

DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista semestrale della Associazione Lavoro e Ricerche
Diretta da Luciano SpagnuoloVigorita e Marco Biagi



Ricerche
L'arbitrato

**I licenziamenti collettivi
per riduzione del personale**

Rassegne
Giurisprudenza comunitaria

Diritto internazionale e comparato
**La gestione delle risorse
umane in Mitteleuropa**

Giuffrè Editore

Diritto delle relazioni industriali

rivista della Associazione Lavoro e Ricerche -ALAR
anno 2 - numero 2 - luglio 1992

Indice

	Ricerche
Arbitrato	
A proposito della riforma dell'arbitrato per le liti di lavoro di <i>Rosario Flammia</i>	pag.3
Giustizia dello Stato, arbitrato e controversie di serie di <i>Luciano Ventura</i>	pag.7
La via dell'equità per un arbitrato del lavoro più stabile di <i>Salvatore Hernandez</i>	pag.13
Impugnabilità e inoppugnabilità degli arbitrati in materia di lavoro di <i>Mario Grandi</i>	pag.23
Tendenze evolutive delle procedure di conciliazione e arbitrato nella materia del lavoro di <i>Claudio Cecchella</i>	pag.35
Sindacato, arbitrato e conflitto collettivo di <i>Bruno Caruso</i>	pag.47
Una proposta in tema di conciliazione e arbitrato all'esame del CNEL di <i>Antonio Martone</i>	pag.73
Parità di trattamento	Ricerche
Fonti collettive e differenziazioni normative tra lavoratori di <i>Laura Castelvetri</i>	pag.81
Incentivi retributivi, differenziazioni di trattamento e principio di parità di <i>Anna Alaimo</i>	pag.109
Immigrati extracomunitari ed autonomia collettiva: un breve appunto su parità e differenza di <i>Antonio Viscomi</i>	pag.117
Il <i>Duty of fair Representation</i> nel diritto sindacale americano di <i>Franco Toffoletto</i>	pag.123
La "parità di trattamento" tra sindacati: evoluzione giurisprudenziale e problemi attuali di <i>Paola Bellocchi</i>	pag.133

Ricerche

Licenziamenti collettivi per riduzione del personale	
Vecchie e nuove regole in tema di licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati <i>di Marco Biagi</i>	pag.151
I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Germania <i>di Manfred Weiss</i>	pag.157
I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Francia <i>di Jaques Rojot</i>	pag.167
I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Gran Bretagna <i>di Alan C. Neal</i>	pag.181
I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Spagna <i>di Elias Gonzales Posada</i>	pag.193
I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella recente legge n. 223/1991: la fattispecie <i>di Luciano Spagnuolo Vigorita</i>	pag.201
I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella legge n. 223/1991: le procedure <i>di Mattia Persiani</i>	pag.211

Rassegne

Giurisprudenza	
Giurisprudenza comunitaria in materia di politica sociale <i>di Alberto Dal Ferro</i>	pag.219

Diritto internazionale e comparato

Gestione delle risorse umane	
La gestione delle risorse umane come momento strategico nel processo di sviluppo socio-economico dell'area mitteleuropea <i>di Marco Biagi</i>	pag.231
Documenti	pag.243
Abbreviazioni	pag.245
Notizie sugli autori	pag.249

A proposito della riforma dell'arbitrato per le liti di lavoro

Rosario Flammia

La riflessione sugli approfonditi e penetranti saggi che vengono presentati in questo fascicolo della Rivista intorno alla composizione arbitrale delle liti di lavoro fa emergere taluni quesiti di grande attualità anche sul metodo con cui oggi potrebbero essere affrontate e risolte le antiche questioni concernenti la giustizia arbitrale nel campo del lavoro.

Nel saggio di Martone opportunamente si mette a fuoco il collegamento fra la strumentazione arbitrale e lo squilibrio tra domanda ed offerta di giustizia statale nel settore del lavoro.

E, fra l'altro, si osserva che, nell'ambito del lavoro dipendente, le tecniche «... della conciliazione e dell'arbitrato in sede sindacale vanno considerate non solo come misure di deflazione del carico giudiziario, ma anche e soprattutto come istituti di completamento dell'ordinamento intersindacale; il problema, infatti, non è soltanto quello della stipula, ma anche quello della amministrazione e della gestione dei contratti collettivi». In questa prospettiva, si chiarisce l'idea che in qualche occasione congressuale ho prospettato all'analisi critica: l'idea, cioè, che l'arbitrato di diritto del lavoro oppone notevoli resistenze all'inquadramento ed all'omologazione fra i tipi di arbitrato di diritto comune.

Difatti, nella quotidiana esperienza delle fabbriche e degli uffici in tanto si avverte la necessità di un terzo giudicante, in quanto egli sia munito di poteri tali da poter offrire un risultato pratico per la composizione delle singole, quotidiane vicende conflittuali, che si concretizzi non soltanto in una imparziale decisione rapida, giusta e definitiva, ma anche in una circostanza compositiva che non deve turbare, anzi deve agevolare la ripresa del pacifico svolgimento del rapporto.

In una visuale del genere, nell'epoca attuale, sembrano piuttosto lontane dalla fisionomia delle procedure arbitrali dei conflitti di lavoro tanto la viva dialettica tra "disposizione" e "giudizio" - sulla quale Hernandez svolge una appassionata indagine - quanto, più in generale, la valutazione della coesistenza di elementi tipicamente negoziali di origine romanistica con quelli di rilevanza pubblicistica propri dell'età che realizzò le codificazioni (v. sul punto, in generale, Martone, *Arbiter - Arbitrator*, Napoli, 1984, *passim*).

Liberato in tutte le sue potenzialità di strumento di autotutela sindacale, diverso dall'accertamento giurisdizionale e dalla disposizione negoziale, l'arbitrato di diritto del lavoro, per il quale non ha senso compiuto la distinzione tra ritualità ed irritualità del procedimento, si configura come un meccanismo che, plasmato dalle parti sindacali, ha come fine una rapida composizione, secondo giustizia sostanziale, delle contrastanti posizioni del lavoratore dipendente e del datore di lavoro, in considerazione del comune interesse alla quotidiana prosecuzione dell'attività lavorativa e produttiva in normalità e serenità.

La radice sistematica di simile congegno si distacca dalle ipotesi giurisdizionalistiche ex artt. 806 ss. cod. proc. civ., come pure dalle espressioni negoziali ex art. 1349 cod. civ.

Piuttosto, fermo il canone di libertà sindacale ex art. 39, 1° comma Cost., occorre prendere atto che l'attuale ordinamento, anche in esecuzione dell'obbligo internazionale assunto con l'articolo 6 della Carta Sociale Europea ratificata con la legge 3 luglio 1965 n. 929, deve "favorire l'istituzione e l'utilizzazione di procedure adatte di conciliazione e di arbitrato

**La riforma
dell'arbitrato:
Introduzione**
Rosario Flammia

volontario per regolare i conflitti di lavoro". "Procedure adatte", dunque, che trovano positivo titolo di legittimazione non già nella privata autonomia, bensì nel canone di libertà sindacale *ex art. 39, 1° comma Cost.*, il quale, in ragione della propria peculiarità sancita sul piano costituzionale, può svolgere anche un ruolo di mediazione tra l'inviolabilità dell'accesso alle Corti statuali da parte dei singoli e le necessarie limitazioni e/o condizionamenti del diritto di azione giudiziaria nella materia del lavoro (v. per qualche spunto, la recente sentenza della Corte Costituzionale, 4 marzo 1992, n. 82).

Alla luce di queste considerazioni, si può ribadire che, implicando la giustizia per arbitri di diritto del lavoro non solo il problema riguardante l'indisponibilità dei diritti coinvolti nelle liti *ex art. 409 cod. proc. civ.*, ma anche quello concernente il coordinamento dei principi fondamentali circa l'unità della giurisdizione ed il diritto di agire in giudizio (*artt. 101, 1° co., 24, 1° co., Cost.*) con l'antica e persistente tendenza delle organizzazioni sindacali a riservarsi in qualche modo compiti di giustizia sindacale, la riforma del 1973 ha ideato le tecniche arbitrali di diritto di lavoro come strumenti subalterni rispetto alla giurisdizione e, in linea di principio, inidonei a perseguire risultati sostanziali diversi da quelli ai quali le parti potrebbero pervenire tramite il ricorso al giudice del lavoro (cfr., se vuoi, Flammia in *Encicl. giurid. Treccani*, 1988 voce: arbitrato). E ciò si può supporre che sia accaduto perché, come si osserva nel saggio di Ventura, un ampio ricorso all'arbitrato, almeno per un certo tipo di controversie che più attengono ai profili individuali della lite, risulta "... irrigidito ed arroventato per effetto della inderogabilità delle norme delle quali viene richiesta l'applicazione", mentre altre sono le condizioni che consentono all'arbitrato di affermarsi per la soluzione delle controversie di diritto comune: "fiducia di entrambe le parti nel terzo, volontà comune di giungere ad una definizione rapida, stato d'animo che fa prevalere sul conflitto i valori del contratto". Se le organizzazioni sindacali influissero per un potenziamento di simili connotati socio-psicologici nei luoghi di lavoro, il ruolo arbitrale potrebbe supplire efficacemente anche alle carenze della giustizia statale.

Ma per provvedere alla riforma della vigente disciplina, del tutto inadeguata allo svolgimento delle funzione arbitrale nei sensi suaccennati, occorrerebbe che la "procedura adatta di arbitrato volontario" si fondasse soprattutto sul ruolo dell'equità.

A tal fine, con apposita norma legislativa si dovrebbe articolare un depotenziamento della carica di inderogabilità delle regole statuali di diritto del lavoro e/o della indisponibilità dei diritti, distinguendo e definendo una inderogabilità assoluta e di ordine pubblico ed una inderogabilità unilaterale e relativa, flessibile in sede arbitrale.

In questo senso, merita, a mio avviso, adeguata attenzione l'art. 414 *quater* del progetto CNEL, con il quale si stabilisce che "se non è stato convenuto al momento della richiesta dell'arbitrato e della relativa accettazione, le parti, in ogni stato della procedura, possono chiedere che gli arbitri decidano secondo equità". In effetti, stante la rigidità dell'attuale assetto delle norme di diritto del lavoro, la funzione dell'equità arbitrale dovrebbe consistere in un temperamento della inderogabilità unilaterale delle norme, e perciò nel superamento di una fase storica del diritto del lavoro inteso come complesso di misure unilaterali protettive della parte considerata debole nel rapporto individuale.

Altro aspetto sul quale il legislatore dovrebbe intervenire è quello concernente le impugnazioni del *dictum* arbitrale.

L'ardua problematica sul punto è diffusamente analizzata da Grandi. Ma dai problemi acutamente sezionati si trae la convinzione circa l'urgenza di un radicale cambiamento normativo per la proficua operatività delle procedure arbitrali nell'ambito del diritto del lavoro.

Merita, perciò, considerazione l'ipotesi del CNEL secondo cui la decisione arbitrale di equità non dovrebbe essere impugnabile e dovrebbe acquistare efficacia di titolo esecutivo (*art. 412 quater*).

Affievolita, come si è accennato, la carica di inderogabilità delle norme in sede arbitrale, l'impugnativa, in ipotesi di arbitrato non equitativo, dovrebbe essere limitata ad eventuali violazioni di regole legali di elementare ordine pubblico generale, quale è quella specifica del contraddittorio, mentre risulta persuasiva l'idea del CNEL circa l'insindacabilità, nell'eventuale giudizio di impugnazione, degli accertamenti di fatto e delle valutazioni di merito operate dall'arbitro.

Tutto questo sembra urgente per la eliminazione della litigiosità individuale.

Per i conflitti collettivi, su cui si soffermano Caruso, Ventura e Cecchella, a me pare che non si possa prescindere da un collegamento con una auspicabile e, finalmente, organica disciplina del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*

A tale fine, anche l'istituzione di una Commissione arbitrale per i conflitti collettivi potrebbe essere immaginata come un utile strumento per la composizione pacifica dei conflitti superindividuali e/o collettivi di lavoro (per qualche iniziale orientamento, cfr. lo studio comparato dell'OIL *Conciliation and arbitration procedures*, in *Labour Disputes*, Ginevra, 1984, *passim*).

**La riforma
dell'arbitrato:
Introduzione**
Rosario Flammia

Giustizia dello Stato, arbitrato e controversie di serie

Luciano Ventura *

Sommario

1. La crisi della giustizia statale e l'arbitrato nelle controversie di lavoro. **2.** Controversie sull'interpretazione (ampiamente generalizzata) del contratto collettivo, della legge o dei rapporti tra legge e contratto. **3.** Gli aspetti di diritto sostanziale che condizionano le soluzioni di ordine processuale. **4.** Lodo arbitrale e contratto collettivo. **5.** Arbitrato, contrattazione collettiva e diritti acquisiti. **6.** Arbitrato e controversie di serie. **7.** Conclusioni.

1. La crisi della giustizia statale e l'arbitrato nelle controversie di lavoro.

Non vi è dubbio che il rinnovato interesse per la soluzione arbitrale delle controversie di lavoro trova le sue radici più profonde in una diversa visione del rapporto tra sindacati dei lavoratori e sistema delle imprese e nella generale rivalutazione del "privato" rispetto al "pubblico".

Ma anche la crisi della giustizia civile e della giustizia del lavoro, come punta emergente di essa, unita alla consapevolezza della sua ben difficile reversibilità, gioca un ruolo determinante.

Di qui la necessità di chiedersi non soltanto se l'arbitrato costituisca una valida alternativa, ma anche se sia possibile attivare altri strumenti che contribuiscono al superamento della crisi rendendo più rapido ed efficace l'intervento della giustizia dello Stato.

Per affrontare il tema appare indispensabile prendere le mosse della constatazione che non tutte le controversie presentano gli stessi problemi. È soprattutto evidente la differenza tra le controversie che riguardano l'applicazione al caso concreto di norme che in sé e per sé non danno luogo a particolari contrasti interpretativi e le controversie che riguardano interpretazioni ampiamente generalizzabili del contratto collettivo, della legge o dei rapporti tra legge e contratto. Tanto per fare un esempio banale, è fuori di dubbio che una lite con la quale uno o più lavoratori richiedano il pagamento della retribuzione (il cui ammontare è pacifico) dovuta per delle ore di lavoro che essi sostengono di aver prestato oltre l'orario di lavoro (anch'esso pacifico), previsto dalla contrattazione collettiva, non ha nulla a che vedere con una lite relativa ai criteri di determinazione della base di calcolo del compenso per il lavoro straordinario.

Nel primo caso, quel che viene posto in discussione non è il contenuto delle pattuizioni, considerato nei suoi aspetti generali, ma l'applicazione di esse ad un caso particolare. Nel secondo caso, invece, la controversia non può non assumere una dimensione che è, nella

note

* Questo scritto ripropone in larga misura le considerazioni svolte dall'a. nel saggio "Norme processuali e norme sostanziali nel sistema di tutela del lavoro: l'arbitrato e le controversie di serie", in AA.VV. "Un progetto per il diritto del lavoro", Roma, ESI, 1991.

**Arbitrato e giustizia
Statuale**
Luciano Ventura

sostanza, una dimensione collettiva, perché investe il contenuto di pattuizioni che hanno il carattere della generalità e dell'astrattezza.

Entrambe le controversie trovano il loro fondamento in un sistema come quello italiano, nel quale la contrattazione collettiva, essendo fonte di obbligazioni, fa sorgere diritti perfetti, azionabili giudizialmente, in testa ai destinatari. Ma il loro carattere è del tutto diverso.

Tra i rimedi ipotizzabili per fare uscire dalla crisi la giustizia del lavoro, sul versante delle controversie del primo tipo, può essere indubbiamente annoverato anche un più ampio ricorso all'arbitrato. Ed è altrettanto certo che in molti casi la decisione di una controversia di natura strettamente individuale può essere facilitata dal ricorso all'equità, mentre la riduzione dei motivi di impugnazione può consentire di definire la lite con maggiore rapidità e con minori spese.

Tutto sta a vedere se in un contenzioso come quello del lavoro, che spesso risulta irrigidito ed arroventato per effetto della inderogabilità delle norme delle quali viene richiesta l'applicazione, possono determinarsi le condizioni che hanno consentito allo strumento arbitrale di affermarsi per la soluzione di controversie di altra natura (fiducia di entrambe le parti nel terzo, volontà comune di giungere ad una definizione rapida, stato d'animo che fa prevalere sul conflitto i valori del contratto).

2. Controversie sull'interpretazione (ampiamente generalizzata) del contratto collettivo, della legge o dei rapporti tra legge e contratto.

Problemi ben più complessi, anche sul piano dei rapporti sindacali, sono suscitati dal secondo tipo di controversie che danno luogo a giudizi che, pur dovendo essere classificati come giudizi plurimi, hanno una vera e propria caratteristica collettiva. Molto spesso essi non hanno affatto una funzione, per così dire, "liberatoria", di riconferma della prevalenza del diritto sulla forza (tanto è vero che vengono proposti con maggiore frequenza proprio dalle categorie più forti). Con tali liti i lavoratori interessati tendono invece a contrapporre la legge alla contrattazione collettiva, o la contrattazione collettiva a prassi aziendali meno favorevoli, spesso tollerate dai sindacati, in modo da migliorare il loro trattamento economico, attraverso una applicazione più rigorosa della legge o del contratto collettivo. Nella maggior parte dei casi le rivendicazioni avanzate non riguardano l'intera categoria, ma settori più o meno rilevanti di essa.

Qualora la domanda venga accolta, l'intervento della magistratura finisce quindi per abbattersi su situazioni consolidate, che l'impresa ha già posto a fondamento della valutazione dei costi, e per determinare uno spostamento di risorse che incide, in modo più o meno rilevante, sull'equilibrio tra proventi aziendali e retribuzioni. Spesso anche la ripartizione del monte salari complessivo risulta modificata: non nel senso che qualche gruppo veda diminuiti i propri livelli retributivi, ma nel senso che non tutti i dipendenti della stessa impresa possono trarre lo stesso beneficio economico dallo stesso principio di diritto, o dalla stessa interpretazione del contratto collettivo.

Il governo di questo tipo di controversie, che molto spesso sono promosse proprio da gruppi in polemica con le maggiori organizzazioni sindacali, dà luogo a difficoltà di diversa natura, sia per il sindacato che per la magistratura. Il sindacato, infatti, deve spesso ricostituire un nuovo equilibrio contrattuale. La magistratura deve far fronte ad un numero elevatissimo di controversie di serie, tutte eguali, ma non per questo meno invadenti.

L'esperienza degli ultimi anni ha dimostrato che larga parte dell'attuale crisi della giustizia del lavoro è stata provocata, soprattutto in alcune sedi giudiziarie, proprio dallo sviluppo abnorme di questo genere di liti.

Intervenire alla radice sul contenzioso di questo tipo significa quindi operare, contemporaneamente, per la riduzione del carico giudiziario e per la soluzione di problemi che incidono negativamente, sempre più spesso, su un corretto svolgimento delle relazioni industriali.

3. Gli aspetti di diritto sostanziale che condizionano le soluzioni di ordine processuale.

Nel configurare nuovi strumenti, posti in essere dalla legge o dalla contrattazione collettiva, non si può però prescindere da aspetti di diritto sostanziale che condizionano qualsiasi soluzione di ordine processuale.

In un sistema di contrattazione statica nel quale i diritti derivanti dal rapporto di lavoro sono

attribuiti al singolo, il potere dei soggetti collettivi di disporre dei crediti litigiosi incontra infatti dei limiti che sono connessi al tipo di ordinamento in atto.

In particolare, il sindacato, pur avendo il potere di contrattare, quanto meno in linea di larga massima, modificazioni anche peggiorative delle clausole della contrattazione collettiva, e quindi della loro operatività per il futuro, non può invece disporre dei diritti che già sono entrati nel patrimonio del singolo lavoratore, a meno che questi non gli conferisca un mandato specifico. Tale principio, che la giurisprudenza ha affermato costantemente, può incidere non soltanto sul potere del sindacato di transigere e conciliare, ma anche sul potere di interpretare, con effetto retroattivo, le pattuizioni già concluse. Anche la interpretazione pattizia, infatti, ha natura di negozio dispositivo, perché incide, retroagendo, sui diritti ed i doveri delle parti, e quindi dà luogo a problemi non diversi da quelli posti da altri atti del sindacato che investano diritti già acquisiti dai singoli.

Certo, questo non significa che la volontà delle parti che hanno stipulato il contratto collettivo, quale risulta dal complesso dell'atto e dal loro comportamento precedente e successivo, non incida in modo determinante sulla interpretazione delle clausole. Ma nella contrattazione collettiva il momento dell'affidamento (cioè la fiducia nella pattuizione, quale risulta dalla valutazione, tutta "esterna", di chi la legge) assume particolare rilevanza rispetto al momento della volontà (cioè alla consapevolezza, da parte di ciascuno dei contraenti, di quel che l'altro ha effettivamente voluto) perché i destinatari del contratto collettivo sono soggetti diversi da quelli che hanno stipulato.

È appunto tutto questo che porta ad attribuire all'interprete poteri amplissimi, soprattutto là dove le parti si sono affidate ad espressioni dal significato incerto, per giungere comunque ad una composizione del conflitto, che finisce per trovare il suo fondamento nell'ambiguità delle pattuizioni.

Quando, poi, per la natura degli istituti presi in considerazione, le clausole del contratto collettivo risultano modificate per effetto dell'incidenza su di esse di norme inderogabili di legge ed il contenuto degli obblighi del datore di lavoro e del lavoratore deve essere determinato applicando congiuntamente sia il contratto collettivo che la legge, le decisioni dell'interprete incidono su una serie di rapporti individuali e sull'equilibrio delle prestazioni corrispettive prescindendo ampiamente dalle intese intervenute tra le organizzazioni che hanno stipulato il contratto collettivo.

Ogni ipotesi che affidi a strumenti di natura processuale la soluzione dei problemi posti dalle controversie di serie deve quindi tenere conto dei condizionamenti derivanti dall'attuale assetto del diritto sostanziale.

Ma quali possono essere questi strumenti?

Riteniamo di poterne indicare quattro:

- a) l'arbitrato;
- b) la rinegoziazione delle clausole;
- c) l'accordo processuale;
- d) l'accordo generale di transazione.

A prescindere dall'arbitrato, che potrà svolgere un suo ruolo qualora intervengano le necessarie modificazioni legislative, gli altri tre strumenti sono stati già sperimentati, in qualche occasione, dalla contrattazione collettiva. Ma di essi si parla ancora troppo poco, quando i temi in discussione vengono affrontati nei loro termini generali.

È quindi opportuna una più ampia riflessione.

4. Lodo arbitrale e contratto collettivo.

Anzitutto, lo stesso dibattito sull'arbitrato, e sull'intervento legislativo che viene proposto, pur essendosi sviluppato ampiamente, non sembra aver considerato sinora nel debito conto che tale istituto può spiegare una incidenza del tutto diversa nel caso di controversie di natura strettamente individuale o di controversie proprie di un contenzioso di serie.

La diversità risulta invece evidente, soprattutto qualora venga attribuito all'arbitro il potere di pronunciare secondo equità. In tal caso, infatti, la possibilità di risolvere la controversia equitativamente (e quindi con una operazione che è volta non tanto ad applicare rigorosamente il contratto collettivo o la legge, quanto piuttosto ad individuare il più opportuno equilibrio di interessi) e la corrispondente limitazione dei motivi per i quali il lodo può essere impugnato, trasformano inevitabilmente il collegio arbitrale in una sede di negoziazione.

In effetti, come si dirà più avanti, una sede specifica di negoziazione, per così dire,

**Arbitrato e giustizia
statuale**

Luciano Ventura

**Arbitrato e giustizia
Statuale**
Luciano Ventura

suppletiva, può contribuire alla soluzione dei problemi suscitati da controversie che mettono in discussione interpretazioni consolidate della contrattazione collettiva. La importanza di tale sede risulta, poi, ancora più evidente in tutti i casi in cui l'equilibrio di interessi configurato dall'accordo delle parti collettive risulti modificato da una pronuncia che faccia prevalere la volontà della legge sulla volontà delle organizzazioni stipulanti.

Ciò non significa, però, che il giudizio arbitrale (che è cosa diversa dalla procedura di conciliazione, che ne costituisce, frequentemente, la fase preliminare) possa essere usato per raggiungere risultati che le parti collettive vorrebbero concordemente ottenere ma che non possono conseguire con altri mezzi.

Un giudizio equitativo non impugnabile può infatti far venire meno il contenzioso promosso dai soggetti che sono parte nel procedimento arbitrale. Ma le innumerevoli altre parti che possono agire in giudizio non sarebbero comunque vincolate dalla precedente decisione. È questa, soprattutto, la differenza tra un accordo collettivo rivolto al futuro, che vincola tutti coloro che aderiscono alle organizzazioni stipulanti, o ne applicano le pattuizioni, ed un lodo arbitrale che vincola soltanto le parti che hanno promosso la lite.

Emerge così, in primo piano, la questione centrale, che riguarda sia le controversie che attengono più strettamente al singolo caso concreto, sia le controversie che investono la interpretazione e l'applicazione della contrattazione collettiva e quindi i precetti che essa esprime in via generale: la questione, cioè, della volontarietà dell'atto con il quale il lavoratore dispone dei suoi diritti, anche nella forma dell'accettazione di un giudizio arbitrale di equità.

Nel nostro sistema, il carattere della contrattazione collettiva, che è fonte di obbligazioni per i destinatari e che quindi fa sorgere diritti soggettivi perfetti in capo a ciascun singolo lavoratore, crea delle rigidità che risultano accentuate dal disposto dell'art. 24 Cost., che garantisce il diritto d'azione.

5. Arbitrato, contrattazione collettiva e diritti acquisiti.

Il problema vero, che pone in evidenza la ovvia demarcazione tra contrattazioni e arbitraggio, sorge perché mentre la misura dei diritti che matureranno in futuro può essere sempre regolata, dalla contrattazione collettiva, con pattuizioni di applicazione generale, il governo dei diritti acquisiti non può non passare attraverso le determinazioni dei singoli. Il che significa che le forme di verifica del consenso assumono aspetti diversi nei due casi e che nessuna regola di maggioranza potrà precludere al singolo lavoratore la possibilità di far valere in giudizio diritti soggettivi già acquisiti. Quando sono in discussione tali diritti, infatti, il consenso non può essere prestato attraverso la volontà impersonale del gruppo, ma deve essere espresso dal singolo individuo, con gli strumenti che rendono operante la rappresentanza, intesa nel senso privatistico del termine.

La situazione si presenta invece in modo diverso qualora la contrattazione collettiva intervenga, anche a livello aziendale, per disegnare un nuovo equilibrio di interessi che faccia venire meno, per il futuro, una controversia che sia sorta per divergenze nella interpretazione, o per un contrasto ravvisato tra la legge e la precedente formulazione del contratto.

Vi è però da dubitare che clausole che hanno dato luogo ad un contenzioso di serie possano essere rinegoziate prima della scadenza contrattuale, senza un esplicito accordo dei singoli destinatari.

Proprio per superare ogni dubbio in proposito, e soprattutto per dare un segnale concreto della volontà delle parti di evitare la esasperazione del contenzioso, è auspicabile che nel testo stesso dei contratti collettivi la rinegoziazione venga prevista come un istituto al quale ricorrere normalmente, allorquando una clausola contrattuale dia luogo a fondati dubbi di interpretazione, o di legittimità.

Uno strumento siffatto può apparire scarsamente significativo.

Ma l'esperienza ha dimostrato che le grandi controversie di serie finiscono per diventare ingovernabili soprattutto per il decorso del tempo che, ingigantendo il valore del pregresso, rende più difficile qualsiasi negoziato di carattere collettivo.

Del resto, non vi è alcun rapporto obbligato tra la rinegoziazione che opera per il futuro e la definizione transattiva di liti relative a situazioni passate. Le parti collettive possono quindi decidere di non intervenire per la definizione delle controversie relative ai diritti sorti prima della rinegoziazione; oppure, possono affrontare i diversi problemi nella loro globalità, stipulando le clausole che regolano il futuro con le modalità seguite per il contratto

collettivo e proponendo ai singoli di aderire a quanto previsto per definire le situazioni passate, attraverso accordi stipulati nelle forme che sono proprie delle transazioni individuali.

Il fattore fondamentale è comunque sempre costituito, assieme all'ampiezza del consenso, dalla rapidità dell'intervento.

Arbitrato e giustizia
statuale
Luciano Ventura

6. Arbitrato e controversie di serie.

Appunto per ottenere una soluzione rapida della controversia, anche altri strumenti possono essere attivati già oggi, indipendentemente da possibili future modificazioni delle norme che regolano il processo del lavoro.

Analizzando le norme processuali vigenti, risulta, infatti, evidente che la necessità di un'attività giudiziaria farraginosa, costosa ed inutile, come quella attinente al contenzioso di massa, non è altro che la diretta conseguenza dei limiti del giudicato, cioè del fatto che ogni sentenza vale per il caso che essa ha concretamente deciso, senza nessuna possibilità di una estensione automatica ad altri. I limiti dei principi attualmente in vigore appaiono con chiarezza in tutte le situazioni nelle quali a contratti di serie corrispondono inadempimenti di serie, da parte del contraente dominante, e quindi, inevitabilmente, cause di serie. Ma i rimedi non sono semplici, come è stato dimostrato dalla esperienza, in gran parte negativa, delle *class actions*, previste dall'ordinamento processuale statunitense per risolvere con un solo giudizio tutti il complesso delle cause che potrebbero essere promosse, nei confronti dello stesso contraente, da una pluralità di possibili controparti, per lo stesso oggetto.

D'altronde, per quanto riguarda le controversie di lavoro, una legge che attribuisce ai sindacati la rappresentanza processuale di tutti i lavoratori della stessa categoria, o dipendenti della stessa impresa, sovvertirebbe l'attuale sistema, tutto fondato sulla piena libertà nel rilascio del mandato e sul carattere individuale dell'esercizio del diritto d'azione.

Ciò non toglie, che di fronte a problemi di particolare rilevanza il sindacato e le imprese possano attivare, di loro spontanea volontà, strumenti idonei per evitare la inutile moltiplicazione delle liti, con tutti i guasti che essa comporta (carico abnorme di attività giudiziaria; contraddittorietà di pronunzie; aggravio di spese; alternanza di illusioni e delusioni da parte dei lavoratori; difficoltà nella gestione di rinnovi contrattuali sui quali può gravare, per alcuni istituti, l'incertezza derivante dai dubbi sorti sulla validità o sulla interpretazione di clausole preesistenti).

Si possono, dunque, stipulare accordi che, pur non eliminando la lite, si proponano lo scopo di porre la controversia su un piano più civile, caratterizzato dalla correttezza reciproca, e quindi configurino un percorso processuale volto ad ottenere con la maggiore rapidità possibile la formulazione di una giurisprudenza consolidata, senza moltiplicare le liti, senza gravare le aziende di oneri non giustificati e senza che l'azione giudiziaria assuma i caratteri di una farraginosa aggressione.

Tali accordi, discussi con i lavoratori e fondati anch'essi sul consenso di chi potrebbe agire in giudizio, debbono necessariamente avere il loro fulcro nell'impegno delle aziende investite dalla lite di applicare a tutti i lavoratori che vi aderiscono il principio di diritto, o la interpretazione del contratto collettivo, che la magistratura avrà stabilito.

È questo un modo per porre in essere un intervento delle parti sociali che governi il contenzioso e per restituire alla magistratura il suo ruolo fondamentale. Per quanto riguarda le controversie di serie, infatti, il compito fondamentale dei giudici del lavoro non è certamente quello di scervellarsi su montagne di conteggi, che qualsiasi ufficio del personale è in grado di fare e qualsiasi sindacato è in grado di controllare, ma è quello di fissare i principi di diritto e di interpretare i contratti collettivi, garantendo indirizzi uniformi che costituiscono un punto sicuro di riferimento per tutti.

Gli strumenti processuali che possono consentire di raggiungere l'obiettivo già esistono: basti pensare alla possibilità che le parti delineino esattamente, senza infingimenti, con reciproche ammissioni, le situazioni reali che hanno dato luogo alla controversia; alla comune richiesta di emanazione di sentenze di mero accertamento, o di condanna generica; alla scelta concordata di casi che possono costituire vere e proprie "teste di serie"; all'applicazione, infine, dell'art. 360, u.c. cod. proc. civ., che consente la impugnazione *per saltum* della sentenza di primo grado.

7. Conclusioni.

La stipulazione di accordi sindacali che definiscano le controversie già sorte, o che possano insorgere, rappresentata, come è naturale, il mezzo più ovvio e radicale per eliminare il contenzioso. Ma anche a questo proposito valgono tutte le considerazioni, già svolte sopra, relative ai poteri del sindacato, ai limiti della sua rappresentanza, alla necessità che uno schema generale di transazione proposto ai singoli venga accettato da ciascuno di essi.

Nel complesso, dunque, non mancano i modi per governare il contenzioso di serie senza determinare situazioni che aggravano la crisi della magistratura del lavoro, che perpetuano incertezze ed equivoci e che non giovano nè alle aziende, nè ai lavoratori, nè alla contrapposte organizzazioni sindacali.

Si tratta però di vedere se l'attuale stato della relazioni industriali, l'atteggiamento di gran parte delle aziende nei confronti delle controversie giuridiche e della stessa magistratura e la situazione interna di molti sindacati, consentano l'attivazione di strumenti volti ad evitare che il processo del lavoro sia trasformato, dall'una o dall'altra parte, nella sua dimensione collettiva, in una farraginoso avventura.

La via dell'equità per un arbitrato del lavoro più stabile

Salvatore Hernandez

Sommario

1. Premessa. **2.** Arbitrato rituale ed arbitrato irrituale. **3.** Alcune precisazioni sulle diversità tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale. **4.** *Segue.* Il Contraddittorio. **5.** La teoria dell'indissolubile e unitaria natura processuale e giudiziale dell'arbitrato. Critica. **6.** L'arbitrato in materia di diritto del lavoro. **7.** Arbitrato del lavoro ed equità. **8.** Conclusioni.

1. Premessa.

Il modello socialtipico dell'arbitrato irrituale, nato per risolvere le controversie interne al ceto imprenditoriale, svincolandole dalle pastoie dell'arbitrato di rito in nome del principio della libertà delle convenzioni (1), è stato ampiamente utilizzato dai teorici e dai pratici del diritto del lavoro, sin dai primi anni '30 (2), per aggirare il divieto posto dall'art. 3 del R.D. 25 febbraio 1928, n. 471, di inserire clausole compromissorie nei contratti collettivi e, successivamente, per sfuggire allo sbarramento eretto all'arbitrato proprio — sul piano individuale e su quello sindacale — dagli artt. 806 e 808 del codice di procedura civile del 1940 (3).

Nel tentativo di assecondare la direttiva della conservazione degli atti (4) dottrina e giurisprudenza — pur con alcune non trascurabili perplessità (5) e con qualche omissione di approfondimento (6) — hanno, dunque, convogliato all'interno dell'irritualità non solo tutte le previsioni contrattuali ma anche quelle di origine legale che, pur se diversamente qualificate, avrebbero avuto diritto di vigenza nel sistema, sia per il principio della successione delle leggi nel tempo, sia per il criterio della specialità.

note

(1) Bonfante, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolatrici dei loro rapporti, ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *RDComm*, 1905, II, pag. 45 e segg., in adesione alla nota sentenza emessa dalla Corte di Cassazione di Torino il 27 dicembre 1904.

(2) La Cassazione aveva riconosciuto "senza limiti" la validità dell'arbitrato irrituale in materia di lavoro con la sentenza 14 novembre 1931, in *FI*, 1932, I, col. 100 e segg.

(3) Si veda Andrioli, *Arbitrato irrituale*, in Proto Pisani, Pezzano, Barone, Andrioli, *Le controversie in materia di lavoro. Con legge 11 agosto 1973, n. 533*, Bologna-Roma, 1974, pag. 536.

(4) Sulla quale Andrioli, *ibidem*.

(5) Ad es., tra gli altri, di Pera, con riferimento all'arbitrato previsto dall'art. 7, comma 6 dello statuto dei lavoratori, in *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo Statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1971, pag. 1284.

(6) Per le quali pecca soprattutto la Cassazione nella sentenza n. 3298 del 24 ottobre 1974 e, ancora, in quella, emessa a Sezioni Unite, n. 1463 dell'11 febbraio 1987 (in *MGL*, 1987, pag. 101), in cui, pur giungendo alla tesi — che, personalmente, condivido — dell'irritualità dell'arbitrato previsto dal contratto collettivo per i dirigenti di aziende industriali, ha mancato di prendere in considerazione una serie di elementi (linguaggio mutuato dalla terminologia processuale, precise regole prescritte per il contraddittorio, previsione della "contumacia" per individuare la posizione tecnica della parte non costituita, rigidità dei termini assegnati alle parti e agli arbitri per il compimento dei vari atti, sospensione dei termini nel periodo feriale) che avrebbero imposto una più matura riflessione.

Arbitrato ed equità
 Salvatore Hernandez

La creazione di uno spazio autonomo per l'arbitrato irrituale in materia di lavoro (7), era accompagnato dalla stessa necessità di differenziazione che aveva, all'origine, impegnato la giurisprudenza a cogliere il modello socialtipico dell'arbitrato improprio rispetto all'arbitrato rituale ma si distaccava dalla tendenza di alcuni autorevoli studiosi del diritto processuale civile i quali cercavano di ricondurre ad unità tutti gli istituti nei quali fosse rimessa ad un terzo la determinazione a risolvere un conflitto, anche potenziale, d'interessi. Alla tesi omni giurisdizionale, che riferiva al giudizio ogni intervento risolutorio del terzo, si contrapponeva, infatti, sulla scia del memorabile contributo sattiano (8), il tentativo di riconduzione al contratto anche dell'arbitrato rituale; mentre all'una e all'altra si giustapponeva, alla ricerca di una terza via — pur sempre unificatrice — la prospettazione di Mazzarella del *dictum* arbitrale come diritto in sè (9).

2. Arbitrato rituale ed arbitrato irrituale.

Spento il fuoco pangiurisdizionale e scarsamente raccolta la scintilla della terza via, un'importante dottrina ha elaborato sempre più sofisticati argomenti per spiegare in termini di giudizio privato non giurisdizionale anche l'arbitrato rituale (10), utilizzando prima e, forse, più ancora che la timida riforma intervenuta con la legge 9 febbraio 1983 n. 28, la sostanziale affinità strutturale (*rectius* procedimentale) tra l'arbitrato proprio e quello (irrituale) previsto dalla contrattazione collettiva.

Tale affinità che — come abbiamo cercato di dimostrare in altra sede (11) — è soltanto apparente e, comunque, neutra ai fini della qualificazione negoziale o giudiziale di un procedimento, è stata riconsiderata di recente (12) per sottolineare la possibilità di *reductio ad unitatem*, di arbitrato rituale e irrituale ancorchè in una linea e con risultati parzialmente difformi sia dalle teorie omnicontrattualistiche, sia da quelle omni giurisdizionali.

Proprio l'arbitrato del lavoro mostrerebbe in modo irrefutabile la permanenza costante di processo e giudizio che sarebbero, dunque, non solo compatibili con l'attività negoziale ma addirittura necessari per la configurazione dell'arbitrato irrituale, anche a seguito dell'intervenuto passaggio della "processualità" da regola contrattuale collettiva a regola legale. "Accanto ad un lodo rituale è, pertanto, contemplato", secondo la dottrina che qui si riferisce, "un lodo avente sempre contenuto di giudizio e struttura processuale" (13), con assoluta identità di natura giuridica e differenze raccogliibili soltanto sul piano degli effetti cui tendono le parti (l'arbitrio irrituale, voluto per i suoi effetti privatistici, quello rituale in vista dell'acquisizione di un'efficacia giurisdizionale).

La tesi trova ampia ispirazione nel modello tracciato da Fazzalari (14) il quale, pur abbandonando l'idea sattiana che conduceva a ridurre tutte le forme arbitrali all'arbitraggio, riconduce alla fine il fenomeno arbitrale nell'ambito privatistico, tenendolo fuori dalla giurisdizione dello Stato e della giurisdizione, giacchè in qualunque tipo di arbitrato si svolgerebbe sempre un rapporto *inter partes* non essendo mai, anche gli arbitri di rito, sovraordinati a queste.

Accomunati dall'esistenza di un "processo", che si sviluppa su una "controversia" e che si conclude con un giudizio, arbitrati rituali e liberi, rimarrebbero fuori dal fenomeno proprio della giurisdizione, in quanto posti, in entrambi i casi, per la realizzazione di un'attività di privati (quali sono e restano gli arbitri) (15).

note

(7) Si veda, in proposito, l'esemplare monografia di Grandi, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963.

(8) Satta, *Contributo alla teoria dell'arbitrato* (1931), ora nella ristampa della prima edizione, presentata da Carlo Furno, Milano, 1969.

(9) Mazzarella, *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova, 1968.

(10) Per tutti, Fazzalari, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *RDP*, (1968), pag. 459 e segg.; Punzi, *L'arbitrato del diritto italiano*, in *RD Comm*, 1973, I, pag. 328 e segg.; e, dopo la legge n. 28/83, ancora, Fazzalari, *Primo incontro con una "lieta novella"*, in *Rass Arb.*, 1984, pagg. 2 e 3; Id., *Una buona novella*, in *RDP*, 1984, pag. 6 e segg.; Punzi, *La riforma dell'arbitrato (Osservazioni a margine della legge 9 febbraio 1983 n. 28)*, in *RDP*, 1983, pag. 78 e segg.

(11) Hernandez, *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, 1990, *passim*.

(12) Da Cecchella, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, specie pag. 367 e segg.

(13) Cecchella, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro, op. cit.*, pag. 185.

(14) Vedi le opere citate in nota 10.

(15) Fazzalari, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano, op. cit.*, pag. 459 e segg.; così sostanzialmente anche Punzi, *L'arbitrato del diritto italiano, op. loc. cit.*, pagg. 342-343.

3. Alcune precisazioni sulle diversità tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale.

Arbitrato ed equità
Salvatore Hernandez

Ai tentativi di unificazione del fenomeno arbitrale sulla base del preteso riconoscimento di un “processo” e di un “giudizio” anche nello schema necessario dell’arbitrato irrituale, si deve, innanzi tutto, replicare che l’avvicinamento “strutturale” del lodo irrituale a quello di rito non appare, come si vorrebbe, idoneo a condurre fuori dalla giurisdizione quest’ultimo ma semmai — e sia detto solo per ipotesi scolastica — ad attrarre nell’ambito della giurisdizione il primo.

Piuttosto che convincere della natura non giurisdizionale dell’arbitrato rituale, la sottolineata “procedimentalizzazione” dell’arbitrato libero e la conseguente riconduzione di questo a quello, rischierebbero di offrire spunti per un ritorno alle tesi omnigiurisdizionali. È da osservare, comunque, che malgrado gli sforzi della dottrina più recente (16) arbitrato rituale e arbitrato irrituale restano ben saldi nelle loro differenze le quali, con la previsione legale contenuta negli artt. 4 e 5 della legge n. 533 / 73, non si sono attenuate.

Il rilievo di possibili e, per altro, parziali sovrapposibilità schematiche delle due strutture, ove si svolga un’indagine accurata sulle disposizioni delle varie clausole istitutive e regolatrici di arbitrati irrituali contenute nei contratti collettivi e nelle fattispecie irrituali di derivazione legale, non è certo idoneo a convincere — neppure in termini descrittivi dell’intervenuta *reductio ad unum* delle due figure.

Anche sul piano delle procedure (oltreché del contenuto) l’arbitrato di rito è quello tipicamente fissato dal codice negli artt. 806 e seguenti, mentre sussistono numerose (e teoricamente infinite) previsioni atipiche di clausole compromissorie e di compromessi, come tali inidonei ad essere ricondotti entro un unico schema; potendosi, al più, rilevare — specie in materia di lavoro e in materia commerciale — schemi, modelli e contenuti socialtipici, eventualmente paralleli a modelli tipici, ma l’uno dall’altro diversi a seconda delle differenti realtà in cui vengono a formarsi o su cui vengono chiamati ad incidere (17). Nè può far valere in contrario l’esistenza, proprio in materia di lavoro, di talune fattispecie di arbitrato irrituale esplicitamente istituite e, sia pure in modo scarno, talvolta direttamente regolamentate dalla legge. Chè, anzi, laddove si guardi alla struttura delle stesse, vi si ritroveranno facilmente profonde differenze (si confrontino, ad es., l’art. 7 della legge n. 604 del 1966, l’art. 7 della legge n. 300 del 1970, l’art. 5 della legge n. 108 del 1990).

Modelli e provvedimenti diversi, ora determinati dalla legge, ora dalle parti che, se lasciano spazio per compensare, nella descrizione, alcune caratteristiche, non solo non conducono all’identificazione per sovrapposizione schematica dell’arbitrato rituale con quello irrituale, ma non consentono neppure di individuare una sola fattispecie di arbitrato irrituale cui far riferimento quale elemento fisso di comparazione.

4. Segue. Il Contraddittorio.

La diversità degli schemi è constatabile non soltanto per alcuni profili del provvedimento, ma anche per il nucleo minimo essenziale e indispensabile di ogni processo, e cioè per il contraddittorio.

Come già si è detto altrove (18), il contraddittorio — non imposto in termini espliciti dall’art. 5 della legge n. 533 / 73, nè da molte tra le previsioni di contratti e accordi collettivi istitutivi di arbitrati irrituali — è valutato in modo diverso, a seconda della stessa giurisprudenza che ne ha rilevato la necessità anche per l’arbitrato irrituale.

In quest’ultimo caso il principio del contraddittorio deve ritenersi rispettato “quando l’attività assertiva e deduttiva delle parti si sia in concreto potuta esplicare, in qualsiasi modo e tempo” in termini di “onere di informativa”, non dovendosi necessariamente articolarsi “in forme rigorose e in fasi progressive” e non presupponendo “la prefissazione di termini e la possibilità di repliche” (19).

Poichè manca nella legge, per l’arbitrato irrituale, una norma simile agli artt. 101 e 816,

(16) Cecchella, *L’arbitrato nelle controversie di lavoro*, op. cit., passim.

(17) Hernandez, *Il problema dell’arbitrato*, op. cit., pag. 145.

(18) V. nota 11.

(19) Le espressioni tra virgolette sono testualmente tratte da Cass. 16 maggio 1962, n. 1070, che la dottrina riporta come riepilogativa dell’orientamento giurisprudenziale prevalente. Ma si vedano anche, in precedenza, Cass. 23 novembre 1957, n. 4474, nonchè Cass. 27 aprile 1961, n. 941, e successivamente, Cass. 29 ottobre 1974, n. 3298.

Arbitrato ed equità
Salvatore Hernandez

comma 3, del codice di procedura civile, che rispettivamente lo disciplinano anche per alcune imprescindibili modalità “per il giudizio ordinario e per quello arbitrale” e poichè non è consentito un ricorso all’analogia in senso tecnico, quando si usa il termine contraddittorio nel campo dell’arbitrato irrituale si intende far riferimento alla doverosa considerazione che l’arbitro irrituale debba “conoscere i termini della controversia e a tal fine le parti hanno sempre facoltà di presentare documenti e memorie, contenenti l’esposizione delle rispettive pretese e ragioni”, trattandosi di valutare il fenomeno “sul piano sostanziale, alla stregua della idoneità e conseguenza delle attività materiali esplicate dai soggetti del rapporto, in qualsiasi modo e tempo” (20).

È vero dunque che il mancato rispetto del contraddittorio è stato considerato dalla giurisprudenza pratica e, sia pure con qualche riluttanza, talvolta anche da quella teorica, come un motivo di impugnazione del lodo libero in quanto denuncia l’assenza di un presupposto di legittimazione del potere dell’arbitro (21) — non un vizio *in procedendo* — ed è altresì vero che il contraddittorio cui accennano le prevalenti sentenze del Supremo Collegio è — come già si comprende dai passi sopra riportati — concetto assai diverso da quello richiesto dall’art. 816, comma 3 cod. proc. civ., tant’è che se n’è esclusa l’applicazione analogica (22), sottolineandosi piuttosto che, nell’arbitrato irrituale, esso debba essere “inteso in relazione al contenuto della pronuncia che le parti chiedono all’arbitro di emettere”. L’ordinamento non vuole, in sostanza, una copia — neppure una brutta copia appena abbozzata — del processo ordinario o dell’arbitrato rituale: vuole assicurarsi, piuttosto, che gli arbitri conoscano, o possano essere in condizioni di conoscere, la materia loro sottoposta, sia pure nei limiti in cui gli interessati intendano evidenziarla.

In questo senso si va oltre le regole strette del contraddittorio in quanto, da un lato, non occorre che vengano assegnati alle parti “i termini per presentare documenti e memorie, e per esporre le loro repliche” (art. 816, comma 3, per l’arbitrato rituale) (23) e, dall’altro, le parti sono libere di offrire produzioni documentali e scritti di chiarimento senza le particolari formalità che sarebbero richieste in un procedimento arbitrale di rito (così come nel processo civile ordinario).

L’osservanza del preteso principio risulta in sostanza svincolata da qualsiasi formalismo ed affidata anche all’iniziativa e alla fattuale realizzazione delle parti medesime che possono esporre i fatti ed illustrare le rispettive tesi senza indicazioni, prescrizioni o termini “simmetrici” di sorta.

Nè possono sorgere perplessità con riferimento all’ipotesi in cui la regola del contraddittorio venga eventualmente inserita negli accordi delle parti perchè, anche ove la medesima fosse, dal punto di vista descrittivo, identica a quella contenuta nella legge per l’arbitrato rituale, il rilievo della eventuale violazione sarebbe sempre diverso attenendo, nel primo caso, a inosservanza da parte dell’arbitro rispetto agli obblighi che gli derivano dal fedele adempimento delle istruzioni ricevute (24) e, determinando, dunque, un’impugnabilità — avanti al giudice di primo grado — per abuso di potere (25) e, nel secondo caso, un’impugnazione per nullità, avanti al giudice d’appello indicato nel secondo comma dell’art. 828 cod. proc. civ., per violazione dell’art. 816, comma 3.

Nell’arbitrato irrituale, la finalità del contraddittorio è, dunque, la mera conoscenza della *res litigiosa*.

L’esistenza di un contratto d’opera (26), affinché l’arbitro (o gli arbitri) faccia cessare la lite, sostituendo alla medesima una nuova situazione non esclude, anzi presuppone, che l’arbitro sia posto a conoscenza, quanto più e quanto meglio possibile, dei suoi termini.

Disporre non è incompatibile, anzi certamente suppone, l’aver avuto conoscenza di ciò di cui si dispone. Non si può volere, ignorando gli interessi su cui la volontà cade; solo che qui — a differenza dell’arbitrato rituale — la conoscenza non è finalizzata all’accertamento e non

note

(20) V. nota precedente.

(21) Tarzia, *Efficacia del lodo e impugnazioni*, pag. 61 e già, meno entusiasticamente, Fazzalari, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, pag. 35. Contro Levoni, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *RTDPC*, 1965, pag. 1201 e segg.

(22) Cass. n. 941 del 1961, *cit. retro*, in nota 19.

(23) V. Cass. 941/61, *ult. cit.* e Cass. n. 1070/72, *cit.* in nota 19.

(24) In altra sede abbiamo individuato nel contratto d’opera la fonte del rapporto tra parti ed arbitro.

(25) Così, a nostro avviso correttamente, Levoni, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *RTDPC*, *op. loc.* e pagg. *cit.*

(26) Sul punto si rinvia al mio scritto *Il problema dell’arbitrato*, più volte *cit.*, pag. 164 e segg.

si conclude in questo, costituendo soltanto un presupposto della disposizione degli interessi, opportuno per una corretta determinazione della volontà.

Proprio perché si tratta di un contratto d'opera la cui esecuzione coinvolge la disposizione di interessi in contrasto appare coerente al tipo di fattispecie che le parti possano illustrare le loro posizioni e che gli esecutori dell'opera conoscano i fatti che devono concorrere a regolare.

Se le parti conferiscono a terzi il potere (che, con l'accettazione, diventa obbligo) di risolvere la lite devono farne loro conoscere i termini; e la miglior conoscenza si acquisisce attraverso la prospettazione — eventualmente effettuata in contrasto — che sostituisce il “contraddittorio” improprio e non processuale cui si è accennato.

Che la conoscenza dei fatti cui gli arbitri devono essere forniti attraverso il contraddittorio sia finalizzata alla disposizione negoziale degli interessi delle parti che ricorrono all'arbitrato irrituale, anche in materia di lavoro è, del resto, indirettamente confermato proprio da quella giurisprudenza ormai consolidata (27) — che ha ritenuto come l'accertamento da parte degli arbitri irrituali dei presupposti di fatto per l'applicazione di sanzioni previste dalla contrattazione collettiva sia impugnabile soltanto per i vizi del consenso previsti dall'art. 1427 cod. civ. o per errore essenziale o sostanziale implicante una falsa rappresentazione della realtà e non per il semplice errore di giudizio.

In questa prospettiva il contraddittorio si presenta non tanto come una situazione processuale quanto come un mezzo di supporto per la corretta acquisizione della realtà su cui si dovrà disporre.

Chiarito il problema del contraddittorio, inteso non come strumento tecnico del processo ma come modo per consentire agli arbitri la conoscenza degli atti e degli interessi di cui devono disporre, cade anche l'idea che la struttura procedimentale dell'arbitrato irrituale sia confondibile con quella dell'arbitrato rituale.

5. La teoria dell'indissolubile e unitaria natura processuale e giudiziale dell'arbitrato. Critica.

Troppo affrettata appare, dunque, la conclusione circa “una indissolubile e unitaria natura processuale e giudiziaria dell'arbitrato, fondata sull'autonomia dei privati” (28) che — anche a voler dimenticare le sottolineate differenziazioni strutturali — incontrerebbe l'ulteriore difficoltà di giustificare la diversa disciplina degli effetti.

Affermare che tale diversità si spiega — senza per questo minare la radice unitaria dell'istituto — ove si dia rilievo alla volontà delle parti (29), nel senso che sarà questa a “determinare i diversi effetti ... e questi si porranno differentemente a seconda che le parti abbiano voluto sostituire con l'arbitrato un grado di giudizio innanzi al giudice dello Stato, ... oppure abbiano voluto dirottare la controversia verso forme private di giustizia con risultati aventi rilievo solo sul piano dell'autonomia privata, senza quindi derogare ai gradi di giudizio offerti dallo Stato” (30), costituisce una scappatoia intelligente e suggestiva ma non convincente.

Il problema della diversità di disciplina giuridica degli effetti, dalla quale, tra l'altro, secondo una metodologia largamente seguita, si risale proprio ad una distinzione degli istituti, non può essere risolto con un semplice rovesciamento dei termini del problema stesso.

Non c'è alcun dubbio che le parti seguano la loro volontà quando scelgono di ricorrere alla giustizia degli arbitri piuttosto che al giudice dello Stato o quando decidano di superare una controversia commettendone la soluzione negoziale a terzi, attraverso l'arbitro irrituale.

Ma la prima scelta (arbitrato rituale) è scelta di giurisdizione e l'ordinamento stabilisce, con la previsione e la regolamentazione del modello che vi corrisponde (artt. 806 e segg. cod. proc. civ.), gli effetti che ne derivano; mentre la seconda (arbitrato irrituale) è scelta di negozio, configurabile talvolta in uno dei modelli descritti dalla legge, tal'altra in quelli ipotizzati dalla contrattazione collettiva: un negozio a lungo formalmente atipico (sebbene

Arbitrato ed equità
Salvatore Hernandez

(27) Da ultimo Cass. 11 giugno 1987, n. 5108, in *FI*, 1988, I, col. 680 ribadendo un indirizzo giurisprudenziale costante (per il quale si vedano Cass. 7 luglio 1981, n. 4425; Cass. 25 giugno 1983, n. 4364; Cass. 9 agosto 1985, n. 4409 e altre sentenze richiamate nella nota redazionale a Cass. n. 5108/87, *cit.*)

(28) Così Cecchella, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, *op. cit.*, pag. 403.

(29) Punzi, *Arbitrato*, *op. cit.*, pag. 4.

(30) Cecchella, *op. cit.*, pag. 412.

Arbitrato ed equità
Salvatore Hernandez

socialmente tipizzato) ed ora, in materia di lavoro, legislativamente previsto in alcune delle possibili fattispecie particolari (ess. artt. 7, legge n. 604/66; 7, l. n. 300/70; 5, l. n. 108/90) ed in una figura generale (art. 5, l. n. 533/73).

Dire che si possono volere gli effetti negoziali o quelli giurisdizionali è certamente corretto ma non ne discende affatto l'unicità di arbitrato irrituale e arbitrato rituale, giacché l'ordinamento appresta (o consente che venga apprestato), nel primo caso, un procedimento avente natura negoziale che si conclude con un contratto e che non è alternativo alla giurisdizione, alla quale le stesse parti che lo hanno provocato possono ricorrere per farne valere i vizi, percorrendola in tutti i gradi e, nel secondo, un giudizio alternativo rispetto a quello giurisdizionale di primo grado.

Nè si rischia, in tal modo, di confondere l'arbitrato irrituale di lavoro con la transazione rispetto alla quale, proprio nella previsione generale dell'art. 5, l.n. 533/73, esso si presenta come mezzo alternativo di risoluzione del conflitto. E ciò risulta chiaramente — tra l'altro — dal regime di invalidità che, per la transazione, è collegato dall'art. 2113 cod. civ. al semplice fatto che il contratto abbia in oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili mentre, per aversi invalidità del lodo, occorre l'effettiva violazione (e non la semplice disposizione) di quei diritti; e risulta altresì dalla funzione autorizzativa della clausola compromissoria collettiva che non avrebbe alcun senso rispetto ad un atto transattivo che, notoriamente, le parti possono sempre porre in essere senza bisogno di alcun "permesso" sindacale preventivo. Prive di significato risulterebbero, inoltre, le previsioni in cui la fase arbitrale può nascere solo in caso di fallimento del tentativo di conciliazione, se il lodo irrituale dovesse qualificarsi come uno dei possibili negozi che si esternano attraverso la conciliazione.

Nessun rischio di confusione può, infine, proporsi con l'idea dell'arbitraggio applicato ad una transazione. Se il compromesso fosse una transazione la determinazione del cui contenuto venga affidata a terzi, non si comprenderebbe la rimessione necessaria ad una preventiva valutazione dell'autonomia collettiva della possibilità di procedervi per il solo rilievo, meramente terminologico, che una transazione sia stata indicata con il nome di compromesso.

6. L'arbitrato in materia di diritto del lavoro.

Come si è detto, l'arbitrato del lavoro diventa, a partire dal 1928, necessariamente irrituale e tale eminentemente resta, anche dopo la cessazione della necessità, risultando quello preferito dall'ordinamento e concretamente adottato dalle parti sociali e individuali.

Anche la recente legge n. 108/90, nel prevedere l'arbitrato cui le parti possono accedere quando sia fallito il tentativo obbligatorio di conciliazione in ordine alla controversia sorta sulla legittimità del licenziamento nei casi di stabilità relativa del posto di lavoro, delinea una fattispecie di arbitrato irrituale (31). Leggi e contratti si integrano e si sostengono a vicenda e la scarsa (anzi inesistente) propensione dei sindacati a configurare clausole autorizzative compromissorie per arbitrati rituali si spiega, tra l'altro, proprio con il maggior sfavore legislativo per l'arbitrato di rito, ben chiaro anche nella legge n. 533/73, dal cui esame emerge — tra l'altro — un maggior grado di stabilità dell'arbitrato irrituale rispetto a quello rituale (32).

Alla maggiore stabilità rinvenibile nella previsione della nullità della sentenza arbitrale per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi a fronte dell'annullabilità del lodo irrituale per violazione delle sole disposizioni inderogabili di legge e dei contratti collettivi, si deve aggiungere (specie alla luce dell'art. 5 della legge n. 108/90) che non sempre, per procedere all'arbitrato irrituale, sono tassativamente previste le strettoie della clausola autorizzativa collettiva (33) e che, comunque, per quanto ne risulti incrementata la

note

(31) Questa è, almeno fino ad ora, la tesi prevalente in dottrina (così, per limitarsi a qualche indicazione, Cecchella, *L'arbitrato sui licenziamenti dopo la riforma*, in *RIDL*, 1991, I, pag. 208 e segg., nonché, in varie occasioni congressuali, Flammia, Grandi, Hernandez, Tarzia)

(32) Andrioli, *Arbitrato irrituale*, in Proto Pisani, Pezzano, Barone, Andrioli, *Le controversie in materia di lavoro*, op. cit., pag. 541; Perone, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *DL*, 1979, I, pag. 229; Barone, *Gli arbitrati e le conciliazioni stragiudiziali*, in AA.VV., *Le controversie in materia di lavoro*, 2^a ed., Roma-Bologna, 1987, pag. 224; Flammia, voce *Arbitrato*....; Cecchella, op. e loc. ult. cit., pag. 212.

(33) Cecchella, *L'arbitrato sui licenziamenti dopo la riforma*, op. e loc. cit., pag. 204 e segg., il quale all'art. 5 della

procedimentalizzazione rispetto ai modelli usuali in altre materie, l'arbitrato irrituale del lavoro resta pur sempre meno legato alle procedure complesse che gli artt. 806 e segg. del codice di procedura civile impongono per il corrispondente modello dell'arbitrato rituale. Ciò spiega perché, alla ricerca di una maggiore diffusione e di una più incisiva funzione dell'arbitrato in materia di lavoro, il CNEL abbia recentemente elaborato un disegno di legge che privilegia il modello irrituale come quello ad esso più appropriato, introducendo proposte di modificazione dirette, soprattutto, ad assicurarne una maggiore stabilità.

In tale prospettiva devono segnalarsi la limitazione dell'impugnabilità del lodo irrituale alle violazioni di disposizioni inderogabili di legge (e non anche di contratto collettivo), l'insindacabilità degli accertamenti in fatto e delle valutazioni di merito operate dal collegio arbitrale, l'eliminazione di un grado del giudizio (art. 412 *quinquies*) e la previsione di un potere delle parti (evidentemente individuali) "in ogni stato e grado della procedura" di "chiedere che gli arbitri decidano secondo equità", con la conseguente inimpugnabilità del lodo, che "acquista efficacia del titolo esecutivo osservate le disposizioni di cui all'art. 411" del cod. civ. (art. 412 *quater*).

Arbitrato ed equità
Salvatore Hernandez

7. Arbitrato del lavoro ed equità.

Limitando volutamente l'attenzione a quest'ultimo profilo (altri autori, in questa stessa rivista, si occupano del contenuto dell'art. 412 *quinquies*) dobbiamo, innanzi tutto, osservare che la facoltà delle parti di commettere agli arbitri irrituali una determinazione secondo equità già non appare incompatibile con la previsione generale contenuta nell'art. 5 della legge 533/73.

La disposizione che si vuole introdurre appare, dunque, in primo luogo, confermativa di tale interpretazione ed esplicitamente chiarificatrice in presenza di talune perplessità dottrinali (34).

Il divieto di un giudizio di equità è testualmente manifesto nell'art. 4 della legge n. 533, per l'arbitrato rituale e, da esso, chi scrive ha tratto ragioni per rafforzare il convincimento che il lodo rituale consiste in un accertamento in senso tecnico e si inserisce nell'ambito della giurisdizione (35).

Tale divieto non è, invece, ricavabile dalle molteplici configurazioni legislative dell'arbitrato libero potendosi ritenere che, con l'obbligo di rispettare le norme inderogabili di legge e di contratto collettivo, si sia voluto escludere l'equità anche dall'arbitrato irrituale o, quanto meno, ridurne in modo deciso lo spazio applicativo (36).

Nell'arbitrato rituale del lavoro il divieto del giudizio di equità non è previsto, del resto, limitatamente ai diritti indisponibili ma generalizzato e, quindi, esteso anche a quelli di cui le parti potrebbero liberamente disporre e che, perciò, non avrebbero alcun bisogno di particolare tutela sul piano delle garanzie processuali.

Voler negare, nell'arbitrato libero, il possibile ricorso all'equità in nome dell'indisponibilità relativa dei diritti dei prestatori di lavoro derivanti da norme inderogabili significa trascurare l'esistenza di un'ampia fascia di diritti disponibili sui quali l'intervento degli arbitri non provava — sin d'ora — alcuna annullabilità del lodo. L'ordinamento vigente non richiede che gli arbitri liberi debbano applicare il diritto, inteso come il complesso delle regole legali e di quelle formate dalla contrattazione collettiva, limitandosi ad evitare che, nella disposizione contrattuale, le parti possano spingersi oltre il limite, di diritto sostanziale, costituito dal divieto di violazione delle disposizioni inderogabili di legge ovvero dei contratti e accordi collettivi.

La novità che si vorrebbe introdurre non riguarderebbe, dunque la possibilità di un lodo equitativo, quando si controverta in materia disponibile, ma il riferimento all'equità senza alcuna limitazione collegata all'inderogabilità della norma violata.

Che la proposta innovativa debba intendersi in questi termini si ricava "dall'efficacia di titolo esecutivo" che il lodo d'equità acquisirebbe "osservate le disposizioni di cui all'art.

note

l. n. 108/90 aggiunge, quali altri esempi di arbitrato rituale del lavoro in assenza di previsione autorizzativa collettiva l'art. 4, 5° comma, della l. n. 91/81 e l'art. 7 della l. 604/66.

(34) V. ad es. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1980, pag. 29.

(35) Hernandez, *Il problema dell'arbitrato*, op. cit., pag. 155 e segg.

(36) Così, invece, Montesano e Mazziotti, *Le controversie di lavoro e della sicurezza sociale. Commento alla legge 11 agosto 1973, n. 533*, Napoli, 1974, pag. 234.

Arbitrato ed equità
Salvatore Hernandez

411” e dal progettato art. 412 *quinquies*, in cui viene stabilito che il lodo è impugnabile per violazione di disposizioni inderogabili di legge laddove le parti non abbiano chiesto agli arbitri di decidere secondo equità.

8. Conclusioni.

Questi ultimi rilievi chiudono decisamente ogni stretta correlazione tra instabilità del lodo e instabilità dei negozi dispositivi indicati dall’art. 2113 cod. civ. tendendo all’equiparazione tra gli effetti del lodo irrituale di equità a quelli delle conciliazioni sindacali.

Si tratta di un’operazione della quale, in termini di prospettiva problematica, un valente studioso aveva già anticipato la possibile presenza nella previsione dell’art. 5 della legge n. 108/90, in cui vengono richiamate le disposizioni dell’articolo 411 del codice di procedura civile per l’acquisizione dell’esecutività al lodo improprio in materia di licenziamenti (37). La relazione che accompagna lo schema di disegno di legge del CNEL sembra quasi giustificarsene, ascrivendo l’impugnabilità del lodo d’equità alla sottoscrizione “in sede sindacale” (che, in realtà non esiste non essendo identificabile nel fatto che la composizione del collegio arbitrale dovrebbe essere prevista “dai contratti o accordi collettivi” — art. 412 *ter-*) e così, in qualche modo, avallando l’idea che, sul piano della logica giuridica (fermo restando il potere del legislatore di non rispettarla o, più esattamente, di modificarla), fosse indispensabile passare attraverso il controllo, o più esattamente, l’assistenza, sindacale per dare stabilità ai negozi di disposizione su diritti derivanti da norme inderogabili.

Ove ben si rifletta tale visione risulta legata al presupposto che il lodo irrituale rappresenti una transazione.

Si tratta, però di una tesi inaccettabile perchè l’applicazione del concetto di transazione all’arbitrato irrituale ne comporterebbe l’invalidità tutte le volte in cui il lodo non realizzasse l’*aliquid datum* e l’*aliquid retentum* rispetto alla pretesa e alla contestazione con la conseguenza della rimessione della controversia al giudice — in sede di impugnazione — tutte le volte in cui una delle parti opponga la mancanza di uno dei due elementi (38). In realtà “Il tratto comune dell’attività del terzo con quella delle parti che procedono ad una transazione si esaurisce nella funzione di comporre la lite, disponendo degli interessi in contrasto, senza la necessità di imporre la reciprocità delle concessioni, proprio perchè l’intervento del terzo è l’alternativa, anche sul piano negoziale, alle reciproche concessioni” (39).

Nè può ritenersi, ove non si voglia ricondurre l’arbitrato nell’arbitramento, che il tratto transattivo debba individuarsi nel precedente momento compromissorio e, dunque, nella volontà generica dei contraenti di porre in essere una transazione che si manifesterebbe con l’affidamento ai terzi di completare l’attività negoziale (40).

E, del resto, già nella previsione dell’art. 5 della legge n. 533 / 73, il regime di invalidità del lodo irrituale non è precisamente modellato su quello delle transazioni, essendo questa annullabile per il semplice fatto che sia intervenuta su diritti derivanti da disposizioni inderogabili, mentre per l’invalidità del lodo è richiesta la violazione di quei diritti.

La natura transattiva dell’arbitrato del lavoro è ulteriormente negata dalla sottolineata funzione autorizzativa della clausola compromissoria collettiva (che, nel disegno di legge del CNEL, è indispensabile presupposto dell’arbitrato).

Non avrebbe alcun senso, infatti, laddove il lodo fosse una transazione, legare la possibilità dell’arbitrato alla contrattazione collettiva quando è ben noto che lavoratore e datore di lavoro alla transazione possono accedere senza autorizzazioni di sorta (il regime eventuale dell’invalidità propone un problema di controllo successivo della disposizione e non di libertà a porre in essere il contratto).

Superata, dunque, la tesi della transazione, i limiti imposti alla disposizione di interessi realizzabili con il lodo irrituale non dovrebbero più essere misurati alla stregua dell’art. 2113 cod. civ. e, pertanto, se non fuori certamente ai confini della logica giuridica appare l’attuale sistema, che al regime delle invalidità di tale norma si approssima, piuttosto che non un progetto tendente a scostarsene.

Posto che già in base all’art. 5 della legge n. 533/73 e alle altre norme legali istitutive di

note

(37) Cecchella, *L’arbitrato sui licenziamenti dopo la riforma, op. e loc. cit.*, pagg. 217-218.

(38) Ascarelli, *Arbitri e arbitratori*, in *RDPC*, 1929, I, pag. 309.

(39) Santoro-Passarelli F., *La transazione*, Napoli, 1963, pag. 53.

(40) Santoro-Passarelli F., *op. cit.*, pagg. 49-50.

arbitrati irrituali del lavoro è consentito, per quanto si è detto, il ricorso all'equità nei limiti dell'inderogabilità delle norme legali e collettive deve dunque ritenersi che l'ammissione esplicita del lodo di equità, che il disegno di legge del CNEL intende introdurre, non debba più misurarsi con il profilo della predetta inderogabilità (così da un esame congiunto dell'art. 412 *quater*, co. 2, e dell'art. 412 *quinquies* co. 1).

In assenza di una precisazione testuale ed anzi nell'ampiezza terminologica del dettato, il disegno di legge può creare — semmai — qualche problema interpretativo per quanto concerne l'equità sostitutiva.

Nessun dubbio circa la sua ammissibilità; qualche riflessione in ordine all'ampiezza. Ritenuto che l'equità, come più volte si è detto, è regola giuridica (41), *nulla quaestio*, infatti, laddove essa si presenti in funzione interpretativa dell'ordinamento mentre potrebbero sorgere problemi quando essa si ponga a correzione o, addirittura, a contrasto rispetto a quelle rientranti tra le fonti di cui all'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile.

Ancorchè non direttamente richiamabile, dal momento che versiamo in materia di arbitrato irrituale, può contrattualmente esserci utile ricordare che l'art. 114 cod. proc. civ., assegnando al giudice il potere — dovere di decidere la causa secondo equità, quando le parti gliene facciano concorde richiesta, si riferisce all'equità sostitutiva, così come ad una pronuncia di equità sostitutiva nell'arbitrato rituale si riferisce l'art. 822 cod. proc. civ.

L'una e l'altra norma, comunque, trovano un limite nella disponibilità dei diritti su cui la decisione deve incidere (così esplicitamente l'art. 114 e, attraverso la lettura collegata dell'art. 806, l'art. 822).

La sostituzione dell'equità al diritto viene così ad essere limitata ai casi in cui le regole di diritto siano regole dispositive.

Nel disegno di legge del CNEL il lodo irrituale d'equità può spingersi anche contro “le disposizioni inderogabili di legge”, secondo una formula che sembrerebbe a prima vista ampliare il raggio operativo dell'equità sostitutiva.

Ove, però, si ponga mente al fatto che l'inderogabilità della norma non determina necessariamente, nel diritto del lavoro, un'assoluta indisponibilità dei diritti ma soltanto una particolare modalità nel cui rispetto la disposizione deve esercitarsi (questa è, nella dottrina e nella giurisprudenza largamente prevalente, la conclusione che si trae dagli artt.

2113 cod. civ., 410, 411 e 420 cod. proc. civ.) sembra doversi concludere che i progettati artt. 412 *quater* e 412 *quinquies* non si spingano fino a consentire all'equità uno spazio comprendente la sfera dell'indisponibilità in senso pieno.

I confini di quest'ultima sono spesso tracciati direttamente da norme costituzionali in forma tale che la legge non possa in alcun modo violarli (così, ad esempio, l'art. 36, co. 3, Cost., stabilisce l'assoluta irrinunciabilità del diritto del lavoratore al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite, con ciò steso escludendo che il legislatore ordinario possa consentire alle parti deroghe di sorta) o, comunque, in modo da far comprendere la volontà del costituente di escludere che la disciplina minima legale possa essere infranta dalla disposizione contrattuale (così, per ritornare all'art. 36 — in questo caso al comma 2 — aver demandato al legislatore la statuizione sulla durata massima della giornata lavorativa è indizio di una riserva di legge assoluta e invalicabile).

Affermare, d'altra parte, che “le disposizioni inderogabili di legge” contro le quali può spingersi, inoppugnabilmente, l'equità sostitutiva di cui al disegno di legge CNEL comprendano le norme costituzionali sembra scorretto anche dal punto di vista dell'ormai convalidato principio interpretativo che impone di leggere la norma nel senso più idoneo a mantenerla nell'ordinamento, che è quello più consentaneo alla Costituzione.

L'impugnabilità del lodo irrituale d'equità rimarrebbe, dunque, quanto meno nei casi in cui l'indisponibilità assoluta degli interessi in conflitto sia direttamente riconducibile alla Corte Costituzionale; ma resterebbe, ad avviso di chi scrive, anche quando la norma di legge ordinaria contrastata dall'equità trovi, comunque, origine in un'area di protezione costituzionale dell'interesse di cui si vorrebbe disporre.

Di regole legali ricollegabili a valori espressi dalla Costituzione il diritto del lavoro è ricco. Si pensi, soprattutto, alle leggi che valorizzano il lavoratore come persona e che sono, *lato sensu*, ispirate all'art. 3, co. 2, o più riconducibili ad altre precise norme costituzionali (dalla parità uomo — donna, alla tutela di minori, ai diritti sindacali, alla retribuzione sufficiente).

(41) Hernandez, *Il problema dell'arbitrato*, op. cit., pag. 154 e segg. ed *ivi* bibliografia.

Arbitrato ed equità
Salvatore Hernandez

L'individuazione di tali regole si inserisce sicuramente, pur senza esaurirla, nell'area dell'assoluta indisponibilità, che può trovare la sua ragion d'essere anche nella stessa fonte legale ordinaria.

L'apprezzamento su tale assolutezza, spetterà, ovviamente, all'interprete che dovrà ricavarlo dalla *ratio* della norma e, in particolare dal rilievo che questa intende riconoscere alla natura dei diritti regolati.

Bibliografia

- Andrioli** (1974), *Arbitrato irrituale*, in Proto Pisani, Pezzano, Barone, Andrioli, *Le controversie in materia di lavoro. Con legge 11 agosto 1973, n. 533*, Bologna-Roma.
- Ascarelli** (1929), *Arbitri e arbitratori*, in *RDPC*, I.
- Barone** (1987), *Gli arbitrati e le conciliazioni stragiudiziali*, in AA.VV., *Le controversie in materia di lavoro, 2ª ed.*, Roma-Bologna.
- Bonfante** (1905), *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolatrici dei loro rapporti, ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *RD Comm*, II.
- Cecchella** (1990), *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano.
- Cecchella** (1991), *L'arbitrato sui licenziamenti dopo la riforma*, in *RIDL*, I.
- Fazzalari** (1968), *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *RDP*.
- Fazzalari** (1984), *Primo incontro con una lieta novella*, in *Rass. Arb.*
- Fazzalari** (1984), *Una buona novella*, in *RDP*.
- Grandi** (1963), *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano.
- Hernandez** (1990), *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova.
- Levoni** (1965), *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *RTDPC*.
- Mazzarella** (1968), *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova.
- Montesano e Mazziotti** (1974), *Le controversie di lavoro e della sicurezza sociale. Commento alla legge 11 agosto 1973, n. 533*, Napoli.
- Pera** (1971), *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo Statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*.
- Perone** (1979), *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *DL*, I.
- Punzi** (1973), *L'arbitrato del diritto italiano*, in *RDComm*, I.
- Punzi** (1983), *La riforma dell'arbitrato (Osservazioni a margine della legge 9 febbraio 1983 n. 28)*, in *RDP*.
- Santoro-Passarelli F.** (1963), *La transazione*, Napoli.
- Satta** (1931), *Contributo alla teoria dell'arbitrato*, ora nella ristampa della prima edizione, presentata da Carlo Furno, Milano, 1969.
- Tarzia** (1980), *Manuale del processo del lavoro*, Milano.

Impugnabilità e inoppugnabilità degli arbitrati in materia di lavoro

Mario Grandi

Sommario

1. Il sistema delle impugnative arbitrali: una questione preliminare. **2.** I motivi di impugnazione dei lodi rituali. **3.** Esclusione della facoltatività del procedimento arbitrale. **4.** Violazione e falsa applicazione di norme collettive. **5.** Competenza in tema di impugnazione. **6.** L'impugnazione dei lodi irrituali: osservazioni generali. **7.** Impugnazione per nullità del lodo irrituale. **8.** Impugnazione per annullabilità del lodo irrituale. **9.** Irrilevanza dell'errore di diritto. **10.** Irrilevanza della manifesta iniquità. **11.** Un caso di inoppugnabilità del lodo? **12.** Legittimazione attiva all'impugnazione del lodo irrituale per violazione di norme inderogabili. **13.** L'impugnazione dei lodi irrituali secondo una recente proposta di riforma del Cnel.

1. Il sistema delle impugnative arbitrali: una questione preliminare.

Una questione preliminare deve essere chiarita in sede di qualificazione tecnica del sistema impugnativo in materia di arbitrati. È la questione, di assai discusso rilievo teorico-costruttivo, connessa alla prospettabilità di uno schema unitario d'inquadramento dell'attività arbitrale come modulo di "giustizia cognitiva privata", idoneo a superare le nozioni distinte di ritualità e irritualità, proprie della nostra tradizione processuale.

È evidente, infatti, che la possibilità di una costruzione unitaria (o tendenzialmente unitaria) delle esperienze arbitrali condiziona, nelle sue soluzioni tecniche, il sistema delle impugnative, per il conseguenziale collegamento del sistema alla tipologia difforme o conforme dei lodi. In particolare, la "processualizzazione" dell'attività di giudizio, come elemento comune delle tipologie arbitrali, porta ad identificare aree affini o fortemente analogiche di motivi d'impugnazione, tali da giustificare una loro solidale trattazione.

Una siffatta possibilità, di dubbia consistenza in altri settori dell'esperienza arbitrale, con riguardo all'esperienza e alla disciplina degli arbitrati in materia di lavoro appare un'inutile forzatura, dovendosi considerare, allo stato del sistema positivo, la distinzione tra forma rituale e forma irrituale una differenza tipologica non riducibile ad unità.

Le ragioni di tale irriducibilità sono molteplici. Mi limito qui a ricordare quelle di diritto positivo. Vi è il dato terminologico, che ha una precisa e costante tradizione testuale (art. 7 ult. comma 1. n. 604 / 1966; artt. 4 e 5 l. n. 533, 1973; art. 147 disp. attuaz. c.p.c.); vi è, inoltre, il dato sistematico, connesso alla diversa collocazione dei disposti cui agli artt. 4 e 5 l. n. 533 / 1973 (l'art. 5 sull'arbitrato irrituale è norma extrasistemica rispetto alla disciplina dell'arbitrato rituale nel codice di rito art. 808, commi 2 e 3).

Ma la ragione decisiva si coglie proprio nella diversità dei regimi impugnativi, in cui si riflette la differenza di natura, e quindi di effetti, tra forma rituale e forma irrituale di composizione arbitrale. Tale diversità (che giustifica la riduzione della qualifica tecnica del regime impugnativo ai soli arbitrati rituali) è un dato oggettivo del sistema, e non può essere risolta con strategie ricostruttive fondate su assimilazioni soltanto estrinseche o puramente

**Arbitrato:
impugnabilità
e inoppugnabilità**
Mario Grandi

analogiche dei motivi invalidanti (strategie poggianti sulla premessa indimostrata dell'unità tipologica dei giudizi arbitrali come procedimenti puramente cognitivi).

Il tema delle impugnazioni conferma le ragioni tecniche e sistematiche della distinzione tra forma rituale e forma irrituale dei procedimenti arbitrali. Non si tratta, però, di una semplice distinzione di forma o di procedimento; essa rispecchia una irriducibile diversità di sostanza e di funzioni nell'attività di composizione delle liti. L'arbitrato rituale opera nel campo del giudizio sulla situazione giuridica controversa; l'arbitrato irrituale opera nel campo della disposizione negoziale. Proprio per questo le regole poste a garanzia dell'attività di giudizio — attività privata di giudizio — sono diverse, e profondamente diverse, da quelle che qualificano i limiti dell'attività dispositiva del terzo, che opera fuori dell'accertamento, sul piano dell'autonomia privata negoziale.

2. I motivi di impugnazione dei lodi rituali.

La specialità della disciplina dell'arbitrato rituale in materia di lavoro comporta la rilevanza di motivi specifici di nullità accanto a quelli previsti in generale dall'art. 829 c.p.c. La *ratio* politica di questi motivi ulteriori si collega all'opzione restrittiva del legislatore, spiegabile con l'intento di non valorizzare l'arbitrato come strumento di concorrenza rispetto alla giurisdizione ordinaria.

Vi è, anzitutto, da considerare il motivo concernente la materia ammessa al giudizio arbitrale, che è circoscritto alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. e con esclusione delle controversie in tema di previdenza e di assistenza obbligatorie (art. 147 disp. attuaz. c.p.c.). Vi è, poi, da considerare il requisito della precostituzione collettiva del procedimento arbitrale, cioè la sua derivazione da clausola compromissoria collettiva (art. 808; comma 2, c.p.c.). Tale clausola è viziata da nullità quando autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità ovvero dichiarare il lodo non impugnabile.

Tutte queste ipotesi si risolvono in vizio di nullità del patto compromissorio collettivo, e rientrano nella previsione di cui all'art. 829, comma 1, n. 1 c.p.c. Nel caso di clausola compromissoria esorbitante dai limiti oggettivi disposti dalla disciplina speciale, che è disciplina inderogabile, la nullità dipende da illiceità dell'oggetto (artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c.). Così, nell'ipotesi di non precostituzione collettiva, cioè di assenza di clausola compromissoria collettiva, la nullità deriva dalla violazione del limite inderogabile di cui al 2° comma dell'art. 808 in relazione all'art. 806, nella cui formulazione il richiamo ai previgenti artt. 429 e 459 deve intendersi sostituito con l'altro agli artt. 409 e 442 attualmente vigenti. Si tratta di una fattispecie di nullità del patto compromissorio per difetto del tipo tassativamente previsto di fonte genetica o autorizzativa del procedimento arbitrale, comprensibile anche della clausola compromissoria individuale.

Per ciò che concerne il vizio di nullità dipendente da autorizzazione a pronunciare secondo equità, si tratta di una deroga restrittiva alla disciplina dell'arbitrato rituale ordinario (art. 822 c.p.c.), la cui *ratio* consiste nella limitazione dei poteri determinativi dell'arbitro all'applicazione delle sole regole di diritto (art. 829, comma 2), comprese le disposizioni dei contratti collettivi e con riferimento anche alle norme dispositive. Esclusa la rilevanza del vizio di nullità in caso di non menzione, nel patto compromissorio collettivo, del divieto di poteri equitativi, l'impugnazione del lodo è sempre consentita in caso di autorizzazione testuale a decidere secondo equità indipendentemente dal fatto che l'arbitro si sia avvalso o meno di tale autorizzazione. La nullità del patto dipende, infatti, dalla mera previsione testuale dell'autorizzazione, non dell'attuazione in concreto di un giudizio equitativo. Tale previsione è assorbita nell'ipotesi di nullità di cui al n. 1, comma 1°, dell'art. 829, mentre il concreto giudizio equitativo, in assenza di autorizzazione, è violazione del combinato disposto dell'art. 808 ult. comma con l'art. 829 ult. comma.

Le stesse considerazioni possono riferirsi al vizio di nullità dipendente da dichiarazione di non impugnabilità del lodo, la cui *ratio* restrittiva rispetto alla disciplina generale (art. 829 ult. comma) muove dall'esigenza di consentire in ogni caso il controllo giudiziario sull'attività arbitrale, anche quando essa si riferisca a situazioni giuridiche disponibili. Qui, come nella fattispecie di violazione del divieto di pronunciare secondo equità, la dichiarazione di non impugnabilità del lodo si risolve nel vizio di nullità del patto compromissorio di cui al già citato n. 1, comma 1°, dell'art. 829.

3. Esclusione della facoltatività del procedimento arbitrale.

L'articolo 808, comma 2, commina espressamente la sanzione di nullità nel caso in cui l'organizzazione del procedimento arbitrale preveda preclusioni alla facoltà di adire l'autorità giudiziaria.

Anche qui la *ratio* della norma è di significato restrittivo, nel senso dell'esclusione, in sede di precostituzione del giudizio arbitrale, di un qualsiasi limite alla possibilità di preferire ad esso la cognizione ordinaria. Non basta il semplice silenzio ad invalidare il patto collettivo compromissorio; occorre l'esplicita previsione dell'obbligatorietà del procedimento arbitrale, risultante anche dall'impedimento o dal limite ad adire il giudice.

L'espressa esclusione della facoltatività del procedimento arbitrale, essendo colpita testualmente da nullità (art. 808; comma 2), più che dar luogo ad invalidità assoluta per violazione di norma inderogabile, rientra nelle ipotesi di contratto nullo, di cui al 3° comma dell'art. 1418 c.c. Si tratta di un effetto di nullità, che travolge l'intero patto compromissorio, per il carattere essenziale delle clausole di esclusione; non si determina, pertanto, la salvezza parziale del patto *ex art.* 1419, comma 1, c.c., nè l'effetto della sostituzione automatica (art. 1419, comma 2), trattandosi di un'ipotesi testuale di nullità pura e semplice.

Sotto il profilo del sistema impugnativo, il motivo di nullità, in quanto inficia la clausola compromissoria, rientra nella più volte citata disposizione di cui al n. 1, comma 1°, dell'art. 829. La parte, che vi abbia interesse, può far valere il predetto motivo in sede di impugnazione del lodo arbitrale, indipendentemente dal comportamento tenuto nel corso del procedimento e nonostante qualunque rinuncia. Non è, però senza pratica utilità, in caso di tempestiva scoperta del vizio, l'eccezione fatta valere nel corso del procedimento, non solo per evitare le complicazioni connesse alla successiva invalidazione del lodo, ma per consentire alla parte, che vi abbia interesse, l'esercizio del diritto di preferire il giudizio ordinario al giudizio arbitrale anche a procedimento già iniziato. In questa ipotesi, trattandosi di procedimento non sorretto da un valido patto compromissorio, non vi è consumazione della facoltà di adire il giudice, facoltà legittimamente esercitabile in ogni momento del procedimento medesimo.

4. Violazione e falsa applicazione di norme collettive.

L'arbitrato rituale in materia di lavoro non solo non preclude la facoltà delle parti di preferire il giudizio ordinario, ma deve svolgersi secondo le norme di diritto, non essendo consentita l'autorizzazione a decidere *ex bono et aequo*. L'osservanza delle norme collettive è assimilata all'osservanza delle norme di diritto, ai fini dell'impugnazione della sentenza arbitrale per le nullità previste dall'art. 829 c.p.c.

La *ratio* protettiva della norma (art. 808, comma 3) non è di facile spiegazione. Essa appare eccessiva e, al tempo stesso, contraddittoria. Eccessiva non solo per questa singolare assimilazione, sotto il profilo dell'*error in iudicando*, di norme appartenenti a fonti qualitativamente diverse, ma per la non distinzione, specie con riferimento alla fonte collettiva, tra discipline derogabili e discipline inderogabili. Al giudizio arbitrale rituale, sotto questo aspetto, sono imposti limiti più rigorosi di quelli previsti per il giudizio ordinario, in cui l'osservanza delle norme dei contratti collettivi configura una questione di fatto, come si argomenta dall'art. 425 ult. comma c.p.c., soggetta, pertanto, all'onere di allegazione e sottratta al sindacato del giudice di cassazione.

Contraddittoria perché, mentre il motivo speciale rileva ai fini dell'impugnazione nel giudizio di merito sulla sentenza arbitrale, non rileva ai fini del giudizio di cassazione sulla sentenza di merito, essendo il ricorso ammissibile solo per violazione e falsa applicazione di "norme di diritto" (art. 360, n. 3, c.p.c.). Nel giudizio di cassazione, l'eventuale vizio di difformità dalle regole contrattuali, inficiante la sentenza arbitrale dichiarata nulla, può soltanto indirettamente influire sull'area dei motivi di cui al n. 5 dell'art. 360.

Parlare di superfluità della norma (art. 808 ult. comma) appare inesatto. Infatti, nella nozione processualistica di osservanza delle "regole di diritto" non rientrano le regole contenute nei contratti collettivi in quanto fonti privatistiche del rapporto, come si argomenta dalla loro esclusione dal motivo d'impugnazione consistente nell'errore di diritto del giudice di merito (art. 360, n. 3; art. 113). Occorre, pertanto, un'esplicita previsione per

Arbitrato:
impugnabilità
e inoppugnabilità
Mario Grandi

**Arbitrato:
impugnabilità
e inoppugnabilità**
Mario Grandi

assimilare l'errore di diritto su norme collettive all'errore di diritto su norme legali, sia pure ai fini limitati dell'impugnazione della sentenza arbitrale in materia di lavoro.

La violazione e falsa applicazione di norme contrattuali non si riferisce soltanto al contratto collettivo, in cui la clausola compromissoria è contenuta, ma al complessivo regolamento negoziale, che si applica al rapporto controverso. Il punto di riferimento per valutare l'eventuale errore di diritto dell'arbitro su norme collettive non può che essere tale complessivo regolamento, nei suoi aspetti sostanziali e strumentali.

5. Competenza in tema di impugnazione.

Il lodo rituale, viziato da nullità per i motivi enunciati, è impugnabile davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro (art. 433, comma 1 c.p.c.) nella cui circoscrizione è il pretore del luogo in cui è avvenuto il deposito del lodo medesimo (art. 825, comma 2, come modificato dall'art. 2 l.n. 28 / 1983), cioè in cui esso è stato deliberato. L'impugnativa è proposta mediante deposito, nella cancelleria del tribunale, del ricorso contenente l'esposizione sommaria dei fatti e i motivi specifici nonché le indicazioni prescritte dall'art. 414 c.p.c. (v. art. 434), entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza arbitrale (art. 828). Si applicano le norme sul procedimento di cui agli artt. 435 segg. c.p.c.

Se l'impugnazione è accolta, il tribunale dichiara con sentenza la nullità del giudizio arbitrale; se la causa è in condizione di essere decisa, pronuncia anche nel merito (art. 830, comma 1). La sentenza arbitrale in materia di lavoro è impugnabile per revocazione ai sensi dell'art. 831 c.p.c.

6. L'impugnazione dei lodi irrituali: osservazioni generali.

L'inquadramento sistematico dell'arbitrato irrituale in materia di lavoro nell'area della disposizione negoziale delle liti comporta l'irriferevolezza, anche soltanto analogica, dei motivi d'impugnazione specificatamente previsti per i lodi rituali, che si caratterizzano per un'attività di giudizio, suscettibile di assumere gli effetti propri del giudizio ordinario (art. 825, comma 5). È proprio questa idoneità a spiegare, in termini di *ratio* tecnica, l'obbligo di osservanza, nella forma rituale di arbitrato, di criteri di procedimento e di decisione, tesi a garantire la funzione di giudizio dell'attività arbitrale. Sotto questo aspetto, la qualificazione tecnica del regime impugnativo per i lodi irrituali si risolve in una improprietà terminologica, non essendovi un giudizio suscettibile di revisione.

I motivi di impugnazione dei lodi irrituali non rispondono alla caratteristica funzione di giudizio privato. La funzione dell'attività arbitrale irrituale si colloca nella sfera dell'autonomia negoziale dispositiva: l'arbitro non dichiara la regola della situazione giuridica controversa, o meglio, non è vincolato all'accertamento *stricto iure* di tale regola, ma crea una regola nuova, disponendo della situazione medesima.

Proprio il motivo specifico di invalidazione del lodo, consistente nella violazione di norme inderogabili (art. 5, comma 2, l. n. 533 / 1973), conferma la funzione dispositiva, non dichiarativa della determinazione arbitrale, poiché un atto puramente cognitivo non ha idoneità a modificare la situazione giuridica nel senso della non-conformità alla regola inderogabile.

I predetti motivi vanno ricercati, anzitutto, sul terreno delle norme generali, che regolano il sistema di inefficacia e invalidità degli atti di autonomia negoziale (artt. 1414 segg., artt. 1418 segg.; artt. 1425 segg. c.c.). I vizi invalidanti possono incidere sui vari profili, che caratterizzano il fenomeno arbitrale irrituale come complesso procedimento negoziale, cioè il patto compromissorio, il contratto parti-arbitri, l'atto determinativo finale. Ciascuno di questi momenti, in cui si articola il procedimento, che è una sequenza combinata di atti negoziali, può essere affetto, secondo le regole generali, da un motivo di inefficacia o di invalidità (nullità o annullabilità).

Sotto questo riguardo, gli arbitrati irrituali si comportano diversamente dagli altri negozi dispositivi, conclusi in sede di conciliazione delle controversie di lavoro, per i quali sono fatte salve, rispetto all'esenzione della speciale impugnativa di cui all'art. 2113 c.c., le ordinarie azioni di invalidazione.

La tipicità degli arbitrati irrituali non si esaurisce sul terreno della negozialità, che essi condividono con altri atti di composizione privata delle liti (conciliazioni e transazioni).

Una tale tipicità va ricostruita sulla base degli specifici assetti disciplinari, che caratterizzano

l'ordinamento positivo degli arbitrati irrituali in materia di lavoro. Sotto questo aspetto, la previsione di speciali vizi di invalidazione, e, quindi, di impugnazione dei lodi irrituali, rivela un tratto caratteristico dell'autonomia del procedimento compositivo, in quanto modo di risoluzione delle liti sul piano sostanziale, destinato perciò a subire i limiti connessi al sistema protettivo inderogabile.

**Arbitrato:
impugnabilità
e inoppugnabilità**
Mario Grandi

7. Impugnazione per nullità del lodo irrituale.

Oltre i vizi di nullità di carattere generale, inficianti l'attività arbitrale irrituale come attività negoziale, rilevano ipotesi specifiche di nullità, risultanti dalla violazione del principio di facoltatività del procedimento o della norma sulle fonti autorizzative o dalla violazione di discipline inderogabili sull'assetto protettivo dei rapporti di lavoro. La violazione delle norme di primo tipo ha carattere essenzialmente procedimentale: attiene alla costituzione e al modo di funzionamento della procedura compositiva. La violazione delle norme di secondo tipo assume carattere sostanziale: attiene al modo in cui l'arbitro dispone della situazione giuridica controversa.

Sotto il primo aspetto, viene in considerazione l'ipotesi di nullità, benché non testualmente prevista, connessa all'esplicita o implicita previsione della non facoltatività del procedimento arbitrale, e, quindi, del divieto di preferire ad esso il giudizio ordinario (art. 5, comma 1, l.n. 533 / 1973). La norma sulla salvaguardia della facoltà di adire il giudice ordinario ha, senza alcun dubbio, carattere imperativo. La sua violazione, determinata non dall'omissione della clausola di salvezza, ma della sua esplicita o implicita deroga, produce effetti invalidanti sulla procedura arbitrale irrituale, che sotto il profilo dell'inquadramento tipologico, potrebbero essere ricondotti anche alla sanzione di annullabilità o a quella della sostituzione automatica (con l'automatica inserzione della facoltà di attivare il giudizio ordinario). L'effetto dell'annullabilità conseguirebbe all'inclusione della fattispecie di violazione nella previsione di inosservanza di norme inderogabili, di cui al comma 2 del citato art. 5. L'ipotesi dell'inserzione automatica, non contrastata dall'assenza di una testuale sanzione di nullità, presupporrebbe, tuttavia, la non essenzialità, nel patto compromissorio, della clausola preclusiva della facoltà di attivare il giudizio ordinario. Non essenzialità difficile da sostenere in via presuntiva, poiché anche qui, come nell'ipotesi di arbitrato rituale, la clausola preclusiva inficia l'intero patto compromissorio.

Ritengo che si debba optare per la sanzione di nullità. La garanzia giudiziaria, munita di protezione costituzionale (art. 24, comma 1, e 102, comma 1, Cost.), rappresenta un limite rigido al potere di disposizione delle parti collettive, in relazione ai diritti e agli interessi protetti, nei rapporti di lavoro, da discipline inderogabili. Si tratta, quindi, di una protezione forte della facoltà di accesso al giudice ordinario, la cui violazione non può che comportare una sanzione proporzionata alla gravità della prerogativa violata.

Peraltro, la salvaguardia dell'azione giudiziaria deve poter operare in ogni situazione in cui si preveda un procedimento compositivo della controversia funzionalmente alternativo al potere decisorio del giudice ordinario. Sotto questo aspetto, appare irrilevante l'elemento di forma relativo alla ritualità o irritualità del procedimento compositivo, e, entro certi limiti, dello stesso modo di composizione della lite. L'elemento rilevante è la funzione alternativa del procedimento compositivo rispetto alla cognizione ordinaria. È in ordine a questo dato funzionale che è posta l'esigenza di non pregiudicare, negli arbitrati in materia di lavoro, l'azione giudiziaria, salvaguardando il diritto di preferenza delle parti.

Una ipotesi rafforzata di invalidità degli arbitrati, sia rituali che irrituali, è prevista dall'art. 147 disp. attuaz. c.p.c. in materia di previdenza e assistenza obbligatorie. Pur espressa sotto la forma, tecnicamente discutibile, di privazione di efficacia sostanziale e processuale, si tratta di una fattispecie di invalidità assoluta dei procedimenti arbitrati per il fatto stesso di avere ad oggetto norme del sistema previdenziale obbligatorio. Per l'arbitrato rituale il divieto di patto compromissorio individuale è già contenuto nell'art. 806 c.p.c., con il richiamo (novellato) alle controversie di cui agli artt. 442 segg. Anche qui il motivo dell'invalidazione consiste più che nel carattere imperativo delle norme previdenziali (arg. ex art. 2115, comma 3, c.c.), nell'esclusione, in questa materia, di forme compositive alternative alla cognizione ordinaria, che è assunta come mezzo esclusivo di composizione delle liti.

Ritengo che si debba optare per la sanzione di nullità anche nell'ipotesi di arbitrato irrituale non autorizzato, non previsto, cioè, da un patto compromissorio collettivo o dalla legge. Una più attenta riflessione sul punto mi induce a modificare l'opinione, secondo cui la predetta

**Arbitrato:
impugnabilità
e inoppugnabilità**
Mario Grandi

ipotesi sarebbe riconducibile ad un effetto di annullabilità *ex art. 5, comma 2*. La ragione di una diversa conclusione risiede nell'autonomia della previsione, di cui all'art. 5 comma 1, in tema di fonti costitutive del procedimento arbitrale. La violazione del precetto inderogabile sulle fonti, il cui motivo sociale consiste nella salvaguardia di un preordinato (collettivamente o legalmente) procedimento arbitrale, dà luogo ad un'ipotesi di nullità assoluta *ex art. 1418 c.c.*, che colpisce anzitutto il patto compromissorio (rendendo, di conseguenza, invalido l'eventuale lodo pronunciato), e non ad un'ipotesi di invalidità relativa *ex art. 5 comma 2*, trattandosi di fattispecie non assorbibile in quest'ultima previsione, in quanto vizio specifico del procedimento costitutivo e non del lodo.

8. Impugnazione per annullabilità del lodo irrituale.

Al procedimento di arbitrato irrituale, in quanto fenomeno negoziale, si applicano le ordinarie azioni in tema di annullabilità per vizi del consenso (artt. 1427 segg. c.c.), incapacità legale (artt. 428 e 1425 c.c.) o per eccesso di potere (arg. *ex art. 1711 c.c.*). Come avviene per i negozi dispositivi di cui all'art. 2113, comma 1, c.c., le impugnazioni ordinarie non sono assorbite dalla speciale impugnazione, di cui all'art. 5, comma 2, ma si aggiungono ad essa.

La specialità della norma generale in tema di arbitrato irrituale si coglie soprattutto nel motivo di impugnabilità del lodo per "violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi". Il richiamo, nel 3° comma dell'art. 5 citato, all'osservanza delle disposizioni di cui al 2° e 3° comma dell'art. 2113 c.c. rende plausibile l'ipotesi che il vizio configurato produca un effetto di annullabilità e non di nullità.

Per l'arbitrato irrituale la fattispecie di violazione di disposizioni inderogabili non designa un *error in iudicando*, di cui, peraltro, risulterebbe incomprensibile il limite selettivo della inderogabilità, ma qualifica, come avviene per i negozi dispositivi di cui al 1° comma dell'art. 2113, un vizio sostanziale del lodo come atto volitivo, come disposizione della situazione giuridica controversa, vizio che attiene alla difformità dell'assetto di interessi disposto dall'arbitro rispetto a quello garantito dalla norma inderogabile. Il significato logico-formale del vizio consistente nella violazione di norme inderogabili si coglie appieno se si configura il lodo irrituale come determinazione dispositiva, non come giudizio o come atto meramente intellettuale, che non ha attitudine a modificare la situazione sostanziale, e che, a differenza della disposizione, ammette sempre il confronto tra la situazione preesistente e quella decisa dall'arbitro.

A differenza, però dell'impugnazione della sentenza arbitrale per *error in iudicando*, l'impugnazione del lodo irrituale per il vizio indicato non ammette alcun controllo di conformità del regolamento dispositivo contenuto nel lodo alla situazione preesistente, ma soltanto assoggetta tale regolamento alla possibilità di invalidazione *ex post* per violazione di discipline inderogabili. Si tratta di un limite sostanziale all'attività compositiva del terzo, non di un vincolo al procedimento logico inerente alla formazione di un giudizio sulla situazione giuridica controversa. La violazione di norme inderogabili è un criterio oggettivo, che attiene alla valutazione del risultato dell'attività compositiva rispetto alla disciplina applicabile al rapporto controverso; non inerisce al modo di formazione di tale attività in relazione alla situazione controversa, che è posta fuori causa dall'assetto regolativo deciso dal terzo.

9. Irrilevanza dell'errore di diritto.

Un aspetto intensamente problematico del procedimento di arbitrato irrituale concerne la rilevanza dell'errore di diritto come motivo di impugnazione del lodo per annullabilità (art. 1428, n. 4, c.c.). La questione è sensibilmente pregiudicata dal contrasto, tuttora aperto, tra concezioni processualistiche e concezioni sostanzialistiche del fenomeno arbitrale irrituale, contrasto che è alla base di divergenti orientamenti circa l'ambito di rilevanza dell'errore di diritto nella formazione del lodo.

