall'ambito di applicazione della Convenzione» e che «altre categorie di lavoratori come lavoratori del servizio di pronto soccorso e i pompieri, considerati impiegati pubblici dalla legislazione nazionale, dovrebbero invece godere delle garanzie della Convenzione ed essere in grado di negoziare collettivamente le loro condizioni di impiego» mentre le autorità potrebbero creare un meccanismo speciale per le controversie collettive di queste categorie di lavoratori. Il Comitato ha chiesto al Governo di intraprendere le misure necessarie per assicurare l'applicazione di questo principio nella legislazione.

Le violazioni dei diritti umani nella sfera delle relazioni di lavoro sono state in cima nei sondaggi a partire dal 1996 (nel 1996, 38%; nel 1998, 45%; nel 2000, 47%). Gli Autori di uno studio sulla democrazia in Lettonia hanno scritto che «l'incremento nelle proporzioni di violazioni in quest'area è molto preoccupante e può indicare una maggior comprensione dei propri diritti – che in sé è un fatto positivo – ma può essere anche un indicatore allarmante dell'esistenza di condizioni di lavoro sottoregolate. Il gruppo di intervistati che menziona tali violazioni è ampio e diversificato» (F. RAJEVSKA, A. VANAGS, *How Democratic is Latvia – Audit of Democracy*, Advanced Social and Political Research Institute, Commission of Strategic Analysis, University of Latvia, 2005, 65). Al contrario, altri osservatori suggeriscono che la situazione sarebbe potuta migliorare con l'adesione all'UE da parte della Lettonia. Comunque, anche se fino a poco tempo fa non ci sono state molte vertenze industriali in Lettonia, questo non da misura dello strisciante malcontento collettivo in materia di lavoro. Vi sono anzi alcune indicazioni che nonostante, o forse a causa, delle leggi repressive sullo sciopero il malcontento potrà rafforzarsi. Siccome gli stipendi base continuano ad essere bassi, soprattutto il minimo fissato per legge, e poiché permangono pressioni inflazionistiche, continua ad esservi un significativo flusso di lavoratori verso i Paesi membri dell'UE-15, come nel caso della Lituania. Al più presto, la Lettonia dovrà affrontare i problemi irrisolti circa i diritti democratici nell'area delle relazioni collettive di lavoro e del diritto di sciopero.

6. La Costituzione dell'Estonia, adottata nel giugno 1992, sancisce i diritti umani e fondamentali, tra cui la libertà di associazione e il diritto allo sciopero (art. 29) (in epigrafe). Il principale atto normativo concernente le controversie industriali, incluso lo sciopero, è la legge sulla risoluzione delle controversie industriali collettive. L'art. 1 di questa legge definisce lo sciopero come l'interruzione del lavoro su iniziativa dei lavoratori o di una federazione di lavoratori, per ottenere da un datore di lavoro o da una federazione di datori di lavoro concessioni in risposta alle loro legittime richieste nella sfera del lavoro. I lavoratori, o i sindacati, o le federazioni sindacali, possono rilasciare una dichiarazione sulla decisione di scioperare, e gli scioperi possono essere indetti a tutti i livelli delle relazioni industriali.

Il diritto dei lavoratori, dei sindacati o delle federazioni di lavoratori di indire uno sciopero per risolvere le controversie di lavoro sorge solo in presenza di determinate condizioni: se non esiste alcuna proibizione all'interruzione del lavoro; se le procedure di conciliazione sono state esperite, ma nessuna conciliazione è stata raggiunta; se un accordo non è rispettato o se la decisione di una Corte non ha trovato esecuzione. Nel caso di uno scio-

pero, le parti sono tenute a riavviare le negoziazioni per raggiungere un accordo nella controversia collettiva.

L'assemblea generale dei lavoratori, di un sindacato o di una federazione sindacale può decidere di indire lo sciopero. La legge estone non specifica il *quorum* necessario per la formazione di questa assemblea né stabilisce il numero di partecipanti che deve trovare l'accordo sulla decisione di indire lo sciopero. Sono però previste restrizioni all'indizione dello sciopero. Sono proibiti gli scioperi nelle agenzie governative ed in altri enti statali e Governi locali e nelle Forze Armate, in altri organismi di difesa nazionale, nelle Corti, e nei servizi legati all'attività dei pompieri di salvataggio; i lavoratori di queste agenzie e organizzazioni sono tenuti a risolvere le controversie collettive con la negoziazione, attraverso la mediazione di un conciliatore o il ricorso giudiziale (limitazioni *ratione personae*). Inoltre, il Governo ha il diritto di sospendere uno sciopero o una serrata in caso di disastro o calamità naturale, per prevenire la diffusione di malattie infettive o in caso di stato di emergenza (limitazioni *ratione loci*). Infine, le parti di un contratto collettivo devono rispettare i termini e le condizioni del contratto durante il suo periodo di validità e devono astenersi dallo scioperare per ottenere una modificazione dei termini e delle condizioni stabilite nel contratto stesso (limitazioni *ratione temporis*).

Nelle imprese e nelle agenzie che rispondono alle esigenze primarie della popolazione e dell'economia, il sindacato che indice lo sciopero deve assicurare i servizi o la produzione essenziale, che saranno determinati da un accordo tra le parti. In caso di disaccordo, il mediatore pubblico, la cui decisione è vincolante per le parti, determina la lista dei servizi o della produzione essenziale. L'elenco delle imprese e delle agenzie che rispondono alle esigenze primarie della popolazione e dell'economia è predisposto dal Governo della Repubblica.

I rappresentanti dei lavoratori, il sindacato e la federazione sindacale, che prendono la decisione di indire uno sciopero, devono specificarne la durata, che non può superare i 3 giorni. Gli scioperi di solidarietà in supporto dei lavoratori, che prendono parte all'agitazione sindacale, sono consentiti anche in Estonia, ma, in questo caso, gli organizzatori dello sciopero sono tenuti all'ulteriore incombenza di notificare al datore di lavoro, alla associazione o alla federazione dei datori di lavoro e al Governo locale il previsto sciopero di solidarietà in forma scritta, con almeno 3 giorni di anticipo.

In Estonia, nella prima decade dopo la riaffermazione dell'indipendenza, si sono avuti raramente degli scioperi. Lo sciopero più lungo dall'indipendenza ad oggi ha avuto luogo alla fine del settembre 2004. Dopo 10 mesi di negoziazioni sull'incremento salariale con il *management* delle ferrovie estoni, il sindacato dei macchinisti estoni decise di organizzare uno sciopero. Più di 200 conduttori realizzarono uno sciopero di 6 giorni a sostegno delle loro domande di incremento salariale. Furono organizzati anche parecchie azioni e scioperi di solidarietà. Lo sciopero terminò grazie alla intermediazione del sindacato centrale e dell'organizzazione dei datori di lavoro. È interessante notare che lo sciopero era pienamente supportato dall'opinione pubblica estone, il che suggeriva una maggiore risonanza delle questioni della giustizia sul luogo di lavoro. Nel frattempo, dopo lo sciopero delle ferrovie, la confederazione dei datori di lavoro ha spinto per un'estensione della lista delle industrie in cui gli scioperi sono proibiti. Questa agitazione sindacale ha fatto sorgere questioni chiave riguardanti il diritto di sciopero in Estonia. L'organizzazione dei datori di lavoro, ETTK, ha contestato che i lavoratori delle ferrovie non erano autorizzati a scioperare perché, secondo quanto stabilito da un decreto governativo del 1991, i lavoratori nelle imprese strategiche non hanno diritto di sciopero. Secondo il decreto, le altre imprese strategiche erano l'energia estone e il gas estone, le imprese di trasporto su strada, di fornitura d'acqua, del sistema fognario, di comunicazione e le maggiori industrie alimentari. Una seconda compagnia ferroviaria, i cui lavoratori avevano intrapreso una azione di solidarietà, minacciò di citare in giudizio il sindacato per le perdite sopportate