Un primo effetto della rilevata divergenza è l'accoglimento di versioni concettuali non univoche dell'errore di diritto, identificato, di volta in volta, alla falsa rappresentazione dei fatti o al "travisamento" dei medesimi o all' "errore di giudizio". È bene subito chiarire che l'"errore di giudizio", in quanto *error in iudicando*, con conseguente vizio logico del giudizio (v. art. 360, n. 3 e n. 5, c.p.c.), non è rilevante nella formazione del lodo irrituale, poiché

questo, a differenza della sentenza o del lodo rituale, non ha funzione di giustizia in senso proprio, cioè dichiarativa del *quid iuris* sul rapporto controverso, ma dispositiva in senso lato, cioè creativa di un nuovo regolamento sostanziale del rapporto medesimo. Il motivo speciale d'impugnazione, consistente nella violazione di norme inderogabili, assorbe e supera qualsiasi erronea rappresentazione che, in ordine alla disciplina legale o contrattuale della situazione controversa, possa aver influenzato la determinazione dispositiva del terzo. L'errore di diritto, così come l'errore di fatto, per essere rilevante ai fini dell'annullabilità del lodo irrituale, deve corrispondere, nella sua incidenza sul processo formativo della volontà arbitrale, non solo ai requisiti tipici di rilevanza (essenzialità e riconoscibilità), ma alla natura propria dell'atto di composizione della controversia, in cui il lodo si risolve. Ora, tale atto mira, con la collaborazione del terzo, a comporre la situazione litigiosa nei termini in cui è stata assunta dalle parti. L'errore sui termini controversi (*capita controversa*) della situazione non può mai essere imputato al terzo, cui la lite è rimessa, trattandosi del dato incerto della situazione stessa, qual'è stata retrospettivamente assunta dalle parti. L'incidenza dell'errore sui *capita controversa*, alla stessa stregua dell'errore nel contratto di transazione (come prototipo dei negozi compositivi della lite), si risolve in un'erronea valutazione (degli elementi controversi) della situazione preesistente (arg. ex art. 1969 c.c.). Erronea valutazione irrilevante, attesa la funzione dispositiva propria dell'atto compositivo della lite ad opera del terzo. Di qui l'irrevocabilità del regolamento della situazione litigiosa disposto dall'arbitro, regolamento insuscettibile di un riesame nel merito (se non nei limiti in cui risulti in violazione di discipline inderogabili). Di fatto risultano insindacabili i criteri interni di valutazione impiegati dal terzo per comporre la situazione litigiosa.

Diverso rilievo assume, invece, nel processo formativo della determinazione arbitrale, l'eventuale errore (di diritto o di fatto) essenziale sui presupposti o sugli elementi non controversi della situazione litigiosa. In questa ipotesi, la falsa rappresentazione di un *caput non controversum* (ad es., l'ammissione di un fatto concordemente negato dalle parti; il travisamento di un titolo giuridico incontestabilmente risultante dagli atti) incide (artt. 1429 e 1430) sulla validità del lodo arbitrale in quanto atto volitivo.

L'errore è rilevante quando il lodo arbitrale sia il risultato di una percezione alterata dei dati di fatto non controversi, sottoposti all'esame dell'arbitro.

10. Irrilevanza della manifesta iniquità.

Di non minore problematicità si presenta la questione della giustizia del lodo irrituale. Anche su questo profilo, il richiamo analogico a categorie proprie del processo porta ad accreditare formule sistematiche d'inquadramento dell'attività arbitrale irrituale, tecnicamente estranee alla funzione sostanziale propria dell'istituto. Peraltro, la chiamata in causa dei motivi d'impugnazione, di cui all'art. 1349 c.c., in particolare quello della manifesta iniquità, sbilancia la posizione sistematica dell'istituto sul terreno improprio dell'arbitraggio. La giustizia in senso proprio nulla ha a che vedere con il fenomeno arbitrale irrituale. Proprio l'estraneità al fenomeno dei motivi d'impugnazione, di cui all'art. 829 c.p.c., e l'applicabilità, invece, ai lodi irrituali in materia di lavoro, dello speciale motivo, di cui al 2° comma dell'art. 5 citato, depongono a favore del contenuto di volontà e non di giudizio, dell'atto compositivo del procedimento, che rappresenta l'alternativa alla risoluzione *stricto iure* della lite.

La stessa enfaticizzata "processualizzazione" ha un rilievo funzionale diverso se riferita al fenomeno arbitrale irrituale.

Essa, infatti, non è in funzione della garanzia oggettiva di una corretta attività di giudizio sulla situazione giuridica controversa, ma attiene all'esigenza, voluta dalle parti, di consentire una precisa e circostanziata cognizione dei presupposti e dei termini della situazione stessa. Cognizione che si esaurisce, anche con l'applicazione estrinsecamente analogica di istituti processuali, nell'assunzione dei dati oggettivi, documentali e fattuali, della situazione litigiosa, nella loro esatta certificazione, ma non investe il momento del giudizio sui dati medesimi, poiché la composizione della lite sul terreno della disposizione negoziale assorbe e supera il momento valutativo. Questa preparatoria attività ricognitiva non rileva se non nei limiti già previsti dell'errore essenziale, in quanto vizio perturbativo (del processo di formazione) della volontà negoziale degli arbitri.

Del resto, l'ipotesi della "ritualizzazione" degli arbitrati irrituali è smentita proprio sul punto relativo alla ventilata possibilità di applicare ai medesimi l'impugnativa per manifesta

**Arbitrato:
impugnabilità
e inoppugnabilità**
Mario Grandi

**Arbitrato:
impugnabilità
e inoppugnabilità**
Mario Grandi

iniquità *ex art.* 1349 c.c. Il ricorso a questa figura rafforza per eccesso la concezione sostanzialistica del fenomeno, poiché trasferisce l'attività decisoria del terzo dal terreno proprio della lite a quello dell'integrazione della fattispecie negoziale.

L'attività sostitutiva dell'arbitratore è espressione di un potere dispositivo, il quale, ove sia stato esercitato dal terzo in modo manifestamente iniquo o erroneo, comporta la possibilità di intervento del giudice sul terreno del medesimo potere determinativo dell'elemento mancante o incompiuto della fattispecie negoziale. Non si tratta, però, di un potere determinativo estensibile alle situazioni litigiose.

La diversa funzione dell'arbitrato irrituale non si presta ad una valutazione secondo i criteri propri dell'arbitramento. L'unico vincolo che, in materia di lavoro, l'arbitro deve osservare è quello espressamente previsto della non violazione di norme inderogabili; questo è l'unico limite specifico alla sua libertà di determinazione. Tutto ciò che non incide su questo limite, che è un limite della disposizione negoziale, non del giudizio, è irrilevante.

Il problema della giustizia sostanziale del lodo — ove la “manifesta iniquità” non rilevi come dolo del terzo — può ricevere una risposta di tutela considerando il contesto regolativo concreto, in cui esso si forma. La precostituzione di procedure arbitrali irrituali in sede di contrattazione collettiva fornisce una serie di parametri tipizzati di valutazione, che attengono all'espletamento della concreta attività dispositiva della situazione controversa, e che si prestano ad essere considerati alla stregua delle clausole generali di correttezza e buona fede nell'adempimento del mandato a comporre la controversia. Ciò in aggiunta all'eventuale possibilità di impugnazione del lodo irrituale per eccesso di potere, quando il terzo abbia esorbitato manifestamente dai limiti del mandato (*arg. ex art.* 1711 c.c.)

11. Un caso di inoppugnabilità del lodo?.

A proposito della fattispecie arbitrale, prevista dal 6° comma dell'art. 5 l. n. 108/1990, in tema di licenziamento nelle imprese soggette al regime della stabilità obbligatoria, si è affacciata l'ipotesi secondo cui il deposito del lodo con l'osservanza delle disposizioni, di cui all'art. 411 c.p.c., varrebbe a conferire al medesimo la stessa efficacia delle conciliazioni inoppugnabili ai sensi dell'art. 2113 ult. comma c.c. Peraltro, il lodo irrituale, reso esecutivo con decreto del pretore, acquisterebbe la stessa immunità delle conciliazioni rispetto all'impugnativa, di cui al citato art. 2113.

Questa ipotesi è infondata. Essa deduce l'effetto dell'inoppugnabilità da quello diverso dell'esecutività del lodo, forzando, con un'interpretazione modificativa, il riferimento all'art. 411, che concerne esclusivamente le condizioni e le modalità relative all'acquisto di efficacia esecutiva del lodo stesso. La lettera della legge è, del resto, chiara: l'ultimo comma dell'art. 2113 si riferisce esclusivamente ai negozi compositivi qualificabili come conciliazioni, secondo le tipologie tassativamente previste (come si desume dal richiamo agli artt. 185, 410 e 411 c.p.c.).

Non è corretto argomentare l'inoppugnabilità del lodo, e, quindi, l'ampliamento dell'area di esenzione di cui all'art. 2113 ult. comma, della sua efficacia esecutiva, che non incide sulla qualifica del negozio compositivo, e non lo trasforma in conciliazione. La mediazione del riferimento all'art. 411 si esaurisce sul terreno proprio delle modalità procedurali ai fini dell'esecutività del lodo; non è utilizzabile per dedurre un effetto ulteriore, non consequenziale, quale quello della stabilità del lodo medesimo.

Peraltro, ammesso e non concesso che la predetta ipotesi interpretativa sia esatta, dovrebbe desumersi per implicito la salvezza del lodo irrituale in materia di licenziamenti *ex art.* 2 l.n. 108/1990 soltanto nei riguardi del 1° comma dell'art. 2113, data l'assimilazione del predetto lodo alle conciliazioni, e non nei riguardi del 2° comma dell'art. 5 l.n. 533/1973, in cui il richiamo alle disposizioni dell'art. 2113 è limitato alle modalità procedurali dell'impugnazione. Si determinerebbe, così un'immotivata divaricazione nei regimi sostanziali di invalidazione dei lodi irrituali, per cui il lodo, non provvisto di efficacia esecutiva, sarebbe soggetto ad impugnazione per il motivo della violazione di norme inderogabili, mentre il lodo reso esecutivo sarebbe esente da impugnazioni, ma soltanto nei riguardi del diverso motivo invalidante, consistente nella disposizione di diritti indisponibili. In sostanza, l'equiparazione dei lodi irrituali alle conciliazioni *ex art.* 2113 ult. comma si regge sull'implicito presupposto che anche gli arbitrati irrituali si comportino come conciliazioni. Ciò che, invece, è escluso dalla diversità testuale dei regimi sostanziali di invalidazione.

12. Legittimazione attiva all'impugnazione del lodo irrituale per violazione di norme inderogabili.

**Arbitrato:
impugnabilità
e inoppugnabilità**
Mario Grandi

È opinione diffusa che la legittimazione attiva ad impugnare il lodo irrituale per violazione di norme inderogabili spetti anche al datore di lavoro. Questa tesi è propugnata soprattutto da chi configura il lodo irrituale come giudizio privato, e collega, pertanto, l'interesse all'impugnativa alla situazione di soccombenza dell'attore.

L'opinione esposta, che si avvale, ancora una volta, dell'impiego analogico di categorie processualistiche, non può essere condivisa.

Il richiamo, nel comma 3° dell'art. 5 l. n. 533/1973, alle disposizioni dei commi 2° e 3° dell'art. 2113, pone un'insuperabile difficoltà tecnica al riconoscimento della facoltà di impugnativa del datore di lavoro. Le disposizioni richiamate si riferiscono, nel loro contesto di disciplina, all'impugnazione del lavoratore. Il predetto contesto di disciplina non può essere alterato con interpretazioni modificative non giustificate da precise esigenze logico-sistematiche. I precetti qualificanti di tali disposizioni non lasciano dubbi in proposito, con la previsione sulla decorrenza del termine decadenziale dall'estinzione del rapporto di lavoro e con l'altra sulla possibilità di avvalersi di qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale. Il coordinamento tra il comma 2° dell'art. 5 citato e i commi 2° e 3° dell'art. 2113 acquista coerenza logico-sistematica se si accoglie il risultato interpretativo per cui l'impugnazione per il motivo della violazione di norme inderogabili è riservata al lavoratore, nei cui riguardi opera, nel sistema del diritto del lavoro, la tutela imperativa degli assetti di protezione dei diritti, la cui lesione produce effetti di annullabilità.

Né sembra, peraltro, sostenibile una legittimazione ad impugnare del datore di lavoro sulla base di un interesse connesso alla soccombenza del medesimo, poiché un tale effetto, presupposto più che dimostrato, è estraneo al procedimento di arbitrato irrituale, come fenomeno di composizione negoziale delle liti. La norma speciale sull'impugnativa del lodo prescinde dalla situazione tecnica di soccombenza; essa opera sulla base del vizio oggettivo consistente nella violazione di norme inderogabili della legge o dei contratti collettivi. La rilevanza di questo vizio e la sua impugnazione sono connesse, nel sistema di tutela risultante dal coordinamento tra l'art. 5 e l'art. 2113, ad un interesse tipizzato del prestatore di lavoro, in relazione alla specialità della fattispecie di violazione, quale soggetto "sottoprotetto" e, quindi, più esposto, nella composizione arbitrale della controversia, al rischio di violazione di tutele inderogabili. Si tratta di un'estensione della *ratio* protettiva, che sottostà alla norma sulle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro, estensione, però, vincolata ad una diversa fattispecie di violazione dello *standard* di protezione inderogabile, e non coperta dall'immunità, che determina, invece, la salvezza dei negozi conciliativi.

La limitazione della legittimazione attiva al prestatore di lavoro in ordine alla speciale fattispecie di invalidazione del lodo irrituale, di cui al 2° comma dell'art. 5 citato, non significa che anche il datore di lavoro non possa impugnare in via ordinaria il lodo medesimo, quando vi siano state violazioni di norme procedurali o strumentali, previste da pattuizioni compromissorie collettive. L'inosservanza di tali norme non rientra, come solitamente si opina, nella fattispecie tipica di violazione di cui al sopracitato art. 5, comma 2, proprio per il richiamo, nel comma 3° del medesimo articolo, ai commi 2° e 3° dell'art. 2113, ma in quella inerente alla disapplicazione delle regole attinenti all'attuazione del rapporto tra le parti e gli arbitri. Le attività procedurali o strumentali, preparatorie della composizione arbitrale, vanno tenute distinte, anche nell'arbitrato irrituale, dall'attività di formazione (del contenuto) del lodo, cui soltanto è diretta la norma sul limite concernente il rispetto dello *standard* protettivo inderogabile.

Anche nell'ipotesi di inosservanza di regole concernenti il contenuto dispositivo del lodo (si è fatto l'esempio di erronea applicazione, a danno del datore di lavoro, della norma sul *quantum* dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 8 l. n. n. 604/1966, come modificato dall'art. 2, comma 3, l. n. 108/1990), il datore, che vi abbia interesse (art. 100 c.p.c.), può sempre chiederne l'invalidazione con i mezzi ordinari d'impugnazione, quando esso si supponga viziato nel suo essenziale profilo di atto volitivo (nell'esempio proposto, il lodo può essere impugnato dal datore per errore di diritto essenziale su un *caput non controversum* della situazione litigiosa).

13. L'impugnazione dei lodi irrituali secondo una recente proposta di riforma del Cnel.

Secondo una recente proposta di riforma, elaborata dal Cnel, e fondata sull'assorbimento delle procedure compositive private all'interno della logica processuale, si regola una duplice tipologia di arbitrati irrituali. Da un lato, gli arbitrati irrituali "secondo equità", il cui lodo non è impugnabile (art. 412-*quater* c.p.c.); dall'altro, gli arbitrati irrituali soggetti ad impugnazione solo per "violazione di norme inderogabili di legge" (art. 412-*quinquies*).

La figura dell'arbitrato irrituale "secondo equità", se a questa formula si vuole assegnare un significato tecnico preciso, appare contraddittoria. La composizione *ex bono et aequo* della controversia ha senso soltanto se attuata nel giudizio ordinario o di arbitrato rituale, che infatti espressamente la prevedono (artt. 113, comma 1, 114 e 882 c.p.c.). Nell'arbitrato irrituale, essendo il terzo incaricato di comporre la lite disponendo della situazione giuridica controversa, il criterio equitativo è irrilevante. Anzi, tale criterio è incompatibile con la disposizione negoziale, se si intende come potere modificativo della situazione giuridica esistente. L'equità è una regola del giudizio, che non si addice alla disposizione negoziale. L'introduzione della figura dell'arbitrato equitativo altera profondamente l'assetto normativo e sistematico degli arbitrati in materia di lavoro. Da un lato, rimane fermo il divieto di giudizio equitativo per gli arbitrati rituali (art. 808, comma 2, c.p.c.). Dall'altro, si accoglie una figura ibrida di componimento equitativo, che, sotto il profilo del contenuto del lodo, è accertamento, mentre, sotto il profilo dell'acquisto di efficacia esecutiva, è disposizione, essendo parificata alle conciliazioni stragiudiziali (art. 412 — *quater*). Il potere riconosciuto alle parti individuali di chiedere una decisione secondo equità equivale ad un'autorizzazione a regolare la situazione giuridica sostituendo la fonte legale con la fonte equitativa; a pronunciare, cioè, come se la situazione fosse disponibile.

All'arbitrato rituale *secundum ius* e a quello irrituale secondo equità si affianca, nel progetto di riforma, una figura di arbitrato irrituale impugnabile per violazione di norme legali inderogabili (art. 412 — *quinquies*). Si tratta di una creatura spuria che risulta dalla combinazione di aspetti regolativi propri dei lodi rituali (impugnazione con deposito del lodo presso la cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro) e propri delle conciliazioni stragiudiziali (acquisto di efficacia esecutiva secondo le disposizioni dell'art. 411 c.p.c.). Anche qui si prevede una singolare forma di accettazione scritta del lodo, che equivale ad una rinuncia ad impugnare il medesimo per violazione di disposizioni di legge inderogabili; una sorta di accordo transattivo confermativo del contenuto della decisione arbitrale.

A confondere il disegno sistematico del nuovo assetto proposto concorre la norma (art. 412-*quinquies*, comma 3), che interdice, nel giudizio di impugnazione, la sindacabilità degli accertamenti di fatto e delle valutazioni di merito operate dall'arbitro. Ciò è conforme, da un lato, alla funzione dispositiva dell'arbitrato irrituale in ordine alla situazione giuridica controversa, ma contraddittorio, dall'altro, con la presupposta natura di giudizio arbitrale soggetto a revisione per violazione di norme legali inderogabili.

La proposta di soppressione del 2° e 3° comma dell'art. 5 l. n. 533/1973 comporta l'attribuzione ad entrambe le parti del rapporto di lavoro della legittimazione attiva ad impugnare il lodo per violazione di norme legali inderogabili.

Barone C.M. (1987), *Gli arbitrati e le conciliazioni stragiudiziali*, in AA.VV., *Le controversie in materia di lavoro. Legge 11 agosto 1973, n. 533 e norme connesse*, Bologna-Roma, Zanichelli, 207 ss.

Bertozzi P.-Sambucini G. (1991), *Conciliazione e arbitrati. Disegno di legge del Cnel*, in DPL, 2217 ss.

Borghesi D. (1991), *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato nei licenziamenti*, in AA.

VV., *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi n. 108/1990 e 223/1991*, I, Napoli, Jovene, 252 ss.

Caruso B. (1991), *Disciplina dei licenziamenti individuali, art. 5*, in NLCC, 205 ss.

Cecchella C. (1990), *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, Angeli, 429 ss.

Collura G. (1979), *Manifesta iniquità e arbitrato irrituale*, in RTDPC

Fazzalari E. (1987), *Processo arbitrale*, in *Enc dir*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 298 s.s.

Flammia R., (1988), *Arbitrato III) Arbitrato e conciliazione in materia di lavoro*, in *Enc giur Trec*, II, 1 ss.

Garbagnati E. (1978), *Il processo del lavoro: lineamenti generali*, in *Jus*, 147 ss.

Grandi M. (1991), *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, in RTDPC, 417 ss.

Hernandez S. (1990), *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, Cedam, 135 ss.

Magnani M. (1990), *Disposizione dei diritti*, in *Dig.* 4, 3 ss.

Nasi A. (1966), *Giudizio di equità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, Giuffrè, 107 ss.

Pajardi P.-Quaroni A., (1992), *L'impugnazione del lodo arbitrale nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè.

Punzi C. (1988), *Arbitrato I) Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Trec*, II, 1 ss.

Ricci E. (1977), *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *RDP*, I, 436 ss.

Santoro-Passarelli F. (1975) *La transazione 2*, Napoli, Jovene.

Scizzerotto G. (1967), *Arbitrato improprio e arbitraggio 2*, Milano, Giuffrè, 347 ss.

Tarzia G. (1987), *Efficacia del lodo e impugnazione nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *RDP*, I, 14 ss.

Tremolada M. (1978) *Osservazioni sull'arbitrato irrituale previsto dall'art. 5 della legge 11 agosto 1973, n. 533*, in *RDL*, I, 294 ss.

**Arbitrato:
impugnabilità
e inoppugnabilità**
Mario Grandi

Bibliografia

Tendenze evolutive delle procedure di conciliazione e arbitrato nella materia del lavoro

Claudio Cecchella

Sommario

1. L'origine delle procedure conciliative e arbitrali nelle prime manifestazioni dell'autonomia collettiva. **2.** *Segue.* L'inaridimento dell'autonomia collettiva nell'ordinamento corporativo. **3.** *Segue.* La contraddizione tra il divieto di arbitrato e l'autonomia collettiva nella prima legislazione repubblicana. **4.** La novella del 1973: la codificazione dei nessi tra conciliazione, arbitrato ed autonomia collettiva e il monopolio della giurisdizione. **5.** Le tendenze evolutive dell'attuale fase. **6.** Procedure arbitrali *ex lege* e arbitrato individuale (legge n. 91 del 1981 e legge n. 108 del 1990). **7.** Clausola sindacale e rapporto individuale: l'arbitrato "quasi" obbligatorio (c.c.n.l. dirigenti assicurativi). **8.** La stabilità del lodo arbitrale (legge n. 108 del 1990 e accordo interconfederale del 1990). **9.** Il tentativo di conciliazione obbligatorio (legge n. 108 del 1990 e progetti di riforma del p.i.). **10.** Problemi giuridici sottesi alla obbligatorietà delle procedure conciliative. **11.** L'arbitrato sulle controversie collettive (protocolli Iri ed Efim, accordo interconfederale del 1990 e progetti di riforma del p.i.). **12.** Problemi giuridici sottesi all'arbitrato delle controversie collettive: l'efficacia riflessa nella sfera individuale (progetto di riforma del p.i.). **13.** La riscoperta dell'arbitraggio (legge n. 146 del 1990).

1. L'origine delle procedure conciliative e arbitrali nelle prime manifestazioni dell'autonomia collettiva.

Le procedure conciliative ed arbitrali nel diritto del lavoro hanno storicamente la loro matrice nelle originarie manifestazioni di fine secolo dell'autonomia collettiva, agli albori della rivoluzione industriale e del nuovo modo di produzione.

Pertanto, a differenza delle esperienze arbitrali radicate nell'autonomia dei singoli, l'arbitrato del lavoro ha origine nella autonomia dei gruppi, nei traumatici processi storici di ricomposizione della contraddizione, in un nuovo equilibrio raggiunto, a livello collettivo, del nuovo modo di produzione e di superamento delle lacune della disciplina avente fonte nell'autonomia individuale.

In occasione dei primi conflitti intersindacali il sindacato dei lavoratori, nelle forme primordiali delle società di resistenza, tenta di imporre al datore un arbitrato del conflitto oppure una mediazione dello stesso attraverso il filtro di procedure conciliative (cfr., se vuoi, Cecchella, 1990, pp. 17 ss.). Il rapporto di forza, presto o tardi, si risolve a favore dei lavoratori, e confluisce in un arbitrato del conflitto che ha, tuttavia, la natura di un arbitraggio più che di un arbitrato vero e proprio, per la sua natura accentuatamente dispositiva, destinata a colmare le lacune di disciplina del nuovo rapporto e non ad applicare le regole poste da altre fonti.

L'*aequitas* "dispositiva" (partecipe della natura propria dello "equo apprezzamento" imposto all'arbitratore dall'art. 1349 c.c.) degli arbitraggi e delle mediazioni intersindacali delle origini costruisce il primo diritto del lavoro, ma non appena si consolida in diritto positivo

Conciliazione e arbitrato: tendenze evolutive
Claudio Cecchella

avente fonte contrattuale, subito trasforma le forme di arbitrato in strumenti di giustizia privata vera e propria.

L'*aequitas* abbandona, pertanto, il campo delle manifestazioni "dispositive", si identifica con la regola che è il risultato della disposizione ed assume i caratteri della norma obiettiva diritto positivo applicabile al rapporto controverso: diventa un'equità che affida all'arbitro un'attività di giudizio.

Le forme organizzative dell'ordinamento intersindacale abbandonano, in tal modo, la natura ibrida dell'arbitrato (soppiantate dalle stipulazioni "dirette" delle parti del conflitto, ovvero dai contratti collettivi) e acquisiscono una volta per tutte i caratteri dell'arbitrato vero e proprio, giudizio non creativo di una regola, bensì applicativo della stessa nella concreta fattispecie sottoposta a giudizio, con le garanzie del contraddittorio (e vi è una diffusa e articolata disciplina collettiva del rito innanzi agli arbitri, a cui attingerà senza remore il legislatore nel dettare il processo delle controversie di lavoro).

Si evidenzia, nella dinamica impressa dalla dialettica intersindacale un istituto con i caratteri dell'arbitrato vero e proprio, il quale mutua, dal corpo intermedio del quale è emanazione, caratteri propri che lo differenziano da altre esperienze.

In primo luogo la sua facoltatività, per l'alternativa comunque riservata all'azione "diretta" dei gruppi confliggenti, potendo essere l'arbitrato introdotto soltanto quando è bilateralmente accettato, come patto di "tregua sindacale", e, al suo termine, con pronuncia del lodo, potendo le parti "riprendere la loro libertà" (ad esempio si cfr. l'art. 1 acc. del 1950 sui licenziamenti individuali, ove si sancisce che il lavoratore potrà rifiutare la penale liquidata nel *dictum* arbitrale).

La spiegazione del fenomeno, che pone su un piano di assoluta originalità l'arbitrato del lavoro, è tutta nei caratteri della comunità intersindacale, ordinamento fondato sull'autotutela la cui effettività è risposta sulla minaccia dell'azione diretta (ancora, se vuoi, Cecchella, 1990, pp. 261 ss.).

Inoltre, proprio perchè emanazione dei gruppi, l'arbitrato del lavoro è monopolio in ogni fase del sindacato, nella fase di precostituzione (delle norme che lo regolano), come in quella di concreto svolgimento (dall'iniziativa alla composizione del collegio arbitrale, il singolo è spogliato di ogni prerogativa).

Tende l'arbitrato del lavoro, altresì, a conservare i risultati del suo svolgimento all'interno della comunità intersindacale, prevalendo in ogni concreta esperienza la forma irrituale, con la sua peculiarità di mantenere i suoi effetti sul piano dell'autonomia, senza tradurli in diversi effetti (giurisdizionali), rilevanti esclusivamente sul piano dell'ordinamento dello Stato, nonchè tende a radicare la regola di giudizio su di una valutazione equitativa degli arbitri (in tal modo rendendo meno penetrabili i contenuti del *dictum* alla impugnativa in sede giurisdizionale). Peraltro questo dell'equità diventa, col passare del tempo e il consolidarsi di un corpo unitario e generale di regole obiettive aventi origine contrattuale, un retaggio storico privo di concreto rilievo pratico, che si ripropone pedissequamente nella formulazione collettiva della disciplina arbitrale, ma che offre un unico significato plausibile sul piano giuridico: costituire baluardo rigoroso ad ogni sindacato di legittimità ad opera della giurisdizione statale.

Attraverso l'equità conclamata e la irritualità degli effetti, l'autonomia collettiva esprime, peraltro, una costante tendenza dei corpi intermedi, quello di preservare al loro interno le vie di risoluzione delle controversie tra gli affiliati (c.d. "vincolo di giustizia"), ma che qui assume forme più attenuate rispetto ad altre esperienze (si pensi all'ordinamento sportivo), poichè non giunge sino al punto di negare radicalmente all'affiliato la impugnativa in sede giurisdizionale dei risultati della giustizia "domestica". Lo stesso intento la comunità intersindacale ricerca attraverso il vincolo imposto pattizamente alle parti del singolo rapporto di non avviare la controversia in sede giurisdizionale sin tanto che non vengono esaurite le procedure di conciliazione intersindacale ("tentativo di conciliazione obbligatorio").

2. Segue. L'inacidimento dell'autonomia collettiva nell'ordinamento corporativo.

La matrice intersindacale delle forme conciliative ed arbitrali si rende ancor più evidente a seguito dei rivolgimenti storici degli inizi del nuovo secolo.

Essi sono preceduti, in ragione della influenza esercitata sull'ordinamento dello Stato, dalla conversione in legge della disciplina sia sostanziale che processuale proveniente dalla comunità del lavoro. La l. 9 febbraio 1919, n. 112, sull'impiego privato, costituisce la traduzione in legge dello Stato di decenni di elaborazione giuridica dei provviri industriali e contem-

poraneamente segna un processo inarrestabile di pubblicizzazione dell'arbitrato intersindacale, attraverso la introduzione di commissioni miste obbligatorie nominate d'autorità, costituenti ormai definitivamente un organo giurisdizionale dello Stato, privo di ogni nesso con le forme di giustizia privata intersindacale e quindi con l'autonomia collettiva. In perfetta corrispondenza, il r.d. 31 luglio 1921, n. 1098 e la l. 20 marzo 1921, n. 303, incidono novellando la l. 15 giugno 1893, n. 295 sui probiviri e spingono definitivamente i collegi probivirali nell'ambito della giurisdizione dello Stato, eliminando l'elettività degli arbitri già affidata alla comunità del lavoro e la facoltatività della loro istituzione.

La pubblicizzazione delle forme di giustizia privata intersindacale è il primo segno dell'inacidimento della comunità del lavoro, sotto l'influenza, negli anni venti, delle spinte eversive e disgregatrici esercitate su opposti fronti dagli antagonisti sociali. Le organizzazioni dei lavoratori e datoriali rifiutano le vie attraverso le quali confluiva da quasi mezzo secolo la dialettica sindacale (contratto collettivo e arbitrato) e i risultati, fecondi sul piano giuridico, da queste manifestati nell'età liberale, fondanti un vero e proprio ordinamento intermedio.

La comunità del lavoro durante il ventennio è del tutto incapace di esprimere un'esperienza vitale sul piano contrattuale e processuale, a causa delle traumatiche esperienze di lacerazione nelle relazioni intersindacali, ormai soppiantate dall' "apparato scenico" delle artificiose relazioni tra sindacati pubblici costituiti dal fascismo, obbligati a percorrere le vie segnate dalla burocrazia corporativa che tende a risolvere il conflitto in un procedimento amministrativo o giurisdizionale innanzi ad organi dello Stato e attraverso un atto pubblico (normazione delle articolazioni corporative; sentenze delle magistrature del lavoro) anziché sul piano delle libere determinazioni dell'autonomia collettiva.

Eppure, senza che la circostanza possa costituire una contraddizione nei termini, la legislazione corporativa appare la più "liberale" nel regolare l'istituto dell'arbitrato delle controversie di lavoro (sia collettive, ovvero sulla applicazione del contratto collettivo e fonti equiparate oppure sulla richiesta di nuove condizioni di lavoro, pur nelle angustie di un controllo amministrativo del lodo innanzi al prefetto o al ministero, come fosse un contratto collettivo ai sensi dell'art. 13 l. 3 aprile 1926, n. 563; sia individuali, in tale ultimo caso con la legittimazione di un solo patto compromissorio individuale e divieto di clausole compromissorie collettive, ai sensi degli artt. 3, r.d. 26 febbraio 1928, n. 471 e 4 r.d. 21 maggio 1934, n. 1073: il che la dice lunga sui reali intenti del legislatore).

La disciplina evidentemente (cfr. se vuoi Cecchella, 1990, pp. 124 ss.) doveva costituire un residuo storico dell'epoca pregressa, sotto la spinta di forze interne ed esterne contrarie al regime e particolarmente del ceto di giuristi di formazione liberale (cfr. Carnelutti, 1930, p. 107).

Tuttavia tale regime, privo com'era di nessi con un libero manifestarsi dell'autonomia collettiva, inesistente sotto gli effetti della scure corporativa, restò lettera morta e non si conobbe esperienza alcuna di arbitrati del lavoro sotto il fascismo (Lega, 1937, p. 222, nota 1; Grandi, 1963, p. 238).

Le forme di giustizia intersindacale nel ben diverso contesto del sindacato "riconosciuto", ebbero una qualche diffusione, soltanto come procedimenti conciliativi (cfr. Jocteau, 1978, pp. 59 ss.), ciò che evidenzia il carattere primitivo e involuto delle relazioni intersindacali dell'epoca (essendosi diffuse le forme "dispositive" che caratterizzavano le prime manifestazioni della comunità intersindacale, cfr. par. 1).

Quando il regime ebbe a vincere anche le residue forze ispirate al recente passato, con il codice di procedura civile del 1942, agli artt. 806 e 808, bandì definitivamente ogni forma di arbitrato (sia individuale che intersindacale) nelle controversie di lavoro, concedendo agli avversari soltanto le forme subordinate alla funzione giurisdizionale dello Stato (per la loro incidentalità) degli arbitrati sui cottimi (art. 442 c.p.c.) e qualifiche (art. 96 disp. att. c.c.) e dei consulenti tecnici ai sensi degli artt. 455 ss.c.p.c. (aventi origine nei risultati della scarsa dialettica sindacale dell'epoca, cfr. Giugni, 1956, pp. 9 ss.), la cui esperienza fu, per l'assenza di una vitale comunità del lavoro, trascurabile (Satta, 1970, p. 403: "invano il legislatore si appella all'accordo delle parti quando un giudizio è instaurato").

Conciliazione e arbitrato: tendenze evolutive
Claudio Cecchella

3. Segue. La contraddizione tra il divieto di arbitrato e l'autonomia collettiva nella prima legislazione repubblicana.

Questa è l'eredità normativa offerta all'ordinamento repubblicano postcorporativo, ma la contraddizione del fascismo (legislazione "liberale" sull'arbitrato in assenza di autonomia

Conciliazione e arbitrato: tendenze evolutive
 Claudio Cecchella

collettiva), pur rovesciandosi, permane inalterata per quasi un trentennio, sino al 1973, quando la legge 11 agosto 1973, n. 533 incide in parte sul regime giuridico di divieto dell'arbitrato nel diritto del lavoro.

La rinnovata espansione dell'autonomia collettiva a seguito della abrogazione dell'ordinamento corporativo, che giunge sino ad essere garantita sul piano costituzionale (artt. 39 e 40), non ha corrispondenza, come nella pregressa esperienza dell'età liberale, con una disciplina che consenta un libero svolgimento dell'arbitrato intersindacale: permangono i divieti sanciti dagli artt. 806 (quanto all'arbitrato individuale) e 808 (quanto all'arbitrato intersindacale) c.p.c. di matrice corporativa. La contraddizione non è avvertita dalla dottrina lavoristica, la quale intravede una *ratio* giustificatrice del regime repressivo dell'arbitrato nella tutela della parte debole del rapporto e nel regime cogente della disciplina del lavoro (art. 2113 c.c.) garantito preferibilmente nella risoluzione giurisdizionale della controversia (cfr., fra i tanti, Giugni, 1958, pp. 15 ss.; Pera, 1955, pp. 39 ss.). La dottrina processualista, al contrario, ritenne il divieto "dovuto a motivi di ordine politico contingente" (Satta, 1970, 199; conf. Furno, 1969, pp. 23 ss.; Andrioli, 1962, p. 159), evidenziando la continuità con il passato ordinamento (cfr. se vuoi Cecchella, 1990, pp. 181 ss.) e la debolezza dell'argomento usato per giustificare il regime proibitivo avendo l'arbitrato manifestato, storicamente prima ancora che giuridicamente, nella sua matrice sindacale, l'intento di riequilibrare la disuguaglianza del rapporto individuale (cfr. par. 1) e non essendovi traccia nel diritto positivo di un regime di intransigibilità dei diritti, ponendo l'art. 2113 c.c. al massimo un regime di inderogabilità del regime applicabile al rapporto sanzionabile con l'annullamento (e non la nullità) del negozio, il quale, oltre tutto, benchè contrario al disposto imperativo e cogente se perfezionatosi in certi sedi (sindacale o giudiziale), ben poteva sopravvivere giuridicamente: ciò che lasciava giustificare quanto meno un arbitrato del lavoro in sede sindacale (in corrispondenza con la piena validità ed efficacia delle conciliazioni sindacali).

La contraddizione ebbe poi a palesarsi in modo irrimediabile, quando la prassi intersindacale, sollecitata dall'espansione irrefrenabile dell'autonomia, radicò un'esperienza arbitrale propria di uno stadio maturo di evoluzione, con una disciplina articolata sul piano processuale, quale fu quella degli arbitrati irrituali degli accordi interconfederali sui licenziamenti. La tendenza "eversiva" dell'ordinamento intersindacale, nel perfezionare una disciplina contrattuale *contra legem*, non stupì la dottrina giuslavoristica (e tanto meno la giurisprudenza) che riferirono il regime proibitivo sancito dal codice di rito alle sole forme rituali, facendo confluire gli arbitrati aventi fonte nella disciplina collettiva nelle forme irrituali, a loro volta tradotte nell'ambito delle attività dispositive e transattive (e non dichiarative dell'assetto di diritti e obblighi preesistenti, queste ultime monopolizzate dalla giurisdizione dello Stato (cfr. soprattutto Grandi, 1963, pp. 133 e ss., ma anche Giugni, 1958, pp. 21 e 25). In tal modo la dottrina manifestò una non piena coerenza con quanto ritenuto in ordine al regime repressivo delle forme rituali (come ebbero a denunciare Pera, 1955, p. 46; Vocino, 1946, P. 546; Andrioli, 1962, P. 160), poichè certamente erano inferiori le garanzie offerte al lavoratore da un arbitrato irrituale affidato a forme esclusivamente dispositive, rispetto ad un arbitrato rituale regolato da principi codificati e confluyente in giudizio sindacabile come una sentenza.

Invero era la stessa ricostruzione del regime proibitivo ad essere viziata all'origine. Ammettere un arbitrato irrituale rendeva necessario consentire ogni altra forma di giustizia privata, anche nelle forme rituali, e cogliere la vitale esperienza degli arbitrati nell'autonomia sindacale, insuscettibili di essere repressi dal legislatore ordinario (come lo erano attraverso agli artt. 806 e 808 c.p.c.) se non a costo di confliggere con la garanzia costituzionale delle manifestazioni dell'autonomia intersindacale (art. 39 Cost.).

Eppure il legislatore democratico per un trentennio si lascerà suggestionare da tale impostazione, non intaccando il regime proibitivo, e limitandosi ad interventi settoriali nei quali si affretterà a definire come irrituali le forme di composizione privata della lite disciplinate (d.P.R. 14 luglio 1960, n. 1011, con il quale è recepito l'acc. 18 ottobre 1950 sui licenziamenti individuali; l'art. 7 della l.n. 604 del 1966 e l'art. 7 dello St. lav.)

4. La novella del 1973: la codificazione dei nessi tra conciliazione, arbitrato ed autonomia collettiva e il monopolio della giurisdizione.

Al compimento del trentennio, con la l. n. 533 del 1973, il legislatore repubblicano elimina il solo regime proibitivo dell'art. 808 c.p.c. e non quello posto dall'art. 806 c.p.c. (introdu-

cendo, altresì, una disciplina generale dell'arbitrato irrituale del lavoro, art. 5; cfr. le ricostruzioni di Borghesi, 1991, pp. 252 ss; Hernandez, 1990, pp. 172 ss; Flammia, 1988, p. 12 dell'estratto; Stolfa-Veneziani 1987, p. 217; Pera, 1979, p. 223; Flammia, 1975, p. 140; Grandi, 1974, pp. 39 ss. e se vuoi, Cecchella, 1990, pp. 283 ss.).

Permane, quindi, il divieto di arbitrato individuale, risultato di un patto compromissorio tra il singolo lavoratore e il datore di lavoro nel quale non può ingerirsi il sindacato (infatti sopravvive alla riforma e tutt'ora vige il divieto di compromesso individuale, ai sensi dell'art. 806 c.p.c.), mentre si liberalizza l'arbitrato intersindacale, preconstituito nella contrattazione collettiva ("solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro").

Il legislatore traduce l'esperienza secolare dell'arbitrato del lavoro, manifestazione giuridica della comunità intersindacale.

Non giunge tuttavia ad incidere sul monopolio della giurisdizione, che costituisce ancora una remora ben evidente.

Abbandona — infatti — alla volontà della parte individuale l'adesione alla clausola compromissoria sindacale ("senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria") e destina il lodo alle impugnative individuali per violazione e falsa applicazione di legge o contratto collettivo.

Invero, come potrebbe apparire ad una sommaria analisi, questo regime non traduce un'esigenza di liberazione del singolo dalla "autorità" sindacale, poichè il lavoratore o il datore di lavoro sono liberi di affiliarsi o meno al sindacato che ha stipulato il contratto collettivo e contiene la clausola compromissoria, ma quando decidono di affiliarsi, secondo le regole di diritto comune, non potranno sottrarsi, come sul piano sostanziale, alla disciplina processuale che il sindacato ha perfezionato. La devoluzione ad arbitri della controversia individuale è comunque riferibile alla loro volontà, manifestata attraverso l'atto di affiliazione. Il legislatore della riforma al contrario consente, ancorchè il singolo sia affiliato e quindi vincolato alla disciplina collettiva, un recesso unilaterale dalla clausola compromissoria intersindacale, ciò che spiega lo sfavore verso la via di risoluzione arbitrale intersindacale della controversia a tutto vantaggio della giurisdizione dello Stato. A tale inopportuna previsione ha fortunatamente reagito la giurisprudenza e la dottrina negli spazi consentiti alla interpretazione, escludendo l'alternativa giurisdizionale quando per comportamento concludente o per silenzio giuridicamente qualificato della parte il singolo abbia manifestato volontà contraria a recedere, e ponendo così un ostacolo al recesso *ad libitum*, anche nel corso del processo arbitrale.

Il favore verso la tutela giurisdizionale emerge nella codificazione di un recesso unilaterale della parte individuale dalla clausola compromissoria collettiva, ma anche attraverso la riserva di un sindacato di legittimità (o di conformità alla disciplina collettiva) attraverso la impugnazione giurisdizionale del lodo, cui corrisponde il divieto di arbitrato equitativo (poichè, come abbiamo veduto al par. 1, l'equità rende impenetrabile il *dictum* arbitrale ad un controllo di legittimità).

Pertanto il legislatore repubblicano, pur recependo l'esperienza collettiva dell'arbitrato e favorendo un monopolio dei sindacati più rappresentativi (perchè capaci di imporre all'antagonista sociale l'accordo o il contratto collettivo nel quale sarà contenuta la clausola compromissoria) nella precostituzione della disciplina e dello svolgimento di forme arbitrali di risoluzione delle controversie di lavoro, non giunge sino a contraddire il dogma del monopolio giurisdizionale, sancito attraverso la libertà di recesso unilaterale e la irrinunciabilità di un sindacato di legittimità in sede giurisdizionale del lodo.

Tale ultimativa *ratio* della riforma si evince pure nella tendenza ad incidere, favorevolmente al monopolio giurisdizionale dello Stato, sui patti intersindacali che introducono forme di previo tentativo obbligatorio di conciliazione presso organi intersindacali (ai quali molto spesso è poi affidata la risoluzione arbitrale), poichè la riforma manifesta apertamente il favore verso la facoltatività di tali procedimenti (si cfr. gli artt. 410 ss. c.p.c.), al punto da indurre l'interprete a considerare invalide le diverse previsioni sindacali (fondanti, tra l'altro, come veduto, una serie di istituti che tutelano il c.d. "vincolo di giustizia", ovvero la tendenza del corpo intermedio a trattenere per sè la risoluzione delle controversie, cfr. par. 1).

5. Le tendenze evolutive dell'attuale fase.

Ritengo, nella disamina delle tendenze evolutive dell'arbitrato del lavoro, che l'attuale momento stia avviando un processo che volge in una direzione non pienamente rispondente agli intenti e alle ragioni che avevano ispirato la riforma del 1973.

Conciliazione e arbitrato: tendenze evolutive
Claudio Cecchella

Conciliazione e arbitrato: tendenze evolutive
Claudio Cecchella

Come tra breve sarà possibile verificare, la tendenza dell'ordinamento giuridico dello Stato, nella più recente legislazione in materia, nonché delle ultime manifestazioni dell'autonomia collettiva, incide sui fondamenti dell'arbitrato del lavoro, nella disciplina che scaturisce dalla novella del 1973: attraverso la proliferazione delle ipotesi degli arbitrati *ex lege* si tende a scavalcare il monopolio intersindacale nelle forme di giustizia privata e a legittimare ipotesi di arbitrato individuale; la disciplina collettiva introduce alcune soluzioni che limitano sino ad incidere in modo irrimediabile sulla facoltà della parte di recedere dalla clausola compromissoria intersindacale; esiste una normativa sia di legge che di fonte collettiva che ipotizza o lascia ipotizzare una maggiore resistenza dei lodi alle impugnative per legittimità; infine si introduce un'ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione *ex lege*.

Credo vi sia abbastanza per cogliere la evoluzione in atto, pure attraverso interventi limitati e contingenti, in direzione di un superamento dei dogmi del passato, come il divieto di arbitrati individuali, il divieto di deroga alla giurisdizione senza la volontà individuale e la facoltatività del tentativo di conciliazione.

6. Procedure arbitrali *ex lege* e arbitrato individuale (legge n. 91 del 1981 e legge n. 108 del 1990).

L'art. 4, 5° comma legge 23 marzo 1981, n. 91 ("Norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti") dispone: "nello stesso contratto (individuale n.d.r.) potrà essere prevista una clausola compromissoria con la quale le controversie concernenti l'attuazione del contratto e insorte fra la società sportiva e lo sportivo sono deferite ad un collegio arbitrale". L'art. 5, 6° comma legge 11 maggio 1990, n. 108 consente "il deferimento della controversia al collegio di arbitrato previsto dal contratto nazionale di lavoro applicabile o, in mancanza, ad un collegio composto da un rappresentante scelto da ciascuna parte". Sia la prima previsione, laddove offre rilevanza giuridica a patti compromissori contenuti nel contratto individuale, sia la seconda, laddove ipotizza, in mancanza di una clausola collettiva compromissoria, la facoltà delle parti di scegliere autonomamente la via arbitrale, con la nomina ciascuna del proprio arbitro, provocano una falla nella costruzione di un arbitrato rigorosamente intersindacale. Questa mi pare la lettura da dare all'espressione "in mancanza" contenuta nella art. 5 della legge n. 108 del 1990 (cfr. Pera, 1990, 261; Caruso, 1991, p. 213; Papaleoni, 1991, p. 209 e se vuoi Cecchella, 1991, pp. 204 ss.), nel senso di offrire alla parte individuale l'alternativa tra arbitrato sindacale e arbitrato individuale (mentre è insuscettibile di equivoci la formula usata dall'art. 5 della legge n. 91 del 1981).

La preorganizzazione collettiva della via arbitrale di risoluzione della controversia cui la riforma aveva assoggettato l'arbitrato nelle controversie di lavoro, è ora resa meramente facoltativa, ammettendosi l'arbitrato individuale e non sindacalizzato nelle controversie del lavoro sportivo e nelle controversie sui licenziamenti.

Non è dubbia, altresì, quanto all'arbitrato del lavoro sportivo, l'ammissibilità non soltanto del compromesso individuale, ma anche di una vera e propria clausola compromissoria. Tale possibilità pare desumibile pure dalla disciplina sui licenziamenti. Peraltro quest'ultimo corollario, si deve riconoscere, potrebbe essere discusso, poichè il disposto di legge, nel collocare l'arbitrato come fenomeno successivo ad una conciliazione obbligatoria fallita sembra ipotizzare solo il perfezionamento di compromessi, ovvero patti stipulati a controversia ormai sorta.

Invero, le disposizioni in commento, a ben riflettere, non introducono un regime assolutamente nuovo, solo che si ricordino le altre ipotesi di arbitrato del lavoro *ex lege* (l'art. 7 della legge n. 604 del 1966 e l'art. 7 dello St. lav.), poichè si deve ritenere, e della cosa non si è fatta adeguata riflessione, che tutte le volte in cui la autorizzazione della via arbitrale provenga dal legislatore (come sempre più frequentemente accade nell'attuale fase, per cui si rende opportuno sottolineare una linea di tendenza) e non da una clausola intersindacale, è inevitabile che alla via arbitrale possano accedere autonomamente le parti individuali, anche senza prestare ossequio ai modi e alle forme preorganizzate a livello sindacale.

Questo tema degli arbitrati *ex lege* appare uno dei più interessanti e meritevoli di approfondimento, cui il presente saggio, per limiti prefissati, non può procedere.

7. Clausola sindacale e rapporto individuale: l'arbitrato "quasi" obbligatorio. (c.c.n.l. dirigenti assicurativi).

A fronte di un'apertura del legislatore alla autonomia individuale (in alternativa a quella collettiva), si verifica un fenomeno esattamente contrario sulla sponda della disciplina

collettiva, tentando in più occasioni la normativa intersindacale un restringimento degli spazi di autonomia individuale, in particolare nell'esercizio del diritto di recedere dalla clausola compromissoria collettiva, diritto che il legislatore ha voluto riconoscere.

Mi pare utile osservare inoltre che tale compressione dell'autonomia individuale nell'opzione verso forme private di giustizia in alternativa alla giurisdizione, si possa ipotizzare soltanto nella contrattazione collettiva, ove comunque un nesso con la volontà del singolo permane a livello di affiliazione al sindacato stipulante, mentre sarebbe all'origine di difficoltà insuperabili sul piano costituzionale se dovesse avere origine in fonti autoritative come la legge. In sostanza se il legislatore, nel prevedere una risoluzione arbitrale della controversia, contemporaneamente, non riservasse alle parti individuali la scelta di adire gli arbitri oppure la giurisdizione, produrrebbe una disciplina certamente incostituzionale, perchè l'ipotesi di arbitrato obbligatorio contrasta con la garanzia costituzionale del diritto di azione (art. 24). Lo stesso non può dirsi per la previsione di arbitrati obbligatori da parte della autonomia collettiva, poichè qui esiste sempre il legame con la volontà individuale attraverso l'adesione del singolo al sindacato stipulante.

Fatta questa premessa, il fenomeno è ben evidente nella disciplina collettiva nella parte in cui si tende a dare rilievo, agli effetti della individuazione di una volontà contraria all'esercizio del diritto di recesso garantito dal legislatore, a comportamenti concludenti delle parti individuali o addirittura a silenzi, se così si può dire, protratti sino alla prima udienza innanzi al collegio arbitrale. Ad esempio nel c.c.n.l. 16 maggio 1985 per i dirigenti di aziende industriali (art. 28, 12° comma) si legge: "il collegio anche... in contumacia di una delle parti, emetterà il proprio lodo"; oppure nel c.c.n.l. 12 luglio 1984 per i dirigenti di aziende commerciali (art. 24, 13° comma): "il collegio anche ... in assenza di una delle parti, emetterà il proprio lodo". Ora il concetto di contumacia o di assenza, cui conducono le disposizioni citate, è sempre stato considerato estraneo all'arbitrato, proprio per la natura volontaria dell'istituto (come può una giustizia "voluta" dalla parte postulare una contumacia o assenza?), tuttavia esso acquista tutto un significato particolare nell'arbitrato del lavoro: il silenzio tenuto dalla parte sino all'udienza deve intendersi come adesione all'arbitrato sindacalmente previsto, onde la declinatoria in corso di processo arbitrale deve ritenersi giuridicamente irrilevante.

Ma vi è di più. Per essere efficace la clausola compromissoria collettiva necessita di un'adesione individuale; tuttavia è da ritenere che questa può pure manifestarsi attraverso una clausola compromissoria (quindi nel contratto individuale, per ogni controversia che su di esso dovesse insorgere) e non solo per compromesso a lite già insorta. A tale clausola compromissoria individuale, successiva alla precostituzione della stessa a livello intersindacale, la parte affiliata o comunque vincolata alla clausola collettiva può essere indotta attraverso modi e forme stabilite dal contratto collettivo. Ciò è avvenuto nel c.c.n.l. 20 luglio 1984 per i dirigenti delle imprese assicuratrici, ove all'art. 36, 2° comma si stabilisce che "sono obbligate alle procedure arbitrali le imprese che, entro 60 giorni della stipulazione del presente c.c.n.l., non manifesteranno una volontà contraria". Se non è certamente possibile un preventivo mandato dell'individuo offerto alla associazione di appartenenza a stipulare patti compromissori impegnativi, una volta che la via arbitrale sia prevista collettivamente, la volontà individuale di adesione può essere indotta nei modi più vari, esplicitamente o tacitamente oppure con silenzio giuridicamente qualificato. Il contratto collettivo dei dirigenti assicurativi non ha fatto altro che qualificare il silenzio tenuto in un certo termine dalla parte individuale.

Ai nostri fini merita di essere constatata la tendenza a ridurre gli spazi della libertà, e del conseguente svolgimento dell'autonomia individuale, del singolo di rifiutare l'arbitrato intersindacale.

8. La stabilità del lodo arbitrale (legge n. 108 del 1990 e accordo interconfederale del 1990).

L'art. 5, 6° comma della già cit. legge n. 108 del 1990 stabilisce che "la ... decisione (del collegio arbitrale n.d.r.) acquista efficacia di titolo esecutivo osservate le disposizioni dell'art. 411 del codice di procedura civile". L'assimilazione del lodo irrituale, quanto alle forme di acquisizione della esecutività, alle conciliazioni sindacali, con richiamo espresso all'art. 411 c.p.c., pone una serie di suggestioni interpretative di rilievo nel tentare un coordinamento con l'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.

L'assimilazione è veramente limitata agli effetti esecutivi oppure estesa a quel particolare effetto di stabilità della conciliazione sindacale, anche in deroga alle prescrizioni di legge o

Conciliazione e arbitrato: tendenze evolutive
Claudio Cecchella

Conciliazione e arbitrato: tendenze evolutive
 Claudio Cecchella

contratto collettivo inderogabili, che la rende immune dalla speciale impugnativa dello stesso art. 2113 c.c.? Si apre una prospettiva, certamente problematica, estremamente nuova per l'arbitrato del lavoro, in direzione di un arbitrato irrituale derogativo del dettato imperativo di legge o contratto collettivo e cionondimeno perfettamente valido, capace di essere aggredito con le impugnative negoziali comuni e non più con lo speciale mezzo dell'art. 2113 c.c. (per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a Cecchella, 1991, pp. 217 ss.; ma v. contra, Caruso, 1991, 215 e Barone, 1990, c. 380).

Nel recente accordo interconfederale del 25 gennaio 1990 (ma la previsione era già contenuta nei protocolli Iri ed Efim del 1986) sul costo del lavoro e nuove relazioni sindacali (in relazione all'allegato del 21 aprile 1989), si introduce per le controversie giuridiche individuali e plurime una via conciliativa seguita da eventuale arbitrato, innanzi a commissioni paritetiche (nel secondo caso integrate da un terzo arbitro). Nella previsione, la continuità della fase conciliativa e arbitrale non si misura soltanto in relazione all'identità dell'organo (essendo questo un aspetto assai diffuso della esperienza collettiva), bensì anche alla identità di risultati.

Infatti la disciplina collettiva ipotizza un preventivo mandato alle parti collettive, che compongono il collegio, ad una risoluzione della controversia sul piano dispositivo, in tal modo rendendo il risultato, per l'assimilazione ad una conciliazione sindacale, stabile e capace di resistere alla impugnativa dell'art. 2113 c.c. sulla base dell'applicazione dell'ultimo comma di questo articolo (ma v. le perplessità sulla tenuta della previsione di Grandi, 1991, p. 420).

È significativa la coincidenza di una tendenza, ricavabile in sede interpretativa dal legislatore, ma desumibile senza troppi sforzi di analisi dalla fonte collettiva, verso una maggiore stabilità dei risultati della risoluzione arbitrale. Tuttavia, si deve riconoscere che la stabilità dei risultati, per superare il tenore degli artt. 4 e 5 della legge n. 522 del 1973, nella parte in cui è fatta salva la impugnativa ex art. 2113 c.c. e 829 c.p.c., deve passare attraverso una previsione legislativa, potendo difficilmente giungere al risultato, attraverso l'*escamotage* del mandato a conciliare e transigere agli arbitri, come intende fare la disciplina collettiva, che rischia di eludere un disposto inderogabile di legge e come tale essere ritenuta invalida (cfr. Grandi, 1991, loc. ult. cit. e Pedrazzoli, 1985, p. 225).

9. Il tentativo di conciliazione obbligatorio (legge n. 108 del 1990 e progetti di riforma del p.i.).

Il legislatore, dopo una stagione di sfavore verso le forme di conciliazione obbligatoria diffuse nella contrattazione collettiva, con la legge n. 108 del 1990 (art.5), introduce un previo tentativo obbligatorio sia in relazione all'esercizio dell'azione giurisdizionale, sia in relazione alla domanda di arbitrato. Salta, così, un ulteriore tassello che reggeva l'edificio del monopolio giurisdizionale e della riserva ad un libero e incondizionato esercizio dell'azione giurisdizionale.

Il legislatore probabilmente darà continuità alla previsione, se sarà approvato l'art. 18 del disegno di legge di riforma del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, secondo il quale: "la domanda giudiziale relativa alle controversie di lavoro di cui alla presente legge dovrà essere preceduta, a pena di improcedibilità dell'azione, da un tentativo di conciliazione, ai sensi dei commi successivi".

10. Problemi giuridici sottesi alla obbligatorietà delle procedure conciliative.

Tuttavia, la novità (almeno per le controversie di lavoro nella legislazione repubblicana) deve misurarsi, per non incontrare difficoltà di ordine costituzionale, con la garanzia dell'azione giurisdizionale, a cui ogni forma di condizionamento della giurisdizione deve piegarsi.

Il tentativo obbligatorio potrà giustificarsi sul piano costituzionale solo se si pone come condizione di mera sospensione del processo giurisdizionale o arbitrale e non di inammissibilità dell'azione, con conseguente definizione in rito del processo avviato nonostante il mancato previo tentativo (profilo che il legislatore non sempre ha inteso, solo che si richiamino le esperienze in altre materie: la domanda di determinazione, aggiornamento e determinazione del canone ai sensi dell'art. 43 della legge 27 luglio 1978, n. 392 e la

domanda introduttiva di una controversia agraria ai sensi dell'art. 46 legge 3 maggio 1982, n. 203, prevedono, secondo quanto si intende prevalentemente, ipotesi di inammissibilità dell'azione). Tutte le ipotesi di giurisdizione condizionata sanzionate da una "risoluzione in rito" del processo avviato senza osservare la condizione, per l'inidoneità della sentenza di rito a far salvi gli effetti della domanda (art. 2945, 2° e 3° comma c.c. che esclude la continuità dell'effetto interruttivo quando è pronunciata una sentenza processuale), hanno implicazioni devastanti sul diritto di azione e sacrificano in modo irrimediabile nel merito la tutela giurisdizionale dei diritti sull'altare del tentativo di conciliazione. Al contrario, quando il mancato verificarsi della condizione (cioè l'espletamento del tentativo di conciliazione obbligatorio) è idoneo soltanto a "sospendere" il processo in corso, onde esso a seguito del verificarsi della condizione potrà proseguire mediante un mero atto di riassunzione (e non con una nuova domanda costitutiva di nuovi effetti sostanziali e processuali essendo quelli precedenti ormai perduti irrimediabilmente), il diritto di azione è comunque fatto salvo. La salvezza degli effetti della domanda e il loro permanere in relazione alla litispendenza non pregiudica nelle more del tentativo di conciliazione la tutela dei diritti invocata dall'attore (oltre alla sopravvivenza degli effetti della domanda, si deve ritenere ugualmente esperibile, ancorchè non sia esaurito il procedimento conciliativo, una domanda di tutela cautelare).

Oltre a non pregiudicare o a rendere soltanto più difficoltosa l'azione, la condizione deve corrispondere ad una *ratio* costituzionalmente apprezzabile. Essa può certamente rinvenirsi nell'intento defatigatorio e di economia processuale, in relazione a controversie che attraverso reciproche concessioni o riconoscimenti negoziali possono agevolmente risolversi.

Ulteriore ragione, questa volta costituzionalmente rilevante (art. 39), è costituita dalla necessità di favorire la mediazione della controversia a livello sindacale affinché essa non sfugga ad una preventiva "limatura" ad opera degli equilibri collettivi coagulatisi nel contratto collettivo.

Non avrei dubbi circa la sopravvivenza al vaglio di costituzionalità del tentativo di conciliazione di cui alla legge n.108 del 1990, perchè qui si precisa l'effetto solo sospensivo sul processo del mancato tentativo di conciliazione anteriore e si affida ad un mero atto di riassunzione la prosecuzione di un processo idoneo a mantenere gli effetti della domanda introduttiva (cfr. Borghesi, 1991, p. 229; Barone, 1990, c. 375).

La formulazione, invece, dell'articolato sul rapporto di p.i. lascia spazio a qualche dubbio. La sanzione fissata nella improcedibilità dell'azione e la lacuna in ordine alle regole di prosecuzione a seguito del tentativo (a differenza di altra formulazione contenuta nella bozza elaborata in sede di trattative intersindacali nel giugno-luglio 1991, art. 11), lascia spazio a qualche dubbio interpretativo (se in relazione ad identica formulazione, nell'art. 43 della legge n. 392 del 1978 la formula della improcedibilità è stata tradotta in inammissibilità dell'azione con chiusura in rito del processo).

È pertanto auspicabile la previsione espressa di un effetto soltanto sospensivo del mancato esperimento del tentativo e di un mero atto di riassunzione del processo, a seguito della effettuazione dello stesso oppure dell'inutile decorso di un termine per la sua introduzione (come mi pare tenda a fare l'articolato di origine sindacale poc'anzi citato).

11. L'arbitrato sulle controversie collettive (protocolli Iri ed Efim accordo interconfederale del 1990 e progetti di riforma del p.i.).

Nel 1986, data di perfezionamento degli accordi riguardanti le grandi *holdings* pubbliche, e nel 1990, a seguito degli accordi interconfederali sul costo del lavoro e sulle relazioni sindacali (che hanno molto attinto dai protocolli Iri e Efim), con un possibile futuro rilievo in sede legislativa (progetti sul rapporto di p.i.), si apre probabilmente la stagione degli arbitrati sulle controversie collettive interpretative.

Qui peraltro non esistono i limiti posti dagli artt. 806 e 808 c.p.c. e 5, l. n. 533 del 1973, applicabili alle sole controversie individuali: onde l'autonomia collettiva ha agio di spiegarsi più liberamente in soluzioni innovative (Grandi, 1969, 193).

L'intervento è tuttavia originale, non tanto per i suoi riflessi sulle linee di tendenza dell'arbitrato del lavoro, ma per avere finalmente offerto delle aperture all'azione giurisdizionale e/o arbitrale del sindacato diretta ad una declaratoria sui contenuti della disciplina collettiva in caso di controversia interpretativa: il sindacato, come può stipulare un negozio interpretativo sulla portata e i contenuti della disciplina collettiva o affidare tale negozio a

Conciliazione e arbitro: tendenze evolutive
Claudio Cecchella

Conciliazione e arbitrato: tendenze evolutive
 Claudio Cecchella

terzi (arbitrato), così potrà invocare un accertamento giurisdizionale intorno alla portata della clausola normativa incerta, provocando una pronuncia giudiziale che prende il posto del patto collettivo incerto (cfr. Luiso, 1987 pp. 315 ss.; Sassani, 1984, p. 1861; Pera, 1982, P. 75; Ghezzi, 1963, pp. 286 ss.; in senso contrario la giurisprudenza, v. Cass. 3 novembre 1983, n. 6480 in GC 1984, I, p. 1855; v. se vuoi, per un generale ripensamento, Cecchella, 1990, 600 ss.).

12. Problemi giuridici sottesi all'arbitrato delle controversie collettive: l'efficacia riflessa nella sfera individuale (progetto di riforma del p.i.).

Tuttavia l'azione giurisdizionale oppure l'azione arbitrale aventi ad oggetto le controversie collettive interpretative sono, una volta consentite, all'origine di tutta una serie di rilevanti implicazioni intorno agli effetti della sentenza o del lodo di accertamento emesso tra le parti collettive sui rapporti individuali e sulle controversie relative.

Il problema è noto e su di esso si è già da tempo misurata la dottrina, sulla scia di suggestioni provenienti dalla dottrina tedesca, percorrendo peraltro tutto lo spettro delle soluzioni prospettabili, dalla piena efficacia riflessa sul singolo rapporto (Pera, 1986, p. 938; già Hueck-Nipperdey, 1957, p. 376) alla diametralmente opposta inidoneità dell'accertamento a colpire i diritti quesiti del lavoratore (Luiso, 1987, pp. 315 ss.; già Giugni, 1959, pp. 832 ss.; Siebert, 1955, pp. 133 ss.; Nikisch, 1959, p. 294), sino ad una soluzione intermedia, dallo scrivente preferita (se vuoi Cecchella, 1990, pp. 624 ss.; ma già Giugni, *loc. ult. cit.*), secondo la quale solo quando vi è nel contratto collettivo compresenza della regolamentazione sostanziale e processuale (con la previsione dell'arbitrato), il patto collettivo costituisce, per riflesso, sul rapporto individuale un diritto che nasce debole, soggetto in ogni tempo alla portata riflessa della attuazione della norma strumentale ovvero del lodo arbitrale interpretativo. La fattispecie del diritto si presenta, proprio per la contestuale previsione della norma strumentale, instabile perchè collocata sulle sabbie mobili dell'eventuale sopravvenire di una pronuncia arbitrale o di un negozio interpretativo che fissi diversamente i contenuti della norma collettiva sostanziale. Pertanto, non vi è dubbio che i diritti che hanno fonte in pattuizioni individuali e non collettive oppure in quest'ultime senza contestualità con la disciplina strumentale in esame sono immuni dalla diversa previsione in sede di arbitrato o conciliazione interpretativa; così anche i diritti aventi fonte nel contratto collettivo, ma protetti da disposizioni imperative di legge.

I progetti di legge sul p.i. porgono all'interprete un interessantissimo materiale normativo (art. 19: "se le parti firmatarie pervengono ad una conciliazione, il relativo accordo, dal momento del suo perfezionamento con le procedure di cui all'art. 14, sostituisce di diritto la clausola contrattuale oggetto della controversia. L'accordo può anche prevedere uno schema di conciliazione delle vertenze individuali per il periodo precedente: in tale ipotesi, la conciliazione di ciascuna vertenza individuale si intende perfezionata con la comunicazione dell'adesione allo schema di conciliazione da parte del lavoratore interessato all'ente o amministrazione datore di lavoro. Le disposizioni dell'art. 2113 codice civile non trovano applicazione nella conciliazione così realizzata.").

Mi pare codificato il nesso di dipendenza (invero atecnica poichè il rapporto individuale ben può avere contenuti diversi da quello collettivo, nel caso di lavoratore sindacalmente non affiliato) tra rapporto individuale e rapporto collettivo, ove quest'ultimo è rilevante come elemento della fattispecie del primo, nel caso di affiliazione oppure attuazione per comportamento concludente.

Trattasi di una particolare dipendenza di contenuti, propria dei nessi tra rapporti ove l'uno ha portata "normativa" rispetto all'altro (si pensi allo speculare esempio delle associazioni o società ove gli atti del corpo intermedio producono normalmente effetti riflessi sui rapporti dei singoli affiliati). Inoltre tale nesso di dipendenza è pure permanente, nel senso che si manifesta costantemente nel tempo: ogni modifica provocata al rapporto collettivo si traduce in modifica della clausola individuale, senza che abbia rilievo la volontà del singolo. La volontà del singolo, tuttavia, nell'esprimersi dell'efficacia riflessa della conciliazione collettiva assume rilievo per il passato; in sua mancanza non si produce retroattività dell'efficacia riflessa.

La necessità che il singolo aderisca allo schema conciliativo predisposto a livello collettivo per il passato (art. 19, 4° comma), non lascia dubbi al riguardo.

La mediazione di una volontà individuale all'esprimersi di una retroattività degli effetti riflessi si giustifica, tuttavia, in relazione alla conciliazione o arbitrato della controversia

collettiva posta dalla legge (come nel caso in esame). Si deve invece ritenere non abbia rilievo quando sia la stessa fonte collettiva (e non quella legale) ad introdurre mezzi conciliativi o anche arbitrari di risoluzione della controversia interpretativa a livello collettivo.

Infatti, come si è accennato, la contestualità di previsione del diritto individuale e delle clausole collettive c.d. strumentali, fanno conseguire per riflesso sul piano individuale un diritto che nasce “debole”, perchè assoggettato al sopravvenire di un accertamento intersindacale sulla reale portata della clausola che lo regola.

La retroattività dell'efficacia riflessa della conciliazione intersindacale *ex lege*, postula naturalmente un'adesione del solo lavoratore, essendo la parte pubblica comunque vincolata, avendo essa direttamente partecipato alla conciliazione collettiva.

Conciliazione e arbitrato: tendenze evolutive
Claudio Cecchella

13. La riscoperta dell'arbitraggio (legge n. 146 del 1990).

Nella presente disamina delle tendenze evolutive del fenomeno arbitrale, non si può sottacere, quanto alle controversie collettive, la riscoperta dell'istituto dell'arbitraggio da parte del legislatore.

Mi riferisco alla legge 12 giugno 1990, n. 146 (“Norme sull'esercizio del diritto di sciopero e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della commissione di garanzia dell'attuazione della legge”), art. 13, lett. a) (“su richiesta congiunta delle parti interessate, la commissione può inoltre emanare un lodo sul merito del conflitto”).

L'affidamento, per mandato congiunto degli antagonisti sociali, del compito di pronunciare lodi, deve calarsi nel contesto della disposizione richiamata e particolarmente nella funzione della commissione di garanzia di valutare “l'idoneità delle prestazioni ... a garantire il contenimento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento del diritto della persona costituzionalmente tutelati” a seguito degli accordi presi in sede sindacale. Pertanto trattasi di un intervento in relazione alle lacune o alla mancanza di accordi in sede sindacale, con funzione di supplenza della carente determinazione dell'oggetto del contratto, sul modello dell'arbitratore *ex art.* 1349, 1° comma c.c. e quindi non di arbitrato (che è manifestazione di giustizia, applicativa di una normativa contrattuale perfezionata nella sua pienezza, cfr. Grandi, 1991 p. 418; Roccella, 1991, p. 78; Ghezzi, 1990, p. 165; mi pare in senso contrario RuscianoSantoro Passarelli, 1991, p. 209, ove si qualifica l'istituto come arbitrato irrituale). La commissione per le relazioni sindacali, dopo l'esaurimento delle procedure eventualmente stabilite dai contratti collettivi, che pertanto hanno carattere sempre preventivo, interviene con funzioni mediatrici e conciliative che possono tradursi in funzioni di arbitraggio con il consenso delle parti collettive.

Tuttavia, la richiesta congiunta delle parti consente anche alla commissione di esprimere “il proprio giudizio sulle questioni interpretative o applicative dei contenuti degli accordi” (art. 13 lett. b), ciò che mi pare ipotizzare, sulla base di un compromesso, un vero e proprio arbitrato su di una controversia interpretativa.

È comunque di un certo interesse la riscoperta dell'istituto dell'arbitraggio, diffusosi in contesti storici diversi, nei quali la comunità sindacale manifestava forme “primitive” e “primordiali” (cfr. par. 1), e la sua applicazione nell'ambito di relazioni sindacali giunte a stadi di notevole maturità, come nell'attuale fase.

Conciliazione e arbitrato: tendenze evolutive

Claudio Cecchella

Bibliografia

Andrioli (1962), *Arbitrato irrituale nelle controversie individuali di lavoro*, *DL*, II, p. 159.

Barone (1990), *Conciliazione obbligatoria ed arbitrato*, *FI*, V, c. 375.

Borghesi (1991), *il tentativo di conciliazione e l'arbitrato nei licenziamenti*, in *La disciplina dei licenziamenti* a cura di F. Carinci, Napoli, Jovene.

Carnellutti (1930), *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam.

Caruso (1991), *Disciplina dei licenziamenti individuali*, *NLCC*, p. 213.

Cecchella (1990), *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, Angeli.

Cecchella (1991), *L'arbitrato dei licenziamenti dopo la riforma*, *RIDL*, I, p. 175.

Flammia (1975), *L'arbitrato nelle controversie individuali di lavoro*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* diretto da Riva Sanseverino e Mazzoni, Padova, Cedam.

Flammia (1985), v. *Arbitrato e conciliazione in materia di lavoro*, in *Enc giur. Trecc.*, Roma, Treccani.

Furno (1969), *Disciplina pubblicistica e disciplina privatistica nelle controversie di lavoro*, in *Problemi in tema di arbitrato nelle controversie di lavoro* (Atti seminario di preparazione per dirigenti sindacali e aziendali, Firenze 1969), Milano, Giuffrè.

Ghezzi (1963), *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Milano, Giuffrè.

Ghezzi (1990), *Prime riflessioni in margine alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, *RGL*, I, p. 153.

Giugni (1956), *Esperienze corporative e postcorporative nei rapporti collettivi di lavoro in Italia*, Il Mulino p. 5.

Giugni (1958), *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, *RDL*, I, p. 55.

Giugni (1959), *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici di lavoro*, in *DE*, p. 832.

Grandi (1963), *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.

Grandi (1969), *L'arbitrato nelle controversie collettive di lavoro*, in *Problemi in tema di arbitrato delle controversie di lavoro* (Atti seminario di preparazione per dirigenti sindacali e aziendali, Firenze 1969), Milano, Giuffrè.

Grandi (1974), *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, *RDL*, I, 393.

Grandi (1991), *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, *RTDPC*, I, p. 416.

Hernandez (1990), *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, Cedam.

Hueck-Nipperdey (1957), *Lehrbuch der Arbeitsrecht*, 6. Aufl., II, Berlino-Francoforte.

Jocteau (1978), *La magistratura e i conflitti di lavoro durante il fascismo 1926-1934*, Milano, Feltrinelli.

Lega (1935), *Compromissione in arbitri delle controversie collettive di lavoro*, *DL*, p. 221.

Luiso (1987), *Irretroattività degli effetti riflessi*, *RDP*, p. 317.

Nikisch (1959), *Arbeitsrecht*, 2. Aufl., II, Tubinga.

Papaleoni (1991), *La fine dei liberi licenziamenti*, Milano, Angeli.

Pedrazzoli (1985), *Sulla introduzione per via contrattuale di comitati consultivi paritetici nel gruppo Iri*, *RIDL*, I, p. 211.

Pera (1955), *L'arbitrato nelle controversie di lavoro e le clausole di decadenza stabilite dai contratti collettivi*, *RDP*, II, p. 39.

Pera (1969), *Arbitrato rituale e irrituale nelle controversie di lavoro*, in *I processi speciali*, Napoli, Jovene.

Pera (1982), *Noterelle di diritto del lavoro*, *GC*, II, p. 75.

Pera (1986), *Sulla disponibilità sindacale dei diritti individuali*, *RIDL*, I, p. 938.

Pera (1990), *Le disposizioni processuali della legge n. 108 del 1990 sui licenziamenti*, *GC*, II p. 389.

Pera (1991), *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, Milano Giuffrè.

Proto Pisani (1990), *Note in tema di conciliazione obbligatoria e di arbitrato nella nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, *FI*, V, c. 505.

Roccella (1991), in *Treu-Garilli-Roccella-Pascucci, Sciopero e servizi essenziali*, Padova, Cedam.

Santoro Passarelli-Rusciano (1991), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Milano, Giuffrè.

Sassani (1984), *Clausole normative di contratto collettivo e azione del sindacato*, *GC*, I, p. 1861.

Satta (1970), *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, Murano.

Siebert, *Kollektivnorm und individualrecht*, Festschrift für Nipperdey, Monaco, p. 133.

Stolfa-Venziani (1987) v. *Arbitrato nel diritto del lavoro*, in *Dig. comm.*, I, Torino, Utet.

Vocino (1946) *Il cosiddetto arbitrato irrituale sulle controversie da infortuni sul lavoro*, *GCCC*, II, p. 546.

Sindacato, arbitrato e conflitto collettivo *

Bruno Caruso

Sommario

I. ARBITRATO E CONFLITTI DI LAVORO: LA TRADIZIONE ITALIANA. 1.1 La riscoperta dell'arbitrato: un *dèjà vu*? 1.2 La regolazione restrittiva dell'arbitrato nel sistema di diritto del lavoro italiano: ragioni strutturali e funzionali. **II. PROCEDURE ARBITRALI E SISTEMI DI RELAZIONI INDUSTRIALI.** 2.1 La differenziazione funzionale dell'arbitrato nei diversi sistemi: A) i modelli monofunzionali. 2.2 *Segue...B*) i modelli polifunzionali. 2.2.1 L'arbitrato come sistema di integrazione sostitutiva della giustizia statale nelle controversie individuali di lavoro. 2.2.2 L'arbitrato come "coadiuvante" della limitazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali. 2.2.3 L'arbitrato come strumento di processualizzazione del sistema di contrattazione collettiva. 2.2.4 L'arbitrato come strumento di soluzione delle controversie di rappresentanza intersindacali. 2.3 La differenziazione organizzativo-strutturale dei modelli di arbitrato. **III. LE PROSPETTIVE DELL'ARBITRATO NELL'ORDINAMENTO DEL LAVORO ITALIANO.** 3.1 Posizione del problema. 3.2 L'arbitrato e lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: quale riforma della l. 146/90? 3.3 Sindacato e controversie individuali: le prospettive dell'arbitrato nell'ordinamento italiano. 3.4 L'arbitrato e l'organizzazione "dinamica" del sistema di contrattazione collettiva: una esperienza da sviluppare. 3.5 L'arbitrato e i conflitti di rappresentanza intersindacali: limiti e possibili percorsi nel sistema italiano.

I. ARBITRATO E CONFLITTI DI LAVORO: LA TRADIZIONE ITALIANA.

1.1 La riscoperta dell'arbitrato: un *dèjà vu*?

L'attenzione che viene oggi nuovamente rivolta al tema dell'arbitrato nel diritto del lavoro, potrebbe preludere ad una rinnovata sensibilità verso grandi questioni teoriche (la formazione extralegislativa del diritto del lavoro, i tratti di originarietà e originalità dell'ordinamento intersindacale) che si ponevano sullo sfondo della riflessione sull'istituto negli anni '60 (Giugni, 1960, ora 1977, pp. 141 ss.; id., 1965) (1). Il ritorno all'arbitrato potrebbe iscriversi oggi in quel moto di oscillazione pendolare, dal formalismo all'antiformalismo, che ripropone, rinverdire, in piena crisi della forma giuridica e giudiziale dello stato sociale, le tematiche della deregolazione e della "informalizzazione" della giustizia (2).

(*) Il presente saggio è destinato agli Scritti in onore di Renato Scognamiglio.

(1) Una particolare sensibilità ai risvolti teorici della riflessione sull'arbitrato nel diritto del lavoro si riscontra nell'importante lavoro di Cecchella, 1990. Attento ai profili teorici del rapporto tra struttura legale e processuale del diritto del lavoro italiano e nuovi poteri dispositivi che si intendono attribuire all'autonomia collettiva, anche attraverso il rilancio dell'istituto arbitrale, il saggio di Ventura, 1991.

(2) Secondo Santos, 1990, p. 8, la rivolta antiformalista nell'amministrazione della giustizia, andrebbe nel senso della proposta di meccanismi di risoluzione delle controversie caratterizzati dall'enfasi sui risultati raggiunti di

note

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

Sembra, tuttavia, almeno per ora, prevalere un approccio funzionalista: l'esigenza di rilanciare l'istituto arbitrale fornendogli nuova linfa istituzionale dopo l'asfittica regolamentazione contenuta nella legge di riforma del processo del lavoro del 1973 viene da più parti collegata alla crisi del processo del lavoro, in relazione al sovraccarico di domanda di giustizia che su di esso incombe (CNEL, 1991; Bertozzi-Sambucini, 1991, 2217); più radicalmente si ritiene che la crisi della giustizia del lavoro non sia legata soltanto a fenomeni contingenti (3), ma, più strutturalmente, al progressivo esaurimento della spinta propulsiva della triade "oralità, concentrazione, speditezza", fagocitata da una prassi processuale ispirata ad una cultura curialista e avvocatessa che ha trovato sempre meno giudici disposti a contrastarla (4).

In relazione a ciò, la moltiplicazione dei luoghi di gestione e soluzione delle controversie di lavoro, attraverso un più lineare, ed incentivato, accesso alla giustizia privato-sindacale di tipo conciliativoarbitrale, viene proposta come una via possibile di uscita dalla crisi.

Ma in tal modo, la dicotomia giustizia statale/giustizia privato-sindacale cesserebbe di essere tale per presentarsi, in realtà, come duplicazione o moltiplicazione, a scopi di mera redditività, dei luoghi della giustizia statale (5). Una visione di questo tipo, lungi da presentarsi come rilancio di momenti di autoregolazione del sistema sociale autonomo, non farebbe altro che proporre, a scopi meramente funzionalistici, una deresponsabilizzazione, sostanzialmente finanziaria, dello Stato rispetto a prestazioni (l'amministrazione della giustizia del lavoro) non più sostenibili direttamente, con conseguente devoluzione di esse ad istituzioni della società civile statalizzate, in surroga funzionale (6).

Un tale processo, lungi dal rappresentare una ritrazione dello Stato dalla funzione di amministrazione della giustizia del lavoro, rappresenterebbe, invero, una sua espansione. Solo che, invece di espandersi attraverso i suoi apparati burocratici formali, lo Stato si espanderebbe sotto forma di società civile (Santos, 1990, p. 15) (7).

Ma l'approccio funzionalista trascura ulteriori trasformazioni dei sistemi giuridici delle società complesse: il progressivo allargarsi dell'azione pubblica, e della stessa azione sindacale, ha portato con sé, inevitabilmente, un allargamento del controllo giudiziario su tale azione. Ne è derivato che il sistema giudiziario sia finito per diventare, in misura vieppiù maggiore, uno strumento diretto di intervento dei cittadini anche in situazioni di conflitti di tipo collettivo, di serie, o, in ogni caso, superindividuali. Sono sempre più i giudici dello stato ad essere i primi destinatari di nuove domande sociali.

note

comune accordo, anziché di stretta obbedienza normativa; nella preferenza per decisioni ottenute attraverso mediazioni o conciliazioni anziché aggiudicazioni; nella scelta di un non giurista come terza parte, eletto o meno dalla comunità del gruppo le cui dispute si pretendono risolvere; nel riconoscimento della competenza delle parti a proteggere i propri interessi e a condurre la propria difesa in un contesto istituzionale deprofessionalizzato, e attraverso un processo informale condotto in linguaggio ad esse comune.

(3) Le note carenze di organico accentuate dalla riforma del processo penale. Colossali controversie di serie, come quelle intentate contro l'Ente FFSS, all'indomani della privatizzazione del rapporto di lavoro, lasciano intravedere cosa potrebbe accadere qualora andasse in porto la programmata privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

(4) Sull'inutilità di riforme processuali tecnicamente adeguate senza un mutamento di atteggiamento e mentalità degli operatori si cfr. il sempre attuale saggio di Calamandrei, 1957.

(5) È un processo, per altro, abbastanza evidente in quei sistemi in cui la giustizia arbitrale del lavoro è una realtà più radicata che in Italia. Negli Usa la professionalizzazione degli arbitri — selezionati tra gli appartenenti alle due grandi organizzazioni: la *Federation Mediation and Conciliation Service* (federale), e la *American Arbitration Association* (privata) (AAA) — con il correlato *background* giuridico, e con obblighi via via più penetranti di rispettare il diritto del lavoro statale, sono fenomeni che confermano come la giustizia arbitrale si configuri come duplicazione a scopi funzionali, piuttosto che come alternativa dicotomica alla giustizia statale; sulla professionalizzazione dei mediatori di vertenze di lavoro negli Usa, cfr. Dilts-Karim-Rassuli, 1991; Briggs-Koys, 1991. Questo processo veniva positivamente considerato come istaurazione di un "ordine legale" nel sistema privato-industriale da Selznick, 1969, p. 154 ss. Contribuisce fortemente a smitizzare i requisiti di informalità e deburocratizzazione, normalmente attribuiti alla giustizia sul *Yale Law Journal* dell'aprile del 1979 "Dispute resolution"; si vedano il "Foreword" introduttivo di Cover e, per il diritto del lavoro, il saggio di Getman, 1979, p. 916 ss.

(6) Più ampiamente, *infra* par. 3.3.

(7) Questo processo di *rilegalizzazione* dietro una apparente *delegalizzazione*, viene indicato da Santos come creazione di *società civile secondaria* ad opera dello Stato. Cosicché, le riforme di "informalizzazione" della giustizia verrebbero determinate da criteri di efficacia definiti secondo la logica formale e statalista dello Stato. Questo processo, per altro non sarebbe indolore in quanto l'"informalizzazione" potrebbe pure assumere la forma della conciliazione repressiva con effetti di disarmo e svalorizzazione degli interessi dei gruppi sociali subordinati. L'intera analisi dell'autore, se non le proposte, ci sembra di grande utilità per la comprensione dei processi di trasformazione in atto nel diritto del lavoro contemporaneo.

Soggetti individuali e collettivi, che si vedono sbarrato l'accesso ai luoghi tradizionali della rappresentanza, riescono a far sentire la loro voce e ad ottenere risultati, che altrimenti sarebbero del tutto impossibili, soltanto attraverso il ricorso all'azione della magistratura (Rodotà, 1992, pp. 169 ss.), ancorché, spesso, lo strumento processuale si presenta inadeguato rispetto al tipo di domanda proposta.

Oltretutto, un simile protagonismo non è soltanto riconducibile ad un disdicevole atteggiamento, endogeno al ceto giudiziario, quanto piuttosto ad una esplicita volontà di un legislatore che preferisce scaricare su altri poteri, le tensioni derivanti da nuovi conflitti sociali, inventandosi, di volta in volta, un giudice "legislatore, arbitro, mediatore, controllore, gestore" (Rodotà, op. loc. cit.). Cosa altro rappresenta, infatti, se non un evidente caso di "negoziato all'ombra della legge" affidata alla mediazione giudiziaria, la recente norma che devolve ad una sentenza del giudice l'indicazione di un vero e proprio programma di rientro, negoziato tra le parti, dalle discriminazioni accertate (art. 4 comma 7, l. 125/1991 legge sulle azioni positive)?

1.2 La regolazione restrittiva dell'arbitrato nel sistema di diritto del lavoro italiano: ragioni strutturali e funzionali.

Ma pur tenendo conto di questa generale tendenza alla giurisdizializzazione dei conflitti, il fatto che si cominci a proporre la rivitalizzazione di forme di giustizia privata, come ulteriore strumento di ammortamento dei conflitti individuali e collettivi, costituisce un inequivocabile segnale del fatto che il sistema di negoziazione collettiva non dà risposte esaustive alla conflittualità sociale. D'altra parte, il sistema italiano di giustizia del lavoro appare un contenitore troppo stretto e strutturalmente inadeguato per dare soluzioni, efficienti ed efficaci, a tutti i conflitti di interessi che promanano dal sistema di relazioni industriali; conflitti, per inciso, non tutti semplicisticamente riconducibili alla dicotomia tradizionale lavoratore-datore di lavoro, ma sempre più spesso di tipo trasversale a diversi gruppi di lavoratori, frequentemente di tipo endo e intersindacali e che coinvolgono, a volte, soggetti estranei allo stesso sistema di relazioni industriali.

Ma un fatto è certo: il sovraccarico della giustizia del lavoro statale, oggi in Italia, risponde ad una scelta di fondo dell'intero sistema di diritto del lavoro processuale e sostanziale di cui occorre assumere piena consapevolezza teorica; scelta che, per alcuni aspetti non secondari, si radica nello stesso sistema di relazioni sindacali italiano.

1) Il nostro sistema processuale del lavoro intende coniugare due principi basilari: è ancora ispirato al principio liberale della disponibilità della controversia, fondamentalmente di tipo atomistico-individuale, ma allo stesso tempo è tecnicamente predisposto alla tutela processuale differenziata, con quel che significa: accentuazione dei poteri istruttori officiosi, inversione dell'onere della prova, rivalutazione dei crediti di lavoro come specifica sanzione per il datore di lavoro che costringe il lavoratore alla lite, stringente sistema di decadenze probatorie, oralità, concentrazione, speditezza come tratti salienti e funzionali ad una tutela efficace e rapida nei confronti del lavoratore-attore (Proto Pisani, 1976) (8). Tale modello di processo risponde, dunque, ad un programma dello Stato volto alla tutela del contraente-partite processuale debole, in perfetta linea di continuità con una legislazione sostanziale basata, prima ancora che sul sostegno negoziale alle grandi organizzazioni di interessi, sulle garanzie legali delle posizioni soggettive individuali (Giugni 1986, Ventura 1991).

D'altra parte, l'unica azione collettiva (l'art. 28 della l.300/70) presente nel nostro ordinamento, è soggetta, oggi, ad una peculiare eterogeneità dei fini: lungi dal correggere i comportamenti datoriali non in linea con relazioni sindacali "mature", diventa sempre più frequentemente lo strumento per sottoporre al "giudizio arbitrale" del giudice dello stato i conflitti intersindacali che la frammentazione della rappresentanza, non regolata, produce nel sistema sindacale.

Sotto il profilo della modellistica processuale proposta da Damaska (1991) il nostro

(8) La differenziazione tra rito ordinario e rito del lavoro, anche se ridotta, permane dopo la riforma del processo civile attuata con la l. 353 / 90; la disciplina del lavoro continua, infatti, a presentare non secondari aspetti di differenziazione giustificati dalla specificità delle controversie di lavoro e cioè dal particolare rango delle situazioni soggettive implicate nel rapporto di lavoro e, quindi, dalle particolari esigenze di ricerca della verità materiale.; così, Proto Pisani 1992, pp. 8485.

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

processo può essere, dunque, collocato nella tipologia intermedia tra le forme estreme di processo tipico dello “stato attivo” (9) e dello “stato reattivo” (10).

L’affidamento della risoluzione delle controversie di lavoro individuale e collettive alla società civile, nelle forme della conciliazione e dell’arbitrato, c’è ma nei limiti dell’attuale, poco incentivata, regolazione della conciliazione sindacale e dell’ancor più restrittiva regolazione dell’arbitrato rituale e irrituale, collettivamente precostituito (Cecchella 1990, p. 283 ss.). Il sistema, comunque, si polarizza su una gestione della giustizia del lavoro sostanzialmente monopolizzata dallo Stato ed attraverso un tipo di processo legato non ad un modello puro di “Stato limitato”, in cui l’amministrazione della giustizia si esaurisce nella mera risoluzione di un conflitto, ma ad un modello che metabolizza elementi tipici dello “Stato attivo”, vale a dire uno Stato portatore di una specifica policy e di un proprio programma, quello appunto della tutela giurisdizionale differenziata.

2) Tale modello processuale, a tendenziale monopolio statale, si conforma ad un sistema di diritto del lavoro ancora fortemente materializzato, contraddistinto da norme legali e collettive in gran parte inderogabili, a difesa di diritti spesso di natura indisponibile. Mentre solo di recente si assiste ad una evoluzione verso modelli normativi in cui si dispongono procedure e regole autonome di risoluzione dei conflitti, un diritto, cioè, “influenzato dall’immaginario e dall’ermeneutica dell’accordo” e del consenso (Damaska, 1991, p. 140) (ad esempio la legge 146/90 di regolazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, infra par. 3.2).

Se tutto ciò è vero, non appaiono fra di loro antitetico, bensì convergenti, le tradizionali ragioni addotte dalla dottrina per spiegare l’attuale disfavore del legislatore nei confronti della compromettibilità di controversie individuali ad arbitri (ragioni, per altro, che concorrono a spiegare pure lo scarso ricorso a procedure, negoziali o legali, di arbitrato collettivo su conflitti di interessi).

Queste ragioni possono essere così riassunte:

a) la non disponibilità dei diritti individuali, specie se già entrati nel patrimonio del singolo lavoratore, e l’ideologia della tutela della parte debole (Ventura, 1991, p. 219; Tremolada 1978; contra, convincentemente, Cecchella 1990, p. 349) di cui è stata impregnata gran parte della legislazione di tutela, soprattutto negli anni ’60 e ’70 e che costituisce ancora il nocciolo duro della legislazione del lavoro italiano.

b) Il tradizionale atteggiamento di diffidenza della cultura del legislatore costituzionale e ordinario, e di una parte della dottrina giuridica, verso ogni minaccia al monopolio giurisdizionale dello stato (Stolfa-Veneziani, 1987; Simi, 1971; Flammia 1988, p. 138). Il prevalere, cioè, di una concezione iperstatalista del diritto e astratta dello Stato che vede in esso non soltanto il monopolizzatore “della forza”, ma dell’intero diritto e nel diritto, della giurisdizione. Negli ordinamenti positivi che corrispondono a questa configurazione dello Stato, monopolista del diritto, l’arbitrato viene bandito, o viene “processualizzato” e trasformato in un “procedimento speciale” (Punzi, 1988, p. 3; Satta, 1971, p. 169).

c) Il convergere delle convenienze di tutti gli attori del sistema di relazioni industriali verso la giustizia statale come luogo privilegiato di filtro e “aggiudicazione” delle controversie individuali e collettive (con la parziale eccezione delle conciliazioni in sede sindacale e amministrativa); in primo luogo, come prodotto della visione statualista della giustizia del lavoro del maggiore sindacato italiano, la Cgil, e del sostanziale disimpegno della Cisl, che negli anni ’50 e ’60, era sembrata, invece, la Confederazione più attenta a valorizzare forme di giustizia privata intersindacale (Cecchella 1990, p. 288). A tale atteggiamento va aggiunta la pressione, dopo la riforma processuale del 1973, delle “lobbies” degli operatori degli uffici legali dei sindacati, verso una gestione “specializzata” e “tecnicizzata” del contenzioso del lavoro (fuori da ogni controllo politico) col risultato di privilegiare la giustizia statale, o, al massimo, il momento conciliativo informale come unica alternativa alla soluzione giurisdizionale della lite. *Last but not least*, la non disponibilità dei datori di lavoro a predetermi-

note

(9) Secondo Damaska, 1991, p. 147 il modello estremo di stato attivo non si limita ad adottare qualche scelta di valore propulsiva e qualche programma di benessere. Esso persegue, invece, una teoria globale delle condizioni di vita ottimali e tenta di utilizzarla come base di programmi teoricamente omnicomprensivi di miglioramento morale e materiale dei cittadini.

(10) “L’unico compito dello Stato reattivo consiste nel fornire una struttura portante nell’ambito della quale i cittadini perseguono gli scopi che si sono scelti. I suoi strumenti devono liberare le forze spontanee dell’autogestione sociale. Lo Stato non conosce nozioni di interesse distinto dagli interessi sociali e individuali (privati): non ci sono problemi tipicamente statali ma solo problemi sociali ed individuali”, così Damaska, 1991, p. 136.

nare percorsi di limitazione della propria autonomia negoziale, attraverso la previsione di momenti di preventivo deferimento a collegi arbitrali (a legittimazione volontaria, ma dotati di poteri decisorii obbligatori) di certe tipologie di conflitti, non solo su diritti ma anche su interessi, a fronte di una maggiore disponibilità ad accettare, eventualmente, il rischio della controversia successiva davanti al giudice dello stato (11).

d) A sostegno di tutto ciò, il predominio della cultura dei diritti soggettivi, a cui si conforma la stessa struttura normativa del contratto collettivo (tipico di un modello statico e non dinamico di contrattazione) che mutua, in gran parte, la struttura della norma legale inderogabile (al punto da essere equiparata, sotto tale profilo, alla legge: art. 2113 del codice civile). Salva la possibilità, che costituisce una anfibia, irresoluta ed irresolubile sul piano teorico, di una legittima rinuncia o transazione individuale (trascorsi i 6 mesi), o collettiva (immediatamente valida: art. 2113 ult. comma c.c.) di diritti derivanti da norme inderogabili, che sembrerebbero, invece, predisporre legittime ed indeclinabili aspettative in capo ai singoli.

Ma l'apparente anfibia è spiegabile non tanto in riferimento alla struttura della norma legale laburista (si sostiene, pure non a torto, che l'area della inderogabilità della norma, essendo più vasta, non coincide con quella della indisponibilità del diritto, poiché la norma lavorista è posta a tutela di interessi fondamentalmente privati benché collettivi: Giugni, 1958, p. 67 ss.; Cecchella, 1990, p. 361), quanto in riferimento alla struttura del processo. Il processo del lavoro italiano realizza — si è già detto — una commistione tra il modello di giustizia come risoluzione dei conflitti e come attuazione di scelte politiche: la predisposizione di una struttura processuale finalizzata alla realizzazione della tutela differenziata non contraddice un connotato tipico del modello di giustizia dello Stato reattivo, quello per cui il ricorso al giudice dello Stato si configura come rimedio di ultima istanza, da impiegarsi qualora falliscano rimedi privati di tipo conciliativo, o non funzionino “gli incentivi” al litigante, pur protetto dalla norma inderogabile di legge, a “rinunciare” preventivamente alla pretesa, magari transigendo (12).

e) Infine, una spiegazione della restrittiva regolazione legale dell'arbitrato è riferibile ad elementi del sistema di relazioni sindacali italiano; vale a dire alla pressione del sindacato confederale, accolta dal legislatore, a predisporre un modello di arbitrato privato la cui gestione è a sé stesso riservata, in un contesto di pluralismo sindacale assolutamente non regolato e di rappresentanza privatistica, ancorché si moltiplicano gli arbitrati previsti dalla legge senza preventiva preorganizzazione sindacale e riservati all'autonomia individuale (da ultimo, l'art. 5 della l. 108/90) (Cecchella, 1990, 350; id. 1991, pp. 272-3).

È vero che la legge prevede, sia per l'arbitrato rituale che per l'arbitrato irrituale, la preconstituzione delle procedure arbitrali ad opera di “accordi o contratti collettivi” senza specificazione della qualificazione (per es. in termini di maggiore rappresentatività), dei soggetti stipulanti tali accordi. Ma ciò è facilmente spiegabile in relazione a due ordini di ragioni, il secondo dei quali è allo stesso tempo causa ed effetto della regolazione restrittiva: 1) in primo luogo il riferimento al sistema sociale di contrattazione collettiva, operato dagli artt. 808 c.p.c. e 5 l. 533 del 1973, lascia intravedere, in controluce, come soggetti, i protagonisti storici della contrattazione collettiva di livello nazionale (vale a dire le tre grandi confederazioni, Cgil, Cisl, Uil, egemoni nella fase di emanazione della legge processuale); se proprio si vuole forzare interpretativamente il dato si tratta di un riferimento ellittico al criterio di rappresentatività tecnica esplicitato nel punto b) dell'art. 19 dello statuto dei lavoratori (13).

2) In secondo luogo, nel momento in cui si deferisce al sindacato il controllo e la gestione

note

(11) Tale atteggiamento datoriale è pure diffuso in sistemi, come la Gran Bretagna, dove, per altro, l'utilizzo dell'arbitrato facoltativo, *ad hoc*, o proceduralmente predeterminato, è molto più diffuso che in Italia: cfr. Lowry, 1990, p. 84). Secondo Hicks, 1964, pp. 149-50, la scarsa fiducia degli imprenditori nei confronti delle procedure arbitrali deriverebbe da una predisposizione degli arbitri fare concessioni sulla base di pregiudizi legalistici; secondo l'economista “il compito degli arbitri sarebbe di individuare un comportamento che i litiganti possano vantaggiosamente accettare; non di imporre una soluzione che a lui sembri giusta ed equa”.

(12) Fermo restando che anche a processo iniziato l'ideale dell'autogestione degli interessi può risorgere come l'araba fenice dalle sue stesse ceneri, sotto forma di transazione stragiudiziale della controversia: su tutto ciò le illuminanti intuizioni di Damaska, 1991, pp. 144-145.

(13) Cecchella, 1990, p. 351, pare risolvere con un non meglio specificato principio di effettività la potenziale contraddizione tra incentivo statale al monopolio sindacale dell'istituzione arbitrale e pluralismo della rappresentanza. Tale soluzione appare eccessivamente semplificante i termini reali del problema; come conciliare monopolio sindacale dell'arbitrato e pluralismo è, infatti, uno dei nodi essenziali da sciogliere se si vogliono seriamente incentivare forme di giustizia privata di tipo sindacale, effettivamente autoregolate.

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

della giustizia arbitrale, tale devoluzione viene contornata di riserve e contrappesi tali da ridurne al minimo, se non annullare completamente, l'effetto devolutivo al sistema autonomo autoregolato; e ciò sia con l'imporre la riproduzione nel giudizio arbitrale della identica logica giuridica del diritto statale (il divieto di giudicare secondo equità, vale a dire secondo la logica propria dell'ordinamento sociale autonomo: la giustizia privata come duplicazione della giustizia statale) (14); sia con la possibilità, in ogni caso, di controllo giudiziale-statale successivo sulla "violazione da parte del lodo arbitrale delle norme inderogabili di legge ovvero di accordi e contratti collettivi"; sia, ancor più direttamente e con maggiori effetti demolitori, lasciando sempre aperta, come alternativa, la via giudiziale (Flammia, 1988, pp. 4-5; ma, sul punto, l'interpretazione correttiva di Grandi, 1991, p. 427).

L'arbitrato sindacale è, quindi, sempre subordinato alla volontà del singolo che deve manifestare il suo consenso o preventivo o successivo (in merito, l'articolata ricostruzione di Cecchella, 1990, pp. 352 ss.) e ciò sarebbe espressione inequivocabile della scelta statale di preservarsi tendenzialmente il monopolio della giustizia del lavoro (15).

II. PROCEDURE ARBITRALI E SISTEMI DI RELAZIONI INDUSTRIALI.

2.1 La differenziazione funzionale dell'arbitrato nei diversi sistemi: A) i modelli monofunzionali.

La restrittiva regolazione dell'arbitrato in Italia e il correlato monopolio statale della giustizia del lavoro, se non è certo caso unico, tuttavia, non trova particolari riscontri nell'analisi comparata.

Se si guarda alla struttura, oltre che all'evoluzione storica, dell'istituto arbitrale in altri sistemi, appare immediatamente percepibile come ad esso siano riconducibili una pluralità di procedure la cui regolazione, volontaria o legislativa, diverge sensibilmente in relazione alle molteplici funzioni devolute.

Detto altrimenti, nella prospettiva comparata, l'arbitrato svolge funzioni più rilevanti che in Italia e va probabilmente declinato al plurale.

A) Invero, esistono modelli "pervasivi" di arbitrato, per altro, a connotazione monofunzionale e monostrutturale; ma si tratta di sistemi, come l'Australia e la Nuova Zelanda, dove per particolari ragioni storiche, economiche ed istituzionali, l'istituto del *compulsory arbitration* ha costituito il perno di una peculiare eteroregolazione statale dell'intero sistema di contrattazione collettiva, lo strumento di attuazione di politiche di redditi e per tentativi (scarsamente riusciti) di governo della conflittualità e di limitazione dell'esercizio del diritto di sciopero (16).

Non a caso, in questi sistemi, si assiste a una scarsa diversificazione funzionale fra sistema della giustizia arbitrale e delle *Labor Courts*; nel primo si accentrano, sostanzialmente, sia competenze dichiarative che applicative dei diritti individuali e collettivi (secondo un'altra terminologia, alle istituzioni arbitrali, innestate nell'apparato amministrativo-statale, spetta il compito di risolvere sia le controversie di diritti che di interessi).

note

(14) Sulla diversa incidenza del divieto di giudizio equitativo tra arbitrato irrituale e rituale cfr. Hernandez 1990, pp. 154 ss.; Cecchella 1991, pp. 277 ss. Sulla "regola" del e nel giudizio equitativo Galgano, 1991, pp. 409 ss.

(15) Secondo Cecchella, 1990, p. 352 "la *ratio* degli artt. 806 e 808 c.p.c. è costituita dalla volontà di assicurare un monopolio sindacale alle vie di giustizia alternativa a quella dello stato, ma ciò non sino al punto di esautorare il monopolio della giurisdizione dello stato, vero centro motore del sistema, assicurato con lo stratagemma costituito dalla necessità di una volontà individuale successiva adesiva che trasforma la clausola collettiva in un impegno *ad libitum* della parte individuale".

(16) L'arbitrato obbligatorio in Nuova Zelanda trae origine dalla esigenza di regolamentare lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, ma anche da un atteggiamento sindacale favorevole all'intervento dello stato nelle relazioni industriali (determinato, invero, dalla storica sconfitta sindacale all'inizio del secolo). Esso costituisce, quindi, il portato di una endemica situazione di debolezza e frammentazione sindacale: sullo sviluppo storico e sulla regolamentazione legale dell'arbitrato in Nuova Zelanda, fino alla svolta del 1984, cfr. Nolan, 1991. In Australia l'arbitrato obbligatorio trae origine dal tentativo delle istituzioni Federali di governare un sistema di relazioni industriali frammentato e fortemente diversificato nei vari stati (il *Commonwealth Parliament* non ha competenza legislativa generale in materia di lavoro); ma anche dall'obiettivo di controllare la conflittualità e di attuare politiche di controllo della dinamica salariale; sul sistema australiano cfr. Portus, 1980; Plowman, 1989, 27 ss.; Mac Carty, 1989. Critiche a questo modello in Summers, 1991, 169.

2.2 Segue ... B) i modelli polifunzionali.

Arbitrato e conflitto
collettivo
Bruno Caruso

2.2.1 L'arbitrato come sistema di integrazione sostitutiva della giustizia statale nelle controversie individuali di lavoro.

B) Nei sistemi dove, invece, si sono affermati modelli polifunzionali di arbitrato, si è assistito ad una diversificazione funzionale dell'istituto in relazione ai diversi luoghi di evidenziazione dei conflitti e alla diversa natura (individuale, plurima, collettiva) degli stessi (17). Così alle procedure arbitrali sono state ricondotte funzioni di ausilio e di integrazione sostitutiva della giustizia statale rispetto alle più ricorrenti controversie individuali (salario, diritti derivanti dalla *seniority*, licenziamenti, provvedimenti disciplinari).

All'interno di tale funzione, come sua variante interna, all'arbitrato sono conferiti compiti di amministrazione del contratto collettivo in relazione a controversie che possono nascere dalla sua quotidiana applicazione e che riguardano i diritti individuali. In Spagna, ad es., ma pure in Italia, i contratti collettivi predispongono procedure di conciliazione e arbitrato finalizzate ad evitare che le controversie derivanti dall'applicazione delle norme contrattuali (ad es. gli inquadramenti in concreto) siano risolte tramite il ricorso alla giustizia statale e ad incardinarle, invece, presso istituzioni all'uopo predisposte dalla stessa autonomia sindacale: collegi e commissioni paritetiche (per la Spagna Quesnada Segura, 1992, pp. 8 ss.; Martinez Giron, 1985; per l'Italia, Cecchella 1990, pp. 181 ss.). Quel che appare rilevante è che tale funzione di integrazione sostitutiva della giustizia statale nelle controversie individuali (alla quale per altro rimangono sempre affidati compiti di controllo esterno: Aaron, 1967, Lynch, 1989), ad opera della giustizia privato-sindacale, si è affermata soprattutto in quei sistemi, come gli USA e il Canada, dove la legge predispone meccanismi di riduzione del pluralismo sindacale attraverso il sistema del *Sole Bargaining Agent* (18).

Viene fuori, cioè, una correlazione di estremo interesse: nei paesi a radicato pluralismo sindacale (Francia, Spagna, Italia) la giurisdizione sulle controversie individuali è sostanzialmente monopolizzata dalla giustizia statale (Corti ordinarie o speciali), mentre la giurisdizione privato-sindacale pur essendo presente, è sostanzialmente depotenziata anche in ragione della sua restrittiva regolazione statale.

I sistemi di giustizia privato-sindacale prevalgono, invece, ove vigono meccanismi di rappresentanza esclusiva o dove il pluralismo è ridotto (Aaron, 1990, p. 248) (19). Tale fattore è importante ed è probabilmente indicativo, più che di una maggiore autonomia del sistema di giustizia sindacale dal sistema di giustizia statale, di una precisa scelta del legislatore, di decentrare le funzioni di amministrazione della giustizia del lavoro. Ma è, tuttavia, il contesto di maggiore o minore garantismo legislativo individuale, che spiega meglio la ragione della supremazia della giustizia statale su quella privato-sindacale (20). Nei sistemi di garantismo collettivo, infatti, più complesse e sfumate appaiono le relazioni tra fonte legale e fonte contrattuale. In essi maggiore è il peso dei meccanismi di autoregolazione sindacale delle controversie individuali e di loro soluzione non giurisdizionale (Durán López 1990, pp. 27-28). È da rilevare, inoltre, che nei sistemi in cui il potere

note

(17) Rogowski, 1991, 123, distingue un uso diverso dell'arbitrato nelle *negotiating procedures* finalizzate a raggiungere accordi collettivi; nelle *arbitration procedures* finalizzate a risolvere conflitti applicativi e interpretativi tra attori collettivi; e nelle *grievance procedures* funzionali a gestire le controversie individuali a livello di impresa.

(18) Negli Usa il 94-95% dei contratti collettivi contengono clausole che rinviano a procedure arbitrali per la risoluzione delle controversie individuali, mentre in Canada è addirittura la legge che impone che i contratti collettivi contengano clausole di questo tenore. Per un'accentuazione delle differenze tra i due sistemi, al di là dell'apparente omologia, cfr. Aaron, 1990.

(19) Fa eccezione la RFT che pur caratterizzata da una scarsa articolazione del pluralismo sindacale, ha un sistema prevalentemente giudiziale di risoluzione delle controversie individuali (tali controversie sono filtrate da un sistema di conciliazione a livello aziendale: cfr. Weiss, Simitis; Rydzy, 1989, pp. 81 ss.; Rydzy, 1989, pp. 113 ss.); sul sistema delle Corti del lavoro tedesche (*Arbeitsgerichte*), oltre gli autori cit., cfr. Ramm, 1971, pp. 96 ss. e più recentemente Rogowski, 1991 pp. 228 ss. Su l'*Institution Prud'homal* francese v. Supiot 1987, 367 ss. In Svezia non può affermarsi una prevalenza delle Corti statuali sul sistema arbitrale sindacale previsto dall'accordo fondamentale in materia di licenziamenti individuali e collettivi (*Arbetsmarknadsnämnden*), cfr. Schmidt, 1970, pp. 227 ss.

(20) Come detto (*supra* par. 1.2) nei sistemi di garanzia statale dei diritti individuali, la tutela si realizza attraverso un apparato protettivo rigido, che stabilisce trattamenti generali, applicabili indifferentemente a tutti e ciascuno dei lavoratori, singolarmente considerati. I trattamenti si considerano a loro volta inderogabili sia dall'autonomia individuale, che, nella visione tradizionale, dall'autonomia collettiva. Il rispetto di tali diritti è affidato all'autorità amministrativa per una parte e alla giurisdizione ordinaria per l'altra.

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

dell'autonomia collettiva non è, legislativamente, puntellato o promosso, il controllo delle *grievances procedure* diventa strumento essenziale al sindacato per ottenere indiretto riconoscimento, in quanto il suo ruolo, nella gestione della microconflittualità aziendale, finisce per essere indispensabile.

Ma in tal modo il sindacato diviene portatore di un proprio specifico interesse alla gestione arbitrale delle controversie individuali.

Anche per questo, attraverso il principio del *duty of fair representation*, la giurisprudenza opera un controllo sulla gestione corretta, anche in termini di rappresentanza, delle controversie individuali amministrate direttamente dal sindacato tramite arbitrato.

In definitiva può essere estrapolata una correlazione di questo tipo: i sistemi arbitrali su controversie individuali sono meno diffusi laddove maggiore spazio è dato ai diritti soggettivi e sindacali individuali e meno al potere dispositivo delle organizzazioni sindacali.

2.2.2 L'arbitrato come "coadiuvante" della limitazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali.

L'arbitrato, nei modelli polifunzionali, svolge pure un importante ruolo di prevenzione del conflitto e di limitazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Anche nella *forma legalmente obbligatoria*, tale tipo di arbitrato non è stato giudicato in contrasto con la convenzione OIL n. 87 del 1948 (Gladstone, 1984, p. 7). Esso, con modalità differenziate, è molto diffuso negli Usa e nel Canada ed è previsto da leggi statali e non federali, secondo procedure e criteri ivi specificati (Grodin-Najita, 1988, p. 252; Olson, 1988, p. 163; pure Bernestein, 1985; Nelson, 1985; Rehmus, 1985) (21). Spesso il ricorso all'arbitrato diventa momento di un *iter* più complesso di mediazione, investigazione, proceduralizzazione referendaria della stessa decisione di sciopero, intesa a procedimentalizzare le controversie per evitare lo sciopero, senza, tuttavia, limitare (o comunque depotenziare) il diritto di negoziare (ancorché pare inevitabile un *chilling effect* dell'arbitrato anche sulla contrattazione collettiva).

È ovvio che, in tale ipotesi, il ricorso all'arbitrato diventa strumento di *eteroregolazione dinamica* del conflitto collettivo in funzione della salvaguardia di interessi pubblici: lo stato non si limita a eteroregolamentare il conflitto, negando o limitando l'esercizio del diritto di sciopero, ma predispone un "ambiente procedurale complesso" entro cui i conflitti possono essere fisiologicamente risolti, o comunque regolamentati, senza penalizzare il diritto alla contrattazione collettiva dei dipendenti pubblici e salvaguardando i diritti degli utenti dei servizi essenziali.

Ma non mancano *procedure volontarie* di deferimento ad appositi collegi arbitrali di controversie collettive in servizi pubblici essenziali; in questo caso il deferimento (volontario, unilaterale, o mediante procedura convenzionale predeterminata (22)) della controversia a collegi arbitrali diventa uno strumento di rinuncia volontaria allo sciopero in funzione di autoregolamentazione (sistema diffuso, per es., nelle amministrazioni pubbliche in Gran Bretagna, cfr. Lowry, 1990, pp. 51 ss.) (23).

Possono pure riscontrarsi tipologie intermedie tra modelli volontari e legalmente obbligatori di arbitrato, in funzione di regolamentazione del diritto di sciopero nei servizi essenziali: per es. la possibilità che l'autorità pubblica (il ministro interessato), d'imperio, possa deferire la controversia ad un collegio arbitrale precostituito (di solito, in una situazione di stallo delle trattative) (Gladstone, 1984, p. 4).

Di estremo interesse, poi, il rapporto tra *award* arbitrale ed interesse pubblico, in relazione ai limiti di *budget*, a cui, nel settore pubblico, lo stesso arbitro può essere sottoposto.

note

(21) L'intenso dibattito negli Usa sul rapporto tra sciopero nei servizi pubblici essenziali ed arbitrato obbligatorio, può essere fatto risalire al saggio di Wellington e Winter, 1970; per l'articolata situazione negli stati canadesi, cfr. Goldenberg, 1988, pp. 295 ss.

(22) Nella terminologia britannica — sistema che praticamente sconosce l'arbitrato obbligatorio per legge — il *compulsory arbitration* ha luogo quando entrambe le parti hanno convenuto, come stadio finale di un loro accordo procedurale, che una questione non risolta deve essere deferita al collegio arbitrale che deciderà in loro vece. Il *voluntary arbitration* ha luogo invece, quando le parti, o in un accordo procedurale o in un *ad hoc arrangement*, decidono di deferire la controversia ad un arbitro.

(23) Fa eccezione la polizia, settore in cui il diritto di sciopero non viene riconosciuto ed ogni disaccordo, prodottosi nel *negotiating bord*, viene deferito al *Police Arbitration Tribunal*, formato da tre arbitri nominati dal governo.

2.2.3 L'arbitrato come strumento di processualizzazione del sistema di contrattazione collettiva.

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

L'arbitrato nei modelli polifunzionali funge pure da estensione e processualizzazione del sistema di contrattazione collettiva. Tale funzione, collegata ad una cultura e ad un sistema dinamico di contrattazione collettiva, si è affermata, soprattutto, in Gran Bretagna, ma non ne mancano segni evidenti anche in Germania (Rogowski 1991, pp. 98, 132 ss).

L'arbitrato, come fase finale normale del processo negoziale può essere contemplato da uno specifico accordo procedurale, ovvero previsto come procedura *ad hoc* convenzionalmente predisposta dalle parti in caso di stallo del negoziato (24). Il grado di formalità della procedura e di terzietà dell'organo, può variare in relazione al fatto che i "servizi" arbitrari siano messi a disposizione delle parti da un'agenzia pubblica indipendente come il caso dell'ACAS e del CAC in Gran Bretagna (sulla differenza delle due procedure, Lowry 1990, 15 ss. 48 ss). In tal modo, lo stato si astiene dall'intervenire direttamente, anche in funzione di mediazione, conciliazione o decisione diretta sui conflitti collettivi, limitandosi, invece, a predisporre strutture, servizi e professionalità indipendenti, come risorse pubbliche a disposizione delle parti sociali che vogliano discrezionalmente utilizzarle. Uno strumento, quindi, volto sempre a favorire l'autoregolazione degli interessi ma con l'interferenza, in funzione di ausilio, di una struttura autonoma rispetto alle parti interessate alla controversia ed indipendente dallo Stato.

Il sistema si presenta volontario in quanto la stabilità e la vincolatività della decisione arbitrale è garantita dalla spontanea sottomissione delle parti alla intera procedura (in gergo, si dice che il lodo è "moralmente" garantito: Lewis, 1990).

Ma non mancano pure modelli di arbitrato obbligatorio, a base volontaria o legale, su conflitti di natura collettiva che derivano dall'interpretazione e dalla applicazione dei contratti collettivi (25), ovvero dalle controversie nascenti dall'applicazione di norme di legge poste a sostegno dei diritti sindacali di consultazione e informazione riguardanti la contrattazione collettiva (26).

La proceduralizzazione del sistema di negoziazione collettiva, tramite arbitrato, arriva fino al punto che l'istituto possa pure costituire uno degli elementi determinanti di un complessivo accordo procedurale volto a rimuovere lo sciopero quale strumento "normale" di soluzione delle controversie collettive (di interessi). In tali ipotesi, la *no-strike clause*, diviene parte di un pacchetto complessivo (*strike-free package*): la rinuncia allo sciopero a tempo indefinito, con devoluzione ad arbitri per la decisione finale sull'ultima offerta (*pendulum arbitration*) (27), appare la contropartita per relazioni industriali di tipo cooperativo e partecipativo (ampiamente Lewis, 1990). È evidente la differenza con l'ipotesi precedente: la eteroregolamentazione o autoregolamentazione dell'esercizio del diritto di sciopero, tramite arbitrato, non è, in questo caso, finalizzata alla tutela di interessi esterni, ma strumento di ridefinizione procedurale delle relazioni negoziali per perseguire interessi degli stessi soggetti negoziali o dei loro rappresentanti.

2.2.4 L'arbitrato come strumento di soluzione delle controversie di rappresentanza intersindacali.

Diffusa pure, in molte esperienze, l'utilizzazione dell'arbitrato come strumento di soluzione di conflitti di giurisdizione tra diversi sindacati. Si tratta di un istituto proprio dell'ordinamento sindacale non regolato, in alcun modo, (né regolabile) da norme statuali, difficil-

note

(24) In genere in Gran Bretagna prevale il modello basato sulla *optional joint reference* per comprensibili ragioni: il sindacato ha difficoltà a rinunciare allo sciopero; gli imprenditori sono riluttanti ad affidare a terzi decisioni rilevanti sulla gestione aziendale e sul costo del lavoro, Lewis 1990, 42.

(25) Tali tipi di arbitrato legali sono previsti in alcuni *Land* della RFT, *Zwagsschlichtung*, ma loro legittimità costituzionale è messa in discussione: Zollner, 1983, 392. Mentre sia in molti paesi (Italia, Usa, Gran Bretagna, Germania) la stessa contrattazione collettiva prevede il ricorso a tali tipi di arbitrati in alternativa al ricorso alle Corti ordinarie o speciali: cfr. Summers, 1991, pp. 166 ss.

(26) La legge britannica (sec.s 19-20-21 dell'*Employment Protection Act*) in caso di controversie relative all'obbligo di consultazione ed informazione nei confronti dei sindacati riconosciuti, prevede la possibilità di un ricorso sindacale al CAC per l'emanazione di una dichiarazione prima e un lodo in caso di persistente inadempienza; il CAC può pure deferire la questione all'ACAS per una possibile attività di conciliazione; cfr. Gospel & William, 1981, pp. 11ss; Smith & Wood, 1989, pp. 55 ss.

(27) Nel *pendulum arbitration* l'arbitro è chiamato a scegliere tra l'ultima offerta datoriale e l'ultima richiesta sindacale, senza possibilità alcuna di mediare.

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

mente sottoponibile a controllo giudiziale successivo. In tal caso a personalità indipendenti esterne, o nell'ipotesi di conflitti minori a livello periferico, a dirigenti centrali del sindacato, viene affidato il compito di mediare, conciliare ed infine arbitrare conflitti di rappresentanza e di confine tra i diversi sindacati. Tali procedure sono più diffuse nei sistemi a prevalente sindacalismo professionale (28). Ma non mancano neppure nei sistemi fortemente centralizzati: in Germania le procedure arbitrali di regolazione dei conflitti di confine sono sottratte alle Corti del lavoro e inserite o in specifici accordi (separati dai contratti collettivi generali) sulle procedure di mediazione e arbitrato (*Schlichtungsabkommen*), oppure sono oggetto di specifiche previsioni (*Schlichtungsverfahren*) che variano nei differenti settori produttivi o nei diversi sindacati (Rogowski, 1991, 133). Mediante tale meccanismo il centro confederale diventa una sorta di ammortizzatore dei conflitti di rappresentanza attraverso una mediazione di carattere innanzitutto politico, ma si tratta di un'attività che può essere proceduralizzata fino al punto di utilizzare meccanismi di decisione arbitrale nei casi di più difficile conciliazione. L'obiettivo perseguito è di razionalizzare non solo il sistema di rappresentanza, ma anche di negoziazione collettiva, prevenendo la proliferazione delle sigle sindacali e il sindacalismo di rottura (29). È evidente che ciò è reso possibile da una concezione ed organizzazione "leggera" del centro confederale, in quanto gli viene sottratto ogni compito direttamente negoziale in favore di funzioni di coordinamento politico-organizzativo.

2.3 La differenziazione organizzativo-strutturale dei modelli di arbitrato.

In relazione alle diversificate funzioni che l'arbitrato assume nei diversi contesti istituzionali, muta la sua configurazione strutturale. I procedimenti arbitrali possono, così, avvalersi di strutture stabili o "effimere" (*ad hoc*), a seconda del grado (maggiore o minore) di istituzionalizzazione procedimentale (una struttura stabile si giustifica di più nei contesti in cui il ricorso all'arbitrato si configura come momento normale e non eccezionale, di soluzione, tramite "aggiudicazione", dei conflitti). Ed il grado di istituzionalizzazione è pure collegato alla natura volontaria, ovvero obbligatoria dell'arbitrato; obbligatorietà che può derivare dalla legge o, nell'accezione anglo-sassone, da un precedente accordo collettivo (in tal caso, come detto, l'obbligatorietà riguarda pure il lodo), o, infine, secondo alcuni, persino dalle "outside pressures" (Pruitt, 1981, p. 218). Ma la legge può svolgere un determinante ruolo di regolazione della procedura arbitrale (predisposizione di una struttura collegiale o monocratica, composizione paritetica, mista o assolutamente indipendente) anche nei sistemi in cui l'accesso alle sue risorse è di tipo volontario (30). Le procedure di deferimento delle controversie agli arbitri possono, infatti, essere eterodeterminate, ma possono pure riscontrarsi schemi legali che lasciano alle parti la scelta degli arbitri o del *chairman* (31). Dalle indagini comparate appare proprio quest'ultima la formula organizzativa che rende più appetibile, alle parti sociali, il ricorso all'arbitrato, anche per dirimere conflitti di natura collettiva: ricorso facoltativo all'arbitrato, ma con predisposizione di una procedura di tipo legale, che dia certezza di indipendenza e autonomia dell'organo, oltre che di stabilità della decisione assunta.

È chiaro che le modalità di designazione dell'arbitro, e la stessa procedura di selezione, possono indicare una maggiore o minore comunicazione tra ordinamento sindacale e ordinamento statale, a prescindere dalla distinzione tra arbitrato volontario e arbitrato obbligatorio. Per esempio, la scelta di un funzionario ministeriale anziché di un esperto indipendente, implica, ovviamente, un maggior controllo statale sulle procedure arbitrali. Ne deriva che la mera regolazione statale delle procedure arbitrali non significa, di per sé, maggiore o minore autonomia del sistema, dipendendo da innumerevoli interazioni e dal modello di regolazione prescelto. Ma è evidente che anche relativamente ad un modello di

note

(28) Per es. i *Bridlington Principles*, ed ora il *Code of Practice* interno adottato a *Bournemouth* dal TUC in Gran Bretagna che conferisce poteri di intervento latamente arbitrale al segretario generale.

(29) Secondo Lowry, 1990, p. 180, il sistema avrebbe finito per irrigidire il meccanismo della rappresentanza: diventa sempre più difficile per un lavoratore o per un gruppo di lavoratori insoddisfatti della *performance* rappresentativa del proprio sindacato, dar luogo ad un nuovo o aderire ad un altro sindacato.

(30) Sui vantaggi e gli svantaggi dei colleghi indipendenti o espressi dalle stesse parti in conflitto e della monocraticità o collegialità dell'organo arbitrale, cfr. Gladstone, 1984, p. 10.

(31) Le procedure di selezione dei membri in *boards* di tipo tripartito vanno da un minimo ad un massimo di autonomia rispetto all'intervento statale. Ampiamente Gladstone, 1984, 26.

arbitrato pienamente incardinato nel sistema sindacale autonomo, rimane pur sempre un *quantum* di controllo statale, almeno come controllo giudiziale del rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle regole del procedimento equo (diritto di difesa, rispetto del contraddittorio, ecc.). È questa una ipotesi, quasi *in vitro*, di neoinstituzionalismo (il funzionamento del sistema autonomo viene corretto dal controllo statale-giudiziale, in relazione ai principi fondamentali che garantiscono i diritti fondamentali e le regole della democrazia).

Le tipologie possono, poi, variare in relazione al grado di autonomia decisionale che è lasciata all'arbitro. Si distinguono così arbitrati *convenzionali*, *pendulum* o *arbitrati su offerta finale*, e *med-arb* (una combinazione di mediazione e arbitrato).

Nell'arbitrato *convenzionale* il potere decisionale degli arbitri è libero e discrezionale, salvi i limiti esterni di carattere legale (per es. il divieto di giudicare secondo equità, di disporre di diritti derivanti da norme inderogabili, ecc.).

Nel *pendulum arbitration* la discrezionalità dell'arbitro è convenzionalmente limitata dall'obbligo di dover giudicare a favore dell'una o dell'altra posizione, con le varianti che derivano dal poter giudicare, anziché sull'intero pacchetto di proposte e controproposte, su ogni singola questione controversa (per cui per la questione A l'arbitro è libero di giudicare a favore di una parte, per la questione B, a favore dell'altra). Nel *med-arb* all'arbitro è riservato il potere di conciliare e di decidere autonomamente il momento dell'esaurimento degli spazi di mediazione-conciliazione ed il ricorso, quindi, alla decisione arbitrale.

Un'altra distinzione strutturale, oltre a quella tra modelli monocratici o collegiali, deriva dalla previsione di organi che sussumono sia le funzioni conciliative sia quelle arbitrali, rispetto a modelli in cui le due funzioni sono tenute rigorosamente distinte anche sotto il profilo della struttura e della composizione dell'organo.

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

III. LE PROSPETTIVE DELL'ARBITRATO NELL'ORDINAMENTO DEL LAVORO ITALIANO.

3.1 Posizione del problema.

La percezione della complessità strutturale e funzionale dell'istituto arbitrale nel diritto del lavoro induce a rifiutare la visione meramente "deflazionista" del rafforzamento e della diffusione di momenti di giustizia arbitrale, in favore di una riconsiderazione a tutto campo che ne consenta una più calibrata utilizzazione nel sistema italiano.

La proposta che si avanza è nel senso di far corrispondere all'articolazione analitica dell'arbitrato, un differente peso dell'intervento legislativo di sostegno a tale istituto; ciò, ovviamente, in relazione alle diverse tipologie di conflitti di interessi (individuali, collettivi, pubblici) la cui composizione esso può agevolare. Si postula, cioè, una diversificazione dell'intensità dell'intervento legislativo, il quale, peraltro, deve fare i conti con la tradizione conflittuale del sistema di relazioni industriali italiano, con l'atteggiamento non particolarmente favorevole delle parti sociali e con gli stessi dati strutturali del sistema legislativo del diritto del lavoro: tutti elementi che, indubbiamente, militano contro la configurazione dell'istituto arbitrale come alternativa radicale al sistema di giustizia statale.

Una diversa "calibratura" dei vari modelli di arbitrato (relativamente al tasso di obbligatorietà, alle procedure, alla composizione del collegio e ai poteri conferiti agli arbitri) può tuttavia essere proposta, anche in prospettiva *de iure condendo*, con riferimento ai diversi luoghi di emersione dei conflitti di interessi.

L'ordine delle proposte segue un criterio che si collega, da un lato, alla profondità degli interventi legislativi che si assumono necessari e, dall'altro, a ragioni di politica legislativa di sostegno all'arbitrato che si ritengono opportune.

3.2 L'arbitrato e lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: quale riforma della l. 146/90?

L'analisi comparata ha mostrato che l'arbitrato, in molti sistemi, è uno degli strumenti privilegiati di risoluzione dei conflitti collettivi nei servizi pubblici essenziali, in grado di prevenire ed evitare il ricorso allo sciopero (*supra* par. 2.2.2.; v. pure Roccella, 1984, pp. 29 ss.; Veneziani, 1985, pp. 269 ss.). In tali sistemi il conflitto viene, per così dire, "neutralizzato" rispetto allo sciopero, operandosi una separazione, se si vuole artificiale perché legislativamente imposta, tra sciopero e procedimento contrattuale. Lo sciopero finisce di essere un corollario insostituibile del procedimento contrattuale e del conflitto di

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

interessi che si pone sullo sfondo; ma la sua neutralizzazione viene, in qualche modo, compensata collocando nella opportuna istanza arbitrale, *rigorosamente indipendente e super partes*, il luogo della “esternazione” e soluzione finale del conflitto; ciò nella ipotesi in cui tutte le risorse dell’ autocomposizione negoziale, con l’eventuale additivo della mediazione o della conciliazione ad opera di una terza parte, siano state esaurite.

Lo strumento arbitrale, in tal modo, lungi dal presentarsi come un mero strumento di limitazione del diritto di sciopero, assume la funzione di razionalizzazione del conflitto; ciò nella misura in cui esso finisce per imporre alle parti comportamenti coerenti con l’obiettivo di trovare una soluzione della controversia e non, invece, di esasperare il conflitto (con le note conseguenze di sovrabbondanza di effetti di ritorno leggi: disagi per gli utenti rispetto alla reale posta in gioco). Paradossalmente, si potrebbe dire che l’arbitrato obbligatorio, nei servizi pubblici essenziali, mentre limita lo sciopero, preserva il conflitto, coadiuvando e “depurando” il metodo contrattuale.

Come è noto, in Italia, la strada imboccata per ridurre gli effetti della terzizzazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali è stata diversa.

Considerato lo sciopero un diritto/valore insopprimibile neppure nei servizi essenziali, la legge si è premurata di renderlo compatibile con diritti/valori della personalità “altri”, dotati di pari dignità sociale e rango costituzionale (art. 1 comma 1°, l. 146/90); tale scelta è stata effettuata in nome della direttiva della “solidarietà sociale” (art. 2 della Cost.), intesa quale correttivo ad una lettura dell’art. 40 Cost., forse, eccessivamente sbilanciata sui valori dell’emancipazione e della “rivoluzione sociale promessa” dall’art. 3, 2° comma Cost. (Romagnoli, 1979; id., 1991a). La tecnica legislativa utilizzata senza dubbio originale ed ispirata alla concezione neoistituzionalista del diritto (D’Antona, 1989) punta sul consenso delle parti sociali (amministrazioni o imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali e sindacati dei lavoratori)(32) per la definizione, in concreto, dei limiti del diritto di sciopero nei vari servizi, attraverso la determinazione convenzionale delle prestazioni indispensabili da attuare “mediante l’astensione dallo sciopero di quote strettamente necessarie di lavoratori tenuti alla prestazione, ovvero...(attraverso)...forme di erogazione periodica (delle stesse)” (art. 2, comma 2° ult. parte, l.146/90).

Come fulcro e “garante” del funzionamento del procedimento di determinazione extralegislativa dei limiti del diritto di sciopero, la legge individua la Commissione di garanzia, autorità indipendente (Sirianni, in corso di pubblicazione), dotata di competenze valutative, monitorie e persuasive (33).

Con riferimento ai poteri e alle competenze della Commissione, dopo le prime esperienze applicative della legge, occorre distinguere.

A) Alla commissione la legge formalmente non ha inteso attribuire “poteri conformativi” delle prestazioni indispensabili in surroga al (mancato) accordo tra le parti o nelle ipotesi di valutazione di inidoneità dello stesso. Così come limitati sono gli spazi per un intervento attivo in funzione conciliativo-arbitrale a) e).

In particolare, soltanto in caso di mancato accordo ed in coda al fallimento del tentativo di conciliazione o del rifiuto dell’autonoma proposta della Commissione (Treu, 1991) o come separato *iter* procedurale (Roccella, 1991, p. 42), le parti sociali congiuntamente possono deferire alla Commissione di garanzia la questione controversa per l’emanazione di un lodo. Si tratta, quindi, di una procedura intesa come ultimo rimedio rispetto ad una situazione di *impasse*; rimedio rimesso alla volontà *concorde di tutte* le parti del conflitto (e la prassi — per es. il caso del trasporto aereo — ha dimostrato che le parti solitamente non sono semplicemente due); con possibilità di intervento agguinatorio *non* nel merito del conflitto di 1° grado (vale dire l’oggetto della controversia collettiva), ma nel merito del conflitto di 2° grado (il disaccordo sulle prestazioni indispensabili da garantire e, quindi, sulle concrete modalità di esercizio dello sciopero *durante* la vertenza collettiva). Una disposizione residuale, dunque, rispetto a più pregnanti poteri di intervento “finale” (34), attribuiti alla Commissione, che ne spiega il limitato uso nei primi due anni di applicazione della legge (35).

note

(32) Di “etica del consenso”, come tratto identificativo e principio ispiratore della legge, parla Romagnoli, 1991 b, pp. 549 ss.

(33) Sul ruolo e sulle competenze della Commissione di garanzia cfr. Gaeta, 1991; Ghera, 1991; Giugni, Ghezzi, Carinci, Montuschi, Rusciano, 1991; Roccella, 1991; Romagnoli, 1991b; Sciarra, 1992, p. 3.

(34) Secondo Cassese, 1991, p. 403, la Commissione consta di dieci compiti finali e nove strumentali o ancillari; cfr. il quadro sinottico pubblicato nella *RGL* 1991, I, *documentazione*, p. 506 ss.

(35) Dall’utile quadro sinottico delle delibere della Commissione di garanzia pubblicato nella *RGL* 1991, I, p.

B) Nella prassi applicativa si è innescato, invece, un meccanismo che ha fatto parlare di “anomalia funzionale” della legge, con conseguente straripamento istituzionale del potere di precettazione del governo; tale potere avrebbe finito per costituire il braccio (36), “giuridicamente armato”, di una funzione regolatoria e di determinazione delle prestazioni indispensabili, ineffabilmente esercitata dalla Commissione, attraverso la sua facoltà di proposta, nei settori in cui non è stato raggiunto l'accordo (D'Antona, 1991, pp. 418-19; pure Ghezzi, 1992, p. 62) (37).

Senza voler prendere partito sulla *querelle* relativa all'ambito degli attuali poteri della Commissione, dalle prime vicende applicative della legge 146/90 emerge, tuttavia, un dato: in alcuni settori l'indispensabilità del servizio (in relazione alla esigenza non tanto di tutela dei diritti fondamentali, quanto delle legittime aspettative degli utenti a non subire disagi oltre una certa soglia razionalmente tollerabile) tende a coincidere con misure che di fatto rendono minimo o annullano, addirittura, l'effetto di pressione dello sciopero.

Nella prassi reale delle relazioni sindacali viene in evidenza, nella sua intima essenza di paradosso, ciò che i forti investimenti intellettuali e di ingegneria istituzionale profusi sulla l. 146/90, potevano non far apparire tale: vale a dire preservare il diritto di sciopero in certi servizi, ma secondo modalità che lo rendono, di fatto, solo simbolico. Detto altrimenti, garantite certe prestazioni “indispensabili” attraverso le comandate, lo sciopero degli altri addetti diventa pressoché simbolico e, quindi, nel nostro contesto di relazioni industriali, inutile. Questa difficoltà, tecnica e politica insieme, nello individuare soglie di prestazioni indispensabili tarate al punto di garantire, ad un tempo, un margine tollerabile di disservizio per gli utenti e l'efficacia dello sciopero come strumento di lotta sindacale, rappresenta, come era peraltro prevedibile, la promessa non mantenuta della legge 146 e, con molta probabilità, la ragione reale che sta sullo sfondo del mancato accordo sulle prestazioni indispensabili in settori strategici (38).

Ne deriva che il limite strutturale della legge sta non tanto nella “mistica” del consenso senza previsione degli strumenti e dei percorsi procedurali idonei a raggiungerlo; quanto, piuttosto, nell'aver pensato agli accordi sulle prestazioni indispensabili (probabilmente strada obbligata per ottenere consenso sull'intervento legislativo) come unico intervento tollerabile di regolamentazione dell'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici essenziali. Un secondo effetto, probabilmente non voluto dalla l.146/90, è di avere spostato il baricentro del sistema di relazioni industriali nei servizi pubblici essenziali dal momento della contrattazione al momento dello sciopero. Aver puntato tutto sulle prestazioni indispensabili e, quindi, aver concentrato le maggiori attenzioni sul momento patologico dello sciopero, ha comportato il mancato sostegno e rafforzamento, attraverso strumenti acconci, del metodo e del procedimento negoziale (con le connesse questioni della rappresentanza) in settori in cui, peraltro, un simile intervento di razionalizzazione appare sempre più necessario (Carinci, 1992, p. 10; Ghezzi, 1992, pp. 60 ss.; Giugni, 1991; Caruso, 1992). Sono, cioè, coevamente mancati interventi di sostegno all'amministrazione bilaterale del conflitto mediante procedure di mediazione e soluzione preventiva delle vertenze.

Se ciò è vero, ampi rimangono i margini per una ulteriore progettualità in senso correttivo della legge, a condizione, però, che si concordi su una preliminare presa d'atto: e cioè che il conflitto collettivo, nei servizi essenziali, può dipanarsi secondo itinerari procedurali in grado di poter far a meno, in certe circostanze, dello sciopero e che la rinuncia a tale strumento non significhi *tout court*, giusta una indebita e meccanica inferenza, abbandono o indebolimento del metodo contrattuale. Occorre, in altri termini, porsi nella prospettiva del rafforzamento del controllo procedurale del conflitto nei servizi pubblici.

Per converso, proprio quelle proposte finalizzate a restringere la libertà di proclamare o di

note

525, risulta che, al marzo 1992, sia stato emanato un solo lodo arbitrale su richiesta congiunta delle parti, riguardante il comparto scuola, in data 30.7.1991 (vedilo a p. 563). Per un'ampia e puntuale analisi dell'attività della Commissione si rinvia a Pino e Scaglione 1991, p. 453 ss.

(36) In tale travisamento dei poteri della Commissione, D'Antona, 1991, p. 411, intravede il duplice rischio di perdita di *indipendenza* per l'Autorità e di *supplenza normativa* per l'Esecutivo in una materia (il diritto di sciopero) coperta da riserva di legge (con possibile violazione dell'art. 40 Cost.).

(37) Secondo questa ricostruzione dell'attività della Commissione, la proposta avrebbe finito per costituire il contenuto, in qualche modo necessario, dell'ordinanza governativa: come dire, sotto il vestito dell'ordinanza, il corpo della proposta. Tale criticato equilibrio nei rapporti tra autorità pubblica e commissione viene teorizzato e interpretativamente sostenuto da Romagnoli, 1991b, p. 569 e Treu, 1992, pp. 232 ss.

(38) Secondo i dati forniti dal Presidente della Commissione alla Conferenza delle parti sociali, tenutasi nel giugno del 1992, gli accordi ritenuti idonei sarebbero stati raggiunti soltanto nel 50% dei settori interessati.

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

controllare la gestione dello sciopero, demandando tale potere solo ad alcune parti del conflitto (qualificate o meno come maggiormente rappresentative), sembrano le più discutibili (39); si tratta, infatti, di soluzioni che comporterebbero un *vulnus* al principio costituzionale del pluralismo e della libertà sindacale, non tollerabile nell'attuale assetto formale (Ghezzi, 1992, p.60).

A) L'ipotesi, apparentemente più radicale, per razionalizzare i conflitti collettivi nei servizi pubblici essenziali, va nel senso di una rivalutazione dell'istituto arbitrale come strumento coadiuvante e di sostegno al metodo contrattuale, in possibile alternativa allo sciopero. Si tratta di una proposta radicale non in sé stessa (l'arbitrato in tale funzione, come si è visto, è ampiamente radicato e praticato in altri contesti), ma proprio perché scarsa è la cultura e forti sono i pregiudizi nei confronti di tale istituto, nel sistema sindacale italiano.

In pratica, voler superare l'attuale tendenza verso il paradossale esito di consentire soltanto scioperi inefficaci, e perciò inutili, in ogni caso costosi per chi li fa e per chi, comunque, li subisce (si consideri, peraltro, che il famigerato "effetto annuncio" non è che un effetto di "risulta" di tale situazione), potrebbe implicare il rafforzamento legislativo di un itinerario procedurale, alternativo allo sciopero, per la composizione delle controversie giuridiche (interpretazione e applicazione dei contratti collettivi), ma che può essere anche esteso, in astratto, (non esistono impedimenti di principio) alle controversie economiche (controversie per i contratti, ma anche *contro* i contratti).

Percorso alternativo che faccia ampio uso di altri strumenti (referendum preventivo, *fact findings*, mediazione e tentativo obbligatorio di conciliazione) in un *continuum* in crescendo (Carinci, 1992, p. 11); ma che possa fare, in ultima istanza, affidamento sulle risorse compositive dell'arbitrato di merito, anche obbligatorio.

È evidente che soltanto idonee compensazioni istituzionali possono sopperire alla neutralizzazione del conflitto rispetto allo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

La limitazione dello sciopero, tramite ricorso al meccanismo dell'arbitrato obbligatorio per legge sul merito della controversia, deve, infatti, essere circondato da idonee garanzie, soprattutto per la parte che rinuncia allo strumento considerato, nell'immaginario collettivo, essenziale ed elettivo per l'affermazione degli interessi professionali. Una tale garanzia non può che provenire dalla assoluta certezza di terzietà ed indipendenza (anche rispetto al Governo) del soggetto chiamato a comporre e a bilanciare gli interessi in conflitto, esercitando una funzione paragiudiziale; oltre che dall'introduzione di uno specifico obbligo di contrattazione in buona fede, anche nel nostro ordinamento giuridico, in capo alle imprese e alle amministrazioni che gestiscono l'erogazione dei servizi pubblici essenziali (40). Ciò in rispettosa osservanza del principio del "contemperamento".

Ciò premesso, appare evidente come la Commissione di garanzia non possa essere considerata il soggetto istituzionalmente idoneo ad esercitare una simile funzione, sia per ragioni funzionali che strutturali. Caricare la Commissione anche del peso di decidere, sul merito, le controversie giuridiche ed economiche (magari con connesse preliminari funzioni di mediazione e conciliazione, giusta la ricorrente formula *med-arb*) significherebbe, nella attuale composizione e dotazione di mezzi e di organici, condannare l'organismo alla paralisi. Ma anche sotto il profilo strutturale, un allargamento e un approfondimento delle competenze della Commissione al merito delle controversie, significherebbe turbare l'assetto e l'equilibrio dell'intera legge 146, riscrivendola di fatto; significherebbe stravolgere la peculiare identità della Commissione come autorità indipendente *super partes*, ma con una peculiare inclinazione verso la salvaguardia delle ragioni degli utenti; in sintesi, significherebbe immaginare una Commissione di garanzia "altra da sé". Oltretutto la Commissione,

note

(39) In tal senso il d.d.l. n. 24/1992 di modifica della l. 146/90 presentato dal Giugni e al., il quale prevede la costituzione di una Commissione "composta dai rappresentanti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatari dei contratti o degli accordi collettivi" con il potere di disporre il differimento della astensione e la promozione della procedura di precettazione.

(40) Sul problema dell'obbligo a trattare in buona fede si veda, anche per ampi riferimenti comparati, Zoli, 1992, pp. 256 ss. Secondo l'autore, la fattispecie si concreterebbe nell'obbligo di incontrarsi e conferire in tempi ragionevoli; nel non adottare tattiche ostruzionistiche e dilatorie; nell'impegnarsi in discussioni significative sulle materie sottoposte a negoziato; nel rendere noti i motivi per cui si respingono determinate proposte e nel presentare controproposte che non si rivelino assurde e pretestuose; nel non scavalcare la delegazione negoziale, per quanto riguarda i datori di lavoro, negoziando direttamente con i prestatori di lavoro. L'autore ritiene già deducibile dalle norme che introducono l'obbligo a trattare, l'obbligazione secondaria e specificativa della buona fede (ax art. 1337); per motivi che non è possibile argomentare in questa sede, si ritiene che una maggiore efficacia dell'obbligo consegua alla esplicitazione normativa dell'obbligazione specifica.

tra le tre *authorities* recentemente istituite nell'ordinamento italiano (41), è l'amministrazione per la quale la connessione con il governo, sotto il profilo della provvista e dell'impiego delle risorse necessarie per il suo funzionamento, appare massima (42). In tal modo il governo è posto in grado di esprimere un effettivo indirizzo a seconda che scelga di stringere o aprire il rubinetto delle risorse (Sirianni, *op. cit.*, p. 31 del dattiloscritto).

Diverso, invece, il discorso se si pensa di far confluire sulla Commissione il potere di proporre o di innescare direttamente una procedura arbitrale il cui svolgimento debba svolgersi *nettamente al di fuori* dalla sua giurisdizione. Alla Commissione verrebbe attribuita la prerogativa, non di poco peso, di valutare l'opportunità e il momento per sollecitare, su certe controversie, una decisione arbitrale a cui sottomettere obbligatoriamente le parti del conflitto. Un siffatto procedimento arbitrale potrebbe essere regolato anche convenzionalmente nel rispetto di principi generali quadro (previsti dalla legge) e dovrebbe concludersi con un lodo, definitivo e non impugnabile nel merito, capace di produrre effetti vincolanti per tutte le parti, in quanto sostenuto da un adeguato corredo di sanzioni giuridiche. Sotto il profilo della tipologia si tratterebbe di un arbitrato con effetti obbligatori, ma non necessario, non *ad hoc* ma a struttura stabile, con ampie possibilità di adeguamento procedurale devolute alle stesse parti del conflitto. Si potrebbe discutere, infatti, se debba trattarsi di un arbitrato convenzionale (comprensivo di attività di conciliazione e con possibilità di aggiudicazioni compromissorie), o rispondente alla logica *tranchant del pendulum-arbitration* (43); ma si tratta di questioni, tutto sommato, secondarie ed, in ogni caso, subordinate alla soluzione di due punti chiave che riguardano invece:

a) la composizione dell'organo arbitrale e le garanzie di indipendenza e neutralità rispetto ai soggetti del conflitto;

b) il sistema di sanzioni a sostegno della effettività del lodo.

a) Senza pretesa di indicazioni esaustive su un punto in cui le *technicalities* procedurali assumono rilevanti connotati sostanziali, si pongono i problemi dell'alternativa collegialità/monocraticità dell'organo decisionale; del soggetto istituzionale deputato non soltanto a designare gli arbitri, ma ad assumersi il carico della gestione delle funzioni preparatorie ed organizzative rispetto alla funzione arbitrale in senso proprio (una funzione che in Gran Bretagna è devoluta all'ACAS). Per quest'ultimo profilo, anche per ragioni di "economia istituzionale", appare il CNEL, ed in particolare la commissione dell'informazione prevista dall'art. 16 della l. 936/86 la sede istituzionale più idonea per collocarvi l'attività di organizzazione di compiti (tenuta degli elenchi degli arbitri, scelta dei criteri di selezione, designazione), sostanzialmente, di supporto e servizio alla contrattazione collettiva (che è la *ratio* fondamentale della norma) (44).

b) Per ciò che concerne l'effettività del lodo la questione rinvia alla efficacia delle sanzioni: si può allora puntare sulle sanzioni previste dall'art. 4 della l. 146, utilizzate, sinora, con una parsimonia che lascia ben sperare, le quali, per tipologia e per i principi generali a cui si ispirano (bilateralità, proporzionalità, non modificabilità definitiva del rapporto di lavoro), possano considerarsi adeguate a supportare anche l'efficacia di un lodo sul merito del conflitto (45).

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

note

(41) Oltre la Commissione di garanzia, il Garante per la radiodiffusione e l'editoria (l. 6.8.1990 n. 223) e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (l. 10.10.1990 n. 287).

(42) La vicenda, paradossale e grottesca, del prolungato periodo di inerzia governativa nel provvedere gli adeguati supporti finanziari e logistici alla Commissione, che ha condotto alle dimissioni del Presidente Cassese, è sintomatica di quanto affermato.

(43) Il modello di decisione arbitrale o altri attributi sostanziali della procedura potrebbero essere determinati dalle parti del conflitto, ovvero delibati, in caso di disaccordo (o in ogni caso autonomamente), dalla stessa Commissione nella sua deliberazione.

(44) L'alternativa collegialità/monocraticità dell'organo contiene pure il problema se utilizzare soltanto esperti esterni alle parti in conflitto o anche membri designati da esse. Sono ampiamente noti ed analizzati i *pro* e i *contra* delle due soluzioni (Gladstone, 1984, pp. 9-10): i membri indicati dalle parti danno maggiore garanzia di "vicinanza" e di conoscenza diretta dei termini reali del conflitto. L'arbitro unico dà, di solito, maggiori garanzie di speditezza e di qualità della decisione. La soluzione collegiale (due membri designati dalle parti più un presidente "esperto ed indipendente" designato istituzionalmente) si adatta però ai conflitti dicotomici, dove normalmente due soltanto sono le parti in gioco, mentre è notorio che in Italia, nei servizi pubblici essenziali, il problema è quello della frammentazione della rappresentanza; il che finirebbe per riprodurre, anche a questo livello, i noti problemi della individuazione di idonei e legittimi criteri di selezione preventiva delle parti a cui affidare la designazione dell'arbitro.

Sotto questo profilo, allora, una soluzione di arbitrato monocratico o collegiale, affidato comunque ad esperti indipendenti, di sicuro affidamento professionale e morale, designati istituzionalmente, appare forse la più consigliabile.

(45) Niente esclude, in teoria, che, posta la struttura fondamentale libera ed equitativa di un tale giudizio

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

Questione assolutamente secondaria, e per molti versi nominalistica, appare la qualificazione giuridica di un tale tipo di arbitrato. Scontato che non può farsi riferimento all'arbitrato civilistico, nelle forme sia rituale che irrituale, appare pure dubbio scomodare la figura dell'arbitraggio (art. 1349 c.c.), che è, come è noto, "l'istituto attraverso il quale le parti demandano ad uno o più terzi di determinare un elemento di una fattispecie in formazione...mentre l'arbitrato mira a risolvere una controversia relativa al rapporto già completo" (Rubino-Sammartano, 1991, p. 11; Hernandez, 1990, p. 47). E non solo per la naturale idiosincrasia prodotta dall'applicazione di istituti del diritto privato statuale al fenomeno del conflitto collettivo; ma per la semplice ragione che storicamente, nella fase precorporativa, il sistema sindacale aveva già prodotto un certo modello originale di arbitraggio sulle controversie economiche collettive, come quello di cui si discute, che veniva inteso quale istituto tipico del diritto sindacale, finalizzato a limitare la libertà imprenditoriale (Cecchella, 1990, pp. 30 ss.). Tale arbitrato, nella sua conformazione di istituto tipico del diritto del lavoro, è oggi ampiamente diffuso in molti sistemi ove gli viene riconosciuta una compiuta configurazione giuridica, che lo rende, anche concettualmente, del tutto autosufficiente (in tal senso pure Roccella, 1991).

B) Possibili soluzioni concorrenti con quella indicata si pongono all'interno dell'ottica della determinazione delle prestazioni indispensabili.

B1) Secondo una prima ipotesi si tratterebbe, come proposto (D'Antona, 1991, p. 432), di potenziare e formalizzare un autonomo itinerario procedurale intersindacale che abbia come conclusione necessaria, ma su basi convenzionalmente e non legalmente obbligatorie, il deferimento, in ultima istanza, della controversia sulle prestazioni indispensabili alla Commissione per l'emanazione di un lodo (ex art. 13 ult. parte l. 146/90), una volta esauriti tutti gli *steps* procedurali intermedi. Questa prospettiva suggerisce, cioè, di individuare un accordo preliminare sulle regole per fissare le norme di determinazione delle prestazioni indispensabili; le proposte potrebbero essere numerose, non ultima la possibilità di un uso coraggioso e scevro da pregiudizi dell'istituto del referendum (Carinci, 1992; Ghezzi, 1992).

Ma la scarsa propensione cooperativa dei sindacati italiani, specie nei servizi pubblici essenziali, rende poco praticabile tale soluzione che, per essere efficace ed efficiente, dovrebbe avere un forte carattere inclusivo e una pronunciata legittimazione reciproca dei cooperatori.

B2) Sempre nell'ottica delle prestazioni indispensabili, un'ulteriore proposta va nel senso di modificare la legge dotando la Commissione del potere autonomo di imporre un arbitrato obbligatorio in caso di mancato accordo o di loro accertata inidoneità (con precauzione D'Antona, 1992; *contra* Ghezzi, 1992; Sciarra, 1992), o, addirittura, di affidarle in proprio il potere di precettazione (Carinci, 1992). Una simile soluzione accrescerebbe notevolmente la funzione paragiudiziale della Commissione ed essa finirebbe per far notevole aggio sulle funzioni di amministrazione attiva oggi, in prevalenza, affidatele. Si spezzerebbe così l'equilibrio istituzionale su cui l'intero disegno della l.146/90 si fonda; occorrerebbe una riconsiderazione *ab imis* della natura, della struttura, della composizione della *Authority* (Carinci, 1992, p. 11). Ma il che sarebbe come dire "la Commissione è morta: viva la Commissione!".

3.3 Sindacato e controversie individuali: le prospettive dell'arbitrato nell'ordinamento italiano.

Si sono analizzate le ragioni (46) per cui in Italia l'arbitrato sulle controversie individuali ha sofferto una regolazione restrittiva. Può dirsi, così, che nel nostro sistema di relazioni industriali, al contrario di altri (per es. la Gran Bretagna), gli organismi arbitrali non hanno mai costituito una importante componente della struttura giudiziale specializzata nell'area delle relazioni industriali; non hanno mai rappresentato, in altri termini, un *forum* regolare e istituzionale di soluzione di conflitti individuali o di serie.

Più in particolare, si è evidenziato come la tipica conformazione delle norme collettive, accomunate strutturalmente alle norme inderogabili di legge, di concerto con il postulato della preminenza della norma legale (conformativa di diritti individuali) sulla norma contrattuale, ha impedito il pieno dispiegarsi del giudizio libero ed equitativo, che è poi l'anima di un compiuto sistema di giustizia sindacale-arbitrale (47).

note

arbitrale, si possa pure pensare a lodi "perfetti" o "rafforzati" da sanzioni *ad hoc* (per esempio l'esclusione temporanea dei benefici per coloro che non dovessero accettare la decisione).

(46) *Supra* par. 1.2.

(47) Correttamente Ventura, 1991, p. 229, sostiene che una sostanziale modificazione del rapporto tra legge e

Oltretutto, appare sempre più evidente che la tecnica privilegiata dal legislatore italiano, per ridurre le rigidità delle norme inderogabili, è stata di affidarne la flessibilizzazione controllata alle grandi organizzazioni di interessi; ferma restando, in ogni caso, la competenza privilegiata della giustizia statale sulla valutazione dei vizi procedurali e sostanziali che possono infirmare la procedura devolutiva e derogatoria (48).

La norma inderogabile non perde, dunque, quei contenuti generali e pervasivi di precettività (soltanto eccezionalmente aggirabile con lo strumento della conciliazione individuale, sindacalmente assistita: art. 2113 ult. c.c. e salvo la decadenza del termine di impugnazione), tipici dell'ordinamento italiano (De Luca Tamajo, 1976, pp. 7 ss.).

Giusta la tecnica della devoluzione, la norma inderogabile viene provvisoriamente e contingentemente svuotata dall'interno, in virtù di uno specifico potere attribuito all'accordo sindacale di deroga, il cui ambito di efficacia e di obbligatorietà rimane, peraltro, dubbio in relazione alla questione dell'agente negoziale protagonista di un tale tipo di negoziazione (più ampiamente Caruso 1990a; pure Lambertucci 1990). In secondo luogo, viene sempre più ad evidenziarsi una discrasia fra le norme contrattuali a contenuto gestionale e procedurale e le tradizionali norme a struttura normativa, poste a tutela dei diritti individuali, che continuano a costituire la parte preminente dei contratti collettivi. Le sempre più frequenti norme contrattuali finalizzate a collocare all'interno di itinerari procedurali dell'autonomia collettiva le controversie individuali e di serie, mentre raramente fanno riferimento all'arbitrato (se si escludono le ipotesi dei licenziamenti, delle sanzioni disciplinari, e primariamente per i CCNL che riguardano i dirigenti) appaiono strumenti di relativa effettività perché scarsamente appetibili, nelle valutazioni individuali, rispetto alla giustizia ordinaria (49). In sintesi, pur intravedendosi norme che si ispirano al modello "dinamico" di contrattazione, il nostro sistema rimane sostanzialmente "statico". Il problema, infatti, è che — a prescindere dal *refrain* "deflazionista" che vuole l'istituto arbitrale, anche irrituale, strutturalmente debilitato e scoraggiato per il sistema delle impugnative e per la facoltà riservata alle parti di adire in ogni caso l'autorità giudiziaria — esso è un istituto scarsamente frequentato perché *in sé* poco attraente, o, se si vuole, poco incentivato, qualora si guardi al calcolo economico razionale individuale. Il sistema di giustizia arbitrale del lavoro, dopo la novella del 1973, è stato, infatti, fortemente sindacalizzato. Il monopolio sindacale dell'arbitrato si estende ai suoi vari momenti funzionali e gestionali (dalla costituzione dell'organo, alla gestione del processo, fino al momento decisivo vero e proprio). A fronte di un tale monopolio, è dubbio che siano stati garantiti contrappesi in termini di garanzia di celerità, informalità del procedimento (50), terzietà dell'organo (51), imparzialità della decisioni, specie allorché si sono moltiplicate le contro-

note

contratto, che è la premessa per una modificazione del rapporto gerarchico tra giustizia arbitrale e giustizia dello stato, comporterebbe la modificazione di un assetto che lo stesso sindacato ha contribuito a costruire.

(48) È il caso, per es., dell'art. 4 della l. 223 / 90 sui licenziamenti collettivi, che prevede la possibilità che l'accordo sindacale sulla mobilità e sul riassorbimento di lavoratori eccedenti, deroghi all'art. 2103 c.c., producendo una deprofessionalizzazione; tuttavia, le ipotesi di licenziamento collettivo invalido sono sottoposte alle regole processuali sostanziali della disciplina generale limitativa del licenziamento (che diventa disciplina generale e non più limitata al licenziamento individuale); normativa che implica, pur sempre, il controllo giudiziale. Cfr. Mazzotti, 1992, pp. 117 ss.; D'Antona 1992a.

(49) A titolo di esempio si veda il punto 3 dell'art. 71 del CCNL chimici 20.7.90, settore privato, in materia di qualifiche; artt. 6 e 7 CCNL Commercio 14.12.1990; art. 42 e 57 CCNL Ospedalieri (case di cure private, personale paramedico) 25.10.1990; art. 29 CCNL metalmeccanici (settore pubblico) 14.12.1990; art. 107 Farmacie (private) 10.7.1990. Altre norme gestionali di rilievo riguardano la salute e la sicurezza, le norme sulle "nuove relazioni industriali" e le norme sull'introduzione di nuove tecnologie. Si vedano pure le norme dei "Protocolli" Efim ed IRI: "procedure per la conciliazione delle controversie di lavoro individuali e plurime". Mentre non esistono, in generale, analisi empiriche sulla affettività delle procedure contrattuali, per quanto concerne le procedure previste dai protocolli, le indagini empiriche ne segnalano un funzionamento molto ridotto, quasi inesistente: cfr. Veneziani, 1988, p.19.

(50) Scarse le norme contrattuali in questo senso, se si escludono alcune che prevedono termini massimi per la conclusione delle procedure obbligatorie di conciliazione ed, in ogni caso, rivolte soltanto a tali procedure.

(51) Le disposizioni contrattuali relative alla composizione degli organi arbitrali fanno raramente riferimento a componenti designati direttamente dalla parte ricorrente (per es. Art. 49 B personale operaio — CCNL soc. di navigazione Italia, Lloyd Triestino, Adriatica, Tirrenia ecc., 13.4.1986.); mentre spesso i rappresentanti dei lavoratori sono designati dalle stesse OO.SS firmatarie (art. 71 n. 3 CCNL Chimici privati, cit.; art. 107 CCNL Farmacie private cit. I Protocolli IRI ed Efim prevedono la competenza arbitrale del comitato paritetico nazionale, formato da 6 membri per ciascuna delle parti stipulanti. Per quanto riguarda la nomina del terzo, con funzioni di presidente, le procedure previste dai contratti collettivi sono differenziate: dalla rimessione al direttore dell'ufficio del lavoro e al presidente del Tribunale, fino al sorteggio tra i nomi contenuti in una lista previamente concordata

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

versie, individuali o di serie, in cui si contrappongono le istanze dei diritti soggettivi del singolo e dei gruppi, di derivazione legale, e le scelte della stessa autonomia collettiva (esemplificativo, di recente, il caso della controversia sulle mense). In sintesi, la giustizia arbitrale-sindacale, per come è organizzata in Italia, non mostra in pratica, significativi vantaggi (52).

Il nodo strutturale da sciogliere, qualora si intenda rilanciare l'istituto arbitrale sulle controversie individuali, si colloca, allora, a monte della sua regolazione endoprocedurale. Si situa, cioè, nella necessaria ridefinizione delle regole consensuali che riguardano le relazioni tra l'organizzazione sindacale e singoli lavoratori, nei vari momenti di rilevanza giuridica (Caruso 1992). Problema di portata molto generale, ma che ha una sua ricaduta, non solo simbolica, sulla credibilità e usufruibilità della giustizia arbitrale gestita dai sindacati (in senso conforme, Ventura, 1991).

In concreto questo significa che, al di là delle buone intenzioni, appaiono sottomisura le proposte del CNEL volte ad un rilancio della giustizia privato-sindacale che punti tutto sul rafforzamento della stabilità della decisione arbitrale, attraverso l'equiparazione, sotto questo profilo, del lodo emesso anche in via equitativa, alla conciliazione con l'assistenza sindacale; ed, inoltre, sulla limitazione delle impugnazioni ai soli casi di violazione di norme inderogabili (davanti al Tribunale) facendo salvi, comunque, gli accertamenti in fatto e le non meglio specificate valutazioni di merito operate dal collegio arbitrale (art. 7 del progetto). E non solo per il sospetto di incostituzionalità (*ex art.* 24 e 111 Cost.) che si portano dietro (53). Ma proprio perché elusive della questione della affidabilità dell'istituzione, per quel che concerne l'indipendenza e la terziarietà dei collegi arbitrali di natura sindacale. Nella ventilata proposta del CNEL non viene, infatti, posto in discussione il monopolio sindacale dell'arbitrato (54). La procedura arbitrale, in tal modo, è affidata al controllo delle associazioni dei datori di lavoro e dei sindacati che hanno stipulato il contratto, rimanendo assolutamente aperto il problema, ampiamente dibattuto negli ordinamenti dove l'arbitrato sulle controversie individuali è di più antica tradizione, delle garanzie sostanziali e procedurali *ex ante* (i criteri di formazione del collegio) ed *ex post* (i motivi e il tipo di impugnativa contro il lodo) nei confronti dei soggetti discriminati, ovvero slealmente rappresentati *nel* collegio arbitrale, o che, comunque, non siano stati sottoposti ad un procedimento equo (55).

Ma a questo punto occorre domandarsi, molto francamente, se valga la pena investire forti energie progettuali sull'arbitrato, come unica alternativa alla crisi della giustizia statale. Posta la questione in termini di principio, a sostegno della giustizia arbitrale dovrebbe essere portate argomentazioni non solo funzionalistiche e deflazioniste. Se quest'ultima fosse, infatti, l'unica ottica attraverso cui affrontare il problema, potrebbe sorgere il legittimo dubbio se non possano essere esplorate strategie alternative, meno "destabilizzanti" degli

note

dalle OO.SS. firmatarie del contratto; alla formula dell'affiancamento alla commissione paritetica nazionale di un esperto esterno di indiscussa competenza (ma con funzioni consultive), in caso, di controversie ad oggetto retributivo (art. 29 CCNL metalmeccanici settore pubblico); fino alla formula della scelta di comune accordo da parte dei due arbitri di parte. I protocolli prevedono l'integrazione del Comitato con un membro designato dal comitato stesso, o, in caso di disaccordo, con un membro designato dal Primo Presidente della Corte di Cassazione. (52) Sono noti i vantaggi che, in teoria, la giustizia arbitrale dovrebbe mantenere rispetto alla giustizia statale: maggiore celerità e flessibilità della decisione in quanto essa dovrebbe mantenersi nella disponibilità delle parti. L'arbitro potrebbe, inoltre, più liberamente del giudice, valutare le conseguenze economiche della propria decisione e ricercare una soluzione equa ed equilibrata. L'arbitro, al contrario del giudice dello stato, mette più direttamente in gioco la propria professionalità, essendo scelto, di volta in volta, dalle parti; i suoi interventi futuri dipendono in gran parte dei comportamenti passati (che è poi garanzia di rigore della decisione); l'arbitro, infine, può meglio considerare le conseguenze future della propria decisione, non dovendosi occupare soltanto dei fatti che hanno dato luogo alla lite; cfr. Duràn Lòpez, 1990, p. 32; Gould IV, 1985, p. 8.

(53) In tal senso Proto Pisani, 1992 cc. 88-89, sul punto, critiche al progetto CNEL anche da De Angelis, 1992 c. 6.

(54) La compromettibilità individuale facoltativa rimane pur sempre limitata ad arbitrati irrituali previsti da contratti o accordi collettivi, i quali, tra l'altro, debbono stabilire "la composizione del collegio arbitrale e la procedura per la nomina del presidente e dei componenti": art. 5 (412 *ter* c.p.c.) del progetto.

(55) Del tutto non considerata è l'ipotesi di criteri assolutamente alternativi di legittimazione degli arbitri, quale, ad es., la loro elezione democratica e diretta, secondo un metodo, peraltro non del tutto sconosciuto nella nostra esperienza giuridicosindacale: la procedura arbitrale delle imprese di servizi di navigazione interna (l. 835 del 1912) prevedeva, invero per una ipotesi di arbitrato collettivo, la elezione dei rappresentanti dei lavoratori in seno al collegio arbitrale con *quorum* di partecipazione e la richiesta di arbitrato sottoscritta dalla metà più uno dei soggetti interessati (*amplius*, Cecchella, 1990, pp. 100-101).

attuali assetti normativi, quali il potenziamento della conciliazione (56) o l'adeguamento e la razionalizzazione delle strutture giudiziarie e del processo del lavoro, giuste le proposte recentemente avanzate (Proto Pisani, 1992, cc. 86-87) (57).

Diverso il discorso se l'arbitrato viene proposto come alternativa non meramente funzionale alla giustizia ordinaria, ma come *pendant* procedurale di riforme radicali del sistema sostanziale di diritto del lavoro che abbiano come presupposto teorico la critica, a tutto campo, del primato della legge e delle garanzie individuali su cui ancor oggi si fonda, in linea di massima, il sistema del diritto del lavoro italiano. Posizione che ha come corollario la critica al protagonismo giudiziale e alla "giudizializzazione" intensa delle relazioni sindacali. Ed è proprio su questo corollario che occorre concentrare l'attenzione per valutare *pro* e *contra* del monopolio statale della giustizia del lavoro e per vagliare, di conseguenza, l'opportunità di un forte impulso legislativo alla giustizia sindacale arbitrale.

Sono noti ed ampiamente discussi, non solo in Italia, gli inconvenienti della eccessiva mediazione giudiziaria nelle controversie di lavoro individuali e di serie:

a) la mediazione giudiziaria si confronta, normalmente, con il passato, senza poter considerare gli aspetti dinamici delle relazioni di lavoro.

b) La mediazione giudiziaria si muove all'interno della considerazione meramente giuridica dei dati, senza poter considerare gli aspetti economici.

c) La mediazione giudiziaria sconta l'insensibilità, dell'approccio giuridico-privatistico relativamente alla questione della produzione di effetti sui terzi di una regola concepita, invece, rispetto ad un rapporto bilaterale (Spagnuolo Vigorita G., 1992).

d) L'applicazione della norma di legge, conformativa di diritti, ed il postulato della subordinazione del giudice alla legge, renderebbero impossibili decisioni giudiziarie "flessibili".

e) La risoluzione giudiziale delle liti non può coprire tutta la gamma dei conflitti di lavoro. Il monopolio della giustizia statale non è in grado di estendersi fino a ricomprendere tipologie di conflitti su cui meglio si attaglierebbero altri strumenti solutori.

f) Il giudice dello stato, infatti, non sarebbe in grado di armonizzare e conciliare, soprattutto nelle controversie con risvolti collettivi, gli opposti conflitti di interessi per facilitare una via d'uscita non traumatica dal conflitto.

g) Nel suo complesso, l'intervento del giudice, per la soluzione di problemi di rilevanza collettiva, si presenta come esterno ed episodico; in tale intervento, finisce per prevalere l'ottica individuale con possibile incidenza negativa sull'equilibrio del sistema. La tutela giudiziaria individuale finisce, cioè, per alterare l'equilibrio interno delle relazioni collettive.

h) La prevalenza della tutela giudiziaria provocherebbe, infine, una sorta di delega sindacale ad un autorità esterna, della soluzione dei problemi del sistema di relazioni sindacali e contrattuali, con conseguenti effetti di deresponsabilizzazione rispetto al governo delle relazioni industriali. L'intervento dell'autorità pubblica esterna viene ad essere, così,

Arbitrato e conflitto
collettivo
Bruno Caruso

note

(56) Occorre però chiedersi se sia sufficiente per determinare il successo dell'istituto delle conciliazioni, renderne obbligatorio il tentativo: il buon risultato che, secondo i dati di una ricerca CNEL e del Ministero del lavoro (v. le statistiche primo semestre 1991), pare abbia incontrato la conciliazione nell'area di licenziamento assistito dalla stabilità obbligatoria (art. 5 della l. 108/90), è sicuramente determinato dalla materia oggetto del tentativo (l'indennità alternativa alla riassunzione). In questa fattispecie è evidente la convenienza per i potenziali protagonisti di una controversia giudiziale — il cui esito nel senso della interruzione del rapporto è praticamente scontato — a trovare un accordo sul "prezzo" del licenziamento, per evitare le lungaggini processuali e i costi della lite. Cfr. il progetto di legge presentato dal CNEL, artt. 1, 2, 3, e 4 e la relazione di accompagnamento, in LI, 1991, n. 9, p. 66.

(57) L'autore, oltre a proporre che la fase conciliativa costituisca (e sostituisca), a tutti gli effetti, la fase del futuro eventuale processo a cognizione piena (con esplicita previsione di preclusioni rigide in tema di allegazione di fatti, domande, eccezioni e prove ancorate agli atti introduttivi), propone una maggiore specializzazione dei giudici di 1° grado e d'appello e l'istituzione di sezioni lavoro nella sola sede principale delle preture circondariali, oltre allo spostamento dei giudizi d'appello presso la Corte d'appello. Accenna pure all'ipotesi, tutta da approfondire, di modificare l'art. 102 Cost., affinché non vi siano ostacoli costituzionali per portare a termine una profonda riforma del processo ordinario del lavoro, in vista della privatizzazione del pubblico impiego. In effetti, l'art. 2 del d.d.l. (tutela giurisdizionale) recentemente approvato dal Consiglio dei ministri, sulla privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, sembra la parte più debole della progettata riforma. La "astinenza processuale" dei pubblici dipendenti è tale che sembrano ben poca cosa la moratoria triennale e l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione (art.11), per evitare il definitivo collasso della giustizia del lavoro ordinario, che si verificherebbe qualora la riforma andasse in porto.

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

“internalizzata” nella strategia sindacale, che non può, dunque, dispiegarsi lungo percorsi selezionati del tutto autonomamente (Durán López, 1990, pp. 29-30).

Alla base di simili posizioni c'è un postulato, o un modello, normativo più di fondo: si considera inevitabile, oltre che auspicabile, il passaggio dal garantismo legislativo individuale al garantismo collettivo, con conseguente riduzione dell'interventismo giudiziario nei conflitti di lavoro (Giugni, 1983).

Sotto il profilo dinamico-processuale questo passaggio dovrebbe comportare una maggiore centralità e rilevanza degli strumenti extragiudiziari di soluzione dei conflitti giuridici, a tendenziale monopolio sindacale. In tal modo si creerebbe un circuito virtuoso tra proposte operative (che vanno nel senso del rafforzamento della devoluzione statutale all'ordinamento sindacale *anche* della gestione delle controversie di lavoro) e recupero della teoria dell'ordinamento sindacale come ordinamento originario (Cecchella, 1990, nota 1 p. 258). Su tale opzione teorica, e sulle conseguenze operative che ne conseguono, non si può del tutto convenire per ragioni di fondo già illustrate (*supra* par. 1.1). Occorre aggiungere che lo schema dell'ordinamento sindacale, come ordinamento del tutto autonomo e separato, non regge di fronte ad una realtà normativa che si evolve nel senso dell'assunzione da parte dei sindacati di ruoli e funzioni a carattere pubblicistico.

Cresce, infatti, attraverso l'intensificarsi della legislazione devolutiva, l'interazione dinamica tra ordinamento sindacale e ordinamento statutale e si fanno sempre più fitti gli interscambi e la rete di relazioni istituzionali, tanto da prefigurare un vero e proprio ordinamento superiore e “comune” (più ampiamente Caruso 1990b).

In tale situazione, si accrescono, e non diminuiscono, le ragioni della tutela giurisdizionale del singolo, del dissenziente, del gruppo minoritario: il legislatore può spostare la linea di confine di tale tutela, ma il compito di pattugliarla spetterà sempre al giudice dello stato e alla sua opera di interpretazione e applicazione del diritto.

Ciò, ovviamente, non può far dimenticare che la crisi del diritto e della giustizia è crisi del fondamento razionale di legittimazione della decisione stessa, nella misura in cui il legislatore medesimo scarica sulle spalle dei giudici responsabilità che egli omette di assumersi (58).

Sul piano delle proposte operative, una simile posizione non implica la radicale esclusione di incentivi alla gestione extragiudiziaria delle liti individuali e di serie, con ricorso a procedure di arbitrato facoltativo.

Se di fronte a diritti di natura legale non si può prescindere dalla giurisdizione dello stato (magari ampiamente riformata), niente esclude che si possano stimolare procedimenti endoaziendali, soprattutto quando si tratta di controversie di applicazione e interpretazione di contratti collettivi con riflessi sulle posizioni individuali. Così come è possibile che la legislazione di devoluzione alla contrattazione, in funzione di deroga della normativa legale, possa pure prevedere specifiche e ulteriori procedure di aggiudicazione delle controversie, che ne possano derivare, di tipo conciliativo-arbitrale. Se la legge non può, in questo caso, imporre l'esperimento di giudizi arbitrali (stante il principio posto da C. Cost. 14.7.1977, n. 127, FI, 1977, I, 1949 (59)), tuttavia può predisporre una procedura preordinata che garantisca indipendenza del collegio, informalità e speditezza della procedura (60).

Oltretutto, in tal modo, si accentuerebbe il carattere di sistema chiuso e autosufficiente della contrattazione collettiva, con un ruolo determinante riservato ai meccanismi di amministrazione del contratto. Mentre un tale intervento legislativo si conformerebbe a

note

(58) Secondo Simon e Wietholter, citati da Habermas, 1990, p. 60, “alla fine sono rimasti al giudice tutti i compiti procedurali dei pieni poteri di reggenza: egli identifica la fattispecie, redige il programma legislativo, prende le decisioni e le misure amministrative e calcola le conseguenze politiche; per la verità in modo del tutto indipendente dal fatto se questo, negli ultimi duecento anni, gli è stato esplicitamente vietato o se è stato incoraggiato ripetutamente a farlo”.

(59) In questa sentenza la Corte ha dichiarato incostituzionale il comma I dell'art. 25 del R.D. 29 giugno 1939 n. 1127, in materia di brevetti per invenzioni industriali, nella parte in cui non riconosce la facoltà dell'inventore e del datore di lavoro di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, assumendo che nel nostro ordinamento sono ammissibili “... o giurisdizionali speciali ... oppure l'arbitrato volontario o facoltativo ... Non si dà spazio per un terzo tipo di deroga al principio dell'unità della giurisdizione e cioè per gli arbitrati imposti dalla legge”.

(60) Lo stato potrebbe pure, secondo il modello inglese, non regolare legislativamente l'arbitrato, ma limitarsi a mettere a disposizione delle parti servizi arbitrali organizzati da una autonoma agenzia o da una istituzione a cui devolvere tali compiti (per es. gli uffici decentrati del Ministero del lavoro, il CNEL); in tal modo l'arbitrato diverrebbe una risorsa a cui le parti possono accedere soltanto se lo vogliono. Sulla compatibilità tra arbitrato facoltativo e previsione legislativa della procedura, Gladstone, 1984, p. 24.

quella trasformazione del diritto, di cui emergono segni sempre più evidente nel diritto del lavoro, da una struttura materializzata ad una struttura sempre più proceduralizzata (Habermas, 1990, p. 63). Un tale intervento della legge, oltre che conforme all'istanza pluralistica dell'amministrazione della giustizia, a cui si ispira la nostra Costituzione (art. 102), si allineerebbe al modello processuale tipico dello stato reattivo (Damaska 1991).

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

3.4 L'arbitrato e l'organizzazione "dinamica" del sistema di contrattazione collettiva: una esperienza da sviluppare.

Si è detto come, concettualmente e funzionalmente, l'arbitrato su controversie collettive volto a rafforzare il metodo contrattuale vada distinto dall'arbitrato sulle situazioni giuridiche individuali (61).

Negli anni '80, nei contratti collettivi, sono state introdotte e sviluppate norme procedurali, aventi lo scopo di razionalizzare i conflitti relativi alla interpretazione e applicazione dei contratti collettivi. Si tratta di meccanismi diretti a proceduralizzare maggiormente la contrattazione collettiva e a rafforzare il metodo negoziale, con il precipuo scopo di evitare il ricorso allo sciopero o di renderlo, comunque, ultima risorsa (62).

Il sistema di relazioni sindacali italiano, al contrario di altri, non è affetto da una forte giuridificazione e giudicializzazione delle controversie collettive relative all'amministrazione del contratto collettivo (63).

Ciò è avvenuto per una serie di ragioni che di seguito si espongono:

a) In primo luogo, per la difficoltà tecnico-processuale di ricostruire una specifica legittimazione del sindacato (al di là delle ipotesi di comportamento antisindacale) nelle controversie riguardanti l'amministrazione del contratto collettivo, vuoi nei casi di violazione delle norme obbligatorie (dato il loro frequente intreccio con la parte normativa del contratto); vuoi per le ipotesi di violazione della parte normativa; vuoi, infine, per i casi di contrasti sull'interpretazione, in senso stretto, del contratto (Borghesi, 1980, p. 87 ss.).

b) In secondo luogo, per la tradizionale preferenza del metodo conciliativo-negoziale, ed eventualmente della azione diretta in funzione di pressione, soprattutto nella fase di rapporti di forza favorevoli e di prevalenza di ideologie e pratiche conflittuali.

c) Infine, per la tendenza, anche di recente emersa, ad affidare alla giurisdizione ordinaria, *sub specie* di controversie individuali su diritti, (ancorché "pilotate" dal sindacato), controversie che altro non sono che conflitti sull'amministrazione e l'interpretazione dei contratti collettivi (64).

note

(61) Negli Usa queste due forme di arbitrato vanno anche formalmente distinte: l'*arbitration* in senso tecnico si riferisce alle controversie di tipo collettivo (*labor disputes*) ed è primariamente mirato ad evitare gli scioperi, rafforzando la contrattazione collettiva; mentre le *grievance procedure* si riferiscono ai sistemi di soluzione extragiudiziaria delle liti individuali (Gould IV, 1985).

(62) Oltre alle norme contenute nei Protocolli IRI ed Efim, vari CCNL prevedono specifiche norme sulle controversie collettive, aventi o meno ad oggetto specifico l'interpretazione dei contratti collettivi (controversie giuridiche in senso stretto). Alcune norme prevedono procedure conciliativo-arbitrali: art. 42 CCNL Petrolio (settore privato) 3.8.1990; art. 71 CCNL chimici (settore privato) 20.7.1990 (entrambi i contratti prevedono che in caso di arbitrato su controversie interpretative "la decisione della Commissione mista costituisce una nuova disciplina"); art. 29 CCNL 14.12.1990 metalmeccanici (settore pubblico), che non distingue però tra controversie individuali e collettive; art. 34 CCNL 8.6.1989 portieri (immobili urbani); art. 6 e 7 CCNL Commercio 14.12.1990; CCNL Scuola materna") 27.6.1991 (relazioni sindacali). Altre norme fanno, invece, formalmente riferimento soltanto a procedure conciliative: art. 29 CCNL Bonifica (consorzi) 30.7.1991 CCNL alimentari (settore industriale) 7.8.1991, Relazioni industriali punto C; art. 16 CCNL Alberghi 14.6.1991; art. 47 CCNL 30.7.91. giornalisti e pubblicisti; art. 35 CCNL edili (aziende artigiane) 10.3.1989; art. 32 CCNL dirigenti aziende agricole) 1.8.1990.

(63) Per la Spagna, dove il fenomeno è, invece, ampiamente conosciuto, cfr. Valdés Dal-Rè, 1992 p. 1.

(64) Sintomatica in questo approccio del sindacato italiano, la recente vicenda relativa all'accordo triangolare del 10 dicembre 1991, con il quale si concordava di non prorogare la l. n. 191. 1990 sulla scala mobile, con conseguente mancata corresponsione del punto di contingenza maturato nel maggio 1992 (vicenda che, nei risvolti giudiziari, ha prodotto, sino ad ora, due sentenze assolutamente contrastanti: Pret. Bologna favorevole alla tesi imprenditoriale del venir meno della contingenza e Pret. Brescia favorevole alla tesi CGIL del perdurare del sistema di contingenza fino alla scadenza dei contratti nazionali di lavoro). Si tratta, in effetti, di una controversia collettiva sull'interpretazione di clausole dell'accordo triangolare e del CCNL dei metalmeccanici, camuffata dietro lo schermo formale di controversie individuali plurime sul diritto al punto di contingenza. In tal caso, il sindacato ha preferito non puntare sulle disposizioni contrattuali relative all'amministrazione del contratto e scommettere, invece sulla controversia giudiziaria di natura individuale (i ricorrenti sono, infatti singoli lavoratori). Tutto ciò a riprova che un contesto di relazioni sindacali, conflittuale e non collaborativo, rende assolutamente ineffettive le disposizioni contrattuali, di proceduralizzazione delle controversie collettive. Sulla vicenda giudiziaria D'Antona, 1992b, p. 9.

**Arbitrato e conflitto
collettivo**
Bruno Caruso

Se il *trend* verso un'organizzazione più dinamica della contrattazione collettiva, può giudicarsi positivo, va tuttavia segnalato che la effettività delle istituzioni, prodotte da un tale processo, oltre che rafforzata da specifici impegni contrattuali, si fonda anche sull'attitudine dei soggetti sociali verso relazioni più cooperative e meno conflittuali. Oltretutto il rafforzamento e l'effettività di istituzioni bilaterali e di istanze arbitrali, in funzione di amministrazione attiva del contratto collettivo, è direttamente proporzionale al radicamento e alla stabilità del metodo negoziale (Getman, 1979, pp. 918 ss.).

In un contesto di sviluppo in senso dinamico della contrattazione collettiva, è, dunque, auspicabile un potenziamento e una generalizzazione di istituzioni e procedure volontarie di amministrazione del contratto collettivo; ciò, pure attraverso una maggiore esplicitazione di momenti arbitrali e delle relative istanze, da collocare, con maggiore coraggio di quanto è avvenuto sino ad ora, al di fuori delle rispettive *lines* organizzative dei soggetti contraenti, accentuandone in tal modo la posizione di terziarietà e le funzioni di aggiudicazione rispetto a quelle conciliative-negoziali. Limitare i compiti delle istituzioni bilaterali a funzioni di tipoconciliativo-negoziale potrebbe, infatti, significare una mera duplicazione o moltiplicazione delle sedi negoziali, con corriva sovrapposizione di competenze.

Per ciò che concerne la possibilità di un intervento legislativo, rispetto a tale funzione dell'istituto arbitrale, è evidente che, in una simile materia, il metodo volontario celebra i propri fasti. Non sembra cioè opportuna una legislazione di sostegno, all'arbitrato rispetto a questa specifica funzione, come attualmente esiste in Spagna (ove per altro se ne auspica il rafforzamento (65)) tranne che il legislatore, e non pare per ora probabile, dovesse optare per un sostegno legislativo a specifici diritti sindacali, quali, per es., i diritti di informazione e consultazione (secondo l'originario modello inglese).

Piuttosto è pensabile che una migliore organizzazione pubblica dei servizi arbitrali e un potenziamento delle risorse, a disposizione dei soggetti del sistema di relazioni industriali, sia del settore pubblico che privato, possa funzionare da stimolo ed incentivo indiretto per un uso meno reticente di simili procedure.

3.5 L'arbitrato e i conflitti di rappresentanza intersindacali: limiti e possibili percorsi nel sistema italiano.

Il sistema sindacale italiano, organizzato su basi di pluralismo confederale di tipo orizzontale e di verticalismo categoriale, non ha mai generato strumenti di composizione proceduralizzata dei conflitti interni, tantomeno di natura arbitrale.

La struttura pluralistico-confederale ha, sinora, impedito di pensare ad un centro confederale unitario, con funzioni di camera di compensazione e di soluzione dei conflitti di rappresentanza intersindacali sorgenti in periferia (così come è, invece, avvenuto nei sistemi a sindacalismo unitario su base professionale o categoriale).

Tuttavia, per una più chiara percezione analitica del problema, occorre distinguere.

A) Nei rapporti tra le confederazioni non si è posto un problema di attribuzione a speciali organismi (interni o esterni) di funzioni di decisione arbitrale su conflitti interconfederali, semmai di regole interne di assunzione delle decisioni (66).

B) A livello endoassociativo le controversie organizzative, politiche e negoziali, tra centro e periferia, sono state risolte attraverso le normali mediazioni intraorganizzative, con connesso utilizzo del potere disciplinare (caso Fim di Milano), mentre rarissime sono state le controversie di confine tra le rappresentanze dei vari sindacati di categoria, appartenenti

note

(65) L'art. 85.2 d) dello Statuto dei lavoratori spagnolo stabilisce che i contratti collettivi statutari debbano prevedere la formazione di una commissione paritaria con membri designati delle parti negoziali le cui competenze, peraltro, non sono specificate, in omaggio al principio di libertà contrattuale. Tuttavia, secondo un'antica tradizione negoziale, a tali commissioni vengono assegnati compiti di amministrazione dei contratti collettivi. Recenti proposte mirate al rafforzamento legislativo di procedure arbitrali anche nelle controversie collettive, suggeriscono che la procedura arbitrale non dovrebbe porsi in funzione dilatoria della soluzione giurisdizionale, bensì come alternativa a quella. La legge dovrebbe chiaramente esprimersi nel senso che la soluzione arbitrale sostituisce la soluzione giurisdizionale. Mentre le invalidità denunciabili presso le corti ordinarie dovrebbero riguardare soltanto le decisioni *ultra vires* e limitarsi ai vizi di procedendo (Durán López, 1990, p. 36).

(66) Come è noto, dopo la rottura del patto federativo del 1972, all'indomani dell'accordo di S. Valentino, il processo di formalizzazione delle regole decisionali interconfederali (procedure di riunione degli organismi unitari, vincolatività delle decisioni di tali organismi, decisione a maggioranza e all'unanimità, ecc.), si è arenato sullo scoglio delle rappresentanze di base, che ha impedito anche le riforme del funzionamento del centro confederale, i cui rapporti sono ora governati da un empirismo meramente politico e contingente.

alla medesima organizzazione, la cui soluzione è stata, peraltro, devoluta, in un caso recente, alle Corti ordinarie, attraverso lo strumento dell'art. 28 l.300/70 (67).

C) Negli ultimi tempi, in connessione all'emergere, nel panorama italiano, di un consistente sindacalismo di natura professionale, interno ma soprattutto esterno al sindacalismo confederale, si sono moltiplicati i conflitti di rappresentanza, alcuni dei quali si sono manifestati come veri e propri conflitti di giurisdizione. Nel quesito, spesso ricorrente tra gli osservatori, "chi rappresenta chi?", occorre, infatti, distinguere i conflitti di rappresentanza, per così dire, *a valle* del processo negoziale (chi ha il potere di contrattare e vincolare in relazione al contenuto dell'accordo, *rectius* dell'ipotesi d'accordo); dai conflitti, per così dire, *a monte* (chi ha il mandato, il potere di negoziare e per chi). Ebbene, i conflitti di giurisdizione si collocano in questo secondo segmento del potere di rappresentanza e tali conflitti si intrecciano e si sovrappongono, spesso, con la questione del ritaglio dei confini dell'unità contrattuale (per es. l'area medica nel settore regolata dalla l. quadro sul pubblico impiego; i macchinisti delle ferrovie o l'area quadri nei settori dei servizi e dell'industria regolati dalla contrattazione c.d. di diritto comune), Rispetto a quest'ultime tipologie di conflitti, preso atto della incapacità, e/o impossibilità, delle Organizzazioni confederali di governare razionalmente, attraverso una specifica regolazione interna della rappresentanza professionale, i conflitti emergenti, si è arrivati a proporre una norma di legge che preveda l'uso del referendum di separazione (subordinato a certe condizioni temporali e quantitative) per rimettere ai diretti interessati la soluzione di tale tipo di conflitto, ad un tempo, di giurisdizione e di rappresentanza (68).

Sono note le critiche a tale proposta: essa non risolverebbe, ma si limiterebbe a spostare il conflitto, in quanto l'esito del referendum dipende da come si definiscono i confini dell'area elettorale da cui il gruppo si deve staccare (se i confini sono "ritagliati" a misura del gruppo separatista, cioè in un'area monoprofessionale, il gruppo non avrebbe difficoltà ad ottenere anche *quorum* altissimi, mentre non li raggiungerebbe mai se a votare venisse chiamata l'intera categoria da cui il gruppo si vuole staccare) (Treu, 1989, p. 112).

Pur non condividendo tale critiche (i percorsi della democrazia procedurale non sono mai lineari e non riflettono meccanicamente la dislocazione apparente degli interessi), si potrebbe, tuttavia, provare ad articolare la proposta e pensare a percorsi procedurali alternativi (se non proprio sostitutivi del) referendum; si potrebbe, cioè, riflettere sulla possibilità di utilizzare procedure arbitrali (predisposte per legge) mirate specificamente a risolvere dispute di confine del tipo discusso. I meccanismi di accesso (volontari, obbligatori?), le garanzie di terzietà nelle assunzione delle decisioni e di effettività del procedimento sono, ovviamente, tutte da studiare.

Mentre simili procedure, con possibile supporto legale, riguarderebbero i conflitti che coinvolgono anche i sindacati "esterni" alle grandi confederazioni, nulla esclude, ed anzi appare auspicabile, una autoriforma su basi volontarie del sindacalismo confederale che comporti una maggiore articolazione di strumenti procedurali, collocati nel centro interconfederale, per governare i conflitti interni. Tali strumenti potrebbero comprendere l'adozione di procedure di soluzione dei conflitti, tramite decisione arbitrale, sulla base di principi e regole di comportamento esplicitati e formalizzati.

Un tale processo si presenta come un corollario necessario di una riforma del centro confederale nel senso che ad esso vengano affidati più compiti di coordinamento politico-organizzativo, rispetto a quelli direttamente negoziali; ma si presenta pure come un corollario indispensabile rispetto all'obiettivo dell'unità sindacale delle tre confederazioni. Ed invero, le difficoltà di individuare riforme del centro confederale (con l'assunzione di regole organizzative anche per la soluzione e la aggiudicazione dei conflitti interni, che è cosa diversa dalle regole sul processo decisionale e sui meccanismi della rappresentanza), non sono, al momento, che la cartina di tornasole di ostacoli di natura politica di tale processo, non celabili dietro la "retorica dell'unità".

note

(67) Per un caso di conflitto di giurisdizione tra RSA aderenti alla medesima confederazione (due sindacati di categoria aderenti alla CISL pretendevano di costituire proprie RSA presso la stessa azienda), cfr. Cass. 5.4.1991, n. 3574 in FI, 1992, I, 33.

(68) Si v. l'art. 6 del d.d.l. n. 26, Giugni (con la relazione di accompagnamento in LI, 1992 n. 9, p. 39) ripresentato nella XI legislatura, che prevede il referendum di separazione (non limitato all'area regolata dalla l. 93 del 1983), subordinato ad una richiesta da avanzare 8 mesi prima della scadenza del contratto; richiesta che deve essere posta in essere da una associazione sindacale del gruppo omogeneo e condizionata all'adesione del 33% dei lavoratori appartenenti al gruppo. Il referendum produrrà la separazione dell'area negoziale qualora ottenga il consenso dei 2/3 dei lavoratori appartenenti al gruppo.

Arbitrato e conflitto collettivo

Bruno Caruso

Bibliografia

Aaron (1990), *Settlement of Disputes over Rights*, in *Comparative Labour Law and Industrial relations in Industrialised Market Economies*, a cura di Blanpain, Deventer, Kluwer.

Aaron (1967), *Judicial Intervention in Labor Arbitration*, *Stanford Law Review*, 20, pp. 41-56.

Bernstein (1985), *Alternatives to the Strike in Public Labor Relations*, in *Labor Relations in the public Sector: Readings and Cases*, edited by Levine, Columbus Ohio, Publishing Horizons, Inc.

Bertozi — Sambucini (1991), *Conciliazione e arbitrato*, *DPL*, p. 2217.

Borghesi (1980), *Contratto collettivo e processo*, Bologna, Il Mulino.

Briggs-Koys (1991), *Indagine empirica sull'efficacia dell'attività di mediatore nel settore pubblico*, *Problemi di Amministrazione Pubblica*, anno XVI, n. 3, sett., p.417.

Calamandrei (1957), *Processo e giustizia*, in *Studi sul processo civile*, VI, Napoli, Morano.

Carinci (1992), *Commissione di garanzia: un primo bilancio e prospettive di riforma*, *LI*, n. 9, p. 5.

Caruso (1992), *Rappresentanza negoziale e consenso*, Milano, Angeli.

Caruso (1990a), *Rappresentanza sindacale e contrattazione collettiva sulla flessibilità*, in *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro, Italia e Spagna*, (a cura di D'Antona), Napoli, ESI.

Caruso (1990b), *Per una «regolazione riflessiva» della rappresentanza sindacale*, *LD*, p. 593.

Cassese (1991), *La commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: una prima valutazione*, *RGL*, I, p. 403.

Cecchella (1991), *L'arbitrato*, Torino, Utet.

Cecchella (1990), *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, Angeli.

CNEL (1991), *Disegno di legge su conciliazione e arbitrato*, *Relazione d'accompagnamento*, *LI*, n. 9, p. 66.

Damaska (1991), *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, Il Mulino.

D'Antona (1992a), *I licenziamenti per riduzione di personale nella L. n. 223/1991*, in corso di pubblicazione.

D'Antona (1992b), *Scala mobile: il punto di maggio va preso sul serio*, *LI*, n. 11, p. 9.

D'Antona (1991), *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, *RGL*, I, p. 417.

D'Antona (1989), *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali e le tendenze del diritto sindacale*, *RGL*, I, p. 9.

De Angelis (1992), *La tutela differenziata del lavoro tra strumenti di deflazione e impatto delle riforme del processo civile*, *FI*, V, c. 5.

Dilts-Karim-Rassuli (1991), *Mediazione nel settore pubblico: verso uno schema di negoziati e di soluzioni delle controversie*, *Problemi di Amministrazione Pubblica*, anno XVI, n. 3.

Durán López (1990), *Medios de solución no jurisdiccionales de los conflictos laborales: el arbitraje*, *Relaciones Laborales*, p. 27.

Flammia (1988), *Arbitrato e conciliazione in materia di lavoro*, *Enc giur Trec*, II, Roma.

Gaeta (1991), *Commento all'art. 13*, in RuscianoSantoro Passarelli G. (a cura di) *Lo sciopero nei servizi essenziali*, *Commentario alla legge 12 giugno 1990 n. 146*, Milano, Giuffrè.

Galgano (1991), *L'equità degli arbitri*, *RTDPC*, p. 409.

Getman (1979), *Labor Arbitration and dispute resolution*, *Yale Law Journal*, vol. 88, p. 9.

Ghera (1991), *I poteri e la attività della Commissione di garanzia*, *LI*, p. 31.

Ghezzi (1992), *Diritto e lotta tra operai e sindacati*, *La Legge*, p. 59.

Giugni (1991), *La legge realizza i propri scopi*, *LI*, n. 12, p. 23.

Giugni (1986), *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, *DLRI*, n. 30, p. 317.

Giugni (1983), *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, in *Atti del VII Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.

Giugni (1960 ora 1977), *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, ristampa, Milano, Giuffrè.

Giugni (1965), *I licenziamenti nell'industria*, Bologna, Il Mulino.

Giugni (1958), *I limiti legali dell'arbitrato*, *RDL*, p. 4.

Giugni, Ghezzi, Carinci, Montuschi, Rusciano (1991), *Lo sciopero nei servizi essenziali: problemi di diritto transitorio*, *LD*, n.2, p. 131.

Gladstone (1984), *Voluntary arbitration of interest dispute*, Geneva, ILO.

Goldenberg (1988), *Public-Sector Labor Relations in Canada*, in *Public Sector Bargaining*, edited by, Aaron, Najita, Stern, Washington, The Bureau of National Affairs.

Gospel & William (1981), *Disclosure of Information: the C.A.C. Approach*, *ILJ*, march, p. 10.

Gould IV (1985), *Dispute Procedure and Arbitration*, Westport Connecticut, Greenwood Press.

Grandi (1991), *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, *RTDPC*, p. 417.

Grodin-Najta (1988), *Judicial Response to PublicSector Arbitration in Public Sector Bargaining*, edited by, Aaron, Najita, Stern, Washington, The Bureau of National Affairs.

Habermas (1990), *Il filosofo come vero giurista*, in *La rivoluzione in corso*, Milano, Feltrinelli.

Hernandez (1990), *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, Cedam.

Hicks (1964), *The theory of wage*, II ed., London, Macmillan.

- Lambertucci** (1990), *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Padova, Cedam.
- Lewis** (1990), *Strike free and Pendulum Arbitration*, *BJIR*, march, p. 33.
- Lowry** (1990), *Employment Disputes and the Third Party* London, MacMillan.
- Lynch** (1989), *Deferral, Waiver, and Arbitration Under the NLRA: from Status to Contract and Back Again*, in *University of Miami Law Review*, vol. 44, n.2, p. 237.
- Martinez Giron** (1985), *Lo Pactos de Procedimiento en la negociacion colectiva*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.
- Mazziotti** (1992), *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro. Commento sistematico alla L. 223/1991*, a cura di Ferraro, Mazziotti e Santoni, Napoli, editore Jovene.
- Mc Carry** (1989) *Strikes: Australia*, in *The strike* a cura di Rotondi, Milano, Giuffrè.
- Nelson** (1985), *Final-offer Arbitration: Some problems, in Labor Relations in the public Sector: Readings and Cases*, edited by Levine, Columbus, Ohio, Publishing Horizons, Inc.
- Nolan** (1991), *Compulsory labour arbitration in New Zealand, 1894-1984*, *Comparative Labour Law Journal*, vol.14, 411-457.
- Olson** (1988), *Dispute resolution in the Public Sector in Public Sector Bargaining*, edited by Aaron, Najita, Stern, Washington, The Bureau of National Affairs.
- Pino-Scaglione** (1991), *La legge n. 146/1990 negli indirizzi della Commissione di garanzia: una breve analisi sul primo periodo di attività*, *RGL*, I, p. 453.
- Plowman** (1989), *Settlement of Industrial Disputes in Australia*, in *Industrial Conflict Resolution in Market Economies*, edited by Hanami-Blanpain, Deventer-Boston, Kluwer.
- Portus** (1980), *Law and Power in Australian Compulsory Arbitration*, in *In Memoriam Sir Otto Kahn Freud*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Proto Pisani** (1992), *Il processo del lavoro a diciotto anni dalla sua riforma*, *FI*, V, c. 81.
- Proto Pisani** (1976), *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, Angeli.
- Pruit** (1981), *Negotiation Behavior*, New York, Academic Press.
- Punzi** (1988), *Arbitrato I) Arbitrato rituale e irrituale*. *Enc giur Trec*, Roma.
- Quesada Segura** (1992), *Las comisiones creadas en convenios colectivos y la resolución de conflictos individuales de trabajo*, *Relaciones Laborales*, n. 3, p. 8.
- Ramm** (1971), *Labour Courts and Grievance Settlement in West Germany*, in *Labour Courts and Grievance Settlement in Western Europe*, Berkeley Los Angeles, University of California Press.
- Rehmus** (1985), *Binding Arbitration in the Public Sector*, in *Labor Relations in the public Sector: Readings and Cases*, edited by Levine, Columbus, Ohio, Publishing Horizons, Inc.
- Rocella** (1991), *La commissione di garanzia (artt. 12, 13, 14)*, in *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commento sistematico*, (a cura di Treu), *NLCC*, p. 32.
- Rocella** (1984), *La composizione dei conflitti di lavoro*, edizioni lavoro, Roma.
- Rodotà** (1992), *Repertorio di fine secolo*, Bari, Laterza.
- Rogowski** (1991), *The resolution of labour conflict: An international Comparison*, Tesi di dottorato, Istituto Universitario Europeo, Firenze.
- Romagnoli** (1991a), *Solidarismo giuridico e conflitto post-industriale*, *LD*, n. 2, p. 177.
- Romagnoli** (1991b), *Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, *LD*, n. 4, p. 547.
- Romagnoli** (1979), *Art. 40*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma.
- Rubino-Sammartano** (1991), *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, Cedam.
- Rydzy** (1989), *Settlement of Labour disputes in Private Industry: The Example of Adam Opel*, in *Industrial Conflict Resolution in Market Economies*, edited by Hanami-Blanpain, Deventer-Boston, Kluwer.
- Santos** (1990), *Stato e diritto nella transizione postmoderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, *Sociologia del diritto*, n. 3, p. 5.
- Satta** (1971), *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Padova, Cedam.
- Schmidt** (1970), *The Settlement of Employment Grievances in Sweden*, in *Labour Courts and Grievance Settlement in Western Europe*, Berkeley Los Angeles, University of California Press.
- Sciarra** (1992), *Tutela giurisdizionale v. giustizia privata*, *LI*, an. VI, n. 3, p. 1.
- Selznick** (1969), *Law Society, and Industrial Justice*, London-New York, Russel Sage Foundation.
- Simi** (1971), *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: prescrizione e decadenza e arbitrato*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Macerata*, Macerata.
- Sirianni** (in corso di pubblicazione), *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*.
- Smith & Wood** (1989), *Industrial Law*, III ed., London, Butterworth.
- Spagnuolo Vigorita G.** (1992), *Contratto a favore di terzi, contratto collettivo, limiti al potere dispositivo del sindacato*, di prossima pubblicazione.
- Stolfa-Veneziani** (1987), *Arbitrato nel diritto del lavoro*, *D. Comm.*, vol. I, Torino, Utet.
- Supiot** (1987), *Les juridiction du Travail*, Paris, Dalloz.
- Summers** (1991), *Patterns of Dispute Resolution: Lessons from Four Countries*, *Comparative Labor Law Journal*, Vol. 12, p. 165.
- Treu** (1991), *Le prestazioni indispensabili (artt. 2,3,19)*, in *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commento sistematico*, (a cura di Treu), *NLCC*, p. 11.

Arbitrato e conflitto collettivo
Bruno Caruso

Bibliografia

Arbitrato e conflitto collettivo

Bruno Caruso

Bibliografia

Treu (1989), *Rappresentatività sindacale e pubblico impiego*, *QDLRI*, n. 5, p. 95.

Treu (1992), *Elementi per un bilancio della L. n. 146/90*, *RIDL*, I, p. 302.

Valdés Dal-Ré (1992), *Tutela judicial y autotutela colectiva en la solución de los conflictos colectivos*, *Relaciones Laborales*, p. 1.

Veneziani (1988), *Il protocollo IRI: un modello di consultazione*, in *Tra conflitto e partecipazione. Un'indagine empirica sul protocollo IRI e sui diritti di informazione*, (a cura di Veneziani e Ricci), Bari, Cacucci.

Veneziani (1985), *Tecniche di prevenzione e composizione dei conflitti collettivi*, in Cella Regini (a cura di), *Il conflitto industriale in Italia*, Bologna, Il Mulino.

Ventura (1991), *Norme processuali e norme sostanziali*

nel sistema di tutela del lavoro: l'arbitrato e le controversie di serie, in AA.VV., *Un progetto per il diritto del lavoro*, Roma, Ediesse.

Weiss, Simitis, Rydzy (1989), *The settlement of Labour Disputes in the Federal Republic of Germany*, in *Industrial Conflict Resolution in Market Economies*, edited by Hanami-Blanpain, Deventer-Boston, Kluwer.

Wellington-Winter (1970), *Structuring Collective Bargaining in Public Employment*, *Yale Law Journal*, p. 805.

Zoli (1992), *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, Cedam.

Zöllner (1983), *Arbeitsrecht. Ein Studienbuch*, III ed., München, Beck.

Una proposta in tema di conciliazione e arbitrato all'esame del CNEL

Antonio Martone

Sommario

1. Conciliazione e arbitrato nell'accordo tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del 25 gennaio 1990. **2.** La crisi del processo del lavoro come squilibrio tra domanda e offerta di giustizia. **3.** Le possibili (illusorie) misure per contenere la domanda di giustizia. **4.** La privatizzazione del rapporto dei pubblici dipendenti. **5.** Il disegno di legge governativo. **6.** La proposta all'esame del CNEL in tema di conciliazione e arbitrato; il tentativo obbligatorio di conciliazione. **7.** Il problema dell'arbitrato; le ragioni della sua scarsa utilizzazione. **8.** L'arbitrato irrituale e la decisione secondo equità. **9.** L'impugnabilità per la sola violazione di disposizioni inderogabili di legge. **10.** L'eliminazione del doppio grado di giudizio.

1. Conciliazione e arbitrato nell'accordo tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del 25 gennaio 1990.

IL 25 gennaio 1990 la Confindustria, da un lato, e le tre Confederazioni maggiormente rappresentative, dall'altro, nell'ambito di un accordo destinato ad avviare la trattativa, ancora oggi aperta, sul costo del lavoro, la struttura della retribuzione e i livelli contrattuali per prevenire a un nuovo modello di relazioni sindacali, assumevano espressamente l'impegno di ricercare "adeguati sistemi di conciliazione e arbitrato per la disciplina delle controversie di lavoro".

L'accordo (che sul punto ratificava un documento redatto "il 21 aprile 1989") non solo prevedeva l'introduzione di procedure di conciliazione come "condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria", ma disponeva espressamente che "le Commissioni paritetiche di conciliazione costituite presso le Associazioni industriali territoriali ... qualora constatino l'impossibilità di conciliare la lite" venissero "integrate da un componente designato dalle parti, avente funzione di arbitro" e ciò per "creare uno strumento duttile e direttamente disponibile che valorizzi il ruolo delle parti sociali".

"A tal fine — prosegue l'accordo — insorta la controversia, le parti richiederanno ai soggetti interessati il mandato a conciliare e a transigere, così da porre in essere una conciliazione o una transazione non impugnabile ex artt. 2113 cod. civ. e 410 e 411 cod. proc. civ."

Nella stessa sede era, infine previsto l'impegno delle parti sociali "a richiedere le relative modifiche della legge 533/73".

Prendendo lo spunto da tale accordo e più in generale da una diffusa tendenza tra gli operatori del diritto a "rivisitare" gli istituti della conciliazione e dell'arbitrato, nonché dalle novità in materia introdotte con la legge 11 maggio 1990 n. 108, all'interno della Commissione Informazione veniva presa l'iniziativa di elaborare lo schema di un disegno di legge in materia.