durante il periodo in cui vigeva l'obbligo di pace industriale nel contratto collettivo. Le ferrovie estoni hanno anche impugnato una causa contro il sindacato dei macchinisti per dichiarare illegittimo lo sciopero di settembre anche se è stata poi ritirata come parte della risoluzione della controversia che ha prodotto significativi incrementi salariali per i conduttori dei treni. Tuttavia la questione della proibizione degli scioperi nel settore pubblico e della legalità o meno di scioperi di solidarietà è rimasta nella agenda politica. La controversia sulla questione si è inasprita nel 2004, quando il sindacato dei lavoratori del governo statale e locale (ROTAL) ha chiesto che lo staff tecnico e i lavoratori temporanei avessero diritto allo sciopero. Nella primavera del 2006, il Governo ha rigettato il progetto di legge proposto dal Partito socialdemocratico estone che avrebbe rimosso le restrizioni sullo sciopero per molti lavoratori del settore pubblico, rendendolo possibile per tutti i funzionari pubblici tranne i casi in cui essi esercitino la pubblica autorità o siano responsabili della pubblica sicurezza. Come risultato, tutto lo staff di supporto, i lavoratori tecnici e la maggior parte dei funzionari sarebbero stati ammessi a partecipare allo sciopero. Con la maggioranza dei funzionari pubblici che guadagnano a stento più del salario minimo nazionale, i sindacati hanno accusato il Governo di disarmare gli impiegati del settore pubblico nelle contrattazioni salariali, privandoli dell'arma più efficace, il diritto allo sciopero, e la conseguenza è che in 10 anni sono stati conclusi solo tre accordi salariali per gli impiegati pubblici.

La questione dei diritti dei lavoratori sul posto di lavoro si è cristallizzata attorno ad una nuova legge sulla rappresentanza dei lavoratori. Dal 1993 la legislazione estone permette ai lavoratori di eleggere un fiduciario sul posto di lavoro per rappresentare i loro interessi e anche per stipulare contratti collettivi, creando in tal modo un doppio canale di rappresentanza. La bozza di questa legge, che è vista come un ulteriore tentativo di erodere l'influenza del sindacato, ha portato la confederazione sindacale EAKL, e i sindacati individuali affiliati ai settori della sanità e dei trasporti (incluse le ferrovie), a protestare contro i cambiamenti proposti, così come contro il continuo divieto di scioperi nel settore pubblico. Come menzionato, tra i Paesi della regione baltica, l'Estonia ha i livelli più bassi di densità sindacale, pari all'11% della forza lavoro. Sulla base della proposta di legge che apparentemente cercava di trasporre la direttiva europea sui diritti di informazione e consultazione (n. 2002/14/CE), ci sarebbe ora una situazione che secondo i sindacati minerebbe alle fondamenta il loro diritto di organizzarsi e di rappresentare i lavoratori, escludendoli dall'informazione e dalla consultazione. Forse per la prima volta, l'attenzione del movimento internazionale dei sindacati è stata attirata dalla situazione in Estonia, con la potente confederazione dei lavoratori dell'industria chimica ed energetica (ICEM) che ha scritto al Primo Ministro estone, facendo notare che «i loro rappresentanti perderebbero tutti i loro diritti e garanzie esistenti», inclusa la protezione dai licenziamenti per i rappresentanti sindacali, contrariamente alla convenzione dell'OIL rilevante in materia (cfr. ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO, *Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale*, 1948, in epigrafe). Inoltre i delegati sindacali «perderebbero la capacità di portare a termine i loro legittimi compiti perché lo statuto proposto riduce in maniera significativa la quantità di tempo concessa per il loro svolgimento» (F. HIGGS, *ICEM letter to Estonian Prime Minister on Employees' Representatives Act*, 20 marzo 2006, Bruxelles, in www.icem.org). Nel caso di imprese con 500 lavoratori o più, il tempo in cui i delegati sindacali possono dedicarsi alle attività sindacali sarà ridotto da 40 ore a 24 ore per settimana. Tuttavia, nonostante queste preoccupazioni il progetto di legge è stato infine adottato nel maggio 2006. Dubbi sull'efficacia in Estonia dei Consigli dei lavoratori eletti e dei rappresentanti fiduciari sono stati sollevati da una ricerca, secondo la quale la maggior parte dei datori di lavoro non prende sul serio i rappresentanti non sindacali e, in alcuni casi, i datori di lavoro manipolano la scelta dei rappresentanti per assicurare che essi siano *management-friendly*. Il sistema della doppia

rappresentanza, il successivo declino legale del ruolo dei sindacati sul luogo di lavoro, la mancanza di qualsiasi obbligo legale per i datori di lavoro di stipulare nuovi contratti collettivi e gli "ingombranti" requisiti della conciliazione pre-sciopero spiegano perché l'agitazione sindacale sia stata poco frequente e perché ci siano tutte le condizioni affinché rimanga tale.