Tale iniziativa veniva proposta nella convinzione che il CNEL potesse essere la sede più adeguata per individuare — con la partecipazione dei rappresentanti di tutte le organizza-

La proposta di legge all'esame del CNEL
Antonio Martone

zioni presenti nell'organismo — le prospettate modifiche della legislazione vigente; e in tale prospettiva l'Assemblea deliberava “la presa in considerazione”.

Lo schema di disegno di legge successivamente redatto sulla base di un'ampia consultazione dei rappresentanti delle parti sociali, è stato approvato dalla Commissione Informazione e quindi sottoposto all'esame dell'Assemblea; dopo la discussione generale è stata accolta una richiesta di rinvio formulata dai rappresentanti di una Confederazione sindacale.

Ne è seguito un lungo rinvio determinato dalla fine della legislatura e dalla difficile situazione delle relazioni sindacali, nonché dall'intento di ricercare, con prudenza ma con tenacia, i punti per una convergenza la più ampia possibile.

La discussione oggi dovrebbe riprendere anche al fine di arrivare all'approvazione dello schema di disegno di legge contestualmente all'effettiva ripresa dei lavori parlamentari.

In questo quadro possono essere ripensate le ragioni che hanno ispirato l'iniziativa e hanno determinato le singole concrete proposte di modifica della disciplina vigente.

2. La crisi del processo del lavoro come squilibrio tra domanda e offerta di giustizia.

È ormai diffusa la consapevolezza che la causa prima della crisi della giustizia del lavoro va individuata nel progressivo accentuarsi dello squilibrio tra domanda e offerta di giustizia nel settore.

È indispensabile quindi — e lo hanno riconosciuto anche coloro che nelle diverse sedi hanno anche vivacemente criticato la proposta in discussione — creare le condizioni per realizzare un nuovo equilibrio.

In questa prospettiva e nel dichiarato intento di non incidere nella domanda, (ed evitare quindi il potenziamento degli istituti in esame) sono state formulate proposte per potenziare l'amministrazione della giustizia.

A mio avviso tali proposte, da un lato, peccano di astrattezza e, dall'altro sono inaccettabili. Va in primo luogo rilevato come la attuale situazione dell'amministrazione della giustizia nel suo complesso e, in particolare, le sempre più pressanti esigenze del processo penale rendano concretamente irrealizzabile, a breve e medio periodo, un reale potenziamento delle scarse risorse personali o materiali oggi destinate alla giustizia del lavoro.

Muovendo forse da questa constatazione e per uscire per c.d. dall'*impasse*, è stata proposta l'istituzione di giudici speciali (cui eventualmente affidare anche la trattazione delle controversie dei pubblici dipendenti).

Si tratta di una proposta inaccettabile e che, per altri aspetti, non appare idonea a risolvere il problema.

In un momento in cui da più parti e con sempre maggiore insistenza si tenta di mettere in discussione la posizione della magistratura nel nostro Paese, la creazione di giurisdizioni o, comunque, di giudici speciali può rivelarsi estremamente pericolosa per l'assetto istituzionale (ancora una volta il legislatore costituente nel vietare, all'art. 102, 2° comma della Costituzione, l'istituzione di “giudici straordinari o speciali” ha dimostrato tutta la sua saggezza!).

In ogni caso, poi, si porrebbe pur sempre il problema del reclutamento di un adeguato numero di giudici professionali.

Tele problema indubbiamente sarebbe superato se si adottassero soluzioni analoghe a quella offerta dai *conseils de prud'hommes* francesi, ma si tratta di una soluzione — affidamento della prima trattazione delle controversie a organismi paritari composti da giudici non professionali eletti dagli appartenenti ai diversi gruppi sociali — che va ben oltre la proposta in tema di conciliazione e arbitrato.

E sul punto non si può non richiamare la tenace opposizione da parte di alcuni organismi sindacali alla timida proposta — avanzata negli anni 72/73 — di inserire negli organi di giustizia componenti designati delle parti sociali.

Non si può pertanto — se si vuole restare sul piano della concretezza — prevedere che a breve o medio termine si possa intervenire adeguatamente sulla offerta di giustizia.

3. Le possibili (illusorie) misure per contenere la domanda di giustizia.

Di qui la necessità di ricercare forme di contenimento del contenzioso giudiziario. Su questa linea si è prospettata la possibilità di restringere l'ambito di applicazione del rito del lavoro, in primo luogo, modificando la formulazione del n. 3 dell'art. 409 c.p.c.

Il problema sollevato indubbiamente esiste, ma si pone in una prospettiva del tutto diversa. Una revisione della norma in esame, alla luce anche della interpretazione offertane dalla giurisprudenza, è sicuramente opportuna.

Si tratta, in primo luogo, di escludere dal suo ambito di applicazione tutti quei rapporti che non presentano in misura significativa quella dipendenza socio-economica che caratterizza la c.d. parasubordinazione ma non è questa la via per pervenire a un contenimento della domanda di giustizia; sicuramente superiore è, infatti il numero dei rapporti che a tale nozione dovrebbero essere ricondotti in occasione di una riforma legislativa.

Un esempio è estremamente significativo al riguardo: i rapporti dei soci con le cooperative di produzione e lavoro.

La vicenda è nota. Mutando il proprio precedente orientamento giurisprudenziale la sezione lavoro della Corte di cassazione aveva recentemente affermato l'applicabilità del rito del lavoro; con un decisione quasi contestuale le sezioni unite della Corte hanno ribadito il precedente orientamento.

La questione è attualmente all'esame della Corte Costituzionale ed è auspicabile che in questa sede possa trovare accoglimento l'opinione da tempo prevalente in dottrina.

In ogni caso in tal senso dovrebbe operare l'eventuale riforma legislativa che non potrà, inoltre, prescindere dal considerare come il ricorso a forme di lavoro caratterizzate da una effettiva parasubordinazione si vada sempre più diffondendo nel nostro sistema sia nel settore privato che in quello pubblico (si pensi, ad esempio, al settore della sanità).

Appare pertanto inevitabile un incremento anche notevole del relativo contenzioso.

4. La privatizzazione del rapporto dei pubblici dipendenti.

E un eccezionale moltiplicatore del contenzioso deve essere ravvisato anche nella prospettata riforma del rapporto di pubblico impiego.

Superando una iniziale avversione dovuta essenzialmente a considerazioni di carattere teorico e sistematico, ho progressivamente acquisito la convinzione della necessità della riforma.

Il problema essenziale è quello di eliminare nella determinazione del costo del lavoro il concorso di tre diversi fattori: la contrattazione collettiva, le leggi (o forse meglio le "leggine") speciali e l'estensione, in sede giurisdizionale e in applicazione in primo luogo del principio di parità, dei trattamenti favorevoli (o di privilegio) introdotti per singole categorie o gruppi di dipendenti.

Solo in tal modo è possibile evitare un processo di "osmosi delle rivendicazioni" e richiedere alle organizzazioni sindacali, in primo luogo in sede confederale, una politica rivendicativa compatibile con le esigenze dei settori più esposti alla concorrenza sul mercato comunitario e internazionale.

Una volta ricondotti alla sola sfera della contrattazione non solo la dinamica retributiva ma il complesso degli elementi che determinano il costo del lavoro, dovrebbe venir meno (salvo che per alcune ristrette sfere della amministrazione che implicano il diretto esercizio di funzioni pubbliche) la ragione giustificatrice della natura pubblica dei rapporti dei dipendenti e, di riflesso, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In altri termini, sotto la spinta della situazione economica generale, si sono create le condizioni per l'avvio di un processo che sembra destinato a sfociare nella c.d. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego.

La sua auspicabile gradualità (si potrebbe, ad esempio, iniziare dai settori dei grandi servizi come le poste e la sanità) non appare tale da impedire un progressivo rilevante incremento delle controversie affidate alla competenza del giudice del lavoro.

Anche la trasformazione della natura del rapporto opera, infatti, specie nella sua fase iniziale, come moltiplicatore del contenzioso; l'esperienza della prima applicazione della legge 210 del 1985 relativa alle Ferrovie dello Stato è estremamente illuminante al riguardo. È questo un problema che non può essere trascurato; al contrario va affrontato con tempestività e consapevolezza.

Esso impone coerenza all'atteggiamento delle organizzazioni sindacali (che pure della c.d. privatizzazione del pubblico impiego hanno fatto una sorta di condizione per la trattativa sul costo del lavoro e sulla struttura della retribuzione).

Nè sembra accettabile la soluzione contenuta nel disegno di legge in materia approvato dal Consiglio dei Ministri nel gennaio di quest'anno e che, pur realizzando la privatizzazione del rapporto, fa salva per un periodo di tre anni la giurisdizione amministrativa.

**La proposta di legge
all'esame del CNEL**

Antonio Martone

La proposta di legge all'esame del CNEL
Antonio Martone

La soluzione — anche se ispirata dal comprensibile intento di evitare un impatto che potrebbe essere paralizzante per la giustizia del lavoro in sede ordinaria — è inaccettabile e, per alcuni aspetti, di dubbia legittimità costituzionale.

Inaccettabile perchè non risolve il problema ma si limita a differirlo nel tempo; di dubbia legittimità costituzionale perchè la privatizzazione del rapporto e la conseguente configurabilità delle relative situazioni giuridiche come di diritto soggettivo fa venir meno ogni giustificazione della giurisdizione speciale e si risolve in una irrazionale (anche se temporanea) disparità di trattamento.

5. Il disegno di legge governativo.

Lo stesso disegno di legge già richiamato è, del resto, consapevole della necessità di introdurre forme di contenimento del contenzioso.

In tale prospettiva va valutata la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di procedibilità dei singoli giudizi, nonchè il prospettato intervento delle parti stipulanti ogni qual volta insorga una controversia collettiva sulla interpretazione del contratto.

Pur riconoscendo l'indubbio interesse che quest'ultima proposta presenta, deve rilevarsi come le misure indicate siano insufficienti.

Di qui la necessità di ricercare anche possibili soluzioni sul piano dell'arbitrato.

Per portare avanti con coerenza questo tentativo sono necessarie alcune premesse.

In primo luogo è necessario abbandonare una "vecchia" concezione del diritto del lavoro come complesso delle norme incentrate sulla tutela dei lavoratori occupati nella media e grande industria o, si potrebbe precisare oggi, di quelli occupati nei settori protetti cioè sottratti alla concorrenza.

Il diritto del lavoro deve abbandonare impostazioni dogmatiche, misurarsi con le regole della economia, ampliare i suoi orizzonti, affrontare, in primo luogo il problema dei lavoratori in cerca di occupazione. Su questo piano una funzione essenziale può e deve essere svolta dall'autonomia collettiva.

E lo stesso auspicato potenziamento della conciliazione e dell'arbitrato in sede sindacale vanno considerate, non solo come misure di deflazione dal carico giudiziario, ma anche e soprattutto come istituti di completamento dell'ordinamento intersindacale; il problema, infatti, non è soltanto quello della stipula ma anche quello della amministrazione e della gestione dei contratti collettivi.

6. La proposta all'esame del CNEL in tema di conciliazione e arbitrato; il tentativo obbligatorio di conciliazione.

Alla luce di queste premesse può essere esaminata la proposta all'esame del CNEL che, giova precisarlo, tenta di realizzare un difficile equilibrio tra le divergenti posizioni delle parti sociali e porta, quindi, in sè le carenze che caratterizzano ogni soluzione di compromesso (onde sarebbe ingeneroso fare di tale testo l'oggetto di esercitazioni teoriche e astratte, se non contrassegnate da scelte ideologiche di fondo).

Il commento è agevole per quanto riguarda l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità nel giudizio.

Già oggi è previsto un tentativo di conciliazione che il giudice deve obbligatoriamente espletare nella fase iniziale del giudizio (salva la facoltà di riproporlo successivamente ogni qual volta ne ravvisi l'opportunità).

L'istituto, peraltro, non ha dato gli esiti sperati soprattutto perchè interviene quando i rapporti tra le parti, attraverso la predisposizione del ricorso e della comparsa di risposta, si sono per c.d. "irrigiditi"; ne deriva che nella maggior parte dei casi le liti conciliate in sede giudiziaria sono quelle che fin dall'inizio avrebbero potuto essere evitate agevolmente (e non sono rari i casi in cui viene instaurato il giudizio al solo fine di poter consacrare in un atto formale un accordo transattivo già raggiunto in precedenza). Ora, con riferimento a queste ipotesi, il lungo tempo intercorrente tra il deposito del ricorso introduttivo e l'udienza di trattazione (i termini previsti dalla Legge n. 533 del 1973 difficilmente possono essere rispettati a causa del gran numero dei procedimenti che sopravvengono) si risolve in un pericoloso differimento della soluzione nella lite.

Per altro aspetto, anche se poi conciliata, la controversia, incide negativamente sulla funzionalità degli uffici per gli oneri di carattere amministrativo che comunque l'instaura-

zione de giudizio comporta (senza considerare che il giudice deve, comunque “studiare la causa” in vista dell’udienza di trattazione).

Per queste ragioni, tenendo conto della soluzione già accolta dall’art. 5 della legge 11 maggio 1990 n. 108, si è ritenuto opportuno anticipare il tentativo obbligatorio di conciliazione ad un momento anteriore all’instaurazione del giudizio nella convinzione che esso possa svolgere, anche attraverso una transazione parziale, un’utile funzione di filtro, in ipotesi contribuendo a una delimitazione dell’oggetto del futuro giudizio.

Per evitare che il detto espletamento possa ritardare in misura rilevante la trattazione del giudizio e porre, pertanto, problemi di legittimità costituzionale, si è previsto che il tentativo deve avvenire entro un termine particolarmente breve (30 giorni) trascorso il quale il giudizio diviene comunque procedibile (il detto tentativo, del resto, può anche essere espletato nel periodo intercorrente tra il deposito del ricorso e la prima udienza di trattazione).

La espressa previsione che la richiesta interrompe la prescrizione e impedisce ogni decadenza, nonché la riconosciuta facoltà di richiedere i provvedimenti cautelari anche in una fase anteriore, dovrebbero, infine, garantire la piena tutela dei diritti.

Le sedi presso le quali la conciliazione deve essere tentata rimangono le tradizionali (quella sindacale e quella dell’ufficio provinciale del lavoro).

Vorrei sottolineare l’importanza della sede sindacale, non soltanto in considerazione del concreto modo di funzionamento di quella amministrativa in alcune zone d’Italia, ma anche perchè una effettiva presenza delle associazioni sindacali nella fase che precede il giudizio può agevolare la loro attività di gestione dei contratti collettivi e offrire utili indicazioni in sede di rinnovo (quante controversie trovano la loro origine nella equivoca formulazione di clausole automaticamente riprodotte nei contratti che si sono succeduti nel tempo!).

Con queste precisazioni e in questi limiti credo che si possa introdurre uno strumento utile e forse non soltanto per il contenimento del contenzioso.

Ma non credo ci si possa limitare a questo. I dati indubbiamente positivi che emergono anche dalla ricerca svolta dal CNEL sulla prima applicazione dell’art. 5 della Legge n. 108 del 1990 non devono ingenerare illusioni e fornire una sorta di alibi a chi si oppone ad ulteriori soluzioni.

Il gran numero di conciliazioni (in relazione anche alle ancora rare ipotesi di ricorso al giudice in materia), si spiega infatti con la scarsa rilevanza economica dell’oggetto della controversia; è evidente che quando tra le parti si controverte esclusivamente in ordine al numero delle mensilità di retribuzione da attribuire al lavoratore licenziato ingiustificatamente, entrambe le parti possano essere indotte a preferire una soluzione immediata e tale da evitare ogni ulteriore indagine in ordine alle cause del licenziamento.

Nè si deve trascurare di considerare la “prudenza” dell’atteggiamento dei sindacati che non hanno ancora, a mio avviso, utilizzato tutte le potenzialità introdotte dalla legge n. 108.

7. Il problema dell’arbitrato; le ragioni della sua scarsa utilizzazione.

Se si fa riferimento, invece, al contenzioso del lavoro nel suo complesso e si tiene, altresì, conto dell’esperienza degli altri paesi con un sistema sociale ed economico simile al nostro, credo che il problema dell’arbitrato non possa essere accantonato.

Per evitare ogni possibile equivoco devo precisare subito che *la proposta all’esame del CNEL non introduce forme di arbitrato obbligatorio*. Il testo dell’art. 412 *ter* così come formulato fa chiaro riferimento (vedi lett. a) alla facoltà della parte di aderire alla richiesta di devoluzione della controversia al collegio arbitrale. Nella relazione che accompagna la proposta è poi detto chiaramente che “allo stato sembra preferibile limitarsi ad offrire, *senza incidere sulla facoltà dell’interessato di adire direttamente il giudice, uno strumento alternativo di soluzione delle controversie*”.

È vero che qualcuno nel corso dei lavori, ha sostenuto una diversa soluzione e, facendo anche riferimento al “Protocollo IRI”, ha prospettato la possibilità di subordinare l’esercizio di taluni diritti di origine esclusivamente contrattuale all’obbligatorietà dell’arbitrato.

Ma la proposta non è stata accolta. Non credo che i tempi siano maturi per una innovazione di questo tipo.

Eguale si è mantenuta un’altra delle condizioni alle quali è oggi subordinata la possibilità di ricorrere all’arbitrato: la espressa previsione in sede di contratto e accordo collettivo di lavoro.

È vero che la legge n. 108/90 ha eliminato tale condizione (probabilmente in considerazione

**La proposta di legge
all’esame del CNEL**
Antonio Martone

**La proposta di legge
all'esame del CNEL**
Antonio Martone

anche della scarsa "sindacalizzazione" del settore nel quale è destinato ad operare); ma credo che una generalizzazione della soluzione non sia da condividere; in primo luogo perchè i limiti alla impugnabilità che si intende introdurre possono trovare una sorta di compensazione proprio nella previsione in sede sindacale dell'istituto.

Così ribadite le due tradizionali condizioni per la ammissibilità dell'arbitrato in materia di lavoro nel nostro ordinamento, si è tentato di individuare le ragioni per le quali l'istituto, se si escludono alcuni ristretti settori, ha trovato rarissima applicazione.

Ora il ricorso all'arbitrato rituale è scoraggiato, oltre che dalla complessità della procedura prevista negli artt. 806 e ss. cod. proc. civ., dalla espressa previsione della impugnabilità del lodo anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi, nonché dal divieto per le parti di autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità o di dichiarare comunque il lodo non impugnabile.

Analoga considerazione rende praticamente inutilizzabile anche il ricorso all'arbitrato irrituale così come disciplinato dall'art. 5 della Legge n. 533 del 1973. Anche in questo caso la invalidità del lodo e quindi la sua impugnabilità può derivare dalla violazione di disposizioni inviolabili oltre che di legge anche di contratto o accordo collettivo. La relativa impugnazione, inoltre, può essere proposta con qualsiasi atto scritto anche stragiudiziale purchè idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore (ai sensi del richiamato 3° comma dell'art. 2113 cod. civ. come modificato la legge n. 533 cit.).

Tale disciplina non offre alcuna garanzia in ordine alla definitiva soluzione della controversia in sede arbitrale e implica il protrarsi nel tempo (fino alla maturazione dei termini di prescrizione dei diritti controversi) della situazione di incertezza rendendo preferibile il ricorso al giudice, in ipotesi anche con una azione di accertamento negativo da parte del datore di lavoro (la stessa cumulabilità della rivalutazione e degli interessi legali al 10% spinge oggi il datore di lavoro a cercare di ottenere entro un breve termine una definitiva soluzione della controversia).

È evidente, pertanto, che se si vuole rendere l'arbitrato uno strumento effettivamente utile, si deve intervenire su questi aspetti della disciplina per assicurare una maggiore stabilità al lodo ponendo limiti alla possibilità di impugnazione.

8. L'arbitrato irrituale e la decisione secondo equità.

In questa prospettiva si è ritenuto di intervenire soltanto sulla vigente disciplina dell'arbitrato irrituale.

In primo luogo perchè, stante il tassativo divieto posto dall'art. 806 cod. proc. civ., è in questo ambito che, a partire dall'accordo interconfederale del 1947 sulle Commissioni interne, si è manifestata una (limitata) esperienza sindacale.

L'arbitrato irrituale, inoltre, per la libertà delle forme che lo caratterizza, meglio si presta ad essere disciplinato nei suoi aspetti strutturali dall'autonomia collettiva (v. art. 5 dello schema di disegno di legge).

Va infine considerato che il lodo nell'arbitrato irrituale costituisce un atto di disposizione negoziale degli interessi delle parti onde è più agevole introdurre dei limiti alla sua impugnabilità.

Sul punto, peraltro, va fatta una premessa.

Come dimostra l'ampio dibattito ancora aperto in dottrina, la tradizionale distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, anche dopo la riforma della legge 9 febbraio 1983, mal si presta a un esatto inquadramento delle figure arbitrali già oggi previste in materia di lavoro (e forse non è un caso che l'art. 7 della legge n. 300 del '70 e l'art. 5 della legge n. 108 del '90 non contengono alcuna espressa qualificazione degli arbitrati ivi previsti).

Muovendo da questa constatazione e nella convinzione di poter e dover compiere soltanto un primo passo per il potenziamento dell'istituto, si sono sacrificate esigenze di esatto inquadramento sistematico proponendo quei correttivi alla disciplina vigente che possono svolgere una funzione incentivante.

Del resto da tempo in dottrina è stato rilevato come una procedimentalizzazione in sede negoziale dell'arbitrato (si pensi a quello previsto per i dirigenti di aziende industriali) e l'attribuzione al lodo di una efficacia esecutiva non sono incompatibili con la natura irrituale (o se si vuole dispositiva) dell'arbitrato medesimo.

Queste considerazioni hanno consentito di prevedere la possibilità che le parti di comune accordo chiedano agli arbitri di decidere secondo equità con la conseguente non impugnabilità del lodo.

È pur vero che la prevalente dottrina ravvisa una incompatibilità tra arbitrato irrituale e decisione di equità (che appartarrebbe per sempre al momento “del giudizio” tipico dell’arbitrato rituale), ma non credo che si sia in presenza di un principio insuperabile per il legislatore.

L’ordinamento conosce già casi in cui le parti possono rimettere ad un terzo la determinazione “con equo apprezzamento” del contenuto dell’attività negoziale (vedi art. 1349 c.c.); in ogni caso si è già rilevato come siano ravvisabili altre figure in cui si fondono elementi propri dei due tipi di arbitrato.

**La proposta di legge
all’esame del CNEL**
Antonio Martone

9. L’impugnabilità per sola violazione di disposizioni inderogabili di legge.

Sempre al fine di assicurare una (relativa) stabilità al lodo arbitrale ne viene limitata la invalidità, e quindi la impugnabilità, alla sola violazione di disposizioni inderogabili di legge e non anche di accordi e contratti collettivi (come oggi previsto dall’art. 5 della legge n. 533 del 1973).

Tale proposta, nella parte in cui si risolve nella non impugnabilità del lodo per violazione di norme di legge non inderogabili, è stata oggetto di critiche anche sul piano tecnico-giuridico. Sarebbe agevole replicare a queste ultime osservando che il riferimento alle sole “disposizioni inderogabili di legge” è già contenuto negli artt. 4 e 5 della legge n. 533/73 e che la proposta all’esame del CNEL si è limitata a sopprimere il riferimento alla violazione dei contratti o accordi collettivi come causa di invalidità del lodo.

Anche per cercare di superare ogni possibile resistenza l’argomento va approfondito.

Va premesso che la modifica si muove sullo stesso piano del richiamato art. 5 e riguarda, pertanto, il contenuto del lodo arbitrale irrituale e non gli eventuali vizi nella sua formazione o la mancanza delle condizioni e dei presupposti per farvi ricorso (i relativi problemi vanno, infatti, risolti in applicazione dei principi generali).

Ne deriva che, una volta esclusa la obbligatorietà dell’arbitrato (v. *retro* par. 7) e, precisato il suo carattere negoziale, il problema è esclusivamente di limiti alla autonomia negoziale e non coinvolge, pertanto, i principi sanciti dall’art. 24, 2° comma e 111, 2° comma della Costituzione. E come il legislatore ha potuto stabilire la non impugnabilità delle rinunzie e delle transazioni (se stipulate in sede sindacale, amministrativa o davanti al giudice) egualmente è pur possibile che l’impugnabilità sia limitata quando il potere di disposizione non sia esercitato direttamente dalla parte ma conferito ad un terzo soggetto.

Si tratta di una scelta che il legislatore può operare entro i limiti di ragionevolezza e non credo che tali limiti possano ritenersi superati una volta che il potere di disposizione attribuito al terzo, e da esercitare in sede sindacale, sia circoscritto ai diritti di fonte negoziale o comunque non derivanti da norme inderogabili di legge.

In relazione poi alla prospettata difficoltà di individuare in relazione al contenuto di determinati diritti l’origine legislativa e quella negoziale, pur non sottovalutando il problema, si deve rilevare come tale individuazione non sia impossibile se la stessa viene operata ogni qual volta si ricorre davanti alla Corte di Cassazione (e analogo problema, del resto, si poneva per la impugnazione delle rinunzie e delle transazioni prima della modifica introdotta con la legge n. 533/73).

Più in generale, poi, l’arbitrato in sede sindacale appare la sede più idonea alla soluzione dei problemi di interpretazione e applicazione del contratto collettivo in coerenza con il potenziamento dell’autonomia collettiva da più parti auspicata.

10. L’eliminazione del doppio grado di giudizio.

La previsione di un termine ragionevolmente breve (30 giorni dalla comunicazione del lodo) per proporre l’impugnazione e la precisazione che quest’ultima deve avvenire in sede giurisdizionale, mirano ad evitare il protrarsi di una situazione di incertezza e a incentivare il ricorso all’arbitrato. E nello stesso senso operano anche la limitazione a un solo grado del giudizio di merito, nonché la insindacabilità in questa sede degli accertamenti di fatto e delle relative valutazioni operate dal collegio arbitrale.

In tal modo anche in caso di impugnazione del procedimento disincentivano il ricorso all’arbitrato.

**La proposta di legge
all'esame del CNEL**
Antonio Martone

Si vuole soltanto consentire, a chi lo ritiene opportuno di effettuare una sorta di scommessa sulla validità dell'istituto.
Per gli scettici rimane salda la facoltà di ricorrere direttamente e in ogni caso alla giurisdizione statale.

Fonti collettive e differenziazioni normative tra lavoratori *

Laura Castelvetti

Sommario

1. Inquadramento dei lavoratori e parità di trattamento: la recente ripresa di un antico dibattito. **1.1.** L'implicazione reciproca tra contrattazione degli inquadramenti e gestione organizzativa dell'impresa. **2.** La competenza in materia di inquadramento. Il quadro legale. **2.1.** Le norme del codice civile: artt. 2095, 2071 e 96 disp. att. c.c. **2.2.** La Costituzione: l'art. 36. **2.3.** L'art. 13 dello Statuto e la formula generale dell'equivalenza come riconoscimento indiretto della competenza collettiva in tema di classificazioni. **3.** Autonomia collettiva e parità di trattamento nel ragionamento "sistematico" della Corte costituzionale. **3.1.** Modificazione o consolidamento del "diritto vivente"? **3.2.** La rilevanza del "caso" concreto. La contrattazione collettiva come limite dialettico all'arbitrio imprenditoriale. **4.** Precetti generali e limiti specifici all'arbitrio imprenditoriale e all'autonomia collettiva. Rinvio. **4.1.** Precetti generali: tutela del lavoro ed elevazione morale e professionale dei lavoratori. **4.2.** Precetti generali: proporzionalità e sufficienza della retribuzione. **4.3.** Limiti specifici: il rispetto della dignità umana come regola valida anche nei rapporti fra privati. **4.4.** Limiti specifici: i divieti di discriminazione. **5.** L'equazione presuntiva tra sindacalizzazione degli inquadramenti e non arbitrarietà della loro gestione da parte dell'imprenditore. **5.1.** Gli stereotipi giurisprudenziali del comportamento corretto: ragionevolezza e valida giustificazione dei motivi di differenziazione. Spunti di continuità con la giurisprudenza ordinaria. **5.2.** *Segue.* Trasparenza dei motivi e possibilità di controllo. **6.** Operatività dei limiti nei confronti di ogni previsione astratta e generale in tema di inquadramenti retributivi. Conseguenze della loro inosservanza. Rinvio. **6.1.** Spunti giurisprudenziali sulla configurabilità di un dovere di corretta rappresentanza per le organizzazioni sindacali. **6.2.** Correttezza e buona fede del sindacato. La fattispecie sindacale come contratto plurilaterale di organizzazione. **6.3.** Trascuratezza, irrazionalità, incoerenza delle clausole collettive sui criteri di inquadramento. **6.4.** L'implicazione reciproca tra i limiti del potere imprenditoriale e il dovere di corretta rappresentanza in materia di inquadramenti. **7.** Riepilogo conclusivo.

1. Inquadramento dei lavoratori e parità di trattamento: la recente ripresa di un antico dibattito.

La sentenza 103/1989 della Corte costituzionale (in *RIDL*, 1989, II, 389) ha offerto lo spunto e la giustificazione per alcune pronunzie giudiziarie (cfr., specialmente, Cass. 947 e 1888/1989, in *FI* 1990, I, cc. 827 e 826 con nota di Amoroso) che hanno riaperto il dibattito

note

(*) I contributi di Laura Castelvetti, Anna Alaimo, Antonio Viscomi, Franco Toffoletto e Paola Bellocchi qui pubblicati, riproducono le relazioni introduttive e gli interventi presentati al primo Seminario di Diritto delle Relazioni industriali, tenutosi a Napoli il 27 marzo 1992 su iniziativa congiunta delle Università di Milano e Napoli con la collaborazione dell'ALAR. La relazione di Gino Spagnuolo Vigorita per precedenti impegni editoriali non ha potuto essere pubblicata in questa sede.

Fonti collettive e parità di trattamento

Laura Castelvetti

su una questione cruciale del diritto del lavoro: si è ritenuto, infatti, di poter desumere dalle espressioni della sentenza costituzionale, il riconoscimento di un principio generale di parità di trattamento dei lavoratori che si imporrebbe non solo all'imprenditore, ma anche all'autonomia sindacale e in forza del quale il giudice ordinario potrebbe addirittura correggere i criteri di inquadramento dei contratti collettivi.

La polemica sull'esistenza e operatività di un tale principio interviene, fra l'altro, in una situazione di fatto particolarmente fluida, nella quale l'internazionalizzazione dei mercati, l'introduzione di nuove tecnologie, nonché l'impostazione nettamente meritocratica delle più recenti strategie di gestione del personale, hanno profondamente inciso sui moduli organizzativi delle imprese e sulla stessa struttura del mercato del lavoro: tutti fattori che hanno rimesso in discussione consolidate gerarchie di valori professionali, determinando contrapposizioni di interesse fra i lavoratori favoriti e quelli penalizzati dalle novità del mondo produttivo.

A fronte di queste inedite situazioni di debolezza o di sotto-rappresentazione, il sindacato, nel tentativo di comporre gli interessi segmentati e spesso confliggenti della base, ha dovuto sperimentare strategie differenziate di non facile coordinamento, suscitando tuttavia molte incomprensioni o vere contestazioni (Maresca, 1985, p. 687 ss.; Duina, 1991, p. 13; Della Rocca, 1991, p. 9; Bellardi, 1991, p. 3; Barbera, 1991, p. 79 ss.).

In questo scenario ancora per molti aspetti indecifrabile e in movimento, appare significativo proporsi l'individuazione dei termini normativi e giurisprudenziali alla luce dei quali definire quali siano i poteri e i limiti dell'autonomia collettiva nella negoziazione dei sistemi di classificazione e inquadramento poiché è soprattutto dai criteri cui essa si ispira che derivano quelle differenziazioni di trattamento normativo sulle quali potrebbe ripercuotersi l'effetto correttivo o invalidante dell'ipotizzato principio di parità.

1.1. L'implicazione reciproca tra contrattazione degli inquadramenti e gestione organizzativa dell'impresa.

Ogni trasformazione del mondo produttivo e dei suoi moduli organizzativi non solo produce le conseguenze sopra menzionate, ma scompagina altresì i sistemi classificatori esistenti, poiché crea o rende necessarie posizioni di lavoro nuove, dotate di contenuti professionali diversi e talvolta inclassificabili secondo i criteri precedenti: quindi riflette direttamente o indirettamente i propri effetti anche sulla politica rivendicativa delle organizzazioni sindacali, istituzionalmente delegate ad esprimere e ricomporre aspirazioni e conflitti fra i lavoratori che rappresentano (Zoccatelli, 1987, p. 137; Liso, 1987, p. 54).

D'altro canto i sistemi collettivi di inquadramento, che sono il contingente risultato di quelle strategie, costituiscono a loro volta un fattore di condizionamento dei poteri organizzativi e gestionali che fanno funzionare le aziende: la predeterminazione globale delle categorie contrattuali (Giugni, 1975, p. 547), che raggruppa e classifica le mansioni necessarie o semplicemente quelle esistenti sul mercato, fissando il trattamento dei lavoratori che le svolgeranno in concreto, è, in sostanza, nient'altro che un patto fra le parti collettive (Garilli, 1988, p. 38; Veneto, 1974, p. 77) che legittima una determinata politica di gestione del personale; in base ad esso il singolo imprenditore conforma le proprie scelte, preventivando non solo i costi del fattore lavoro, ma anche le combinazioni organizzative possibili in forza dell'accordo raggiunto in sede collettiva.

Gli inquadramenti collettivi influenzano ogni spostamento orizzontale o verticale nell'organigramma aziendale, dal momento che il giudice fa riferimento alle gerarchie e alle equivalenze convenzionali come parametro di legittimità di specifici atti imprenditoriali nell'amministrazione dei rapporti di lavoro; essi condizionano quindi le promozioni, le assegnazioni a nuove mansioni e costituiscono il presupposto stesso delle differenziazioni o parificazioni di trattamento fra lavoratori adibiti a mansioni il cui valore economico-professionale viene espressamente indicato nei contratti collettivi (così, fra tante, Cass. 12 gennaio 1983, n. 217, in *NGL*, 1983, p. 144).

Del resto, la fissazione in via generale ed astratta di classi, categorie e livelli, nonché dei trattamenti economico-normativi corrispondenti si sottrae per definizione alla trattativa interindividuale fra l'imprenditore e il singolo lavoratore. Proprio perché l'inquadramento è il frutto di un sistema complesso, strutturato secondo regole di coerenza interna che incasellano le mansioni in una gerarchia articolata, e poiché esso presuppone e al contempo condiziona un'attività produttiva a sua volta organizzata, la contrattazione in materia non può che realizzarsi in contraddittorio con l'ente esponenziale dei lavoratori e non con ciascuno di essi; con un soggetto, in sostanza, che conosca e rappresenti tutte le posizioni di

lavoro ipotizzabili, necessarie o esistenti e gestisca globalmente i vari conflitti che possono determinarsi fra i potenziali titolari, secondo criteri di selezione e sacrificio dei rispettivi interessi, predefiniti, almeno in linea di principio, col concorso di tutti (spunti in tal senso in Maresca, 1985, p. 728).

In definitiva, un sistema organico di classificazione o viene deciso unilateralmente dall'imprenditore, e presumibilmente in coerenza con i suoi esclusivi interessi, o viene contrattato collettivamente, mediante prese di posizione che contemperano gli interessi dell'organizzazione produttiva e quelli dei lavoratori; ma non sarà possibile al singolo contrapporre all'imprenditore una consapevole, prima ancora che efficace, prospettiva panoramica di codeterminazione della materia. Essa si colloca, quindi, in quegli interstizi irraggiungibili dall'autonomia individuale delle parti del rapporto di lavoro, con riferimento ai quali è evidentissima l'esistenza, e la non frazionabilità, di un interesse collettivo dei lavoratori nonché l'ineluttabilità di una sua gestione esclusivamente sindacale (o "accorpata," per Dell'Olio, 1980, pp. 50, 116, 122, 272, 302, 303).

Altra cosa è naturalmente il *diritto* che al singolo deriva dallo svolgimento di determinate mansioni e che, proprio in ragione del sistema generale di inquadramento contrattato sindacalmente, si configura, per l'ordinamento, come diritto ad acquisire una certa posizione di quel sistema.

L'indivisibilità degli interessi dei lavoratori coinvolti nel processo di classificazione è conseguenza diretta di un dato strutturale del lavoro nell'impresa, nella quale vengono "organizzate" dall'imprenditore, insieme agli altri fattori, molteplici e differenziate professionalità. Il nostro ordinamento, com'è noto, non attribuisce all'organizzazione di lavoro connotati istituzionalistici, né intende rimuovere, come nel precedente regime, le contrapposizioni di interesse che ne derivino in nome di interessi superiori a quelli dell'imprenditore e dei suoi dipendenti; consente invece che esse trovino sbocco nella dialettica contrattuale, anche se, in certi casi, l'unica via di composizione dei conflitti derivanti dall'organizzazione del lavoro è quella della codeterminazione sindacale.

In particolare, *l'interesse* del singolo ad acquisire una certa posizione all'interno di un sistema classificatorio generale non solo, come s'è detto, non è perseguibile in concreto sul piano atomistico, ma, addirittura, non è in sé configurabile prima o indipendentemente dalla determinazione astratta del sistema. Tale interesse acquista, invece, una compiuta rilevanza solo nella logica relazionale che collega fra loro tutte le posizioni classificate o astrattamente classificabili nel sistema di inquadramento, sublimandosi nell'interesse collettivo a codeterminarne la fisionomia secondo criteri complessivamente accettabili. La peculiare natura di questo interesse e la sua indivisibilità rispetto a quelli di tutti i lavoratori coinvolti, dunque, "comporta ... *di per sé* l'esigenza di una gestione unitaria e accorpata" (Dell'Olio, 1980, p. 302), anche a prescindere dalla espressa previsione normativa di una competenza sindacale in merito.

La strutturale pertinenza della materia alla logica delle negoziazioni collettive, come unica alternativa ad una sua gestione unilaterale, segnala l'implicazione reciproca tra i criteri sindacali di classificazione e le scelte organizzative dell'imprenditore (così, in parte, Missione, 1987, pp. 158-159), ma rende evidenti anche i limiti, per così dire politici, di eventuali accordi sindacali che si rivelino inadeguati a consentire l'impiego flessibile delle professionalità in una certa organizzazione del lavoro: il rigore dei criteri collettivi di classificazione, mentre di solito ha l'effetto di sollecitare la creatività organizzativa e tecnologica delle imprese, oltre un certo limite, finisce per depotenziare il ruolo del sindacato e ne provoca l'esclusione, magari surrettizia, dalla gestione consensuale dell'organizzazione del lavoro (si veda Pret. Roma 22 marzo 1990, in *RIDL*, 1991, I, p. 755, con note di Castelvetri e Zambelli). Ciò si è verificato sempre più spesso a partire dagli anni '80 come conseguenza di una politica sindacale delle classificazioni — inaugurata a suo tempo con l'inquadramento unico — i cui meriti originari si sono affievoliti, mentre si sono accentuati alcuni suoi effetti perversi, dovuti alla combinazione fra gli automatismi di carriera e la sottovalutazione del merito e della professionalità dei lavoratori.

Al puro e semplice scavalco del sindacato è seguita una accentuazione della prassi delle negoziazioni a livello individuale, benché, per i motivi denunciati, esse non possano riguardare i criteri generali delle classificazioni, ma solo specifici prospettive economiche o di carriera del singolo lavoratore.

**Fonti collettive e parità
di trattamento**
Laura Castelvetri

Fonti collettive e parità di trattamento

Laura Castelvetti

2. La competenza in materia di inquadramento. Il quadro legale.

Se dunque i sistemi di classificazione dei lavoratori costituiscono una variabile organizzativa basilare per l'impostazione di qualsiasi progetto globale di gestione dell'impresa, va chiarito quali siano, sul piano giuridico, i rapporti reciproci fra le prerogative derivanti dalla libertà di iniziativa economica e i poteri della contrattazione collettiva in tema di inquadramento. L'ordinamento non solo ammette la negoziabilità della materia — come di tutte quelle che attoniscono alle modalità di esercizio di prerogative imprenditoriali — ma soprattutto esclude, in via generale, la “prospettività ... di divieti di legge, che urterebbero, insieme, contro gli artt. 39 e 41 cost.” (Dell'Olio, 1980, p. 302); lo stesso ordinamento, semmai, prefigura quella sorta di implicazione reciproca tra le due libertà, di cui sopra si diceva e sulla quale si tornerà a riflettere, per dare spiegazione di alcune argomentazioni contenute nella sentenza n. 103/1989.

Ma sempre dall'ordinamento, oltre a questi rilievi di valore solo negativo, possono desumersi indicazioni più univoche e prescrittive in ordine alla individuazione dei soggetti competenti a contrattare gli inquadramenti: vi sono, infatti, alcune disposizioni che, nel delineare i confini entro i quali la contrattazione collettiva può muoversi per collegare professionalità e trattamenti normativi, implicitamente ne confermano la competenza.

Fra le norme da prendere in considerazione, per inferirne argomenti esplicativi, vi sono l'art. 2095 c.c., particolarmente nella sua versione novellata dalla legge 190/1985, gli artt. 96 disp. att., 2071 e 2103 c.c., nonché l'art. 36 della Costituzione.

2.1. Le norme del codice civile: artt. 2095, 2071 e 96 disp. att. c.c.

Un indubbio riconoscimento della competenza sindacale nella individuazione dei criteri classificatori viene dall'art. 2095, II comma c.c., il quale rimanda alla contrattazione collettiva la definizione dei requisiti di appartenenza alle categorie dei dirigenti, degli impiegati e degli operai.

Il rilievo è ancora più convincente dopo l'integrazione della norma ad opera della legge 190/1985 (Ichino, 1992, p. 252; Garilli, Tosi, 1987, p. 104), la quale ha prefigurato la nozione legale della nuova categoria dei quadri solo in termini generali, rinviando la sua specificazione, in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura organizzativa dell'impresa (Garilli, 1987, p. 89, nt. 47 e p. 97 ss.), agli accordi nazionali e aziendali (art. 2, II comma). L'art. 6 della stessa legge 190 poi, addirittura allarga la competenza sindacale, poiché la legittima ad individuare condizioni anche meno favorevoli di quelle legali per l'acquisizione definitiva del diritto alle mansioni di quadro o di dirigente.

Si è rilevato però (ancora Ichino, 1992, pp. 266-267), — qualora se ne voglia tuttora riconoscere l'operatività con riguardo alla contrattazione di diritto comune — che una sorta di limitazione alla determinazione collettiva dei criteri di inquadramento potrebbe desumersi dagli articoli 2071 e 96 disp. att. c.c., i quali, pur confermando il principio, impongono tuttavia una necessaria connessione dei criteri classificatori con le mansioni, cioè con la professionalità oggettiva: infatti “Il contratto collettivo”, secondo l'art. 2071, “deve ... indicare *le qualifiche e le rispettive mansioni* dei prestatori di lavoro appartenenti alla categoria cui si riferisce la disciplina collettiva”, mentre, per l'art. 96 disp. att., “Il prestatore di lavoro assume il grado gerarchico corrispondente alla qualifica e alle mansioni”.

Pur non contenendo riferimenti che escludano la legittimità di altri criteri, basati su dati estranei alla professionalità oggettiva — come ad esempio quelli che valorizzano le potenzialità professionali, i titoli di studio, l'anzianità di servizio, i carichi familiari e simili — certamente le due norme vincolano l'autonomia collettiva ad adottare parametri di classificazione e trattamento che non misconoscano completamente le mansioni: a loro stregua, dunque, dovrà considerarsi illegittima sia l'adozione di *sistemi del tutto arbitrari*, sia quella di criteri d'inquadramento retributivo esclusivamente *basati su circostanze estranee all'effettivo contenuto professionale* delle mansioni.

Una lettura evolutiva dell'art. 96 e più omogenea all'attuale contesto normativo consente, fra l'altro, di espungere dalla norma il suo significato più direttamente collegato alla struttura gerarchica dell'impresa corporativa e di salvarne al contempo la portata prescrittiva: l'espressione ivi utilizzata dal legislatore, secondo la quale “le qualifiche... possono essere raggruppate per gradi secondo la loro *importanza* nell'ordinamento dell'impresa”, consente che le classificazioni collettive tengano conto, oltreché del contenuto delle man-

sioni, anche della loro importanza o *utilità* o *pregio*, secondo l'organizzazione specifica dell'impresa, legittimando quindi anche l'adozione di criteri classificatori aggiuntivi (qualche spunto in tal senso in Cass. 5 gennaio 1983, n. 47, in *FI*, 1983, I, c. 34 e in Pret. Lecce, 28 dicembre 1981, in *FI*, 1982, I, c. 1018, con nota di Mazzotta).

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetri

2.2. La Costituzione: l'art. 36.

Dall'art. 36 della Costituzione deriva un vincolo più stringente nel senso indicato, che ha peso ben maggiore nella ricostruzione del quadro di compatibilità normative in cui può svolgersi l'autonomia collettiva in tema di classificazioni. La norma, si è notato (Ichino, 1992, p. 267), "arricchisce... il principio desumibile dal codice, sancendo il necessario *proporzionamento* del trattamento del lavoratore alla quantità e qualità del suo lavoro. Se l'inquadramento è, per definizione, la suddivisione dei lavoratori in categorie in funzione della determinazione del loro trattamento, dall'art. 36 Cost. può trarsi direttamente non soltanto la regola per la quale i sistemi contrattuali di inquadramento devono essere riferiti al contenuto delle mansioni, ma anche la regola ulteriore per la quale i sistemi stessi devono essere finalizzati ad una *commisurazione* dei trattamenti alla quantità e qualità della prestazione lavorativa".

Ad integrazione di tale ragionamento si può osservare che il precetto costituzionale non aggrava la proporzionalità quantitativa e qualitativa alla *prestazione* pura e semplice (così Ichino, 1992, loc. cit.), e dunque esclusivamente alle mansioni oggettivamente considerate, ma, invece, attribuisce al lavoratore il diritto ad una retribuzione proporzionata "alla quantità e qualità del suo *lavoro*". Espressione, quest'ultima, da intendersi in senso ampio e cioè comprensiva non solo della prestazione oggettiva, ma anche delle qualità soggettive del lavoratore, delle sue potenzialità professionali, eventualmente espresse da titoli di studio o da esperienze precedenti: ciò che apre la via, per i sistemi classificatori, a un apprezzamento del valore economico e dell'utilità che, sul mercato, quel certo "lavoro" può avere per l'impresa, nel ricordato significato evolutivo dell'art. 96 disp. att. c.c. Senza, poi, che si possa escludere, proprio per l'esplicita previsione costituzionale di una retribuzione comunque *sufficiente*, che i sistemi contrattuali adottino parametri correttivi degli inquadramenti retributivi al fine di tenere conto di particolari condizioni di bisogno del lavoratore.

La regola della proporzionalità di cui parla l'art. 36, insomma, imporrebbe un criterio di collegamento al contenuto oggettivo delle mansioni, dal quale nessun sistema generale di inquadramento potrebbe prescindere; ma poiché la stessa adozione della regola presuppone un giudizio sul valore delle diverse qualità dei "lavori" classificati, implicitamente essa rinvia alle specificazioni risultanti dalle mutevoli circostanze produttive e di mercato che ne possono modificare, appunto, il valore professionale, economico e sociale.

Che la valutazione di queste circostanze spetti all'autonomia delle parti sociali non è mai stato posto in dubbio né dalla dottrina né dalla giurisprudenza, almeno in linea di principio (Ichino, 1992, p. 268; Miscione, 1987, p. 149 ss.), ma del resto, al di là degli spunti normativi più o meno espliciti, è il menzionato carattere organizzato del lavoro nell'impresa che implica la sindacalizzazione del negoziato su criteri e parametri classificatori.

2.3. L'art. 13 dello Statuto e la formula generale dell'equivalenza come riconoscimento indiretto della competenza collettiva in tema di classificazioni.

Si è posto frequentemente in giurisprudenza il problema se dall'art. 2103 c.c. — nell'attuale versione novellata dall'art. 13 St. lav. — debba desumersi un limite alla competenza collettiva, non quanto agli inquadramenti, che la norma neppure menziona, ma con riguardo, invece, alla fissazione dei criteri astratti di equivalenza tra mansioni diverse, in base ai quali l'imprenditore può gestire la mobilità endoaziendale con la ragionevole certezza del consenso sindacale (Ghera, 1984, p.392).

Infatti, "il contenuto delle mansioni" — che specifica la prestazione dedotta nel contratto individuale — "non costituisce, dal punto di vista fattuale, un qualche cosa di costantemente identico a se stesso, ma ha carattere dinamico, dal momento che è destinato a variare con il variare della tecnologia e degli assetti organizzativi conformati dai poteri del datore di lavoro", originari e derivati (Liso, 1987, pp. 53-54; Id., 1982, *passim*; Garilli, 1987, p. 76): dunque, anche la determinazione collettiva dei criteri di equivalenza fra le mansioni non può che variare in funzione degli stessi fattori.

Fonti collettive e parità di trattamento
 Laura Castelvetti

La menzionata funzione pattizia dei sistemi di inquadramento, che consente all'imprenditore l'esercizio di tali poteri, contestualmente limitandoli, si esprime essenzialmente nella codeterminazione collettiva del valore di scambio fra le prestazioni di lavoro (cioè le mansioni) e i corrispondenti trattamenti normativi. Poiché l'art. 2103 indica, quale parametro di legittimità degli spostamenti del lavoratore, e quindi come limite allo *jus variandi*, l'equivalenza fra mansioni precedenti e quelle di nuova assegnazione, resta da chiarire se tale equivalenza costituisca un limite anche per l'autonormazione sindacale e, in sostanza, se si imponga ad essa come criterio estrinseco ed oggettivo di raggruppamento delle mansioni nelle varie classi o livelli di un sistema complesso.

A prescindere dagli orientamenti giurisprudenziali sulla questione, va preliminarmente chiarito quale significato debba attribuirsi alla tecnica legislativa qui adottata col richiamo alla formula generale dell'"equivalenza", per verificare se si possa inferirne argomenti a favore della competenza collettiva in tema di classificazioni.

Come è noto, il legislatore dello Statuto ha utilizzato tali concetti generali (Mengoni, 1986, p. 9, ma in parte *contra*, Rodotà, 1987 p. 726), nelle occasioni in cui la regola di azione da formulare deve collegarsi a circostanze della realtà produttiva mutevoli nel tempo: la loro adozione consente all'interprete di plasmarne il significato secondo i valori diffusi in un certo momento storico e in uno specifico contesto sociale (D'Antona, 1990, p. 5), agganciando il precetto astratto alla situazione di fatto in cui esso è destinato ad operare.

Nel caso dell'art. 13, più ancora che in altri, appare evidente come l'integrazione della nozione di equivalenza non possa che fare riferimento a quei "dati di tipicità ambientale" (Liso, 1982, pp. 131-134; vedi, altresì Bianchi D'Urso, 1987, pp. 119 e 130; Castelvetti, 1992, p. 77 ss.) di cui le parti collettive possono essere le sole interpreti, se è vero, come si è sopra sostenuto, che l'ordinamento sembra ad esse delegare la determinazione del valore di scambio fra le prestazioni classificate e i trattamenti corrispettivi. Come sarebbe possibile, infatti, quando si voglia appurare l'equivalenza delle mansioni, prescindere da quei "valori" e dai criteri concordati collettivamente per determinarli? Se l'inquadramento è un patto nel senso anzidetto — non solo consentito dall'ordinamento, ma comunque presupposto dal carattere organizzato del lavoro nell'impresa — dalla determinazione consensuale dei valori delle prestazioni deriveranno, dunque, automaticamente, anche le loro equivalenze.

La voluta indeterminatezza della formula legislativa risponde proprio all'impossibilità di preventivare stabilmente quali posizioni di lavoro e quali prestazioni, in una organizzazione sempre e per definizione mutevole, siano equivalenti fra loro. Il giudizio di equivalenza — che è lo strumento essenziale per il controllo dello *jus variandi* — non potrebbe quindi prescindere dal riferimento ai raggruppamenti di mansioni anche diverse fra loro, operati dalla contrattazione collettiva, nè potrebbe trascurare i criteri e gli obiettivi "politici" su cui si basano tali raggruppamenti, modellati sulle specifiche esigenze di una data realtà settoriale o aziendale.

Del resto è orientamento consolidato quello secondo il quale il giudice, nel valutare la legittimità di un inquadramento concreto, non potrebbe contraddire "la disciplina contrattuale collettiva applicabile al rapporto di lavoro, per cui, nell'accertare la categoria o la qualifica spettante al lavoratore medesimo, ... ha l'obbligo di attenersi ai requisiti previsti dai contratti collettivi, senza alcuna possibilità di ricorrere a criteri diversi per verificare l'esattezza della qualifica attribuita" (Guarriello, in Grandi, Pera, 1985, p. 44, ove rinvii giurisprudenziali). È inevitabile, dunque, per coerenza con questo consolidato orientamento, che non si pongano in discussione neppure le valutazioni convenzionali relative all'equivalenza delle mansioni espresse dalle parti sociali.

La sequenza logica appare particolarmente convincente nei casi in cui queste ultime abbiano contrattualmente predeterminato i confini dei poteri gestionali dell'imprenditore, per esempio regolando il passaggio di lavoratori da posizioni soppresse ad altre di contenuto professionale diverso, che si siano rese indispensabili nell'ambito di consistenti modificazioni organizzative o di veri e propri processi di ristrutturazione, vincolando l'imprenditore ad iniziative di formazione o riprofessionalizzazione per intere fasce di lavoratori divenuti altrimenti inutilizzabili (1).

Ma anche fuor dell'ipotesi degli accordi "gestionali", l'insindacabilità delle equivalenze collettive si impone affinché risultino rispettate le strategie sindacali di valorizzazione della professionalità, affidate per esempio a meccanismi di rotazione dei lavoratori, o di ricom-

note

(1) Vedi ora, per quanto riguarda gli accordi sindacali in corso di procedura di mobilità, l'art. 4, 11 della l. 23 luglio 1991, n. 223, che consente la deroga al II comma dell'art. 2103 c.c.

posizione delle mansioni, o realizzate, ancora, mediante la creazione di gruppi di lavoro non omogenei, entro i quali favorire indirettamente un sorta di formazione integrata (Così, ad esempio, Pret. Napoli 16 novembre 1986, ord., *L80*, 1987, p. 84, che ha determinato la rimessione alla Corte Costituzionale sfociata nella sentenza C. Cost. 9 marzo 1989, n. 103; cfr. altresì, Ghera, 1984, p. 396).

A queste conclusioni, con variabile tempestività e fermezza è pervenuta anche la giurisprudenza. Non è dunque un caso se “per tutti gli anni '70 la rigidità” è rimasta “la principale chiave di lettura dell'art. 13” e ha finito “quasi per far corpo con il concetto di ‘equivalenza’ così da connotarlo in termini di professionalità statica ben oltre i limiti consentiti dalla interpretazione storicizzata e contestualizzata di una nozione ... che rimane pur sempre una clausola aperta e di per sé neutra” (Bianchi D'Urso, 1987, p. 123). Così come non è un caso, ma prova ulteriore dell'accettazione delle soluzioni collettive da parte dei giudici, se negli anni '80 si è diffusa in giurisprudenza la convinzione che “il referente della tutela *ex art. 13* (St. lav.) non è solo il saper fare concretamente dimostrato dal lavoratore, ma anche la capacità professionale potenziale ... sicché il criterio di legittimazione degli spostamenti e dunque l'equivalenza debbono misurarsi (non solo e) non tanto sull'utilizzo della preparazione professionale già maturata, quanto soprattutto sulla idoneità dei nuovi compiti a valorizzare le potenzialità insite nel patrimonio professionale del lavoratore” (ivi, p. 126). Dunque, i giudici non hanno, *tendenzialmente*, messo in discussione le valutazioni espresse dall'autonomia collettiva, riconoscendo invece, di massima, come l'identificazione dei criteri di classificazione — e di equivalenza dei “lavori” classificati —, sia materia in cui le parti sindacali hanno una innegabile specializzazione (Liso, 1987, p. 58 ss.; Garilli, p. 81 ss.; Bianchi D'Urso, 1987, p. 130) (2).

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetri

3. Autonomia collettiva e parità di trattamento nel ragionamento “sistematico” della Corte costituzionale.

Riepilogate le norme che tratteggiano la competenza in tema di classificazione e determinazione del valore di scambio delle prestazioni di lavoro, ci si deve chiedere se l'ordinamento ponga limiti, oltre a quelli indicati, a tale autonomia negoziale, per poi chiarirne natura, estensione e operatività. In particolare, ci si chiede se le parificazioni o differenziazioni di trattamento collegate all'applicazione dei criteri classificatori collettivi possano essere messe in discussione dal giudice in base ad una sua valutazione, diversa da quella delle parti contrattuali, circa il valore e l'equivalenza delle mansioni ed in forza di un principio di parità di trattamento dei lavoratori che ne imponga la misurazione secondo criteri estrinseci.

Con riguardo ai poteri dell'imprenditore la Cassazione aveva finora di massima escluso l'esistenza del principio, ammettendone la prospettività in via tendenziale solo in circostanze in cui l'affermazione non assumeva rilievo determinante per la soluzione del caso concreto (Isenburg, 1984, p. 20 ss.). Malgrado questo orientamento consolidato, alcune pronunce successive alla sentenza 103 — peraltro già contraddette da altri e più recenti giudicati della S.C. — hanno riproposto la questione in termini nuovi (Cass. 9 febbraio 1990, n. 947 e 8 marzo 1990, n. 1888, con commenti di Amoroso, 1990, c. 826; Mannacio, 1990, p. 1079; Tosi, 1990; Maresca, 1990, p. 3 ss.; Manassero, 1990, p. 2805; Scognamiglio, 1990, p. 158; Chieco, 1990, p. 24 ss.; Greco, 1990, c. 2882; Mazzotta, 1990, c. 2887 e, *contra*, Cass. 7300/1990, 10648/1990, 791/1991, 5590/1991; per un profilo parzialmente diverso cfr. Cass. 11891/1990). E ciò è anche conseguenza del fatto che la sentenza costituzionale portata a fondamento del recente, ma forse provvisorio, *revirement* non si è espressa direttamente sull'operatività del principio, quanto, semmai, sulla questione se la disparità di trattamento, autorizzata da alcune norme del codice, costituisca una lesione della dignità dei lavoratori e quindi un limite all'iniziativa economica privata (art. 41, II, Cost.); o, in altri termini, se la disparità in sé sia il sintomo di esercizio *arbitrario* del potere imprenditoriale, in quanto tale lesivo della dignità.

note

(2) I diversi significati che i giudici hanno via via attribuito alla nozione di equivalenza sono noti (ampli rinvii in Ghera, 1984, p. 396). La molteplicità delle soluzioni giurisprudenziali si giustifica anche per la estrema varietà delle situazioni da risolvere: quando lo spostamento del lavoratore deriva da un provvedimento unilaterale, la nozione viene interpretata di norma in accezione ristretta; laddove, di fronte a spostamenti di interi gruppi, fondati su accordi collettivi per la riqualificazione del personale, per fronteggiare magari radicali processi di ristrutturazione, essa è stata spesso impiegata in senso più ampio, tenendo conto proprio dello scambio “politico” intervenuto sul terreno della limitazione concordata dei poteri gestionali dell'imprenditore.

Fonti collettive e parità di trattamento

Laura Castelvetri

Per quanto concerne il tema specifico qui in discussione, e cioè quello dei limiti all'autonomia collettiva, essa lo ha affrontato quasi incidentalmente, per riflesso dei principi enunciati in via principale, indicando direttive di carattere generale valide per l'operazione di classificazione astratta che, in quanto criteri desunti sistematicamente dall'ordinamento, costituiscono regole di comportamento per tutte le parti sociali.

Va detto peraltro che la portata sistematica della pronuncia, che ha riassunto tutto ciò che l'ordinamento prevede sulla materia — dalle norme del codice, alle disposizioni e principi costituzionali, dalle direttive internazionali alle norme ordinarie che vi danno attuazione — si è incarnata in percorsi argomentativi non sempre inequivocabili o compiutamente esplicitati: nondimeno ha fornito un quadro sintetico degli sparsi riferimenti normativi, nel quale le norme contestate dal giudice *a quo* acquistano un significato *evoluto*, coerente alle prescrizioni costituzionali e “statutarie” successivamente intervenute, sanzionando definitivamente la complementarità virtuosa della duplice *ratio* dello Statuto (Mazzotta, 1991 a, nn. 8 e 9; Mengoni, 1990, p. 5).

3.1. Modificazione o consolidamento del “diritto vivente”?

La ricognizione della Corte sembra costituire, a ben vedere, una sorta di svolgimento rafforzativo del “diritto vivente” circa i contenuti idealtipici degli obblighi integrativi del datore di lavoro. In specificazione del canone della correttezza, infatti, il rinvio della giurisprudenza, avallato o contestato con varie sfumature in dottrina, ai valori diffusi nell'ordinamento, o ai precetti costituzionali oppure, ancora, ai principi generali (Tullini, 1990b, pp. 13-54 e Ferraro, 1991a, p. 163) giustifica questa precisazione su che cosa debba intendersi per tali valori, precetti o principi nonché per indicare quale operatività gli obblighi integrativi abbiano sui poteri imprenditoriali e quali correlazioni implicino nella stessa dialettica intersindacale (sobri spunti già in Dell'Olio, 1980, p. 302 nonché suggestioni nel senso seguito dalla pronuncia costituzionale in D'Antona, 1986, p. 19).

L'allineamento della Consulta sulle posizioni della giurisprudenza precedente (Petitti, 1989, p. 56 ss.) si segnala soprattutto nella circostanza che l'eccezione di incostituzionalità — relativa agli articoli del codice che legittimano differenti inquadramenti professionali e retributivi per lavoratori addetti ad identiche mansioni e nello stesso reparto — è stata rigettata e non accolta (3). Ciò che significa inequivocabilmente, mi pare, che le disparità di trattamento a parità di mansioni, nel nostro attuale ordinamento non sono, in linea di principio, illegittime (nello stesso senso, Cass. 29 gennaio 1985, n. 513, in *RIDL*, 1985, II, p. 732 e Pret. Roma 31 gennaio 1991, in *NGL* 1991, p. 29, nonché, in dottrina, G. Santoro Passarelli, e L. Ventura, 1990, pp. 577, 578; Maresca, 1990, p. 5).

Assunto confermato anche dal fatto che la sentenza trascura ogni riferimento al precedente orientamento della Suprema Corte — in questo caso quello sulla insussistenza del principio di parità — nè lo richiama con le formule rituali che normalmente utilizza quando voglia discostarsene e sostituire una propria diversa interpretazione al “diritto vivente” (Zagrebel'sky, 1986, p. 1150, Greco, 1990, c. 2882, Amoroso, 1990, c. 826; diversamente Chieco, 1989, p. 495 e Id., 1990, p. 24 ss.). Le espressioni formali usate nella sentenza lasciano intendere, semmai, che il giudice delle leggi espone la propria lettura delle norme impugnate proprio per avvalorare e precisare l'interpretazione della Cassazione contro divergenze interpretative future, oltretutto, beninteso, contro quella del giudice *a quo*, vincolato direttamente alla sua pronuncia. Le norme eccepite, pertanto, non vengono assolte per quel che potrebbero valere in astratto (passibili come sono, anche di interpretazioni che, se prevalenti, comporterebbero una nuova pronuncia di accoglimento), bensì vengono fatte salve per quel che sono divenute effettivamente, nella costante giurisprudenza di cassazione, e con tutte le ulteriori precisazioni sistematiche, di cui le correda la nuova sentenza costituzionale (Zagrebel'sky, 1986, p. 1151; Ferraro, 1991b, p. 381).

note

(3) Nel caso concreto si discuteva la legittimità dell'attribuzione di diversi livelli di inquadramento retributivo a lavoratori appartenenti ad un Gruppo Integrato Non Omogeneo (G.I.N.O.), destinati a svolgere, quindi, per precisa scelta delle parti sindacali stipulanti il contratto collettivo applicabile, mansioni analoghe, ma nell'ambito di un gruppo di lavoratori dotati di professionalità fra loro non omogenee.

3.2. La rilevanza del “caso” concreto. La contrattazione collettiva come limite dialettico all’arbitrio imprenditoriale.

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetri

A differenza della gran parte dei casi decisi dalla Cassazione — incentrati sull’eventuale contrasto con gli artt. 3, 36, 37 Cost., (un riepilogo in Ghera, 1989, p. 550 e in Stolfa, 1985, nota a Cass. 513/1985, cit., p. 732), la questione della parità di trattamento è stata prospettata, questa volta, con riguardo all’art. 41, II, Cost., ciò che ha reso senz’altro meno evidente il collegamento fra la sentenza costituzionale, ampia e sistematica, e quelle degli organi giudicanti che hanno in precedenza negato l’esistenza del principio (in Petitti, 1989, p. 56 ss., una rassegna della giurisprudenza che ne nega l’operatività in termini generali). Per rispondere al quesito del giudice *a quo*, e a sostegno della conclusione secondo la quale gli articoli contestati (2086, 2087, 2095, 2099, 2103 c.c.) non riconoscono un potere arbitrario, la Corte ha espressamente rilevato che

“L’autonomia del datore di lavoro, cui spetta l’organizzazione dell’azienda, è fortemente limitata dal potere collettivo, ossia dai contratti collettivi e dai contratti aziendali (... che), quali estrinsecazioni del potere delle associazioni sindacali, sono frutto di trattative e patteggiamenti e costituiscono una regolamentazione che, in una determinata situazione di mercato, è il punto di incontro, di contemperamento e di coordinamento dei confliggenti interessi dei lavoratori e degli imprenditori” (C. Cost. 103/1989, in RIDL, 1989, II, p. 394).

Questo limite dialettico, a prescindere da quelli derivanti dalle norme inderogabili e dai precetti costituzionali, “che si impongono a tutte le parti sociali”, sarebbe di per sé garanzia della non arbitrarietà degli atti imprenditoriali e della loro coerenza con i principi dell’ordinamento: si può affermare, dunque, che la Corte abbia accolto la prospettazione a suo tempo formulata da Dell’Olio, secondo la quale, l’intesa collettiva, cioè il confronto fra le parti sociali, proceduralizzando e limitando poteri e comportamenti organizzativi e gestori possa “giustificare... una sorta di presunzione di non contrarietà (delle scelte imprenditoriali) alla sicurezza, libertà, dignità umana” (Dell’Olio, 1980, p. 272).

A tal proposito, un aspetto importante e finora misconosciuto, riguarda la circostanza che, sebbene la sentenza abbia affrontato principalmente la questione dell’ampiezza e dei limiti del potere imprenditoriale e solo implicitamente quella dei limiti dell’autonomia collettiva, il caso concreto sottoposto al giudice *a quo* metteva in discussione proprio la legittimità del potere datoriale esercitato in applicazione di una specifica clausola del contratto aziendale. Non si discuteva, dunque di un arbitrio datoriale conseguente alla disapplicazione della clausola collettiva, e cioè all’errata assegnazione della qualifica in relazione alle mansioni effettivamente svolte dagli attori (4), ma della legittimità costituzionale delle norme — fra le quali gli artt. 2095 e 2103 c.c. — da cui risulta la competenza della contrattazione collettiva a definire gli inquadramenti in relazione alle mansioni, nonché a predeterminare le equivalenze fra queste ultime, nel senso sopra chiarito (§§ 2.1. e 2.3.).

La lesione della dignità dei lavoratori potrebbe derivare, secondo l’ordinanza pretorile (5), proprio dalla possibilità (consentita da quelle norme) che gli accordi collettivi (di cui non si contesta l’inosservanza) pongano alla base dei criteri di inquadramento e di modificabilità delle mansioni, a parità di livello o di categoria, circostanze diverse dall’oggettivo contenuto professionale delle mansioni di fatto. E, sempre secondo questa interpretazione, la dignità dei lavoratori sarebbe offesa, ad esempio, dalla possibilità che le parli sociali concordemente convengano che, fermo restando l’inquadramento retributivo, il datore di lavoro assegni a propri dipendenti mansioni diverse da quelle di assunzione o di fatto, ma convenzionalmente considerate ad esse equivalenti, proprio al fine di accrescere e ricom-

note

(4) Pret. Napoli 18 novembre 1986, cit., p. 85: “...la domanda attrice appare infondata se riferita al presupposto dello svolgimento di compiti complementari qualificati (che gli attori peraltro non svolgevano né erano ad essi richiesti e che avrebbero dato loro diritto al rivendicato superiore inquadramento uguale a quello di altri lavoratori dello stesso gruppo di fatto svolgenti le loro stesse mansioni), mentre sarebbe meritevole di accoglimento in base al principio della parità di trattamento — anche nel senso minimo di parità del livello o categoria generale di inquadramento retributivo — a parità di mansioni, nella stessa impresa e nello stesso reparto”. (Corsivo mio)

(5) Pret. Napoli *supra* cit., p. 85: “...considerato che secondo la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione il detto principio (di parità) non vige nel nostro ordinamento; che, pertanto, nell’assetto del diritto vigente, l’imprenditore, nell’esercizio dei poteri, facoltà e doveri di cui agli artt. 2086, 2087, 2095, 2099 e 2103 c.c., ben può, pur nell’assoluta identità delle posizioni lavorative, differenziare il trattamento economico dei dipendenti, anche attribuendo loro diversi livelli o categorie generali di inquadramento retributivo; ritenuto che tale lettura delle citate norme codicistiche sembra porle in contrasto con l’art. 41, 2° comma, della Costituzione ecc., ecc.”

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetri

porre la professionalità globale e potenziale del lavoratore, magari per consentirgli, dopo un'appropriata formazione, una più rapida acquisizione della categoria superiore. Sarebbe invece conforme al rispetto della dignità, in questa stessa prospettiva, attribuire la medesima categoria a lavoratori svolgenti le stesse mansioni, senza tenere conto dell'eventuale superiore potenzialità professionale di alcuni di essi, della maggior esperienza o anzianità di servizio, e quindi disattendendo i criteri di inquadramento collettivo e di differenziazione di trattamento che diano rilievo, appunto, a tali qualità e circostanze. È di tutta evidenza, dunque, che la Corte era chiamata a esprimersi proprio sul potere delle parti collettive di determinare i criteri di attribuzione delle categorie e dei livelli retributivi (nonché delle eventuali differenziazioni di trattamento, a parità di lavoro, collegate a criteri aggiuntivi); ed è altresì evidente che solo in caso di accoglimento dell'istanza, essa avrebbe sanzionato la sussistenza di un principio di parità sempre e comunque prevalente sulle determinazioni collettive: cosa che, com'è incontrovertibilmente vero, la Corte non ha fatto, negando, dunque, che esista un tale principio nel nostro ordinamento (6).

4. Precetti generali e limiti specifici all'arbitrio imprenditoriale e all'autonomia collettiva. Rinvio.

La Corte è stata chiara su questo punto, poiché, dopo aver affermato che *“l'autonomia del datore ... è fortemente limitata dal potere collettivo, ossia dai contratti collettivi e dai contratti aziendali”*

e dopo aver riepilogato i principi che *in via generale* si impongono a tutte le parti sociali (artt. 35-36 Cost.), e quelli che, *in via più specifica*, obbligano a rispettare la pari dignità sociale dei lavoratori e a non discriminarli in base a condizioni personali o sociali (artt. 3, 37 Cost., 15, 16 St. lav. e convenzioni internazionali), ha però espressamente previsto che *“sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli”*.

C'è dunque, nel ragionamento della sentenza, una sorta di diversificazione qualitativa dei vincoli che si impongono in materia di differenziazioni di trattamento: alcuni di essi (valorizzazione dei lavoratori e proporzionalità/sufficienza della retribuzione), sono precetti generali e si identificano con le coordinate entro le quali l'ordinamento colloca la tutela eteronoma del lavoro e l'autotutela sindacalmente organizzata; per questo loro carattere si impongono, oltre che sicuramente alla legge, anche ad ogni altra regolamentazione astratta, unilaterale o consensuale, e ai soggetti che le producano.

Più stringenti, invece, sono le direttive *specifiche* sul rispetto della pari dignità sociale dei lavoratori e sui divieto di dare rilievo alle condizioni personali e sociali: in questo caso si tratta di limiti esterni positivamente previsti dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie, che condizionano l'esercizio di poteri privati sui lavoratori, comunque riconosciuti dall'ordinamento.

Dunque, in via di prima approssimazione, mentre i criteri di tutela del lavoro e di fissazione del suo valore di scambio, per la totale coincidenza con la funzione della negoziazione collettiva, rientrano nella piena autonomia delle parti sindacali e potranno determinare parificazioni o differenziazioni indiscutibili sotto il profilo economico-politico-strategico, nessun trattamento normativo potrà invece giustificarsi su un illecito motivo discriminatorio o sul sacrificio della dignità.

4.1. Precetti generali: tutela del lavoro ed elevazione morale e professionale dei lavoratori.

Fra i precetti vincolanti per le parti collettive, quello che, secondo la Corte, impone ad esse di agire in coerenza con il compito della Repubblica di tutelare il lavoro e l'elevazione morale e professionale dei lavoratori, ha suscitato scarsa attenzione fra i commentatori

note

(6) Secondo, Pera, 1989, p. 398, la pronuncia si sarebbe espressa per l'esistenza di un principio generale di parità, derogabile solo per motivi ragionevoli, che devono essere preventivamente allegati; così anche Natoli, 1989, p. 7 ss., Angiello, 1989, p. 310 ss., Tullini, 1990, p. 1233, Miranda, 1989, p. 371 ss., M. Barbera, 1990, p. 266. *Contra*, Ichino, 1992, p. 283, De Luca, 1989, c. 2105, Scognamiglio, 1989a, p. 127 ss., Id., 1989b, p. 80 ss., Santoni, 1989, p. 67 ss., Petitti, 1989, p. 55, ss., Ferraro, 1991a, Id., 1991b, p. 383, Laudo, 1989, p. 524 ss., G. Santoro Passarelli e L. Ventura, 1990, p. 567 ss., Cassata, 1990, p. 814, Ballestrero, 1990, p. 273, Chieco, 1989, p. 474 e *Nota* a Corte cost. 9 marzo 1989, n. 103, NGL. 1989, p. 31. Più sfumata la posizione di L. Zoppi, 1991, p. 382.

(vedi, però, Corsinovi, 1991, p. 572), mentre, a mio avviso, riveste notevole importanza.

La menzione della generica direttiva dell'art. 35 Cost., sembra debba intendersi, come ho detto, non tanto come l'imposizione di un limite per le parti sociali, quanto, invece, come il formale richiamo all'osservanza, nello svolgimento dell'attività negoziale, della *ratio per* la quale è stata sanzionata la garanzia costituzionale dell'autonomia collettiva. La legittimità dell'autotutela dei propri interessi, riconosciuta ai lavoratori con la libertà di organizzazione sindacale, (artt. 39 e 40), è infatti collegata dall'ordinamento ad una condizione: quella che la coalizione, nel concorrere alla tutela del lavoro, lo faccia nell'ottica presupposta dal riconoscimento, e cioè nella direzione di una effettiva elevazione morale e professionale dei lavoratori.

Posto che tale libertà è tanto ampia da non patire alcun limite, l'organizzazione dei lavoratori potrà realizzare i suoi scopi di tutela sulla base di criteri assiologici e di convenienza economica del tutto autonomi, purché tuttavia essi stessi, nel tradursi in accordi collettivi, siano in linea generale coerenti con i precetti costituzionali, fonte di quella libertà. Se, come si è sostenuto, la disciplina sindacale degli inquadramenti è oggetto elettivo della gestione unitaria dei rapporti di lavoro e se essa, contemperando e limitando reciprocamente gli interessi del personale e dell'azienda, sanziona il consenso collettivo alla gestione organizzativa delle risorse umane, per definizione irraggiungibile attraverso pattuizioni individuali; se tutto ciò, come è certo, viene riconosciuto esplicitamente nella sentenza, appare ad esso coerente che il giudice delle leggi abbia voluto contestualmente riepilogare le coordinate entro le quali deve svolgersi questo contemperamento di interessi, che realizza una tutela e una valorizzazione del lavoro altrimenti impossibili.

La tutela del lavoro, del resto, non è soltanto l'oggetto della contrattazione collettiva, ma costituisce anche quella funzione economico-sociale di riequilibrio delle forze e degli interessi contrapposti, che identifica la stessa fattispecie sindacale (Dell'Olio, 1980, pp. 48,78,86; Flammia, 1963, p. 13 ss.; Liebman, 1986, p. 64 ss), cosicché il richiamo della Corte sembra solo alludere alla natura genuinamente *sindacale* che gli accordi collettivi devono avere. In questa logica sarebbe dunque scontata l'inoperatività della garanzia costituzionale nei confronti di accordi collettivi stipulati da sindacati di comodo, cioè da organizzazioni che non si prefiggono una genuina, autonoma codeterminazione di regole astratte per la limitazione delle prerogative imprenditoriali e ciò anche indipendentemente dall'eventuale superamento degli ulteriori limiti positivi posti dall'ordinamento a tutti i soggetti contrattuali (Miscione, 1987, p. 157).

In sostanza la Corte, con un paradosso solo apparente, nel richiamare i dati qualificatori che definiscono la fattispecie sindacale e nell'enunciare i precetti che, limitandola dall'esterno, garantiscono genuina effettività all'autotutela degli interessi professionali, ha finito con l'esaltare lo stesso riconoscimento costituzionale dell'autonomia collettiva. Ha dunque ribadito, più che messo in discussione, l'esistenza e la consistenza del potere contrattuale del sindacato.

L'esplicazione esposta in svolgimento di un passaggio della sentenza, in verità sobrio, mette a fuoco l'importanza che esso assume nel suo impianto argomentativo e sembra opportuna al fine di eliminare l'equivoco che ha condotto alcuni commentatori e interpreti giudiziari (ad esempio Cass. 947 e 1888/1989, citt.) ad attribuire maggiore rilievo ai limiti dell'autonomia delle parti sociali, piuttosto che al suo rafforzamento. Perché, alla fine, quello che emerge da una pignola ricostruzione del conciso ragionamento della Corte è che l'autonomia collettiva è libera; ed è autonomia collettiva quella che può qualificarsi frutto dell'attività di organizzazione sindacale, in quanto, cioè, realizza un effettivo condizionamento della forza economico-sociale della controparte. È autonomia collettiva, in sostanza, quell'attività contrattuale che *limita* l'autorità imprenditoriale e che impedisce, mediante la codeterminazione di regole astratte, un esercizio meramente discrezionale o arbitrario delle prerogative datoriali: e dunque quella che, proprio limitando l'arbitrio signorile, garantisce effettivamente la dignità dei lavoratori con libertà di scelta tra alternative di tutela — dinamica o statica — della professionalità.

Su questi rilievi si potrà tornare in seguito per delineare conclusivamente una sorta di sintetica teoria dei limiti ordinamentali (*infra*, §§ 5.1. ss.) nei quali va inquadrata la garanzia costituzionale dell'autotutela e dell'autonomia collettiva, anticipando fin d'ora che si tratta di limiti esterni ai poteri delle parti sociali, ravvisabili esclusivamente in prescrizioni positive e che le argomentazioni sopra esposte non conducono, come potrebbe apparire, ad alcuna prospettiva di funzionalizzazione dei poteri sindacali, essendosi adottata, come sarà ormai

**Fonti collettive e parità
di trattamento**
Laura Castelvetro

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetro

chiaro, una chiave interpretativa della libertà di organizzazione sindacale totalmente omogenea alla logica contrattuale.

4.2. Precetti generali: proporzionalità e sufficienza della retribuzione.

Quanto al secondo precetto/limite all'autonomia degli agenti contrattuali, vanno brevemente riprese le considerazioni al proposito già formulate (*supra* § 2.2.), di cui la Corte sembra confermare la validità.

I criteri che l'art. 36 Cost. impone alle parti sociali vengono richiamati dalla sentenza laddove si dice che le classificazioni contrattuali danno *rilievo precipuo* alle mansioni di fatto — e cioè alla professionalità oggettiva — (così la motivazione, in termini affermativi e non deontologici, loc. cit., pp. 393-394), anche se, prosegue la Corte, la contrattazione collettiva e,

“dopo lo Statuto dei lavoratori, la contrattazione aziendale, consentono di tener conto delle situazioni aziendali, alcune volte complesse, e delle situazioni e delle condizioni dei lavoratori (età, anzianità di lavoro ecc....)”

Dunque è plausibile, secondo il giudice delle leggi, che la corrispondenza fra lavoro e trattamento, non debba — e forse non possa — identificarsi nella proporzionalità matematica, trattandosi di correlazione fra termini anche qualitativi e perciò opinabili oltreché mutevoli in funzione del contesto produttivo, organizzativo e tecnologico specifico. E infatti la sentenza ribadisce la possibilità che i contratti prendano in considerazione criteri aggiuntivi e diversi dalla quantità e qualità del lavoro, affinché sia comunque garantita al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, fermo restando il limite di una necessaria valorizzazione della professionalità (Ichino, 1992, p. 270).

Come si vede, possono considerarsi coerenti con tale direttiva anche le strategie classificatorie incentrate prioritariamente sul bisogno o sull'anzianità di servizio piuttosto che sulla professionalità, come quella che il sindacato ha adottato nei primi anni del secondo dopoguerra (Castelvetro, 1976, pp. 421-478) o come la politica sindacale essenzialmente egualitaria che, negli anni Settanta, ha portato all'inquadramento unico.

Resta in linea generale confermata l'ammissibilità di criteri pattizi correttivi dell'uniformità dei trattamenti, la quale ultima, se di norma corrisponde al metodo e alla funzione della contrattazione collettiva, non costituisce però un obiettivo da sacrificare all'esigenza di introdurre nel sistema giustificate e ragionevoli differenziazioni (*supra* § 4).

4.3. Limiti specifici: il rispetto della dignità umana come regola valida anche nei rapporti fra privati.

Elencati i precetti che si impongono alle parti sociali come direttive generali, la sentenza entra, *“in via più specifica”*, nella questione sollevata dal giudice *a quo*, sulla sussistenza di un limite, derivante dal rispetto della *“pari dignità sociale ... dei lavoratori”*, al potere di differenziare i trattamenti normativi di dipendenti che svolgano identiche mansioni, in applicazione di clausole collettive generali e astratte.

Il rispetto della dignità e il divieto di discriminazioni (artt. 41, II, e 3, 37, Cost.), rammenta preliminarmente la Corte, sono *“stati testualmente trafusi nello Statuto dei lavoratori”*, e pertanto rilevano, ora, non solo in termini assoluti, nei confronti dello Stato e dei pubblici poteri, ma anche in termini relativi, cioè nei rapporti interprivati,

“per quanto riguarda la posizione sociale e professionale occupata dal cittadino nella qualità di prestatore di lavoro dipendente”.

Aggiunge, poi, che

“in virtù dell'art. 41 della Costituzione, il potere di iniziativa dell'imprenditore non può svolgersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana”.

Ma la salvaguardia della dignità dei lavoratori, dice la Corte, è assicurata dalle limitazioni dello *jus variandi*, le quali, nel contesto di argomentazioni per verità involute, non possono essere che quelle derivanti dai sistemi di inquadramento contrattati con il *potere collettivo*. Questa affermazione conclusiva sembra doversi infatti ricavare dalla connessione, almeno

logica, con le premesse formulate dalla Corte circa la funzione intrinsecamente limitatrice dell'autonomia collettiva, anche se è vero che un richiamo più esplicito all'art. 39 Cost. e all'art. 2095 c.c. avrebbe eliminato qualsiasi fraintendimento (Pera, 1989, p. 400). Ciò non toglie che il ragionamento, per quanto parzialmente inespresso, confermi l'intuizione della dottrina sopra ricordata circa l'esistenza "per le scelte imprenditoriali (fondate sul rispetto di clausole concordate collettivamente, di) una sorta di presunzione di non contrarietà alla sicurezza, libertà, dignità umana" (Dell'Olio, 1980, p. 272, *supra* § 3.2.), in base alla quale, dunque, "in una situazione di normalità il giudice non dovrebbe sentirsi legittimato a mettere in discussione valutazioni (dell'autonomia collettiva in aree in cui questa può vantare — se così si può dire — una specializzazione" (Liso, 1987, p. 63, *supra* § 2.3.). Quali siano le condizioni di "normalità" in presenza delle quali, secondo la Corte, non si potrebbe dubitare dell'effettivo potere di contrasto della contrattazione lo si vedrà in seguito, a ricognizione ultimata di tutte le norme richiamate in sentenza (*infra*, § 5.1. e ss.).

Fonti collettive e parità
di trattamento
Laura Castelvetri

4.4. Limiti specifici: i divieti di discriminazione.

Quanto ai divieti di discriminazione, la Corte disegna brevemente il quadro normativo delineato da precetti costituzionali, disposizioni di origine internazionale e norme ordinarie che, quali limiti esterni, si impongono non solo al legislatore, ma anche alle parti sociali e al singolo imprenditore.

Infatti il richiamo alla garanzia costituzionale che assicura la "pari dignità sociale anche dei lavoratori", da molti interpretato come riconoscimento di un principio generale di pari trattamento, in realtà viene dalla Corte inserito in un contesto fraseologico ove esso assume il diverso significato di impedire che le regole di carattere generale e astratto, sia unilaterali, sia collettive, giustificino eventuali disparità sulla base di motivi illeciti secondo l'ordinamento (artt. 3, 37 Cost., 15, 16 St. lav., e norme internazionali; così, già Miscione, 1987, p. 157). Anche per questo aspetto, però, la sentenza non approfondisce: l'unico aggancio utile al nostro ragionamento sta nel passo in cui, dopo avere specificato le cause tipiche di discriminazione vietata (sesso, razza, lingua, religione, *ex art.* 3 Cost.), essa conclude affermando che, *anche* in presenza di questi divieti,

"sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli".

Se l'asciutta concatenazione degli assunti ha un qualche significato, esso conferma che, persino in presenza di tali rigorose prescrizioni della Carta fondamentale, appare ammissibile che le autonome scelte delle parti collettive diano rilievo a criteri di differenziazione dei trattamenti — beninteso senza intenti discriminatori — riferibili all'una o all'altra di queste diverse condizioni personali e sociali. Una ipotesi che si può ragionevolmente prospettare, per esempio, è quella che la perfetta conoscenza di una lingua straniera, o anche di quella italiana, possa costituire un titolo di merito specificamente oggetto di classificazioni e di trattamenti retributivi diversificati. Così come del resto, l'appartenenza ad uno ad altro sesso può, e anzi deve, nei termini indicati dalle leggi in materia di azioni positive, costituire il fondamento di differenziazioni che a loro volta realizzino la reintegrazione di situazioni di svantaggio pregresse e consolidate da precedenti classificazioni collettive.

In sostanza, dunque, anche le prescrizioni collettive possono, come la legge, sanzionare disparità e differenziazioni, purché, data la loro generalità di applicazione soggettiva, esse siano "giustificate e comunque ragionevoli", oltretutto "coerenti con i principi fondamentali". Buona parte della dottrina in tema di parità e di divieti di discriminazione ha del resto escluso, per lo più, che dalla legislazione antidiscriminatoria sia deducibile un principio generale di parità di trattamento a parità di mansioni (in tal senso Garofalo, 1989, pp. 97-99; Zoli, 1988, p. 205; Romagnoli, 1987, p. 112; Ventura, 1984, pp. 52-54; Montuschi, 1979, p. 33; Treu, 1974, p. 34; vedi, però, per un riepilogo della dottrina contraria, Meucci, 1990, p. 1581) ed ha segnalato le ragioni di diritto positivo in tal senso significative (così, ad esempio, Ferraro, 1991b, p. 389; Maresca, 1990, p. 5). Questa conclusione è stata sostenuta anche con riferimento alle prescrizioni antidiscriminatorie della legislazione internazionale, sottolineandosi correttamente come nessuna di esse — così come nessuna di quelle interne degli altri stati membri della comunità internazionale — affermi che i lavoratori devono essere *sempre* trattati in modo paritario per un pari lavoro, "nel qual caso tutte le specificazioni delle convenzioni sarebbero del tutto *superflue*" (Cassata, 1990, pp. 807 e

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetti

814); è vero invece che le norme internazionali e quelle antidiscriminatorie interne vietano *determinate* discriminazioni e pongono il principio della parità solo strumentalmente alla non discriminazione.

5. L'equazione presuntiva tra sindacalizzazione degli inquadramenti e non arbitrarietà della loro gestione da parte dell'imprenditore.

Ne' il ragionamento della Corte sembra smentire le prevalenti conclusioni del dibattito dottrinale, posto che non si esprime sull'esistenza del principio di parità, ma si limita a proscrivere le disparità di trattamento irragionevoli e ingiustificate (Corsinovi, 1991, p. 570, nt. 19, ove ampli rinvii; sulla ragionevolezza, in relazione al canone di buona fede, cfr. Criscuoli, 1984, p. 750 ss.).

In particolare, la concatenazione argomentativa della motivazione — malgrado l'apparenza semplicemente ricognitiva delle norme vigenti — stabilisce una precisa equazione tra sussistenza di una contrattazione sindacale sui criteri d'inquadramento e connotazione non arbitraria dei poteri o atti datoriali che su di essa si giustifichino. Anche la necessaria coerenza con i principi fondamentali non può intendersi come una sorta di funzionalizzazione dei poteri collettivi, ma, si è detto, solo come richiamo del carattere essenziale della contrattazione collettiva, affinché essa sia strumento *effettivo e genuino* dell'autotutela degli interessi dei lavoratori e dell'autonomia delle parti sociali. È proprio questa autonomia, dunque, evidentemente non inquinata nella sua funzione riequilibratrice da condizionamenti esterni, che può arginare un arbitrio lesivo della dignità umana o, quanto meno, nella prospettiva sopra avanzata, che può determinare la *presunzione* della non arbitrarietà di un atto imprenditoriale conforme alla regola collettiva e della sua conseguente *coerenza* con i principi fondamentali in genere (fra i quali quello di cui all'art. 39) e con quello specifico di cui al 41, II, Cost.

Particolarmente valida appare la conclusione cui perviene la Corte, ricordando che la materia degli inquadramenti è di quelle per le quali, in assenza di una gestione sindacale unitaria, il singolo lavoratore resterebbe indifeso nei confronti della discrezionalità imprenditoriale.

Dal "sistema" riepilogato dalla sentenza, in larga misura coincidente, come diremo, con quello già delineato dalla giurisprudenza ordinaria sul controllo dei poteri privati, emergono allora le condizioni integranti quella "situazione di normalità" cui allude Liso (*supra* §§ 2.3. e 4.3.) e che esime il giudice dal mettere in discussione i prodotti della contrattazione collettiva.

5.1. Gli stereotipi giurisprudenziali del comportamento corretto: ragionevolezza e valida giustificazione dei motivi di differenziazione. Spunti di continuità con la giurisprudenza ordinaria.

Per cogliere il senso delle affermazioni conclusive della sentenza si deve però ricordare che, nel caso di specie, erano state contestate le norme del codice sul potere datoriale di attribuire inquadramenti diversi a lavoratori svolgenti mansioni uguali, in coerenza al contratto aziendale applicabile.

Il presupposto è importante poiché la Corte, dopo avere ricordato la funzione essenziale della contrattazione quale contemperamento degli interessi delle parti — in sé limitatrice dell'arbitrio — ha anche specificato quali siano i parametri del comportamento non arbitrario, e perciò corretto, nell'esercizio dei residui poteri discrezionali, enunciando, al proposito, regole identiche per tutte le parti sociali, ma che limitano a doppio titolo l'agire del datore di lavoro: come soggetto collettivo e come organizzatore di risorse umane.

La direttiva di fondare su motivi giustificati e ragionevoli le eventuali disparità di trattamento a parità di lavoro si impone dunque all'imprenditore sia nella fase della trattativa e dell'accordo col sindacato, sia nella fase della gestione dei rapporti di lavoro di cui è parte, quando decida unilateralmente trattamenti aggiuntivi rispetto a quelli contrattati o quando applichi questi ultimi nei limiti di discrezionalità consentiti dal contratto collettivo.

La pronuncia costituzionale, peraltro, non crea in proposito inediti criteri di correttezza, ma approfondisce soltanto un solco già tracciato dal diritto vivente in tema di controllo dei poteri privati: la giurisprudenza, infatti, ha molto spesso identificato nella ragionevolezza delle differenziazioni e nella trasparenza dei criteri adottati il limite dell'agire imprendito-

riale, essenzialmente come specificazione sintetica di tali obblighi (rilevano la continuità di indirizzo, Tullini, 1990a, p. 1237 e Petitti, 1989, p. 62).

Fra le affermazioni più comuni in materia di note di qualifica e di controllo degli atti discrezionali (Castelvetri, 1992, p. 56 ss.) vi è, ad esempio, quella che riconosce al lavoratore il diritto a che gli atti valutativi dell'imprenditore — dai quali possa derivare per espressa previsione collettiva, l'attribuzione di un trattamento o di una qualifica, grado e livello particolari — non siano "cervellotici e incomprensibili"; cui si contrappone, il dovere del datore di lavoro di esprimere le proprie valutazioni in modo che risultino chiare ed esplicitamente collegate alla prestazione o alle ragioni di convenienza economica che giustificano la discrezionalità (Pret. La Spezia, 22 agosto 1988, in *NGL* 1989, p. 291).

La giurisprudenza ha poi più volte identificato riassuntivamente il concetto di correttezza nella necessità di offrire "valida giustificazione" dell'eventuale trattamento differenziato (Cass. 23 gennaio 1988, n. 560, in *RGL*, 1988, II, p. 354 e in *NGL*, 1988, p. 494), talché se "ne dimostri la razionalità e l'opportunità" (Zoli, 1988, p. 207; M. Barbera, 1990, p. 35), sottolineando altresì l'inammissibilità di ogni arbitrio o ingiustificata trascuratezza delle altrui aspettative, anche solo nelle modalità di esercizio di un diritto e di esecuzione del contratto (7).

Si tratta di affermazioni fatte di solito a fronte del sospetto, più o meno documentato sul piano probatorio, che la disparità di trattamento possa coprire in realtà una discriminazione illecita: s'è posto dunque più volte il problema "di individuare il tipo di giustificazione alla cui stregua ritenere legittima una differenziazione di trattamento" (Zoli, 1988, p. 307; Ichino, 1992, pp. 265-296) ed esclusa la sussistenza di un ingiustificato motivo di discriminazione.

5.2. Segue. Trasparenza dei motivi e possibilità di controllo.

Altra specificazione giurisprudenziale del contenuto dell'obbligo di correttezza dell'imprenditore è quella che lo identifica con il dovere di imparzialità verso i dipendenti (vedi, però, Cassata, 1990, p. 8), dal quale si fa discendere l'obbligo di esteriorizzare i criteri di scelta dell'azienda e, in certi casi, anche l'obbligo di motivazione: e ciò nel senso che, "mentre in un sistema comparativo di promozione, la motivazione deve servire a giustificare la singola posizione e la graduatoria dei candidati, in un sistema di pura scelta è sufficiente la dimostrazione dei criteri prestabiliti" (Cass. 2092/1981, 2250/1981, 4250/1981, 3773/1982, 3675/1983, 1603/1985; dubitativo Fanelli, 1986, p. 341).

"Oltre a rispondere ad un'ovvia esigenza di certezza, la motivazione si pone in funzione della congruità del giudizio: è volta, infatti, a porgere il contenuto di sostanza e di merito per un'eventuale contestazione, *a posteriori*, del provvedimento adottato" (Zoli, 1986, p. 633), permettendo "al lavoratore prima e al giudice poi di comprendere le ragioni concrete di una certa decisione e cont(enendo) la giustificazione del datore di lavoro circa 'la misura della sua valutazione altrimenti risolvendosi la scelta discrezionale in un mero e incontrollato arbitrio, che può esorbitare dalla liceità giuridica'" (Cass. 27 maggio 1983, n. 3675, cit. da Zoli, 1988, p. 307).

Una tale soluzione è sempre più condivisa (Santoni, 1989, p. 73 e pp. 78-79; Tullini, 1990b, p. 228 ss. e dottrina *ivi cit.*), per la sua idoneità a favorire la decantazione del potere e il suo controllo secondo la direttiva riequilibratrice dello Statuto; l'obbligo di motivare gli atti, peraltro, non essendo previsto dalla legge se non in casi determinati, sembra doversi

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetri

(7) Così Cass. 1 febbraio 1988, n. 868, in *RGL* 1988, II, p. 354, in relazione ad un caso di trasferimento a richiesta del lavoratore, negato dal datore di lavoro, qualifica il comportamento corretto dell'imprenditore come quello coerente "all'aspettativa di ciascuna (delle parti) a che l'altra si comporti conformemente alla coscienza sociale, agli usi generalmente osservati nonché ai valori etici presenti in un determinato momento storico e di cui la Carta Costituzionale è, del resto, la primaria estrinsecazione". Nella motivazione, rinviandosi ad altra giurisprudenza della stessa Corte, si ricorda che, per essere corretti, i provvedimenti datoriali devono essere "giustificati", e non devono "violare pertanto quelle aspettative che il lavoratore aveva fondata ragione di riporre in base ... a una linea di comportamento che il datore aveva in precedenza attuato", (p. 360); si afferma ancora in motivazione, che mentre "la violazione degli obblighi di correttezza e di buona fede oggettiva può aver luogo anche per sola colpa e cioè per noncuranza delle altrui fondate aspettative, per errore di valutazione o per ragioni di opportunità (ancorché non meritevoli di tutela), invece, l'atto discriminatorio è 'qualificato' da tipici motivi illeciti e cioè dall'intento del datore di lavoro ... di nuocere ad altri lavoratori a causa del loro atteggiamento sindacale, politico, religioso etc."

note

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetti

prospettare solo nei termini indicati e assai più circoscritti e cioè come necessità di dare dimostrazione, anche *a posteriori*, della fondatezza dei presupposti a giustificazione del provvedimento datoriale, volendosene contestare l'asserita illiceità discriminatoria (oltre a Zoli, 1988, loc. cit., Tullini, 1990b, p. 231 ss., Ferraro, 1991a, p. 162 e Scognamiglio, 1989b, pp. 88-89). Tanto più che questa esigenza di motivazione, o meglio di semplice conoscibilità dei motivi che determinano l'atto, è stata affermata essenzialmente per quelli di carattere negativo o pregiudizievole o per quelli che comportino una differenziazione di trattamento fra lavoratori, a parità di inquadramento e situazione professionale (Bianca, 1983, p. 215). A proposito di questa giurisprudenza (su cui Fanelli, 1986) è stato affermato che, con tali argomentazioni, "si è giunti molto vicino all'accoglimento del principio di parità di trattamento, ai cui sensi ... non ogni differenziazione è vietata, ma solo quelle arbitrarie e immotivate" (Zoli, 1988, p. 207), ed infatti proprio questo è il significato sotteso a molte pronunzie che comunque ribadiscono solennemente l'inesistenza nel nostro ordinamento di un generale principio di parità (riepiloghi in Petitti, 1989, p. 57 nt. 4, Mariani, 1989, p. 389, Foglia, 1989, p. 359, De Luca, 1989, c. 2015 e Laudo, 1989, p. 529) o ad altre che, pur non affrontando la questione, specificano il contenuto della correttezza nei termini di un obbligo di ragionevole motivazione degli atti (Cass. 23 gennaio 1988, n. 560, cit.).

Come si vede il confronto fra i contenuti di questa giurisprudenza e i principi enunciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 103 (su cui è critico Mazzotta, 1991b, p. 506, Id., 1989, p. 594) non fa emergere contrasti di orientamento, ma segnala piuttosto l'uniformità delle formule usate per specificare i connotati del comportamento corretto dell'imprenditore nell'esercizio dei suoi poteri.

6. Operatività dei limiti nei confronti di ogni previsione astratta e generale in tema di inquadramenti retributivi. Conseguenze della loro inosservanza. Rinvio.

I precetti generali e i limiti specifici fin qui catalogati operano dunque verso *tutte le parti sociali*, anche se con diversa incidenza: l'imprenditore, s'è detto, è poi tenuto alla loro osservanza non soltanto nella sua veste di titolare di concreti rapporti di lavoro, ma anche come soggetto produttore di disposizioni unilaterali di carattere astratto e generale.

L'esplicito riferimento della sentenza all'art. 3 Cost., ha, a mio parere, proprio questo significato: esso non presuppone alcuna subordinazione del potere organizzativo e dell'autonomia collettiva al principio dell'eguaglianza sostanziale, ma ribadisce l'operatività del principio di *rispetto della pari dignità sociale dei lavoratori* anche nei rapporti interprivati (Paladin, 1965, p. 243; Ghera, 1991, p. 649) e legittima quindi un particolare controllo sui criteri posti alla base di ogni prassi organizzativa che possa mettere in pericolo diritti primari e dignità dei dipendenti.

Alla stregua di questo precetto, i regolamenti interni o i sistemi di classificazione aziendali, adottati dall'imprenditore per incentivare il rendimento del personale, in quanto dettino regole generali e uniformi per l'attribuzione di superminimi o la prefigurazione di percorsi di carriera (cfr. Pret. Roma 22 marzo 1990, cit., p. 755) non potranno prevedere differenziazioni di trattamento fondate sulla diversità di condizioni personali e sociali, comprendendo, sul piano economico-professionale, il pieno sviluppo della personalità dei lavoratori. Il controllo giudiziale potrà farsi più penetrante proprio perché, in assenza di una codeterminazione equilibrata, non potrà valere in questi casi la presunzione di non arbitrarietà dei provvedimenti datoriali che rende tendenzialmente inoppugnabili i criteri classificatori collettivi.

Ma anche accettando per persuasivi gli argomenti finora esposti a sostegno della intangibilità, in linea di massima, delle classificazioni sindacali, (Ichino, 1992, p. 268 e Miscione, 1987, p. 161 ss. con ampi rinvii giurisprudenziali), resta ancora da chiarire il significato dell'inciso finale della sentenza, secondo il quale

“È demandato al giudice l'accertamento e il controllo dell'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte, con osservanza della regolamentazione apprestata sia dalla legge sia dalla contrattazione collettiva ed aziendale, e con il rispetto dei richiamati precetti costituzionali e dei principi posti in via generale dall'ordinamento giuridico vigente, ispirato ... anche ai principi contenuti nelle convenzioni e negli atti internazionali regolarmente ratificati”.

che le normali operazioni di comparazione sillogistica tra l'inquadramento in concreto attribuito al singolo e quello che gli sarebbe in astratto applicabile sulla base dei criteri di inquadramento collettivi, quanto meno se si accolga l'interpretazione dell'ordinamento che si è qui ricavata dal ragionamento della sentenza: tuttavia vanno ancora individuati — come cercherò di fare — quegli indizi di “anormalità” che potrebbero neutralizzare la presunzione di cui si è detto e legittimare la messa in discussione dei criteri generali d'inquadramento codicisi dalle parti sociali e la correttezza del loro comportamento nello svolgimento dell'attività contrattuale. Quanto all'ampiezza del sindacato giudiziale, infatti, il citato passaggio della sentenza è cruciale, così come l'altro, secondo il quale

“Il giudice deve provvedere alle necessarie verifiche ed ha il potere di correggere eventuali errori, più o meno volontari, perché il lavoratore riceva l'inquadramento che gli spetta nella categoria o nel livello cui ha diritto”:

è proprio da questa “coda” della sentenza, infatti, che si è tratto argomento per il recente *revirement*, tanto allarmante quanto effimero, a quanto consta (si vedano, infatti, Cass. 7300/1990, 10648/1990, 791/1991, 5590/1991, *citt.* Cfr. altresì De Luca, 1991, p. 406 ss.)

6.1. Spunti giurisprudenziali sulla configurabilità di un dovere di corretta rappresentanza per le organizzazioni sindacali.

Se con riguardo al comportamento datoriale nell'esercizio di poteri discrezionali esistono una vasta letteratura e nutriti orientamenti (*supra* §§ 5.1. e 5.2., ma per un panorama completo cfr. Tullini, 1990b, p. 83 e cap. III), la giurisprudenza offre, invece, solo spunti episodici circa la prospettabilità di un dovere di correttezza delle parti sociali nella negoziazione degli inquadramenti. Avendo in linea di massima accettato il principio dell'intangibilità degli assetti collettivi, essa ne ha stigmatizzato la censurabilità solo in caso di errori o incoerenze palesi (ancora Miscione, 1987, p. 161 ss. e giurisprudenza *ivi cit.*) senza peraltro mai prefigurare, come ha fatto la giurisprudenza statunitense, vere e proprie “figure sintomatiche” di un obbligo di leale rappresentanza e senza quindi indicare i soggetti verso i quali esso dovrebbe eventualmente operare e in forza di quali disposizioni (Liebman, 1985, p. 197 ss.; Toffoletto, 1992 in questo numero).

Si è sostenuto in dottrina (Miscione, 1987, *loc. cit.*) che, anche se il giudice deve fare riferimento *prioritario*, per una corretta classificazione del lavoratore, all'insieme dei criteri predisposti dalla negoziazione collettiva (Cass. 10 dicembre 1982, in *NGL* 1983, p. 24), ciò tuttavia, non potrebbe escludere una loro valutazione *estrinseca*. In questa prospettiva il principio di non ingerenza non potrebbe imporsi fino al punto di legittimare un concreto inquadramento fondato su disposizioni classificatorie palesemente in contrasto con gli stessi criteri generali del sistema o viziate da illogicità manifeste e contraddittorietà reciproche.

Si tratta, evidentemente, di questione delicata, la quale, nei termini in cui è stata impostata da una certa dottrina (Miscione, 1987, p. 162) finirebbe per pregiudicare la tenuta del menzionato principio di intangibilità. Specie in assenza di riferimenti idealtipici consolidati, esso risulterebbe condizionato da valutazioni giudiziali che, con la pretesa di imporre ai contratti una razionalità oggettiva, potrebbero dimostrarsi insensibili alle specifiche ragioni di convenienza delle parti collettive, o alle scelte di ordine strategico e politico che possono aver influenzato la fissazione convenzionale del valore economico delle prestazioni classificate e l'apprezzamento della loro *importanza* nel settore o nell'impresa interessati (art. 96 disp. att., 2103 c.c. e 36 Cost.).

Il rischio di opinabili intrusioni nei delicati equilibri d'interesse composti nella contrattazione è stato avvertito dalla Suprema Corte [così Cass. 13 aprile 1985, n. 2452, in *Rep. GC* 1985, voce Lavoro (contratto individuale)], e, comunque, la giurisprudenza ha di solito escluso l'ammissibilità del sindacato giudiziale sui criteri classificatori generali ed anche su quelli ulteriori che, pur non essendo stati formulati a fini classificatori, costituiscano il fondamento di eventuali disparità di trattamento fra lavoratori inquadrati allo stesso livello. Il criterio di giustificazione delle disparità e la coerenza fra criteri diversi e concorrenti, insomma, andrebbe ricercato nel contesto globale del contratto e nell'insieme di tutte le sue disposizioni, senza che si possa circoscrivere l'indagine alla sola comparazione delle prestazioni classificate nei mansionari, nelle declaratorie e nei profili (in tal senso Greco, 1990, c. 2866; Tosi, 1990; Mazzotta, 1990, c. 2887. Cfr. altresì *Id.*, 1986, p. 327, nonché *Id.*, 1981, c. 224, Dell'Olio, 1982, p. 379, D'Antona, 1986, p. 19).

L'interpretazione della volontà collettiva andrebbe altresì condotta sulla base delle direttive

Fonti collettive e parità
di trattamento
Laura Castelvetro

Fonti collettive e parità di trattamento

Laura Castelvetri

assiologiche ricostruibili dall'intera vicenda contrattuale in cui si inserisce il singolo accordo e non potrebbe pervenire a risultati che ne tradiscano lo spirito, così come esso risulta dalle autonome scelte delle parti sociali (Giugni, 1957, p. 169; Cessari, 1963, p. 98 ss.; Persiani, 1963, p. 276 ss.; Ballestrero, 1969, pp. 36 e 810; Mazzotta, 1986, p. 257; Liebman, 1986, p. 153 ss.; Manassero, 1987, p. 450; per l'applicabilità dell'interpretazione analogica del contratto collettivo, cfr. Cass. 26 gennaio 1985, n. 430, in *RIDL*, 1986, II, p. 251, *contra* Mazzotta, 1986, p. 254).

Proprio per l'assenza di costanti e univoci orientamenti giurisprudenziali in proposito, non sembra inutile, specialmente dopo le direttive di comportamento formulate dalla Corte costituzionale per tutte le parti sociali, ricercare nelle coordinate dell'ordinamento termini di riferimento uniformi per il controllo giudiziale, al fine di delineare regole idealtipiche (Bianca, 1983, p. 211; Giugni, 1990, p. 845; Rodotà, 1987, p. 728) di correttezza dell'organizzazione sindacale, nonché di ricercarne la giustificazione normativa: la clausola generale della buona fede non impone, infatti, comportamenti a contenuto prestabilito, ma si presta tuttavia — come si è sostenuto — ad essere sufficientemente determinata con riferimento a dati effettivi tratti dall'esperienza della vita di relazione" (Bianca, 1983, p. 209; Tullini, 1990b, p. 76 ss. e spec. p. 199 ss.).

6.2. Correttezza e buona fede del sindacato. La fattispecie sindacale come contratto plurilaterale di organizzazione.

Per poter procedere alla preannunciata "tipizzazione di massima" degli obblighi integrativi delle parti sociali nell'attività di contrattazione dei sistemi di inquadramento va preliminarmente chiarito, però, in forza di quale vincolo negoziale e verso quali soggetti il sindacato sia eventualmente tenuto all'adempimento corretto delle sue obbligazioni.

Come si è accennato in precedenza, la prospettiva teorica qui adottata per ricostruire, anche in termini normativi, il potere contrattuale del sindacato è quella del patto plurilaterale di organizzazione fra i lavoratori subordinati, in forza del quale si realizza quella gestione "unitaria o accorpata dei rapporti di lavoro" di tutti i consorti che ne contempera gli interessi reciproci (Dell'Olio, 1980, p. 90 e *passim*) e che, nel caso degli inquadramenti, costituisce altresì lo strumento esclusivo per la limitazione dell'arbitrio datoriale nella gestione del personale.

Prospettare in questi termini i rapporti di reciproca e "circolare" obbligazione fra gli organizzati, e cioè alla stregua di un rapporto negoziale analogo a quello delle parti di un consorzio, fa risaltare con evidenza la configurabilità di un dovere di comportamento corretto a carico di ciascun consorte verso tutti gli altri, così come a carico del loro ente esponenziale nei confronti di tutti i titolari degli interessi individuali rappresentati: sono, dunque, parti del contratto plurilaterale, oltre al sindacato verso tutti, ciascun lavoratore nei confronti dell'organizzazione e di ogni altro singolo organizzato.

Parte della giurisprudenza e della dottrina, ha identificato la buona fede oggettiva o correttezza che dir si voglia (Bianca, 1983, p. 209, Zoli, 1988, p. 227; *contra* Criscuoli, 1984, p. 720, Di Majo, 1984, p. 557, nonché, da ultimo, Tullini, 1990b, pp. 48-51 e ss. con ulteriori riferimenti dottrinali), in una sorta di "solidarietà contrattuale", la quale si specificerebbe ulteriormente in due fondamentali canoni di condotta: il primo valevole nella fase di formazione del contratto, il secondo, invece, in quella della sua esecuzione.

La prima di queste regole imporrebbe dunque a tutti i soggetti contrattuali la "*lealtà del comportamento*" nella fase di formazione del contratto di organizzazione e cioè nel momento in cui si costituisce fra i lavoratori interessati quell'intesa, o quel vincolo di solidarietà, destinati a dare vita alla *gestione accorpata* dei loro interessi.

Nell'ipotesi che qui interessa, il canone della *lealtà* presuppone che il criterio di selezione e sacrificio degli interessi individuali — adottato consensualmente in vista dell'interesse di tutti alla predeterminazione del sistema globale di inquadramento — sia manifestamente riconducibile al *contemperamento* degli interessi di natura economica, anche eventualmente fra loro confliggenti, dei singoli organizzati (Dell'Olio, 1980).

In questa logica, pertanto, potranno dirsi *corretti* patti o "piattaforme" contrattuali favorevoli agli interessi solo di alcuni e non di tutti i coalizzati, purché la scelta sia operata in funzione di realizzare un vantaggio economico apprezzabile per tutti gli altri, quand'anche esso consista nell'imporre un sacrificio globalmente minore degli interessi individuali non selezionati come immediatamente meritevoli di tutela. Il continuo evolversi delle condizioni del mercato del lavoro, infatti, obbliga le organizzazioni sindacali a modificare in parallelo

i criteri di valorizzazione della professionalità, di modo che i sistemi di inquadramento che ne derivano risultano inevitabilmente favorevoli o penalizzanti, rispetto a determinati gruppi o fasce di lavoratori, in funzione, appunto, dei criteri di fondo di volta in volta adottati.

Il secondo canone derivante dalla *solidarietà contrattuale*, riguarda, invece, come s'è detto, la fase dell'esecuzione del contratto e impone un obbligo di *salvaguardia degli interessi delle parti*: nel caso nostro, dunque, esso opera in quella fase in cui si realizza la gestione accorpata degli interessi dei lavoratori, mediante trattative e negoziati fra sindacato e controparte sociale.

Più in particolare, la buona fede nella fase della stipulazione collettiva di sistemi di inquadramento impone a ciascuna parte — e dunque specificamente all'ente che rappresenta tutti i consorti e nei confronti di questi ultimi — di “agire in modo da preservar(ne) gli interessi (...) a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*”, cioè indipendentemente dall'obbligo vigente per tutti di rispettare norme inderogabili a tutela di diritti fondamentali. Questo impegno di solidarietà verso i lavoratori organizzati nascente dal contratto plurilaterale incontra ovviamente un limite nell'interesse *proprio* del soggetto contraente (Bianca, 1983) che, nel nostro caso, è l'agente sindacale che negozia con la controparte imprenditoriale.

In sostanza il soggetto negoziatore sarà tenuto a far salvo l'interesse di tutti e di ciascuno dei consociati, ma non fino al punto di compromettere apprezzabilmente, nella logica dialettica dell'accorpamento, gli esiti globali, quantitativi e qualitativi, raggiungibili con il sistema di inquadramento codeciso insieme agli imprenditori.

Il contratto di organizzazione di cui parla Dell'Olio, come s'è detto, ha infatti come oggetto tipico proprio il temperamento, la selezione e il sacrificio degli interessi di tutti, al fine del conseguimento di un interesse comune. In questo tipo di negoziazioni, l'interesse comune si sostanzia nel censimento e nella valutazione delle mansioni, in contraddittorio con la controparte sociale, attraverso la predisposizione di criteri di collegamento tra posizioni professionali e trattamenti, al fine ultimo di legittimare l'imprenditore alla gestione della forza lavoro sulla base di criteri codecisi, che rispettino e valorizzino la professionalità dei lavoratori e ne tutelino al meglio le prospettive occupazionali in una certa situazione produttiva e di mercato.

Seguendo questa prospettiva, il dovere di corretta rappresentanza del sindacato non imporrebbe certamente di perseguire ed effettivamente realizzare, mediante la contrattazione, certi prestabiliti risultati e solo quelli, con esclusione di altri eventualmente diversi per qualità e quantità. Il canone della *lealtà* prescrive soltanto di “non suscitare (negli organizzati) falsi affidamenti, (di) non speculare su (di questi) e (... di) non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte” (Bianca, 1983, p. 211).

Sempre a questa stregua non si potrebbero qualificare come *leali* i soli comportamenti — del sindacato verso i singoli e di questi fra loro — che siano riusciti a realizzare *tutte* le aspettative di carattere economico-politico dei coalizzati: infatti, lo scopo della gestione accorpata è esclusivamente il temperamento degli interessi coinvolti, e, in particolare, quello che risulti *possibile* in un dato contesto socio-economico, in ragione dei concreti equilibri di forza fra i contraenti collettivi; sarà però necessario che la selezione degli interessi da tutelare nell'immediato sia rivolta ad una ripartizione tendenzialmente omogenea — anche solo in prospettiva — dei vantaggi e degli svantaggi di tutti i consorti (vedi altresì le considerazioni di Maresca, 1985, p. 694).

La clausola collettiva che sia in contrasto con l'interesse individuale di un singolo lavoratore o di un gruppo di individui — come interesse o aspirazione economica ad ottenere regole astratte di inquadramento favorevoli alla professionalità di cui essi siano dotati — non potrà, pertanto, considerarsi il prodotto di un comportamento scorretto del sindacato, essendo a quest'ultimo riconosciuto dalla legge il potere (artt. 96 disp. att., 2103 c.c., 36 Cost.), proprio in forza del contratto di organizzazione (artt. 39, 40 Cost., St. lav., convenzioni O.I.L. 87 e 98), di determinare i valori economici delle mansioni e della professionalità oggettiva o potenziale e di classificarle secondo la loro mutevole importanza contingente.

È dunque consentito, secondo l'ordinamento giuridico, che mediante la gestione accorpata vengano negoziati criteri di classificazione che, per esempio, penalizzino professionalità obsolete o qualità soggettive dei lavoratori che in precedenza risultassero di maggior pregio o importanza in un certo settore produttivo o in una certa organizzazione aziendale; oppure, viceversa, criteri che valorizzino qualità prima considerate convenzionalmente irrilevanti sul piano economico.

Fonti collettive e parità
di trattamento
Laura Castelvetro

Fonti collettive e parità di trattamento
 Laura Castelvetti

Le scelte di selezione e sacrificio degli interessi individuali, espresse nella gestione accorpata, devono, quindi, per dimostrarsi corrette secondo l'ordinamento, risultare da autonomi calcoli di convenienza globale, in una situazione e in un mercato determinati.

6.3. Trascuratezza, irrazionalità, incoerenza delle clausole collettive sui criteri di inquadramento.

Per definire più precisamente il campo dei comportamenti negoziali del sindacato qualificabili come "scorretti" ed escluderne ipotesi che non hanno niente a che vedere con l'obbligo di correttezza, può ricordarsi quanto s'è detto sui caratteri tipici dell'autonomia collettiva (*supra* §§ 4.1.); perché possa caratterizzarsi come sindacale, essa deve prefiggersi l'obiettivo della tutela del lavoro e dell'elevazione professionale e morale dei lavoratori in base a criteri autonomi e genuini, scevri da condizionamenti della controparte ed anzi rivolti proprio a condizionarne il potere nella gestione del fattore lavoro.

Una tale caratterizzazione genuinamente sindacale non potrà certamente rinvenirsi in quelle pattuizioni che, nella sostanza se non anche espressamente, delegano all'imprenditore la disciplina concreta degli inquadramenti: caso che si verifica platealmente, ad esempio, quando l'accordo collettivo rinvia alla discrezionalità dell'imprenditore la determinazione del trattamento normativo del lavoratore, attraverso le cosiddette clausole di "riconoscimento formale". Esse, infatti, assegnano al datore di lavoro la potestà di attribuire al dipendente categorie o livelli prefigurati solo in modo generico dal contratto, privi di ogni riferimento a capacità o compiti specifici e, per conseguenza, senza che al riconoscimento formale di un certo livello debba corrispondere l'effettivo svolgimento di mansioni o funzioni predeterminate.

La giurisprudenza, a fronte di norme di tal genere — piuttosto comuni per l'attribuzione dei vari gradi della categoria dirigenziale — ha sempre abbandonato la sua tradizionale non ingerenza, per sanzionarne la nullità, dichiarandole in contrasto con norme imperative di legge (artt. 36 Cost., 96 disp. att. c.c. Vedi *infra* § 7).

Ipotesi come questa, però, non sono classificabili come inadempimento dell'obbligo di correttezza verso i rappresentati: si tratta, in realtà, di vera e propria rinuncia, da parte del sindacato, a svolgere la propria funzione di riequilibrio e di sostanziale vanificazione della normativa inderogabile, posto che l'indeterminatezza delle classificazioni collettive preclude l'operazione giudiziale del sussumere la prestazione concreta in una fattispecie astratta precisamente definita dalla norma collettiva, ai fini della identificazione del correlativo trattamento normativo.

D'altro canto, s'è visto, l'obbligo di correttezza non impone al sindacato di salvaguardare totalmente le aspettative o gli interessi economici di tutti i lavoratori, essendogli riconosciuto dall'ordinamento il potere tipico di selezionarne e tutelarne solo alcuni, secondo propri criteri di priorità, in vista di un interesse finale sempre dialetticamente cangiante e autonomamente valutabile.

Le clausole generali di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., sembrano imporre, allora, altre diverse obbligazioni alle parti del contratto di organizzazione.

Se è vero, come sembra plausibile, che dalle citate disposizioni codicistiche deriva "una norma di condotta che impone alla parte la considerazione della utilità dell'altra ..., cioè la considerazione di quell'interesse che non è oggetto di una specifica tutela giuridica, e che tuttavia il contraente deve salvaguardare in forza della solidarietà contrattuale" (Bianca, 1983, p. 210), si dovrà ricercare, con specifico riferimento al contratto di organizzazione, quali siano le utilità di ciascuno degli individui coalizzati che, sia ogni consorte, sia il loro ente esponenziale, devono tenere in considerazione nello svolgimento dell'attività negoziale con i terzi.

Una utilità che potrebbe risultare vulnerata o addirittura neutralizzata dalla negoziazione di criteri "scorretti" di inquadramento, è quella assicurata in via generale ad ogni cittadino dalla garanzia di poter sempre "agire in giudizio per la tutela dei propri diritti" (art. 24 Cost.), nell'ipotesi in cui un provvedimento datoriale, pur adottato nel rispetto del criterio collettivo, desti il sospetto di essere stato in realtà motivato da un intento discriminatorio illecito.

Questo affievolimento dell'utilità del singolo può sempre determinarsi quando le clausole collettive siano incoerenti rispetto agli stessi criteri generali a fondamento del sistema classificatorio complessivo: per esempio nel caso in cui, senza ragionevoli motivi di convenienza o di opportunità — alla stregua dei principi cui le parti sociali hanno dichiarato di uniformarsi — esse prevedano trattamenti eguali per prestazioni diverse o viceversa

trattamenti differenziati per prestazioni di valore convenzionale identico. La differenziazione/parificazione che ne consegue non potrebbe trovare, all'interno del sistema, la sua giustificazione economica, politica o strategica e lo stesso sillogismo giudiziale, sebbene operato alla stregua della regola collettiva, finirebbe per convalidare conseguenze disciplinari palesemente illogiche o irrazionali, mentre, d'altro canto, il giudice non avrebbe strumenti per sindacare l'eventuale portata discriminatoria del provvedimento datoriale. Se queste considerazioni esemplificative risultano convincenti, e se è vero che gli obblighi integrativi valgono anche nei confronti dell'agente sindacale, dovrebbe esser vero altresì che il soggetto collettivo, come ogni altro di diritto privato, non può e non deve, esercitando poteri e facoltà propri, neutralizzare la possibilità dei lavoratori organizzati di tutelare in giudizio i *diritti* che l'ordinamento ad essi riconosce; in sostanza non dovrebbe rendere impossibile o ardua la tutela giudiziale dei diritti fondamentali dell'individuo, per esempio quello del lavoratore a non essere discriminato per motivi illeciti nell'assegnazione di un inquadramento retributivo.

E infatti, assumendo come base l'orientamento consolidato secondo il quale le negoziazioni collettive sugli inquadramenti si *presumono* idonee a limitare quell'arbitrio imprenditoriale che la Consulta considera lesivo della dignità umana (*supra* §§ 3.2, 4.3, 5), non può negarsi che l'operare di tale presunzione (la situazione di "normalità" di cui parla Liso, cfr. *supra* §§ 2.3, 4.3, 5) potrebbe rendere gravosa al singolo la contestazione di un provvedimento datoriale appunto arbitrario ed eventualmente discriminatorio per motivi illeciti, in tutti quei casi in cui sia una clausola collettiva "trascurata" a legittimarlo: per esempio perché irrazionale, incoerente o illogica, a mente degli stessi criteri dell'accordo sindacale. La clausola viziata da tali difetti, insomma, renderebbe "diabolica" la dimostrazione in giudizio degli eventuali motivi discriminatori alla base di singoli provvedimenti.

L'obbligo di comportarsi secondo buona fede, non si identifica con (e non intende rafforzare) il rispetto dei doveri che la legge impone al datore di lavoro e alle parti sociali (così, Bianca, 1983, p. 208, Mengoni, 1986, pp. 9-10, Ferraro, 1991a, p. 163; diversamente Rodotà, 1987, p. 730); esso non ha quindi nulla a che fare col dovere di non discriminare il lavoratore per cause tipiche, atipiche e comunque non rilevanti ai fini dell'obbligazione lavorativa, che è inderogabilmente sanzionato dagli articoli 8, 15 e 16 dello Statuto, nonché, in generale, dall'art. 1345 c.c. La buona fede contrattuale, invece, comporta che non solo l'imprenditore, in forza del contratto di lavoro, ma anche il sindacato, in forza del contratto di organizzazione, agiscano nell'esercizio di diritti e poteri, liberi o discrezionali, in modo da preservare — e non annullare — le garanzie di tutela dei propri diritti che l'ordinamento offre a tutti i cittadini.

Si potrà, dunque, in questa logica, identificare la correttezza dovuta dal sindacato come agente negoziale, nel dovere di negoziare sistemi classificatori razionali e basati su criteri ragionevoli e comprensibili di differenziazione dei trattamenti, affinché sia conservata al lavoratore, da un lato, la possibilità di pretendere che i provvedimenti imprenditoriali di inquadramento siano a loro volta trasparenti e ragionevoli nonché, dall'altro, quella di agire in giudizio per farne controllare dal giudice la regolarità e la correttezza alla stregua delle direttive di comportamento che la giurisprudenza ordinaria e la Corte costituzionale hanno progressivamente formulato (analoghe considerazioni riferite al solo imprenditore in Castelvetti, 1992, p. 155 e ss.).

6.4. L'implicazione reciproca tra limiti del potere imprenditoriale e dovere di corretta rappresentanza in materia di inquadramenti.

La relazione di reciproco condizionamento tra contrattazione degli inquadramenti e potere organizzativo (*supra* §§ 1.1, 2 e 5), che l'ordinamento configura essenzialmente come limite dialettico della discrezionalità imprenditoriale (così Corte cost. 103/1989, p. 394), esprime in modo paradigmatico una più generale *implicazione tra libertà sindacale e libertà di iniziativa economica* con riguardo alle regole cui entrambe devono uniformarsi: l'equilibrato temperamento fra gli interessi delle parti, sanzionato dalle pattuizioni collettive finisce, infatti, per riprodurre inevitabilmente sulla prima libertà un riflesso dei limiti che l'ordinamento impone alla seconda. Nel caso dei sistemi di inquadramento, è proprio la negoziabilità dei criteri per la gestione del personale che determina l'implicazione suddetta. In sostanza, infatti:

— se l'ordinamento attribuisce all'autonomia collettiva la suddetta funzione di comprimere l'arbitrio imprenditoriale (esemplare, in tal senso, Cass. 16 gennaio 1979, n. 325, in *GI*,

**Fonti collettive e parità
di trattamento**
Laura Castelvetti

Fonti collettive e parità di trattamento
 Laura Castelvetti

1979, I, 1, c. 939), riconoscendole perciò il potere di determinare liberamente i criteri di inquadramento ai quali il giudice dovrà riferirsi per verificare la corrispondenza della categoria o del livello del lavoratore alle mansioni di fatto, nonché la proporzionalità del trattamento alle mansioni e la stessa giustificazione delle differenziazioni di trattamento (artt. 2103, 96 disp. att. c.c., 36 Cost.);

— se esso impone al datore di lavoro regole di trasparenza e ragionevolezza nell'esercizio dei suoi poteri,

— sarà anche vero che l'autonomia collettiva che comprime quei poteri lo deve fare in modo sostanziale e non solo formale e quindi attraverso criteri codeterminati di inquadramento che a loro volta costringano il datore di lavoro a scelte coerenti e razionali, imponendogli altresì l'obbligo, pur nella sua discrezionalità valutativa, di adottare provvedimenti di concreta amministrazione del personale giustificati e ragionevoli. Risulta inammissibile, infatti, conciliare la funzione di riequilibrio fra le parti del rapporto, che l'ordinamento riconosce all'autonomia collettiva, con la possibilità che gli accordi conseguenti neutralizzino l'inderogabilità delle tutele che la legge stessa pone a presidio del singolo e delle quali la contrattazione sindacale è tenuta a qualificare e quantificare il contenuto.

Le regole di comportamento che si impongono ad uno o a entrambi i soggetti collettivi non possono che riflettersi, dunque, nei risultati della contrattazione.

Le clausole collettive "mal congegnate", che siano il frutto di una non meditata elaborazione dei criteri da parte del sindacato e che pertanto contengano classificazioni incoerenti o irrazionali sono indubbiamente suscettibili di accentuare la vulnerabilità del lavoratore rispetto a concreti provvedimenti dell'imprenditore eventualmente discriminatori. Con riguardo ad una specifica differenziazione di trattamento autorizzata da una clausola o da più clausole fra loro incoerenti del contratto collettivo, qualora operasse la consueta *presunzione* secondo la quale i criteri classificatori collettivi *di per sé* escludono l'arbitrio datoriale, la prova certa dell'eventuale motivo illecito, a carico del lavoratore, risulterebbe infatti particolarmente difficile (Cass. 1 febbraio 1988, n. 868, in *RGL*, 1988, II, p. 358).

Se, invece, risultassero convincenti le argomentazioni sopra esposte si dovrebbe pervenire ad una diversa conclusione: quella, cioè, che la semplice allegazione della clausola collettiva, in questi casi, non sarebbe sufficiente a giustificare il concreto trattamento differenziatore del datore di lavoro, riproponendosi la necessità che sia quest'ultimo a doverne offrire una giustificazione oggettiva e ragionevole, sia pure a fronte, come la giurisprudenza pretende (Trib. Milano 7 gennaio 1978, in *NGL* 1978, p. 7; Trib. Bologna 10 aprile 1978, in *NGL* 1979, p. 258; Trib. Milano 6 dicembre 1986, in *L80* 1987, p. 192; Cass. 6 marzo 1985, n. 1850, in *RIDL* 1985, II, p. 839; Trib. Napoli 29 maggio 1982 e Pret. Roma 4 febbraio 1982, *NGL* 1982, 238), di allegazioni circostanziate circa eventuali motivi discriminatori tipici dell'atto imprenditoriale.

Se, infatti, quello "che conta (per la Corte costituzionale) è che il motivo della disparità di trattamento sia ostensibile, cioè suscettibile di verbalizzazione e (nei limiti del ragionevolmente esigibile) di dimostrazione, ... (così) distingue (ndosi) l'esercizio corretto della discrezionalità imprenditoriale dall'arbitrio signorile, lesivo della dignità personale dei lavoratori dipendenti" (Ichino, 1992, p. 285), la clausola collettiva viziata da difetti che sarebbero inammissibili per il singolo provvedimento del datore di lavoro non potrebbe autorizzare quest'ultimo ad adottare criteri di comportamento che sono stati dichiarati scorretti dallo stesso giudice costituzionale.

Il dovere di motivazione degli atti imprenditoriali, cui fanno riferimento numerose sentenze, può dunque forse intendersi, sulla base del ragionamento sistematico con cui la Corte costituzionale riassume il diritto vivente, come onere di rendere conoscibili al lavoratore e al giudice i criteri generali e i motivi specifici alla base di singoli provvedimenti discrezionali. Nelle ipotesi in cui tale onere non sia soddisfatto, la sussistenza di un illecito motivo discriminatorio — che di norma deve essere provata — potrà presumersi anche in mancanza di riscontri positivi, qualora la mancanza di trasparenza e razionalità dei criteri collettivi che abbiano autorizzato la scelta del datore di lavoro copra, nella sostanza, una delega al suo arbitrio nella gestione concreta delle classificazioni e dei trattamenti normativi.

Non sarà dunque la disparità di trattamento in sé a collocarsi nel mirino del controllo giudiziale, perché in contrasto con un principio generale di parità; saranno, invece, l'irrazionalità o la contraddittorietà dei criteri, individuali o collettivi (Scarponi, 1989, pp. 240-244), che l'abbiano in concreto giustificata, a indurre nel giudice il sospetto che manchi quella situazione di "normalità" cui sopra si è accennato e a legittimare un controllo più

penetrante dei motivi di un atto basato su “palesi difetti” dei criteri di inquadramento (Cass. 16 gennaio 1979, n. 325, cit., sulla quale, parzialmente critico, Ichino, 1992, p. 278 nt. 69). Considerazioni, queste, che si attagliano a certi scenari delle relazioni sindacali italiane, diffusi soprattutto in alcune aziende pubbliche o a partecipazione statale, dove non è infrequente che la trascuratezza delle previsioni collettive in tema di inquadramento possa, più o meno intenzionalmente, aprire spazi a metodi di gestione clientelare dei dipendenti da parte delle direzioni aziendali.

Se, dunque, la trasparenza, la razionalità e la coerenza dei criteri di inquadramento possono costituire la specificazione degli obblighi di comportamento che la stessa sentenza della Corte impone a tutte le parti sociali, la loro eventuale opacità, irrazionalità o contraddittorietà varrebbero a neutralizzare la presunzione che l'accordo collettivo costituisca un effettivo temperamento dei reciproci interessi, nonché ad integrare una manifestazione di scorrettezza di entrambi i soggetti contrattuali collettivi, sia pure a titolo diverso, nei confronti dei lavoratori. Il singolo lavoratore potrà farla valere, sul piano del contratto individuale, con riguardo ad uno specifico atto imprenditoriale, ma trattandosi di atto autorizzato da un accordo collettivo, potrà farlo solo allegando un motivo discriminatorio illecito e non invece contestando l'illegittimità della differenziazione sotto altri profili e, segnatamente, per violazione di un principio di parità.

La sospetta “scorrettezza” del provvedimento datoriale e della clausola collettiva su cui esso si basa potrà in ogni caso essere sanata dall'imprenditore, offrendo la dimostrazione della sua oggettiva o soggettiva giustificazione, così comprovando l'assenza di un motivo illecito determinante, mentre non sarà sufficiente accampare il puro e semplice rispetto del criterio collettivo.

Diverso il caso in cui il lavoratore possa allegare circostanze comprovanti una discriminazione per una causa illecita tipica, poiché in tal caso la presunzione di illiceità dell'atto imprenditoriale sarebbe assoluta e non potrebbe essere vinta da alcuna prova contraria: oltre al resto, la stessa clausola collettiva che autorizzi una discriminazione illecita sarebbe di per sé nulla, secondo le regole inderogabili dell'ordinamento valide nei confronti di tutti i soggetti (8).

In sostanza, e per concludere, anche le parti sociali e non solo l'imprenditore sono sottoposte ad obblighi di comportamento integrativi identificabili nella trasparenza e nella razionalità, nè potrebbero, dunque, attraverso la stipulazione di sistemi di inquadramento palesemente illogici e irrazionali, consentire che sotto il sigillo formale dell'autonomia collettiva venga mascherata, in modo più o meno preordinato, una delega alla mera discrezionalità imprenditoriale.

7. Riepilogo conclusivo.

Se dunque appaiono convincenti le considerazioni sopra esposte si può riassumerne il senso, riepilogando le diverse circostanze che consentono al giudice, dopo

“le necessarie verifiche ... di correggere eventuali errori, più o meno volontari, perchè il lavoratore riceva l'inquadramento che gli spetta nella categoria o nel livello cui ha diritto”.

In primo luogo l'ipotesi dell'intervento correttivo potrà verificarsi in presenza di clausole collettive che classifichino i lavoratori e ne dispongano trattamenti differenziati, a parità di lavoro, sulla base di criteri qualificati dall'ordinamento come illeciti motivi discriminatori. La giurisprudenza ormai costante delle nostre Corti così come quella della Corte di Giustizia delle Comunità Europee fa riferimento a tale principio (da ultimo, CGCE, *arrêt de la Cour*

(8) Così Greco, 1990, c. 2884. Sul problema della soddisfazione degli oneri probatori, cfr. Vallebona, 1988, p. 15 ss.; Id., 1989, p. 333 ss.; Foglia, 1989, p. 359; Ballestrero, 1988, p. 831; Chieco, 1989, pp. 482 c 493 ss.; Chiusolo, 1989, p. 827 ss. Sulle difficoltà pratiche in ordine alla dimostrazione della identità di posizioni lavorative, cfr. L. Ventura, 1990, p. 584. Sulla ripartizione dei carichi probatori nelle controversie relative a trattamenti discriminatori, cfr. M. Barbera, 1990, p. 234 ss. e bibl. ivi cit., ove si segnala la rilevanza che assume il comportamento complessivo del datore di lavoro, rispetto a determinati gruppi sociali o naturali, al fine di “fornire importanti elementi di prova circa le ragioni della disparità di trattamento sofferta dall'individuo”, (p. 240). Cfr., altresì, Scarponi, 1989, pp. 245-246 sull'accuratezza dei criteri collettivi di equivalenza delle mansioni e sul compito che deve essere svolto dal sindacato per evitare clausole discriminatorie.

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetti

— *sixième chambre* — 7 février 1991; cfr., su analoghi precedenti, M. Barbera, 1991, *passim*). In questi casi la clausola collettiva potrà essere dichiarata nulla per contrasto con disposizioni inderogabili di legge nonché con il principio generale di non discriminazione desumibile dalle norme internazionali e dalla stessa Costituzione. Le conseguenze sullo specifico atto imprenditoriale sono note e non è qui il caso di riesaminarle, anche se le questioni relative all'efficacia dei divieti di discriminazione e all'adeguatezza dei rimedi sanzionatori sono tutt'altro che pacifiche e soddisfacentemente assestate (cfr. Ghera, 1991, p. 649 ss.; *QDLRI* n. 7, 1990, e, *ivi*, Scarponi, 1990, p. 47, *Id.*, 1989, nonché M. Barbera, 1990 e *Id.* 1991).

Ulteriore e diverso è il caso in cui le disposizioni contrattuali siano frutto di un contemperamento solo *formale* degli interessi reciproci delle parti sociali, il quale abbia prodotto, anziché l'equilibrato coordinamento delle confliggenti forze di pressione, alla stregua dei precetti fondamentali sopra analizzati, un rinvio *sostanziale*, nell'attribuzione delle categorie e dei trattamenti, all'arbitrio dall'imprenditore. È infatti giurisprudenza costante quella secondo la quale non ha funzione di limite all'arbitrio, e non integra un'effettiva codeterminazione sindacale, il sistema classificatorio che consti di una pura elencazione di livelli, senza indicazione delle correlative mansioni, la cui concreta assegnazione sia rimessa ad unilaterali e discrezionali manifestazioni di volontà del datore di lavoro (in tal senso Cass. 11 marzo 1983, n. 1824, *GC*, 1984, I, 553 con nota di Papaleoni, p. 555, ove riferimenti giurisprudenziali).

In casi del genere — che sono quelli relativi alla legittimità, recentemente sempre negata, delle clausole di riconoscimento formale (Ichino, 1992, p. 294, e p. 315 ove richiami giurisprudenziali) — la mancata specificazione degli elementi oggettivi di identificazione della categoria dirigenziale o del grado in cui si articola al suo interno (prevista dall'art. 2095 *cpv.*, c.c.) precluderebbe al giudice il procedimento sussuntivo alla stregua della regola collettiva e determinerebbe, pertanto, la elusione della stessa normativa inderogabile (artt. 2103 c.c., 36 *Cost.*). Queste clausole sono state considerate nulle prevalentemente in ragione del loro contrasto con l'art. 96 disp. att. c.c. e 36 *Cost.*, ma se ne può contestare la legittimità anche solo alla stregua dell'art. 1355 c.c., secondo il quale la condizione meramente potestativa, — qual'è in sostanza l'insindacabile giudizio del datore di lavoro ai fini dell'attribuzione di un determinato trattamento — è parimenti nulla.

Quanto poi alle previsioni contrattuali viziate da errori manifesti o da evidente contraddittorietà nei criteri di collegamento interno, in corrispondenza ai principi che devono necessariamente presiedere all'attività delle parti sociali in materia e agli obblighi relativi di ragionevole giustificazione che l'ordinamento prescrive anche per le regole collettive, va solo ribadito che la forma pattizia non potrà impedire che gli atti imprenditoriali conformi ad esse vengano assoggettati a quel penetrante controllo in cui sempre incorrono quando se ne possa presumere la natura arbitraria o discriminatoria, con conseguente inversione dell'onere di dimostrarne l'oggettiva giustificazione, nei limiti sopra indicati.

L'intervento *correttivo* del giudice insomma, potrebbe operare esclusivamente sullo specifico atto di amministrazione del singolo rapporto di lavoro, valutandone la coerenza con le prescrizioni collettive. Solo nel caso in cui queste ultime abbiano convalidato criteri discriminatori illeciti secondo l'ordinamento positivo, oppure abbiano delegato all'imprenditore scelte insindacabili ed arbitrarie, oppure, ancora, gli abbiano consentito l'adozione di criteri irrazionali, incoerenti o contraddittori, il concreto provvedimento potrà essere vagliato *come se* non fosse stato autorizzato dalla contrattazione collettiva, poiché non potrebbe operare, in tali ipotesi, la consueta presunzione secondo la quale l'autonomia negoziale delle parti sociali costituisce un effettivo strumento di riequilibrio delle reciproche forze contrattuali del datore di lavoro e del lavoratore (art. 39 *Cost.*).

L'inadempimento degli obblighi di correttezza da parte degli agenti negoziali collettivi, e in particolare da parte di quello sindacale, determinerebbe una sorta di delegittimazione indiretta della funzione compositiva del contratto o della clausola stipulati in violazione di tali obblighi.

Il rilievo di questo inadempimento sul piano della rimozione degli effetti negativi per il lavoratore non potrà che gravare sul datore di lavoro, il quale, sebbene sia solo indirettamente obbligato nei confronti dei lavoratori nella fase della codeterminazione collettiva della clausola viziata, ne diviene però direttamente responsabile uniformando ad essa uno specifico provvedimento organizzativo (sulla tematica delle misure reattive alla violazione dell'obbligo di correttezza, cfr. Tullini, 1990b, pp. 287-390).

Nulla impedisce, peraltro, che l'imprenditore disinnesci preventivamente l'intervento

correttivo del giudice “sanando” indirettamente, per così dire, l’eventuale “trascuratezza” degli accordi collettivi e attenendosi nell’esercizio dei suoi poteri sui dipendenti a quei criteri di comportamento che la giurisprudenza ha progressivamente indicato come corretti.

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetri

Bibliografia

- Amoroso**, (1990), *Nota a Cass.* 8 marzo 1990, n. 1888 e 9 febbraio 1990, n. 947, *FI*, I, 826.
- Angiello**, (1989), *La parità di trattamento nel diritto del lavoro: una svolta?*, *DL*, X, p. 310 ss.
- Angiello**, (1979), *La parità di trattamento nei rapporti di lavoro*, Milano.
- Ballestrero**, (1990), *Ambito di applicazione della disciplina sui licenziamenti: ragionevolezza delle esclusioni*, *LD*, p. 273;
- Ballestrero**, (1969), *Note in tema di interpretazione dei contratti collettivi*, *RTDPC*, pp. 36 e 810.
- Ballestrero**, (1988), *Uguaglianza, parità, differenza*, *L80*, p. 831.
- Barbera (M.)**, (1991), *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- Barbera (M.)**, (1990), *Poteri datoriali e problema della giustificazione della normativa antidiscriminatoria*, *QDLRI*, n. 7, p. 35.
- Bellardi**, (1991), *Rinnovi contrattuali e “nuove regole” delle relazioni industriali*, *IS*, n. 17, p. 3
- Bianca**, (1983), *La nozione di buona fede, quale regola di comportamento contrattuale*, *RDC*, 1983, I, p. 210.
- Bianchi D’Urso**, (1987), *La mobilità “orizzontale” e l’equivalenza delle mansioni*, *QDLRI*, n. 1, p. 117.
- Cassata**, (1990), *Sul problema della parità di trattamento normativo e retributivo dei lavoratori dipendenti*, *RIDL*, II, p. 807.
- Castelvetri**, (1976) *Gli strumenti e i contenuti delle relazioni industriali nel sistema intersindacale: la contrattazione collettiva*, in *Sindacato industria e Stato nel dopoguerra*, a cura di F. Peschiera.
- Castelvetri**, (1991) *Sull’ammissibilità di “codici” di autoregolamentazione dei criteri di valutazione dell’imprenditore*, nota a Pret. Roma 22 marzo 1990, *RIDL*, II, p. 755.
- Castelvetri**, (1992), *Le indagini motivazionali nelle strategie aziendali e nello Statuto dei lavoratori*, in *Strategie di comunicazione e Statuto dei lavoratori. I limiti del dialogo tra impresa e dipendenti*, a cura di P. Ichino, Milano, Giuffrè.
- Cella, Manghi**, (1972), *Analisi critica del sistema delle qualifiche*, in *Cella, Divisione del lavoro e iniziativa operaia*, Bari, p. 76 ss.
- Cessari**, (1963), *L’interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, Giuffrè.
- Chieco**, (1990) *La parità di trattamento nel rapporto di lavoro dopo la sentenza n. 103/1989 della Corte Costituzionale: primi interventi della Corte di cassazione*, *RGL*, II, p. 24.
- Chieco**, (1989), *Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi della giurisprudenza*, *RGL*, I, p. 447.
- Chiusolo**, (1989), *Parità di trattamento: prospettive vecchie e nuove dopo la sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale*, *L80*, 827.
- Corsinovi**, (1991), *Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento: un difficile confronto*, nota a Pret. Ancona, 9 gennaio 1991, *RIDL*, II, p. 562.
- Criscuoli**, (1984), *Buona fede e ragionevolezza*, *RDC*, I, p. 720.
- D’Antona**, (1990), *La statuto dei lavoratori: le tecniche di tutela. Relazione al Convegno su Lo Statuto dei lavoratori*, Palermo 17-20 maggio 1990, (dattiloscritto).
- D’Antona**, (1986), *Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione*, *RGL*, I, p. 4.
- De Luca**, (1991), *Parità di trattamento nei rapporti privati di lavoro: profili problematici e prospettive di un recente “revirement” giurisprudenziale*, *DL*, I, p. 406.
- Dell’Olio**, (1982). *Giurisprudenza di Cassazione e autonomia collettiva*, *DL*, I, p. 379.
- Dell’Olio**, (1980), *L’organizzazione e l’azione sindacale in generale*, in *Dell’Olio, Branca, L’organizzazione e l’azione sindacale*, Padova, Cedam.
- Della Rocca**, (1991), *Incentivi: quale salario e quale partecipazione?*, *IS* n. 17, p. 9.
- Di Majo**, (1983), *Limiti ai poteri privati nell’esercizio dell’impresa*, *RGL*, I, p. 341.
- Di Majo**, (1984), *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, *RCDP*, p. 549.
- Duina**, (1991), *La mansione del lavoratore: dettato normativo e sviluppi della realtà produttiva*, *IS*, n. 5, p. 13.
- Fanelli**, (1986), *Limiti dei poteri privati nell’esercizio dell’impresa: profili giurisprudenziali*, in *Studi in onore di D. Napoletano*, Milano, p. 341.
- Ferraro**, (1991a), *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, *DRI*, n. 1, p. 163.
- Ferraro**, (1991b), *Continuità e innovazione nella giurisprudenza lavoristica della Corte costituzionale*, *RIDL*, I, 369.
- Flammia** (1963), *Contributo allo studio dei sindacati di fatto*, Milano, Giuffrè.
- Foglia**, (1989), *Nota a Corte cost 9 marzo 1989*, n. 103, *DL*, II, 359.
- Santoro Passarelli (G.) e Ventura (L.)**, (1990), *Il problema della parità di trattamento retributivo*, *DLRI*, 567.

Fonti collettive e parità di trattamento

Laura Castelvetri

Bibliografia

Garilli, (1987), *Le categorie legali nell'interpretazione giurisprudenziale*, *QDLRI*, n. 1, p. 75.

Garilli, (1988), *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Napoli, Jovene.

Garilli, Tosi, (1987), *Una nuova categoria legale: i quadri*, *QDLRI*, n. 1, p. 103.

Ghera, (1984), *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, *MGL*, p. 392.

Ghera, (1991), *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, *DLRI*, p. 633.

Ghera, (1989), *Parità di trattamento e principio di correttezza nel rapporto di lavoro: un nuovo orientamento della Corte Costituzionale*, *GCost*, I, 2, p. 549.

Giugni, (1957), *Appunti sull'interpretazione del contratto collettivo*, *RDL*, II, p. 169.

Giugni (1975) *Mansioni e qualifica* (voce), *Enc. dir.*, vol. XXV.

Giugni, (1990), *La dottrina giuslavoristica nel 1989*, *DLRI*, p. 845.

Grandi, Pera, (1985), *Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam.

Greco, (1990), *Il principio di uguaglianza nel rapporto di lavoro: parità di trattamento e divieto di discriminazione dopo la svolta della Corte costituzionale*, *FI*, I, c. 2866.

Ichino, (1992). *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2094-2095. Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, 247-264, Milano, Giuffrè.

Laudo, (1989), *Parità retributiva e mansioni del lavoratore*, *DL*, p. 529.

Liebman, (1986), *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, Giuffrè.

Liebman, (1985), *Garanzie individuali e tutela sindacale nel sistema di contrattazione collettiva degli Stati Uniti*, *RI*, p. 197.

Liso, (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Angeli.

Liso, (1987), *L'incidenza delle trasformazioni produttive*, *QDLRI*, n. 1, p. 54.

Manassero, (1990), *Osservazioni su di una recente pronuncia della Cassazione in tema di rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, *RIDL*, 1987, II, 450.

Manassero, *Parità di trattamento e poteri imprenditoriali*, *DPL*, 1990, p. 2805.

Mannacio, (1990), *Nota a Cass.* 9 febbraio 1990, n. 947 e 8 marzo 1990, n. 1888, in *DPL*, 1079.

Maresca, (1985), *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, *DLRI*, p. 685.

Maresca, (1990), *La Cassazione "scopre" la parità di trattamento dei lavoratori: ma esiste davvero?*, *LI*, n. 6, p. 3.

Mariani, (1989), *Nota a Corte Cost.* 9 marzo 1989, n. 103, *RIDL*, II, 389.

Mazzotta, (1981), *Contratti collettivi di diverso livello e principio di uniformità*, *FI*, I, c. 224.

Mazzotta, (1986), *La Cassazione, il contratto collettivo e l'analogia "interna"*, *RIDL*, II, p. 257.

Mazzotta, (1987), *Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto*, *RIDL*, II, p. 188.

Mazzotta, (1990), *Parità di trattamento ed autonomia collettiva: dal mercato economico al mercato giudiziario*, *FI*, I, c. 2887.

Mazzotta, (1991a.), *Diritto del lavoro e categorie civili-stiche*, *RIDL*, I, p. 35.

Mazzotta, (1991b), *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, *Relazione al IX Congresso Nazionale AIDLASS*, Udine 10-12 maggio 1991, in *DLRI*, p. 506.

Mazzotta, (1989), *Variazioni sui poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, *DLRI*, 583.

Mengoni, (1986), *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *RCDP*, p. 9.

Mengoni, (1987), *La cornice legale*, *QDLRI*, n. 1, p. 48.

Mengoni, (Proto Pisani, Orsi Battaglini), (1990), *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile e diritto amministrativo. Diritto civile*, *DLRI*, p. 5.

Miranda, (1989), *Costituzione e principi generali*, *L80*, p. 371.

Miscione, (1987), *La classificazione dei lavoratori nella contrattazione aziendale*, *QDLRI*, p. 158.

Montuschi, (1979), in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori. Commentario del c.c. a cura di Scialoja e Branca*, Zanichelli-II Foro it., Bologna-Roma.

Natoli, (1989), *La Corte costituzionale e la parità di trattamento*, *RGL*, II, p. 7.

Paladin, (1965), *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano.

Papaleoni, (1984), *Profili di discrezionalità nell'inquadramento dei lavoratori: problemi applicativi*, nota a Cass. 11 marzo 1983, n. 1824, *GC*, I, p. 553.

Pera, (1989), *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, nota a Corte Cost. 9 marzo 1989, n. 103, *RIDL*, II, p. 389.

Persiani, (1963), *Natura e interpretazione delle norme delegate sui minimi di trattamento ai lavoratori*, *RDL*, I, p. 276.

Petitti, (1989), *La parità di trattamento tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione*, in *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, p. 56.

Rodotà, (1987), *Il tempo delle clausole generali*, *RCDP*, p. 728.

Romagnoli, (1987), voce *Amministrazione del rapporto di lavoro*, *Digesto IV*, I, Torino, Utet, p. 112.

Santoni, (1989), *Parità di trattamento dei lavoratori nelle imprese private*, in *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma.

- Scarponi**, (1989), *I giudici e il divieto di discriminazioni*, *QDLRI*, n. 6, p. 234.
- Scarponi**, (1990), *Criteri obiettivi di selezione e valutazione del personale e discriminazione indiretta*, *QDLRI*, n. 7, p. 47.
- Scognamiglio**, (1989a), *Considerazioni sulla sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale in tema di parità di trattamento retributivo dei lavoratori subordinati*, *MGL*, p. 127.
- Scognamiglio**, (1989b), *Considerazioni in tema di parità delle condizioni di trattamento economico-normativo dei lavoratori subordinati*, in *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, p. 80.
- Scognamiglio**, (1990), *Parità e libertà di trattamento economico e inquadramento dei lavoratori (a proposito di due recenti sentenze del supremo collegio)*, *MGL*, p. 158.
- Silvagna**, (1983), *Parità di trattamento nell'impresa e struttura del rapporto di lavoro*, nota a Pret. Cosenza, 28 aprile 1983, *RIDL*, II, p. 918.
- Toffoletto** (F.), (1992), *The duty of fair representation nel diritto sindacale americano*, in questo numero.
- Tosi**, (1990), *Parità in busta paga: arbitro il contratto*, *Il sole* 24 ore, 27 marzo.
- Tosi**, (1986), *Commentario alla legge 190, NLCC*, n. 1.
- Treu**, (1974), *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, Angeli.
- Tullini**, (1987), *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro (spunti per una ricerca)*, *RTDPC*, 1987, 870.
- Tullini**, (1990a), *A proposito di parità di trattamento e rapporto di lavoro*, *RTDPC*, p. 1237.
- Tullini**, (1990b), *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, Maggioli.
- Vallebona**, (1988), *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam.
- Vallebona**, (1989), *L'onere della prova degli atti discriminatori*, *LD*, 333.
- Veneto**, (1974), *Contrattazione e prassi nei rapporti di lavoro*, Bologna.
- Ventura (L.)**, (1984), *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano.
- Zagrebel'sky**, (1986) *La dottrina del diritto vivente*, *GCost.*, I. p. 1150.
- Zambelli**, (1991), *Osservazioni critiche in tema di condotta antisindacale e violazione del contratto collettivo*, nota a Pret. Roma 22 marzo 1990, *RIDL*, II, p. 763.
- Zoccatelli**, (1987), *Evoluzione e prospettive dell'inquadramento unico nei contratti di categoria. L'inquadramento dei lavoratori*, *QDLRI*, n. 1, p. 137.
- Zoli** (1988), *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, Giuffrè.
- Zoli**, (1985), *Recensione a Emmanuel Gaillard, Le pouvoir en droit privé*, Paris, *RTDPC*, 633.
- Zoppoli (L.)**, (1991) *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, ESI.

Fonti collettive e parità di trattamento
Laura Castelvetri

Bibliografia

Incentivi retributivi, differenziazioni di trattamento e principio di parità

Anna Alaimo

Sommario

1. Incentivi retributivi e differenziazioni di trattamento. **2.** La individualizzazione della retribuzione: parità di trattamento, autonomia individuale e controllo collettivo. **3.** Le differenziazioni retributive disposte dai contratti collettivi e il principio di parità di trattamento.

1. Incentivi retributivi e differenziazioni di trattamento.

Le riflessioni che seguono intendono affrontare il tema della parità di trattamento partendo dall'osservazione di una serie di tendenze in atto nel campo retributivo; esse prendono spunto da alcuni fenomeni di differenziazione collegati alla diffusione delle nuove forme di retribuzione variabile e incentivante.

Com'è rilevato da una serie di analisi sull'evoluzione delle strutture retributive negli anni '80, la caratteristica principale dei processi di determinazione delle retribuzioni è rappresentata, in questo periodo, da una decisa ripresa di importanza della contrattazione del salario, sia individuale, che collettiva, nei luoghi di lavoro (1).

L'incremento della determinazione del salario a livello decentrato è notoriamente collegato all'emersione di una serie di voci retributive nuove: alla diffusione dei premi collettivi di redditività e di produttività, che costituisce il fenomeno più noto, si affianca un uso crescente di sistemi di retribuzione individualizzati; i dati che emergono dai più recenti studi sugli incentivi retributivi mostrano, anzi, che le quote di retribuzione legate ai sistemi di incentivazione individuale sono più elevate rispetto a quelle relative alle forme di incentivazione collettiva (queste ultime non superano quasi mai il 10% della retribuzione globale, mentre le quote collegate agli incentivi individuali giungono a coprire anche il 25%-30% della retribuzione globale: A. Zoppoli, 1991; Gaeta, 1990; Bordogna, 1989; Shonfield, 1989; Della Rocca, 1989; Pero, 1989).

La varietà dei sistemi di integrazione delle retribuzioni a livello decentrato produce significativi effetti di differenziazione dei trattamenti retributivi, visibili anche all'interno delle singole imprese.

Si possono individuare, in particolare, due tendenze:

a) una prima è rappresentata dall'incremento delle quote di *retribuzioni individualizzate*. Si tratta di un fenomeno non omogeneo: aumenta l'uso dei più tradizionali superminimi (Della Rocca, 1990), ma si diffondono anche "voci" retributive nuove: si pensi alle quote erogate in base ai cd. "incentivi di successo", riservati a *managers* e quadri e, di solito, definiti tramite contrattazione individuale e, ancora, ai cd. "aumenti di merito" la cui

note

(1) Sulla tendenza v. i Rapporti Asap, 1989 e 1990 e il Rapporto Carniti, 1987; cfr. Biagioli, Cardinaleschi, 1991, p. 42 e ss. e i vari contributi raccolti nel volume "Il sistema retributivo verso gli anni '90", 1989, sp. quelli su "Contrattazione decentrata e politica retributiva aziendale".

Incentivi retributivi e parità di trattamento
 Anna Alaimo

erogazione è, invece, rimessa al potere discrezionale delle direzioni aziendali (Mardsen, 1990; Shonfield, 1989; Reyneri, 1988).

b) La seconda tendenza — forse meno netta, ma sicuramente già significativa — è rappresentata dalla presenza di differenziazioni di trattamento retributivo disposte dalla stessa *contrattazione collettiva integrativa*. Anche qui il quadro non è omogeneo: le ipotesi più frequenti sono rappresentate dalle differenziazioni di trattamento collegate, dagli accordi di produttività e di redditività, ai diversi livelli dell'inquadramento contrattuale e alle diverse tipologie di contratto utilizzate dall'impresa.

A partire dai primi anni '80 vengono, inoltre, sempre più frequentemente contrattati incentivi retributivi "di gruppo", per effetto dei quali il trattamento salariale di certi gruppi di lavoratori viene differenziato rispetto a quello di altri. Si tratta di incentivi collegati a particolari configurazioni dell'organizzazione del lavoro, basate sulla istituzione di "gruppi", "isole" o altre "unità" di produzione. Non a caso queste forme di incentivo si sono diffuse all'inizio degli anni '80, proprio in seguito ai mutamenti dei processi di produzione tipici del periodo. Esse rappresentano la maggiore innovazione apportata al modello del cottimo di squadra, rispetto al quale il principale elemento di novità è rappresentato dai diversi parametri utilizzati per la misurazione dei rendimenti di gruppo, non più meramente qualitativi o temporali, ma di qualità, efficacia, efficienza etc... (Zuccarini, 1984; Cugini, 1989).

Si riscontra, quindi, una tendenza della contrattazione collettiva a disporre applicazioni differenziate della retribuzione variabile.

Questa tendenza trova riscontro anche all'estero: in Francia, per esempio, la partecipazione agli utili, che può essere introdotta dai cd. accordi collettivi d'*intérêtsement*, può essere istituita per differenti gruppi di lavoratori: più di un accordo di partecipazione può infatti essere stipulato nell'ambito di una stessa impresa (2) (Uvalic, 1990, p. 76).

L'impressione che si ricava è che la stessa contrattazione collettiva cominci ad abbandonare il suo tradizionale ruolo di fonte di trattamenti *standard* e uniformi, adeguando, anche per gli aspetti retributivi, i propri contenuti alle flessibilità richieste dalle imprese.

Il fenomeno della differenziazione dei trattamenti retributivi evoca, immediatamente, il problema della parità di trattamento. L'importanza del profilo egualitario nell'uso dei sistemi di retribuzione ad incentivo viene messa in risalto dagli stessi studi sociologici sull'argomento. Com'è stato scritto, il successo degli incentivi retributivi è subordinato ad alcune "condizioni di equità", tra le quali particolare rilievo assume la comparazione di *performance* e di compensi tra individui. "L'interazione tra individui stabilisce un principio di equità per cui individui con performance simili dovrebbero avere lo stesso tipo di compenso premiante"; si verificano, infatti, condizioni critiche dal punto di vista del consenso e della motivazione in ambienti in cui esiste la percezione che tale principio non sia stato rispettato. Le imprese dovrebbero quanto più possibile evitare di utilizzare, pertanto, sistemi di valutazione discrezionali e arbitrari (Della Rocca, 1987, 28; Fondazione Seveso, 1989, sp. 32 e ss.).

Simili valutazioni esulano, ovviamente, dal campo più strettamente giuridico e riguardano, piuttosto, le tecniche di gestione delle risorse umane nelle aziende; è interessante, tuttavia, notare come il problema della parità di trattamento venga evocato anche dagli studi che riguardano l'efficacia dell'implementazione di queste tecniche negli ambienti di lavoro.

2. La individualizzazione della retribuzione: parità di trattamento, autonomia individuale e controllo collettivo.

Il problema della parità di trattamento va diversamente affrontato in rapporto alle due tendenze considerate (la individualizzazione della retribuzione, da una parte; le differenziazioni collettive, dall'altra).

La questione della negoziazione individuale o dell'erogazione unilaterale di quote individualizzate di retribuzione rinvia al problema della eventuale vincolatività del principio di pari trattamento nei confronti degli atti di autonomia individuale e delle erogazioni unilateralmente compiute dal datore di lavoro (Pasetti, 1970; Ventura, 1984, sp. 270 e ss.; Isenburg, 1984).

Com'è noto, il tentativo dottrinale di far operare questo principio, in materia retributiva, ha

note

(2) Il sistema di partecipazione agli utili è stato recentemente ridisciplinato, in Francia, dalla *Ordonnance* 1134/1986, che ha modificato le precedenti *Ordonnances* del 7 gennaio 1959 e del 17 agosto 1967, rispettivamente relative ai sistemi di *intérêtsement* e di *participation*.

fatto leva sull'art. 36 della Costituzione. L'obbligo di pari trattamento è stato, così, costruito come un corollario necessario della regola di proporzionalità (3).

La medesima dottrina favorevole all'esistenza di un principio di parità di trattamento nel campo retributivo, non ha mai mancato di rilevare, tuttavia, che lo stesso criterio della qualità, contenuto nell'art. 36 Cost., consente al datore di lavoro di operare differenziazioni di trattamento legittime se collegate ad elementi qualitativi della prestazione, alla funzionalizzazione del lavoro ad obiettivi o risultati specifici o a particolari meriti del lavoratore, essendo — quello della “qualità” — un criterio che lascia aperta ogni possibilità di valutazione della singola prestazione (per tutti, Scognamiglio, 1978; Galantino, 1980, 168-169).

La legittimità di differenziare in base ad elementi qualitativi della prestazione non appare contraddetta dai più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di parità di trattamento.

Come ha avuto modo di chiarire la Cassazione, le differenziazioni di trattamento sono ammissibili purché rispondano “a criteri predeterminati e collegabili, anche attraverso la sollecitazione del dipendente ad una maggiore produttività, al perseguimento degli obiettivi previsti dall'attività imprenditoriale” (Cass. 8 marzo 1990, n. 1888, *RGL*, 1990, II, 13, con nota di Chieco).

Secondo la Corte costituzionale, il potere di differenziare non può esprimersi, infatti, “in termini di pura discrezionalità o di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed, in specie, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana” (Corte cost. 9 marzo 1989, n. 103, in *RIDL*, 1989, II, 389, con note di Mariani e Pera; in *MGL*, 1989, 127, con nota di Scognamiglio e in *RGL*, 1989, II, ... con nota di Natoli).

La giurisprudenza ammette, pertanto, che differenziazioni di trattamento funzionali al perseguimento delle finalità economiche dell'impresa possano essere legittimamente praticate, purché esse avvengano nel rispetto dei valori enunciati dal comma II dell'art. 41.

Com'è stato evidenziato, il dato più significativo che emerge dalle due sentenze di Cassazione successive alla decisione della Corte costituzionale è rappresentato dal riconoscimento delle ragioni del profitto imprenditoriale come cause di legittima differenziazione dei trattamenti (Maresca, 1990, 4); non meno significativa appare, tuttavia, la necessità — anch'essa affermata dalle due decisioni — di dare applicazione a criteri di differenziazione oggettivi (Ventura, 1990, 583).

Tornando alle ipotesi delle applicazioni differenziate dei sistemi incentivanti e, in particolare, alle forme di individualizzazione fondate su erogazioni unilaterali del datore di lavoro (quali, ad es. gli aumenti di merito), risulta allora evidente che l'esistenza di criteri di valutazione delle prestazioni (e di erogazione degli aumenti) obiettivi e, quanto più possibile, trasparenti diventa una indispensabile condizione di legittimità delle conseguenti differenziazioni di trattamento (già Ventura, 1984, sp. 283 e ss.; cfr., ora, L. Zoppoli, 1990, 378 e ss.) (4).

È anche vero, tuttavia, che, nell'eventualità di una controversia, il giudizio sulla obiettività e sulla trasparenza dei criteri resta legato alla soggettiva valutazione del giudice (5) al quale rimane affidato il compito di individuare tutti gli elementi di fatto, idonei a rendere legittimo o meno il sistema.

Un elemento sintomatico di imparzialità potrebbe essere rappresentato, al riguardo, dalla partecipazione di soggetti di rappresentanza collettiva alla preventiva definizione dei criteri. Una partecipazione che potrebbe risolversi, in concreto, nella semplice consultazione, o nell'esame congiunto o giungere ad una vera e propria negoziazione dei criteri.

Traendo esempio da alcuni sistemi di valutazione praticati all'estero per l'erogazione degli aumenti di merito, si potrebbe, così, pensare all'adozione di “scale” strutturali di analisi dei rendimenti individuali. Si tratta di sistemi che organizzano in apposite “griglie” una serie di parametri di valutazione delle prestazioni (qualità, quantità, attitudine, presenza etc. ...),

Incentivi retributivi e parità di trattamento
Anna Alaimo

note

(3) Per questa costruzione, per tutti, Treu (1979); in senso contrario si è tradizionalmente orientata la giurisprudenza, per la quale il criterio della proporzionalità è dettato con esclusivo riferimento al singolo rapporto di lavoro e non consente comparazioni intersoggettive (per tutte Cass. 16 luglio 1979, n. 4149, *RGL*, II, 895).

(4) Sul nesso fra “trasparenza” dei sistemi retributivi “differenzianti” e onere della prova si veda la nota decisione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 17 ottobre 1989, n. 109/1988 (*RGL*, 1990, II, 521, con nota di De Cristofaro), per la quale la mancanza di trasparenza di un sistema retributivo “differenziante” inverte l'onere della prova dell'eventuale discriminazione indiretta.

(5) Per un caso di sindacato giudiziario sulla legittimità di un sistema di valutazione delle prestazioni di lavoro (e di correlativa erogazione di superminimi individuali) unilateralmente predisposto dall'azienda, v. Pret. Roma, 22 marzo 1990, *RIDL* II, 1991, 755, con note di Zambelli e Castelvetri.

**Incentivi retributivi e
parità di trattamento**
Anna Alaimo

assegnando a ciascun parametro una quantità di punti (variabile da un minimo ad un massimo) che la direzione ha il potere di attribuire, poi, ai singoli lavoratori. Il punteggio globalmente ottenuto da ciascuno determina il *quantum* dell'aumento individuale. Anche se l'assegnazione dei punti rientra nella discrezionalità dell'impresa, il sistema di valutazione è, evidentemente, strutturato secondo criteri obiettivi e trasparenti.

Questi sistemi, tradizionalmente impiegati in Germania (Niebur, 1991), sono stati recentemente utilizzati anche in Francia e nel Regno Unito dove, a partire dagli anni '80, le forme di individualizzazione del salario (la *individualisation des augmentations salariales e la merit pay*) hanno avuto una crescente diffusione.

Appare, qui, ampiamente utilizzato il controllo collettivo di questi sistemi. In Francia, per esempio, l'*individualisation* della retribuzione forma, quasi sempre, oggetto di contrattazione aziendale: si stabilisce, in questa sede, che una certa percentuale dell'aumento globalmente contrattato verrà erogata in base a meccanismi di individualizzazione. In alcuni casi, i sistemi di valutazione dei rendimenti individuali (le cd. *grilles d'évaluation*) sono preventivamente discussi con i delegati del personale o con i comitati di impresa, giungendo qualche volta, alla stipulazione di veri e propri accordi (Boissard, Plassart, 1987; Grandjean, 1987; Maury, 1989). Analogamente, in Gran Bretagna, la contrattazione collettiva di livello decentrato tende a controllare alcuni profili dei *merit awards* (premi di merito); viene contrattata, anche qui, tanto l'introduzione della retribuzione di merito, quanto, per esempio, l'entità del *budget* complessivo destinato a tali aumenti o l'incremento minimo relativo al primo livello di *performance* (Mardsen, 1990, sp. 6-7; IRRR, PBB, 1990, n. 266, 5).

La praticabilità di questi metodi di controllo si scontra, in Italia, con le incertezze relative all'attuale sistema di rappresentanza e di contrattazione aziendale e rinvia al problema della ridefinizione delle rispettive forme (per il profilo relativo alla rappresentanza, Alleva, 1991; Scarponi, 1991). Proficuo, potrebbe rivelarsi, in questo campo, il ricorso a soggetti di rappresentanza specializzati, distinti dalle strutture di rappresentanza comuni e inseriti in appositi comitati paritetici, dotati di competenze tecniche specifiche in materia di gestione dei sistemi di retribuzione aziendale (6).

3. Le differenziazioni retributive disposte dai contratti collettivi e il principio di parità di trattamento.

Le differenziazioni retributive disposte dalla contrattazione collettiva rinviano immediatamente alla questione della vincolatività del principio di pari trattamento nei confronti dell'autonomia collettiva.

Com'è noto, la giurisprudenza anteriore alla sentenza della Corte costituzionale del 1989 si è tradizionalmente orientata in senso negativo, ritenendo che il principio non vincoli l'esercizio degli atti di autonomia collettiva e, in particolare, l'attività di contrattazione (7) La stabilità di quest'orientamento è stata recentemente intaccata dalla sentenza della Corte costituzionale del 1989, secondo la quale "per tutte le parti, anche per quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali" e tra questi, in particolare, quello della pari dignità sociale dei lavoratori (art. 41, comma 2, Cost.).

Mentre il nuovo orientamento trova seguito in qualche decisione della giurisprudenza ordinaria (8), un altro significativo segnale proviene — rispetto ai divieti di discriminazione — dalla giurisprudenza comunitaria: secondo una recente pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (9), il divieto di discriminazioni sessuali — dirette e indirette — vincola anche i contratti collettivi; la sua violazione autorizza il giudice nazionale a disapplicare direttamente le disposizioni contrattuali discriminanti, senza richiederne o attenderne la rimozione da parte della stessa contrattazione collettiva.

Nonostante le sollecitazioni provenienti da queste decisioni, l'idea che il generale principio di pari trattamento vincoli anche l'autonomia collettiva continua a suscitare, in dottrina e in

note

(6) La previsione di appositi sistemi di informazione e controllo e l'istituzione di apposite commissioni paritetiche costituisce, del resto, un dato già abbastanza diffuso negli accordi che introducono forme di retribuzione incentivante di tipo *collettivo* (cfr. Biagioli, Cardinaleschi, 1991). Il recente accordo Zanussi del 19 ottobre 1991 offre un significativo esempio di ricorso ad organismi congiunti per la gestione di specifiche materie aziendali (diverse, comunque, da quella retributiva).

(7) Tra le tante Cass. 28 giugno 1978, n. 3235, *RGL*, 1979, II, 153, con nota di Natoli; Cass. 27 marzo 1982, n. 1909, *RIDL*, 1983, II, 75, con nota di Sala Chiri.

(8) Trib. Genova, 22 gennaio 1990, *Foro it.*, 1990, 2882.

(9) Corte C.E. 7 febbraio 1991, *Foro it.*, 1991, IV, 402.

giurisprudenza, notevoli perplessità, schematicamente riconducibili a tre principali argomenti: a) la problematicità del controllo giudiziale sulla “razionalità” delle differenziazioni che discendono da scelte collettive (per tutti, Mazzotta, 1990; G. Santoro Passarelli, 1990); b) la difficoltà di rinvenire strumenti tecnico giuridici di correzione del contratto collettivo eventualmente ritenuto illegittimo e rimedi concreti alle differenziazioni illecite (sp. Pret. Ancona 9 gennaio 1991 e il commento di Corsinovi alla stessa, RIDL, 1991, II, 556; cfr., già, Treu, 1989, sp. 7-8); c) il rischio che le soggettive valutazioni dei giudici conducano ad esiti giudiziari difformi, pur riguardando identici contenuti contrattuali (Pera, 1989, sp. 399).

Nel quadro di insieme si muovono, dunque, segnali diversi e, per certi versi, contrastanti: la Corte costituzionale valorizza il principio generale ed assoluto di pari trattamento; la giurisprudenza comunitaria autorizza i giudici a colpire le clausole contrattuali collettive che producono forme indirette di discriminazione; è diffuso il convincimento della difficoltà di sindacare, in sede giudiziaria, le disparità originate dal contratto collettivo.

Per quanto riguarda quest'ultimo profilo, occorre, prima di tutto, chiarire quali criteri di valutazione debbano orientare la decisione nel giudizio sulla legittimità delle differenziazioni contrattate.

Un punto di riferimento sicuro è rappresentato, al riguardo, dai divieti di disparità fondati su specifiche disposizioni antidiscriminatorie (per es. gli artt. 37 Cost.; 15 e 16, S.L.; 1, L. 903/1977; 4, L. 125/91) che, come norme imperative, rappresentano un limite certo anche per l'autonomia collettiva. Così — per esempio — non potrebbero essere considerati legittimi (a causa del divieto di discriminazioni sessuali, anche indirette) eventuali sistemi di incentivazione di gruppo contrattati solo per gruppi di lavoratori uomini o fondati su parametri di valutazione delle prestazioni palesemente collegati a connotati tipici del lavoro maschile. Analogamente, non potrebbe considerarsi legittima una differenziazione relativa alle diverse tipologie di contratto (una differenza di trattamento, per es., tra lavoratori part-time e full-time) indirettamente discriminatoria nei riguardi del sesso femminile, per via dell'alta percentuale di donne impiegate con contratti diversi dallo standard (10).

Ma il vero problema è quello di stabilire se possano essere considerate illegittime le eventuali disparità di trattamento non collegabili a fattispecie specifiche di discriminazione. Fuori dal campo relativo alle disparità legate all'uso della retribuzione incentivante, l'analisi della giurisprudenza rivela, al riguardo, una casistica molto variegata: differenziazioni disposte in ragione del momento dell'assunzione (11); del luogo di svolgimento dell'attività lavorativa (12); del momento di acquisizione di una determinata qualifica (13); del tipo di contratto sul quale è fondato l'impiego del lavoratore (14).

Nell'ambito, più specifico, delle disparità legate all'uso dei sistemi di retribuzione variabile, possono essere ricordate le differenze di trattamento disposte dagli accordi di redditività o di produttività nei confronti dei lavoratori “atipici” e la contrattazione aziendale degli incentivi differenziati per gruppi di lavoratori (v. *supra*, § 1).

La risposta che si ricava dall'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla decisione della Corte Costituzionale del 1989 è sicuramente di segno positivo: le indicazioni contenute nella sentenza consentono di dilatare l'ambito delle differenziazioni illegittime attraverso il riferimento alla clausola generale contenuta nel II comma dell'art. 41, Cost. che permette di ritenere illegittima ogni differenziazione di trattamento genericamente “lesiva delle dignità umana dei lavoratori”. Com'è stato evidenziato, l'uso di questa clausola può servire a colmare le lacune che emergono da una legislazione che qualifica gli atti discriminatori attraverso la tecnica della tipizzazione dei motivi illeciti (Maresca, 1990, 4-5); esso fa sì che l'ambito delle discriminazioni illegittime si dilati al punto tale da rendere evanescente la distinzione tra divieti di discriminazione e parità di trattamento (15).

note

(10) Per un caso di “addensamento” di superminimi in capo a lavoratori uomini, dovuto all'adozione — da parte di un contratto collettivo — di parametri che sfavorivano palesemente le lavoratrici, si veda la nota sentenza della Corte di Giustizia C.E. del 17 ottobre 1989 (sul caso *Danfoss*), già cit.; per un'ipotesi di discriminazione indiretta dipendente dal trattamento differenziato riservato ad una certa tipologia di contratto — nella fattispecie, il *part-time* —, Corte di Giustizia C.E. 7 febbraio 1991, *cit.*

(11) Cass. 6 novembre 1990, n. 10648, *NGL*, 1991, 23.

(12) Trib. Genova, *cit.*

(13) Pret. Ancona, *cit.*

(14) Pret. Milano, 29 gennaio 1990, *RIDL*, II, 833.

(15) Sulla differenza tra i due concetti si rinvia al dibattito svoltosi nel corso del Seminario Pontignano VII su “*Le discriminazioni per sesso nel contesto generale dell'uguaglianza e della non-discriminazione*” per un resoconto del

Incentivi retributivi e parità di trattamento
 Anna Alaimo

È certo, dunque, che il nuovo orientamento giurisprudenziale consente di sindacare le differenziazioni disposte nelle sedi collettive anche quando queste non siano riconducibili ad ipotesi tipiche di discriminazione.

Alle considerazioni, per lo più critiche, che sono state compiute nei riguardi di questa estensione, mi sembra che possano essere affiancate alcune valutazioni di segno positivo. L'accoglimento di un generale principio di parità di trattamento, nella misura in cui svincola il giudizio sulla legittimità delle differenze dalle ipotesi tipiche di discriminazione, offre ai giudici l'*opportunità* di colpire differenziazioni di trattamento che riflettono, spesso, diseguglianze di tipo più generale, sociali o interne al mercato del lavoro (emblematico il caso delle differenze di trattamento relative al lavoro "atipico", ma si possono ipotizzare altri casi: discriminazioni relative, per esempio, ai lavoratori anziani) (16). Si tratta di diseguglianze che esprimono contrapposizioni tra gruppi di lavoratori "forti" e gruppi di lavoratori "deboli", in quanto precari o appartenenti a settori marginali del mercato del lavoro (cfr., sul punto, l'analisi di Accornero, 1990).

In questi casi il controllo giudiziario sul rispetto del principio generale di pari trattamento offre a soggetti appartenenti a fasce deboli del mercato del lavoro, poco protetti anche dalla contrattazione collettiva, e non coperti da divieti di discriminazione espressi, una significativa *chance* di tutela. Esso consente, in definitiva, l'affermazione di valori (come quello della pari dignità sociale dei lavoratori "atipici") che non troverebbero altrimenti nell'ordinamento alcun punto di riferimento positivo.

Neppure può essere sottovalutato, tuttavia, il rischio che la clausola della pari dignità sociale venga in qualche modo strumentalizzata e apra margini di valutazione giudiziaria troppo soggettivi, discrezionali e destabilizzanti di assetti contrattuali globali, frutto di negoziati spesso lunghi e complessi.

Nelle ipotesi in cui siano stati contrattati incentivi differenziati per gruppi di lavoratori, il giudice si trova, per esempio, di fronte a gestioni concordate delle strategie di impresa e delle relative flessibilità; in tali contesti l'equilibrio tra gli eventuali diversi sistemi incentivanti, applicati ai vari gruppi di lavoro, non può che essere affidato alla stessa contrattazione collettiva (Mariucci, 1985, 259 e ss.; Caruso, 1992, 130 e ss.) (17). Appare questa la sede migliore per valutare "razionalmente", infatti, le diverse condizioni di applicazione degli incentivi, allo scopo di garantire che i trattamenti diseguali trovino giustificazione in situazioni oggettivamente diseguali.

In casi come questi si rischia veramente di contrapporre la "razionalità" del giudice alla "razionalità" delle concrete mediazioni collettive o delle politiche contrattuali generali (Mazzotta, 1990).

È certo che il controllo giudiziario dei contenuti contrattuali, alla luce del principio generale di parità di trattamento, finisce per addossare al giudice una grossa responsabilità: quella di valutare, nel merito, le strategie contrattuali e di decidere, nel concreto, se una determinata differenziazione di trattamento sia "giustificata" (o "ragionevole") e, pertanto, legittima o se, viceversa, essa sia lesiva di interessi di gruppi — per esempio "deboli" — che meritano tutela anche in mancanza di espresse previsioni antidiscriminatorie (18).

È significativo che le prime decisioni della giurisprudenza ordinaria, successive alla sentenza della Corte costituzionale del 1989, indichino una certa *impasse* dei giudici di fronte ad un compito così complesso. La giurisprudenza, posta di fronte a fattispecie concrete di disparità derivanti da disposizioni contrattuali collettive, si è spesso "arresa" al momento del giudizio sulla relativa legittimità e ha finito per pronunziarsi, quasi sempre, a favore della "razionalità" delle differenziazioni contrattate (19).

note

quale v. Guaglianone, 1990; cfr. Bortone, 1990; sulla tendenza al superamento della linea di confine, cfr. Treu, 1989, 4.

(16) Per un caso di ritenuta illegittimità dell'esclusione — compiuta da un contratto collettivo — dei lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro dalla percezione di un premio di produzione, v. Pret. Milano, 29 gennaio 1990, *cit.*

(17) Sulla contrattazione di "gestione concordata" della flessibilità, Streek (1986); Negrelli (1988).

(18) Per qualche analogia si veda il dibattito sul ruolo del giudice nei conflitti tra individuale e collettivo, raccolto nel volume *Diritto e giustizia del lavoro oggi* (1984).

(19) Da ultime, Cass. 26 gennaio 1991, n. 791 e Cass. 6 novembre 1990, n. 10648, *NGL*, 1991, 23; Pret. Ancona, 9 gennaio 1991, *cit.*

Accornero (1990), *Nuove fonti di diseguaglianza sui mercati del lavoro*, *PSoc*, 1641.

Alleva (1991), *Per un nuovo assetto della rappresentanza sindacale*, *RGL*, I, 3.

Biagioli, Cardinaleschi (1991), *La diffusione di voci retributive legate ai risultati d'azienda: una ricerca empirica sulla recente esperienza italiana*, *Politiche del lavoro*, n. 14, 53.

Bordogna (1989), *Il rapporto di lavoro delle figure ad elevata professionalità*, *IS*, n. 35, 3.

Bortone (1990), *Discriminazione (divieto di)*, voce del Digesto delle discipline privatistiche, sez. commerciale, vol. V, 16.

Caruso (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Angeli.

Della Rocca (1990), *Incentivi monetari ed organizzazione, sviluppo e organizzazione*, n. 119, p. 95.

Id. (1989), *Produttività e salari nelle relazioni industriali. L'esperienza italiana*, *IS*, n. 25, p. 3.

Id. (1987), *Incentivi: incertezza della direzione ed equità nella valutazione del lavoro*, *Studi organizzativi*, n. 3-4, 13.

Diritto e giustizia del lavoro oggi (1984), a cura di Amato e Mattone, Milano, Angeli.

Fondazione Seveso (1989), *Incentivi: cosa sono e come si contrattano*, *PS*, n. 75/76, 19.

Galantino (1980), *Sui trattamenti retributivi individuali più favorevoli*, *RIDL*, I, 129.

Gaeta (1990), *Sistema premiante e sviluppo della professionalità*, *L'impresa*, n. 2, 36.

Grandjean (1987), *L'individualisation des salaires - La stratégie des entreprises*, *TE*, n. 32, 17.

Guaglianone (1990), *Donne, lavoro, discriminazioni per sesso. Note a margine di un seminario*, *LD*, 649.

Isenburg (1984), *Divieti di discriminazione nei rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè.

Mardsen (1990), *Le politiche retributive aziendali. Il ruolo e la diffusione della "merit pay"*, Relazione al Seminario "Nuove tendenze delle politiche salariali in Europa" (presentazione del V Rapporto Asap sui salari, Roma, Cnel, 6 dicembre 1990).

Maresca (1990), *La Cassazione "scopre" la parità di trattamento dei lavoratori: ma esiste davvero?*, *Lavoro informazione*, n. 6, 3.

Mariucci (1985), *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino.

Maury (1991), *L'esperienza francese: tra individualizzazione delle retribuzioni e cointeressanza*, in **AA.VV.**, (a cura di Della Rocca e Prosperetti), *Salari e produttività*, Milano, Angeli, 83.

Mazzotta (1990), *Parità di trattamento ed autonomia collettiva: dal mercato economico al mercato giudiziario*,

nota a Cass. 8 marzo 1990, n. 1888; Cass. 9 febbraio 1990, n. 947; Trib. Genova, 22 gennaio 1990, *FI*, I, 2887.

Negrelli (1988), *La contrattazione della flessibilità in azienda*, *Prospettiva sindacale*, n. 66, 7.

Niebur (1991), *I salari di produttività nel contesto della politica di codeterminazione nella Germania federale*, in *Salari e produttività* (a cura di Della Rocca e Prosperetti), Milano, Angeli, 29.

Pasetti (1970), *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, Cedam.

Pera (1989), *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, nota a Corte cost. n. 103/1989, *RGL*, II, 396.

Pero (1989), *Innovazione tecnologica/organizzativa e nuove forme di incentivazione salariale*, in **AA.VV.**, *Il ritorno degli incentivi* (a cura di Cella), Milano, Angeli, 66.

Reyneri (1988), *Il salario in azienda tra produttività e merito professionale*, *MO*, n. 10, 66.

G. Santoro Passarelli (1990), *Il problema della parità di trattamento retributivo*, *DLRI*, 568.

Scarponi (1991), *Modelli organizzativi del sindacato*, *LD*, 349.

Scognamiglio (1978), *Il lavoro nella costituzione italiana*, in **AA.VV.**, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale* (a cura di Scognamiglio), Milano, Angeli, 15-155.

Shonfield (1989), *La politica retributiva delle grandi imprese in Europa*, *Prospettiva sindacale*, n. 75/76, 66.

Il sistema retributivo verso gli anni '90 (1989), Napoli, Jovene (atti del Simposio interdisciplinare "Società e lavoro" 1988).

Streek (1986), *Il management dell'incertezza e l'incertezza dei managers: imprenditori, relazioni sindacali e equilibrio industriale nella crisi*, *PS*, 118.

Treu (1989), *Atti e trattamenti discriminatori*, *Enc. giur. Trec.*, 1.

Id. (1979), *Commento all'art. 36 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di Branca), *Rapporti e economici*, tomo I, Bologna-Roma.

Uvalic (1990), *The Pepper Report*, Firenze, European University Institute (dattiloscritto).

Ventura (1990), *Il problema della parità di trattamento retributivo*, *DLRI*, 577.

Id. (1984), *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.

A. Zoppoli (1991), *Incentivazione e lavoro manageriale*, *DRI*, n. 1, 47.

L. Zoppoli (1991), *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli, ESI.

L. Zuccarini (1984), *Nuovi parametri di riferimento per gli incentivi degli anni '80*, *Impresa e società*, n. 7, p. 16.

Incentivi retributivi e parità di trattamento

Anna Alaimo

Bibliografia

Immigrati extracomunitari ed autonomia collettiva: un breve appunto su parità e differenza

Antonio Viscomi

Sommario

1. Introduzione. **2.** Eguaglianza di diritti e parità di trattamento. **3.** Il diritto al mantenimento dell'identità culturale. **4.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Vorrei proporre alcune considerazioni sul tema del nostro incontro assumendo come prospettiva quella dell'immigrazione extracomunitaria. Prospettiva certo particolare, ma che acquista notevole rilievo quando si discute su autonomia collettiva e parità di trattamento. A mio avviso, infatti, un'indagine sulla contrattazione collettiva come strumento di parificazione del lavoro immigrato — che non si limiti alla valutazione delle prime esperienze in materia, ma si proponga di esplorare il ruolo che quella sarà chiamata a giocare nell'immediato futuro — non può che avventurarsi fino ai confini estremi, e per ora incerti, della riflessione su come l'attuale diritto del lavoro, e più ancora quello dei prossimi anni, può, com'è stato detto, “contenere tutele differenziate, reprimendo alcune diversità di trattamento e promuovendone altre” (Gaeta, Zoppoli 1992).

Non è infatti azzardato ipotizzare che proprio la contrattazione è destinata a diventare laboratorio ove tentare risposte alle “nuove domande” — domande di “fine secolo”, per usare il titolo di un recente saggio (Rodotà, 1992) — che l'immigrazione pone all'ordinamento nel suo complesso ed agli stessi attori sociali. Domanda, per la verità, ancora allo stato embrionale ma sicuramente destinate, per le caratteristiche empiriche e le implicazioni antropologico-culturali dei fenomeni migratori, a complicare ed esasperare dilemmi e difficoltà che la “sfida delle differenze” (D'Antona, 1991) pone al diritto del lavoro.

L'immigrazione ed il sistema normativo che la regola evidenziano con immediatezza le questioni connesse a quello che è stato definito “paradosso dell'eguaglianza”: l'essere questa cioè ad un tempo chiamata a garantire la “forma della norma” (come diritto eguale) ed a significare il “contenuto materiale del comando”, ovvero, come usa dire, ad assicurare l’“*eguagliamento* delle situazioni differenti” (Barcellona, 1987).

La legislazione sull'immigrazione è infatti sorretta da due architravi. L'uno restrittivo: la prevenzione ed il controllo delle migrazioni attraverso la regolazione pubblica delle procedure destinate ad autorizzare l'accesso al lavoro. L'altro protettivo, operante nei confronti dell'immigrato: vuoi come prestatore di lavoro a cui è assicurata “parità di trattamento ed eguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani”; vuoi come persona caratterizzata da una cultura “diversa che rivendica riconoscimento e garanzie in una dimensione esistenziale globale e quindi anche sul piano professionale (art. 1, l. 943 del 1986).

Dunque, eguaglianza di diritti. Mi soffermo brevemente su tale principio, giusto per evidenziare il valore della previsione: che è quello di aver definito con chiarezza la condizione giuridica del lavoratore immigrato nel nostro ordinamento.

L'esplicito riconoscimento legislativo ha infatti ridimensionato il dubbio sulla immediata

**Immigrati comunitari
e parità di trattamento**
Antonio Viscomi

riferibilità allo straniero della norma costituzionale dell'eguaglianza: questione, per la verità, già da tempo risolta dalla più attenta dottrina. L'eguaglianza — si è affermato — non è tanto una situazione giuridica della quale importa stabilire la titolarità. È piuttosto un limite alla funzione legislativa, a tutela della struttura e della coerenza interna dell'ordinamento giuridico (Agrò, 1975). Ma questione, per altro verso, artificiosa se riferita all'immigrato lavoratore. Le garanzie dettate a favore del prestatore di lavoro — sia sul piano individuale che su quello collettivo — sono infatti correlate alla posizione professionale del soggetto interessato indipendentemente dalla biografia personale.

La Costituzione non esclude, è ovvio, differenziazioni legislative nel trattamento del lavoratore immigrato. Ne subordina però la legittimità non già al mero possesso di una diversa cittadinanza bensì al superamento dell'esame di ragionevolezza ovvero alla presenza di altri interessi di pari rilievo, alternativi e prevalenti rispetto a quello di parificazione. Tale mi sembra essere, ad esempio, l'interesse dei cittadini a che siano create prioritariamente a loro favore condizioni ottimali di occupazione (art. 4 Cost.; Viscomi, 1991). Interesse che anche ai sensi della normazione sovranazionale legittima le restrizioni all'accesso degli immigrati nei mercati nazionali (art. 14 c. Conv. OIL n. 143 del 1975).

2. Eguaglianza di diritti e parità di trattamento.

Oltre a sancire eguaglianza di diritti, l'articolo 1 della l. 943 garantisce all'immigrato "parità di trattamento" con il lavoratore italiano, così escludendo che la condizione sociale di immigrato e quella giuridica di non cittadino siano criteri *sufficienti* per giustificare eventuali trattamenti differenziati di origine negoziale.

Si tratta di una garanzia evidentemente polifunzionale (Garofalo, 1987): da un lato, è destinata a fondare una rete di protezione intorno agli immigrati; dall'altro, però, è deputata a contenere fenomeni di *dumping* interno, e cioè a proteggere dalla concorrenza degli immigrati gli stessi lavoratori italiani, e quindi ad operare come meccanismo di regolazione del mercato a tutela dell'interesse sociale e pubblico all'occupazione.

A ben vedere però il legislatore non sembra essere andato oltre la consueta impostazione individual-garantista.

E ciò sebbene il dibattito giuridico già nel 1986 ed ancor di più adesso si sia centrato sulla definizione di nuove tecniche promozionali in grado di realizzare un "eguagliamento delle situazioni differenti". Nel senso, cioè, di garantire pari opportunità nell'accesso al lavoro e nello sviluppo di carriera alle classi di soggetti svantaggiati. Da questo punto di vista, anzi, la formalizzazione del principio di parità di trattamento rischia di diventare una sorta di esorcismo giuridico dalla dubbia efficacia (Ghezzi, 1982).

Non a caso l'azione sindacale — più a livello decentrato che di categoria, più nelle regioni settentrionali che in quelle meridionali, più nel sistema delle piccole e medie imprese che negli altri settori (Viscomi, 1991) — ha tentato di "rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettivo esercizio dei diritti" di cui all'art. 1 (così si esprime l'art. 2 della l. 943) perseguendo due obiettivi.

Il *primo*, di rilievo strategico: la promozione delle occasioni — interne o esterne all'azienda — di formazione professionale. Il *secondo*, di rilievo più immediato: la promozione delle occasioni di lavoro, sia utilizzando la strumentazione normativa della flessibilità — cui però fa da corollario il rischio di una "etnicizzazione" dei segmenti inferiori del mercato — sia mediante la contrattazione delle "quote". Quest'ultima rara, per la verità: forse a causa della immediata ed evidente contrapposizione di soggetti, ugualmente deboli, nella ripartizione delle occasioni di lavoro. Comunque, gli immigrati sono oramai soggetti a pieno titolo della quinta parte dei contratti collettivi, insieme alle donne, ai giovani, ai disabili ed ai tossicodipendenti.

L'azione sindacale dunque — nonostante le incertezze proprie di ogni fase iniziale — sembra tendenzialmente orientata non già o non solo verso obiettivi di parità salariale, ma piuttosto verso *strategie promozionali correttive* delle condizioni di marginalità degli immigrati, in ciò discostandosi dalle esperienze di altri paesi dell'Europa continentale.

E tuttavia, quello fra immigrati e sindacati, è un rapporto difficile. E tale difficoltà deriva proprio dalla loro collocazione nel mercato. È noto, infatti, che la illegalità della presenza è sovente fattore funzionale all'occupazione degli immigrati e che la segmentazione del mercato attribuisce a costoro ora funzione complementare rispetto alla manodopera nazionale, ora concorrenziale e sostitutiva. A tale stregua, vi è, anzi, una perversa corrispondenza fra l'interesse degli immigrati a percepire un reddito purché sia (altrimenti c'è il

rischio dell'espulsione) e quello consueto delle aziende a disporre di un esercito di riserva. Il fatto è che anche "immigrazione" è termine da declinare al plurale. E gli immigrati sono diversi fra loro. Il modello antropologico cui fanno riferimento tanto il legislatore che l'azione sindacale — l'immigrato adulto, maschio, residenziale, con forte propensione all'integrazione nel tessuto culturale ed economico — non è né esclusivo né tipico nel panorama migratorio.

Qui, anzi, è possibile individuare comportamenti non omogenei, alcuni dei quali dettati da ciò che i sociologi, con brutto anglicismo, chiamano "*benesserismo*" (Gramaglia, 1991): traduzione colta del vecchio detto "pochi, maledetti e subito". Non a caso, con metafora non meno brutta ma certo più espressiva, gli immigrati sono stati paragonati agli "uccelli di passo" (Piore, 1979). Come dire, cioè, che uno straniero può trovare conforme al proprio progetto migratorio lavorare a un saggio salariale o in condizioni inaccettabili per gli italiani. Paradossalmente, dunque, per un insieme di valori diversi ed esigenze specifiche, i principi di *eguaglianza e parità* di trattamento sembrano porsi come *ostacolo* al perseguimento ed alla realizzazione degli obiettivi propri di ciascun immigrato.

In realtà occorre distinguere due situazioni.

Da un lato, la differenza come *valore* che invoca riconoscimento e garanzie per potersi manifestare. Dall'altro, la differenza come richiesta di *essere sottratto* all'applicazione della comune disciplina giuslavorista e delle norme contrattuali di tutela, considerate come vincoli ed ostacoli al perseguimento dei propri obiettivi: come "diritto all'autosfruttamento" è stato detto, formalizzando in termini giuridici un paradosso economico (Rodotà, 1992; Venturini, 1989).

Si tratta di aspetti, per la verità, generalmente non considerati nella contrattazione collettiva e che peraltro presuppongono diverse tipologie migratorie. L'esperienza comparata dimostra, infatti, che la differenza come valore è rivendicata più dagli immigrati di seconda o terza generazione e meno da quelli di prima. Viceversa, per questi ultimi e per gli immigrati temporanei più urgente è la richiesta di maggiori opportunità occupazionali quand'anche meno garantite.

Orbene, il principio di parità di trattamento — esplicitamente affermato dalla legge 943 — impone anzitutto al datore di lavoro di *uniformare i trattamenti economici e normativi minimi* dei dipendenti immigrati a quelli dei dipendenti autoctoni. L'art. 8 della stessa legge subordina il rilascio dell'autorizzazione al lavoro alla verifica che le condizioni offerte dal datore non siano inferiori a quelle stabilite dai contratti collettivi. Di per sé, dunque, la condizione di immigrato non costituisce motivo legittimo per apportare sul piano individuale variazioni peggiorative a quanto previsto dall'autonomia collettiva e comunque ai trattamenti praticati generalmente nell'azienda.

Ma l'art. 8 va oltre. La non inferiorità delle condizioni offerte deve essere valutata non solo assumendo come parametro *generico* la disciplina contrattuale, bensì con riferimento ad uno standard *specifico*: e cioè a quanto "stabilito per i lavoratori italiani" dai contratti collettivi. E qui si pone una questione cruciale: può l'autonomia collettiva definire una *specifica disciplina del lavoro immigrato*, differente da quella prevista per i lavoratori italiani fino al punto di riconoscere e addirittura regolare una presunta aspirazione all'"autosfruttamento"?

Orbene, anche ammettendo che il principio di parità — e quindi l'obbligo di predisporre trattamenti minimi uniformi — operi come limite all'attività negoziale "di tutte le parti, anche quelle sociali" (Cost. 9 marzo 1989 n. 103), non sembra possibile negare all'autonomia collettiva un *potere* di adeguamento della disciplina *derivante* dal contratto collettivo — o anche dalla legge, nel caso in cui vi sia una esplicita devoluzione — alle caratteristiche specifiche ed ai bisogni particolari espressi da determinate tipologie migratorie (penso, ad esempio, ai lavoratori stagionali).

Dalla disciplina eguale, si potrebbe dire, alla contrattazione di una disciplina equivalente. Parità non è infatti assenza di differenze o di disparità: è giustificazione e ragionevolezza delle stesse; salvo poi decidere "chi" può dare — se non le stesse parti sociali — una valutazione di tal sorta. Ecco perché differenziare impone delle cautele. Due in particolare. La prima è che la definizione di uno statuto specifico *non* può essere effettuata in relazione generica ai lavoratori immigrati come gruppo sociale, identificato dall'assenza della cittadinanza o da altri fattori etnico-culturali.

La seconda — e più importante — è che l'eventuale diversità contrattuale *non* può compendiarsi nella riduzione generalizzata delle condizioni minime di tutela economica e,

**Immigrati comunitari
e parità di trattamento**
Antonio Viscomi

**Immigrati comunitari
e parità di trattamento**
Antonio Viscomi

in definitiva, dei costi della manodopera immigrata: nella qual cosa consisterebbe, poi, il c.d. “diritto all’autosfruttamento”.

Si tratta di ipotesi contigue alla vera e propria discriminazione e comunque inibite dallo stesso principio di parità sancito dalla legge 943. Principio che, è bene ricordarlo, opera anche come meccanismo di regolazione del mercato e quindi in funzione dell’interesse sociale e pubblico alla promozione dell’occupazione dei cittadini: interesse radicato nell’art. 4 della Costituzione. È evidente, infatti, che i benefici occupazionali per gli immigrati in tal modo perseguiti potrebbero generare conseguenze deleterie sulle condizioni di lavoro delle altre fasce deboli nel mercato (Rusciano, 1991).

In verità, una più pregnante differenziazione del trattamento dell’extracomunitario potrebbe essere realizzata dal legislatore, dal momento che il principio costituzionale di eguaglianza impone di diversificare i trattamenti in relazione alla diversità delle situazioni di partenza e al perseguimento di un obiettivo di eguaglianza sostanziale (intesa come eguagliamento delle situazioni e quindi dei punti di arrivo) o in genere in relazione ad altre situazioni costituzionalmente rilevanti.

Penso, ad esempio, a condizioni normative e soprattutto previdenziali differenti nell’ipotesi di contratto a termine per lavoro stagionale di cui è parte un immigrato con permesso temporaneo di soggiorno. D’altra parte, già la legge n. 39 del 1990, nel quadro della c.d. “sanatoria” ed al fine specifico di promuovere l’emersione del lavoro clandestino, aveva escluso che dalla “regolarizzazione” di un preesistente rapporto di lavoro dovesse derivare automaticamente la costituzione del rapporto previdenziale. Questa è stata rimessa alla volontà del datore o, in via sostitutiva, dello stesso immigrato regolarizzato (art. 9, 9° comma).

Il fatto è, però, che “la libertà di scegliere la propria differenza” intesa anche come “diritto ad essere sfruttato”, comincia — è stato detto — a “partire dall’eguaglianza sostanziale” (D’Antona, 1991). Se così non fosse, alla retorica dell’uguaglianza finirebbe per sostituirsi quella della differenza, in grado apparentemente di tranquillizzare la coscienza, ma che risulterebbe inadeguata copertura di dilemmi reali. Così, per tornare all’esempio del lavoro stagionale — la cui regolamentazione è invocata dalle associazioni degli immigrati — prima ancora di ipotizzare una differente disciplina di tutela, sarebbe necessario assicurarsi che alla mano forse invisibile del mercato, ma sicuramente individuabile dei mercati, si sostituisse quella, sapientemente governatrice, dell’amministrazione pubblica.

3. Il diritto al mantenimento dell’identità culturale.

Diversamente deve porsi la questione della differenza come valore che invoca riconoscimento: ipotesi che chiama in causa il diritto al mantenimento dell’*identità culturale* garantito all’immigrato dall’art. 1 della l. n. 943 del 1986. Si tratta, peraltro, di una prospettiva relativamente nuova. È noto, infatti, che con la legge 8 marzo 1989 n. 101 si è riconosciuto ai lavoratori di religione ebraica il diritto di usufruire del riposo sabbatico e delle principali festività loro proprie, pur sempre “nel quadro della flessibilità dell’organizzazione del lavoro” e ferme restando le “imprescindibili esigenze dei servizi essenziali” (art. 4 e 5). Analogamente si è provveduto con la l. 2 dicembre 1988, n. 516 per i membri delle Chiese cristiane avventiste.

Ed è tuttavia ipotesi più complicata di quanto non appaia. Basti pensare all’impatto delle prescrizioni dell’Islam. Non mi riferisco tanto alle esigenze particolari di alimentazione ed abbigliamento o alla richiesta di spazi e tempi di culto e di preghiera; penso piuttosto al rifiuto di maneggiare prodotti considerati impuri, o al riconoscimento della poligamia ai fini del diritto a percepire gli assegni per il nucleo familiare; o ancora al formale disconoscimento dell’autorità gerarchica se ed in quanto esercitata da una donna ed infine alla rivendicata capacità di antonormazione della “comunità dei credenti”.

Si tratta di questioni che trascendono la sfera del lavoro e investono — come appare evidente — quella del modello sociale che si intende perseguire. Ora, il legislatore ha prefigurato un modello “integrazionista” e quindi una società più simile ad una insalatiera che ad un crogiuolo. Ma quali sono le ripercussioni nella dimensione giuslavoristica?

A dire il vero, mi pare che l’affermazione di un diritto all’integrità del patrimonio culturale nei luoghi di lavoro non sia niente di più di ciò che Dahrendorf (1991) definisce “*lodevole intenzione*”. Essa trascura quanto meno il nesso inestricabile fra cultura occidentale e struttura produttiva. Ma questo è un nesso che fonda anche il diritto del lavoro: lo ricordava in un intenso saggio Gaetano Vardaro (1986). A mio avviso, dunque, il problema non è

quello di riconoscere un improbabile diritto al mantenimento dell'identità culturale nei luoghi di lavoro: identità che, peraltro, è il frutto di variabili alchimie fra appartenenza etnico-culturale, sistemi di valori estranei con cui si entra in contatto ed opzioni individuali (Rusconi, 1992). Né tanto meno si può pensare di condensare la "diversità" nella richiesta di una differente articolazione degli orari di lavoro e dei giorni di riposo. Il problema, semmai, è quello di *rivendicare* al lavoro "un'attribuzione di senso in nome e per conto della specificità umana" (Barcellona, 1991) e quindi, uso le parole di D'Antona, di "rivisitare l'immagine di uomo che sta al fondo dell'impianto normativo [del diritto del lavoro] e del suo sistema di valori". E qui il tema diventa affascinante ed elusivo.

E però si tratta di questioni non meramente teoriche, anzi, estremamente concrete. Basta chiedersi, per esempio, come deve essere valutato il rifiuto del datore di aderire alla richiesta del lavoratore di fede islamica — e tale però può essere anche un cittadino italiano o comunitario — di pregare durante l'orario di lavoro o di non toccare elementi considerati impuri. Non sembra infatti possibile dedurre dalle vigenti norme antidiscriminatorie o dallo stesso principio di parità di trattamento un obbligo positivo del datore di tener conto delle differenze individuali, ma soltanto un obbligo di applicazione di regole omogenee — trasparenti e razionali (Zoppoli, 1991) — al fine di non determinare svantaggi individuali proprio a causa di quelle differenze. Certo, si può sempre riconoscere nel rifiuto opposto dal datore — e motivato proprio in riferimento ad una necessaria e razionale omogeneità regolamentativa — una causa rilevante ai fini delle dimissioni (art. 2119 c.c.). Oppure si può avanzare la richiesta di una sorta di "clausola di coscienza" a favore dell'immigrato, eventualmente consacrata nella contrattazione collettiva. Ma si tratta di improbabili espedienti.

4. Conclusioni.

A meno che non si voglia porre il problema in una diversa prospettiva (Barbera, 1991) che qui può essere solo accennata. Infatti, se il principio di uguaglianza è deputato a garantire l'identità individuale, è possibile escludere una tutela in positivo degli elementi che quella stessa individualità concorrono, in definitiva, a definire? E fra questi, possono o devono considerarsi anche le differenze derivanti dall'appartenenza etnico-culturale? Ma in tal caso, chi sarà in grado di governare l'esplosione di particolarità e differenze? A questo punto il discorso diventa rarefatto: perché qui, a differenza che nelle questioni c.d. "di genere", si incrociano le prospettive ed i problemi delle società ad eguaglianza complessa e delle società pluriethniche o multiculturali. Ed il discorso giuridico deve aprirsi ad altri saperi, anche perché, è noto, il diritto è spesso una forza solo "secondaria" nelle vicende umane (Kahn-Freud, 1972).

Ma "interrogarsi sulle ripercussioni giuridiche dei grandi mutamenti sociali", ricorda Mario Rusciano (1991b), "è uno dei compiti principali del giuslavorista". E questi trova, nel suo bagaglio culturale, una regola realistica di definizione dei conflitti: la regola della compatibilità o del temperamento (cfr. art. 1, l. 12 giugno 1990 n. 146) fra le varie posizioni in campo. Lo ricorda anche la Corte costituzionale quando evidenzia — nella sentenza n. 103/89 — che il contratto collettivo è il "punto di incontro e di coordinamento dei confliggenti interessi".

Da questo punto di vista, mi pare, la contrattazione collettiva è il luogo privilegiato dove raccogliere le sfide che l'afflusso di genti "dannate" (Fanon, 1966) pone ai modelli normativi e di azione collettiva figli della modernità.

**Immigrati comunitari
e parità di trattamento**

Antonio Viscomi

Agro A. (1975), *Commento all'art. 3*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli — Il Foro It.