Il *trend* di perdita di potere del sindacato ed il suo declino hanno accompagnato tutto il periodo successivo alla conquista dell'indipendenza, in Estonia così come negli altri Paesi Baltici. A differenza dei suoi vicini baltici, però, l'Estonia non ha specificato il *quorum* ad un livello irragionevolmente alto, forse in virtù del fatto che non era visto come elemento necessario per limitare il potere del sindacato, già pesantemente circoscritto. Dove c'è stata una residuale organizzazione sindacale, per esempio nel settore pubblico, rimane in vigore il divieto di sciopero, mentre il ruolo della rappresentanza non sindacale è stato rafforzato. Anche se non è stato fatto alcun tentativo di ricodificare globalmente il diritto del lavoro per sostituire sistematicamente la precedente legislazione sovietica, sono stati introdotti a poco a poco atti che regolamentano la contrattazione collettiva; questo ha danneggiato la capacità di rappresentanza dei sindacati e la loro futura mobilitazione.

7. Il basso livello di scioperi registrato fino ad ora nei Paesi Baltici post-comunisti può essere un indicatore piuttosto mediocre dello strisciante livello di malcontento della forza lavoro. Questo, infatti, è stato almeno in parte mascherato dai divieti di diritto formale di sciopero imposti da una legislazione ostile ai lavoratori. La risoluzione regolare e corretta delle vertenze attraverso un'agitazione sindacale come lo sciopero sembra essere meno prioritaria per i *policymakers* e per l'élite politica rispetto alla loro continua limitazione giuridica. Una tale situazione potrebbe sembrare in contrasto con l'affermata conformità ai concetti di giustizia sociale delle convenzioni dell'OIL e della UE promossi in diverse Carte dell'UE. Tuttavia il paradosso è più apparente che reale. L'UE non ha e neanche cerca la competenza in questa sfera e ha lasciato la regolamentazione dello sciopero alla competenza nazionale. Similmente l'OIL ha sempre ammesso che la promozione del diritto di sciopero come diritto fondamentale o come standard fondamentale della qualità del lavoro sia condizionale e non assoluta. Gli attori locali che devono avere a che fare con le esigenze volte a consolidare l'economia di mercato devono sapere come determinare al meglio limiti appropriati all'espressione collettiva delle domande dei lavoratori. Le controversie collettive in materia di lavoro o, più precisamente, gli impedimenti legali alla loro articolazione esplicitano le sottostanti assunzioni e attitudini nei confronti dei lavoratori da parte del Governo e delle principali élite. Perciò la regolamentazione legale del conflitto industriale è come la cartina tornasole di quanto i diritti dei lavoratori siano effettivi nelle società post-comuniste. Questo lascia gli attori della scena internazionale con un interessante dilemma: se tentare di occupare la levatura non solo morale ma anche giuridica nella promozione e protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Nonostante un ambiente legale ostile, le controversie in materia di lavoro sono ricominciate in ciascuno degli Stati in esame. Anche se ancora limitate nella loro portata, è molto probabile che crescano in intensità. La mancanza di qualsiasi significativo miglioramento salariale in combinazione con le misere condizioni di lavoro di una proporzione sostanziale della popolazione molto probabilmente creerà nuove pressioni, che potrebbero assumere la forma di proteste collettive. Le organizzazioni nazionali tripartite e i meccanismi nazionali di dialogo sociale che precedentemente hanno garantito un certo grado di pace sociale, possono andare in crisi sotto l'impatto delle nuove domande dei lavoratori nel prossimo avvenire. Questi provvedimenti di dialogo sociale sono stati in ogni caso di dubbia efficacia nell'assicurare miglioramenti per la forza lavoro nei Paesi Baltici (M. MAILAND, J. DUE, *Social Dialogue in Central and Eastern Europe: Present State and Future Development*, in *EJIR*, 2004, vol. 10, n. 2, 179-197). Soprattutto, l'avvento dell'allargamento europeo sta apportando una svolta che accompagna le aspettative di