Barbera M. (1991), *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè.

Barcellona P. (1987), *L'individualismo proprietario*, Torino, Boringhieri.

Barcellona P. (1990), *Il capitale come puro spirito*, Roma, Ed. Riuniti.

D'Antona M. (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in "Giur.dir.lav.rel.ind.", I, 455.

Dahrendorf R. (1991), *Patriottismo e libertà*, in "Micro-Mega", 21.

Fanon F. (1966), *I dannati della terra*, Torino, Einaudi.

Bibliografia

Immigrati comunitari e parità di trattamento
Antonio Viscomi**Bibliografia**

Gaeta L., Zoppoli L. (1992), *Verso un diritto diseguale senza diseguaglianze*, in Gaeta L., Zoppoli L. (a cura di), *Il diritto diseguale: la legge sulle azioni positive*, Torino, Giappichelli (in corso di stampa).

Garofalo M.G. (1987), *I lavoratori extracomunitari immigrati: osservazioni sulla legge n. 943 del 1986*, in *RGL*, I, 133.

Ghezzi G. (1982), *Il lavoratore extracomunitario in Italia: problemi giuridici e sindacali*, in *PD*, 195.

Gramaglia R. (1991), *Dilemmi etico-politici delle politiche d'inserimento degli immigrati extracomunitari in un paese di recente immigrazione: il caso dell'Italia*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Atti della conferenza internazionale sulle immigrazioni*, Roma.

Kahn Freund O. (1972), *Labour and the Law*, London, Stevenson.

Piore M.J. (1979), *Birds of Passage. Migrant Labor and Industrial Societies*, Harvard, Cambridge U.P.

Rodotà S. (1992), *Repertorio di fine secolo*, Bari, Laterza.

Rusciano M. (1991), *Prefazione*, in Viscomi A. (1991).

Rusciano M. (1991), *Ripercussioni giuridiche delle "metamorfofi del lavoro"*, in *DL*, I, 250.

Rusconi G.E. (1992), *Immigrazione in Europa. Impatto culturale e problemi di cittadinanza*, in "Il Mulino", 111.

Vardaro G. (1986), *Tecnica, tecnologia ed ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 75.

Venturini A. (1989), *L'Italia nel contesto migratorio europeo*, in Ministero del lavoro, *Rapporto '89. Lavoro e politiche della occupazione in Italia*, Roma, 392.

Viscomi A. (1991), *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato*, Napoli, Esi.

Zoppoli L. (1991), *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli, Esi.

Il *Duty of Fair Representation* nel diritto sindacale americano

Franco Toffoletto

Sommario

1. Le origini. 2. Il DFR nel momento genetico del contratto collettivo. 3. Il DFR nella gestione delle procedure di *grievance*. 4. I recenti tentativi da parte del NLRB di allargare la nozione di DFR. 5. Le conseguenze della violazione del DFR per il sindacato e per il datore di lavoro.

1. Le origini.

Il *Duty of Fair Representation* (DFR, letteralmente “dovere di rappresentanza corretta”), è una creazione giurisprudenziale. Esso rappresenta la limitazione più significativa che il sindacato nordamericano ha nell’esercizio dei suoi poteri, e costituisce uno degli aspetti più importanti del diritto sindacale americano (1)

Tale dovere nasce per opera della Corte Suprema degli USA, in applicazione del *Railway Labor Act*, con due sentenze del 1944: la *Steele v. Louisville & Nashville R. Co.* e la *Tunstall v. Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen*, che dichiararono nulle alcune clausole di contratti collettivi che riguardavano diritti connessi all’anzianità e che avevano lo scopo e l’effetto di penalizzare i lavoratori di colore (2). Successivamente, tale dovere venne esteso anche al settore industriale regolato dal *National Labor Relation Act*.

In breve, si può dire che il DFR nasce quale limitazione alla discrezionalità di azione del sindacato il cui potere nella fase di contrattazione collettiva era molto ampio poichè, nel sistema nord americano, in azienda vi è un solo agente contrattuale esclusivo, eletto a maggioranza, che rappresenta tutti i lavoratori, e che può stipulare accordi che possono avere per alcuni, singoli o gruppi, anche effetti sfavorevoli: e ciò sul presupposto, assai realistico, che sia impossibile, sempre e comunque, accontentare tutti.

Così la giurisprudenza pur riconoscendo al rappresentante sindacale un “ampio spettro di ragionevolezza” nell’esercizio dei suoi compiti e nei giudizi che deve compiere in rappresentanza dei lavoratori, ha ritenuto che la sua azione debba sempre essere caratterizzata da buona fede e onestà.

note

(1) Lehmann, *The Union's Due of Fair Representation, In memoriam Sir Otto Karth Freud*, Munchen, 1980, pag. 151 ss. A pag. 168: “Nei sei anni tra il caso *Vaca* ed il 1973, il professor Feller ha individuato 300 decisioni, senza contare i numerosi casi che sono stati conciliati o che non sono stati pubblicati”.

(2) Summers, *The individual Employee's Right under the Collective Agreement: What Constitutes Fair Representation?*, in *Duty of Fair Representation*, NYSS of Industrial Relations, Cornell University, 1977, p. 61.

2. Il DFR nel momento genetico del contratto collettivo.

Il DFR nasce come protezione delle minoranze qualora il sindacato agisca in modo discriminatorio nel momento in cui stipula un contratto collettivo.

Può essere utile, per comprendere meglio il significato di tale obbligazione in capo al sindacato, analizzare le principali sentenze che si sono occupate dell'argomento.

La questione posta avanti la Corte Suprema nel caso *Steele* era la seguente: se il *Railway Labour Act* (RLA) imponesse al sindacato, che agiva in virtù dei poteri riconosciutigli dalla legge come agente contrattuale esclusivo, il dovere di rappresentare tutti i lavoratori senza discriminazioni razziali, e, in caso di risposta affermativa, se le Corti avessero giurisdizione per proteggere la minoranza dalla violazione di tale obbligazione.

Nella fattispecie la controversia aveva avuto origine tra un lavoratore di colore, pompieri presso una società di trasporto ferroviario, e il sindacato. La maggioranza dei pompieri occupati dalle ferrovie era costituita da bianchi membri del sindacato, ma una consistente minoranza era negra e come tale, per statuto del sindacato, era esclusa dalla possibilità di aderire al sindacato stesso.

Il sindacato, agendo come rappresentante dell'intera categoria dei pompieri, senza informare i lavoratori di colore e senza dar loro la possibilità di essere ascoltati, notificò alle ferrovie ed ad altre venti ferrovie, che operavano principalmente nel sud-est degli USA, l'intenzione di modificare l'esistente contratto collettivo in modo tale da escludere i lavoratori di colore dal servizio.

Successivamente le ferrovie ed il sindacato conclusero un nuovo accordo in base al quale non più del 50% dei pompieri poteva essere costituita da lavoratori di colore. Nell'accordo si prevedeva altresì che il sindacato potesse stabilire percentuali inferiori di lavoratori di colore nelle singole ferrovie.

Qualche mese più tardi il sindacato negoziò un accordo integrativo per limitare i diritti dei lavoratori di colore connessi all'anzianità. I lavoratori di colore non furono mai interpellati durante le trattative: ciò nonostante gli accordi vennero stipulati.

In quel momento l'attore era in una squadra composta da un bianco e cinque lavoratori di colore, e godeva di un buon stipendio, un buon orario ed altri vantaggi, e svolgeva un buon lavoro. Ad un certo momento i posti di lavoro vennero soppressi ed il sindacato e le ferrovie, in esecuzione degli accordi, sostituirono tutti i lavoratori di colore con lavoratori bianchi, membri del sindacato, con minore anzianità ed esperienza.

Come conseguenza di ciò, l'attore venne privato del lavoro per sedici giorni, e poi assegnato ad altro lavoro più faticoso, più lungo, e meno pagato.

Sempre in esecuzione del contratto collettivo, egli venne nuovamente sostituito da un membro del sindacato più giovane e spostato ad altre mansioni ancor più dure e meno pagate.

Si legge nella sentenza *Steele*: "Noi crediamo che il Congresso, nell'emanare il *Railway Labor Act* ed autorizzando un sindacato, scelto dalla maggioranza, a rappresentare la categoria, non abbia inteso conferire un potere totale al sindacato stesso tale da poter sacrificare, per ottenere un beneficio per i propri membri, diritti della minoranza della categoria, senza che gli sia imposto altresì un corrispondente dovere di protezione della minoranza (...). L'interpretazione corretta della legge impone che l'organizzazione scelta per rappresentare una categoria debba rappresentare tutti i suoi membri, la maggioranza tanto quanto la minoranza, e debba agire nell'interesse di tutti i rappresentati" (...) e, pertanto, ciò "impone agli agenti contrattuali di una categoria o di una classe di lavoratori il dovere di esercitare in modo corretto il potere che hanno ricevuto, senza discriminazioni (...).

Comunque, precisa la Corte, ciò non significa "che gli agenti contrattuali non possano trattare condizioni anche peggiorative per qualcuno degli appartenenti la categoria" (...) "ma ciò non include il potere di apportare modificazioni che non siano basate su elementi oggettivi come l'anzianità, il tipo di lavoro, o la capacità, ma soltanto su elementi discriminatori, come nel caso, in cui la discriminazione era soltanto fondata su motivi razziali".

Ne consegue - afferma sempre la Corte - che il sindacato deve "nella contrattazione collettiva, rappresentare anche i non membri e le minoranze senza un ostile discriminazione, correttamente, in modo imparziale e in buona fede. È pertanto necessario che il sindacato consideri le richieste dei non membri ed i loro punti di vista nel momento della contrattazione con il datore di lavoro, tenendoli informati e ascoltandoli circa le azioni da intraprendere".

In una sentenza successiva, *Ford Motor Co. v. Huffman* (1953), si precisa in modo più specifico il principio affermandosi che “inevitabilmente la negoziazione fa sorgere differenze tra gli individui o tra classi di lavoratori. La mera esistenza di tali differenza non rende invalidi i contratti collettivi. La completa soddisfazione degli interessi di tutti i rappresentati è difficilmente raggiungibile. Un ampio raggio di ragionevolezza deve essere concesso ai rappresentanti sindacali, che debbono però sempre operare in buona fede e con onestà di intenti nell’esercizio del loro potere discrezionale”.

La sentenza più recente che riguarda la fase genetica del contratto collettivo è *Strick Corp.* (3) del 1979. Il caso è interessante poichè non fu ritenuta sussistere una violazione del DFR.

In un contratto collettivo vi era una clausola che impediva lo sciopero durante la vigenza del contratto. Vi furono quattro scioperi in violazione del contratto. L’ultimo fu in conseguenza di un licenziamento di 12 dipendenti che si erano recati ad un’assemblea nonostante il divieto imposto loro dai superiori. Parteciparono 200 lavoratori, nonostante l’azienda sostenesse che i licenziati avrebbero dovuto iniziare una procedura di *grievance* (4). Il 24 luglio 1974 l’azienda licenziò tutti i partecipanti allo sciopero.

Venne iniziato un arbitrato il quale decise che sussisteva una giusta causa di licenziamento ma che negare il diritto alla reintegrazione sarebbe stato eccessivamente oneroso. Ordinò quindi che i licenziati fossero messi in una lista di riassunzione e che nel caso fossero stati riassunti avrebbero goduto dell’anzianità che avevano al momento del licenziamento.

Durante la rinegoziazione del contratto aziendale, l’azienda richiese come condizione che la decisione del collegio arbitrale fosse superata e che pertanto non vi fosse più alcun diritto per i lavoratori a suo tempo licenziati di essere riassunti.

Il sindacato accettò, in considerazione del fatto che non avrebbe avuto la forza contrattuale per proclamare uno sciopero, posto che i lavoratori che facevano parte dell’azienda erano ormai soltanto quelli che non avevano scioperato e che pertanto era meglio avere il nuovo contratto che non averlo, ed inoltre valutarono che altrimenti avrebbe perso il proprio status di agente contrattuale.

Sia il giudice amministrativo che il collegio arbitrale decisero per la insussistenza di una violazione del DFR, anche se per motivi diversi.

Il primo motivò la decisione basandosi sul fatto che altrimenti il sindacato avrebbe perso il consenso da parte dei lavoratori attualmente occupati.

Il secondo invece incentrò l’attenzione sul se il sindacato avesse agito arbitrariamente o in mala fede nell’acconsentire all’apposizione di quella clausola. Il collegio arbitrale stabilì che il sindacato si era trovato di fronte ad una scelta obbligata, in considerazione che uno sciopero avrebbe avuto scarso successo e che i lavoratori e la rappresentanza sindacale aziendale avevano dato parere favorevole alla clausola poichè il non fare il contratto avrebbe significato una perdita consistente in termini di benefici economici per tutti i lavoratori.

Pertanto la scelta effettuata non fu nè arbitraria nè in mala fede, ma il sindacato agì tenendo conto di tutte le circostanze, e non per fattori capricciosi o arbitrari.

3. Il DFR nella gestione delle procedure di *grievance*.

Seppure, come si è visto, il DFR nasce come limite all’azione del sindacato nel momento genetico del contratto collettivo, nell’evoluzione giurisprudenziale esso viene a poco a poco esteso anche alla fase della gestione del contratto collettivo (5).

Per comprendere appieno il problema occorre sapere che nella maggior parte dei contratti collettivi è previsto che il singolo non possa individualmente agire contro il datore di lavoro se non attraverso il sindacato. È il sindacato, in altri termini, che decide se incominciare un’azione o meno. In realtà, una norma del *National Labor Relation Act* (NLRA) distingue chiaramente tra il ruolo del sindacato nel negoziare un accordo e quello nella sua amministrazione. È questa norma che investe il sindacato di maggioranza quale esclusivo agente

(3) 241 N.L.R.B. 210(1979).

(4) Letteralmente: 1. *A circumstance regarded as just cause for protest.* 2. *A complaint based on such circumstance* (*The American Heritage Dictionary of the English Language*). Nella maggior casi i contratti collettivi prevedono una procedura obbligatoria di conciliazione per tutte le controversie relative alla interpretazione ed alla applicazione del contratto stesso, in cui la legittimazione spetta al sindacato: per un approfondimento sul punto si veda oltre nel testo.

(5) Summers, *op. loc. cit.*, p.62.

**Duty of Fair
Representation**
Franco Toffoletto

contrattuale, ed è la stessa norma che *priva il sindacato* della gestione esclusiva delle procedure di *grievance*, cioè dei ricorsi nei confronti del datore di lavoro (6), con l'unico limite, però, che eventuali accordi transattivi non debbano essere in contrasto con quanto stabilito nel contratto collettivo e che il sindacato deve avere sempre la possibilità di partecipare.

Nonostante l'esistenza di tale previsione legislativa in molti contratti collettivi al sindacato è riconosciuto un potere esclusivo di promozione e di transazione delle *grievance*, ed a lui solo spetta la decisione se promuovere o meno un arbitrato. Insomma come bene è stato affermato (7), "il controllo sull'amministrazione dell'accordo collettivo viene riconosciuto al sindacato non dalla legge ma dall'imprenditore; gli imprenditori hanno dato ai sindacati con un contratto quell'autorità che il Congresso gli aveva rifiutato per legge".

Le procedure di *grievance* non sono l'unico strumento per il lavoratore per far valere i propri diritti derivanti dal contratto collettivo; esiste anche un altro mezzo, alternativo, previsto dalla legge. Pertanto, se non esistono procedure controllate dal sindacato previste dal contratto collettivo, il singolo lavoratore può agire in giudizio egualmente (8).

Qualora invece, come accade nella maggior parte dei casi, il sindacato abbia il controllo esclusivo sulla procedure di *grievance* e sul *se adire* il collegio arbitrale, il singolo lavoratore non ha alcuna autonoma possibilità di ricorrere contro il datore di lavoro. "Il sindacato, avendo privato l'individuo della sua capacità di far valer i propri diritti, ha una speciale obbligazione nell'agire in suo nome" (9).

Conseguentemente, il DFR si ritiene debba sussistere, ormai e soprattutto, nel caso in cui il sindacato abbia il potere esclusivo di promuovere la procedura di *grievance* in nome e per conto del lavoratore.

In realtà, anche a causa di alcune modificazioni legislative che hanno portato una maggiore controllo sull'attività del sindacato (10) (e sebbene il DFR, come si è sopra detto, sia nato con la finalità di proteggere le minoranze durante il momento genetico del contratto collettivo), attualmente la maggior parte delle situazioni in cui si assume una violazione del DFR riguarda la gestione del contratto collettivo, cioè la violazione da parte del sindacato dell'obbligo di agire correttamente nel proporre l'azione per conto del lavoratore.

Il caso più importante che ha riguardato questo problema è *Vaca v. Sipes* del 1967 (11), il quale ha preso in esame diversi problemi tra cui quello della competenza delle Corti federali, e la delicata questione di esperibilità dell'azione individuale da parte del lavoratore secondo l'art. 301 del *Labour Management Relations Act* (LMRA) (12).

In quella sentenza si stabilì il principio per il quale un prestatore di lavoro che provi che il datore di lavoro abbia violato il contratto di lavoro e che il sindacato abbia violato il DFR avendo erroneamente rifiutato di dar corso alla procedura di *grievance*, lasciandolo pertanto privo di tutela, ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno da entrambi, in proporzione alla loro responsabilità. La Corte Suprema ha testualmente affermato: "Noi crediamo che un lavoratore illegittimamente licenziato possa proporre un'azione contro il proprio datore di lavoro qualora non abbia potuto utilizzare i rimedi previsti dal contratto collettivo, se sia

note

(6) Section 9 (a) del NLRA stabilisce: "Representative designated or selected for the purposes of collective bargaining by the majority of the employees in a unit appropriate for such purposes, shall be the exclusive representatives of all the employees in such unit for purposes of collective bargaining with respect to rates of pay, wages, hours of employment or other conditions of employment: *Provided*, That any individual employee or a group of employees shall have the right at any time to present grievances to their employer and to have them adjusted, without intervention of the bargaining representative, as long as the adjustment is not consistent with the terms of a collective bargaining contract or agreement then in effect: *Provided further*, that the bargaining representative has been given opportunity to be present at such adjustment."

(7) Summers, *op. loc.citt.*, p. 63.

(8) Section 301 of the Labour Management Relations Act, 1947, (a), 29 U.S.C. § 185 (a): "Suits for violation of contracts between an employer and a labor organization representing employees in an industry affecting commerce as defined in this chapter, or between any such labor organizations, may be brought in any district court of the United States having jurisdiction of the parties, without regard to the citizenship of the parties."

Vaca v. Sipes 386 U.S. 171(1967): "If a grievance and arbitration procedure is included in the contract, but the parties do not intend it to be an exclusive remedy, then a suit for breach of contract will normally be heard even though such procedure have not been exhausted".

(9) Summers, *op. loc. cit.*, p. 64.

(10) Nel 1959 fu emanata una legge chiamata *Labor and Management Reporting and Disclosure Act* (LMRDA) che ha imposto alcuni limiti all'attività sindacale al fine di evitare abusi.

(11) 386 U.S. 171, 87 S.Ct. 903, 17 L. Ed.2d 842 (1967).

(12) V. nota 8.

in grado di provare che il sindacato abbia violato il suo dovere di una corretta rappresentanza nel gestire i suoi diritti. Noi riteniamo che tale inadempimento costituisca una pratica scorretta (*unfair labor practice*), come hanno già deciso l'NLRB ed il quinto circuito”.

La Corte ha poi cercato di fornire una definizione, la più precisa possibile, del DFR: dapprima affermando che tale inadempimento consisterebbe nell'aver erroneamente (*wrongful*) rifiutato di procedere in nome e per conto del lavoratore nelle procedure di *grievance*, e poi specificando che “la violazione del DFR si verifica allorché la condotta di un sindacato nei confronti di un membro dell'unità produttiva dove è applicato il contratto collettivo, sia arbitraria, discriminatoria o in mala fede. Ciò peraltro non significa, afferma successivamente la Corte, che il sindacato non abbia il potere di transigere le controversie o di non proseguire nell'azione qualora ritenga che il caso non sia fondato. Ma ciò non significa avere “un'illimitata discrezionalità che privi il lavoratore, che abbia subito un danno, di ogni rimedio”. Pertanto “il sindacato deve decidere circa il fondamento delle pretese dei lavoratori in buona fede e in modo non arbitrario”.

Da ciò le successive pronunce delle Corti hanno ricavato tre regole alle quali l'operato del sindacato deve obbedire per non cadere nella violazione del DFR: un sindacato deve trattare tutte le fazioni e gli “schieramenti” formati tra i suoi membri senza ostilità o discriminazioni; la discrezionalità che possiede il sindacato di difendere i diritti individuali deve essere esercitata in buona fede e con onestà; infine, il sindacato deve evitare una condotta arbitraria. Ognuna di questi requisiti rappresenta un'autonoma obbligazione, nel senso cioè che non devono sussistere tutte, e la violazione di una sola comporta la violazione del DFR (13).

Assai interessante per comprendere questo concetto è una successiva sentenza del 1976, *Hines v. Anchor Motor Freight*. Questo caso riguarda un gruppo di otto lavoratori licenziati perchè ritenuti colpevoli di furto.

I lavoratori erano autisti ed erano accusati di aver falsificato le ricevute di un albergo nel quale avevano dormito. Le ricevute infatti contenevano un prezzo superiore a quello praticato dal motel. Durante un incontro con il sindacato, l'azienda produsse le ricevute e la registrazione effettuata dal motel che dimostravano un prezzo inferiore nonché una dichiarazione dell'impiegato e del proprietario del motel che attestavano che la registrazione era stata corretta.

Dapprima una commissione paritetica aveva ritenuto legittimo il licenziamento: al processo nulla fu portato a prova da parte del sindacato se non la dichiarazione degli stessi autisti che si proclamavano innocenti.

Poi, gli autisti incaricarono un avvocato il quale si procurò una dichiarazione del proprietario per la quale la discrepanza sarebbe potuta derivare, in teoria, dal fatto che l'impiegato avrebbe potuto intenzionalmente redigere la ricevuta con una somma più alta intascando la differenza.

I lavoratori iniziarono un'azione contro l'azienda per l'illegittimità del licenziamento e contro il sindacato per violazione del DFR.

Il successivo giudizio instaurato secondo l'art. 301 dai lavoratori contro il datore di lavoro ed il sindacato, dimostrò che il sindacato locale era stato negligente nella “gestione” della prima causa (*grievance*). La deposizione dell'impiegato rivelò che in effetti era stato lui ad intascarsi la differenza. Così, i lavoratori licenziati non avevano compiuto i fatti che gli erano stati contestati nella lettera di licenziamento; il datore di lavoro aveva però agito in buona fede.

Contro tale decisione venne proposto ricorso alla Corte Suprema. L'unica questione portata di fronte alla Corte Suprema era la responsabilità del datore di lavoro. Circa questo aspetto, il sesto circuito (14) aveva concluso che la decisione della commissione era corretta perchè non c'era prova di malafede da parte del datore di lavoro. La sentenza venne cassata. Parlando a nome della maggioranza, il giudice White ritenne che qualora si provi sia l'illegittimità del licenziamento che la violazione del DFR da parte del sindacato, il lavoratore ha diritto ad un risarcimento sia da parte del datore di lavoro che da parte del sindacato.

In conclusione, mi pare importante quanto afferma il SUMMERS circa i limiti stabiliti dalla Corte alla nozione di DFR (15). “In primo luogo, i diritti che il singolo lavoratore acquista

note

(13) *NLRB v. Loc. 299 Int. Broth. of Teamsters*, Jan, 23 1986, 782 F.2nd 46 (6th Cir. 1986).

(14) Si tratta di una ripartizione territoriale.

(15) Summers, *op. loc. cit.*, p. 69.

Duty of Fair Representation
Franco Toffoletto

in virtù del contratto collettivo, sono diritti soggettivi ed il potere del sindacato per prevenire che un lavoratore eserciti tali diritti dovrebbe essere limitato. Come afferma la Corte nel caso *Vaca*, “Non possiamo credere che il Congresso nel conferire al sindacato e al datore di lavoro il potere di stabilire procedure esclusive abbia inteso conferire al sindacato una discrezionalità illimitata tale da privare il lavoratore di ogni rimedio”.

Secondo, i Collegi arbitrali non devono essere sovraccaricati di ricorsi palesemente infondati consentendo ad ogni singolo lavoratore di ricorrere od obbligando il sindacato a procedere senza un’esame preventivo nel merito. Il sindacato deve essere libero di escludere domande infondate che appesantiscono il procedimento e deve avere il poter di conciliare la maggior parte delle controversie.

Terzo, il sindacato, quale agente contrattuale per legge e coautore del contratto collettivo, deve essere in grado di isolare “le aree con maggiori problemi interpretativi dei contratti collettivi” e risolvere questi problemi. Dove il contratto lasci ambiguità o spazi, il sindacato deve essere in grado di risolvere tali ambiguità o riempire i buchi ricercando una soluzione conciliativa con il datore di lavoro.

Quarto, deve essere assicurato che nel conciliare le controversie “casi uguali debbano essere trattati nello stesso modo”. Un problema di interpretazione, una volta conciliato dalle parti in un caso, deve trovare una soluzione in tutti gli altri casi.”

Come già anticipato il DFR è stato un’invenzione al fine di porre un limite al potere del sindacato, prima nel contrattare con il datore di lavoro e poi nell’essere l’esclusivo “rappresentante processuale” del lavoratore. Certamente, comunque, esso è diventato il perno intorno al quale ruota l’intero sistema di relazioni industriali americano ed intorno al quale si è anche sviluppato un notevole dibattito al fine di cercare di comprendere e precisare, con la pragmaticità che contraddistingue gli USA, quali siano i limiti tra interessi collettivi ed interessi individuali nonché tra esercizio efficace dell’attività sindacale e parità di trattamento.

Non solo: ma il DFR è il momento di collegamento tra il sistema di gestione sindacale dei diritti individuali e l’autonomo esercizio dei diritti stessi. Infatti il sindacato non “ha la proprietà” della procedura di *grievance*. Egli, tuttavia, può pattuire con il datore di lavoro di essere l’unico soggetto in grado di attivarle. Ma l’individuo continua ad avere i diritti che gli derivano dal contratto collettivo e può azionarli. Tale azione però è bloccata in virtù di quell’accordo ma ciò può avvenire soltanto se il sindacato lo abbia rappresentato correttamente in quelle procedure ove egli ha il controllo (16).

Ma non tutti sono d’accordo con questa ricostruzione. In particolare Liebman riferisce che il Cox (17), “invita a guardare alla realtà della contrattazione collettiva per quello che essa effettivamente è nel sistema industriale degli Stati Uniti. E cioè un sistema di “governo negoziale” dell’attività produttiva nelle aziende, attraverso il quale sindacato ed imprenditori si condizionano vicendevolmente nel controllo della propria quota di potere sociale, predisponendo un insieme di regole e di procedure per la gestione quotidiana dell’attività di impresa”.

Probabilmente le più recenti pronunce giurisprudenziali sembrano suffragare tale ultima ricostruzione.

4. I recenti tentativi da parte del NLRB (18) di allargare la nozione di DFR.

Che il DFR non fosse un limite assoluto di comportamento del sindacato ogni qualvolta rappresentasse un individuo (nel senso cioè che il DFR non fosse un limite di agire “non negligenemente”), si ricava anche da alcune sentenze meno recenti (19).

note

(16) Summers, *Measuring the Union’s Duty to represent: an analytic framework*, p. 4, Relazione al convegno tenutosi a New York nell’ottobre del 1983; si veda anche Liebman, *Garanzie individuali e tutela sindacale nel sistema di contrattazione collettiva degli Stati Uniti*, in *Relazioni industriali*, n. 6, 1985, pag. 208.

(17) *Op. loc. cit.* pag. 209.

(18) *National Labor Relation Board*: agenzia amministrativa federale, istituita con il N.L.R.A. del 1935, cui sono attribuiti compiti di gestione e controllo del settore lavoro. Tra le principali funzioni svolte, quella, fondamentale, di organo paragiudiziale sulle questioni di lavoro, nonché quella di presiedere alle procedure di determinazione dell’unità contrattuale per la stipulazione dei contratti collettivi e di elezione dell’agente negoziale esclusivo. Così Liebman, *op. loc. cit.*, p. 199.

(19) Ad esempio *International Bhd of Elec. Workers v. Foust* (442 U.S. 42,99 S.ct. 2121, 60 L.Ed. 2d. 698(1979)), ove si è negata la responsabilità del sindacato per aver iniziato un’azione fuori termine. In quell’occasione la Corte

Ma è con il caso *NLRB v. Local 299, Interrtational Brotherhood of Teansters, Chauffeurs, Warehousemen and Helpers of America* (20) che si statuisce espressamente che il DFR non comprende ogni ipotesi in cui il singolo abbia subito un danno dall'opera del sindacato.

All'interno della *McLean Trucking company* opera un sindacato esclusivo denominato *Local 299*. Il contratto collettivo in essere valido dal 1 aprile 1979 al 31 marzo 1982, proibiva gli scioperi ed espressamente statuiva che se uno sciopero non era espressamente autorizzato dal sindacato, la società avrebbe potuto sospendere o licenziare i partecipanti (21) e i lavoratori non avrebbero potuto iniziare una procedura di *grievance*.

Nel caso di sciopero, il datore di lavoro doveva inviare una richiesta al sindacato per sapere se lo sciopero fosse o meno autorizzato. La mancata risposta equivaleva alla mancata autorizzazione.

Durante un periodo in cui si discuteva circa eventuali modificazioni organizzative, un sindacalista invitò i lavoratori coinvolti a partecipare ad una assemblea poco prima di iniziare il loro turno di lavoro. Dopo aver invitato i lavoratori ad iniziare il lavoro, la società chiese al sindacato se la sospensione del lavoro fosse autorizzata o meno. I rappresentanti sindacali aziendali risposero che non si trattava di uno sciopero ma di un'assemblea, mentre il sindacato non rispose.

I rappresentanti sindacali non avvisarono i dipendenti che il loro comportamento avrebbe potuto essere interpretato dalla società come una sospensione illegale del lavoro o che avrebbero potuto essere oggetto di un provvedimento disciplinare se il sindacato non lo avesse autorizzato. Anzi assicurarono che potevano interrompere il lavoro per 23 ore e 59 minuti senza incorrere in alcuna conseguenza.

La società sospese i 58 lavoratori per 30 giorni. Il sindacato iniziò una procedura di *grievance* assumendo che quanto era avvenuto non costituiva una sospensione del lavoro ma un'assemblea, ma il *Michigan Joint State Arbitration Committee* stabilì che la sanzione disciplinare era lecita.

Uno dei lavoratori iniziò un'azione avanti il NLRB contro il sindacato sostenendo che vi fosse una violazione del DFR.

Il NLRB concluse che la decisione del sindacato di considerare la sospensione del lavoro un'assemblea e non uno sciopero non era stata presa in buona fede e che "i lavoratori avevano il diritto di aspettarsi che il sindacato non li incoraggiasse a violare il contratto in modo da essere esposti ad una perdita patrimoniale o al licenziamento": pertanto il sindacato aveva violato il DFR.

La Corte d'appello del sesto circuito rifiutò di dare efficacia all'ordine del NLRB.

Nella motivazione la Corte ha spiegato che la nozione assunta dal NLRB di *Duty of Fair Representation* era sbagliata, e che tale obbligazione non comprende ogni azione in mala fede o arbitraria posta in essere dal sindacato: altrimenti "... il dovere così interpretato si espanderebbe in modo tale da comprendere un indefinito dovere di fiducia che un sindacato deve avere nei confronti di tutti i suoi rappresentanti. Tale dovere potrebbe imporre al sindacato un'obbligazione di autorizzare uno sciopero o un imprecisato numero di altre azioni positive". Al contrario il DFR comprende soltanto quelle ipotesi in cui il sindacato ponga in essere comportamenti differenti nei confronti di un singolo o di un gruppo in modo discriminatorio, in mala fede o attraverso una condotta arbitraria. E ciò nel caso in esame non fu ravvisato.

Ad analoghe conclusioni è giunta la giurisprudenza nel caso *Camacho v. Ritz-Carlton Hotel*

note

aveva messo in luce il rischio per il sindacato di essere condannato a pagare i danni potesse interferire con il salutare esercizio della gestione discrezionale e nella possibilità di transigere che il sindacato possiede delle procedure di *grievance* ed il connesso affidamento dell'imprenditore nel sindacato. Il sindacato sarebbe spinto a dar seguito a domande infondate o a non concludere giuste transazioni.

Anche in *Vaca v. Stripis* ove viene citata la dottrina di Cox, si legge: "Sebbene si accetti la tesi che un sindacato non possa arbitrariamente ignorare una *grievance* fondata, non siamo d'accordo che un singolo lavoratore abbia un diritto soggettivo di iniziare l'azione avanti l'arbitrato senza i limiti della contrattazione collettiva. ... Se un lavoratore potesse iniziare un arbitrato senza limiti, il sistema contenuto nel contratto resterebbe sostanzialmente minato, distruggendo l'affidamento del datore di lavoro nell'autorità del sindacato e comporterebbe il ritorno del singolo lavoratore alle vaghezze di una indipendente e non sistematica negoziazione. Inoltre, un numero significativamente superiore di domande verrebbe portato avanti il collegio arbitrale. E ciò determinerebbe una crescita del costo del sistema e gli impedirebbe di funzionare con successo".

(20) U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, 23 gennaio 1986

(21) A seconda della durata dello sciopero: se inferiore a 24 ore la sospensione di 30 giorni, se superiore il licenziamento.

Duty of Fair Representation
Franco Toffoletto

of *Chicago* (22) del 1986 ove si è affermato che “il sindacato viola il suo obbligo di FR soltanto quando opera una discriminazione nei confronti di un lavoratore per ragioni vietate quali la razza o la politica, inclusa la posizione del lavoratore nei confronti del sindacato e dei suoi dirigenti; ma non c’è alcun rimedio per una condotta negligente”.

Pertanto, dopo quasi quarant’anni dalla data di nascita del DFR, la sua nozione non ha ancora contorni precisi (23). In ogni caso, come sopra detto, la sua applicazione pratica si è limitata ad ipotesi connesse più alla gestione del contratto collettivo che alla sua negoziazione, e l’atteggiamento della giurisprudenza sembra essere oggi più restrittivo di qualche anno fa.

5. Le conseguenze della violazione del DFR per il sindacato e per il datore di lavoro.

Già nel caso *Vaca v. Sipes*, la Corte stabilì che se un lavoratore avesse provato che il suo datore di lavoro aveva violato gli obblighi che gli derivavano dal contratto di lavoro e che il sindacato avesse violato il proprio obbligo di rappresentanza leale, aveva titolo per ottenere un risarcimento dei danni subiti sia dal datore di lavoro che dal sindacato. Per quanto concerne la ripartizione del danno la Corte aveva precisato nella stessa sentenza che “il principio generale è che ognuno risponda dei danni che ha causato, e pertanto i danni derivanti soltanto dal comportamento del datore di lavoro non possono essere imputati al sindacato, ma l’eventuale aumento dei danni dovuti al comportamento del sindacato non debbono essere fatti pagare al datore di lavoro”.

I principi emersi nel caso *Vaca* circa la ripartizione del danno tra sindacato e datore di

note

(22) 786 F. 2d 242 (7th Cir. 1986).

(23) Si legge in Aaron, *op. cit.*, pag. 18: “Una delle domande più pressanti è: quale tipo di condotta costituisce una violazione del dovere di f.r.? Il dovere di f.r. è stato definito come la rappresentanza di un non membro o di un membro di un sindacato minoritario senza un’ostile discriminazione, giusta, imparziale ed in buona fede (*Steele v. Louisville & Nashville R.R.* 1944). In *Ford Motor Co. v. Nuffman* (1953) come il dovere del sindacato “di una vasto spettro di ragionevolezza ... nel servire chi si rappresenta, soggetto sempre ad una completa buona fede ed onestà di scopi nell’esercizio della propria discrezione”. La Corte non ravvisò una violazione del dovere in *Humphrey v. Moore* (1964), in assenza “di una sostanziale prova di frode, di un’azione dolosa o di una condotta disonesta”. In *Vaca v. Sipes* (1967), comunque, la Corte ha introdotto altri elementi. La violazione del dovere, si è detto, “si determina soltanto allorquando il comportamento del sindacato verso un membro della contrattazione collettiva è arbitrario, discriminatorio o in mala fede”. Ed aggiunse che un sindacato “non può arbitrariamente ignorare una pretesa ‘meritoria’ od un processo in un *perfunctory fashion*”.

In un *obiter dictum* nel caso *Amalgamated Association of Motor Coach Employes v. Lockridge* (1971), la Corte ha stabilito che per proporre una domanda di violazione del dovere di f.r., un lavoratore deve dimostrare “un comportamento in mala fede o arbitrario da parte del sindacato. Ci deve essere una prova certa di frode, azione dolosa o di una condotta disonesta”.

Successivamente la confusione è aumentata. In *Hines v. Anchor Motor, Freight* (1973), la Corte distrettuale parlava di due requisiti: “mala fede o ostilità personale” e “mala fede, arbitrarietà o senza diligenza”. La Corte d’Appello si riferì a “mala fede o condotta arbitraria”. La Corte Suprema ricalcò il linguaggio utilizzato nel caso *Vaca*; statui che il Congresso non avrebbe potuto intendere di privare il lavoratore del rimedio stabilito al *section 301* “se il processo contrattuale sia stato seriamente viziato essendo il sindacato venuto meno al suo dovere di rappresentare il lavoratore onestamente, in buona fede e senza discriminazione o con una condotta arbitraria; e implica che le decisioni arbitrali siano errate se la rappresentanza da parte del sindacato sia stata “disonesta, in mala fede o discriminatoria”.

In *Beriault v. Local 40, ILWU*, si conclude “che la Corte distrettuale ha applicato un errata nozione del dovere di FR non rinvenendo alcuna violazione del dovere soltanto perchè l’attore non ha allegato “mala fede, carenza di rappresentanza o una condotta disonesta da parte del sindacato”. I tre oggetti indicati nel caso *Vaca*, devono essere applicati disgiuntamente: un sindacato viola il proprio dovere se la sua condotta è arbitraria o discriminatoria o in mala fede.

Tre altri distretti hanno anche concluso che la prova di una condotta arbitraria da sola sia sufficiente a sostenere una domanda che un sindacato ha violato il suo dovere di FR.

Alcuni circuiti hanno stabilito che la prova che un sindacato abbia agito negligenemente non sia sufficiente per supportare una domanda di *unfair representation*: anche il NLRB ha raggiunto la stessa conclusione.

In *Holodnak v. Avco Corp. and UAW local 1010*, per esempio, la Corte ha fondato il suo giudizio sul fatto che l’avvocato del sindacato che rappresentava il lavoratore avanti l’arbitrato aveva ignorato ovvi argomenti legali e non era stato sufficientemente aggressivo nel proteggere l’attore di fronte ad improprie domande dell’arbitro.

In *Thompson v. International Association of Machinists, Lodge 1049*, una Corte federale è andata oltre, sostenendo che il sindacato aveva violato il DER non dando un preavviso al ricorrente che il caso doveva essere oggetto di arbitrato; non consentendogli di essere presente all’arbitrato, pur sapendo che non vi sarebbero stati testimoni da ascoltare in suo favore; istruendo la domanda negligenemente ed in modo poco interessato;... e sbagliando nel verbalizzare l’udienza.

lavoro vengono confermati nel caso *Bowen v. United States Postal Service* del 1983 (24). In esso espressamente si riconosce che sebbene il danno sia stato prodotto sia dal datore di lavoro che dal sindacato, il sindacato è responsabile per l'aumento del danno e pertanto deve sopportare la sua parte.

È interessante sottolineare che la giurisprudenza americana riconosce, nell'applicare questi principi un carattere particolare al contratto collettivo. Infatti, si afferma che nella determinazione del danno, nel caso *Vaca* non si sono applicati i principi generali in tema di contratti, perchè "un contratto collettivo è più di un contratto; è un codice generalizzato che governa una miriade di casi che i redattori non possono del tutto immaginare preventivamente" (25).

Nella fattispecie esaminata dalla Corte vi era stata in primo grado la liquidazione di un danno a favore di Bowen (un lavoratore licenziato per il quale il sindacato non aveva attivato la procedura di *grievance*), di 52.954 dollari di cui 22.954 nei confronti del datore di lavoro e 30.000 nei confronti del sindacato. La Corte d'appello stabilì invece che il sindacato non poteva ritenersi responsabile dei danni patiti da Bowen, e pertanto limitò la condanna a 22.954 dollari per la società. La Corte Suprema ha riformato, ritenendo, appunto, che entrambi, datore di lavoro e sindacato, fossero tenuti al risarcimento del danno.

**Duty of Fair
Representation**
Franco Toffoletto

note

(24) 459 U.S. 212, 103 S.Ct. 588, 74 L.Ed.2d 402 (1983).

(25) *United Steelworkers of America v. Warrior & Gulf Navigation Co.* 1960.

La “parità di trattamento” tra sindacati: evoluzione giurisprudenziale e problemi attuali

Paola Bellocchi

Sommario

1. Il “diritto alla parità di trattamento” delle associazioni sindacali nella giurisprudenza. **2.** La concezione “legislativa”: libertà negoziale e diritto a trattare. **3.** *Segue.* Illecito antisindacale e illecito discriminatorio. **4.** La concezione “costituzionale”: *a)* l’esercizio della libertà sindacale. **5.** *Segue. b)* l’impedimento alla libertà sindacale. **6.** La concezione “soggettiva”: l’intento discriminatorio. **7.** Maggiore rappresentatività sindacale e parità di trattamento tra sindacati: *a)* il significato differenziante. **8.** *Segue. b)* il divieto di discriminazione tra sindacati maggiormente rappresentativi. **9.** *Segue. c)* la maggiore rappresentatività dei sindacati dei quadri e l’esclusione delle trattative. **10.** Razionalità e non discriminazione nell’accesso alle trattative sindacali: i limiti ‘funzionali’ alla libertà di scelta del contraente. **11.** Libertà negoziale, relatività degli effetti del contratto e parità di trattamento tra sindacati: *a)* il principio consensualistico. **12.** *Segue. b)* il principio di eguaglianza e la ‘discriminazione’ nella composizione di commissioni aziendali. **13.** Discriminazioni tra sindacati e libertà sindacale individuale. **14.** *Segue.* Libertà di scelta sindacale e diritto al contratto. **15.** Conclusioni.

1. Il ‘diritto alla parità di trattamento’ delle associazioni sindacali nella giurisprudenza.

La questione della c.d. ‘parità di trattamento’ tra sindacati, qui esaminata in relazione all’ammissione di alcuni e all’esclusione di altri dalle trattative negoziali, ha diviso la giurisprudenza sulla base di due interpretazioni contrapposte. L’una, tradizionale, che fa capo al filone giudiziale di tipo astensionista e può dirsi di gran lunga prevalente quantomeno in dottrina, vi scorge il rischio di un sistematico snaturamento delle ragioni del conflitto collettivo, in nome di un presunto diritto alla parità di trattamento eversivo del potere contrattuale del sindacato.

Impostazione, questa, implicita nel punto di vista dal quale viene normalmente considerata la questione, quello dei limiti alla libertà sindacale delle associazioni stipulanti (non esente a sua volta da una rilevante componente ideologica, esprime piena fiducia nelle capacità autoregolative del sistema). L’altra, che fa capo al filone giudiziale del tipo interventista, vi ravvisa gli estremi di un disegno razionalizzante delle relazioni collettive, ispirato alla necessità di scongiurare il pericolo di una sostanziale compromissione della dialettica sindacale, sacrificata, in difetto di adeguati controlli, alle scelte efficientistiche dell’impresa stipulante. Qui il problema si rovescia, e il piano d’indagine diventa quello dei limiti alla libertà sindacale delle associazioni escluse dal negoziato.

Dietro la formula sintetica ‘discriminazione’ tra sindacati — intesa per ora nel senso elementare di una differenza di trattamento tra soggetti collettivi — si nascondono in realtà processi molto complessi, che toccano diverse problematiche. Una più generale prospettiva, dunque, qui affrontata non tanto dal punto di vista teorico o sistematico, quanto piuttosto

**Parità di trattamento
tra sindacati**
Paola Bellocchi

sotto il profilo di una sintesi appropriata di quegli indirizzi giurisprudenziali (soprattutto di merito) che costituiscono il nucleo più appariscente ed emblematico della materia. Lo scopo è quello di verificare, per quanto possibile, come ‘discriminazione’ e ‘parità di trattamento’ siano state intese, quali siano i problemi ricostruttivi e applicativi relativi al loro inquadramento giuridico, da quale tipo di logica operativa abbiano preso le mosse e quali significati siano venute assumendo nel diritto sindacale.

Il punto più controverso, com'è noto, figura essere il criterio selettivo dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, il quale, ancorché dettato in funzione dell'attività sindacale nell'impresa, ha assunto, tra vistose oscillazioni, un valore classificatorio generale, elevandosi a norma competente a disciplinare problemi attinenti ai trattamenti differenziati nel diritto sindacale.

2. La concezione “legislativa”: libertà negoziale e diritto a trattare.

Il criterio interpretativo sicuramente più ricco di implicazioni, su cui esiste un diffuso consenso di giurisprudenza e di dottrina, è quello inerente alla configurabilità, come diritto soggettivo, dell'oggetto della pretesa del sindacato ‘discriminato’. Su questo piano appare acquisita praticamente senza soluzione di continuità la conclusione, ormai divenuta massima costante (*Trib. Roma 22 dicembre 1984*, in NGL, 1985, p. 1, FEDERCREDDITO-CONFAL c. Assicredito), che

“non esiste nell’ordinamento giuridico dello Stato una norma che, direttamente tutelando, elevi l’interesse dell’organizzazione sindacale alla stipulazione del c.c.n.l. al rango di diritto soggettivo perfetto. Una siffatta norma non è rinvenibile né nell’art. 39 Cost. che sancisce il principio della libertà e, quindi, della pluralità sindacale ma non certo il diritto di ciascun sindacato a partecipare alla stipulazione del contratto collettivo né nell’art. 19 della l. 20 maggio 1970, n. 300 che (...) non fa il minimo accenno alla protezione dell’interesse a stipulare quei contratti”.

Al riguardo, una più diffusa esemplificazione sarebbe superflua.

Qualsiasi altro esempio non farebbe che confermare come la constatazione della mancanza di una qualsiasi tutela legislativa dell'interesse del sindacato a prender parte alle trattative (il c.d. diritto a trattare) è l'indice decisivo che depona nel senso della totale irrilevanza, per il diritto positivo, della pretesa avanzata dal sindacato discriminato. La logica implicazione di tali premesse è che,

“in definitiva, gli interessi adottati sono e restano interessi di mero fatto per la cui tutela sarà lecito il ricorso ai tipici strumenti di azione sindacale, ma non al giudice dei diritti soggettivi”.

Se i criteri di determinazione delle posizioni giuridiche protette devono essere precostituiti per legge, è coerente la giurisprudenza quando riferisce le basi concettuali delle proprie conclusioni (*Pret. Genova 12 ottobre 1988*, in NGCC, 1989, I, p. 719, Siquadri c. IP S.p.a.) **“al principio della tutela dell’autonomia delle parti contraenti (art. 1322 c.c.) le quali sono libere sia di instaurare o meno delle contrattazioni sia di scegliere i propri interlocutori; di modo che le limitazioni a tale libertà necessitano di un’espressa previsione normativa (cfr. ad. es. art. 2597 c.c., art. 1-11 legge n. 482/68)”**,

in difetto della quale, e nell'impossibilità di ricostruire limiti esterni all'autonomia collettiva, **“l’accesso e la partecipazione alle trattative sindacali risulta demandato alla volontà delle parti”.**

Da questa impostazione è derivato un indubbio condizionamento della prospettiva di indagine. La negazione di una rilevanza sostanziale all'interesse a trattare confina il concetto di “discriminazione” tra sindacati in un'area di applicazione limitata, annullandone anzi il significato, nel senso che (*Pret. Milano 11 novembre 1987*, in L80, 1988, p. 105, FILIU-CISAL c. A.m.s.a.)

“è fuori luogo parlare di discriminazione, concetto legato alla sussistenza di una parità di ‘diritti’.

Restano però irrisolti problemi rilevanti. Anche ad ammettere che la ricostruzione in parola sia fondata (e sicuramente lo è vuoi con riguardo all'interpretazione dell'art. 19 st. lav. vuoi con riguardo alle caratteristiche complessive del nostro sistema sindacale), permane un

dubbio di fondo. Quello relativo all'opportunità di risolvere il problema utilizzando un criterio interpretativo (diritto-obbligo a trattare) che, nei termini in cui è definito, sembra privo di efficacia discriminante in ordine alla nozione di discriminazione illecita: che chiaramente allude ad una ricognizione diversa dai fenomeni di illegittimità per violazione di legge.

**Parità di trattamento
tra sindacati**
Paola Bellocchi

3. Segue. Illecito antisindacale e illecito discriminatorio.

L'approccio di tipo legislativo, già implicito nel ricorso alla teoria del diritto soggettivo a trattare, si fa del tutto evidente nell'interpretazione dell'art. 28 dello Statuto, che costituisce la chiave di volta dell'intera giurisprudenza di merito in tema di discriminazioni nelle trattative. Esso costituisce la premessa di fondo alla lettura 'sanzionatoria' della norma, proposta da Trib. Ivrea 26 gennaio 1972 (in MGL, 1972, p. 309, FENALME-CISNAL c. Olivetti): sul presupposto che, laddove si parla di libertà e di attività sindacale, **"la stessa legge chiarisce il contenuto di tali diritti"**

analiticamente nelle previsioni del titolo II e III dello Statuto — assume che **"quando, quindi, l'art. 28 prevede la repressione della condotta antisindacale e fa preciso riferimento alla condotta del datore di lavoro che impedisca o limiti l'esercizio della libertà sindacale, delle attività sindacali nonché del diritto di sciopero, è al contenuto delle norme sopra richiamate che occorre fare riferimento per comprenderne la esatta portata"**.

Decisione qui specificamente menzionata, tra le altre pronunce di merito orientate nel medesimo senso, perché, per escludere che la discriminazione sindacale sia denunziabile nel particolare procedimento dell'art. 28, fonda la soluzione negativa esclusivamente su tale discutibile argomentazione. Pur non sottovalutando i problemi ricostruttivi (specie di ordine processuale) posti dal riferimento all'art. 28, che sono molti e da altri evidenziati (Cecchella, 1985), una simile lettura riesce in realtà una mera variante argomentativa della precedente: di per sé l'affermazione che non si possono creare, ex art. 28, forme di tutela giurisdizionale che non sono conosciute dall'ordinamento presuppone soltanto una risposta negativa alla domanda se nel nostro sistema giuridico sussista il diritto legale a trattare come figura generale. Non a caso, nella giurisprudenza più recente, la riflessione sul profilo esaminato è ormai scomparsa, spostandosi l'attenzione sul significato normativo della libertà sindacale.

4. La concezione "costituzionale": a) l'esercizio della libertà sindacale.

Su questo terreno la giurisprudenza ha consacrato l'ampia nozione conflittuale della libertà sindacale, determinante nella sistemazione interpretativa di rilevanti aspetti teorici del diritto sindacale, modellata sul presupposto della *par conditio* delle parti collettive. Solo questa argomentazione è responsabile della fondazione d'una regola che è venuta assumendo valore generale; la regola (Trib. Verona 11 maggio 1990, in DPL, 1990, p. 3005, Soc. Cattolica di Assicurazione c. Assiquadri) secondo cui, **"l'accesso alle trattative (...) dipenderà di volta in volta esclusivamente dalla capacità del sindacato, in ragione della forza acquisita e della sua effettiva rappresentatività, di indurre la controparte padronale a iniziare e/o proseguire la negoziazione"**.

Alla base di essa è la circostanza

"che l'ordinamento sindacale vigente è informato al principio non già della collaborazione (come nei proclami e negli intenti era l'ordinamento corporativo), ma della dialettica conflittuale tra le parti, e che in tale prospettiva a qualunque sindacato viene garantita la tutela giudiziale, non direttamente degli interessi perseguiti, ma della libertà di svolgimento dell'attività, includente, eventualmente, il ricorso allo sciopero, preordinato al loro perseguimento".

Questo è il terreno specifico di verifica della capacità negoziale del sindacato, in cui si chiude il cerchio. Perché è evidente che, se non si pone un problema di temperamento interno tra interessi espressi da sindacati concorrenti, ma di immediatezza all'esterno dell'azione di autotutela, l'esclusione dalle trattative non solo non può dirsi incompatibile con la garanzia dell'art. 39, ma è essa stessa specificazione ed attuazione dei medesimi

**Parità di trattamento
tra sindacati**
Paola Bellocchi

principi costituzionali. A tal fine viene anzi precisato (*Pret. Roma 26 novembre 1988*, in RGL, 1989, II, p. 338, Siquadri c. Selenia S.p.A.) che

“la soluzione contraria comporterebbe (...) un’interferenza nel merito degli assetti sindacali, e delle relazioni collettive, in contrasto proprio con l’invocato principio di libertà sindacale posto a base dal legislatore del 1970 delle disposizioni dello statuto. Con tali disposizioni, infatti, non si è inteso eliminare il conflitto, inteso nel senso di naturale, e quindi legittimo, contrasto discendente dal riconoscimento della contrapposta libertà sindacale, e conseguenti comportamenti datoriali, antagonisti al sindacato (tra cui rientra sicuramente, quello del rifiuto a trattare) ma solo quei comportamenti che, al di fuori e contro le regole del conflitto, tendono a soffocarlo e reprimerlo, quali ad es. negazioni di permessi sindacali, di assemblee, licenziamento di attivisti sindacali, ecc.”.

Non è necessario aggiungere altre considerazioni, se non quella che, nell’ambito di questa ricostruzione, viene meno ogni possibilità di parlare di ‘discriminazione’. Nessun comportamento del datore di lavoro, per definizione, può riuscire a colpire, come tale, l’attività della controparte che è protetta in sé, e non discriminabile, appunto per la sua destinazione al conflitto, mentre ciò che può lamentare il sindacato escluso è proprio e solo la sua ridotta forza contrattuale. Potrebbe semmai discutersi se questa concezione dello sciopero, esercitabile nei confronti della diretta controparte per la risoluzione di contrasti relativi ai rapporti di lavoro, si presti a servir di base ad un discorso sulle ‘discriminazioni’: insufficienza tanto più avvertibile quanto più quell’apparato di concetti si innesta in un vasto processo di trasformazione dei rapporti di forza nel sistema sindacale.

Uno sviluppo di tale assunto, metodologicamente corretto in ordine a fattispecie concrete di conflitti primari, dove, avendo accesso al giudizio il conflitto storico tra gli antagonisti di classe, è ragionevole che le parti agiscano secondo il ruolo e la funzione propria della loro posizione contrattuale (forma di lotta per il sindacato, atti di resistenza per le imprese) e dove il conflitto costituisce una unità di misura a cui è pertinente commisurare tutto, negli altri casi non ha motivo d’essere compiuto (se non come “disvalore” rispetto a certe esigenze da risolvere) in termini tanto pervasivi (che è quanto sembra potersi trarre dalla pur tanto discussa sentenza n. 30/1990 della Corte costituzionale).

Non a caso, l’evoluzione dei valori che presiedono a tali rapporti è stata in qualche misura divergente (D’Antona, 1990).

5. Segue. b) l’impedimento alla libertà sindacale.

L’impostazione finora considerata risulta corretta, con esiti interpretativi rovesciati, da *Pret. Roma 31 dicembre 1987* (in DPL, 1988, p. 646, FENTAFQUADRI c. Ente Ferrovie Stato). Viene qui introdotto un concetto opposto, il concetto che la discriminazione è di per sé violazione della libertà sindacale, essendo

“in contrasto con gli stessi principi costituzionali in materia (e, segnatamente, con quelli affermati negli artt. 2, 3, 18, 39 Costituzione), giungere a negare alla radice lo stesso diritto dell’associazione sindacale a poter esprimere nella sede e nel momento più importante, quale è quello delle trattative per la definizione del nuovo assetto contrattuale del rapporto di lavoro, gli interessi e le richieste degli aderenti in contraddittorio con le altre associazioni sindacali, fermo poi restando, ovviamente, il diritto della controparte datoriale ad assumere ogni atteggiamento che riterrà a fronte di tali richieste e proposte, eventualmente anche opponendo un totale rifiuto”.

Nell’ambito di questa scelta di fondo viene rivendicata la competenza ad individuare in via interpretativa (ed in assenza di indicazioni legislative), i ‘limiti’ alla libertà negoziale del datore di lavoro, derivanti dalla necessità di tutelare le

“stesse istituzionali finalità dell’associazione sindacale, garantite e riconosciute dalla medesima Carta fondamentale”.

su cui, con l’esclusione di un sindacato dalle trattative, in quanto lesione di una situazione soggettiva costituzionalmente rilevante,

“il datore incide negativamente”.

Questo risultato operativo è raggiunto adattando al caso di specie le sanzioni previste dall’art. 28 st. lav., la cui portata generale rende evidente che

“il legislatore non ha inteso esprimere solo talune attività antisindacali tipizzate, ma ha

dettato una norma in bianco (...) là dove oggetto dell'azione possono essere anche situazioni soggettive-attive riconosciute, in via generale, da norme o principi costituzionali”,

Parità di trattamento
tra sindacati
Paola Bellocchi

e in cui la discriminazione di un sindacato indubbiamente rientra, costituendo, *“netto ostacolo frapposto dal datore (...) all'esercizio della libertà e dell'attività sindacale della detta associazione in uno dei momenti più significativi e di concreta esplicazione”*.

Lo spunto per l'individuazione di una nozione tecnica di discriminazione collegata a quella di libertà sindacale è in realtà offerto dalle tesi radicali accolte in passato da talune pronunce pretorili, da cui era partita la denuncia delle implicazioni di siffatto comportamento su un diritto costituzionale che, come a volte si era (contraddittoriamente) concluso, doveva essere fruito in modo uguale da tutti i sindacati. Esaminato il fenomeno nella prospettiva di un'analisi di lungo termine di politica del diritto *Pret. Palermo 29 dicembre 1973* (in FI, 1974, I, c. 2554, FISNALCTA-AMPE-CISNAL c. Associazione Albergatori della provincia di Palermo), aveva anzi segnalato anche un secondo problema di compatibilità con l'art. 39 1° c., Cost., insito nella

“discriminazione che si compie tra i vari sindacati escludendone uno dalle trattative

e differenziato, nella motivazione della sentenza, dall'oggettivo impedimento all'esercizio della libertà.

“Va rilevato al riguardo che la Costituzione ha previsto la pluralità delle associazioni sindacali (art. 39) e non ha attribuito ad alcuna di esse la preminenza sulle altre, e, quindi, il potere di rappresentanza e attività sindacale, in tutte le varie manifestazioni lecite, può essere esercitato da ciascuna di esse. Da ciò discende l'illegittimità delle discriminazioni che se ammesse, peraltro, potrebbero portare a conseguenze inaccettabili. Infatti, il datore di lavoro col mezzo della discriminazione potrebbe realizzare una sua politica di preferenza e di divisione tra i sindacati a tutto danno dei lavoratori e degli interessi che le associazioni sindacali sono chiamate a curare. Le discriminazioni a lungo andare portano alle emarginazioni di forze sindacali e, alla fine, alla loro scomparsa. Ciò se in un primo momento può non dispiacere alle altre associazioni che, per conseguenza, vedrebbero aumentare il numero dei loro aderenti, in un secondo tempo capirebbero che la discriminazione attuata nei confronti della prima associazione potrebbe essere rivolta ad un'altra di loro con analoghi pericoli di eliminazione. E, appare indubbio, la successiva e continua riduzione di associazioni sindacali è del tutto contraria allo spirito della costituzione ed al principio democratico in materia sindacale”.

La formalizzazione del concetto di discriminazione in tali termini — come comportamento contrario ai principi costituzionali di libertà, di pari dignità dei sindacati, di pluralità — poggia su un gran numero di implicazioni di ordine istituzionale, che sorreggono il giudizio di illegittimità. Del tutto correttamente viene respinta la concezione sanzionatoria dell'illecito antisindacale, punto di avvio dell'operazione giurisprudenziale volta a ripristinare, alle origini, canoni legalistici di interpretazione. Né vi è, ovviamente, un diritto del sindacato a trattare. Il problema è quello, negativo, degli effetti pregiudizievoli dell'uso di parametri differenziali nei rapporti tra sindacati. Sicché, in quest'ottica, l'interpretazione non è tanto in funzione della verifica della capacità sindacale di autotutela, sotto l'aspetto della sua effettività, ma della valorizzazione di profili tipologici e funzionali inerenti alla dialettica sindacale.

La portata di questa revisione presenta tuttora margini di incertezza. Talora il concetto di “impedimento alla libertà” continua ad essere riproposto per adottare una nozione lata di discriminazione sindacale, valevole per tutti i soggetti collettivi ed indifferenziatamente vincolante. Il ragionamento soffre in effetti di una palese contraddizione su uno dei punti qualificanti, lasciando aperto un varco tra argomentazione generale e dichiarazione puntuale di illegittimità. Ed è su tale dilemma, che la giurisprudenza sembra aver dato, come si vedrà, risposte equivoche.

6. La concezione “soggettiva”: l'intento discriminatorio.

Giunta la querelle sulla discriminazione nelle trattative alla sua prima verifica giurisprudenziale in sede di legittimità, la Cassazione, con la *sentenza n. 4270 del 22 settembre 1978*, (in FI, 1980, I, c. 464, Soc. Anic c. CISNAL) ha dato una risposta trasversale, trasferendo

**Parità di trattamento
tra sindacati**
Paola Bellocchi

sul piano dei soggetti la qualificazione giuridica del fatto contestato finora svolta in relazione all'oggetto (l'attività negoziale o sindacale protetta). La Corte, in ciò seguita poi da numerose decisioni di merito, ha fatto leva sul criterio soggettivo dell'*intento antisindacale*, richiedendo, per la valutazione negativa, non già il risultato bensì il fine discriminatorio: ***“in tanto il comportamento antisindacale del datore di lavoro integra la previsione dell'art. 28 legge n. 300 del 1970 e può, quindi, formare oggetto di repressione, in quanto si tratti di condotta volontaria, assunta per la libera determinazione dello stesso datore di lavoro, come chiaramente si evince dall'interpretazione della citata norma, secondo criteri sia letterali, sia logico-sistematici”***.

L'attenzione si sposta così su una questione concreta e meglio percepibile: se sia possibile giustificare la discriminazione, come di massima avviene, sul piano politico-sindacale, per l'ostruzionismo dei sindacati concorrenti e concretamente favoriti.

Premessa, questa, che ha portato a censurare la decisione di merito, la quale ***“pur dando atto che le altre confederazioni si erano rifiutate di trattare con la Cisl, ha però osservato che l'Anic, cedendo a queste pressioni, fece proprio questo comportamento e, quindi, (...) operò all'esclusione della Cisl dalle trattative”***,

senza chiarire

“quale apporto positivo avrebbe potuto recare l'Anic di fronte al rifiuto di cui sopra è cenno, né (dar) contezza della misura delle pressioni cui l'odierna ricorrente è stata fatta oggetto, al fine di stabilire la sussistenza, oppure non, di una residua sfera per una sua autonoma determinazione volitiva”.

Questo tipo di approccio ha una sua giustificazione sostanziale: la nozione dell'illecito antisindacale risulterebbe, nella sua formulazione oggettiva, troppo caratterizzata nel senso della pretesa contro il datore di lavoro, e cioè della disponibilità alla soddisfazione dell'interesse da parte di esso. Quando in realtà in questi casi l'intervento complesso, caratterizzato da storiche divisioni e interni schieramenti fra sindacati. Non a caso è ricorrente, in talune pronunce di merito (specie in quelle relative alla prassi delle trattative a tavoli separati), il richiamo a tali divisioni interne al movimento sindacale che, nella perdurante carenza di criteri formali risolutivi dei conflitti, impongono al datore di lavoro, per evitare accuse di favoritismo, un dovere di astensione, di equidistanza e di imparzialità. Merito della teoria della responsabilità soggettiva applicata alla fattispecie dell'art. 28 St. lav. sarebbe quello di dare rilievo, in ogni caso, alla situazione su delineata. Essa, infatti, vuole che sussista responsabilità sono “in quanto si tratti di condotta volontaria, assunta per libera determinazione dello stesso datore di lavoro”, cosicché il comportamento di quest'ultimo diverrebbe insuscettibile di valutazione negativa ogni qual volta si fosse contenuto nei limiti di una semplice inerzia (Cecchella, 1985).

Detto ciò, è qui possibile osservare che, quanto alla prova della sussistenza dell'intento antisindacale, essa non è elemento costitutivo essenziale della fattispecie dell'art. 28 dello Statuto (e la conclusione finisce per contrastare con altri indirizzi della stessa Corte di cassazione in materie contigue).

Ma in generale, se anche lo fosse, l'indagine sui motivi discriminatori, se condotta, come appare da molti segni ed è ampiamente sottolineato nel dibattito dottrinale (Tosi, 1990), a stregua di parametri fondati su una considerazione attenga ai valori di tipicità e normalità espressi dalla prassi sindacale, non è, per definizione, “neutra” con riferimento al conflitto di interessi sollevato dai trattamenti differenziati nella contrattazione. Il che genera perplessità sulla correttezza di un metodo che richiama, per usare le parole di *Pret. Firenze 19 dicembre 1984* (in LPO, 1985, p. 837, SILCEA-CISAL c. Banca Toscana)

“l'ordinamento sindacale (...) storicamente stabilizzato in una sorta di attuazione di fatto dell'art. 39 cost., mediante i principi della rappresentanza paritetica e dell'unicità contrattuale (...) nei limiti del reciproco riconoscimento”

o ancora, come si è notato con chiarezza ancora maggiore (*Pret. Firenze 14 giugno 1985*, in LPO, 1985, p. 1758, SILCEA-CISAL c. Banca Toscana), un modello normativo di relazioni collettive informato all'egemonia di tre sindacati confederali,

“nella loro veste o pretesa, che egli (il datore di lavoro: n.d.r.) non può contestare, di monopolio rappresentativo degli interessi dei lavoratori”.

In questo modo si può dire che l'elemento soggettivo — elevato a causa di giustificazione da tale tendenza giurisprudenziale — possiede un riconoscibile contenuto sociale. Ciò avviene però commisurando l'oggetto di valutazione giuridica al problema (l'opposizione dei tre

sindacati confederali, privilegiati come interlocutori negoziali) che proprio la 'discriminazione' ha posto.

**Parità di trattamento
tra sindacati**
Paola Bellocchi

7. Maggiore rappresentatività sindacale e parità di trattamento tra sindacati: a) il significato differenziante.

Resta infine da verificare il valore interpretativo di un ulteriore concetto, tradizionalmente ritenuto caratterizzante, ma distinto, nella problematica (Treu, 1972): quello della c.d. parità di trattamento. L'esigenza di assumerlo quale parametro autonomo nel giudizio di discriminazione tra sindacati emerge praticamente in tutte le sentenze in materia. Si può al riguardo rilevare come anche la questione della parità di trattamento è orientata dalla convinzione che lo Statuto dei lavoratori tendenzialmente fornisca, di quella locuzione, l'interpretazione autentica, come indice di una tendenza alla differenziazione, o diversificazione del livello di giuridica rilevanza, tra soggetti collettivi. Com'è chiaramente affermato nella sentenza n. 4280 del 22 settembre 1978,

“il principio di parità di trattamento, mentre è sempre valido ed operante per i lavoratori (art. 15 legge n. 300 del 1970) non altrettanto può dirsi per gli organismi sindacali, come è dato desumere dall'art. 19 dello statuto dei lavoratori il quale prevede appunto che rappresentanze sindacali aziendali si possano costituire solo nell'ambito di determinati sindacati in possesso dei requisiti specificamente determinati. La norma, infatti, lungi dall'accogliere in modo generale ed assoluto il principio di uguaglianza, fa proprio il criterio della maggiore rappresentatività sul piano nazionale, quale parametro che indica l'attitudine del sindacato ad esprimere in modo adeguato l'interesse del sottostante gruppo professionale. È, quindi, erroneo il riferimento (...) alla parità di trattamento dei sindacati quale supposto indice del ritenuto comportamento antisindacale (...) sotto il profilo discriminatorio”.

“Lo statuto dei lavoratori — osserva nello stesso ordine di idee la sentenza n. 1700 del 13 marzo 1986 (in NGL, 1986, p. 553, SNALE-FILCEA-CISNAL c. Monte dei Paschi di Siena) — con gli artt. 19 e 28 detta esso stesso in ordine all'esercizio di determinate facoltà, disposizioni discriminatorie in danno delle associazioni sindacali minori; e da ciò consegue la irrilevanza di ogni disparità di trattamento che — considerata quindi non in sé ma nei suoi effetti — non si traduca (...) in una obiettiva coartazione della libertà di azione sindacale, in ordine, ad esempio, allo svolgimento di un efficace rapporto dialettico con il datore di lavoro”.

La spiegazione usuale, nelle motivazioni giurisprudenziali, della inesistenza della regola di parità di trattamento in termini di riconoscimento del principio della maggiore rappresentatività sindacale è del resto una costante di tutta la giurisprudenza della Corte di Cassazione. Il che avviene tuttavia con motivazioni insoddisfacenti. È dubbio intanto che l'art. 15 abbia quel valore fondativo della parità di trattamento nel rapporto individuale che si assume, e non quello più limitato di attribuire rilievo a specifiche, nominate differenziazioni. Quanto al riferimento alla m.r.s., introdotto dall'art. 19 per fissare l'ambito soggettivo dei diritti sindacali dovuti *ex lege* (riferimento che opera parallelamente all'altro, anch'esso selettivo, dell'art. 28), per utilizzarne la pretesa attitudine discriminativa tra i soggetti collettivi, quel che preme qui rilevare è quel valore negativo, di norma 'limitatrice', che si finisce progressivamente per attribuirgli. Perché è innegabile che, secondo tali assunti, la legislazione di sostegno sindacale e soprattutto il suo art. 19 non si mantiene nel ristretto ruolo di norma speciale attributiva dei diritti sindacali privilegiati: il che, se all'atto pratico ne riconferma la natura di titolo giuridico ad impiego vincolato, più che rendere inoperante il principio di parità di trattamento nel discorso giuridico con corrette operazioni teoriche, dimostra soprattutto quanto sia difficile e non privo di ambiguità l'uso corretto dell'interpretazione sistematica.

8. Segue. b) il divieto di discriminazione tra sindacati maggiormente rappresentativi.

Ben diversa è l'innovazione introdotta dalle sentenze che hanno assunto il criterio selettivo della maggiore rappresentatività sindacale di cui all'art. 19 dello Statuto a fondamento giuridico della parità di trattamento tra sindacati. Il senso di questo accostamento è quindi opposto a quello delle ricostruzioni che, partendo dalla stessa premessa (il modello di riferimento per la disciplina positiva dei soggetti sindacali è l'art. 19), tendono a derivare da

Parità di trattamento tra sindacati

Paola Bellocchi

esso la spiegazione (quantunque in termini di *ratio*) della legittimità di un trattamento diversificato.

Ad essa ha dato avvio un *obiter dictum* coniato dalle sezioni unite della Cassazione nella sentenza n. 3836 del 25 ottobre 1976 (in FI, 1977, I, c. 106, Comune di Catania c. CISNAL), con la celebre formula secondo cui

“il datore di lavoro che, di fronte ad istanze presentategli da più sindacati, accetti l’incontro con alcuni o lo rifiuti con altri, dei quali non dimostri il difetto dei requisiti indicati nell’art. 19 della legge, attua un comportamento che, mentre da un lato gli preclude la possibilità di appellarsi alla propria libertà di negoziazione, avendo dimostrato di non volersene giovare, dall’altro si risolve in contestazione del diritto degli esclusi a rappresentare quegli interessi dei dipendenti, la cui importanza egli stesso aveva riconosciuto. Contestazione, codesta, tanto più grave, in quanto si accompagna ad una patente discriminazione, capace obiettivamente, ossia a prescindere dalle concrete sue motivazioni, di vanificare la presenza del sindacato escluso nell’ambiente di lavoro. Il che è ben più di una mera limitazione delle possibilità di azioni del sindacato e rende sicuramente applicabile l’art. 28 dello statuto”.

L’importanza del precedente, per quel che attiene alla problematica dell’ammissione alle trattative, è dubbia: la sentenza riguarda la partecipazione sindacale a commissioni aziendali in ipotesi in cui la disparità di trattamento posta in essere dal datore di lavoro veniva a favorire Cgil, Cisl e Uil danneggiando, con palese e (per le ragioni che si vedranno) ingiustificata discriminazione, una confederazione, per quanto maggiormente rappresentativa, non presa in considerazioni ai fini della designazione di propri rappresentanti. Ma la formula è ormai trascorsa nella prassi giurisprudenziale, dove il ricorso ai criteri dell’art. 19 come parametro fisso del giudizio di discriminazione tra sindacati costituisce, se non proprio una costante, un riferimento stabile della gran parte delle pronunce pretorili.

Che sul ripristino del valore solo relativo, e non assoluto, del principio di parità di trattamento così operato pesino difficoltà di ordine concettuale, risulta dal margine di opinabilità, oltre che dall’eclittismo, delle argomentazioni adducibili a sostegno di questa soluzione. L’estrema difficoltà di dargli un fondamento univoco appare chiara quanto il criterio descritto viene accolto — come nel caso di *Pret. Roma 30 luglio 1986* (in DPL, 1986, p. 2545, SANGA-CISAL c. Aeroporti di Roma), citando a sostegno proprio la sent. n. 3836 del 1976 — assumendosi semplicemente che esso permetterebbe di tener conto non

“di qualsiasi difformità di trattamento, altrimenti ricadendosi in quel principio di parità sopra escluso, bensì solo di quelle notevoli o gravi, cioè ‘capaci obiettivamente, ossia a prescindere dalle concrete motivazioni, di vanificare la presenza del sindacato escluso nell’ambiente di lavoro’”;

o sarebbe accolto dal sistema in assenza di norme attuative della previsione costituzionale, in base ad una interpretazione eterodossa del criterio organizzativo impartito nei commi 2 e 4 dell’art. 39 Cost., la quale, nell’individuare in esso un insieme di posizioni giuridiche del sindacato che sanzionano il restringimento della sfera di libertà del datore di lavoro, fa perno, come ha precisato *Pret. Siena 7 gennaio 1986* (in LPO, 1986, p. 1531, Monte dei Paschi di Siena c. SILCEA-CISAL), sulla contiguità tra le due fattispecie (i sindacati registrati e i sindacati maggiormente rappresentativi) o addirittura sulla loro alternanza storica, poiché

“l’art. 39, anche se non ancora attuato, esiste, e non ha il mero valore di norma programmatica, esprimendo invece un senso attuale e precisamente questo: che la compressione della libertà di scelta del contraente (che è cosa diversa dalla libertà di aprire o meno le trattative) è un valore costituzionale; che il costituente ritiene che il sacrificio di tale libertà di scelta determini la tutela di un valore più importante: quello della correttezza e la lealtà delle relazioni sindacali, nel cui ordinato e giusto svolgimento si tutela la libertà e il diritto di tutti i cittadini”.

Altre sentenze che hanno raggiunto conclusioni conformi sul punto, pur muovendo da considerazioni di principio sulla rilevanza dello status di confederazione maggiormente rappresentativa, hanno motivato la soluzione più che con la violazione di una indicazione normativa, in tal senso prescrittiva, a stregua di una mera ricognizione, come tale descrittiva, delle peculiarità della singola fattispecie concreta, privilegiando un metro di giudizio fondato su dati quantitativi (Rescigno, 1988). La disparità lamentata si è ritenuta censurabile (*Pret. Albenga 27 luglio 1988*, in RGL, 1989, II, p. 153, SILIT-FAISA-CISAL c. Autolinee Riviera) sulla base

“non (...) soltanto della violazione astratta del dovere che incombe al datore di lavoro di non violare la libertà sindacale con comportamenti ostentamente discriminatori e penalizzanti nei confronti di uno o più sindacati, ma della esclusione concreta dalle trattative di oltre un terzo della forza lavoro della S.A.R., atteso che oltre il 30% dei dipendenti della S.A.R. aderisce al Silt che, nell’ambito dell’azienda, si presenta quindi, non come un sindacato piccolo e marginale, ma come uno dei più rappresentativi”.

**Parità di trattamento
tra sindacati
Paola Bellocchi**

Non interessa qui entrare nel merito delle posizioni riportate, e neppure analizzare la particolare teoria della parità di trattamento tra sindacati che — come divieto di praticare differenziazioni in situazioni analoghe, paritario essendo lo status legale — si può derivare da esse. Nelle critiche ormai numerose avanzate in dottrina (Grandi, 1986; Zangari, 1986), con argomenti di sicuro peso (ancorché di ordine in prevalenza formale), vi è tuttavia una richiesta di chiarimento, che la giurisprudenza ha finora lasciato insoddisfatta. Sul punto dell’adattabilità dell’art. 19 dello Statuto alla tutela di tali interessi sindacali, quest’ultima è apparsa evasiva, mostrando di ragionare in termini di imputazione soggettiva del pregiudizio provocato, senza dare risposta esauriente al problema del perché debba qualificarsi illecito, in astratto, il rifiuto di trattare, attraverso l’individuazione di una causa autonoma del pregiudizio lamentato. Tale affermazione è significativa soltanto se si salda con una premessa, non chiarissima nelle motivazioni delle sentenze ricordate, ma logicamente necessitata: l’interesse all’eguale trattamento di cui si discute in queste decisioni non sembra trovare fondamento in norme di legge bensì, a quanto pare, nella stessa Costituzione, la quale in una prospettiva sistematica sufficientemente ampia, volta a privilegiare canoni funzionalistici di interpretazione, renderebbe imprescindibile la considerazione di un interesse allargato dei soggetti sindacali, (Salmi, 1986; Meucci, 1987).

9. Segue. c) la maggiore rappresentatività dei sindacati dei quadri e l’esclusione dalle trattative.

Un apporto alla comprensione delle scelte di valore di queste posizioni giurisprudenziali, è venuto dalle decisioni pretorili sui sindacati di mestiere le quali, sul valore ricostruttivo del combinato disposto degli artt. 19 st. lav. e 39 Cost., hanno delineato il quadro al quale dovrebbe ispirarsi un assetto giuridico del sistema sindacale più aperto all’innovazione. Qui si attinge in effetti la sostanza del problema. Alla base di tale opzione vi sono ragioni di politica del diritto, del resto esplicitamente dichiarate, in critica alle tradizionali tesi negative, da *Pret. Roma 31 dicembre 1987*, quando s’è definita

“l’esclusione di una associazione sindacale di carattere nazionale (come nella fattispecie, la Fentraf, ancorché con i (...) ‘limiti’ dovuti alle caratteristiche ‘categoriali’ ed al limitato spazio temporale nel quale si è dispiegata la sua azione) dalle trattative per il rinnovo del contratto collettivo di lavoro”

un comportamento

“indubbiamente ‘parziale’ ovvero discriminatorio, attuando una disparità di trattamento fra associazioni sindacali non giustificata da alcuna oggettiva esigenza causale di tutela, bensì ispirata a ragioni di mero interesse e comodo, individuabili nell’impedire ogni possibile turbativa che l’ingresso di una ‘nuova’ associazione sindacale possa procurare su un ormai consolidato sistema di relazioni industriali vigente nell’azienda, che ha per contraddittorio tradizionale i sindacati ‘storici’”.

In questo quadro, trova giustificazione ‘costituzionale’ la scelta, (mediata dall’attribuzione dello *status* di confederazione maggiormente rappresentativa all’organizzazione di mestiere), di non lasciare senza tutela sindacati che, a cagione della propria peculiare identità, sarebbero esposti più di altri alle insidie del riconoscimento negoziale, nel quale

“la chiusura aprioristica verso le nuove realtà sindacali, in una con il non sempre pronto adeguarsi dei sindacati ‘storici’ alle mutate, diversificate esigenze dei lavoratori”

potrebbero continuare a perpetuarsi. Laddove, poiché

“è il legislatore ad essersi fatto carico di limitare i rischi connessi ad una eccessiva proliferazione-frantumazione della rappresentanza sindacale, predisponendo strumenti di sostegno all’attività delle sole organizzazioni sindacali aventi maggior seguito”

ne segue

“che se un’associazione sindacale, ancorché non ‘storica’ acquista una propria notevole

Parità di trattamento
tra sindacati
Paola Bellocchi

rilevanza nel senso indicato dal legislatore, non può essere certo il datore a disconoscerne l'importanza ostacolandone l'attività".

La stessa chiarezza si è usata quando, per respingere analoga pretesa del sindacato dei quadri, s'è affermato (*Trib. Verona 11 maggio 1990*) che

“l'ordinamento sindacale italiano, quale risultato di una lunga gestazione storica recepita infine nel sistema costituzionale, è ispirato senz'altro ad un pronunciato favor della forma sindacale ed associativa pluralistica e pluricategoriale, per cui non può ritenersi — anche se ovviamente, in ossequio al principio della libertà sindacale, non risulta vietata — sufficientemente rappresentativo ai fini che interessano una associazione monocategoriale quale quella dei quadri”.

10. Razionalità e non discriminazione nell'accesso alle trattative sindacali: i limiti 'funzionali' alla libertà di scelta del contraente.

In occasione della seconda verifica in sede di legittimità, avutasi con le *sentenze n. 1677 del 3 marzo 1990* (in RIDL, 1991, II, p. 315, FILCEA-CISNAL c. Monte dei Paschi di Siena) e *n. 1504 del 10 febbraio 1992* (in NGL, 1992, p. 5, FAISA-CISAL c. Ferrovie e tranvie vicentine), il criterio estrinseco, e tendenzialmente soggettivistico, indicato da Cass. n. 4280 del 1978, è stato abbandonato a favore del recupero di una visuale oggettiva, che sostituisce all'intento dell'agente, il risultato della scelta discriminatoria. Come ha precisato la *sentenza n. 1677 del 1990*, il 'limite' della discriminazione illecita, lungi dal discendere dalla posizione nominalistica della maggiore rappresentatività sindacale,

“nel senso che non può ravvisarsi una costante e necessaria correlazione fra tale carattere e il diritto di porsi come agente negoziale ai vari livelli di contrattazione collettiva; correlazione che non potrebbe trarsi dall'art. 19 stat. lav. se non a costo di attribuirgli una portata restrittiva del cennato principio costituzionale di libertà sindacale”

parrebbe individuabile in relazione ai modi di esercizio del potere di accreditamento datoriale. Il divieto di discriminazione dovrebbe essere sanzionato sotto un profilo negativo, ***“sicché il bilanciamento delle opposte libertà sindacali nel contesto della garanzie apprestate dall'art. 39 Cost. deve trovare il suo punto di equilibrio non in una aprioristica imposizione nei confronti della parte datoriale di un obbligo assoluto di garantire la parità di trattamento delle diverse organizzazioni nel senso di aprire le trattative con tutte, ma nel divieto (che trae, esso sì, origine dall'esigenza di salvaguardare il diverso ed essenziale principio della libertà sindacale) di determinare attraverso un uso distorto di questa una obiettiva coartazione della libertà di azione della parte sindacale. In altri termini non può trarsi dalla mancanza di parità di trattamento la ineludibile conseguenza della violazione del principio di libertà sindacale, dovendosi di volta in volta accertare se esso sia stato in concreto apprezzabilmente leso”***.

Si propone in tal modo un diverso metro distintivo, un'indagine da condurre in concreto, caso per caso, sganciata da criteri predeterminati in astratto, in una dinamica di adeguamento dei tipi di sanzione ai casi specifici. Se si considera che quest'ultima scelta interpretativa è, a quanto pare, caratterizzata dalla possibilità di controllo, in caso di contestazione, del rispetto di criteri obiettivi di giustificazione, e che in concreto ma anche teoricamente annulla tanto l'operatività del criterio del 'diritto a trattare', fondato su una pretesa costante, quanto l'operatività del criterio della 'maggiore rappresentatività sindacale', costituendo quest'ultimo una nuova costante, determinata anch'essa in via astratta, appaiono con sufficiente chiarezza i principali presupposti di diritto sostanziale assunti a fondamento delle decisioni esaminate. Dire che la discriminazione illecita prende forma in negativo, cioè come divieto di arbitrarie differenziazioni tra sindacati (il cui accertamento, tuttavia, dipende dall'apprezzamento del giudice, finalizzato a rinvenire nella fattispecie il concreto pregiudizio, e ciò in termini di 'lesione apprezzabile', che la libertà sindacale ha subito per effetto dell'illecito in questione), significa dare per risolta in senso positivo la quale questione prospettata inizialmente, che cioè è possibile ricostruire limiti alla libertà di scelta del contraente nel vigente ordinamento in relazione alla "esigenza di salvaguardare il diverso ed essenziale principio della libertà sindacale", anche in assenza dell'intervento del legislatore. Resta aperto il problema di valutare, e in che termini, quando la lesione è 'apprezzabile' e soprattutto quali debbano essere i parametri obiettivi di riferimento.

Nella specie è stata ritenuta insussistente la discriminazione lamentata, nell'un caso (sent.

n. 1677/1990) perché non è apparsa viziata da irragionevolezza o arbitrarietà la scelta del datore di lavoro di trattare, a livello decentrato, con i sindacati firmatari del ccnl verso i quali lo impegnava una espressa previsione contrattuale (l'art. 140 del c.p.p. del credito), **“negando la sua stessa esistenza l'ipotesi di una immotivata ed aprioristica esclusione del sindacato dalle trattative idonea a comprimerne la libertà d'azione”**;

**Parità di trattamento
tra sindacati**
Paola Bellocchi

nell'altro caso (sent. n. 1504/1992) non solo perché la piattaforma rivendicativa del sindacato ricorrente era diversa da quella predisposta dalle altre organizzazioni sindacali, ma il datore di lavoro, lungi dall'ignorarne la presenza negoziale, **“aveva specificamente motivato sul perché non intendeva aprire le trattative sulla base della piattaforma rivendicativa presentata e si era sempre mostrato disponibile ad eventuali incontri”**,

laddove

“il merito della decisione dell'azienda, cioè la scelta di non contrattare su quella piattaforma, appartiene all'area della libertà negoziale dell'imprenditore; come gli eventuali effetti dannosi, sul piano del proselitismo, subiti dal sindacato in conseguenza di quella scelta, risultano connaturali alle regole del conflitto”.

Di fronte a formule così generiche, c'è il rischio di rendere operante il controllo in esame utilizzando criteri per definizione sforniti della necessaria efficacia discriminante (come, per ovvie ragioni, i preesistenti vincoli negoziali), con la conseguenza di lasciare scoperte ipotesi pur riconducibili — secondo la necessaria valutazione in concreto — a quell'esigenza di tutela.

Una siffatta precisazione può servire a comprendere indirizzi giurisprudenziali, come *Pret. Roma 25 ottobre 1985* (in NGL, 1985, p. 627, FILCEA-CISNAL c. Banco di Roma) i quali, a prescindere dall'adempimento degli obblighi negoziali, hanno negato valenza discriminatoria alla disparità lamentata, anche sul rilievo che la diversità si basava su una *motivazione oggettiva*

“la minore consistenza del numero di aderenti al sindacato ricorrente”

rispetto a quella dei sindacati firmatari del contratto collettivo, diversità che

“costituiva indubbiamente un ulteriore motivo, riferendosi a circostanze oggettive, per escludere che l'intento del Banco di Roma sia stato quello di attentare alle libertà sindacali del Filcea-Cisnal”.

Pur nella diversa prospettiva del controllo in concreto, le indicazioni della Cassazione (e le prevedibili incertezze applicative che si avranno nella giurisprudenza di merito) sembrano sollecitare la riflessione su un profilo della problematica mai esplorato a fondo: quello di una concezione della libertà sindacale e di una conseguente ricostruzione della corrispondente garanzia rispetto a cui possa porsi come coerente l'ulteriore qualificazione nei termini di liceità o illiceità in ragione di interessi di un soggetto-terzo rispetto alle scelte negoziali delle parti, che riesca a vincolare quel concetto ad una dimensione realmente oggettiva.

Una prima applicazione di esso vale comunque come indicazione di massima. Si è affermato (*Pret. Roma 2 giugno 1992*, inedita, Fabi e Snalbi c. Banca d'Italia) che

“ad escludere un uso distorto della libertà negoziale è più che sufficiente la circostanza che la Banca aveva riaperto le trattative con i sindacati storici dopo che i relativi vertici, avendo iniziato ad occuparsi della vertenza, avevano provveduto a sospendere gli scioperi, così ponendosi in una situazione oggettivamente diversa da quella delle organizzazioni sindacali che continuavano a sostenere la necessità delle astensioni dal lavoro: l'iniziativa datoriale, quindi, è ampiamente giustificata dal nuovo atteggiamento assunto dalla controparte riavvicinata alle trattative”.

11. Libertà negoziale, relatività degli effetti del contratto e parità di trattamento tra sindacati: a) il principio consensualistico.

Benché le applicazioni di trattamenti differenziati finora mostrate si riferiscono alla contrattazione c.d. normativa, il discorso può venire agevolmente esteso all'analisi delle 'discriminazioni' nascenti dal contratto collettivo. Le ipotesi per così dire classiche sono costituite — relativamente alle discriminazioni nelle trattative contrattuali — dalle c.d. *clausole di riserva negoziale*, che organizzano la futura produzione contrattuale identificando preventivamente gli agenti negoziali a livello decentrato nei soggetti firmatari del

Parità di trattamento tra sindacati

Paola Bellocchi

contratto collettivo nazionale, con la conseguente esclusione di soggetti collettivi che parti stipulanti non sono. Di interesse ancora maggiore è però, nella medesima prospettiva, un altro significativo tema, concernente i diritti sindacali di origine convenzionale che si sono venuti moltiplicando, nell'impresa, a favore dei tre maggiori sindacati confederali.

L'incidenza del contratto collettivo suscita, come s'è detto, un diverso ordine di problemi, che può riassumersi nell'interrogativo se sussista o meno un vincolo di pari trattamento, sulle discipline migliorative disposte per contratto, verso i sindacati non firmatari. Se cioè debba proteggersi, in tale ipotesi, la volontà negoziale delle parti (quanto ai diritti che i sindacati stipulanti derivano dall'accordo contestato ed in relazione ad esso), o piuttosto aspettative di sindacati 'terzi', e in quale misura.

Al principio consensualistico — da apprezzare, eventualmente, in sede di esatto adempimento del datore di lavoro (Simi, 1984; D'Isa, 1985) — sono tuttora ricondotti i termini della contrapposizione in esame, su cui verificare l'eventuale trattamento discriminatorio tra sindacato e sindacato. Secondo il ragionamento che presiede a tale schema, resta assorbente come criterio valutativo la definizione, nel contratto, dei soggetti e dell'oggetto della prestazione, determinante col vincolo delle obbligazioni reciproche, il trattamento ottenibile dalla controparte. Argomentazioni di questo tipo si attagliano del resto alla perfezione proprio alla disciplina dei diritti sindacali in azienda: qui la funzione regolatrice dell'autonomia collettiva dispone infatti, com'è noto, di un proprio spazio di operatività volto alla attribuzione di condizioni più favorevoli rispetto al minimo legale (Mancini, 1973; Lambertucci, 1981). Con le premesse ora riferite la Cassazione, con la *sentenza n. 13085 del 5 dicembre 1991*, in FI, 1992, I, c.... Standa c. FISNALCTA-CISNAS), è tornata ad esaminare gli accordi migliorativi in materia di permessi sindacali retribuiti di cui all'art. 23 st. lav., contestati da una confederazione non firmataria che rivendicava il diritto a goderne nella stessa misura (195 ore annue in luogo delle 48 ore assegnate) riconosciuta per contratto ai sindacati stipulanti. Ribadita, con la consueta motivazione, l'inesistenza di un principio di parità di trattamento tra sindacati, la Corte ha corretto la soluzione positiva accolta — in nome della uguaglianza tra sindacati maggiormente rappresentativi — in grado di appello: e, utilizzando quasi alla lettera una ipotesi ricostruttiva avanzata in dottrina (Mazzoni, 1982 e 1989) ha ricondotto la fattispecie oggetto di giudizio, nell'ambito della più ampia tematica della efficacia obbligatoria del contratto collettivo, allo schema teorico della rappresentanza sindacale.

“Affermare, come ha fatto il Tribunale, che tale criterio della maggior rappresentatività legittima di per sé un'eguaglianza ovvero imponga l'obbligo del 'pari comportamento' è errato. Perché, a parte il fatto che trattasi di dubbio criterio e che l'art. 39 Cost. non conosce in realtà la figura del sindacato più rappresentativo, resta un nodo da sciogliere, che è quello dell'estensione di efficacia del contratto collettivo. Nell'ambito di quest'ultimo mentre la parte 'normativa' è destinata a disciplinare i rapporti di lavoro dei lavoratori, l'altra, quella c.d. 'obbligatoria', regolando esclusivamente i rapporti tra le associazioni stipulanti, fa sorgere direttamente tra i soggetti contraenti diritti ed obblighi. Orbene, quest'ultima non è dotata di alcuna forza espansiva, tale da renderla applicabile ad associazioni sindacali diverse da quelle contraenti. Il problema sicché non è tanto di 'rappresentatività' quanto di carenza di 'rappresentanza' sindacale nel senso che se non hanno proceduto direttamente a regolare un certo trattamento, le organizzazioni sindacali ancorché maggiormente rappresentative non possono certo invocare l'applicazione di un contratto stipulato da associazioni diverse. E se così non fosse verrebbe violato il principio dell'autonomia sindacale costituzionalmente garantita”.

Ricondotta così la *querelle* al profilo strutturale del contratto, che pone limiti oggettivi e di materia nonché limiti soggettivi, resta tendenzialmente preclusa, in omaggio al principio della libera volontà delle parti, ogni questione relativa alla eguaglianza dei trattamenti tra sindacati. Una concreta possibilità di separare l'attività sindacale dal risultato prodotto da tale attività per i soggetti che concretamente lo producono con il contratto, costituendo quest'ultimo un dato giuridicamente unitario, in effetti non esiste. Cosicché il discorso sulla 'parità di trattamento' troverebbe un limite (logico) nella pura e semplice esistenza di norme contrattuali sostitutive del minimo legale, con

“la conclusione che, laddove neghi diritti che non sono invocabili, perché insussistenti, la condotta non può mai considerarsi discriminatoria”.

Si noti peraltro che in alcune decisioni precedenti sui permessi sindacali si tendeva ad attribuire valore di principio, a quanto pare almeno tendenzialmente vincolante — per le

clausole di favore 'autorizzate' dall'art. 23 st. lav. — alla rappresentatività sindacale, *sub specie* di effettiva consistenza numerica degli associati. In questa logica la Cassazione, con la sentenza n. 3635 del 5 giugno 1981, in MGL, 1981, p. 558, Cantieri navali riuniti c. FENALME-CISNAL), dopo aver richiamato la necessità di accertare l'elemento soggettivo intenzionale, quanto all'oggettiva illiceità della condotta, ritenuta dalla Corte di merito sull'assunto delle parità di trattamento tra sindacati maggiormente rappresentativi, ha osservato che

“l'art. 23 — nel disporre che i dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19 hanno diritto, per l'espletamento del loro mandato, a permessi retributivi — non indica affatto un criterio egualitario da adottarsi in previsione di accordi collettivi sullo specifico oggetto, ma, fatte salve le clausole contrattuali più favorevoli, stabilisce i minimi delle ore dei permessi in questione in misura differenziata e proporzionata alle necessità dello assolvimento del mandato delle singole organizzazioni sindacali”;

cosicché, potendo

“un accordo sui permessi sindacali aggiuntivi (...) prescindere dall'accertamento della rappresentatività del determinato sindacato che ne abbia avanzato richiesta”;

il datore di lavoro sarebbe tenuto, accedendo alle trattative con esso,

“a considerare le effettive esigenze della rappresentanza aziendale di tale sindacato nell'assolvimento del suo mandato, in relazione alla pretesa del maggiore numero di ore di permessi retribuiti, non certo a concedere alla stessa organizzazione sindacale, meno rappresentativa, l'eguale numero di permessi già ottenuto dalle Confederazioni con l'apposito accordo, il quale costituiva un precedente per un trattamento analogo, e non identico da potersi estendere automaticamente a parte estranea e in situazione differente.

L'accento alla diversità oggettiva delle situazioni considerate come fondamento dei trattamenti preferenziali è ripreso in talune recenti sentenze pretorili, tra cui *Pret. Milano 7 luglio 1988*, in OGL, 1988, p. 958, FILCEA-CISNAL c. Banca d'America e d'Italia), che ha concluso per la correttezza del comportamento del datore di lavoro

“che ha offerto, pur in mancanza di una precisa richiesta contenuta nella piattaforma rivendicativa dell'accordo integrativo aziendale, 300 ore di permesso sindacale ai dirigenti della CISNAL-FILCEA, in considerazione del minor numero di iscritti al sindacato (circa il 5%, contro il 26-28-25-13% degli altri quattro sindacati)”

onde

“si è tenuto conto, in buona sostanza, del numero degli iscritti (anche l'accordo nazionale del 21 dicembre 1984 dello stesso settore determina il quantitativo di ore di permesso spettanti ai dirigenti territoriali in base al numero degli iscritti) non potendosi equiparare tra loro tutti i sindacati, in quanto tutti maggiormente rappresentativi”.

Col che, in realtà, la giurisprudenza (ma dello stesso avviso è parte della dottrina: Cinelli, 1984) conferma l'esistenza di un problema distributivo, non risolto sul piano dell'ordinamento: né dallo Statuto dei lavoratori, né dalla regola della relatività degli effetti del contratto. E, così facendo, riesce a far rivivere la regola della 'parità di trattamento' sotto forma di diversità delle situazioni reali considerate. Sicché, con l'utilizzo di un criterio quantitativo-proporzionale, si sfiora la categoria della ragionevolezza delle diseguaglianze, in cui può trovare giustificazione proprio la legittimità del trattamento differenziato e non solo la lesione a priori dell'eguaglianza.

12. Segue. b) il principio di eguaglianza e la 'discriminazione' nella composizione di commissioni aziendali.

L'identificazione consueta tra effetti negoziali e trattamento differenziato del sindacato non firmatario viene però, dal filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza n. 3836 del 25 ottobre 1976, significativamente rimossa, indebolendosi quel dato strutturale (la stipulazione contrattuale) che si tende invece a valorizzare nel quadro di una teoria della libertà sindacale correlata al contratto collettivo. L'abbandono di questa prospettiva ricostruttiva, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, appare facilitato dallo specifico tema di decisione: l'esclusione di rappresentanti sindacali di confederazioni autonome da commissioni aziendali giudicatrici di concorsi interni, delle quali erano stati chiamati invece a far parte rappresentanti designati da sindacati affiliati a Cgil, Cisl e Uil.

Con la sentenza n. 11442 del 26 ottobre 1991 (in FI, 1992, I, c. 31, FAISA-CISAL c. Gestione

**Parità di trattamento
tra sindacati**
Paola Bellocchi

**Parità di trattamento
tra sindacati**
Paola Bellocchi

commissariale governativa Ferrovie complementari della Sardegna), la Cassazione ha meglio precisato i contorni di questa scelta interpretativa (già anticipata in tre decisioni passate) con prospettazioni che sensibilmente si discostano da quelle dell'atto dispositivo di interessi privati, recepito nelle decisioni di merito (tutte riformate). Secondo la Corte la circostanza — ritenuta determinante nei gradi di merito per respingere la pretesa del sindacato discriminato — che, nella logica dello statuto dei lavoratori, la conclusione di un contratto collettivo migliorativo rientra nel potere dei sindacati stipulanti, e che il diritto così sorto è protetto dalle regole dello scambio negoziale, poiché

“non avendo il legislatore inteso interferire sugli esiti della dialettica sindacale e dell'autonomia collettiva (...) ciò sarebbe il risultato, altrettanto naturale e pertanto legittimo, di una ineludibile competizione fra organizzazioni sindacali non tutte munite della stessa forza contrattuale”,

è irrilevante ai fini della soluzione del caso di specie, dove il dato della stipulazione contrattuale non può ottenere riconoscimento giuridico allo scopo di utilizzarlo come norma di chiusura proprio nei confronti dei sindacati non stipulanti.

“Il difetto della tesi è quello di valutare il fatto come il risultato dei concreti rapporti di forza fra più sindacati all'interno dell'azienda quando invece, trattandosi di stabilire se sia discriminatorio o meno ammettere alcuno e non gli altri a comporre la commissione, ciò che interessa non è il fatto che l'imprenditore abbia trattato quell'ammissione con uno dei sindacati, obbligandosi poi con una clausola contrattuale, quanto il fatto che esso, successivamente, si sia rifiutato di fare altrettanto con altre organizzazioni che lo avevano richiesto e che, come quella ammessa, avevano i requisiti previsti dall'art. 19 dello statuto”.

Di tali clausole, appunto, altro è l'effetto interno tra le parti, altro è l'effetto di legittimazione in ordine al comportamento del datore di lavoro nei confronti degli altri sindacati, potendo i primi essere ammessi senza tuttavia implicazioni in ordine ai secondi, con la conseguenza

“che l'eventuale esclusione di un sindacato è, pertanto, atto esclusivo dell'imprenditore, il quale non può esservi vincolato da alcun patto raggiunto con altri”.

Cosicché il discorso sulla 'parità di trattamento' nei diritti in commissione, quand'anche questi traggano origine da un accordo sindacale, si pone, rispetto al contratto collettivo e al dato di fatto, privilegiato dal tribunale,

“elevandolo a giustificazione della diversità di trattamento (...), della diversa forza o capacità contrattuale delle singole organizzazioni nell'ambito dell'azienda”

come un fenomeno in buona misura indipendente, collegato al momento dispositivo in modo estrinseco. In effetti, il momento genetico negoziale.

“serve soltanto a far uscire l'imprenditore da una posizione negativa sulla questione della partecipazione di rappresentanze sindacali nella commissione”,

dovendosi per altro verso escludere

“che l'attribuzione di un diritto ad un soggetto, per quanto giustificata dalla particolare forma contrattuale di quest'ultimo, possa legittimare il rifiuto in questione tanto più che se fosse diretta a realizzare l'esclusione del terzo la clausola, per avervi partecipato un sindacato concorrente, non farebbe che esaltarne il carattere discriminatorio”.

Non potendosi dunque, per l'inquadramento della fattispecie, far capo allo schema teorico dell'efficacia del contratto, si giunge a valutare illegittimo l'operato dell'azienda perché,

“per essere diretto contro un sindacato avente la medesima capacità rappresentativa prevista dalla legge, il rifiuto finisce per confliggere con il principio di uguaglianza operante fra i soggetti indicati dall'art. 19, e quindi per assumere, necessariamente, la valenza discriminatoria (...) risolvendosi nell'impedimento ad esercitare quella attività, di natura sindacale, che invece fu consentita ad altri”.

Resta allora da definire la reale distanza che corre tra la posizione qui riferita e l'indirizzo precedente, rispetto all'assetto relativo al principio di non discriminazione. La sentenza attinge, mi pare esattamente, il cuore del problema quando è portata ad interrogarsi, più che sulla inestensibilità delle clausole di favore ad altre associazioni incapaci di conquistarsele, secondo la concezione contrattuale finora seguita, sulla astratta configurabilità di una fattispecie “rifiuto di trattare illegittimo” in ragione della tutela di interessi concorrenti.

Oggetto di valutazione non è perciò la libertà delle parti di dare ai propri interessi l'assetto preferito, obbligandosi in tal senso, né l'autonomia contrattuale concretamente esercitata dai soggetti collettivi stipulanti, commisurata alla forza contrattuale di ciascuno di essi, bensì la qualificazione come discriminatoria della condotta imprenditoriale. E, a tali fini, i diritti convenzionali non vengono più considerati in relazione alla funzione direttamente corrispettiva assunta nel contratto, ma in relazione al fine, logicamente diverso e presupposto, delle modalità di esercizio del potere imprenditoriale.

Quanto alla soluzione pratica data al problema, il criterio di illiceità della disparità lamentata è ravvisato nella violazione del

“principio di eguaglianza che questa corte, anche con le citate sentenze, ritiene operante fra le organizzazioni aventi i requisiti di cui all'art. 19”.

Al pari delle pronunce di merito che a tale schema hanno fatto riferimento per sanzionare l'esclusione dal negoziato, resta irrisolto un interrogativo di fondo: su quale fondamento normativo appoggiare l'affermazione di un limite collegato all'art. 19 dello Statuto, nel cui ambito

“le organizzazioni sindacali vanno considerate paritariamente e unitariamente rappresentative dell'interesse dei lavoratori”.

La risposta fornita al riguardo finisce per ricorrere ad un argomento indimostrabile, limitandosi ad ascrivere il riconoscimento di un principio di eguaglianza tra s.m.r. ad opinione ormai consolidata della Corte in materia. A ben vedere, il trattamento riservato a questa ipotesi di 'discriminazione' rivela piuttosto una speciale considerazione (anche) di un interesse individuale del lavoratore, come può rilevarsi dal fatto che,

“se si considera (...) che la composizione di una commissione giudicatrice di concorso all'interno dell'azienda coinvolge l'interesse di tanti lavoratori quanti sono quelli per i quali tale mezzo si pone come condizioni necessaria per la progressione della carriera”,

tali scelte datoriali finiscono in definitiva per imporre un trattamento meno favorevole proprio ai lavoratori interessati.

Col che si esprime concetto non dissimile da quello formulato con maggiore precisione tecnico-giuridica con la precedente sentenza n. 4850 del 15 luglio 1983 (in RIDL, 1983, II, p. 886, A.T.P. c. FILIU-CISAL), mediante il riferimento ad un pregiudizio ricadente

“nella sfera della stessa vita lavorativa delle maestranze sindacali e delle loro eventuali aspettative di difesa ed appoggio, da parte del sindacato di iscrizione, nello svolgimento progressivo del rapporto di lavoro ed addirittura nella sua stessa esistenza”.

Come si diceva in apertura, la posizione espressa dalla Cassazione in materia, con un tipo di argomentazione apertamente sconfessato nelle pronunce sopra ricordate concernenti profili contigui della stessa tematica, riuscirebbe verosimilmente giustificata in ragione del preciso interesse che la partecipazione tutela: un interesse (non patrimoniale) del singolo, vincolato alla soglia di rappresentatività qualificata nell'art. 19 st. lav. che ne individua il livello astratto di rilevanza nell'azienda, delegandosi a questi processi di amministrazione aziendale anche funzioni di garanzia dei diritti individuali dei lavoratori. Lo scopo è allora quello di censurare scelte ritenute discriminatorie rispetto ai singoli.

13. Discriminazioni tra sindacati e libertà sindacale individuale.

Quest'accento può servire a dar conto dei problemi particolari che la garanzia della libertà sindacale individuale suscita in questo genere di controversie, aspetti sui quali per la verità la giurisprudenza ordinaria non ha avuto occasioni per prese di posizione significative (in ragione soprattutto del fatto che le pronunce dei giudici di merito sono tutte emesse in esito al giudizio urgente o all'opposizione regolati nell'art. 28 st. lav.).

Una soluzione in linea di principio negativa sembra comunque giustificata anzitutto dall'assenza di una espressa garanzia normativa, che — secondo quanto già precisato da *Pret. Roma 9 aprile 1974* (in GI, 1974, I, 2, c. 684, FISNALCTA-CISNAL c. Compagnia Internazionale Carrozze Letti) — non può rinvenirsi in enunciazioni orientate ad altri scopi, quali la

“libertà sindacale, garantita dall'art. 14 dello Statuto (...) che (...) non comprende il diritto di essere rappresentati nelle trattative tramite il sindacato, né tantomeno di chiederlo a pari titolo degli aderenti ad altre organizzazioni”.

**Parità di trattamento
tra sindacati**
Paola Bellocchi

**Parità di trattamento
tra sindacati**
Paola Bellocchi

o in altre previsioni legislative, sicché è da escludere che

“un divieto di discriminazione fra sindacati può desumersi dall’art. 15 dello Statuto, il quale riguarda solo il rapporto fra imprenditori e lavoratori singoli: destinatari infatti della norma di cui all’art. 15, nonché del successivo art. 16, sono soltanto i lavoratori nei cui confronti si realizza la discriminazione, onde il rifiuto del datore di lavoro di instaurare trattative con un determinato sindacato non può essere qualificato come discriminatorio ai sensi degli artt. 15 e 16 dello Statuto”.

Ma, in fondo, da ragioni di sostanza, che ormai da anni hanno dato modo alla giurisprudenza di merito di adattare alla specifica questione delle discriminazioni tra sindacati la scelta ricostruttiva di fondo, favorevole alla più netta soluzione garantista per i lavoratori, rintracciabile tra le antitetiche posizioni sussistenti in merito alla controversa questione della efficacia soggettiva del contratto collettivo. Cosicché la strada più piana o ragionevole si conferma ancora una volta quella secondo la quale — sull’assunto che il datore di lavoro, assoggettandosi al contratto collettivo, non può più discriminare i suoi dipendenti in ragione dell’iscrizione o meno al sindacato stipulante — viene stabilita una perfetta parificazione tra lavoratori occupati presso uno stesso datore di lavoro. Se la ‘discriminazione’ è integrata, sul versante del lavoratore, dall’offerta di condizioni di lavoro differenziate, si comprende perché, come si legge in *Trib. Firenze 22 aprile 1987* (in DPL, 1987, p. 2013, SILCEA-CISAL c. Banca Toscana),

“solo quando dai vantaggi riconosciuti agli aderenti alle OO.SS. firmatarie (delle intese raggiunte) vengano esclusi gli aderenti ad altre OO.SS., nasceranno problemi di applicazione degli artt. 15 e 16 della legge n. 300/70, con possibile intervento del giudice”.

I due aspetti del problema verrebbero così a collocarsi su versanti speculari. La certezza che il lavoratore, il quale ha la possibilità di percepire i benefici contrattuali indipendentemente dal trattamento riservato al sindacato di appartenenza, non abbia a risentire, sotto tale profilo, alcun pregiudizio economico, sembrerebbe dar ragione a quegli indirizzi giurisprudenziali di merito, come *Pret. Roma 27 ottobre 1983* (in NGL, 1983, p. 528, FEDERCRE-DITO-CONFAIL c. Assicredito) i quali hanno espresso la necessità di non confondere, nelle richieste avanzate dal sindacato ‘discriminato’.

“La facoltà di unilaterale adesione al contratto (...), certamente ammissibile ai fini dell’estensione del contenuto normativo di esso in favore dei propri iscritti (...) col preteso ma ben diverso diritto di firmare il contratto e di acquisire così, senza il consenso della controparte, la qualità di contraente cui consegue la titolarità, dal lato attivo e passivo, delle obbligazioni assunte anche in proprio dalle contrapposte organizzazioni stipulanti”.

Si tratta di una conclusione parallela, a quella — fatta propria dalla Cassazione nella *sentenza n. 1504 del 10 febbraio 1992* — che valorizza la inefficacia dello stesso contratto collettivo nei confronti dei dipendenti del datore di lavoro, iscritti al sindacato escluso dalle trattative, che non ne chiedono l’applicazione. Alla possibilità di escludere unilateralmente l’erogazione di prestazioni patrimoniali suppletive concordate con i sindacati Cgil, Cisl e Uil ai lavoratori iscritti al sindacato Faisa-Cisal discriminato, possibilità che la Cassazione discutibilmente avvalora, sull’assunto che ogni diversa soluzione sfocerebbe

“in ablazione dei poteri negoziali del datore di lavoro, cioè in una prestazione imposta che solo una specifica disposizione di legge, a norma dell’art. 23 della Costituzione, può prevedere”

la sentenza perviene in fedeltà alla tradizionale teoria del contratto aperto all’adesione individuale, di modo che

“non può essere applicato un contratto collettivo al dipendente che, quale iscritto al sindacato che ne rifiuta la sottoscrizione, non intende aderirvi, anche per l’ovvia considerazione che, accanto a benefici retributivi, potrebbero operare clausole peggiorative delle precedenti condizioni di lavoro”

ed al solo fine di escludere rilievo antisindacale a siffatto comportamento. E infatti — si precisa — mentre

“l’eventuale danno economico subito dal singolo lavoratore, con le possibili ripercussioni sulla sua decisione di continuare ad aderire al sindacato che rifiuta il contratto, hanno un mero rilievo di fatto, ma non possono costituire comportamento antisindacale (...) ben diversamente la questione si porrebbe nell’ambito di una controversia individuale, dove il lavoratore che chiede quei benefici ovviamente non avrebbe la possibilità di rifiutare il

contratto, e dove, in ogni caso, opererebbero i principi dell'art. 36 Cost. e della parità di trattamento”.

Parità di trattamento
tra sindacati
Paola Bellocchi

È difficile disconoscere i motivi di opportunità che sorreggono tale impostazione. Anche se l'allargamento di fatto dell'efficacia del contratto fino a sfiorare l'efficacia generale non ha modificato il contenuto o la sostanza delle questioni giuridiche qui discusse, le ha soltanto diluite. Il caso del lavoratore dissenziente iscritto al sindacato non firmatario ha reso incerti gli esiti di questa prospettazione, cosicché la sicurezza ottenuta a posteriori con l'empirica utilizzazione della categoria dell'efficacia generale volontaria sempre più spesso appare, in realtà, una libera opzione valutativa del giudice.

14. *Segue.* Libertà di scelta sindacale e diritto al contratto.

Questi motivi sono peraltro oggetto di revisione critica da parte di un filone giurisprudenziale, seguito anche da una isolata dottrina (Cipressi, 1983), che ha consentito talune interessanti aperture in avanti, legate anch'esse ad un'esigenza di tutela del lavoratore questa volta in relazione agli interessi non (o prevalentemente non) patrimoniali coinvolti nella vicenda. Tale revisione contesta il presupposto sostanziale della impermeabilità tra le due fattispecie, della discriminazione sindacale e della libertà sindacale individuale, basandosi tale separazione su di un criterio — la fruibilità del contratto — inidoneo a dar conto del pregiudizio risentito nella sfera individuale. Il punto di verifica normativa di questa connessione risiederebbe precisamente nell'attitudine condizionante del potere di accreditamento datoriale, in ragione della differente posizione giuridica fatta ai sindacati in azienda, in ordine alla *libertà di scelta* del sindacato. Posizioni del genere, adombrate in casi passati, sono sviluppate direttamente da alcune recenti decisioni di merito, come *Pret. Roma 31 dicembre 1987*, quando afferma che, lasciando

“alla mera volontà del datore di scegliersi i contraddittori (...), si finirebbe per attribuirgli un pericoloso potere di incidere sulla stessa libertà dei dipendenti di aderire all'una o all'altra associazione, con ciò affossando la libertà sindacale medesima”.

Ciò in quanto la discriminazione

“lederebbe la credibilità dell'associazione esclusa a farsi portavoce reale delle istanze degli iscritti e, per l'effetto, col favorire così indirettamente altre associazioni (ammesse alle trattative) (...) potrebbe spingere i lavoratori a rivolgersi a tali sindacati abbandonando quello che per non essere ammesso a trattare non li fa sentire realmente tutelati e idoneamente rappresentati”.

ostacolandone l'interesse ad esercitare la libertà attraverso il sindacato di appartenenza.

Questa soluzione, per cui anche l'ordine a trattare identifica una strumentazione protettiva di posizioni individuali, involge importanti corollari in tema di garanzie della libertà sindacale.

Mentre segna, per altro verso, la massima opposizione fra valori in qualche modo confliggenti tra loro (anche il 'diritto al contratto' realizza il principio di uguaglianza sul versante del fine protettivo di soggetti deboli).

15. Conclusioni.

Resta da fare qualche considerazione di sintesi, per dar conto del dibattito al riguardo.

Al di là delle categorie giuridiche usate per spiegare, rifiutare o accreditare una nozione tecnica di 'discriminazione' tra sindacati, direi che il problema di fondo, come è dato cogliere (non sempre con la necessaria chiarezza) dalle sentenze finora ricordate, è un altro, dalle implicazioni d'ordine più generale e in un certo senso diverse. L'intervento correttivo sulle scelte dei contraenti è parte dello stesso pluralismo, dal quale è nata e si è affermata anche la libertà di conflitto e di contratto. Si tratta della vera 'alternativa costituzionale', per la verità solo intravista ed in modo molto semplificato dalla giurisprudenza, ma presente come potenzialità in parte già acquisita al dibattito dottrinale (Romagnoli, 1985 e 1987; D'Antona, 1990; Zoppoli, 1990). Certo è che se si stempera tale ultima nozione in un ambito concettuale che in definitiva coincide con la semplice esistenza di più sindacati, la questione dei trattamenti differenziati non è più oggetto di studio.

Parità di trattamento tra sindacati

Paola Bellocchi

Bibliografia

Cecchella C. (1985), *I conflitti tra sindacati dei lavoratori e le discriminazioni del datore di lavoro: problemi di legittimazione passiva e litisconsorzio necessario*, in *RIDL*, II, p. 571.

Cinelli M. (1984), *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano.

Cipressi P. (1983), *I comportamenti antisindacali del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano.

D'Antona M. (1990), *Diritto sindacale in trasformazione*, in **AA.VV.**, *Lecture di diritto sindacale* a cura di D'Antona, Jovene, Napoli.

D'Isa R. (1985), *Su alcuni problemi conseguenti alla rottura delle rappresentanze unitarie*, in *GI*, I, 2, c. 610.

Grandi M. (1986), *Ammissione alle trattative per la stipulazione del contratto collettivo e maggiore rappresentatività*, in *RIDL*, II, p. 128.

Lambertucci P. (1981), *Diritti sindacali, criterio della maggiore rappresentatività e principio di eguaglianza tra sindacati*, in *RGL*, II, p. 734.

Mancini G.F. (1973), *Statuto dei lavoratori, norme speciali di enti locali e rappresentatività della Cisl*, in *PD*, p. 81.

Mazzoni G. (1989), voce *Diritti sindacali*, I) *Rapporto di lavoro privato*, in *Enc. giur. Trec.*, vol. IX, Roma.

Mazzoni G. (1982), *Rappresentatività sindacale e parità di trattamento fra organizzazioni sindacali*, in *MGL*, p. 326.

Meucci M. (1987), *Sindacati maggiormente rappresentativi e contrattazione collettiva*, in *LPO*, p. 1458.

Romagnoli U. (1987), *Intervento in Nuove regole dell'organizzazione sindacale*, in *LD*, p. 419.

Romagnoli U. (1985), *Medicine amare*, in *PD*, p. 515.

Rescigno P. (1988), *Sindacato rappresentativo ed esclusione dalla contrattazione collettiva*, in *Rass. dir. civ.*, p. 154.

Salmi S. (1986), *Pluralismo sindacale e maggiore rappresentatività*, in *L80*, p. 725.

Simi V. (1984), *Libertà sindacale e parità di trattamento riguardo a tutti i sindacati*, in *MGL*, p. 302.

Tosi P. (1989), *Statuto dei lavoratori e grande impresa*, in *DLRI*, p. 459.

Treu T. (1972), *Obbligo dell'imprenditore a trattare, diritti sindacali e principio d'eguaglianza*, in *RTDPC*, p. 1395.

Zangari G. (1986), *Diritto del sindacato alla trattativa e obbligo a negoziare del datore di lavoro (nel diritto sindacale italiano e comparato)*, in *MGL*, p. 431.

Zoppoli L. (1990), *Pluralismo e pluralità dei ruoli sindacali. Sulla modularizzazione delle regole giuridiche della rappresentanza sindacale*, in **AA.VV.**, *Rappresentanza e rappresentatività del sindacato*, Atti delle giornate di studio di Macerata, 5-6 maggio 1989, Giuffrè, Milano, p. 212.

Vecchie e nuove regole in tema di licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati

Marco Biagi ()*

Sommario

1. Premessa. **2.** Definizione e campo di applicazione. **3.** La procedura di informazione e consultazione. **4.** L'estensione degli obblighi ai gruppi di imprese ed alle multinazionali. **5.** Nessuna differenziazione per le piccole e medie imprese. **6.** L'efficacia della direttiva emendata. **7.** Conclusioni.

1. Premessa.

In occasione dell'ultima riunione del Consiglio dei Ministri del Lavoro tenutasi a Lisbona il giugno scorso è stata adottata una nuova direttiva che emenda la vecchia normativa comunitaria in materia di licenziamenti individuali risalente al 1975. La decisione non suscita sorpresa in quanto già al precedente vertice di Lussemburgo del 30 aprile era stata raggiunta un'intesa sostanzialmente identica e solo motivi di tempo avevano impedito di addivenire all'adozione di una decisione formale.

Queste novità in sede Cee hanno reso ancor più di attualità il confronto e le riflessioni avviati da *Diritto delle Relazioni Industriali* su una materia in così rapida evoluzione, così da rendere ancor più interessante il materiale qui riprodotto. Nel contempo val sicuramente la pena fornire una prima valutazione delle novità introdotte seguendo un'ottica comparatistica, ricercando cioè i punti di contatto con ordinamenti diversi da quello italiano. Le osservazioni che seguono evidenzieranno dunque le maggiori novità introdotte dalle decisioni assunte nel vertice portoghese.

2. Definizione e campo di applicazione.

La prima novità riguarda la definizione stessa della fattispecie. All'art. 1, 1° comma, lett. *b*), della direttiva del 1975 dovrà essere aggiunto il seguente ulteriore comma: "Ai fini del calcolo del numero dei licenziamenti previsti al comma precedente, lett. *a*), sono assimilati i casi di cessazione del contratto di lavoro intervenuti per iniziativa dell'imprenditore per uno o più motivi non inerenti alla persona dei lavoratori, a condizione che i licenziamenti collettivi siano almeno nel numero di cinque".

Va rilevato in proposito che l'emendamento non travolge affatto, come invece si è osserva-

note

(*) Qui di seguito si pubblicano le relazioni presentate al convegno internazionale promosso dall'Università degli studi di Sassari e dall'Associazione lavoro e ricerche - Alar, con il contributo dell'associazione degli industriali della provincia di Sassari, sul tema: Licenziamenti collettivi per riduzione del personale e mercato europeo, Sassari, 30 maggio 1992.

Licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati
 Marco Biagi

to (1), l'art. 24 della legge 23 luglio 1991, n. 221 che, seppur con enorme ritardo, ha introdotto nel nostro ordinamento la direttiva del 1975. Viene infatti confermato, proprio ai fini definitivi della fattispecie, il limite quantitativo dei cinque licenziamenti. Piuttosto muta il concetto di licenziamento collettivo che si allarga fino a comprendere ogni caso di soppressione del posto di lavoro ad iniziativa del datore, si tratti quindi di un prepensionamento o di altra ipotesi di rescissione negoziata del contratto. In tutte queste evenienze troverà in futuro applicazione l'intera normativa comunitaria, comprensiva della procedura di informazione e consultazione di cui si dirà fra poco.

Si tratta di un'innovazione che comporterà interventi di adattamento non solo da parte del nostro legislatore. L'avvicinamento al concetto di *redundancy* pare evidente e comunque corrispondente alle intenzioni del legislatore comunitario (2), costituendo una novità per l'ordinamento tedesco che non consente di computare nel novero dei licenziamenti accordi bilaterali che pongano fine al contratto di lavoro (3). Una soluzione in linea invece con l'ordinamento francese dove la risoluzione per mutuo consenso assume la forma del c.d. "contratto di conversione" (4).

Non meno rilevante è inoltre l'emendamento che sopprime la lett. *d*) del 2° comma dello stesso art. 1, così come compariva nella vecchia direttiva. Ciò significa che verranno comprese nel campo di applicazione della normativa anche le ipotesi di licenziamento collettivo conseguenti alla cessazione delle attività dello stabilimento allorché risulti da una decisione giudiziaria.

Questo capovolgimento di prospettiva è confermato da ulteriori emendamenti che verranno introdotti al vecchio testo. All'art. 3, 1° comma, dovrà aggiungersi infatti il seguente paragrafo: "Tuttavia gli Stati membri possono prevedere che in caso di un progetto di licenziamento collettivo conseguente alla cessazione di attività dello stabilimento allorché risulti da una decisione giudiziaria l'imprenditore non sia tenuto a notificare per iscritto l'autorità pubblica competente". Conseguentemente viene affermata l'esclusione di quest'ipotesi dalla regola di cui al successivo art. 4 della direttiva emendata che subordina l'efficacia dei licenziamenti al trascorrere di un certo tempo dopo la notifica all'autorità pubblica. Si dispone infatti che "gli Stati membri non possono applicare il presente articolo ai licenziamenti collettivi conseguenti alla cessazione di attività dello stabilimento che risulti da una decisione giudiziaria".

Per quanto concerne questa materia del campo di applicazione, il Consiglio sembra non aver recepito una proposta della Commissione che aveva suggerito di limitare l'esclusione degli equipaggi di navi marittime di cui all'art. 1, 2° comma, lett. *c*), solo nel caso in cui la normativa speciale loro applicabile assicurasse una tutela equivalente a quella della direttiva. Si tratta di una delle modifiche concordate con ogni evidenza per ottenere l'indispensabile assenso britannico per una direttiva il cui fondamento giuridico, come si è già ricordato, è da rinvenirsi solo nell'art. 100 del Trattato.

3. La procedura di informazione e consultazione.

L'obbligo di consultazione di cui all'art. 2, 1° comma, della direttiva subirà un emendamento destinato ad imporre al datore di lavoro l'inizio di tale procedura *in tempo utile*, analogamente a quanto prevede l'altra direttiva, per più versi vicina a quella in questione, in tema di mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda (art. 6, 2° comma). Tale previsione comporterà per il legislatore nazionale la necessità di specificare più puntualmente in una prospettiva temporale il momento entro cui dovrà essere avviata la procedura di cui all'art. 4, 1° comma, così come richiamato dall'art. 24, 1° comma, della legge n. 223/1991.

note

(1) Da parte di Luigi Viviani, la cui opinione è riferita da L. Villa, *Licenziamenti collettivi: più tutela. Attesa la messa a punto della riforma italiana*, in *Il Sole-24 Ore* dell'11 maggio 1992.

(2) Nella motivazione della proposta modificata di Direttiva del Consiglio a modifica della direttiva 75/129/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi (Presentata dalla Commissione in virtù dell'articolo, 149, paragrafo 3 del trattato CEE), COM(92) 127 def., Bruxelles, 31 marzo 1992, si legge infatti che la direttiva intende disciplinare infatti non tanto le situazioni di "licenziamento" nel senso giuridico del termine ma le situazioni di soppressione del posto di lavoro (a tale riguardo, è sintomatica l'utilizzazione nella versione inglese del concetto di "redundancy").

(3) Cfr. M. Weiss, in questo fascicolo.

(4) Cfr. J. Rojot, in questo fascicolo.

Non si registrano innovazioni invece sul versante dell'identificazione dei rappresentanti dei lavoratori, titolari dei diritti in questione. La legislazione britannica in materia continuerà pertanto a suscitare le perplessità già del resto all'attenzione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, considerando che la *recognition* dell'interlocutore sindacale è tuttora un atto assolutamente volontario e discrezionale dell'imprenditore (5).

In più il legislatore comunitario non si accontenta ora di prevedere genericamente, come fece nel 1975 (art. 2, 2° comma), che le consultazioni tendano ad attenuare le conseguenze del provvedimento di licenziamento collettivo, ma aggiunge che ciò deve avvenire specificando "le misure sociali di accompagnamento come ad esempio quelle volte a favorire la riclassificazione o la riconversione dei lavoratori licenziati".

Si tratta di una sorta di "piano sociale" che in sostanza ricorda molto da vicino il sistema tedesco, imperniato sul ruolo-chiave del consiglio d'azienda (6), ma anche, seppur forse con minore intensità, quello francese (7). Una soluzione che incontrerà una decisa opposizione del fronte imprenditoriale certo non circoscritta al solo Regno Unito (8).

La normativa italiana già contiene una disposizione significativa a riguardo (art. 4, 3° comma, l. n. 223/1991) laddove ai fini della procedura di dichiarazione di mobilità (e quindi per i licenziamenti collettivi) obbliga l'imprenditore a comunicare fra l'altro le "eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale della attuazione del programma". Pare potersi affermare che alla luce delle nuove intese comunitarie occorrerà superare la semplice eventualità di queste misure che inoltre dovranno essere oggetto non già di una semplice comunicazione bensì di una procedura di consultazione nel senso previsto dalla direttiva.

Per rafforzare la ricerca di ogni soluzione che possa evitare o ridurre i licenziamenti collettivi o, quanto meno, per limitarne l'impatto sociale, verrà aggiunto un nuovo paragrafo allo stesso art. 2, 2° comma, secondo cui gli Stati membri potranno "prevedere che i rappresentanti dei lavoratori possano ricorrere ad esperti tecnici, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali". Non si tratta però di una disposizione particolarmente significativa in quanto non prevede in alcun modo oneri a carico delle imprese quanto al compenso di tali tecnici come invece accade in taluni casi in Francia (9). Anche nel nostro ordinamento questo genere di assistenza alle delegazioni sindacali durante le trattative non sembrerebbe poter essere messo in discussione dal datore di lavoro.

Diventerà ancor più preciso l'oggetto della comunicazione scritta dovuta dal datore ai rappresentanti dei lavoratori, secondo quanto già previsto dal 2° comma dell'art. 2 della direttiva emendata. Si dovrà comunicare infatti non solo il numero ma anche le categorie di appartenenza dei lavoratori che dovranno essere licenziati e di quelli abitualmente occupati. Inoltre da parte datoriale si dovranno specificare "i criteri previsti per la scelta dei lavoratori da licenziare nella misura in cui le legislazioni e/o le pratiche nazionali ne attribuiscono la competenza all'imprenditore".

Si può forse prevedere come conseguenza sul nostro ordinamento un rigore più accentuato nel pretendere che le "esigenze tecnico-produttive ed organizzative" di cui all'art. 1, 1° comma, della legge 223/1991, vengano chiarite con maggiore puntualità ed in anticipo dall'imprenditore. Vincoli che sembrano in grado di incidere sia sul sistema tedesco dove il criterio della giustizia sociale lascia un certo margine di discrezionalità all'imprenditore, sia su quello francese dove parimenti si è in presenza di una disciplina che sostanzialmente può essere ignorata da parte datoriale (10).

La nuova normativa comunitaria richiederà, ancora in aggiunta a quanto già previsto dal 3° comma dell'art. 2 della direttiva emendata, che venga altresì comunicato "il metodo di calcolo previsto per tutte le eventuali indennità di licenziamento diverse da quelle previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali". Anche in questo caso si tende ad impedire soluzioni troppo individualizzate che possano risolversi in una violazione del principio di parità di trattamento.

Non si riscontrano novità di sorta invece quanto alla notifica del piano di licenziamenti collettivi all'autorità pubblica. Del resto è il solo ordinamento spagnolo a segnalarsi per

Licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati
Marco Biagi

(5) Cfr. A. Neal, in questo fascicolo.

(6) Cfr. M. Weiss, op. cit.

(7) Cfr. J. Rojot, op. cit.

(8) Cfr. A. Neal, op. cit.

(9) Cfr. J. Rojot, op. cit.

(10) Cfr. M. Weiss, op. cit.; J. Rojot, op. cit..

Licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati
 Marco Biagi

l'esistenza della necessità dell'autorizzazione amministrativa (11), scomparsa da quello francese in cui peraltro permane un potere di verifica circa l'attuazione del piano sociale (12). Infatti tale notifica rileva nell'ordinamento britannico a fini statistici mentre in Germania serve al fine di attivare conseguenti politiche del lavoro (13).

4. L'estensione degli obblighi ai gruppi di imprese ed alle multinazionali.

Forse una delle innovazioni più interessanti, frutto di un'indispensabile opera di aggiornamento, è quella che riguarda i complessi aziendali che abbiano diverse sedi, in ipotesi collocate in più Stati membri. Ecco la formulazione di un nuovo 4° comma che andrà ad aggiungersi ai precedenti nell'art. 2 della direttiva emendata: "Gli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 sussistono indipendentemente dal fatto che la decisione riguardante i licenziamenti collettivi sia adottata dal datore di lavoro o da un'impresa che lo controlli". Al paragrafo successivo si aggiungerà: "Nell'esame delle pretese violazioni degli obblighi di informazione, consultazione e comunicazione stabiliti dalla presente direttiva, non si terrà conto delle giustificazioni fondate sul fatto che l'impresa che ha adottato la decisione determinante il licenziamento collettivo non ha trasmesso le informazioni necessarie".

Dunque se un datore di lavoro violerà le norme previste dalla direttiva non potrà in alcun modo addurre a giustificazione il fatto che il centro decisionale, situato all'estero, in un diverso Stato membro, o comunque ad un livello superiore, non lo abbia informato in tempo debito. La nuova disposizione implicitamente dichiara tutto ciò una questione interna al gruppo societario od alla multinazionale, imputando comunque l'eventuale mancato rispetto degli obblighi al datore di lavoro immediato. Non si configurano pertanto doveri di sorta a carico delle imprese controllanti in quanto tali, evitandosi in tal modo il problema dell'extraterritorialità per quanto riguarda le legislazioni nazionali in materia. Di converso i rappresentanti dei lavoratori non hanno diritto di pretendere l'avvio di una procedura di consultazione con l'amministrazione centrale dell'impresa o con la direzione dell'impresa controllante, con la correlativa esclusione del sistema *cd. bypass*.

Il legislatore comunitario ha chiaramente privilegiato una logica di confronto su scala nazionale fra rappresentanti dei lavoratori e controparte datoriale. Una soluzione assai realistica che sembra potersi condividere anche perché non consente più di addurre il carattere multinazionale dell'organismo aziendale (o comunque il fatto che si è in presenza di un'impresa controllata) come espediente per vanificare la procedura di consultazione. Anche se si tratta di una disposizione destinata ad innovare sensibilmente lo stile di gestione delle relazioni industriali in questo genere di imprese dove, pur rimandando impregiudicata la collocazione del vero centro decisionale, occorrerà garantire un flusso di informazioni tali da assicurare il rispetto delle nuove regole comunitarie. Di tutto ciò non potrà non tener conto anche il nostro legislatore nazionale.

5. Nessuna differenziazione per le piccole e medie imprese.

Come si è accennato in precedenza alcune proposte avanzate dalla Commissione (14) non sono state recepite dal Consiglio. Fra queste val la pena ricordare una previsione che temperava gli obblighi della direttiva con riferimento alle unità aziendali di minori dimensioni. La disposizione non accolta nel testo finale è la seguente: "Ai fini dell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri possono astenersi dal prescrivere la rappresentanza dei lavoratori nelle imprese in cui siano occupati di norma meno di 50 dipendenti. In tal caso gli Stati membri fanno sì che i datori di lavoro siano obbligati a fornire in tempo utile ai lavoratori interessati dai progetti di licenziamento collettivo le stesse informazioni previste dall'art. 2, 3° comma, per i rappresentanti dei lavoratori".

Si tratta di una disposizione assai simile a quella già contenuta nella direttiva del 1977 sul trasferimento d'azienda (v. l'art. 6, 4° e 5° comma). Anche se nel caso dei licenziamenti collettivi sarebbe stato ancora più visibile il riferimento esplicito alla dimensione aziendale,

note

(11) Cfr. E. Gonzales Posada, in questo fascicolo.

(12) Cfr. J. Rojot, *op. cit.*

(13) Cfr. A. Neal, *op. cit.*; M. Weiss, *op. cit.*

(14) Cfr. la Proposta modificata di Direttiva del Consiglio di cui alla nota (2).

ammettendosi non solo l'assenza di rappresentanze ma anche concedendo all'imprenditore di assolvere ai suoi obblighi limitandosi a semplici informazioni (al posto della procedura di consultazione). Un'ipotesi realisticamente considerata e risolta dall'ordinamento francese (15), anche a causa dello spettacolare crollo del livello di sindacalizzazione.

La scomparsa di questa disposizione dal testo finale non è destinata ad incidere troppo sul nostro ordinamento, anche perché già l'art. 1 della legge n. 223/1991 delinea un campo di applicazione al di sopra dei quindici dipendenti. Pare opportuno tuttavia osservare in proposito che il sistema di escludere la vincolatività di una determinata disciplina comunitaria al di sotto di una certa soglia occupazionale non sembra fedele all'ispirazione del Trattato. È vero infatti che l'art. 118A (nella formulazione anteriore agli accordi di Maastricht, quella ancora in vigore per tutti gli Stati membri) prescrive che le direttive "eviteranno di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese". Ma sembra altrettanto fuori discussione che una proceduralizzazione della decisione di licenziare collettivamente i dipendenti, magari prevedendo modalità differenziate per la dimensione minore, non può da sola compromettere la vitalità dell'imprenditoria minore sul mercato.

Licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati
Marco Biagi

6. L'efficacia della direttiva emendata.

La revisione in sede comunitaria della direttiva del 1975 era tutto sommato necessaria. Davvero in alcuni punti era inevitabile un aggiornamento, anche se talvolta le nuove disposizioni rivelano un rigore più di forma che di sostanza. Sia consentito in proposito far riferimento ad un nuovo art. 5 bis che verrà introdotto ed a mente del quale "gli Stati membri provvedono affinché i lavoratori e/o i loro rappresentanti dispongano di procedimenti amministrativi e/o giurisdizionali al fine di far rispettare gli obblighi previsti dalla presente direttiva".

È infatti caduta la proposta della Commissione che, più puntualmente per la verità, si riferiva in particolare all'"annullamento dei licenziamenti collettivi, indipendentemente dalla esperibilità di altre procedure". Una rinuncia resasi necessaria per il raggiungimento di un consenso unanime, visto che altrimenti si sarebbe registrata sul punto l'opposizione britannica. Un'opposizione certo non sorprendente visto che l'ordinamento di quel paese in sostanza non tutela con incisività i lavoratori di fronte alla prospettiva di un licenziamento collettivo: l'imprenditore resta infatti arbitro anche in caso di mancato rispetto delle *redundancy procedures* (16).

Forse di maggior importanza è un nuovo art. 2 (così inspiegabilmente numerato visto che è collocato dopo il 5 bis) a mente del quale "gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva al più tardi entro due anni dalla sua adozione, oppure provvedono affinché le parti sociali stabiliscano le disposizioni necessarie mediante accordo, fermo restando l'obbligo degli Stati membri di adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire in ogni momento il rispetto delle prescrizioni della direttiva stessa".

È interessante sottolineare questo riferimento all'autonomia collettiva come strumento per garantire che un ordinamento si conformi ad una direttiva comunitaria, anche se non si tratta di una novità in materia di diritto del lavoro. Dunque anche nelle direttive decise a 12 il dialogo sociale può costituire uno strumento duttile e perciò ancor più interessante ai fini dell'introduzione nell'ordinamento interno di normative comunitarie. Il problema per l'Italia è semmai quello di una perdurante inattuazione dell'art. 39 della Costituzione che impedisce alla nostra contrattazione collettiva di "garantire in ogni momento il rispetto delle prescrizioni della direttiva stessa", non potendo dispiegare un'efficacia *erga omnes* nel senso più tecnico dell'espressione.

7. Conclusioni.

L'interesse per questo nuovo accordo in materia sociale va comunque al di là della tematica e delle specifiche soluzioni accolte. Infatti per la prima volta dopo gli accordi di Maastricht

(15) Cfr. J. Rojot, op. cit.

(16) Cfr. A. Neal, op. cit.

Licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati

Marco Biagi

i dodici partners sono riusciti a raggiungere l'unanimità. Certo si potrà osservare che si trattava in qualche modo di una scelta obbligata visto che era in discussione una semplice revisione di una vecchia direttiva già approvata con quel metodo. Tuttavia non poteva escludersi che anche l'aggiornamento di precedenti normative avvenisse ad undici, seguendo la nuova strada aperta dagli accordi di Maastricht. Con le conseguenti difficoltà di carattere tecnico relative al coordinamento di diverse normative comunitarie succedutesi nel tempo sulla base di differenti fondamenti giuridici (17).

È sicuramente troppo presto per trarre da questo episodio troppe conclusioni. Tuttavia appare chiaro che lo sforzo, più o meno consapevolmente esplicitato, sarà in futuro quello di procedere secondo le regole tuttora in vigore del Trattato così come emendato dall'Atto Unico Europeo. Solo in caso questa soluzione divenga davvero un ostacolo insuperabile all'affermazione della dimensione sociale del mercato unico non resterà che ricorrere alla prospettiva "ad undici" prevista a Maastricht. L'esito delle ultime elezioni nel Regno Unito non lascia del resto troppe alternative.

note

(17) Più in generale in argomento v. M. Weiss, *The Significance of Maastricht for European Community Social Policy*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1992, vol. 8, p. 3 ss., nonché F. Guarriello, *L'Europa sociale dopo Maastricht*, e M. Biagi, *L'ambiente di lavoro e la politica sociale comunitaria: il caso italiano*, entrambi in *Lavoro e Diritto*, 1992, anno VI, n. 2, pp. 223 e 237.

I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Germania

Manfred Weiss

Sommario

I. Introduzione. II. La legge sui licenziamenti individuali per motivi economici. **1.** I concetti di base. **2.** Il concetto di "giustificatezza sociale". **3.** Il ruolo del consiglio d'azienda. **4.** Il ruolo dei Tribunali del lavoro. III. Il ruolo dell'autorità statale nell'ipotesi di licenziamento collettivo. **1.** Il concetto di licenziamento collettivo. **2.** Gli obblighi dell'imprenditore. **3.** La competenza dell'Ufficio del lavoro. IV. I poteri contrattuali del consiglio d'azienda. **1.** Informazione, consultazione e composizione di interessi. **2.** Il programma sociale. V. Conclusione.

I. INTRODUZIONE.

Ogni considerazione in tema di licenziamenti collettivi deve tener conto del fatto che si tratta di un fenomeno in sé ineliminabile in un'economia di mercato. Di conseguenza l'attenzione va posta sulle limitazioni poste dalla legge al fine di prevenire l'abuso del ricorso al licenziamento collettivo e di fornire un'equa indennità a quanti lo subiscono. Il licenziamento collettivo è, in questo senso, un ottimo esempio delle potenzialità e dei limiti dell'ordinamento giuslavoristico di una determinata società. Costituisce un'occasione infatti per verificare se il diritto del lavoro si limiti a reagire a esigenze economiche o se svolga un ruolo attivo nel determinare, o quanto meno influenzare, i fattori economici che portano ai licenziamenti collettivi.

Il sistema come si è sviluppato in Germania è molto complicato, non solo sotto il profilo tecnico. Può essere compreso a fondo solo se posto in un contesto storico. Nel 1920, poco dopo la conclusione della prima guerra mondiale, venne approvata per la prima volta una legge sui licenziamenti collettivi. Venne così consentito ad un'autorità dello Stato di proibire un licenziamento collettivo se il datore non avesse soddisfatto i requisiti posti dalla legge. È importante sottolineare a questo proposito che il licenziamento collettivo era considerato legittimo a condizione che il datore dimostrasse che il licenziamento non avrebbe potuto essere evitato neanche riducendo l'orario di lavoro (e, in misura proporzionale, la retribuzione) di tutti i lavoratori dell'impresa. Con un limite all'entità della riduzione dell'orario richiesta: non era necessario infatti scendere sotto le 24 ore settimanali. I dettagli di tale disciplina, ad ogni modo, non sono importanti. È molto più importante sottolineare che questa legge era fondata sull'idea che, almeno in linea di principio, il licenziamento collettivo potesse essere evitato grazie a riduzioni temporanee dell'orario di lavoro. Questa strategia risultò un'illusione. Emerse ben presto che in vista della crisi economica degli anni venti questo meccanismo avrebbe comportato un peso eccessivo per le imprese. Invece di consentire di evitare il ricorso al licenziamento collettivo, questo sistema portava a licenziamenti collettivi di dimensioni ancora maggiori. Il sistema si rivelò un meccanismo che accelerava il collasso delle imprese. Questo spiega perché la disciplina mutò rapidamente. Vennero così ridotti drasticamente i poteri dell'autorità statale: invece di proibire i licenziamenti collettivi, lo Stato poteva semplicemente ottenere uno spostamento temporale

**Licenziamenti
collettivi: Germania**
Manfred Weiss

degli stessi di qualche settimana e anche questo solo in casi estremi e molto rari. Questa esperienza produsse due effetti importanti per gli sviluppi successivi: in primo luogo evidenziò che i fattori economici non potevano venire semplicemente ignorati dalla disciplina legale; in secondo luogo dimostrò che regolamentazioni flessibili erano preferibili a normative rigide.

Questo è il motivo per cui oggi i poteri dell'autorità statale in caso di licenziamento collettivo sono molto ridotti (nel sistema legale). Il controllo da parte di tali autorità è divenuto nel frattempo l'elemento meno importante della struttura della disciplina legale dei licenziamenti collettivi. L'attore principale in questo contesto è il consiglio d'azienda. Il controllo giudiziale risulta essere effettivo solo laddove vi è il coinvolgimento del consiglio d'azienda e a condizione che quest'ultimo svolga adeguatamente il proprio ruolo. E questo non avviene sempre. Anche se a norma di legge tutte le aziende con almeno cinque dipendenti dovrebbero avere un consiglio d'azienda, questo non avviene sempre, in pratica. Molte aziende piccole e medie spesso non soddisfano questi requisiti, per una serie di ragioni che non possono essere esaminate in questa sede. Non ci sono sanzioni per questi inadempimenti. Non si può negare, inoltre, che spesso i consigli di azienda non esercitano pienamente i loro poteri. Questo avviene spesso, ragione ultima ma non per questo meno importante, per non compromettere la futura sopravvivenza dell'azienda e, di conseguenza, i loro propri posti di lavoro. Malgrado queste carenze di fatto, tuttavia, va sottolineato che il consiglio di azienda costituisce l'elemento più importante del sistema dei licenziamenti collettivi.

A differenza di quanto avviene in molti altri Paesi, in Germania i licenziamenti collettivi non sono considerati un fenomeno "alternativo" rispetto ai licenziamenti individuali. Si considera licenziamento collettivo semplicemente la somma di un certo numero di licenziamenti individuali. Questo ha una conseguenza molto importante: tutte le norme relative ai licenziamenti individuali si applicano anche ai licenziamenti collettivi. La differenza sta semplicemente nel fatto che nel caso dei licenziamenti collettivi deve essere rispettata una serie di norme aggiuntive.

La direttiva n. 75/129, relativa all'armonizzazione delle leggi degli stati membri della Comunità in materia di licenziamenti collettivi, non ha mai costituito una sfida per il sistema tedesco. Tale direttiva era completamente attuata già nel 1978. Ma l'attuazione era costituita unicamente da una modifica marginale e irrilevante dell'art. 17 della legge di protezione contro i licenziamenti. Tale modifica si riferiva principalmente alla nozione di licenziamento collettivo (in conformità all'art. 1 della direttiva) e ai modi e contenuti della comunicazione da fornire all'Ufficio del Lavoro (a norma dell'art. 3). I poteri dell'Ufficio del Lavoro, ad ogni modo, rimangono entro i limiti fissati dall'art. 4 della direttiva, come vedremo dettagliatamente più avanti.

In questa relazione verrà esaminata in primo luogo la disciplina dei licenziamenti individuali per motivi economici, disciplina che rileva in ogni licenziamento collettivo (II). Successivamente verrà esaminato il ruolo dell'autorità statale in caso di licenziamento collettivo (III). Infine saranno illustrati i diritti del consiglio di azienda in caso di licenziamento collettivo comportante unicamente una riduzione della forza lavoro e in quello che comporta invece la chiusura totale o parziale dell'azienda e innovazioni organizzative o tecnologiche (IV). Nella conclusione si tenterà di valutare i diversi elementi e di porli in relazione tra loro (V).

II. LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI PER MOTIVI ECONOMICI

1. I concetti base.

La legge tedesca individua due categorie di licenziamento: licenziamento straordinario senza preavviso e licenziamento ordinario con preavviso. Nel contesto dei licenziamenti collettivi rileva unicamente la seconda categoria. Di conseguenza, il licenziamento straordinario non verrà trattato in questa sede.

Per quanto attiene ai termini di preavviso, la legge impone alcuni requisiti minimi. Fino ad oggi i termini di preavviso per i "colletti blu" erano molto più brevi di quelli per i "colletti bianchi". Recentemente, tuttavia, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale differenziazione. Il Parlamento dovrà pertanto approvare entro il 30 giugno 1993 una nuova legge relativa ai termini di preavviso, uguali per entrambe le categorie di

lavoratori. Al momento, tuttavia, non è ben chiaro quale sarà il contenuto di questa legge. I requisiti che devono essere soddisfatti in caso di licenziamento ordinario sono indicati dalla legge di tutela contro i licenziamenti. Tale legge si applica a tutti i lavoratori, qualunque sia la loro posizione nella gerarchia aziendale. Va sottolineato, tuttavia, che le piccole imprese sotto un certa soglia di numero di dipendenti sono escluse dall'ambito di applicazione di questa legge. Questo significa che nelle piccole aziende i licenziamenti ordinari sono legittimi anche senza il rispetto dei limiti imposti dalla legge di tutela contro i licenziamenti. Le aziende fino a cinque dipendenti (senza gli apprendisti) sono escluse. Fino al 1985 questo numero era decisivo, a prescindere dal fatto se i lavoratori occupati lo fossero a tempo pieno o ridotto. Dal 1985, invece, la legge stabilisce che vanno presi in considerazione unicamente i lavoratori impegnati per almeno 10 ore alla settimana o 45 ore al mese. Generalmente questa limitazione comporta l'esclusione di più del 10% della forza lavoro totale in Germania. Conseguenza a tale esclusione è che i licenziamenti sono molto più frequenti nelle piccole imprese che in quelle di dimensioni maggiori. Questo spiega perché la esclusione di queste piccole aziende (dall'ambito di applicazione della tutela contro i licenziamenti) sia tuttora fonte di notevoli dispute.

Solo i lavoratori occupati da almeno sei mesi da uno stesso datore di lavoro sono protetti da questa legge. Anche questa protezione ritardata è oggetto di critiche, in considerazione del fatto che una percentuale elevata di licenziamenti ha luogo nei primi sei mesi di impiego.

**Licenziamenti
collettivi: Germania**
Manfred Weiss

2. Il concetto di "giustificatezza sociale".

A norma dell'art. 1 della Legge di tutela contro i licenziamenti, il licenziamento socialmente ingiustificato è generalmente illegittimo. La legge individua tre casi nei quali il licenziamento è legittimo. Quando viene contestata la legittimità di un licenziamento, pertanto, il datore deve provare la sussistenza di questi presupposti.

I tre motivi che giustificano un licenziamento sono: la personalità del lavoratore, il comportamento del lavoratore, motivi di carattere economico. Nell'ambito della presente relazione rileva solo l'ultima delle categorie indicate.

La causa di un licenziamento determinato da motivi economici può essere costituita da fattori esterni (crisi economica ecc.) così come da misure adottate dal datore (introduzione di nuove tecnologie, interventi di razionalizzazione, ecc.). Il licenziamento è giustificato se, a causa della situazione economica, è divenuto impossibile per il datore di lavoro continuare ad occupare il dipendente. Il datore deve dimostrare dettagliatamente la situazione economica e pertanto la necessità del licenziamento se questa è contestata giudizialmente. Va sottolineato che il datore può adottare misure organizzative (introduzione di nuove tecnologie, interventi di razionalizzazione ecc.) comportanti licenziamenti, che non sono soggette al controllo giudiziale. Sono considerati infatti parte integrante delle prerogative dell'imprenditore. Tuttavia, come si vedrà più avanti, il consiglio di azienda è coinvolto in qualche misura.

Se il datore vende l'azienda o una parte di questa, la cessione non legittima il licenziamento. A norma dell'art. 613 del codice civile il rapporto di lavoro si trasferisce in questi casi direttamente in capo all'acquirente, e, a norma del comma 4 dello stesso articolo, è illegittimo qualsiasi licenziamento dovuto alla cessione parziale o totale dell'azienda. Il Tribunale Federale del Lavoro ha efficacemente contrastato i tentativi di creare eccezioni alla rigidità di questo principio. È evidente che questa norma può ostacolare la cessione di aziende e, di conseguenza, può portare a volte a non salvare alcun posto di lavoro. Questo è il motivo per cui tale rigidità è oggi fortemente criticata.

Nel caso di un licenziamento fondato su motivi economici, in genere il problema principale è quello della scelta dei lavoratori da licenziare. In molti paesi la scelta avviene in base al criterio dell'anzianità o secondo altri criteri, di facile applicazione. In Germania le cose sono molto più complicate. Secondo la legge la scelta deve tener conto dei cosiddetti "aspetti sociali". Il concetto sottostante è che gli ultimi da licenziare sono i lavoratori che risulterebbero più penalizzati da un licenziamento. Il problema connesso con i c.d. "aspetti sociali" è costituito dal fatto che questi sono individuati con riferimento a tutti i possibili fattori che concorrono a definire la situazione sociale di un lavoratore (età, anzianità di servizio, stato civile, numero di figli, stato economico, ecc.). In altri termini, "gli aspetti sociali" sono riferiti ad una fenomenologia molto complessa e di difficile definizione. Invece di essere incentrati sulla certezza, sull'attuabilità e sulla semplicità, si fondano sulla giustizia sociale di ogni singolo caso.

**Licenziamenti
collettivi: Germania**
Manfred Weiss

Se, a causa di motivi economici, tecnici o altri motivi legittimi è necessario mantenere in servizio determinati lavoratori che, in base agli “aspetti sociali” avrebbero dovuto essere licenziati, il criterio degli “aspetti sociali” non si applica. Va sottolineato, tuttavia, che i requisiti di tale disapplicazione risultano molto difficili da soddisfare nell’interpretazione che ne danno i giudici.

Anche se determinato da motivi economici, il licenziamento è considerato socialmente ingiustificato — e di conseguenza illegittimo — se il lavoratore avrebbe potuto essere adibito ad un posto professionalmente equivalente a condizioni analoghe, con o senza la necessità di una riqualificazione professionale. In quest’ultimo caso le spese del riaddestramento professionale non devono superare un certo livello rapportato alle condizioni economiche dell’impresa. Il licenziamento è pure ingiustificato se il lavoratore è disposto a essere adibito a condizioni di lavoro inferiori.

In ogni caso deve essere presa in considerazione la possibilità di uno spostamento interno all’azienda. Se, a certe condizioni che verranno illustrate nel prossimo paragrafo, il consiglio di azienda si oppone al licenziamento, deve essere esaminata la possibilità di trasferimento del lavoratore ad un’altra unità produttiva dell’impresa.

3. Il ruolo del consiglio d’azienda.

A norma dell’art. 102, comma 1, del Betriebsverfassungsgesetz (da qui in avanti BVG), il datore è tenuto a consultare il consiglio d’azienda prima di ogni licenziamento. Se il datore non procede a tale consultazione il licenziamento è nullo ed inefficace. Il datore è tenuto ad informare il consiglio d’azienda in merito alle persone che intende licenziare, al tipo di licenziamento (straordinario o ordinario), ai motivi del licenziamento stesso, alla data effettiva di licenziamento, ai criteri di scelta applicati ed alle possibilità di trasferimento. In pratica, il consiglio d’azienda ha diritto a ricevere tutte le informazioni necessarie per determinare la legalità del licenziamento. È stato sottolineato che il consiglio di azienda deve essere sempre consultato prima della comunicazione del licenziamento. Una violazione di tale obbligo non può essere sanata successivamente.

In caso di licenziamento ordinario il consiglio di azienda ha una settimana di tempo per reagire. Può acconsentire, non assumere alcuna iniziativa, formulare le proprie riserve in forma scritta o dichiarare la propria opposizione al licenziamento (anche in forma scritta). In caso di mancata reazione da parte del consiglio la legge ne presume il consenso. Nessuna delle reazioni impedisce al datore di lavoro di comunicare il licenziamento. L’unica reazione che può avere qualche effetto è la comunicazione dell’opposizione del consiglio.

Prima di esaminare gli effetti di una opposizione vanno passati brevemente in rassegna i presupposti della stessa. Questi sono enunciati dall’art. 102, comma 3 del BVG:

- a) il datore non ha considerato (quanto meno non in misura sufficiente) gli “aspetti sociali” nella scelta dei lavoratori da licenziare;
- b) il licenziamento viola i criteri generali di scelta;
- c) il lavoratore da licenziare potrebbe essere adibito a mansioni equivalenti all’interno della stessa unità produttiva o in altra unità produttiva dell’azienda, con o senza (la necessità di un) riaddestramento professionale;
- d) il lavoratore acconsentirebbe ad uno spostamento ad una posizione lavorativa inferiore esistente all’interno dell’unità produttiva o comunque all’interno dell’azienda.

Si presume che il consiglio di azienda abbia migliori opportunità, rispetto al singolo lavoratore, di valutare l’applicazione dei criteri sociali o la possibilità di un trasferimento. Va sottolineato che il consiglio d’azienda può aumentare il controllo sulle procedure di selezione mediante i c.d. criteri generali di selezione. Ma va anche sottolineato che in caso di licenziamento il raggio di azione di tali criteri è limitato. Non è possibile ridurre il criterio degli aspetti sociali a uno o due fattori (quali, ad esempio, l’età o la durata dell’impiego) e così sovvertire lo scopo e la complessità di quella nozione. Queste linee generali sono essenzialmente uno strumento per l’individuazione dei diversi fattori e per la loro collocazione secondo un certo ordine di priorità. Solo una minoranza di imprese hanno criteri generali per la scelta dei lavoratori da licenziare. Uno dei motivi principali dell’esitazione dei consigli di azienda nell’elaborazione di tali criteri generali è costituito dal timore di essere coinvolti in un ruolo di responsabilità nella individuazione delle condizioni di licenziamento.

Se il consiglio formula obiezioni scritte entro i termini previsti, si produce un duplice effetto legale. Primo, il datore è tenuto a trasmettere al lavoratore, contestualmente alla comuni-

cazione del licenziamento, la comunicazione dei motivi di obiezione formulati dal consiglio. Questo fa sì che in pratica il lavoratore acquisisca una cognizione della possibilità di contestare giudizialmente il licenziamento.

Secondo, il lavoratore licenziato che lo richieda espressamente in sede giudiziaria deve essere mantenuto in servizio fino alla definizione della causa. Va ricordato che l'art. 102 del BVG prevede a sua volta uno strumento per liberare il datore da tale obbligo chiedendone una sospensione al tribunale.

Tra le ipotesi in cui può essere ottenuta la sospensione dell'obbligo di mantenere in servizio il lavoratore vi è il caso in cui la prosecuzione del rapporto costituirebbe "un peso economico intollerabile" per il datore. Dal momento che spesso la definizione di un giudizio in materia di licenziamento richiede molti anni è evidente che non si tratta di un'ipotesi eccezionale.

**Licenziamenti
collettivi: Germania**
Manfred Weiss

4. Il ruolo dei Tribunali del lavoro.

Il lavoratore singolo ha il diritto di agire in giudizio per contestare la legalità del licenziamento. Se il tribunale ritiene il licenziamento illegittimo il rapporto di lavoro deve proseguire. Il datore è tenuto al pagamento della retribuzione in favore del lavoratore per il periodo intercorrente tra il licenziamento e la prosecuzione del rapporto a prescindere dal fatto che il lavoratore abbia o no prestato effettivamente la sua attività in tale periodo.

La riassunzione costituisce il normale rimedio in caso di illegittimità del licenziamento. Anche nel caso di licenziamento illegittimo, tuttavia, il datore di lavoro può chiedere la risoluzione del rapporto se non si può ragionevolmente pretendere da lui la cooperazione con il dipendente. È importante sapere che i fatti costitutivi di tale "irragionevolezza" possono prodursi nel corso del giudizio. Se il tribunale accoglie la richiesta di risoluzione del rapporto, il datore è tenuto al pagamento di una indennità al lavoratore. La legge determina unicamente l'importo massimo di tali indennità, che è normalmente pari a 12 mensilità di retribuzione. L'importo massimo è di 15 mensilità per lavoratori con un'anzianità di servizio pari almeno a 15 anni. L'indennità è pari nel suo massimo a 18 mensilità, nel caso di lavoratori di età superiore ai 55 anni che siano stati impiegati per almeno 20 anni. Il tribunale determina discrezionalmente l'importo esatto dell'indennità, in considerazione delle circostanze del caso singolo.

La legge di tutela contro i licenziamenti si applica anche ai dirigenti, con una eccezione rilevante. Il rapporto di lavoro con i dirigenti dotati del potere di assunzione e licenziamento può esser risolto più semplicemente, con il solo obbligo del pagamento delle indennità.

La riassunzione dopo i tempi richiesti da un giudizio che si è sviluppato nei suoi vari gradi può risultare difficile se nel frattempo è stato impedita al lavoratore l'integrazione con la forza-lavoro dell'impresa. Per questo motivo il diritto di continuare a lavorare nel corso del giudizio costituisce oggi un grosso problema nella Repubblica Federale Tedesca. Come abbiamo già detto, il lavoratore licenziato può pretendere la prosecuzione del rapporto nel corso del giudizio se il consiglio di azienda ha obiettato al licenziamento stesso. La questione che è stata sollevata è se, a parte questo caso specifico, che richiede la sussistenza di presupposti specifici, vi sia un obbligo generale del datore di impiegare il lavoratore licenziato fino alla conclusione del giudizio, a prescindere dal fatto che si tratti di un licenziamento ordinario o straordinario, e (a prescindere) dalla ipotetica reazione del consiglio d'azienda. Il Tribunale Federale, in una sentenza del 1985, ha elaborato questo schema. Malgrado l'incertezza relativa alla futura esistenza del rapporto di lavoro, il lavoratore licenziato non ha diritto a continuare a lavorare salvo che il licenziamento intimato non sia manifestamente illegittimo. Se, in base alla decisione del Tribunale di primo grado, il licenziamento è illegittimo, il lavoratore licenziato ha il diritto di continuare a lavorare fino alla decisione del giudice d'appello. In altri termini, una volta che sussista un indice "forte" della illegittimità del licenziamento, l'interesse del dipendente a lavorare prevale su quello del datore.

III. IL RUOLO DELL'AUTORITÀ STATALE NELL'IPOTESI DI LICENZIAMENTO COLLETTIVO

1. Il concetto di licenziamento collettivo.

A norma dell'art. 17 del legge di tutela controlli licenziamenti, il presupposto di un

Licenziamenti collettivi: Germania
Manfred Weiss

licenziamento collettivo è che venga licenziato entro un periodo di 30 giorni un numero (proporzionalmente) considerevole dei dipendenti di un'azienda.

Le proporzioni sono le seguenti:

- per le aziende con un numero di dipendenti compreso tra 20 e 60, almeno 5 lavoratori;
- per le aziende con un numero di dipendenti compreso tra 60 e 500, almeno il 10% dei dipendenti con un minimo di 25;
- per le aziende con oltre 500 dipendenti, almeno 30 lavoratori.

La conseguenza di tali limitazioni è data dal fatto che nelle aziende con meno di 20 dipendenti non è mai applicabile il concetto di licenziamento collettivo. In quelle aziende risulta di conseguenza applicabile unicamente la disciplina legale dei licenziamenti individuali. Se datore e lavoratore risolvono consensualmente il rapporto, tale risoluzione è naturalmente esclusa dalle cifre appena indicate. Lo stesso nel caso di dimissioni del lavoratore. L'art. 17 si applica pertanto unicamente al recesso ordinario da parte del datore. Il periodo di 30 giorni si riferisce alla comunicazione del licenziamento, non al termine del periodo di preavviso.

2. Gli obblighi dell'imprenditore.

Prima di procedere a qualsiasi licenziamento collettivo il datore ha due obblighi. Uno viene disatteso piuttosto frequentemente, l'altro viene normalmente soddisfatto.

A norma dell'art. 8 della legge sulla promozione dell'occupazione il datore è tenuto a comunicare in forma scritta all'Ufficio del lavoro tutte le misure da adottarsi nei successivi 12 mesi che potrebbero portare a licenziamenti collettivi. Tale informazione deve essere fornita non appena il datore abbia sentore della possibilità di un licenziamento collettivo. Prima di procedere a tale comunicazione il datore è tenuto a consultare in merito il consiglio d'azienda. Il parere di quest'ultimo va allegato alla comunicazione del datore destinata all'Ufficio del Lavoro. In questo modo l'autorità statale ha la possibilità di conoscere il punto di vista di entrambe le parti. La *ratio* di tale obbligo del datore di lavoro può essere facilmente individuata: l'Ufficio del lavoro dovrebbe avere così la possibilità di elaborare progetti e di verificare eventuali opportunità di lavoro per i lavoratori destinati al licenziamento.

In pratica, tuttavia, questa parte della disciplina viene rispettata raramente. La ragione è molto semplice. Anche se l'Ufficio del lavoro è tenuto alla segretezza, il pericolo potenziale di una violazione della riservatezza in conseguenza del coinvolgimento del consiglio d'azienda e dell'ufficio del lavoro non può essere ignorato. L'inosservanza si collega anche all'assenza di sanzioni adeguate di tale violazione. Soprattutto tale violazione non può incidere sulla decisione del datore di procedere al licenziamento collettivo. L'unica sanzione prevista dalla legge è costituita dall'obbligo di rimborsare all'Ufficio del lavoro tutte le spese relative alla riqualificazione professionale dei lavoratori nei primi sei mesi successivi al licenziamento. Ma tale sanzione opera solo se il datore ha violato deliberatamente o per grave negligenza l'art. 8 della legge sulla protezione delle opportunità di lavoro. I tribunali, inoltre, hanno elevato gli standard in una misura tale da rendere l'applicazione di questa sanzione pressoché impossibile.

A norma dell'art. 17 della legge di tutela contro i licenziamenti vi è un altro obbligo a carico del datore. Anche qui si tratta di un obbligo di comunicazione all'Ufficio federale del lavoro. In questo caso la comunicazione non deve essere fornita agli inizi della procedura, prima dell'adozione di qualunque misura, ma semplicemente prima della comunicazione dei licenziamenti individuali che costituiranno il licenziamento collettivo. Se tale comunicazione in forma scritta non viene effettuata, la sanzione è molto più rigorosa: il licenziamento collettivo è considerato nullo ed invalido. Questo significa che ogni singolo lavoratore licenziato può far valere in giudizio tale nullità. Questo porterà automaticamente alla riassunzione. La gravità della sanzione spiega perché normalmente venga rispettata questa parte della legge.

Prima della comunicazione all'Ufficio del lavoro il datore di lavoro è tenuto ad informare il consiglio d'azienda del motivo dei licenziamenti, del numero di lavoratori stabilmente impiegati nell'azienda coinvolti nel licenziamento e del periodo di attuazione dei licenziamenti. Anche questa informazione deve essere fornita in forma scritta. In aggiunta, il datore di lavoro è tenuto per legge a fornire al consiglio di azienda ogni altra informazione che gli venga richiesta. Infine la legge impone di consultare il consiglio d'azienda in merito a

tutte le possibilità di prevenire il licenziamento, di ridurre il numero dei licenziati e di ridurre l'impatto dei licenziamenti stessi.

Il consiglio d'azienda è tenuto a replicare in forma scritta alle dichiarazioni del datore di lavoro. Tale commento va allegato alla comunicazione del datore all'Ufficio del lavoro, così come una copia della comunicazione fornita al consiglio d'azienda. Tali allegati sono un presupposto per la validità delle comunicazioni. Solo se il datore può dimostrare che il consiglio d'azienda, benchè regolarmente informato, non ha reagito in alcun modo, la comunicazione all'Ufficio del lavoro può essere sfornita del parere del consiglio d'azienda. La comunicazione del datore all'Ufficio del lavoro deve indicare, tra l'altro, i dati relativi al sesso, all'età, alla qualificazione professionale ed alla nazionalità dei lavoratori da licenziare. Il datore deve fornire al consiglio d'azienda una copia di tale comunicazione. Il consiglio d'azienda è legittimato a pronunciarsi in merito e a trasmettere tale comunicazione direttamente all'Ufficio del lavoro. In questo caso il datore deve procurarsi una copia di tali pareri. Anche se è vero che tale obbligo di comunicazione viene generalmente rispettato dal datore, andrebbe almeno ricordato che spesso il datore ricorre a uno stratagemma per aggirare questo obbligo, precisamente mantenendo il numero dei licenziamenti di poco sotto rispetto alla soglia minima richiesta per il licenziamento collettivo.

**Licenziamenti
collettivi: Germania**
Manfred Weiss

3. La competenza dell'ufficio del lavoro

Come abbiamo già detto, i poteri dell'Ufficio del Lavoro sono limitati. L'art. 18 della legge di tutela contro i licenziamenti gli attribuisce il potere di ritardare - per un periodo non superiore ai due mesi - il licenziamento collettivo.

In aggiunta a ciò l'Ufficio del lavoro ha la possibilità di facilitare il ricorso al lavoro a tempo ridotto in tale periodo: normalmente il datore di lavoro può ricorrere al lavoro a tempo ridotto solo con il consenso del consiglio d'azienda. Se non vi è il consenso del consiglio d'azienda la questione è devoluta ad un collegio di arbitrato la cui decisione sostituisce l'accordo tra datore di lavoro e consiglio di d'azienda. Se, tuttavia, l'Ufficio del lavoro consente l'introduzione di un regime ad orario ridotto in questo contesto specifico, non è più necessario il consenso del consiglio d'azienda.

La *ratio* dell'obbligo di informazione all'Ufficio federale del lavoro e del potere di questo di procrastinare il licenziamento collettivo e di favorire il lavoro a tempo ridotto è semplice. L'idea è quella di utilizzare questo periodo per reperire soluzioni alternative sul mercato del lavoro per i lavoratori che verranno licenziati. È evidente che tale aspettativa non può essere soddisfatta quando il mercato del lavoro è caratterizzato in modo significativo dalla disoccupazione, in particolare modo dalla disoccupazione a lungo periodo. È stato questo il caso della Germania dai primi anni settanta. È ora il caso della Germania dell'Est, in misura drammaticamente maggiore.

IV. I POTERI CONTRATTUALI DEL CONSIGLIO D'AZIENDA.

1. Informazione, consultazione e composizione di interessi.

In aggiunta ai poteri di cui è dotato nell'ambito dei licenziamenti individuali per motivi economici e della necessità del parere destinato all'Ufficio del lavoro, il consiglio d'azienda ha ulteriori diritti di partecipazione a norma degli artt. 111-112 (a) del Betriebsverfassungsgesetz. Tali diritti assumono rilievo nell'ipotesi dei licenziamenti collettivi. Va rilevato, peraltro, che tali norme si applicano unicamente alle aziende che occupino almeno 20 dipendenti.

L'art. 111 del Betriebsverfassungsgesetz si riferisce alla riduzione dell'attività; alla chiusura totale o parziale dell'azienda; al trasferimento dell'azienda o di parti essenziali di questa; alla fusione materiale con altre aziende; a mutamenti radicali nell'organizzazione, negli obiettivi o negli impianti dell'azienda; ed infine a metodi di lavoro e a processi produttivi radicalmente nuovi. Se si tratta semplicemente di un licenziamento collettivo, questo rientra nella nozione di riduzione dell'attività. Ma naturalmente un licenziamento collettivo può anche costituire un effetto collaterale di una chiusura totale o parziale dall'azienda o di uno degli altri casi indicati.

In tali casi il datore è tenuto a fornire al consiglio d'azienda un'informazione completa e tempestiva. "Tempestiva" significa che deve essere fornita all'inizio della fase di program-

**Licenziamenti
collettivi: Germania**
Manfred Weiss

mazione. “Completa” significa che l’agenda deve non solo comunicare i propri programmi ma anche informare il consiglio d’azienda delle possibili alternative e modificazioni che sono state prese in considerazione (o avrebbero dovuto esserlo) nel caso specifico. L’idea è quella di offrire al consiglio d’azienda un’opportunità significativa di partecipazione, fornendogli tutte le informazioni di cui è in possesso l’imprenditore.

Oltre a fornire le informazioni, il datore è tenuto a realizzare una “composizione di interessi” con il consiglio d’azienda. Questo significa che il datore dovrebbe tentare di giungere a un accordo con il consiglio in merito al se ed in che modo andrebbero attuate le misure previste dall’azienda. Se non si raggiunge un accordo, ogni parte può chiedere al Presidente dell’Ufficio Federale del lavoro di intervenire in qualità di mediatore. Se la mediazione non riesce, o se nè il datore nè il consiglio d’azienda desiderano la mediazione dell’Ufficio del lavoro, ognuna delle parti può sottoporre la questione a un collegio di conciliazione. Il collegio è costituito da un eguale numero di membri nominati dal consiglio d’azienda e dal datore di lavoro. Il Collegio è presieduto da un Presidente neutrale. Con riferimento alla “composizione di interessi” il collegio di arbitrato non ha il potere di imporre una decisione vincolante per le parti, può solo formulare una proposta. Sta al datore e al consiglio d’azienda accettare o rigettare tale proposta. In altri termini, la legge prevede una procedura per raggiungere una “composizione” degli interessi, ma se la procedura fallisce, la decisione spetta al datore. Il consiglio d’azienda non ha il potere di obbligare il datore ad assumere determinate decisioni.

Se il datore non tenta di raggiungere un compromesso di interessi con il consiglio d’azienda o se il datore (salvo motivi urgenti) non attua tale compromesso, la legge prevede una sanzione (art. 113) che può essere richiesta, tuttavia, solo dai lavoratori singoli.

Il lavoratore che, in conseguenza della violazione della legge da parte del datore di lavoro, venga licenziato o subisca altri danni ha diritto ad un risarcimento economico che egli può rivendicare in giudizio. La legge fissa solo l’importo massimo di tale indennità. Tale massimo corrisponde normalmente a 12 mensilità. Per lavoratori con anzianità di servizio maggiore, tuttavia, l’indennità può arrivare a 18 mensilità.

2. Il programma sociale.

A prescindere dal fatto se il datore abbia adempiuto l’obbligo di informare il consiglio d’azienda o tentato di raggiungere una composizione d’interessi, il consiglio d’azienda ha sempre il diritto di imporre il c.d. “programma sociale”. Il “programma sociale” non è altro che un accordo, giuridicamente vincolante, relativo all’indennità spettante ai lavoratori che subiscono la decisione imprenditoriale. Il programma sociale non è limitato unicamente ad un risarcimento economico. Può comprendere anche programmi di riaddestramento professionale, precedenze nella ricerca di nuovi posti di lavoro e così via. Se non si raggiunge l’accordo relativo al “programma sociale” entrambe le parti possono adire il collegio di arbitrato che, in questo caso, può adottare decisioni vincolanti per entrambe le parti.

Non vi è un limite minimo o massimo per il “piano sociale”. Sta alle parti raggiungere un mutuo accordo. Se il “programma sociale” viene imposto dal collegio di arbitrato il potere discrezionale del collegio è limitato ad un certo ambito. Secondo la formula valida fino al 1985, il collegio di conciliazione era tenuto ad adottare la propria decisione relativa al piano sociale prendendo in considerazione i bisogni sociali dei lavoratori interessati così come le possibilità finanziarie dell’impresa. Dal momento che una formula così ampia comprendeva quasi ogni decisione possibile, il controllo giudiziale risultò totalmente inefficace. Per questo motivo la formula venne modificata nel 1985. Secondo tale modifica la determinazione dell’indennità per le perdite economiche (in particolare, retribuzioni più basse, perdita di *fringe benefits*, perdita del diritto alla pensione, spese di trasferimento, incremento delle spese di trasporto) deve tener conto delle circostanze di ogni caso singolo. Vanno tenute in considerazione anche le opportunità che i lavoratori coinvolti possono avere sul mercato del lavoro. I lavoratori che a seguito di un riaddestramento professionale potrebbero svolgere un’attività adeguata nello stesso stabilimento, o in un altro stabilimento dell’impresa, o in un’altra impresa del gruppo, ma che tuttavia non accettano l’offerta di tale lavoro, non percepiscono alcuna indennità. Per quanto attiene l’ambito del “programma sociale” il collegio deve trovare una soluzione che non pregiudichi la futura esistenza dell’impresa o i posti di lavoro residui.

Nel tentativo di attribuire stabilità alle nuove imprese, la riforma del 1985 ha introdotto un vantaggio per le aziende che si trovano al loro stadio iniziale. Se il datore non offre

spontaneamente un programma sociale, questo non può essere imposto dal consiglio d'azienda per i primi quattro anni successivi alla nascita della nuova impresa.

Quando la riduzione di attività comporta unicamente un licenziamento collettivo, la riforma del 1985 ha ridotto l'applicazione delle norme che disciplinano il programma sociale. A norma dell'art. 112 (a) del BVG il programma sociale non è sempre necessario in caso di licenziamento collettivo ma solo quando viene raggiunto un numero minimo di licenziamenti, eccedente il limite posto dall'art. 17 della legge di tutela contro i licenziamenti. Le cifre sono le seguenti:

- nelle aziende con un numero di dipendenti compresi tra 20 e 60, il 20%, ma con un minimo di almeno 6 dipendenti da licenziare;
- nelle aziende con un numero di dipendenti compreso tra 60 e 250, il 20%, ma con un minimo di almeno 37 dipendenti da licenziare;
- nelle aziende con un numero di dipendenti compreso tra 250 e 500, il 15%, con un minimo di almeno 60 dipendenti da licenziare;
- nelle aziende con più di 500 dipendenti, il 10%, con un minimo di almeno 60 dipendenti da licenziare.

L'idea che ha ispirato questa riforma è stata quella di ridurre il timore dell'imprenditore di essere schiacciato dai costi di un programma sociale e di subire di conseguenza una riduzione nella flessibilità della gestione del personale in periodi di crisi. Si può peraltro dubitare del fatto che questa modifica abbia avuto qualche effetto pratico sulle strategie imprenditoriali.

V. CONCLUSIONE

Dall'analisi effettuata emerge la complessità del sistema normativo relativo ai licenziamenti collettivi. Emerge inoltre una certa incoerenza, caratteristica del diritto del lavoro tedesco. La disciplina legale non è stata emanata in un determinato periodo storico per fornire una regolamentazione completa di tutti i problemi. Sono state approvate in periodi successivi leggi speciali con obiettivi molto differenziati: la legge in materia di licenziamenti individuali, la legge relativa ai poteri dell'autorità statale e la legge relativa alle decisioni imprenditoriali implicanti modifiche significative all'interno dell'impresa. In ogni contesto sono stati attribuiti al consiglio d'azienda poteri specifici. Non c'è da stupirsi, pertanto, se tali poteri si sovrappongono in molti casi. Nella situazione attuale, peraltro, questo spesso non costituisce un problema: il ruolo del consiglio d'azienda prima dei licenziamenti individuali, quello prima del parere da fornire all'Ufficio federale del Lavoro e quello nell'ambito delle consultazioni che porteranno alla composizione degli interessi contrapposti e al programma sociale, vengono semplicemente unificati. Invece che in vari incontri separati i diversi aspetti del problema vengono spesso affrontati in un'unica procedura di consultazione.

Solo dalla considerazione congiunta dei differenti aspetti illustrati in questa relazione può emergere il meccanismo legale complessivo relativo ai licenziamenti collettivi. Questo mostra la marginalità dei poteri delle autorità statali se confrontati con i più rilevanti diritti del consiglio d'azienda all'interno del sistema nel suo complesso. Va sottolineato, tuttavia, che non si può trascurare la posizione del singolo dipendente. Il lavoratore singolo ha sempre accesso al controllo giudiziale. L'efficienza di quest'ultimo, peraltro, dipende molto da come il consiglio d'azienda ha attuato il proprio compito. In breve e per fare il punto: il sistema può essere valutato solo se i poteri dei vari attori vengono considerati congiuntamente e tenendo conto della interdipendenza reciproca della loro efficienza.

Dobbiamo ripeterlo: l'attore chiave è il consiglio d'azienda. La sua funzione è essenzialmente preventiva. La sola possibilità di un coinvolgimento del consiglio d'azienda può portare in vari casi il datore ad escludere il ricorso al licenziamento quale strumento di politica del personale; se non dovesse affrontare tali difficoltà, ricorrerebbe al licenziamento. Anche se molto di questo settore resta oscuro, non vi sono dubbi che il ruolo del consiglio d'azienda nell'area della sicurezza del (posto di) lavoro non è irrilevante. Il problema principale è se la partecipazione del consiglio d'azienda protegga solo quei gruppi privilegiati della forza lavoro che non sarebbero comunque minacciati dalla strategia imprenditoriale. In altri termini, non si può escludere che l'attività combinata dell'imprenditore e del consiglio d'azienda porti a misure rafforzate incentrate sui gruppi di minoranza. Questo fa sorgere la questione se sia opportuno che al singolo lavoratore sia negata la possibilità di esercitare pressione sul consiglio d'azienda. Il normale strumento di pressione,

**Licenziamenti
collettivi: Germania**
Manfred Weiss

**Licenziamenti
collettivi: Germania**
Manfred Weiss

la minaccia del rifiuto di rielezione, non ha alcun rilievo in questo contesto. I lavoratori che verranno licenziati non parteciperanno alle successive elezioni.

Esaminando il ruolo del consiglio d'azienda andrebbe ricordato che i consigli si sono mostrati molto validi nell'ottenere un "programma sociale". Ancora, la negoziazione di un "programma sociale" può avere un effetto preventivo che non compare nei dati empirici. Può avvenire che un datore che intenda procedere ad una razionalizzazione (del processo produttivo) rinunci a questo progetto in vista delle rivendicazioni del consiglio d'azienda relative al "programma sociale". Questo può salvare posti di lavoro nel breve periodo ma, nel lungo periodo, potrebbe portare ad una riduzione del personale ancora più consistente. In altri termini, può non essere chiaro se ed in che misura il "programma sociale" costituisca uno strumento per aumentare la sicurezza dei posti di lavoro. Anche questo tema è oggetto di valutazioni differenti.

Non vi è, peraltro, alcun dubbio in merito al fatto che il "programma sociale" costituisca un ottimo strumento per garantire una indennità ai lavoratori il cui licenziamento non poteva essere evitato. Ma qui sorge un problema di giustizia. È semplicemente un caso se un licenziamento avviene in una situazione che comporti anche un programma sociale. E dipende sempre dal caso che l'importo delle indennità previste dal "programma sociale" sia soddisfacente oppure no. Dipende infatti dalla forza economica delle rispettive aziende. In breve, dal punto di vista del lavoratore licenziato che normalmente non riceve alcuna indennità di fine rapporto, si può ipotizzare che la situazione sia radicalmente diversa semplicemente perché il licenziamento avviene nel contesto di una situazione che implica il programma sociale e in una impresa florida.

Naturalmente bisogna riconoscere che il sistema normativo descritto in questa relazione può evitare solo in misura molto limitata il ricorso ai licenziamenti collettivi se i fattori economici spingono in quella direzione. Ma questo sistema di consultazioni allargate e di controllo giudiziale porta quanto meno ad eliminare la mera arbitrarietà. Il datore è spinto a fornire valide motivazioni della sua decisione. Questo comporta un preparazione migliore e più attenta del processo decisionale. È un meccanismo che tende alla produzione di una gestione aziendale razionale.

Dall'altro lato, il pericolo insito in questo sistema non può essere ignorato e va sottolineato. Invece di rappresentare gli interessi di chi subirà il licenziamento collettivo il consiglio d'azienda potrebbe agire come una sorta di co-direzione, in collusione con l'imprenditore, e a discapito dei lavoratori da licenziare. In questo caso la possibilità di correzioni da parte del potere giudiziario è molto limitata. Questo significa che l'efficienza del sistema è fondata anche sul presupposto che il processo democratico che porta all'elezione dei consigli d'azienda induca anche questi ultimi a svolgere il loro compito in un modo conforme a quello auspicato dal sistema normativo.

I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Francia

Jaques Rojot

Sommario

1. Considerazioni introduttive. **2.** La fattispecie dei licenziamenti per motivi economici nell'ordinamento giuridico francese: il quadro generale di riferimento normativo. **3.** Il licenziamento "di limitata consistenza" per motivi economici. **3.1.** Definizione e scopo. **3.2.** Informazione e consultazione delle rappresentanze sindacali. **3.3.** Criteri di scelta dei lavoratori da licenziare. **3.4.** Il licenziamento dei lavoratori selezionati. **4.** Il licenziamento "di ampia consistenza" per motivi economici. **4.1.** Il licenziamento "di ampia consistenza" per motivi economici nell'ipotesi in cui non esistano forme di rappresentanza dei lavoratori nell'impresa. **4.2.** Il licenziamento "di ampia consistenza" per motivi economici nelle imprese che occupano più di undici ma meno di quarantanove lavoratori, nel caso in cui esistano dei delegati del personale. **4.3.** Il licenziamento "di ampia consistenza" per motivi economici nelle imprese che occupano più di cinquanta lavoratori, nel caso in cui esista una forma di rappresentanza del personale in azienda. **5.** Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive.

L'oggetto dell'indagine — i licenziamenti collettivi — è sconosciuto al diritto del lavoro francese come specifica materia di analisi: sebbene l'istituto del recesso dal contratto individuale di lavoro subordinato a tempo indeterminato sia rigorosamente disciplinato dal Legislatore francese, nessuna differenza è posta tra licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi.

Nell'ordinamento giuridico francese, infatti, la *summa divisio* non è tracciata lungo l'alternativa tra licenziamenti individuali e collettivi, ma si articola attorno alla contrapposizione tra licenziamenti per motivi economici e licenziamenti per causa reale e seria; con la precisazione che questi ultimi ricomprendono nel loro ambito i licenziamenti per una causa diversa da quella economica, incluso dunque (anche se non limitati ad) ogni comportamento colposo o comunque manchevole del lavoratore licenziato. È indubbiamente innegabile che il licenziamento per motivi economici si caratterizza come un licenziamento collettivo nella stragrande maggioranza dei casi concreti e che, all'opposto, il licenziamento per causa reale e seria non configura un'ipotesi di licenziamento collettivo. Tuttavia è altrettanto vero che, almeno in astratto, un singolo lavoratore può essere licenziato per motivi economici, così come è del pari plausibile l'ipotesi che un gruppo di lavoratori può essere licenziato per causa reale e seria, dopo una rissa o uno sciopero illegittimo, tanto per fare qualche esempio. Uno studio approfondito della complessa materia dei licenziamenti per causa reale e seria — tema caratterizzato da una articolata regolamentazione legale dell'istituto (resa ancora più complicata da tre nuove previsioni legislative del Parlamento emanate tra il 1986 e il 1990), unitamente alla circostanza che dal punto di vista rigorosamente giuridico i licenziamenti collettivi per causa reale e seria non si differenziano sul piano normativo da quelli

**Licenziamenti
collettivi:**
Francia
Jaques Rojot

individuali sostenuti dalla medesima causa — non rientra propriamente negli obiettivi della nostra indagine, se non per quegli specifici richiami che saranno di volta in volta indispensabili, dato che i differenti profili giuridici del tema del recesso dal contratto di lavoro subordinato sono inestricabilmente legati insieme come un tutto. Ad ogni modo, l'analisi che segue sarà limitata — per quanto possibile — al solo studio (in verità ancora più complesso) dell'ipotesi del licenziamento per motivi economici, in modo da dare conto in maniera esaustiva della disciplina effettivamente imputabile alla fattispecie dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale.

2. La fattispecie dei licenziamenti per motivi economici nell'ordinamento giuridico francese: il quadro generale di riferimento normativo.

Per un lungo arco di tempo l'ordinamento giuridico francese non ha conosciuto diverse tipologie di licenziamento in ragione del differente motivo che determina e sorregge l'esercizio del potere di recesso da parte del datore di lavoro. È soltanto con la Legge del 3 gennaio 1975 — formulata sulle tracce di un precedente accordo collettivo nazionale interprofessionale tra le parti sociali sulla sicurezza dell'impiego del 10 febbraio 1969, che garantiva ai lavoratori licenziati per motivi economici una indennità di disoccupazione pari al 90 % dell'ultimo salario per il periodo di un anno — che una nozione legale di licenziamento per motivi economici entra a far parte dell'ordinamento giuridico francese. La legge del 3 gennaio 1975 stabilisce, in particolare, che tutti i licenziamenti individuali o collettivi determinati da ragioni economiche — siano esse strutturali o semplicemente congiunturali — per essere legittimi devono essere subordinati ad una preventiva autorizzazione da parte dell'autorità amministrativa competente. Tuttavia, nella Legge manca una definizione del concetto di licenziamento per motivi economici; come è naturale, è stata allora la giurisprudenza a fornire una nozione giuridica di licenziamento per ragioni economiche. Dal 1975 in poi la regolamentazione giuridica dei licenziamenti per motivi economici è stata profondamente modificata: in maniera incisiva con la Legge del 30 dicembre 1986 che ha soppresso il requisito della preventiva autorizzazione amministrativa e, successivamente, dalla Legge 2 agosto 1989 che ha formulato in modo definitivo una nozione legale del concetto di *motivo economico*.

L'articolo L. 321-1 del Codice del lavoro, così come modificato, stabilisce che *“integra la fattispecie di un licenziamento per ragioni economiche l'atto di recesso del datore di lavoro per una o più ragioni non inerenti alla persona del lavoratore, risultante dalla soppressione o dalla trasformazione di un posto di lavoro, ovvero da un cambiamento sostanziale (nelle condizioni) del contratto individuale di lavoro (tra il lavoratore subordinato e il datore di lavoro), conseguenti, principalmente (ma non solo), da una situazione di difficoltà economica o da innovazioni tecnologiche”* (1).

Questa definizione legale colma opportunamente un vuoto, dato che la Legge del 3 gennaio 1975 era entrata in vigore proprio poco prima della approvazione definitiva della Direttiva del Consiglio della Comunità Economica Europea del 17 febbraio 1975 relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi. Al momento, il principale criterio di individuazione di un licenziamento per ragioni economiche, in armonia con la definizione di licenziamento collettivo fissata nella Direttiva, è che si deve trattare di un licenziamento per motivi non inerenti alla persona del lavoratore. Il secondo criterio concerne la causa del licenziamento, che nella previsione legislativa è piuttosto ampia, in quanto non si limita alle ipotesi di soppressione di uno o più posti di lavoro, ma include anche la loro trasformazione o una modificazione sostanziale del contenuto del contratto individuale di lavoro subordinato (2) sotto la pressione delle difficoltà economiche dell'impresa o dei cambiamenti nell'organizzazione dell'impresa dovuti alle innovazioni tecnologiche, nonché altre possibilità per differenti ragioni. Va peraltro notato che questa definizione è sicuramente più ampia di quella elaborata dalla giurisprudenza tra il 1975 e il 1989.

note

(1) Le parentesi e le parole tra parentesi sono dell'Autore (nella traduzione del testo inglese).

(2) La nozione di modificazioni sostanziali nel contenuto del contratto individuale di lavoro subordinato, che è connessa con la tematica delle condizioni implicite ed esplicite contenute nelle clausole contrattuali, solleva di per sé notevoli problemi interpretativi. Sul punto si veda Ray J.E., Mousseron P.H., *Droit du Travail, Droit Vivant*, Paris, 1991, Editions Liaisons, p. 121 ss.

Come è stato nel caso della Legge del 3 gennaio 1975, la Legge del 30 dicembre 1986 e la Legge del 2 agosto 1989 sono direttamente ispirate e influenzate nel loro contenuto sostanziale da un accordo collettivo nazionale interprofessionale, il più recente dei quali era l'accordo collettivo del 20 ottobre 1986, esteso con decreto. Nondimeno, non tutte le clausole contenute nell'accordo collettivo sono state trasfuse nella legge e, pertanto, quelle che non sono state recepite nella Legge sono applicabili soltanto ai lavoratori dipendenti da datori di lavoro che svolgono la loro attività nell'ambito di settori economici in cui opera una organizzazione sindacale imprenditoriale affiliata alla CNPF (Federazione Centrale degli imprenditori). In aggiunta, contratti collettivi nazionali di categoria sono stati sottoscritti in alcuni settori dell'economia, come nel settore chimico, di modo che condizioni più favorevoli al lavoratore vengono osservate in questi settori.

In questa prospettiva, la Legge dell'agosto 1989 rappresenta il livello minimo di regolamentazione dei licenziamenti per motivi economici.

Questa Legge trova applicazione per tutti i lavoratori subordinati occupati nel settore privato e nel settore nazionalizzato. In termini generali sono esclusi dal campo di applicazione della Legge solo i dipendenti pubblici — siano essi occupati presso l'amministrazione dello Stato o nelle amministrazioni locali — e i lavoratori domestici. È senza dubbio importante sottolineare che la regolamentazione legale non trova applicazione per quei lavoratori assunti, nel settore delle costruzioni, soltanto per la durata del lavoro, in un determinato luogo di lavoro. La Legge dell'agosto 1989, a differenza della normativa relativa ai licenziamenti per causa reale e seria, è invece applicabile ugualmente a tutti i lavoratori a prescindere dalla loro anzianità o dalle dimensioni del complesso aziendale nel quale sono occupati, ad eccezione dei dipendenti che svolgono prestazioni di lavoro in quello che è l'abituale periodo di prova. Infine, deve essere tenuto presente che i rappresentanti sindacali, siano essi eletti ovvero designati da una associazione sindacale, beneficiano di una protezione speciale e non possono essere licenziati senza l'autorizzazione dell'autorità amministrativa competente (3).

Esistono tre tipologie di licenziamento per motivi economici:

- 1) "di limitata consistenza", in relazione ad ipotesi di licenziamento di meno di dieci lavoratori;
- 2) "di ampia consistenza", in relazione ad ipotesi di licenziamento di dieci o più lavoratori;
- 3) "individuale", in relazione ad ipotesi di licenziamento di un solo lavoratore. Quest'ultima eventualità (ipotesi sub 3), nella quale le regole sul licenziamento per causa reale e seria si intrecciano con quelle sul licenziamento per motivi economici, è di per sé stessa fuori dall'ambito della nostra ricerca, e pertanto non verrà analizzata. Le prime due ipotesi verranno invece esaminate successivamente, integrando la spiegazione, quando opportuno per la comprensione del problema, con un breve richiamo della disciplina sui licenziamenti individuali per motivi non economici, in quanto può trovare applicazione in certe fattispecie di licenziamenti collettivi.

3. Il licenziamento "di limitata consistenza" per motivi economici.

3.1. Definizione e scopo.

Un licenziamento "di limitata consistenza" per motivi economici si verifica nell'ipotesi di licenziamento di meno di dieci lavoratori per le motivazioni sopra ampiamente analizzate. La procedura prevista in questo caso è sicuramente molto più agile e snella di quella prevista per il licenziamento "di ampia consistenza". Per questa ragione è ovvio che il datore di lavoro preferirebbe beneficiare della più semplice procedura del licenziamento "di limitata consistenza" anche nell'ipotesi in cui intenda licenziare più di nove lavoratori.

Tipico è il caso in cui il datore di lavoro dia luogo ad ondate successive di micro licenziamenti al di sotto delle nove unità in un limitato periodo di tempo proprio al fine di eludere la disciplina prevista nel caso di licenziamento "di ampia consistenza".

Il Legislatore francese ha inteso sanzionare questa prassi di ricorrere a successivi licenzia-

**Licenziamenti
collettivi:
Francia
Jaques Rojot**

(3) Sul punto vedi Despax M., Rojot J., in Blanpain (a cura di), *Industrial Relations and Labor Law in France*, Deventer, Kluwer, 1987.

**Licenziamenti
collettivi:
Francia**
Jaques Rojot

menti ridotti in una singola impresa o a licenziamenti simultanei in differenti unità produttive di una stessa impresa. In questa prospettiva si pongono difatti numerose previsioni amministrative. In primo luogo, è stabilito dalla Legge del 2 agosto 1989 che i licenziamenti per motivi economici avvenuti nell'arco di tempo di trenta giorni vengono accorpati. Ai sensi di una circolare del Ministero del lavoro, il periodo di trenta giorni inizia a decorrere dal giorno in cui viene effettuato il primo licenziamento per motivi economici. Inoltre, la Legge stabilisce anche che se un datore di lavoro ha dato luogo ad una molteplicità di licenziamenti "di limitata consistenza" nell'arco di tempo di tre mesi successivi ed il totale dei lavoratori licenziati in questo periodo eccede le dieci unità, per il successivo provvedimento di licenziamento che ha corso nei tre mesi successivi il datore di lavoro deve seguire, quale che sia il numero dei lavoratori interessati dal nuovo provvedimento, e persino nell'ipotesi del licenziamento di un solo lavoratore, la procedura obbligatoria prevista per i licenziamenti "di ampia consistenza" per motivi economici. In terzo luogo, le finalità perseguite dall'imprenditore sono specificate in un'altra circolare ministeriale (4), che ha sostanzialmente recepito un precedente orientamento dei Tribunali amministrativi sul punto in questione. È noto infatti che un unico imprenditore può avere, sotto la stessa entità giuridica, una molteplicità di fabbriche, stabilimenti, impianti produttivi, reparti, uffici commerciali e magazzini. In queste ipotesi il problema giuridico che si pone è quello di considerare in maniera unitaria o meno queste entità economiche in modo da valutare di conseguenza in modo unitario o meno gli stessi licenziamenti "di limitata consistenza" per ragioni economiche avvenuti durante i tre mesi precedenti. L'orientamento predominante è quello di ritenere decisiva l'autonomia decisionale dei diversi stabilimenti. Così, se la decisione è presa a livello centrale ed è applicata alle diverse entità che compongono il tutto, allora i singoli licenziamenti vengono accorpati. Lo stesso si verifica nel caso in cui i singoli licenziamenti vengano concertati in entità produttive con limitata o nessuna autonomia decisionale, anche nell'ipotesi in cui manchi un piano specifico a livello centrale. È soltanto nell'ipotesi di una entità giuridica geograficamente isolata dalle restanti fabbriche dello stesso imprenditore e con piena autonomia decisionale (di modo che possa liberamente procedere alla gestione delle risorse umane), e sempre nel caso in cui non esistano direttive dall'impresa madre, che i soli licenziamenti presi in considerazione nell'arco dei tre mesi sono soltanto quelli erogati nell'impresa in questione.

3.2. Informazione e consultazione delle rappresentanze sindacali.

Il primo passo da compiere per un imprenditore che intende dare luogo ad un licenziamento "di limitata consistenza" per motivi economici consiste nel consultare il comitato d'impresa o, ove manchi, il delegato del personale (5).

Nella convocazione delle rappresentanze sindacali, il datore di lavoro deve comunicare i suoi obiettivi, e cioè la discussione del provvedimento di licenziamento "di limitata consistenza" per motivi economici, nonché "tutte le informazioni rilevanti". Una lista indicativa di cosa costituisca in termini minimi "informazioni rilevanti" è prevista dalla Legge. Non si tratta di una indicazione limitativa, ma rappresenta semplicemente il minimo indispensabile a parere del Legislatore per la discussione del provvedimento di licenziamento. Del resto, in caso di controversia tra datore di lavoro e rappresentanze sindacali su cosa sia "informazione rilevante", un giudice potrebbe ritenere, viste le circostanze del caso concreto, che debbano essere fornite ulteriori informazioni.

La lista include le seguenti informazioni:

- le ragioni economiche, finanziarie e sociali del piano di licenziamento;
- il numero dei lavoratori che si intende licenziare;
- le tipologie di lavoro interessate dal provvedimento di licenziamento, nonché i criteri

note

(4) Circolare del Ministero del lavoro DE/DRT n. 26/87 del 7 aprile 1987. Nell'ordinamento giuridico francese le circolari hanno la funzione di chiarificare la posizione del Ministro competente su un problema di interpretazione della legge, quando il dato normativo è ambiguo o poco chiaro. Non sono tuttavia giuridicamente vincolanti per i Tribunali, che possono infatti seguire liberamente un difforme indirizzo interpretativo.

(5) Sull'importante ruolo delle rappresentanze sindacali a livello d'impresa si veda Despax M., Rojot J., in Blanpain (a cura di), *Industrial Relations and Labor Law in France*, Deventer, Kluwer, 1987. Queste forme di rappresentanza non vanno tuttavia confuse col tedesco *Betriebsrat*: la codeterminazione, infatti, non esiste nell'ordinamento giuridico francese.

proposti per la selezione dei singoli lavoratori da licenziare (la cosiddetta “gerarchia” di licenziamento);

— il numero totale dei lavoratori occupati, stabilmente o in via occasionale, dall’imprenditore;

— le modalità e i tempi del licenziamento.

Se il comitato d’impresa ritiene che, nel caso concreto, non siano state fornite informazioni sufficienti nonostante il rispetto del minimo previsto dal Legislatore, può chiedere al giudice che imponga al datore di lavoro, con provvedimento d’urgenza, l’obbligo di fornire ulteriori informazioni. Questa possibilità non è invece prevista nel caso di intervento del delegato del personale, nell’ipotesi in cui non esista il comitato d’impresa.

In ogni caso, la comunicazione della data di riunione con i rappresentanti dei lavoratori — previsione che, come sopra menzionato, accompagna il diritto di informazione — deve essere effettuata dal datore di lavoro con almeno tre giorni di anticipo rispetto allo svolgimento della riunione stessa.

Durante l’incontro tra datore di lavoro e rappresentanze sindacali aziendali, il comitato d’impresa espone le sue considerazioni sul piano di licenziamento e sulle sue modalità di attuazione concreta e può anche, nell’esercizio dei suoi poteri generali, ma a sue spese, farsi assistere da un esperto esterno all’impresa. In questo caso, infatti, e a differenza di quanto si verifica nell’ipotesi di un licenziamento per motivi economici “di ampia consistenza”, il comitato d’impresa non ha diritto di farsi assistere da un esperto esterno pagato dal datore di lavoro. Anche in riferimento a questo profilo, il diritto di farsi assistere da un esperto esterno non sussiste in capo al delegato del personale, che opera nel caso in cui non esista un comitato d’impresa. Successivamente alla consultazione delle rappresentanze aziendali dei lavoratori, il parere del comitato d’impresa o del delegato del personale è inviato alla autorità amministrativa competente insieme con la notificazione del licenziamento per motivi economici, profilo quest’ultimo che sarà discusso più avanti.

Come è ovvio, questo parere non è giuridicamente vincolante per l’imprenditore, che è libero di agire come meglio crede.

3.3. Criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.

Se non esistono contratti collettivi di lavoro specifici, i criteri da seguirsi nella scelta dei singoli lavoratori da licenziare sono stabiliti liberamente dall’imprenditore, così come ritiene più opportuno. La legge del 2 agosto 1989 si limita infatti a stabilire che i criteri liberamente scelti dal datore di lavoro tengano nell’opportuna considerazione i seguenti fattori:

— le condizioni e i carichi familiari di ogni singolo lavoratore, ed in particolare il caso di un unico genitore che lavora;

— l’anzianità maturata nell’impresa;

— le situazioni individuali concrete di ogni singolo lavoratore, le cui caratteristiche specifiche rendano particolarmente difficile o improbabile la loro assunzione presso un’altra impresa: handicappati ed anziani in particolare (6);

— capacità professionali, valutate per ogni mansione e qualifica.

Va tuttavia ribadito che questi criteri di scelta dei lavoratori da licenziare non sono giuridicamente vincolanti per l’imprenditore: non solo non devono essere rispettati in una scala di gerarchia, ma possono anche essere del tutto disattesi. Come detto, in mancanza di specifiche clausole contenute nei contratti collettivi di lavoro, il datore di lavoro può operare le sue scelte su criteri completamente differenti. È però vero che il datore di lavoro non può fare ricorso a criteri che sarebbero illegittimi in via generale, e cioè far ricorso a criteri in contrasto alla legge, come la razza, la religione, le opinioni politiche o l’affiliazione ad un sindacato. Inoltre, sempre in relazione a considerazioni di illegittimità o di contrarietà all’ordine pubblico, è fatto divieto al datore di lavoro di fare ricorso in via esclusiva ad un solo criterio che, in altri termini, non sia razionalmente giustificabile, fondato per esempio sull’intento di privare il lavoratore dei benefici derivanti da una pensione. In ogni caso, lo stesso criterio deve trovare applicazione per tutti i lavoratori interessati dal provvedimento

**Licenziamenti
collettivi:
Francia
Jaques Rojot**

(6) Come è noto, il mercato del lavoro vive attualmente una condizione tale per cui un lavoratore che abbia già sorpassato i cinquant’anni trova insormontabili difficoltà, tranne ovviamente casi eccezionali, a trovare un nuovo lavoro una volta licenziato.

**Licenziamenti
collettivi:**
Francia
Jaques Rojot

di licenziamento. Il lavoratore può, infine, richiedere mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, nei dieci giorni successivi alla perdita del posto di lavoro, che il suo ex datore di lavoro gli fornisca per iscritto, sempre mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, nei dieci giorni successivi alla comunicazione, l'indicazione dei criteri utilizzati nella selezione dei lavoratori da licenziare.

3.4. Il licenziamento dei lavoratori selezionati.

Dopo la consultazione tra datore di lavoro e rappresentanze sindacali dei lavoratori, e senza che una specifica sospensione del piano di riduzione del personale concertato dal datore di lavoro sia prevista dalla legge, l'imprenditore può dare luogo al licenziamento dei lavoratori selezionati.

Il datore di lavoro dovrà poi rispettare la procedura prevista per il caso di licenziamento per causa reale e seria in riferimento ad ogni altro lavoratore che intenda licenziare. Ogni lavoratore deve essere convocato per un colloquio col datore di lavoro trascorso un ragionevole lasso di tempo, con la possibilità di farsi assistere durante il colloquio, e, sebbene tale procedura sia indubbiamente più significativa nell'ipotesi di licenziamento per causa reale e seria, può aver diritto a che gli sia trasmessa una lettera di licenziamento dopo che sia trascorso un periodo minimo di sette giorni. Si deve trattare anche in questo caso di una lettera con ricevuta di ritorno e deve contenere le precise ed esatte ragioni del licenziamento.

Due elementi specifici caratterizzano, comunque, il licenziamento per motivi economici rispetto al licenziamento per causa reale e seria. In primo luogo, durante il colloquio, il datore di lavoro deve proporre al lavoratore la "conversione" del contratto individuale di lavoro come alternativa al licenziamento, nell'ipotesi in cui ricorrano cumulativamente due condizioni, e cioè che il lavoratore non abbia più di cinquantasei anni e due mesi e che abbia maturato almeno due anni di anzianità. Il datore di lavoro deve, in queste ipotesi, consegnare al lavoratore un documento redatto dagli organi competenti in relazione al sistema delle indennità contro la disoccupazione che descrive le caratteristiche e le condizioni di tali tipologie contrattuali.

Successivamente, il lavoratore ha ventuno giorni per decidere se aderire o meno a tale proposta di conversione del contratto di lavoro. Nell'ipotesi in cui il lavoratore accetti la proposta di conversione si considera come se non fosse mai stato licenziato dal datore di lavoro, né che si fosse mai dimesso: si tratta infatti di una ipotesi di risoluzione consensuale del contratto individuale di lavoro. Il lavoratore verrà poi indirizzato presso corsi di riqualificazione ed aggiornamento professionale per la durata massima di sei mesi, in modo da raggiungere quelle capacità professionali che facilitino il suo reinserimento nel mercato del lavoro a seconda degli andamenti di quest'ultimo. Durante il periodo di riqualificazione ed aggiornamento, o dopo e sin tanto che non trovi un nuovo posto di lavoro, e sempre nel limite dei sei mesi, il lavoratore ha diritto ad una somma di denaro indubbiamente più consistente dell'indennità di disoccupazione che avrebbe altrimenti ricevuto (l'83 % del salario fino ad allora ricevuto nel corso dei primi due mesi e, successivamente, il 70 % per il periodo di tempo rimanente). Se dopo questo periodo non riuscisse tuttavia ad trovare una nuova occupazione, ha diritto a beneficiare dell'indennità di disoccupazione, detratti due mesi in relazione al periodo di pagamento delle somme precedentemente ottenute.

Va anche aggiunto che durante il periodo di riqualificazione ed aggiornamento professionale il lavoratore non è considerato disoccupato, ma è giuridicamente collocabile nello *status* di lavoratore in fase di addestramento nell'ambito di un sistema di istruzione professionale continua (7).

Il datore di lavoro deve pagare al lavoratore una somma equivalente all'ammontare degli importi che sarebbero spettati al lavoratore nel caso di licenziamento e deve, inoltre, versare al sistema di compensazione per la disoccupazione una somma equivalente alla indennità sostitutiva del preavviso, che altrimenti il datore di lavoro avrebbe dovuto corrispondere direttamente al lavoratore, in modo da coprire parte dei costi per la riqualificazione e l'aggiornamento professionale, entro il limite della cifra corrispondente a

due mesi di stipendio (8). Nel caso in cui al lavoratore fosse spettata una somma superiore all'indennità sostitutiva del preavviso, egli ha diritto ad ottenere la differenza (9).

Viceversa, trascorso il periodo di ventuno giorni, il lavoratore che non ha accettato di essere parte di un contratto di conversione è definitivamente licenziato.