contrattazione per i lavoratori e nei *benchmarking* comparativi. Queste comparazioni storicamente condizionate dall'esperienza sovietica sono sempre più irrilevanti per la nuova generazione di lavoratori per i quali i termini di paragone contemporanei sono gli stessi dei loro colleghi nell'Unione Europea allargata (M. WEISS, *Enlargement and Industrial Relations. Building a new social partnership*, in *IJCLIR*, 2004, vol. 20, n. 1, 5-26). Come tale, nelle relazioni di lavoro nelle Repubbliche baltiche si sta affermando una dinamica in cui il conflitto di lavoro potrebbe aumentare e le lacune percepite nella legislazione sullo sciopero potrebbero diventare una cosa cara. Si tratta di un'area nella gestione del conflitto sociale che è stata efficacemente lasciata vacante dalla Unione Europea. Questa "competenza assente", a sua volta, può avere un effetto destabilizzante sul progetto di un emergente sistema di relazioni industriali in Europa (W. LECHER, H.W. PLATZER (a cura di), *European Union – European Industrial Relations? Global challenges, national developments, and transnational dynamics*, Routledge, London, 1998; G. HUEMER, M. MESCH, F. TRAXLER (a cura di), *The role of employer associations and labour unions in the EMU: institutional requirements for European economic policies*, Ashgate, Aldershot, Hants (England) e Brookfield, Vt (Usa), 1999; C. CROUCH, *Industrial Relations and the European State Traditions*, Clarendon Press, Oxford, 1994; W. STREECK, P.C. SCHMITTER, *From National Corporatism to Transnational Pluralism: organized interests in the Single European Market*, in E. GABAGLIO, R. HOFFMAN (a cura di), *The ETUC in the Mirror of Industrial Relations Research*, European Trade Union Institute, Bruxelles, 1998, 131-71).

Daiva Petrylaite

Professore associato, Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Vilnius, Lituania

Charles Woolfson

Professore di Studi Giuridici, Università di Glasgow
Marie Curie Chair, Università della Lettonia

5.5. DELOITTE RESEARCH, *Managing the Talent Crisis in Global Manufacturing Strategies to Attract and Engage Generation Y*, 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 29).

Come far fronte alla “crisi dei talenti” nel settore manifatturiero: strategie di attrattività della c.d. generazione Y

Sommario: **1.** Il problema occupazionale nel settore manifatturiero. – **2.** Reperire, attrarre e trattene-re personale con professionalità adeguate alle esigenze del settore. – **3.** Le caratteristiche della c.d. generazione Y. – **4.** Il modello *Develop-Deploy-Connect* di gestione dei talenti.

1. Un recente studio della Deloitte (*Managing the Talent Crisis in Global Manufacturing. Strategies to Attract and Engage Generation Y*, in epigrafe) denuncia la crisi di occupazione all'interno dell'industria manifatturiera (d'ora in poi, i.m.): la mancanza di lavoratori qualificati è diventata il problema più urgente per l'i.m. in molte parti del mondo. Lo studio sostiene che una soluzione a parte di questi problemi può essere la capacità delle aziende di attrarre la generazione Y, cioè gli individui nati tra il 1982 ed il 1993 che per la prima volta si affacciano nel mondo del lavoro e che, negli anni a venire, rappresenteranno la maggior parte della popolazione in età lavorativa (si stima tra il 40 ed il 60% già nel 2025). Tuttavia, non è facile attrarre questa nuova forza lavoro considerato che nell'immaginario collettivo l'industria manifatturiera suggerisce un'idea di sé non gratificante: il lavoro in fabbrica è considerato routinario, faticoso e senza reali possibilità di

carriera.

L'i.m. si rende protagonista di un paradosso: se da un lato è costretta a licenziare in gran parte dei Paesi oggetto dello studio, dall'altra è alla ricerca di personale qualificato che possa far funzionare i sempre più complessi e sofisticati ingranaggi di una moderna industria. L'aumento della domanda di lavoratori con alte competenze è dovuto a vari fattori quali l'aumento della produttività del lavoro, il maggiore orientamento dei servizi, la globalizzazione delle operazioni. Inoltre, l'i.m. è cresciuta molto in questi ultimi trent'anni ed una conseguenza di tale crescita consiste nell'aumento della complessità del lavoro che porta i lavoratori ad assumere maggiori responsabilità e ad utilizzare macchine sempre più sofisticate. Tutto ciò richiede maggiori competenze. Ad esempio, contrariamente alla comune percezione, anche nell'i.m. occorrono flessibilità, capacità di svolgere più mansioni, capacità di *problem solving*, maggiore autonomia con minima supervisione. Per di più, l'utilizzo di strumenti tecnologicamente avanzati comporta che solo una parte della forza lavoro sia impiegata direttamente nella produzione laddove la maggior parte dei lavoratori è costituita da ingegneri, chimici, statisti, manager ed altro. D'altra parte la globalizzazione richiede sempre nuove e maggiori sfide per le industrie mondiali. Lo studio sostiene che i manager si trovano a dover assicurare il coordinamento tra una forza lavoro sparsa in tutto il mondo con i derivanti problemi di armonizzazione delle differenze geografiche, tecnologiche, di regolamentazione e culturali: gestire una forza lavoro con molte differenze, comporta l'adozione di pratiche che possano adattarsi alle condizioni locali. Una efficace gestione dei talenti comporta anche che le aziende si rendano conto che i talenti servono non solo nelle stanze del potere ma che devono essere ben distribuiti lungo tutto il canale produttivo anche per rispondere adeguatamente alle specifiche esigenze di ogni luogo.

2. Lo svuotamento del canale occupazionale dell'i.m. ha tra le varie cause anche la diminuzione della popolazione in età da lavoro (tra i 20 ed i 64 anni) in quasi ogni Paese, tranne che in India e negli Usa. Lo studio evidenzia le carenze di professionalità dei lavoratori rispetto alle esigenze della i.m. Una maggiore occupabilità nel settore risulta, infatti, legata al miglioramento delle competenze di base, capacità di lavoro in squadra, capacità di svolgere una pluralità di mansioni, presenza regolare, etica del lavoro. La grande offerta di forza lavoro nei Paesi emergenti sembra aprire uno spiraglio ma lo studio in esame evidenzia l'esistenza di tre problemi contingenti all'interno del settore esaminato: reperire, attrarre e successivamente trattenere personale con adeguate professionalità e competenze. A tali problemi si affianca un tendenziale rapido aumento del costo del lavoro che potrà mettere a dura prova il settore nei Paesi emergenti. In Cina si ricorre al personale qualificato proveniente da altri Paesi che tuttavia costa di più. In tale Paese l'offerta di giovani talenti risulta inadeguata nonostante la generazione Y sia numericamente molto numerosa. Tale situazione rappresenta l'esito di una rapida trasformazione economica, dei rilevanti cambiamenti demografici (la popolazione dei trentenni scenderà circa del 13% tra il 2005 ed il 2025), della inadeguatezza della forza lavoro disponibile a fronte di un sistema educativo che non prepara al pensiero critico, prerequisito indispensabile in un ambiente competitivo come quello dei nostri giorni. Uno sforzo nel campo educativo è stato compiuto dall'Università di Shanghai *Jico Tang* che nel 2006 ha firmato un accordo con l'industria. Il programma *China-Leadership for manufacturing* mette insieme laureati e manager per formare la prossima generazione di leader cinesi nell'i.m. Anche nel Sud-est asiatico i problemi di costo del lavoro sono in primo piano. In particolare, l'aumento della concorrenza spinge le industrie ad abbassare il costo del lavoro. I lavoratori locali con bassi livelli di istruzione sono disposti ad accettare bassi salari, diversamente dalla generazione Y che predilige altri settori di occupazione confermando così il gap di competenze nel settore manifatturiero. Attualmente, si registra una rilevante mancanza di personale con competenze di *leadership*, di *problem solving*, manageriali e

tecniche e con un'adeguata conoscenza della lingua inglese. Parzialmente diversa la situazione in India, dove non manca la manodopera qualificata, ma dove l'i.m. subisce la forte concorrenza dell'industria dei servizi e IT. Anche in India, per altro verso, si denunciano carenze nelle competenze di *leadership*, di lavoro di squadra, manageriali, di affidabilità e di conoscenza della lingua inglese. Più in generale, i tecnici indiani si gioverebbero di un maggiore confronto a livello internazionale e di comprendere gli aspetti globali degli affari economici.

Passando all'America Latina in Messico si registra una carenza di competenze tecniche (mancano tecnici, assemblatori di catena, manager di manutenzione e ingegneri), in Brasile si riscontra la presenza di manager e lavoratori con basse qualifiche ma manca il management "di mezzo". In generale poi anche in quest'area geografica si riscontrano deficit di competenze di *leadership*, *problem solving*, lavoro di squadra, conoscenza della lingua inglese.

Sono questi ultimi gli stessi problemi che interessano l'Europa dell'Est dove si prospetta un significativo aumento dei livelli salariali riconducibile proprio alla carenza di personale qualificato. Nella Repubblica Ceca i salari sono aumentati del 10% nel secondo trimestre del 2006 segnando uno degli aumenti più alti nell'Unione Europea e questo determina la scelta di importare personale da altre aree geografiche, come la Cina, dove è minore il livello retributivo.

3. Tra i cambiamenti più evidenti vi è quello relativo alla età dei lavoratori: tra il 2000 ed il 2020 i sessantacinquenni passeranno dal 25% al 36% e la generazione Y rappresenterà il gruppo più cospicuo di nuovi lavoratori dopo i *Baby Boomers*. Le imprese dovranno sviluppare modelli e strategie in grado di soddisfare contemporaneamente le aspirazioni dei gruppi della generazione Y e dei lavoratori più anziani. Per fare ciò, occorre che esse conoscano le caratteristiche dei loro lavoratori e, segnatamente, della generazione Y. Solo conoscendo le caratteristiche ed i bisogni di questi futuri lavoratori sarà possibile trasformare la funzione di gestione delle risorse umane in modo che controlli meglio i processi di transizione dai pensionamenti di gente esperta all'avviamento lavorativo della generazione più giovane negli incarichi più critici. I giovani della generazione Y sono intraprendenti, sicuri di sé, usano internet, hanno capacità di *problem solving*, di lavorare in rete, di collaborare. L'esperienza con i *media* interattivi ha sviluppato nuove competenze molto utili alle imprese come saper assumere decisioni e valutare i rischi, flessibilità di fronte ai cambiamenti, alte competenze nel *network* e nel lavoro in squadra, utilizzo efficiente delle tecnologie, sviluppo delle idee. Diversamente dalle generazioni precedenti, la generazione Y crede di poter lavorare in modo flessibile in qualsiasi momento ed in qualsiasi posto sapendo di essere valutata sul risultato e non sul *come, dove e quando lo si è* ottenuto. I giovani appartenenti a questa generazione cercano esperienze con più organizzazioni, motivazione al lavoro, avviamento con un *mentor*, esperienze in tutti i livelli e nei settori più importanti, flessibilità, ambiente tecnologico (ad esempio, strumenti di apprendimento on-line).

4. Lo studio denuncia l'insufficienza dell'attuale approccio alla gestione dei talenti. Le aziende cercano i candidati adatti all'esterno (in internet o tramite Agenzie) anziché ricollocare lavoratori dall'interno, ma ciò produce notevoli costi nel lungo periodo: si pensi alla produttività persa, ai costi delle nuove assunzioni, al tempo necessario per imparare il lavoro, alla mancanza di impegno dei candidati interni che sentono di subire un pregiudizio. Il modello tradizionale di acquisizione e ritenzione (*Acquisition and Retention*) dei talenti non è soddisfacente per varie ragioni. Innanzitutto, esso è concentrato sui punti estremi (*Acquisition and Retention*) e trascura i punti intermedi (*Deployment and Development*) che sono, invece, ciò che maggiormente interessa i lavoratori. Il processo è lineare, per cui dopo essere stati assunti, i lavoratori sono messi da parte senza alcuna possibilità di ricollocamento; ed invece, avrebbero bisogno di flessibilità, di provare nuovi ruoli

proprio come le imprese hanno bisogno di flessibilità per far fronte alle esigenze del mercato.

Develop-Deploy-Connect è il modello di gestione dei talenti proposto dallo studio. “*Develop*” vuol dire provvedere agli insegnamenti di cui i lavoratori hanno bisogno per imparare un lavoro: non solo classi tradizionali e formazione *on-line*, ma anche esperienze forti che producano l’incremento delle abilità imparando dai pari, dai *mentors* e da altri. Lavorando con persone chiave, occorrerà identificare le capacità, le conoscenze e gli interessi dei lavoratori per trovare il loro giusto collocamento all’interno dell’organizzazione e creare, in tal modo, le condizioni che aiutino a lavorare meglio (“*Deploy*”). Infine, sarà necessario fornire ai lavoratori gli strumenti di cui hanno bisogno per costruire *network* che incoraggino *performance* individuali e organizzative e per migliorare la qualità delle interazioni con gli altri (“*Connect*”). Dei tre elementi, *Connect* è il più importante e collega *persone a persone* per promuoverne la crescita personale e professionale, persone al senso di scopo e motivazione al lavoro, persone alle risorse di cui necessitano per un buon lavoro.

Il modello *Develop-Deploy-Connect* suggerisce due categorie di iniziative: disegnare i ruoli organizzativi e sviluppare l’ambiente di lavoro. Per quanto concerne la prima categoria, si raccomanda di bilanciare gerarchia e flessibilità, ad esempio lavorando oltre i limiti o confini prestabiliti, formando *team* con membri di diversi livelli, prevedendo programmi di rotazione lungo le funzioni, le unità o i luoghi. Inoltre, considerando le esigenze proprie della generazione Y, sarebbe opportuno promuovere uno sviluppo della carriera a lungo termine (ad esempio, rappresentando in un grafico lo sviluppo della carriera da operaio a supervisore dei turni) e offrire molte esperienze (ad esempio, formando *team* di generazioni diverse per unire innovazione e pragmatismo oppure prevedendo l’affiancamento a *mentors*). Parimenti è importante inculcare il senso dello scopo e del significato del lavoro: il *management* dovrebbe comunicare ai lavoratori l’impatto del loro apporto lavorativo. Per quanto concerne la seconda categoria di azioni, lo sviluppo dell’ambiente di lavoro, essa può consistere di diverse attività. Innanzitutto, può essere utile organizzare un *audit* con i lavoratori per comprendere le loro idee al riguardo. Specificatamente per la generazione Y ed in linea con le esigenze di questi giovani, occorrerà assicurare la flessibilità tra il lavoro e la vita con un giusto equilibrio, ad esempio, consentendo il lavoro da casa ma con l’accortezza di definire chiaramente i compiti e di garantire una continua comunicazione tramite e-mail. Considerate, poi, le caratteristiche di questa generazione, sarebbe opportuno procurare un ambiente di lavoro *tech-savvy*, ad esempio promuovendo la partecipazione delle conoscenze tramite *blogs*, prevedendo *training* specializzati per coloro che utilizzano macchinari sofisticati, facendo utilizzare ai giovani ingegneri *software* di simulazione.

Uno dei pilastri del modello *Develop-Deploy-Connect* è costituito senz’altro dalla trasformazione dei compensi: le aziende dovrebbero aumentare i compensi in base alla produttività, all’efficienza, ai risultati, alla creatività ed all’innovazione ma sempre in prospettiva etica. Inoltre, utilizzando gli stessi strumenti destinati ai clienti (indagini e *focus*), le aziende dovrebbero cercare di comprendere come i lavoratori percepiscano l’attuale sistema di compensi. Infatti, i diversi elementi che compongono un salario (paga base, *bonus*, benefici, ecc.) influenzano le scelte e l’impegno dei lavoratori. In sostanza, occorre rivedere l’attuale pacchetto dei compensi cogliendone la sfida: accontentare i lavoratori con le poche risorse disponibili. Per aumentare la produttività, bisognerebbe concentrarsi sugli elementi del salario che incentivano i cosiddetti lavoratori critici, cioè quei lavoratori il cui permanere all’interno dell’azienda è fondamentale per il raggiungimento degli obiettivi finanziari. Occorrerà prestare attenzione anche alla circostanza che i segmenti critici dei lavoratori possono cambiare nel tempo in base al cambiamento delle strategie di affari ed ai cambiamenti di mercato.

Un altro importante pilastro del modello proposto è la continua comunicazione. Le i.m. dovrebbero creare un marchio ed una identità esclusivi e forti. Per poter attirare la generazione Y, esse devono comunicare un'immagine forte, positiva e realistica utilizzando personalità importanti come ambasciatori del marchio e sviluppando un programma educativo per promuovere la carriera al proprio interno. A quest'ultimo fine, è necessario coinvolgere le università, le scuole superiori, le *business schools*, sviluppare una presenza nel *web*, coinvolgere i genitori della generazione Y informandoli sulla natura e sull'ambiente di lavoro. Per quanto concerne la comunicazione dei ruoli organizzativi, le i.m. dovrebbero comunicare il messaggio che le persone contribuiscono al successo dell'organizzazione a prescindere dalla loro posizione nella gerarchia. Relativamente all'ambiente di lavoro, le aziende devono consentire alle persone di esprimersi liberamente, anche promuovendo *forum* per meglio venire incontro alle esigenze dei lavoratori. Infine, considerata l'importanza della trasformazione dei compensi, occorrerà una efficace comunicazione anche su tale argomento. Dialogare sui compensi permette al datore di lavoro di comprendere i punti di vista dei lavoratori e di creare una struttura flessibile che possa rispondere anticipatamente ai bisogni del lavoratore e dell'azienda.