In secondo luogo, ai sensi della Legge del 2 agosto 1989, la lettera raccomandata con ricevuta di ritorno deve contenere la previsione di una priorità nelle riassunzioni da parte dell'impresa a favore del lavoratore licenziato per motivi economici. Dall'entrata in vigore della Legge, ogni lavoratore licenziato per motivi economici beneficia, in tutti i casi, di un diritto di priorità nell'ipotesi di nuove assunzioni effettuate dalla stessa impresa nell'anno successivo al licenziamento, in riferimento a posizioni professionali equivalenti o di differente capacità professionale che abbia conseguito dopo il corso di riqualificazione ed aggiornamento professionale. Comunque, al fine di poter usufruire di questa posizione di vantaggio, il lavoratore ha l'onere di comunicare al datore di lavoro, nei quattro mesi successivi, la sua intenzione di rientrare eventualmente nell'impresa. Se il datore di lavoro non rispetta questa priorità nelle assunzioni di nuovi lavoratori nell'arco di tempo di un anno dal licenziamento, e nell'ipotesi che la corretta procedura sia stata seguita dal lavoratore, è obbligato a pagare al lavoratore una somma equivalente a due mesi di retribuzione, nel caso in cui il lavoratore abbia due anni di anzianità, nonché, nell'ipotesi in cui l'impresa occupi dieci o più lavoratori, una somma equivalente al danno sofferto dal lavoratore per la mancata riassunzione (10).

Una volta che il licenziamento di ogni singolo lavoratore è stato deciso, il datore di lavoro ha l'obbligo di informare l'autorità amministrativa competente (la Direzione Dipartimentale per l'occupazione) entro otto giorni, inviando una minuta dei risultati della consultazione coi rappresentanti dei lavoratori. Si tratta di una semplice informazione: l'autorizzazione amministrativa, precedentemente prevista, non è ora più richiesta.

Infine, il licenziamento — sia esso disposto per ragioni economiche o altrimenti (nonché in caso di dimissioni) — di un lavoratore con cinquantacinque o più anni, che benefici delle compensazioni di base per la disoccupazione, deve essere accompagnato dal pagamento da parte del datore di lavoro dei contributi per la disoccupazione per l'ammontare di tre mesi della retribuzione mensile lorda complessiva calcolata nell'arco di un anno. Il pagamento di questi contributi non è però dovuto in queste circostanze:

- se il lavoratore non ha maturato almeno due anni di anzianità nell'impresa;
- se il lavoratore si è reso colpevole di un comportamento di una certa gravità o di una significativa mancanza (11);
- se il licenziamento ha luogo per effetto della chiusura dell'impresa, sia come risultato della cessazione dell'attività d'impresa da parte del datore di lavoro sia come provvedimento adottato dall'autorità pubblica per ragioni di salute e sicurezza;
- se il licenziamento si verifica per fine lavoro nel settore dell'edilizia;
- se il licenziamento si verifica per causa di forza maggiore;
- se il lavoratore rassegna le dimissioni a causa di trasferimento in altra località per matrimonio, in modo da trovare un nuovo lavoro.

I contributi versati possono essere rimborsati se il lavoratore licenziato è successivamente riassunto da un altro datore di lavoro attraverso un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato nei tre mesi successivi o, a richiesta dell'imprenditore, nei dodici mesi successivi alla riassunzione.

**Licenziamenti
collettivi:
Francia**
Jaques Rojot

note

(8) Nella prattiva si è tuttavia fatto un relativamente esiguo ricorso al contratto di conversione. Per un'analisi dei motivi di questa situazione si veda Ray J.E., Mousseron P.H., *Droit du Travail, Droit Vivant, cit.*, p. 156.

(9) Questa previsione sembra porsi in contrasto con la previsione legislativa contenuta nell'art. L. 321-6 del Codice del lavoro, sopra menzionata, in base alla quale il lavoratore che aderisce alla proposta di conversione del contratto non è considerato né licenziato né dimissionario, dato che il contratto individuale di lavoro è stato risolto per mutuo consenso. In questa ipotesi, infatti, non ci sarebbe alcuna ragione giuridica di attribuire al lavoratore la quota superiore all'indennità sostitutiva del preavviso. Su questo punto specifico si veda *Liaisons sociales*, n. 10857 del 27 dicembre 1990.

(10) La *ratio* di questa disposizione si ritrova nella disciplina sui licenziamenti per causa reale e seria.

(11) Sulla nozione di colpa grave si veda Rojot J., *France*, in Wheeler H.N., Rojot J., *Workplace and Justice: Employment Obligations in International Perspective*, Columbia, S.C., University of South Carolina Press, in corso di pubblicazione.

Licenziamenti
collettivi:
Francia
Jaques Rojot

4. Il licenziamento “di ampia consistenza” per motivi economici.

Il licenziamento “di ampia consistenza” per motivi economici è quello che concerne il licenziamento di almeno dieci lavoratori della stessa impresa nell’arco di trenta giorni (inteso questo concetto come sopra specificato).

Nell’ipotesi di licenziamento “di ampia consistenza” per motivi economici si devono seguire le norme sostanziali basilari sopra analizzate, unitariamente ad una serie di adempimenti procedurali maggiormente articolati e complessi. Le considerazioni seguenti si indirizzeranno, allora, allo studio di questo diverso e più complesso meccanismo procedurale che differenzia in maniera significativa le due fattispecie.

Va innanzi tutto detto che per questo tipo di licenziamenti la Legge assegna un ruolo assai più importante e significativo alle rappresentanze dei lavoratori in azienda, senza tuttavia predisporre un meccanismo di codeterminazione sul modello tedesco. Tuttavia occorre anche ricordare che nella prassi delle relazioni industriali francesi molte di quelle imprese che sono soggette, da un punto di vista teorico, all’obbligo di avere un comitato d’impresa (imprese con cinquanta o più dipendenti) o un delegato del personale (imprese con undici o più dipendenti), possono di fatto non averlo affatto, come nell’ipotesi in cui non ci siano candidati per ricoprire queste funzioni (12). Inoltre, e sempre in riferimento alle particolarità del caso francese, il bassissimo livello di sindacalizzazione dei lavoratori non favorisce certo la creazione ed il funzionamento di organismi sindacali di rappresentanza degli interessi dei lavoratori all’interno dell’impresa; dato ancora più vero e significativo nelle piccole e medie imprese dove, il più delle volte, una consultazione di carattere ampiamente informale prende luogo al di là di ogni rispetto dei canali formali di rappresentanza dei lavoratori (13).

In ogni caso, l’applicazione delle differenti discipline procedurali previste dalla legge in caso di licenziamento “di ampia consistenza” per motivi economici dipende dalle dimensioni dell’impresa, in relazione al fatto che la consistenza numerica degli organici dell’impresa sia al di sotto o al di sopra della soglia dei cinquanta lavoratori. Una differente procedura è invece prevista nell’ipotesi in cui manchino rappresentanze dei lavoratori nell’impresa, nel qual caso si prescinde dal numero dei dipendenti dell’impresa stessa.

4.1. Il licenziamento “di ampia consistenza” per motivi economici nell’ipotesi in cui non esistano forme di rappresentanza dei lavoratori nell’impresa.

Nell’eventualità che non esistano forme di rappresentanza dei lavoratori nell’impresa (e sempre nell’ipotesi in discussione di licenziamento “di ampia consistenza” per motivi economici), la Legge del 2 agosto 1989 prevede una particolare procedura, formulata sul modello delle disposizioni stabilite in tema di licenziamento per causa reale e seria ed adottata anche nell’ipotesi di licenziamenti “di ridotta consistenza” per motivi economici (descritta nel paragrafo 3.4.): tutti i singoli lavoratori che devono essere licenziati sono convocati per un colloquio col datore di lavoro.

Attraverso questa singolare procedura, in assenza di rappresentanze sindacali aziendali, i lavoratori non sono completamente lasciati senza alcuna forma di protezione, come si verificherebbe nell’ipotesi in cui la procedura per l’effettuazione del licenziamento fosse esclusivamente imperniata attorno all’intervento delle rappresentanze sindacali aziendali. Il diritto ad essere sentiti dal datore di lavoro costituisce infatti una garanzia minimale per i lavoratori interessati dal provvedimento datoriale: durante il colloquio — nel corso del quale il lavoratore può beneficiare dell’assistenza di un collega di lavoro o, in taluni casi circoscritti, di un esperto estraneo all’impresa (14) — al lavoratore deve essere concessa la possibilità di beneficiare di un contratto di conversione, nel caso in cui abbia almeno due anni di anzianità e non superi i cinquantasei anni e due mesi di età.

Inoltre, e sempre in assenza di una forma di rappresentanza sindacale aziendale, il piano di

note

(12) Per una analisi delle spiegazioni di questa situazione presente nel sistema di relazioni industriali francese si veda Despax M., Rojot J., in Blanpain (a cura di), *Industrial Relations and Labor Law in France*, cit.

(13) Sul punto si veda Rojot J., *General Report, OECD, Expert’s Conference on Labour Market Flexibility and Work Organization*, Paris, 17-19 settembre 1990, OECD pubblicazioni (atti in corso di pubblicazione).

(14) Su questo complesso argomento si veda Ray J. E., *Une fausse bonne idée, “le conseiller du salarié*, in *Droit Social*, n. 6, giugno 1991.

licenziamento deve essere notificato direttamente all'autorità amministrativa competente (la Direzione Dipartimentale per l'occupazione) alla fine dell'incontro con tutti i lavoratori. Il piano di licenziamento notificato deve contenere alcune rilevanti informazioni; in particolare deve necessariamente includere:

- il nome e l'indirizzo del datore di lavoro;
- la natura dell'attività d'impresa e le dimensioni dell'organizzazione aziendale o dello stabilimento (con indicazione del numero di lavoratori occupati);
- il numero previsto di lavoratori da licenziare;
- i tipi di lavori interessati dal provvedimento datoriale, nonché i criteri adottati per la selezione dei lavoratori da licenziare, in riferimento ad ogni tipo di mansioni e qualifica;
- il numero complessivo dei lavoratori occupati nell'impresa, sia in forma permanente che in forma occasionale;
- i provvedimenti che l'imprenditore si propone di adottare in modo da limitare il numero dei licenziamenti e da facilitare l'eventuale riassunzione di quelli che vengono licenziati.

Inoltre, nell'ipotesi in cui l'imprenditore occupi un numero maggiore di cinquanta lavoratori (15), l'articolo L. 321-4-1 del Codice del lavoro dispone espressamente che il datore di lavoro deve predisporre una proposta addizionale di piano di sostegno sociale. Ai sensi dell'articolo L. 321-4-1 del Codice del lavoro, il piano di sostegno sociale si articola attorno a diversi comportamenti che l'imprenditore deve adempiere in modo da evitare il ricorso al licenziamento o, quantomeno, in modo da limitare il numero dei lavoratori interessati dal provvedimento di licenziamento, ovvero in modo da favorire la riassunzione di quei lavoratori il cui licenziamento è stato inevitabile. Sotto quest'ultimo profilo particolare considerazione deve essere prestata a quei lavoratori la cui specifica capacità professionale o la cui età avanzata rende il loro reinserimento nel mercato del lavoro particolarmente difficoltoso (16).

In questo caso, non essendoci forme di rappresentanza dei lavoratori, il piano di sostegno sociale ai lavoratori licenziati deve essere notificato alla autorità amministrativa competente ed affisso nel luogo di lavoro, in un zona accessibile ai lavoratori, di modo che possa essere preso in visione da tutti i lavoratori. L'autorità amministrativa in questione (come detto: la Direzione Dipartimentale per l'occupazione) può suggerire, ma non imporre in via obbligatoria o anche semplicemente richiedere che venga presa in considerazione, una modificazione del piano sociale proposto dal datore di lavoro. In questa eventualità, queste ulteriori proposte sono del pari affisse nei luoghi di lavoro unitamente alla risposta dell'imprenditore all'autorità amministrativa.

In seguito alla notifica, l'autorità amministrativa competente beneficia di un lasso di tempo al fine di verificare se le previsioni contenute nel piano di sostegno sociale siano concretamente realizzabili.

Questo arco di tempo varia a seconda delle dimensioni dell'impresa: ventuno giorni, nel caso di un licenziamento di meno di cento lavoratori; ventotto giorni, nel caso di un licenziamento di più di cento ma meno di duecentocinquanta lavoratori; trentacinque giorni, nel caso di un licenziamento che interessi più di duecentocinquanta lavoratori.

Come è ovvio, è solo dopo la scadenza di questo periodo di tempo per il controllo dell'attendibilità del piano di sostegno sociale che il datore di lavoro può dare luogo all'invio delle lettere di licenziamento.

**Licenziamenti
collettivi:
Francia**
Jaques Rojot

note

(15) I contratti collettivi di lavoro, come già detto in precedenza, possono — e generalmente così fanno nella prassi delle relazioni industriali francese — predisporre ulteriori e più significative limitazioni od oneri a carico del datore di lavoro che si accinga ad effettuare un licenziamento per motivi economici. Si deve ora sottolineare che questa possibilità ricorre anche nell'ipotesi in cui non esistano forme di rappresentanza degli interessi dei lavoratori nell'impresa ovvero nell'ipotesi in cui il numero dei dipendenti stabilmente od occasionalmente occupati nell'impresa non superi complessivamente il numero di cinquanta. Un esempio significativo in questo senso è contenuto nel contratto collettivo nazionale interprofessionale del 1986, esteso con decreto (e formulato sulla falsariga del contratto collettivo nazionale interprofessionale del 1969, sopra menzionato). Questo contratto collettivo stabilisce infatti che, nel caso in cui manchi un piano di sostegno sociale ai lavoratori licenziati, il datore di lavoro debba valutare attentamente la possibilità di fare uso degli strumenti di agevolazione delle forme di prepensionamento dei lavoratori, rese possibili dalle convenzioni che egli può stipulare col Fondo Nazionale per l'Occupazione. Infatti, il lavoratore che abbia superato i cinquant'anni e due mesi (o, talvolta, semplicemente i cinquant'anni) può beneficiare del sistema di indennità di prepensionamento fino al raggiungimento dell'età pensionabile e del conseguente diritto alla pensione e sempre nel rispetto di certe condizioni: che abbia maturato quantomeno un anno di anzianità nell'impresa e, in totale, abbia devoluto i contributi dovuti al sistema di sicurezza sociale per almeno dieci anni.

(16) Sul punto vedi le considerazioni svolte nella nota precedente in tema di prepensionamento.

**Licenziamenti
collettivi:**
Francia
Jaques Rojot

Tuttavia, ulteriori periodi di sospensione sono previsti generalmente in caso di licenziamento “di ampia consistenza” per motivi economici. La lettera di licenziamento non può essere infatti inviata ai lavoratori prima che dalla data della notificazione all’autorità amministrativa competente siano trascorsi: trenta giorni, nel caso di un licenziamento di meno di cento lavoratori; quarantacinque giorni, nel caso di un licenziamento di meno di cento ma di più di duecentocinquanta lavoratori; trentacinque giorni, nel caso di un licenziamento che interessi più di duecentocinquanta lavoratori.

4.2. Il licenziamento “di ampia consistenza” per motivi economici nelle imprese che occupano più di undici ma meno di quarantanove lavoratori, nel caso in cui esistano dei delegati del personale.

Nell’ipotesi di licenziamento “di ampia consistenza” per motivi economici in imprese che occupino più di undici ma meno di quarantanove lavoratori, nel caso in cui esista un delegato del personale, il datore di lavoro che intende licenziare dieci o più lavoratori nel periodo di tempo di trenta giorni deve procedere alla consultazione del delegato del personale. Come nell’eventualità di licenziamento “di limitata consistenza”, la notificazione da parte del datore di lavoro ai delegati del personale della richiesta di un incontro deve obbligatoriamente contenere la menzione del suo scopo, e cioè la discussione del piano di licenziamento nonché “tutte le informazioni rilevanti”. La stessa elencazione — di carattere indicativo e non limitativo — di cosa costituisca “informazione rilevante” precedentemente analizzata nella discussione dei licenziamenti “di limitata consistenza” si applica anche in questo caso.

La lista include le seguenti informazioni:

- le ragioni economiche, finanziarie e sociali del piano di licenziamento;
- il numero dei lavoratori che si intende licenziare;
- le tipologie di lavoro interessate dal provvedimento di licenziamento, nonché i criteri proposti per la selezione dei singoli lavoratori da licenziare (la cosiddetta “gerarchia” di licenziamento);
- il numero totale dei lavoratori occupati, stabilmente o in via occasionale, dall’imprenditore;
- le modalità e i tempi del licenziamento.

In via addizionale e simultanea, il datore di lavoro deve fornire le informazioni relative alle misure che intende predisporre in modo da limitare il numero dei licenziamenti o in modo da facilitare la loro riassunzione, così come le informazioni necessarie in relazione ai provvedimenti di natura economica che intende adottare.

Anche in questo caso, tutte queste informazioni devono essere comunicate all’autorità amministrativa competente (come detto: la Direzione Dipartimentale per l’occupazione). A differenza di quanto avviene nell’ipotesi in cui esista un comitato d’impresa (e cioè in riferimento ad imprese con cinquanta o più dipendenti), la legge non stabilisce un periodo minimo di tre giorni tra il momento della comunicazione delle informazioni e quello dell’incontro.

Tuttavia, anche in questa ipotesi un periodo di tempo ragionevole è implicitamente necessario.

L’incontro coi delegati del personale ha come obiettivo quello di raccogliere opinioni, pareri, suggerimenti e proposte dai delegati in riferimento al piano di licenziamento predisposto dal datore di lavoro, con particolare riferimento ai criteri di selezione dei lavoratori da licenziare, nell’ipotesi in cui i contratti collettivi di lavoro non si esprimano sul punto, e — presumibilmente (17) — sui programmi di intervento predisposti dal datore di lavoro al fine di limitare le conseguenze del suo provvedimento di licenziamento.

Il giorno successivo all’incontro coi delegati del personale, e nei tempi il più breve possibili, il datore di lavoro deve notificare all’autorità amministrativa competente (la Direzione Dipartimentale per l’occupazione), a mezzo di lettera raccomandata, il piano di licenziamento per motivi economici, possibilmente modificato, in ragione dei suggerimenti ricevuti nell’incontro col delegato del personale. La data della notificazione all’autorità amministrativa segna, da un lato, il momento di inizio del periodo di tempo che deve obbligatoriamente trascorrere prima che il datore di lavoro proceda a rendere effettivi i licenziamenti

(17) Sull’interpretazione del dettato degli articoli L. 321-1 e L. 321-4 vi è una notevole divergenza di opinioni. Sul punto si veda *Liaisons sociales*, n. 10857, 27 dicembre 1990, p. 43.

e, dall'altro lato, il momento dal quale l'autorità amministrativa può procedere a fornire eventuali suggerimenti come sopra già analizzato.

Trascorsi quattordici giorni dal primo incontro, il datore di lavoro è obbligato a dare luogo ad un secondo incontro coi delegati del personale. Gli argomenti trattati in questo incontro successivo e riguardanti ancora una volta le opinioni, i suggerimenti e le proposte dei delegati del personale devono essere trasmessi all'autorità amministrativa competente più volte indicata, unitamente alla lista dei lavoratori selezionati e alle eventuali modificazioni introdotte rispetto alla precedente comunicazione in relazioni ai programmi che il datore di lavoro intende adottare per limitare le conseguenze del suo provvedimento.

Prima che si esaurisca anche questo secondo incontro, il datore di lavoro deve avere proposto a ciascun lavoratore la possibilità di essere parte di un contratto di conversione, alle condizioni e secondo le modalità precedentemente analizzate. Anche in questo caso il lavoratore dispone di ventuno giorni di tempo per decidere se accettare o meno.

Prima di inviare le lettere di licenziamento ai singoli lavoratori, il datore di lavoro deve lasciare trascorrere un periodo di trenta giorni dal momento della notificazione del licenziamento alla Direzione Dipartimentale dell'occupazione. Questo lasso di tempo può essere comunque ridotto o esteso dai contratti collettivi di lavoro. Avvenuta la notificazione, l'autorità amministrativa competente dispone di ventuno giorni di tempo per verificare se le opinioni, le osservazioni e i suggerimenti dei delegati del personale siano stati presi in considerazione dal datore di lavoro. Compito della Direzione Dipartimentale dell'occupazione è anche quello di verificare che gli obblighi imposti al datore di lavoro dalla legge (il contratto di conversione) o da eventuali disposizioni contenute nei contratti collettivi (condizioni di prepensionamento o altro) siano effettivamente rispettati, in modo da limitare le conseguenze del provvedimento di licenziamento: limitare il numero dei lavoratori interessati dal licenziamento e creare le condizioni per una loro possibile riassunzione. Se non si riscontra l'acquiescenza da parte del datore di lavoro nei riguardi della posizione assunta dall'autorità amministrativa, gli vengono notificate le posizioni assunte dalla Direzione Dipartimentale dell'occupazione, a mezzo di lettera raccomandata, con obbligo di fornirne copia ai delegati del personale, unitamente ad una risposta scritta alle osservazioni dell'autorità amministrativa. Il periodo di tempo dei trenta giorni trascorsi i quali è possibile dar luogo ai licenziamenti resta sospeso fino a che questa risposta scritta non venga fornita. Trascorso infine il suddetto periodo di trenta giorni, o dopo che è stata fornita una risposta alle osservazioni dell'autorità amministrativa, il datore di lavoro può comunicare i licenziamenti ai singoli lavoratori, a mezzo di lettera raccomandata con ricevuta di ritorno. La lettera deve contenere le ragioni concrete del licenziamento per motivi economici, fare menzione delle priorità di riassunzione dei lavoratori licenziati, nonché indicare il periodo di tempo che — eventualmente — rimane, trascorso il quale il lavoratore deve decidere se essere parte di un contratto di conversione, con la specificazione che il licenziamento avrà corso solo nell'ipotesi in cui il lavoratore rigetti questa possibilità.

4.3. Il licenziamento "di ampia consistenza" per motivi economici nelle imprese che occupano più di cinquanta lavoratori, nel caso in cui esista una forma di rappresentanza del personale in azienda.

Come nel caso di licenziamento "di limitata consistenza", nell'ipotesi di licenziamento "di ampia consistenza" per motivi economici nelle imprese che occupano più di cinquanta lavoratori, nel caso in cui esista una forma di rappresentanza del personale in azienda, il datore di lavoro deve in primo luogo convocare il comitato d'impresa o, ove non esista, i delegati del personale. Questo è semplicemente il primo di due incontri.

Del pari, la notificazione della richiesta di incontro con le rappresentanze del personale in azienda deve dare conto dei suoi obiettivi e deve contenere "tutte le informazioni rilevanti": la stessa elencazione di carattere indicativo e non limitativo — di cosa costituisca "informazione rilevante" precedentemente analizzata nella discussione dei licenziamenti "di limitata consistenza" si applica anche in questo caso.

Come già detto la lista include le seguenti informazioni:

- le ragioni economiche, finanziarie e sociali del piano di licenziamento;
- il numero dei lavoratori che si intende licenziare;
- le tipologie di lavoro interessate dal provvedimento di licenziamento, nonché i criteri proposti per la selezione dei singoli lavoratori da licenziare (la cosiddetta "gerarchia" di licenziamento);

**Licenziamenti
collettivi:
Francia**
Jaques Rojot

**Licenziamenti
collettivi:**
Francia
Jaques Rojot

— il numero totale dei lavoratori occupati, stabilmente o in via occasionale, dall'imprenditore;

— le modalità e i tempi del licenziamento.

La procedura è identica a quella precedentemente analizzata: in via addizionale e simultanea, il datore di lavoro deve fornire le informazioni relative alle misure che intende predisporre in modo da limitare il numero dei licenziamenti o in modo da facilitare la loro riassunzione, così come le informazioni necessarie in relazione ai provvedimenti di natura economica che intende adottare. Il piano di sostegno sociale al provvedimento deve includere, anche se questa previsione è senza alcun effetto sotto il profilo sanzionatorio in caso di inosservanza, la proposta di un contratto di conversione. In ogni caso, anche se questa proposta non è contenuta nel piano datoriale, l'imprenditore resta pur sempre obbligato a proporre ai lavoratori che saranno licenziati di diventare parte di tale tipo di contratto. Tutte queste informazioni devono poi essere comunicate all'autorità amministrativa competente (come detto: la Direzione Dipartimentale per l'occupazione).

L'incontro tra datore di lavoro e rappresentanze dei lavoratori deve avere luogo almeno tre giorni dopo che sia stata data comunicazione della richiesta di colloquio; nel caso in cui manchi il comitato d'impresa, ma esistano soltanto i delegati del personale, non è invece espressamente previsto il termine di tre giorni. Tuttavia, come si ricorderà, un periodo di tempo ragionevole è comunque richiesto.

Durante l'incontro, il comitato d'impresa fornisce le sue osservazioni sul piano di licenziamento e sul programma di sostegno sociale del provvedimento di recesso. Ai sensi dell'articolo L. 436-6 al. 1 del Codice del lavoro, il comitato d'impresa ha il diritto di farsi assistere da un esperto, la cui consulenza è posta a carico del datore di lavoro. Questa possibilità è aperta anche ai delegati del personale per le imprese in cui manchi, pur essendo legalmente previsto, un comitato d'impresa (come è ovvio, questa possibilità non esiste per le imprese in cui non sia legalmente prevista la possibilità di costituire un comitato d'impresa, e cioè le imprese con più di dieci ma meno di cinquanta dipendenti).

Non esistono altri punti specifici di discussione stabiliti dalla legge: la discussione dei criteri per la scelta del personale da licenziare può tuttavia essere prevista in alcune clausole contenute nei contratti collettivi di lavoro.

Anche in questo caso, il giorno successivo all'incontro, e nei tempi il più breve possibili, il datore di lavoro deve notificare all'autorità amministrativa competente (la Direzione Dipartimentale per l'occupazione), a mezzo di lettera raccomandata, il piano di licenziamento per motivi economici, possibilmente modificato, in ragione dei suggerimenti ricevuti nell'incontro coi rappresentanti dei lavoratori, unitamente alle informazioni relative all'andamento dell'incontro stesso. La data della notificazione all'autorità amministrativa segna, da un lato, il momento di inizio del periodo di tempo che deve obbligatoriamente trascorrere prima che il datore di lavoro proceda a rendere effettivi i licenziamenti e, dall'altro lato, il momento dal quale l'autorità amministrativa può procedere a fornire eventuali suggerimenti come sopra già ampiamente analizzato.

L'articolo L. 321-7 del Codice del lavoro stabilisce che l'autorità amministrativa competente può comunicare all'imprenditore qualsiasi osservazione e proposta in modo da modificare o completare il piano di sostegno sociale predisposto dal datore di lavoro, tenendo nel debito conto la concreta situazione economica dell'impresa. Queste osservazioni e proposte sono comunicate anche al comitato d'impresa o ai delegati del personale. Il datore di lavoro è obbligato a fornire una risposta a questi suggerimenti e non può dare luogo ai licenziamenti sintantoché non ha adempiuto a tale obbligo. Va però ribadito che l'imprenditore è solo obbligato a fornire una risposta, anche completamente negativa: proposte e suggerimenti non sono in alcun modo vincolanti e l'autorizzazione amministrativa al licenziamento per motivi economici non può essere rifiutata.

Trascorsi quattordici giorni dal primo incontro, se il numero dei lavoratori da licenziare è meno di cento, ventuno giorni, se il numero dei lavoratori da licenziare è più di cento ma meno di duecentoquarantanove e ventotto giorni se il loro numero oltrepassa i duecentocinquanta, il datore di lavoro è obbligato a dare luogo ad un secondo incontro colle rappresentanze del personale. Gli argomenti trattati in questo incontro successivo e riguardanti ancora una volta le opinioni, i suggerimenti e le proposte dei rappresentanti del personale devono essere trasmessi all'autorità amministrativa competente più volte indicata, unitamente alla lista dei lavoratori selezionati e alle eventuali modificazioni introdotte rispetto alla precedente comunicazione in relazioni ai programmi che il datore di lavoro intende adottare per limitare le conseguenze del suo provvedimento.

In parallelo a quanto sopra esposto, prima che si esaurisca anche questo secondo incontro, il datore di lavoro deve avere proposto a ciascun lavoratore la possibilità di essere parte di un contratto di conversione, alle condizioni e secondo le modalità precedentemente analizzate. Anche in questo caso il lavoratore dispone di ventuno giorni di tempo per decidere se accettare o meno.

Nel caso in cui il comitato d'impresa abbia deciso di farsi assistere da un esperto, la procedura è più complessa: il primo incontro diventa quello in cui viene presa la decisione di far intervenire un esperto esterno all'impresa, pagato dal datore di lavoro; il secondo incontro diventa di fatto il primo effettivo momento di consultazione del comitato d'impresa per la discussione del piano di licenziamento, una volta che le rappresentanze sindacali abbiano potuto usufruire dei suggerimenti forniti dall'esperto mediante una relazione che deve essere presentata prima che inizi questo incontro. In genere, questo secondo incontro si tiene venti, ventidue giorni dopo il primo. Infine, un terzo incontro diventa obbligatorio, e viene a sostituirsi a quello che nella normale procedura è il secondo, di modo che il datore di lavoro abbia potuto tenere conto delle proposte del comitato d'impresa e delle eventuali osservazioni dell'autorità amministrativa. Quest'ultimo incontro deve essere tenuto trascorsi quattordici giorni dal secondo, nel caso del licenziamento di meno di cento lavoratori, ventuno giorni, se il numero dei lavoratori da licenziare è più di cento ma meno di duecentoquarantanove e ventotto giorni se il loro numero oltrepassa i duecentocinquanta. L'esperto ha il potere di richiedere al datore di lavoro gli stessi documenti contabili dell'impresa che sono certificati e soggetti a pubblicazione per gli azionisti: l'imprenditore è obbligato a darne visione all'esperto, e deve presentare tutti gli elementi di natura economica, finanziaria e sociale necessari per poter valutare i documenti contabili visionati in relazione alla situazione economica dell'impresa.

Sempre nell'ipotesi in cui sia stata richiesta dalle rappresentanze sindacali l'assistenza di un esperto esterno all'impresa, l'autorità amministrativa competente deve esserne informata. Una minuta dell'incontro in cui si è deciso l'intervento dell'esperto deve essere del pari inviata all'autorità amministrativa competente.

Il periodo di tempo durante il quale l'autorità amministrativa può verificare l'attendibilità del piano di sostegno sociale inizia a decorrere il primo giorno dopo il secondo incontro, mentre il periodo di tempo trascorso il quale il datore di lavoro può dare luogo ai licenziamenti inizia a decorrere soltanto quattordici giorni dopo che il datore di lavoro abbia notificato il licenziamento all'autorità amministrativa competente (come detto: la Direzione Dipartimentale dell'occupazione).

Come nei casi precedentemente analizzati, dopo la notifica all'autorità amministrativa, la Direzione Dipartimentale dell'occupazione dispone di un lasso di tempo per verificare se le previsioni disposte nel piano di sostegno sociale siano state concretamente attuate dall'imprenditore. Questo periodo di tempo è di ventuno giorni, se il numero dei lavoratori da licenziare è meno di cento lavoratori, ventotto giorni, se il numero dei lavoratori da licenziare è più di cento ma meno di duecentoquarantanove e trentacinque giorni se il loro numero oltrepassa i duecentocinquanta.

Rispettata l'intera procedura, il licenziamento sarà poi erogato secondo le modalità sopra discusse.

5. Considerazioni conclusive.

L'incredibilmente complessa, articolata e per certi versi macchinosa procedura prevista dall'ordinamento giuridico francese in tema di licenziamenti per motivi economici è il risultato di successivi interventi legislativi, che si sono modellati lungo le direttive tracciate da precedenti contratti collettivi nazionali interprofessionali.

Il quadro fin qui fornito dell'istituto è una semplice sintesi dei tratti caratterizzanti della disciplina, che non da conto di alcune ipotesi specifiche, che pure rivestono interesse teorico e concreto: il caso della inclusione di un rappresentante sindacale tra i lavoratori che si intende licenziare per motivazioni di carattere economico; il caso di licenziamento in caso di bancarotta, i licenziamenti dovuti a ristrutturazione causata da insolvenza dell'imprenditore.

Ad ogni modo, sebbene possa ritenersi che l'abrogazione, avvenuta nel 1986, della normativa che prevedeva la necessaria autorizzazione dell'autorità amministrativa competente in caso di licenziamenti per motivi economici abbia semplificato e reso più agile la procedura per rendere possibile il licenziamento, il meccanismo procedurale attualmente in vigore non

**Licenziamenti
collettivi:
Francia**
Jaques Rojot

**Licenziamenti
collettivi:**
Francia
Jaques Rojot

si presenta nella realtà dei casi molto più snello rispetto a quello previgente. La maggioranza dei complessi problemi legali emergevano in questo caso dopo il licenziamento e solo se e quando veniva contestato, mentre circa l'85% delle autorizzazioni venivano di fatto garantite implicitamente, rendendo il problema dell'autorizzazione una materia di ordinaria amministrazione (18).

I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Gran Bretagna

Alan C. Neal

Sommario

1. Introduzione. **2.** Il quadro legale. *a)* Le consultazioni inerenti i licenziamenti collettivi. *b)* La notifica in presenza di un licenziamento collettivo. *c)* La garanzia del rispetto degli obblighi. *d)* La *Case law* in tema di procedura di licenziamento. **3.** Osservazioni generali.

1. Introduzione.

Le disposizioni legali del Regno Unito che trattano la materia dei licenziamenti collettivi si inseriscono nella struttura normativa creata nel 1965 in tema di protezione dei dipendenti i cui contratti di lavoro terminano per iniziativa del datore di lavoro, determinata da ragioni economiche che interessano l'impresa. Questo sistema — comunemente definito come sistema di protezione delle eccedenze di mano d'opera — è delineato ora nell'articolo 81 *ff* dell'*Employment Protection (Consolidation) Act* del 1978 mentre la c.d. 'procedure di trattamento delle eccedenze', introdotte al fine di dare attuazione, nell'ambito del Regno Unito, alle previsioni contenute nella Direttiva della CEE n. 129/1975, sono rinvenibili nell'articolo 99 *ff* dell'*Employment Protection Act* del 1975 (Freedland, 1976; Bourn, 1983). Un così scarso elenco delle regole concernenti i licenziamenti collettivi nella legislazione del Regno Unito manca completamente di fare giustizia alle questioni emergenti da tali disposizioni o, anche di far giustizia al ruolo che questa procedura gioca su tutta la struttura delle relazioni industriali, nonché all'ordinamento giuridico britannico nel suo complesso. Più precisamente: interpretando queste disposizioni legislative come una semplice appendice alle esistenti protezioni individuali nel caso di eccedenze di manodopera viene meno completamente il riconoscimento della "dimensione collettiva" delle disposizioni introdotte attraverso la Direttiva del 1975, ponendo come conseguenza una differente enfasi sugli scopi di questo insieme di procedure quando sono comparate con quelle indicate nella stessa Direttiva. Mentre le disposizioni europee sono, in larga misura, tracciate per facilitare i canali di informazione, consultazione e partecipazione delle rappresentanze dei lavoratori nell'ipotesi di riduzioni del personale nelle aziende, le disposizioni britanniche seguono una tendenza da tempo stabilita, trattando queste riorganizzazioni industriali o riduzioni del personale come problemi che richiedono misure individuali di protezione dei lavoratori. In realtà, solo dove le procedure collettivamente pattuite o quelle unilateralmente imposte o le transazioni rappresentano lo *status quo ante* delle riduzioni di personale, allora la deroga da tale approccio esclusivamente individualistici potrà essere considerata come una possibilità — come è previsto nell'articolo 107 dell'*Employment Protection Act* o nell'articolo 59 dell'*Employment (Consolidation) Act* del 1978 — sebbene sia stato messo in rilievo che una tale possibilità non sia stata assolutamente utilizzata (BOURN, 1983).

Una conseguenza di questa dicotomia tra l'approccio ai rimedi individuali del legislatore britannico e gli obblighi di consultazione e di informazione previsti dalla Comunità Economica è stata quella di collocare il trattamento delle procedure delle eccedenze di manodo-

Licenziamenti
collettivi:
Gran Bretagna
Alan C. Neal

pera nella terra di nessuno, appunto tra il regime individuale e quello collettivo come si rileva da tutta la normativa del Regno Unito. Così, per esempio, mentre i rimedi previsti per la violazione dei presupposti indicati dall'articolo 99 dell'*Employment Protection Act* del 1975 finiscono per essere sanzionati in presenza un "sindacato riconosciuto", l'attuale rimedio prevede il pagamento di un'indennità in denaro, nella forma del c.d. risarcimento della protezione. Una tale grossolana e, deve essere detto, artificiale linea divisoria tra i problemi inerenti la protezione individuale del dipendente e quelli relativi alle relazioni di lavoro collettive ha la propria origine nell'evidente interesse del legislatore del 1974 (con il ritorno del governo laburista dopo un periodo di agitazione del sistema di relazioni industriali caratterizzato dalla vigenza dell'*Industrial Relations Act* del 1971) di trasportare i problemi delle relazioni di lavoro collettive fuori dalle mani dei giudici (Wedderburn, 1991).

A seguito di ciò, la normativa dell'*Employment Protection Act* del 1975 offre un cospicuo numero di esempi in cui la sovrapposizione tra attività collettive e interessi individuali viene disciplinata da un intervento legislativo finalizzato a eliminare gli elementi collettivi dall'applicazione della legge da parte delle corti o dei tribunali. Così, una simile grossolana struttura può essere vista nella possibilità di licenziare i dipendenti nel corso di uno sciopero o di una serrata. In questo caso, l'articolo 62 dell'*Employment Protection (Consolidation) Act* utilizza il divieto di portare davanti alla giurisdizione dei giudici la tutela di questo diritto, eccetto in quelle strette ipotesi definite come licenziamenti discriminatori che sono state poste in essere dal datore di lavoro nell'ambito del conflitto industriale. Il riconoscimento di questa scomoda situazione che il trattamento delle eccedenze di personale occupa nel diritto del lavoro del Regno Unito, consente di capire il perché la gestione di queste procedure non sia stata attribuita, nei casi di riduzione del personale, ai canali di comunicazione ed influenza dei "sindacati riconosciuti" britannici, così come permette di spiegare la natura limitata dei rimedi nel caso di violazione di queste normative.

La conseguenza di tutti questi problemi è, che, mentre il Regno Unito non ha trascurato di esaminare certi aspetti dell'estensione della direttiva del 1975, come proposto dalla Commissione (1991/1992), un numero di argomenti specifici rimane ancora da esaminare, fra cui soprattutto la questione relativa ai diritti dalle rappresentanze sindacali. Tutto ciò è di particolare interesse alla luce dell'azione della Commissione che ha citato davanti la Corte di Giustizia Europea il Regno Unito per la violazione delle obbligazioni assunte in forza della stessa Direttiva del 1975.

2. Il quadro legale.

Le obbligazioni previste dalla parte IV dell'*Employment Protection Act* del 1975 sono di due tipi: a) il dovere di consultazione posto a carico del datore di lavoro in caso di *redundancies* b) il dovere di notificazione concernente i licenziamenti collettivi.

a) *Le consultazioni inerenti i licenziamenti collettivi*

(i) i tipi di consultazione previsti.

La prima puntualizzazione da fare è che la parte IV dell'*Employment Protection Act* del 1975 introduce degli obblighi di consultazione più ampi, per il rispetto delle procedure di *redundancies* regolate dall'articolo 99, di quelle richieste dagli artt. 1 e 2 della Direttiva del 1975. In particolare il dovere di consultazione previsto dalla normativa britannica si riferisce al licenziamento di qualsiasi lavoratore (indipendentemente dal numero totale di lavoratori coinvolti) appartenente ad un settore nel rispetto del quale un sindacato indipendente è riconosciuto dall'imprenditore, tutto ciò in contrasto con l'art. 1 (1) (a) della Direttiva del 1975 che indica ciò che è appena stato descritto come delle restrizioni quantitative (Freedland, 1976).

Così, mentre la Direttiva richiede tale consultazione solo quando hanno luogo dei licenziamenti collettivi, l'articolo 99 dell'*Employment Protection Act* richiede che la consultazione venga attivata anche se un solo lavoratore è considerato eccedente, a condizione che il lavoratore appartenga ad un settore per il rispetto della quale è riconosciuto un sindacato indipendente.

(ii) La definizione di *redundancy*.

Licenziamenti
collettivi:
Gran Bretagna
Alan C. Neal

Dall'altro lato è necessario essere consapevoli che il concetto di *redundancy*, contenuto nell'articolo 126 della Legge del 1975 è ben più limitato della definizione di licenziamento collettivo accolta dalla Direttiva all'art. 1 (1) (a) che parla di "ogni licenziamento effettuato da un imprenditore per una o più ragioni non inerenti la persona del lavoratore".

Tutto ciò contrasta in modo stridente con la definizione britannica di *redundancy* contenuta nella legge, che prevede che "...i riferimenti alla *redundancy* o alla condizione del singolo lavoratore eccedente sottintendono le seguenti fattispecie:

a) il fatto che l'imprenditore ha cessato, o intende cessare, la propria attività per la quale il lavoratore è in servizio o è stato assunto dallo stesso, o ha soppresso, o intendere sopprimere, quel posto di lavoro per il quale il lavoratore è in servizio o è stato assunto, o
b) il fatto che le esigenze dell'impresa rendano necessario appaltare ad altri lavoratori del lavoro di un tipo particolare, o di appaltare un particolare tipo di lavorazione per la quale il lavoratore è in servizio o è stato assunto, in ragione della cessazione o della diminuzione o dell'aspettativa della cessione o della diminuzione".

(iii) Categorie escluse.

Sia la Direttiva sia la normativa del Regno Unito prevedono una serie di esclusioni per certe categorie di lavoratori rispetto alle ipotesi rispettivamente coperte dalla definizione di licenziamenti collettivi o di *redundancy*. Così, l'art. 1 (2) della Direttiva prevede che la stessa non si applichi a quattro categorie di lavoratori, mentre la normativa britannica non si applicherà ai lavoratori che non soddisfano la definizione legale di lavoratore subordinato (EPA 1975, art. 126 (1), che ha incorporato la definizione contenuta nell'articolo 30 del *Trade Union and Labour Relations Act* del 1974), sebbene le categorie considerate dalla Legge del 1975 siano molto più ampie di quelle che normalmente sarebbero titolari della normale indennità di licenziamento (che richiede un periodo di anzianità continuativa di servizio, così come un minimo di ore lavorate per settimana).

(iv) Gli standards britannici e comunitari comparati con la Convenzione OIL n. 158.

È forse meritevole menzionare, a questo punto, la normativa relativa alla cessazione del rapporto di lavoro prevista dalla Convenzione dell'OIL n. 158, adottata nel 1982, concernente la cessazione del rapporto di lavoro su iniziativa del datore di lavoro. Questa Convenzione OIL non è stata ratificata dal Regno Unito, ma è degno di nota il fatto che la proposta originaria avanzata dalla Commissione del Consiglio degli Stati membri per emendare la Direttiva 75/129 per l'avvicinamento delle singole leggi nazionali alla normativa sui licenziamenti collettivi (Commissione del 1991), presentava nel preambolo dei riferimenti alla Convenzione OIL n. 158. Nella Convenzione OIL, una distinzione è operata dall'art. 4 tra due categorie: la prima riguarda i motivi della risoluzione del rapporto di lavoro "connessi con la capacità o il comportamento del lavoratore" e la seconda riguarda la cessazione del rapporto di lavoro "basata sulla necessità del funzionamento dell'azienda dello stabilimento o del servizio". L'art. 13 prevede altresì la cessazione del rapporto di lavoro "per ragioni economiche, tecnologiche, strutturali o per motivazioni connesse con le precedenti". L'art. 5 della Convenzione individua quelle ragioni che non possono costituire un valido motivo di cessazione del rapporto, e queste sono da mettere in relazione alla previsione dell'art. 2 (1) che indica il campo di applicazione riferendosi a tutte le branche delle attività economiche e a tutti i lavoratori subordinati, limitate soltanto alle categorie indicate nell'art. 2 (2).

Quindi, una valutazione complessiva tra la Convenzione OIL, la Direttiva comunitaria del 1975 e la normativa britannica indica che sostanzialmente le previsioni del Regno Unito introducono più ampie circostanze di quanto previsto dalla Direttiva Comunitaria, nel momento in cui riconosce la divisione tra ragioni inerenti la persona e ragioni organizzative dell'impresa contenuta negli atti internazionali.

Licenziamenti
collettivi:
Gran Bretagna
Alan C. Neal

(v) I requisiti britannici necessari affinché un sindacato venga “riconosciuto”.

Mentre tali differenze tra gli ambiti di protezione previsti per il trattamento delle eccedenze di personale possono tranquillamente essere inclusi nella previsione “a scelta degli Stati Membri” o, piuttosto, venire argomentate in forza del ragionamento basato sulla nozione di ‘sussidiarietà’, la spiegazione dei diversi obbiettivi è meno facilmente suscettibile di essere provata con successo. Ci si riferisce cioè alla limitazione, prevista dalla legislazione britannica, dei diritti di consultazione ai soli sindacati indipendenti riconosciuti dal datore di lavoro (EPA, 1975, s. 129 (1)).

Questo metodo di conferire ai soli sindacati riconosciuti diversi diritti di consultazione, informazione e di partecipazione è conforme con le altre misure prese dal governo del Regno Unito al fine di attuare le Direttive Comunitarie inerenti alla dimensione sociale. Così, la stessa limitazione è presente relativamente alla attuazione della direttiva del 1977 sui trasferimenti di azienda, ed è meritevole di nota il fatto che questo progetto di *Regulations*, adottato prima che il Parlamento avesse attuato la Direttiva Comunitaria sulla salute e la sicurezza dei lavoratori sul posto di lavoro (Cee 1989 a), includa una simile limitazione ai ‘sindacati riconosciuti’.

La formula adottata dal legislatore britannico tende ad attuare la nozione di “rappresentanti dei lavoratori previsti dal diritto o dalla pratica in vigore negli Stati Membri”, così come è posta, ad esempio, nell’art. 1 (1) (b) della Direttiva del 1975 in materia di licenziamenti collettivi alla luce del particolare sistema sindacale inglese.

I seguenti punti meritano di essere osservati.

In primo luogo, al tempo dell’emanazione della Direttiva del 1975, esisteva un meccanismo legale che prevedeva il riconoscimento obbligatorio di un sindacato a seguito di un processo investigativo e di una raccomandazione intrapresa dall’ACAS (EPA, 1975, ss. 11-16, richiamato dal s. 19 dell’*Employment Act* del 1980). Conseguentemente, il potere dell’imprenditore britannico di non riconoscere un sindacato, privandolo così di diversi diritti — quei diritti inerenti *inter alia*, la divulgazione delle informazioni ricevute dal datore di lavoro sulle intenzioni della contrattazione collettiva (EPA 1975, ss. 17-21); *ii*) le consultazioni nel caso di trasferimento di azienda (SI 1981/1794); e i diritti di limitare l’orario di lavoro (EPCA 1978, ss. 27-28), era mitigato dalla esistenza di una norma di procedura obbligatoria di riconoscimento. Comunque, in una delle prime misure introdotte dopo la salita al potere nel 1979 del primo governo conservatore guidato dal Mrs. Thatcher, questa previsione legale fu eliminata (SI 1979/959), così che, da quel momento, la decisione del se un sindacato possa ottenere o meno lo status di sindacato riconosciuto e rimesso alla libera scelta di ogni datore di lavoro. In altre parole, la struttura legislativa, nel Regno Unito, non offre alcun supporto per il riconoscimento di un sindacato, così che tale riconoscimento può essere ottenuto in forza delle relazioni socio-politico-economiche e il bilanciamento dei poteri tra il sindacato ed il singolo datore di lavoro. Infatti questa posizione è talmente ristretta che, ogni tentativo anche indiretto, di conferire il riconoscimento ad un sindacato di fronte al singolo datore di lavoro che non intende procedere al riconoscimento è stato rigettato dalle Corti e dai Tribunali (v. per esempio il caso *Cleveland County Council v. Springett and others* (1985) I.R.L.R. 131 E.A.T. Così, come è stato indicato altrove, “in vigenza dell’attuale struttura legislativa britannica del lavoro, solo i sindacati riconosciuti fruiscono dei diritti legali, ma solo la volontà del datore di lavoro può fornire quell’ingrediente vitale del riconoscimento. Un imprenditore può rifiutare o ritirare lo status necessario come vuole, con o senza giustificazione, e senza necessità di esercitare alcuna garanzia o ogni altra qualità oggettiva nel prendere questa decisione” (Neal, 1990).

Forse, ben più significativa è la circostanza che sebbene un datore di lavoro può generalmente riconoscere un sindacato per i fini della contrattazione collettiva, di modo che quel sindacato può beneficiare dei diversi diritti legali di cui fruisce in forza dello status di riconoscimento, è possibile per quel datore di lavoro, in ogni momento, disconoscere quel sindacato. Difatti, risulta evidente che negli ultimi anni sta prendendo piede, sebbene in modo non uniforme, un modello di disconoscimento (Evans/Lewis, 1982, FT, 1989).

È significativo notare che, in un contesto più generale, dove il riconoscimento è considerato come necessario in presenza di un trasferimento di aziende, l’art. 9 delle *Transfert of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* del 1981, specificatamente prevede che “ogni accordo in merito al riconoscimento può essere modificato o annullato in conseguenza di ciò”. Tutto ciò fornisce chiaramente un invito al disconoscimento anche

nell'ambito della generale disposizione sullo stimato riconoscimento *ex art. 9 delle Regulations*.

Per queste ragioni, il governo del Regno Unito è generalmente sotto provocazione da parte della Commissione Comunitaria, e appare verosimile che quest'azione si risolverà davanti alla Corte di Giustizia in modo da adeguare le attuali previsioni del Regno Unito alla normativa comunitaria in tema di diritti delle rappresentanze dei lavoratori. Difatti, è talmente sentito questo obiettivo che, quando il Consiglio dei Ministri degli stati Membri ha adottato la recente Direttiva che modifica la Direttiva 129/1975 sui licenziamenti collettivi, nell'incontro del 30 aprile 1992, una proposta del nuovo art. 5 (a) è stata eliminata dal progetto a seguito delle insistenze del governo britannico, pendente la conseguenza di ogni decisione prima che la Corte di giustizia Europea in relazione alla intimazione della Commissione Comunitaria sulla base dell'attuazione britannica dei diritti dei rappresentanti dei lavoratori.

**Licenziamenti
collettivi:
Gran Bretagna**
Alan C. Neal

b) *La notifica in presenza di un licenziamento collettivo*

Il secondo aspetto dell'obbligo imposto dalla legge in presenza di una procedura di licenziamento collettivo emerge dall'articolo 100 dell'*Employment Protection Act* del 1975, che pone un dovere, a carico del datore di lavoro che intende progettare un licenziamento collettivo ricadente nella previsione legale, di notificare preventivamente all'autorità pubblica le sue intenzioni.

Questo obbligo previsto dalla sezione III sorge *a)* 90 giorni prima che il primo licenziamento abbia effetto, nel caso in cui ci siano 1090 o più lavoratori in ogni stabilimento, siano da licenziare nel periodo di 90 giorni o meno e *b)* per un periodo di 430 giorni se il numero dei lavoratori da licenziare è almeno pari a 10, 30 giorni prima che il primo licenziamento venga effettuato. I licenziamenti collettivi che coinvolgono meno di 10 lavoratori, a norma dell'articolo 100, non prevedono l'obbligo di notifica — sebbene, come già indicato più sopra, tali progetti di licenziamenti potrebbero imporre il provvedimento di consultazione dei sindacati. La notifica effettuata per iscritto; nell'ipotesi in cui riguardi dei lavoratori appartenenti a dei settori per i quali un sindacato è riconosciuto da un datore di lavoro, allora copia della notifica deve essere consegnata ai rappresentanti del sindacato riconosciuto. È altresì previsto nell'articolo 100 (5) che, in ogni momento, dopo aver ricevuto la notifica da parte del datore, il segretario di Stato possa notificare per iscritto al datore di lavoro la richiesta di dargli qualsiasi ulteriore informazione, così come specificato nella richiesta stessa.

c) *La garanzia del rispetto degli obblighi.*

Per il rispetto dei doveri di consultazione, il metodo di garanzia, come è già stato descritto, è legato alla terra di nessuno tra il diritto del lavoro individuale e collettivo.

(i) Il sistema sanzionatorio per l'obbligo previsto dal s. 99.

Così, il primo passo previsto, da parte di un sindacato, nel caso di una dichiarata violazione o di un inadempimento da parte del datore di lavoro che proceda ad un licenziamento collettivo disciplinato dalla parte IV dell'*Employment Protection Act*, è quello di ricorrere ad un *industrial tribunal*. Questo ricorso è previsto dall'articolo 101 (1), e, se ha successo, risulterà in una dichiarazione di accertamento contro il datore di lavoro (s. 101 (3)) che potrà anche portare ad una sentenza di condanna al risarcimento dei danni contro il datore di lavoro.

Il risarcimento è indicato nell'articolo 101 (4) come una "remunerazione per un periodo protetto", e questo periodo protetto è definito in riferimento al massimo di 90 giorni entro i quali 100 o più licenziamenti collettivi sono previsti in vigore dell'articolo 99 (3) (a) o 30 giorni nel caso in cui siano preventivati 10 o più licenziamenti, secondo quanto è previsto dell'articolo 99 (3) (b). In tutti gli altri casi, la massima condanna è fissata in 28 giorni, la durata della sentenza di condanna, in ogni caso particolare, è, per gli *industrial tribunals*, da determinare in forza del s. 101 (5), e sarà tanto lunga quanto gli *industrial tribunals* riterranno giusta ed equa in base a tutte le situazioni inerenti la gravità della colpa del datore di lavoro, a norma dell'articolo 99. Nel caso *Spiller-French (Holdings) v. USDAW*, 1979, IRLR 339,

**Licenziamenti
collettivi:
Gran Bretagna**
Alan C. Neal

la corte d'appello del lavoro ha focalizzato la propria attenzione su tre elementi di fondamentale importanza per determinare la durata del periodo protetto: cioè, il periodo di consultazione fino a quel momento intercorso; 2) la natura della colpa del datore di lavoro 3) ciò che è equo e giusto in analoghe circostanze.

Una volta che la sentenza di condanna è stata emessa a norma dell'articolo 101, il raggiungimento dalla richiesta diventa un titolo di ogni lavoratore di quel settore al quale la sentenza si riferisce », in forza dell'articolo 102, che getta le basi dell'entità del risarcimento che deve essere pagato dal datore di lavoro ad ogni lavoratore che ne ha diritto (generalmente, una settimana di pagamento per ogni settimana del periodo protetto). Tale risarcimento è sottoposto a diventare effettivo a seguito della definizione di ogni pagamento attualmente erogato in forza del contratto di lavoro di un lavoratore o a titolo di danno per la divisione di un tale contratto nel rispetto di ogni periodo che intenerisce al periodo protetto, (EPA 1975, art. 102 (3)). Una volta che un lavoratore diventa titolare di un titolo di risarcimento, egli ha diritto, in forza dell'articolo 103 della Legge 1975, di agire in giudizio per il mancato pagamento di questo risarcimento. Un limitato periodo di tempo (normalmente tre mesi) è previsto in relazione alla presentazione di una tale domanda. Il risultato di questo ricorso, se positivo, diventerà un ordine per il datore di lavoro di pagare al ricorrente l'ammontare del risarcimento che il tribunale avrà ritenuto essere dovuto.

(ii) Il sistema sanzionatorio dell'obbligo previsto dal s. 100.

Valutando il sistema sanzionatorio in merito al requisito, previsto dall'articolo 100, di notifica all'autorità pubblica in presenza di licenziamento collettivo, si vede che è reso effettivo dall'articolo 105 dell'*Employment Protection Act* del 1975, che prevede che qualora il datore di lavoro eviti di darne notizia secondo quanto è previsto dall'articolo 100, potrà essere condannato, in base alle sommarie informazioni assunte dalla magistratura, al pagamento di un'ammenda. Un tale procedimento penale può essere iniziato solo dal (o con il consenso del) Segretario di Stato o in forza dell'autorità delegata dal Segretario di Stato. Deve altresì essere notato che l'*Employment Protection Act* del 1975 specificamente stabilisce nell'articolo 99 (9) che nessun diritto diverso da quelli indicati negli articoli 103-105 della Legge è attribuito ai sindacati o ai lavoratori in forza dell'articolo 99.

(iii) Le difese del datore di lavoro.

A titolo di difesa del ricorso introdotto contro il datore di lavoro da un sindacato a norma dell'articolo 101, il datore di lavoro può assumere come argomento il fatto che esistono "delle circostanze speciali" che rendono non ragionevolmente praticabile per il datore di lavoro conformarsi a tutti i requisiti indicati dalle sottosezioni (3), (5) o (7)", o che il datore di lavoro ha percorso tutti i passaggi necessari per conformarsi con ciò che è richiesto per quanto fosse praticabile in quelle circostanze verso il conformarsi a quanto legalmente richiesto.

Relativamente all'obbligo ex articolo 100 di notificare il progetto di licenziamento collettivo al Segretario di Stato, esiste altresì una possibilità di difesa a causa delle speciali circostanze che rendono non ragionevolmente praticabile il conformarsi, e, ancora una volta, è necessario per il datore di lavoro, nelle sue difese, dimostrare che egli ha percorso tutti i passaggi per la conformità con quel requisito in quanto erano ragionevolmente praticabili in quelle circostanze" (EPA, 1975, art. 100 (6)).

Per riassumere gli effetti delle sanzioni indicate da queste disposizioni, quindi, si può dire che, in merito al requisito della notifica al Segretario di Stato, la sanzione è una contravvenzione penale, una ammenda, suscettibile di tutela in giudizio mentre relativamente all'obbligo di consultazione, la sanzione è legata all'impulso dell'intricato processo davanti all'*Industrial tribunal* da parte dei sindacati riconosciuti che agiscono a norma dell'articolo 101 per la dichiarazione e la condanna ad un risarcimento del danno. L'esecuzione della condanna al risarcimento del danno è allora nelle mani di qualsiasi lavoratore che ha diritto ai suoi benefici, in forza di un reclamo al tribunale a norma dell'articolo 103 della legge del 1975. Il rimedio per un lavoratore leso è a norma dell'articolo 103 un ordine dell'*industrial tribunal* che il datore di lavoro deve pagare il risarcimento dovuto. Oltre a ciò, non esiste nessuna ulteriore sanzione.

d) *La Case law in tema di procedura di licenziamento.*

**Licenziamenti
collettivi:
Gran Bretagna**
Alan C. Neal

Sebbene la normativa appartenga alla legge del Regno Unito da più di quindici anni, esiste una casistica giurisprudenziale piuttosto limitata.

Primariamente, è da considerare quanto già detto (i) a proposito del problema di che cosa sia il riconoscimento delle intenzioni della Parte IV delle disposizioni dell'*Employment Protection Act*, (ii) quando il datore di lavoro raggiunge la situazione nella quale egli è giudicato come nel momento di proporre i licenziamenti, (iii) qual è la data nella quale la consultazione deve iniziare, (iv) quali sono le speciali circostanze e quali passaggi bisogna percorrere per dimostrare che tutti gli adempimenti ragionevolmente praticabili sono stati percorsi al fine di stabilire una difesa da allegare con i requisiti formali, e (v) come deve essere calcolato in risarcimento del danno in riferimento agli standards previsti dall'articolo 101 (5) e alle disposizioni dall'articolo 102 (3) (IDS, 1991).

(i) Riconoscimento.

Esaminando queste ipotesi singolarmente, la questione del riconoscimento è stata trattata in numero di casi giurisprudenziali, culminati nella decisione della Corte di Appello *N.U.G.-S.A.T. v. Albury Bros Ltd (1978) IRLR 504*, nella quale il *Master of Rolls* stabilì che “*sebbene una questione di riconoscimento è molto importante per l'industria, malgrado ciò un datore di lavoro non è tenuto a procedere al riconoscimento di un sindacato a meno che l'evidenza non sia lampante. A volte c'è un accordo attuale sul riconoscimento. A volte esiste un implicito accordo per il riconoscimento. Ma in ogni caso ci deve essere qualcosa di sufficientemente chiaro e distinto nel comportamento o altrimenti qualcosa per cui si possa dire, 'essi si sono reciprocamente riconosciuti, il sindacato ed il datore di lavoro, per gli obiettivi della contrattazione collettiva'*”.

Comunque, il modo nel quale, in pratica, nelle intenzioni della Parte IV della legge del 1975, il concetto di riconoscimento può essere stabilito rimane un esercizio confusamente definito, che non può essere riassunto più precisamente se non in questi termini:

“*È ora chiaro che un esplicito accordo più di 'un ammiccamento' è necessario per dimostrare che cosa significhi il riconoscimento in questo ambito, sebbene, in assenza di qualsiasi accordo espresso, è incerto quanto sia necessaria un azione del datore di lavoro al fine di stabilire un atto di riconoscimento. Il test generale, in accordo con la Corte di Appello, è quello di chiedersi se c'è una chiara ed inequivocabile evidenza di tali azioni implicanti il riconoscimento — con un particolare bisogno di dimostrare una decisione mentale positiva del datore di lavoro*” (Neal, 1979).

(ii) L'intenzione di procedere ai licenziamenti.

Relativamente alla questione di quando il datore di lavoro è considerato come colui che ha raggiunto una situazione nella quale ha intenzione di procedere ai licenziamenti, il caso giurisprudenziale *Association of Pattern-makers and Allied Craftsmen v. Kirvin Ltd (1978) IRLR 318*, considera l'aspetto secondo il quale un datore di lavoro non può dire di avere intenzione di procedere ai licenziamenti in quanto eccedenti fino a quando egli non “*ha sviluppato l'aspetto di quanti lavoratori devono essere licenziati, quando tutto ciò avrà luogo e come sarà predisposto. Tutto ciò va oltre la mera previsione di un possibile evento*”. È stato suggerito (Bourn, 1983) che “*ciò che è richiesto è che il datore di lavoro addivenga ad una decisione sufficientemente chiara circa l'incombente licenziamento per motivi economici poiché egli è in una posizione tale da essere in grado di provvedere a fornire le informazioni di confronto a lui richieste dall'articolo 99 (5)*”.

(iii) L'inizio delle consultazioni.

Le consultazioni devono essere iniziate, conformemente a quanto previsto dall'articolo 99 (5) della Legge del 1975, alla prima opportunità, e, per gli obiettivi delle dette consultazioni, il datore di lavoro deve divulgare per iscritto le informazioni indicate nell'articolo 99 (5). I casi giudiziari in questo ambito concernono le relazioni durante i periodi di consultazione

**Licenziamenti
collettivi:
Gran Bretagna**
Alan C. Neal

previsti dalla Parte IV della Legge e i requisiti relativi alla notizia della estinzione dei contratti di lavoro subordinato (previsto, *inter alia*, dall'articolo 49 dell'*Employment Protection (Consolidation) Act* del 1978). È meritevole di nota il fatto che, nel momento in cui questi problemi sono presi in considerazione, la corte ha stabilito che i requisiti previsti dall'*Employment protection Act* del 1975 in tema di trattamento dei licenziamenti formano un codice sé, in forza del quale i licenziamenti non possono produrre i propri effetti fino a che non sia trascorso il periodo dovuto per le consultazioni (*GMWU (MATSA) v. British Uralite (No. 2) (1979)* IRLR 413 (decisione di un *industrial tribunal*). Oltre a ciò, il tribunale d'appello del lavoro, in *NUT v. Avon Country Council (1978)* IRLR 55, ha stabilito che "l'inizio delle consultazioni deve precedere la comunicazione della cessazione del rapporto", e che, anche se il datore di lavoro emette la comunicazione del licenziamento immediatamente dopo aver notificato ai sindacati riconosciuti i motivi del progetto "potrebbe essere il caso che si annullerà tutto ciò in quanto non c'è stata alcuna significativa consultazione da parte del datore di lavoro così come previsto dall'articolo 99".

La situazione è stata riassunta (Bourn, 1983) in questi termini: "il datore di lavoro deve in ogni caso iniziare le consultazioni alla prima possibilità, ma tutto ciò non può operare prima che egli abbia le idee sufficientemente definite tanto che potrebbe essere detto che l'intenzione di licenziare potrebbe non riguardare alcun lavoratore. Una volta che il datore di lavoro è giunto a questa decisione, egli deve procedere ad istituire le necessarie consultazioni alla prima occasione, anche se egli ha intenzione di licenziare meno di 10 dipendenti e il periodo minimo di consultazione non è ancora trascorso".

(iv) Speciali circostanze.

In merito alle difese sulle speciali circostanze la relazione di May L. J. nel caso giurisprudenziale davanti alla Corte di Appello *Clarks of Hove Ldt*, ha chiarito che deve essere dimostrato qualcosa di veramente speciale al fine di stabilire la non responsabilità. In merito allo stato di insolvenza anche pendente, May L.J. ha fatto la seguente osservazione in relazione alla Parte IV dell'Act del 1975:

"L'insolvenza è, nella sua essenza, né qui né là. Potrebbe essere una speciale circostanza, potrebbe non essere una speciale circostanza. Dipende completamente dalle cause dell'insolvenza affinché le circostanze possano essere descritte come speciali o meno. Se, per esempio, un improvviso disastro colpisce una società, rende necessaria la chiusura dell'azienda, allora chiaramente tutto ciò può essere una questione che è in grado di essere considerata una circostanza speciale; e tutto ciò anche se la calamità è fisica o finanziaria. Se l'insolvenza, comunque, era semplice dovuta ad un graduale indebolimento della società, com'è in questo caso, allora queste situazioni sulle quali il Tribunale può concludere che queste circostanze non possono essere considerate speciali. In altre parole, per essere speciale il fatto deve essere qualcosa di straordinario, qualcosa di fuori dal comune; e ciò significa il termine 'speciale' nel contesto di questo Act".

Fino alla decisione del caso *Clarks of Hove*, un numero di decisioni degli Industrial Tribunal e dei tribunali d'appello del lavoro avevano considerato l'applicazione di queste indicazioni, ed è stato suggerito (Bourn, 1983) che "i combinati effetti di (queste decisioni) hanno sostanzialmente ampliato la definizione delle speciali circostanze sottoposte nel caso *Clarks of Hove*".

(v) Il calcolo dell'indennità risarcitoria.

Per quanto concerne il calcolo dell'indennità risarcitoria, indicata nella Parte IV dell'*Employment Protection Act* del 1975 e trattata in casi giurisprudenziali quali *Spillers-French* e *Uralite*, il problema essenziale è quello di determinare se i benefici dell'indennità risarcitoria devono essere intesi come una punizione per il datore di lavoro o come una compensazione per il dipendente, e, se, intesa in quest'ultima accezione, allora se tutto ciò è per la loro perdita finanziaria o in conseguenza dell'omissione del datore di lavoro di consultare i sindacati (Bourn, 1983).

La posizione normalmente potrebbe apparire come stabilito dal Tribunale di Appello del lavoro nel caso *Spillers-French*, la conseguenza dell'effetto che "il problema di cui siamo stati investiti non riguarda la perdita finanziaria anche potenziale, della retribuzione durante

il periodo rilevante per il singolo dipendente. È da considerare la perdita dei giorni di consultazione che sono trascorsi”.

Licenziamenti
collettivi:
Gran Bretagna
Alan C. Neal

3. Osservazioni generali.

Alcune brevi osservazioni possono essere fatte nel rispetto delle disposizioni britanniche che toccano la materia dei licenziamenti collettivi intesa come una riduzione effettiva della forza lavoro nell'impresa.

Il primo punto che merita attenzione è che, sebbene il governo del Regno Unito non abbia ratificato la convenzione OIL n. 158 inerente la cessazione del rapporto di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro, è stata, nondimeno, data sostanziale attuazione ai contenuti della direttiva europea 75/129. Anche se ci possono essere indiscutibilmente delle imperfezioni in relazione alla definizione di 'redundancy' nella disciplina legale del Regno come centratura precisa degli obiettivi della cessazione del contratto affrontati dalla Direttiva comunitaria, e nonostante la continua disputa sul come adeguare attraverso l'attuazione dei diritti delle rappresentanze dei lavoratori per mezzo dei sindacati riconosciuti, la struttura introdotta dalla Parte IV dell'Employment Protection Act del 1975 prevede reali procedure collegate ad effettive sanzioni, entrambe nel rispetto dell'obbligo di consultazione in forza dell'articolo 99 e l'obbligo di farne notifica alla autorità pubblica.

Deve essere notato che i requisiti previsti sono trattati nell'ambito del Regno Unito come accoppiati ai diritti individuali di protezione dell'impiego in presenza di una 'redundancy', così come è definito dell'articolo 81 (2) dell'Employment Protection (Consolidation) Act del 1978. Tutto ciò contrasta con uno degli obiettivi indicati dalla Direttiva del 1975 — e reiterato dal Proposta della Commissione Economica Europea inerente la revisione di questa Direttiva (Commissione 1991 — per la quale tali procedure dovrebbero diventare parte integrante dello sviluppo dei diritti di informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori, in linea con le aspirazioni della Carta Fondamentale Comunitaria dei Diritti sociali dei lavoratori del 1989 e della collegata Commissione Programmatica di azione).

La dimensione collettiva nelle disposizioni sulla procedura di erogazione del licenziamento non è stato considerato uno degli obiettivi primari del legislatore britannico, così come chiaramente testimoniato dalle relazioni del governo del Regno Unito alle provocazioni fatte dalla Commissione Comunitaria sulla limitazione dei diritti di informazione ai soli sindacati riconosciuti e, anche più chiaramente, sul disagevole modo nel quale le sanzioni a norma dell'articolo 99 inerenti l'obbligo di consultazione percorrono la propria strada attraverso la valvola del collettivo, a titolo di indennità risarcitoria, e eventualmente in base a un titolo individuale rilasciato dall'*industrial tribunal* a favore dei lavoratori beneficiari. Sul fronte più generale, c'è da chiedersi se le procedure introdotte nel Regno Unito a titolo di attuazione della Direttiva Comunitaria del 1975 attualmente servano ad aumentare la protezione per i lavoratori di fronte alle decisioni impredittoriali. La risposta deve essere "No", fino a che l'obiettivo delle disposizioni legali è quello di stabilire le procedure per raggiungere una regolamentazione nel senso usato da Allan Flanders (Flanders, 1968); ancor più sensibilmente ridotti in forza della ritenzione da parte dell'organizzazione del personale dell'esercizio del diritto in via definitiva di dare attuazione alla decisione inerente i licenziamenti, nonostante ogni consultazione o rappresentanza fatta dai o sui lavoratori. Attualmente, non esiste nulla nella legislazione del Regno Unito che sia in grado di limitare la possibilità per il datore di lavoro di dare attuazione alla sua decisione di procedere ad un licenziamento collettivo, e anche le sanzioni per la violazione delle procedure del licenziamento non violano questa residua prerogativa del datore di lavoro.

È interessante notare che la proposta originale avanzata dalla Commissione Comunitaria per emendare la Direttiva 75/129 includeva una proposta di procedura giudiziale per annullare i licenziamenti collettivi effettuati non in conformità con gli obblighi sopra menzionati. Questa ambizione prevista nel Preambolo della Proposta, trovava le sue esplicazioni nel nuovo articolo 5a. Comunque, come è stato puntualizzato più sopra, il testo eventuale del concordato emendamento della Direttiva, deciso dal Consiglio dei Ministri degli Stati Membri nell'aprile 1992, escludeva questo articolo a seguito delle insistenze del governo del Regno Unito.

In termini di adeguatezza delle ulteriori informazioni delle quali le rappresentanze dei lavoratori diventano titolari, l'articolo 99 (5), indica una lista di comunicazioni che devono essere presentate per iscritto. Questi obblighi rispecchiano quasi esattamente i requisiti previsti dalla Direttiva Comunitaria del 1975. Comunque, è meritevole di attenzione il testo

**Licenziamenti
collettivi:
Gran Bretagna**
Alan C. Neal

del proposto articolo 2 (3) dell'emendamento avanzato dalla Commissione Comunitaria, che vorrebbe aggiungere due informazioni alle attuali disposizioni britanniche: "*il metodo di calcolo dell'indennità risarcitoria a seguito del licenziamento*" — che non dovrebbe porre dei problemi nell'ambito britannico — e il più controverso, "*collegamento con quanto disposto in tema di misure sociali, inter alia, di accompagnamento volte a favorire la riclassificazione, la riconversione e la reintegrazione sociale e professionale dei lavoratori considerati eccedenti*". Una tale inclusione propositiva che equivarrebbe ad un mini Piano Sociale nell'ambito degli obblighi posti a carico del datore di lavoro, incontrerebbe sicuramente dall'inizio l'ostilità della Confederazione degli Industriali Britannici e i similari interessi delle rappresentanze dei datori di lavoro.

Dall'altro lato, esiste nel Regno Unito, come da qualsiasi altra parte, un riconoscimento dei problemi reali inerenti i dipendenti delle imprese in cui il controllo reale delle decisioni risiede al di fuori del campo delle operazioni (e, *a fortiori*, fuori dal territorio della Comunità Economica Europea). In conseguenza di ciò, esiste una minore controversia intorno alle osservazioni delle proposte della Commissione di estendere i doveri di provvedere all'informazione e di osservare i requisiti di consultazione e di notificazione anche alle aziende controllate o alle amministrazioni centrali di una società alla quale il datore di lavoro appartiene. Il nuovo emendamento della Direttiva cerca di raggiungere ciò emendando l'articolo 2 della Direttiva 129/75, con l'effetto che "*nell'esame delle pretese violazioni degli obblighi di informazione, consultazione e comunicazione stabiliti dalla presente direttiva, non si terrà conto delle giustificazioni fondate sul fatto che l'impresa che ha adottato la decisione determinante il licenziamento collettivo non ha trasmesso le informazioni necessarie*" (art. 2 (4.2)). Questa previsione è presente nell'ambito dell'art. 2 (4.1) gli obblighi di cui all'articolo 2 "*sussistono indipendentemente dal fatto che la decisione riguardante i licenziamenti collettivi sia adottata dal datore di lavoro o da un'impresa che lo controlli*". Questa estensione delle procedure del licenziamento collettivo è uno sviluppo che sarà considerato da tutti i sindacati del Regno Unito come una ritardata e necessaria misura protettiva.

In conclusione deve essere notato che, in un sistema come quello del Regno Unito dove i licenziamenti di regola non richiedono alcuna autorizzazione amministrativa, diventa il caso, che uno dei primari obiettivi della disposizione della notificazione prevista dall'articolo 100 della Direttiva del 1975 è quello di prevedere una statistica sul numero dei licenziamenti confermati attuati a titolo di licenziamenti collettivi inerenti 10 o più dipendenti. Questa statistica sarà pubblicata mensilmente sulla Gazzetta dell'Impiego dalla quale le più recenti cifre suggeriscono che la protratta recessione economica riguardante il Regno Unito sta riflettendo la crescente tendenza di notificare i licenziamenti collettivi.

Così, nel 1988, si sono verificati 107.930 licenziamenti confermati in tutto il Regno Unito in forza dell'obbligo di notificazione previsto dall'articolo 100. Nel 1989 questa situazione è salita a 116.766 e la situazione del 1990 suggerisce un incremento a 158.388 licenziamenti confermati. Le cifre per la prima parte del 1991 stanno correndo oltre i 1200 licenziamenti notificati in Regno Unito e i prevede che queste cifre dovranno essere riviste al rialzo (DE, 1992).

Queste cifre sono state considerate nell'ambito dell'aumento della disoccupazione nel Regno Unito oltre i 2.5 milioni nel novembre 1991, e un ulteriore peggioramento nella prospettiva dell'occupazione potrà crescere di un 9,5% di disoccupati alla fine del primo quarto del 1992.

Chiaramente, ci sarà bisogno di ben più di una revisione legislativa delle procedure dei licenziamenti per produrre un impatto effettivo su questo fondamentale aspetto di tutte le statistiche socio-economiche.

Bibliografia

Bourn C. (1983), *Redundancy-Law and Pracrice*, Butterworths, London.

Commission (1989), *Comunicazioni della Commissione inerente la sua azione programmatica concernente l'attuazione della Carta Sociale dei fondamentali diritti sociali dei lavoratori*, COM, 568.

Commissione (1991), *Proposta del Consiglio Direttivo*

per la modifica della Direttiva 75/129 per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in tema di licenziamenti collettivi, COM, 292.

Commissione, (1992), *Proposte di modifica del Consiglio dei Ministri degli Stati Membri della Direttiva 129/75*, COM, 127.

Department of Employment (1992), *Employment Gazette*, January 1992.

Evans S. & Lewis R. (1982), *Anti-Union Discrimination: Practice, Law and Policy*, Industrial Law Journal 16.

Flanders A. (1968), *Collective bargaining: a theoretical analysis*, British Journal of Industrial Relations, 1.

Freedland M.R. (1976), *Employment Protection: Redundancy Procedures and the EEC*, ILY, 24.

IDS (1992), *Redundancy*, IDS Employment Law Handbook.

Neal A., *Trade Union recognition for the purpose of consultative requirements of Part IV of the Employment Protection Act 1975*, ILY, 37.

Neal A. (1990), *The European Framework Directive on the Health and Safety of Workers: Challenges for the United Kingdom?*, IJLLL, 80.

SI 1979/958, *Employment Protection (Handling of Redundancies) Variation Order 1979*.

SI 1981/1794, *Transfer of Undertakings Regulations 1981*, S.I. 1981 N; 1794.

Waddern Lord (1991), *Employment Rights in Britain and Europe: Selected Papers in Labour Law*, London, 1991.

**Licenziamenti
collettivi:
Gran Bretagna**
Alan C. Neal

Bibliografia

I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Spagna

Elias Gonzales Posada

Sommario

1. Premessa. **2.** I contenuti della direttiva CEE 75/129. **3.** Il licenziamento collettivo nell'ordinamento spagnolo: garanzie procedurali e sostanziali. **4.** Effettività della gestione collettiva dei licenziamenti collettivi in Spagna: alcuni dati statistici. **5.** Verifica del grado di adattamento della legislazione spagnola alle regole comunitarie. **6.** Conclusioni.

1. Premessa.

La pluralità dei fenomeni ricompresi nelle fattispecie di riduzione del personale, trova il minimo comune denominatore nella figura della crisi dell'impresa, la quale è connotata dalle seguenti caratteristiche fondamentali; o l'oggettiva incompatibilità fra mantenimento dei livelli occupazionali complessivi e sopravvivenza dell'impresa: o la impossibilità oggettiva di continuare l'attività di produzione di beni o servizi con criteri di razionalità imprenditoriale. Sulla base di questi presupposti la crisi dell'impresa altro non è che un accadimento naturale nella logica della concorrenza sul mercato, configurandosi come meccanismo tipico della dinamica variabilità dei rapporti di produzione capitalistici.

Insieme al dato esclusivamente descrittivo della crisi dell'impresa, va tenuta presente l'effettiva realtà vitale degli interessi dei lavoratori colpiti dalla perdita del lavoro e conseguentemente delle posizioni giuridiche riconnesse al rapporto, nel cui ambito trova legittimazione l'intervento dei rappresentanti dei lavoratori portatori di un interesse tanto alla conoscenza dei presupposti di fatto della crisi, quanto alla partecipazione alla valutazione delle alternative idonee a evitare o limitare le conseguenze negative in capo alla forza lavoro. A questa evidente e semplice ragione può considerarsi che obbediscano la direttiva del 17 febbraio 1975 sui licenziamenti collettivi e la Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro del 22 giugno 1982, dedicata nella parte terza alla cessazione del rapporto di lavoro per motivi economici, tecnologici, strutturali o simili.

Data la rilevanza, che il citato concetto di crisi d'azienda ha rivestito e rivestirà nei Paesi comunitari in conseguenza del carattere ciclico dell'economia, ma anche per ragioni di instabilità del mercato in questo periodo di fine secolo, il perfezionamento di meccanismi che garantiscano un equilibrio degli interessi in conflitto, tramite la ricerca del consenso, costituisce uno dei punti di riferimento capaci di impedire il tramutarsi della crisi in conflitto aperto.

Da questo punto di vista la procedimentalizzazione della gestione del licenziamento collettivo, garantendo una partecipazione equilibrata da parte di impresa e rappresentanti dei lavoratori, diventa il punto centrale della questione: tanto è vero che la Carta comunitaria dei diritti sociali nel fare riferimento al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro esprime la necessità di sviluppare le procedure in occasione dei licenziamenti

**Licenziamenti
collettivi: Spagna**
Elias Gonzales Posada

collettivi. Con l'aggiunta da parte del Programma di azione della Commissione, della necessità di completare la Direttiva 75/129 con l'inclusione, nel suo campo di applicazione, dei casi in cui il licenziamento sia programmato da un centro decisionale o da un'impresa situata in altro Stato membro, sia il caso di ristrutturazioni aziendali che colpiscono in più paesi, dando luogo così alle necessarie informazioni e consultazioni.

Posta in questi termini la questione, sembra naturale cercare di capire dove si situa il baricentro del fenomeno del licenziamento collettivo nella dottrina comunitaria che necessariamente influirà nella pratica legislativa e contrattuale degli stati membri.

2. I contenuti della direttiva CEE 75/129.

La direttiva 75/129 può essere considerata espressione di una tecnica di armonizzazione limitata, di contenuto minimo, che ha come oggetto la posizione di obblighi preventivi di informazione e di consultazione. Da questo punto di vista, la delimitazione dell'ambito di applicazione, la funzione espressamente attribuita ai rappresentanti dei lavoratori e la funzione implicitamente demandata allo stato, costituiscono il nucleo essenziale della disposizione comunitaria.

Per quel che attiene alla prima delle questioni segnalate, l'applicabilità della normativa si realizza, come noto, quando si ha un certo numero di recessi esercitati per volontà imprenditoriale in un determinato ambito temporale, secondo la dimensione dell'impresa (ad eccezione dei licenziamenti effettuati da una amministrazione pubblica, del personale marittimo e dei lavoratori licenziati a causa di un provvedimento giudiziario). Ne consegue che le variabili spazio-temporali determinano la nozione di licenziamento collettivo nella direttiva, dovendosi altresì aggiungere che nel contesto dello strumento comunitario, il licenziamento collettivo non si fonda su una contemporanea esistenza di una pluralità di cause soggettive (licenziamento plurimo), ma invece in una pluralità di recessi che obbedendo a una causa comune, coinvolgono l'interesse collettivo di cui le rappresentanze sindacali sono portatrici. In via di sintesi, si può dire che la sommatoria di risoluzioni del contratto decise dall'impresa in un determinato lasso di tempo, nell'ambito di una certa dimensione di impresa e in presenza di una causa oggettiva, integra la nozione di licenziamento collettivo nella direttiva comunitaria.

Questa affermazione consente di individuare fondamenti e funzione del testo comunitario, concretandosi la sua operatività al di fuori della causa che origina la decisione dell'impresa e nel semplice fatto della riduzione delle eccedenze di manodopera, e coinvolgendo nei limiti indicati le rappresentanze dei lavoratori al fine di evitare o limitare le ricadute del licenziamento collettivo sui dipendenti. Ne discende che le parti contrapposte imprenditore-lavoratori entrano in relazione, nella vicenda, per il tramite di un procedimento di consultazione.

La formulazione utilizzata dall'articolo 2 della direttiva 75/129 è polivalente, nella misura in cui il riferimento all'obbligo, da parte dell'imprenditore, di consultazione delle rappresentanze dei lavoratori al fine di raggiungere un accordo, va inteso nel contesto della norma comunitaria, sia come possibilità di raggiungere un accordo sulle modalità di gestione dei licenziamenti, sia come possibilità di aprire un periodo di trattativa con reciproche offerte, di modo che si configura così un obbligo a trattare, (figura questa che non richiede necessariamente il raggiungimento di un accordo, quanto invece la necessità di promuovere incontri sulla base di informazioni dettagliate che consentano la razionale convergenza dei contrapposti interessi).

Riguardo alla funzione implicitamente demandata alla parte pubblica, la Direttiva prevede semplicemente un procedimento di notificazione dell'intenzione di licenziare, a cura dell'imprenditore, all'autorità amministrativa. È interessante sottolineare come il progetto di riduzione del personale non potrà comunque attuarsi prima dei 30 giorni successivi alla suddetta notificazione, indicazione questa che ci permette di interpretare la funzione mediatrice attribuita dalla Direttiva alla parte pubblica, poichè si indica che questa, nei termini temporali sopra citati, dovrà esperire una autonoma ricerca di soluzioni ai problemi indotti dai licenziamenti collettivi.

Così poste le questioni più rilevanti della Direttiva del 1975, al fine di comprendere la funzione essenziale della stessa e che sinteticamente si riassumono nella promozione di informazioni e consultazioni fra le parti coinvolte, oltre che nel rilevante ruolo della Pubblica Amministrazione, bisogna ora segnalare il carattere "minimo" della disciplina comunitaria, sulla quale si inseriscono le disposizioni nazionali che garantiscono interessi e

posizioni dei lavoratori nel periodo in cui si svolge il procedimento, al cui termine si dà luogo ai licenziamenti collettivi.

**Licenziamenti
collettivi: Spagna**
Elias Gonzales Posada

3. Il licenziamento collettivo nell'ordinamento spagnolo: garanzie procedurali e sostanziali.

Per quanto attiene all'ordinamento giuridico spagnolo, va precisato dapprima che la figura del licenziamento si configura come atto di risoluzione del contratto di lavoro attribuibile alla volontà imprenditoriale, i cui presupposti risiedono nel grave inadempimento colpevole da parte del lavoratore.

La dimensione esclusivamente individuale della nozione tecnica del licenziamento connota diversamente gli atti di recesso realizzati dall'imprenditore nei confronti della totalità o parte dell'insieme dei lavoratori, per una causa comune ai licenziati e non attribuibile al comportamento o alle condizioni personali dei medesimi lavoratori. In questo ultimo caso e quando l'impresa come organizzazione produttiva a carattere collettivo richiede una riduzione di personale o se ne prefigura addirittura la cessazione, si deve parlare senz'altro di recesso collettivo dai rapporti di lavoro. A quanto detto va aggiunto che a differenza della Direttiva, il diritto spagnolo riconosce il carattere collettivo del recesso per quelle decisioni d'impresa adottate in un unico atto riferito ad un'unica organizzazione e motivato per la stessa ragione, laddove la direttiva invece rende possibile includere nel suo ambito di applicazione la somma dei recessi adottati da parte dell'imprenditore nei periodi indicati nell'articolo 1 della stessa direttiva e non attribuibili alla persona del lavoratore.

Ma quanto detto sopra non impedisce di utilizzare l'espressione 'licenziamento collettivo' per ogni recesso così qualificato ai sensi della Direttiva 75/129, ma risulta necessario, allora, verificare l'inquadramento in questa nozione di una serie di figure che si differenziano nell'ordinamento spagnolo così come risultante dallo Statuto dei Lavoratori e dal decreto del 14 aprile 1980.

A questo fine si possono individuare i seguenti presupposti: A) forza maggiore; B) morte, pensionamento e incapacità dell'imprenditore; C) cause fondate su circostanze economiche e innovazioni tecnologiche.

Il regime giuridico applicabile a ciascuno dei casi sopra elencato è il seguente.

A) Per il caso di forza maggiore, i fatti che determinano la possibilità di estinguere i rapporti di lavoro devono essere conseguenza di un evento imprevedibile e inevitabile che impedisca la continuità dell'impresa e di conseguenza impedisca il mantenimento del contratto di lavoro in maniera definitiva. L'elemento dell'involontarietà o comunque della mancanza di responsabilità imprenditoriale, si configura come dato rilevante per la possibilità di licenziamento collettivo che esige tuttavia in ogni caso l'instaurazione di un procedimento amministrativo avanti la competente autorità, ma solo al fine di verificare la reale esistenza della forza maggiore, e riconoscendo un'indennità di 20 giorni di salario per ogni anno di anzianità, fino a un massimo di 12 mensilità, somme che potranno essere ridotte o totalmente escluse dall'autorità amministrativa. In ogni caso il recesso avrà effetto estintivo del rapporto, a partire dalla data dell'evento qualificato come forza maggiore.

B) In caso di morte, pensionamento, incapacità dell'imprenditore (tutti presupposti che riguardano imprese di ridotte dimensioni) si dà sempre l'estinzione collettiva dei contratti, a meno che non si produca successione nell'impresa, nel qual caso è prevista la sostituzione soggettiva nei rapporti di lavoro dell'imprenditore subentrante.

Più specificamente, per quanto si riferisce alla morte dell'imprenditore, la questione fondamentale si pone quando l'erede non voglia continuare l'impresa. Di fronte a questa situazione, la giurisprudenza ha riconosciuto la facoltà di procedere all'estinzione dei contratti di lavoro senza l'obbligo di instaurare una procedura amministrativa in via di autorizzazione, salva la semplice comunicazione della decisione ai lavoratori senza necessità di indennizzo.

Quanto al pensionamento dell'imprenditore, che ricade nel regime speciale della sicurezza sociale dei lavoratori autonomi, egli può cessare la sua attività, potendo così estinguere i contratti di lavoro senza dare luogo ad indennizzo e senza necessità di richieste di autorizzazione all'autorità amministrativa.

Da ultimo, e rispetto al presupposto dell'incapacità dell'imprenditore, la legge non precisa se la sua nozione sia la stessa disciplinata dal codice civile, o se si riferisca ai casi contemplati nella legislazione sulla sicurezza sociale. La giurisprudenza considera che la situazione di incapacità è un fatto da valutarsi in ogni caso concreto, senza che risulti necessaria una precedente specificazione legale e potendosi dare luogo a un libero apprezzamento dell'ef-

**Licenziamenti
collettivi: Spagna**
Elias Gonzales Posada

fettiva situazione di incapacità, riconducibile all'oggettiva impossibilità dell'esercizio delle funzioni imprenditoriali: questo fatto rende possibile il recesso collettivo dai rapporti senza indennizzo e senza autorizzazione amministrativa, essendo richiesta solamente la semplice comunicazione ai lavoratori. In margine a quanto detto in questi tre casi, i Tribunali del Lavoro riconoscono nei casi di estinzione del contratto di lavoro un indennizzo economico valutato in un mese di salario.

C) Senza dubbio il nucleo centrale dell'estinzione collettiva dei rapporti di lavoro si colloca nel presupposto della crisi d'impresa, o come si esprimono gli articoli 49.9 e 51 dello Statuto dei Lavoratori, la cessazione dell'impresa, o di una sua parte, derivante da cause economiche o tecnologiche.

Il tipico carattere dei motivi tecnologici si determina fundamentalmente nella necessaria trasformazione dell'organizzazione produttiva, tale da esigere una riduzione dei livelli occupazionali nell'impresa.

Le cause economiche invece determinano cessazione o riduzione dell'attività produttiva con conseguente taglio dell'occupazione. La ragione ultima della motivazione si deve rintracciare nell'irrazionalità della prosecuzione di un'attività inficiata da perdite economiche, o come conseguenza di una prevista riduzione o annullamento della redditività dell'impresa. Come con ampiezza ha stabilito la risoluzione generale della Direzione nazionale del lavoro del 3 ottobre 1986, l'estinzione dei contratti trova piena giustificazione quando l'organigramma dell'azienda risulta sovradimensionato, tanto nei profili attuali, quanto alla luce di future previsioni, quando si distacca dalle dimensioni medie delle aziende europee del settore risultanti da studi comparati, risultando così il sovradimensionamento un ostacolo alla competitività dell'impresa.

In presenza delle condizioni di legittimità per l'estinzione dei rapporti di lavoro, il regime giuridico vigente richiede per la produzione degli effetti dell'estinzione un'autorizzazione amministrativa previo espletamento di una procedura, che ove sia possibile conduca a un accordo con le rappresentanze sindacali. Al fine della rigorosa attuazione del procedimento si richiede l'adempimento delle seguenti fasi:

1) richiesta di autorizzazione tramite avvio della procedura avanti l'autorità competente, che può essere iniziata a richiesta dell'imprenditore o dei rappresentanti sindacali, una volta che si sia svolta fra le parti una consultazione della durata massima di trenta giorni, nei quali l'imprenditore deve permettere l'acquisizione di informazioni e documenti che giustifichino le sue intenzioni.

2) Nel caso di raggiunto accordo impresa/lavoratori, questo dovrà essere comunicato all'autorità che nel giro di quindici giorni ribadirà l'estinzione dei rapporti secondo i termini stabiliti nell'accordo stesso, ai fini della valutazione di legittimità sotto il profilo del dolo, della frode, o dell'abuso di diritto, che se sussistenti determinerebbero il rinvio all'autorità giudiziaria per la dichiarazione di nullità.

3) Se viceversa l'accordo non è stato raggiunto, l'imprenditore solleciterà il nulla osta all'estinzione dei rapporti di lavoro all'autorità pubblica, completando la richiesta con un rendiconto giurato sullo stato economico dell'impresa, ove la stessa occupi più di cinquanta lavoratori e se la giustificazione dei licenziamenti obbedisca a motivi economici; allo stesso modo l'imprenditore dovrà indicare quali sono i lavoratori coinvolti dal licenziamento, le loro retribuzioni e la loro eventuale condizione di rappresentanti sindacali; ancora, dovrà essere fornita documentazione relativa alle motivazioni economiche o tecnologiche addotte a sostegno dei licenziamenti; nonchè il bilancio e il rendiconto di perdite e guadagni negli ultimi tre anni, la dichiarazione del reddito d'impresa e informazioni relative agli aspetti finanziari, produttivi, commerciali e organizzativi dell'impresa; informazioni al comitato di impresa o ai delegati del personale, e informazioni all'ufficio competente per l'erogazione dei sussidi di disoccupazione.

Tutta questa documentazione sarà ridotta al minimo necessario quando la vicenda tocchi imprese con meno di cinquanta dipendenti o imprese che intendano licenziare una percentuale non superiore al cinque per cento dei lavoratori in organico.

4) Ricevuta la richiesta l'autorità solleciterà l'invio di informazioni all'Ispettorato del lavoro, e nel termine di trenta giorni, o di quindici se l'impresa occupi meno di cinquanta lavoratori, risolverà i rapporti con efficacia immediata, ancorchè vi sia ricorso pendente contro la decisione.

5) I lavoratori licenziati avranno diritto a un indennizzo di venti giorni di salario per ogni anno di anzianità, nel limite massimo di dodici mensilità; nelle imprese con meno di

venticinque lavoratori, vi sarà l'intervento del Fondo di Garanzia Salariale, che coprirà il quaranta per cento dell'indennizzo.

A questo punto risulta chiaramente come l'ordinamento detti precise regole di garanzia soprattutto quando non sia intercorso accordo fra imprenditore e lavoratori in ordine al licenziamento, poichè in questo caso l'apprezzamento dell'oggettiva sussistenza delle cause giustificatrici del recesso rimane affidata alla parte pubblica.

Da sempre esiste un'opposizione imprenditoriale, di cui è portavoce la Confederacion Española de Organizaciones Empresariales, al regime giuridico apprestato dallo Statuto dei Lavoratori in materia di licenziamenti collettivi, con l'aperta critica, in specie, al regime di autorizzazione amministrativa obbligatoria. L'episodio di più dura opposizione si è verificato a seguito della firma dell'accordo economico sociale fra Governo, imprese e Union General de Trabajadores il cui articolo 17 stabiliva che "il Governo manifesta la volontà di adattare e armonizzare la legge interna, in materia di lavoro, all'ordinamento comunitario, di cui è parte la direttiva del 17 febbraio 1975, oltre che alle norme fondamentali degli altri paesi CEE nella materia". Questa norma suscitò un vivace dibattito consistente nella questione dell'effettivo adattamento della disciplina statutaria alla Direttiva comunitaria. Aldilà dei contrapposti argomenti utilizzati, la cosa certa fu l'atteggiamento del Governo, che considerò perfettamente congrua la legislazione spagnola in considerazione del fatto che l'ipotesi del controllo amministrativo dei presupposti del licenziamento collettivo costituiva una garanzia aggiuntiva rispetto al dettato comunitario e la sua legittimità era certificata dal suo stesso porsi in termini di contenuto minimo. Superato questo incidente interpretativo la normativa spagnola non fu comunque modificata e mantiene il suo vigore fino ad oggi.

**Licenziamenti
collettivi: Spagna**
Elias Gonzales Posada

4. Effettività della gestione collettiva dei licenziamenti collettivi in Spagna: alcuni dati statistici.

Per quanto si riferisce agli aspetti pratici del funzionamento della normativa vigente in materia di licenziamenti collettivi, l'aspetto più significativo risiede nel fatto che approssimativamente l'ottantacinque per cento dei casi in cui le imprese decidono di aprire la procedura di consultazione al fine di procedere alla riduzione del personale attraverso licenziamenti collettivi, trova un riscontro positivo in accordi con le rappresentanze sindacali dei lavoratori. Il motivo di questa elevata percentuale di transazioni, in mancanza di studi specifici, a mio avviso va ricercata tanto negli indennizzi offerti ai lavoratori espulsi dal processo produttivo, i quali indennizzi si attestano intorno alla misura massima stabilita dalla legge (avvicinandosi ai 45 giorni di salario per ogni anno di anzianità stabiliti per il licenziamento ingiustificato); nell'offerta di pensionamenti anticipati; quanto negli strumenti di tutela della disoccupazione per questi stessi lavoratori. Quanto a quel rimanente quindici per cento di casi in cui non vi è accordo, l'autorizzazione da parte della pubblica amministrazione viene concessa nell'ottanta per cento circa dei casi.

La chiarezza di queste cifre evidenzia il carattere di gestione consensuale dei fenomeni di riduzione del personale di lavoro per cause di carattere economico e tecnologico, che per il momento non ha permesso di rinverdire la polemica apertasi successivamente alla firma del citato accordo economico sociale del 1984.

5. Verifica del grado di adattamento della legislazione spagnola alle regole comunitarie.

A questo punto vanno verificati, una volta descritta la situazione di adattamento della legislazione spagnola alla direttiva 75/129 sotto il profilo dei casi ricoperti dalla disciplina del licenziamento collettivo, quegli aspetti che potrebbero trovarsi ai margini della disciplina comunitaria. A questo proposito si deve indicare che vi è accordo generale nel considerare la legislazione spagnola perfettamente in linea con la norma comunitaria, poichè travalica le tutele da questa predisposte, come succede nel caso dei dipendenti pubblici, esclusi dal campo di applicazione della direttiva, ma non della legge interna spagnola; lo stesso vale per il personale marittimo e così per il caso di cessazione di attività per decisione giudiziale, giacchè in caso di fallimento non si realizza cessazione dell'impresa, condizione integrabile solo per espressa autorizzazione su istanza dei curatori fallimentari.

Resta la considerazione che la maggiore discrepanza fra legge interna e direttiva si verifica nel caso di licenziamenti collettivi per morte, incapacità e pensionamento dell'imprenditore, in cui come si è già detto non è esigibile alcun tipo di procedimentalizzazione, e quindi non sono richieste nè informazione nè consultazioni nè comunicazioni all'Amministrazione

**Licenziamenti
collettivi: Spagna**
Elias Gonzales Posada

perchè questa eserciti funzioni mediatricie: di modo che sembrerebbe opportuno ricondurre questi casi nelle coordinate generali dei licenziamenti per cause economiche o tecnologiche. Lo stesso dovrebbe dirsi per il caso di cessazione dell'attività produttiva per cause di forza maggiore; infatti se si dà luogo a licenziamento collettivo per questo motivo, la legge spagnola non esige la consultazione con i rappresentanti dei lavoratori, nè deve essere rispettato il termine minimo di trenta giorni perchè i licenziamenti abbiano effetto, anche se qui esiste un controllo in conseguenza dell'intervento amministrativo. Ciononostante si è sostenuta la correttezza dell'esclusione dalla disciplina dei casi di forza maggiore, in considerazione del fatto che qui il licenziamento collettivo equivarrebbe a una risoluzione di cessazione d'attività per decisione giudiziale, che, come noto, non rientra nel campo di applicazione della direttiva 75/129; a ben vedere, la debolezza dell'argomento è evidente poichè va sottolineato come in definitiva l'ipotesi della forza maggiore meglio si riconduce ai casi di licenziamento per cause economiche, e quindi l'imprenditore dovrebbe seguire le stesse procedure, anche se, a onor del vero, non si sono mai fino ad ora sviluppate critiche alla vigente disciplina sullo specifico punto.

In tutti gli altri casi l'adattamento della legge interna alla direttiva appare completo, anche se bisogna puntualizzare alcuni aspetti del procedimento di consultazione con i rappresentanti dei lavoratori, soprattutto nel caso delle imprese con meno di quindici dipendenti o quando la forza lavoro colpita dai licenziamenti non superi il cinque per cento dell'organico aziendale, poichè come si è già detto in tali casi l'informazione da trasmettere ai rappresentanti dei lavoratori sarà quella strettamente necessaria a giudizio dell'autorità competente: si tratta di imprecisioni e genericità che non hanno ragione di esistere nello spirito della Direttiva sui licenziamenti collettivi, in cui viene previsto l'obbligo di trasmettere ai rappresentanti dei lavoratori ogni tipo di informazione utile.

Un'ultima considerazione sulla consultazione cui la Direttiva si riferisce: come noto, la funzione della stessa risiede nell'evitare o ridurre i licenziamenti e attenuare le conseguenze da essi derivanti. Sono aspetti che fanno sì che la consultazione debba essere ricca di contenuti e aperta a diverse soluzioni, in modo tale che si possa addivenire a una soluzione consensuale nell'attuazione dei recessi in grado di attenuare il loro carattere traumatico. Il diritto spagnolo è meno ricco, nei tratti segnalati, riconducendo tutto alla valutazione dei sindacati, sia essa positiva o negativa, delle cause addotte dall'impresa, anche se va riconosciuto che nelle imprese ad alto tasso di sindacalizzazione il contenuto delle consultazioni acquisisce una maggiore ricchezza producendosi la possibilità di raggiungere accordi su programmi di ristrutturazione dell'impresa soggetti a successivi termini di rinegoziazione.

6. Conclusioni.

Come si è potuto apprezzare sulla scorta delle linee fino ad ora descritte, il contenuto della direttiva trova una realizzazione dei suoi effetti per mezzo della regolamentazione contenuta nello Statuto dei Lavoratori, senza che però il carattere tradizionalmente "interventista" della Amministrazione in Spagna giunga a svuotare i contenuti fondamentali della Direttiva, essenzialmente costituiti da informazioni e consultazioni fra impresa e lavoratori, e dalla conoscenza e mediazione nella vicenda da parte dell'Amministrazione Pubblica. Questi che abbiamo definito come caratteri fondamentali della Direttiva sono in realtà gli effetti cui la norma comunitaria tende, e in sintesi sono parte integrante del complessivo progetto comunitario in tema di rapporti di lavoro nel processo di costruzione del Mercato Unico.

Si tratta di un progetto che comunque va inteso, nella sua realizzazione, come circondato dai limiti delle tecniche giuridiche e delle situazioni sociali presenti nei diversi ambiti nazionali, in modo che la coesione venga a realizzarsi come effetto di un'articolazione naturale delle diverse condizioni sociali e non di un'uniformazione forzata e contrastante con la pluralità delle culture giuridiche. Perchè altrimenti se così fosse si genererebbero effetti non desiderati e sostanzialmente contrari al comune modello di relazioni che è fondamento del progetto comunitario.

Albiol Montesinos, I. : *La Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: practica judicial. (I y II)*, AL n. 10 y 11, 1991.

Cruz Villalón, J. : *La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la legislación española*. Noticias C.E.E 1988

Duran Lopez, F. : *Análisis de la regulación jurídica positiva del despido colectivo en España*. *Documentación Laboral*, n. 22, 1987

Lopez Lopez, J. : *La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: la Directiva del 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos*. REDT. n. 27, 1986

Mulas Garcia, A.: *Sobre la directiva C.E.E de 17/2/75, relativa a los despidos colectivos. Notas a una cuestión polémica* *Documentación Laboral*, n. 13, 1984

Ramirez Martinez, J. : *Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: Normas comunitarias y régimen español*. AL n. 33, 1987

Ruiz Castillo, Ma. : *La acomodación del ordenamiento español a las pautas del Derecho Comunitario en materia de despido colectivo*, in *Jornadas Universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales*, Madrid 1987

Sala-Ramirez-Colina.: *Derecho Social Comunitario*, I, Valencia, 1991

Licenziamenti collettivi: Spagna
Elias Gonzales Posada

Bibliografia

I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella recente legge n. 223/1991: la fattispecie

Luciano Spagnuolo Vigorita

Sommario

1. Linee generali e filosofia della legge n. 223/1991. **2.** La sistematica della nuova disciplina delle riduzioni di personale: le fattispecie e gli interessi in gioco in rapporto alla precedente situazione normativa. **3.** La fattispecie dei licenziamenti collettivi *ex art. 24*: il requisito dimensionale. **4.** Il requisito numerico-temporale. **5.** L'elemento causale: conflitto collettivo e sindacato giudiziario sulla riduzione del personale. **6.** I licenziamenti collettivi nelle imprese non rientranti nel campo di applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria.

1. Linee generali e filosofia della legge n. 223/1991.

È inevitabile, per il giurista che si accosti all'interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti collettivi, operare immediatamente il confronto con la precedente situazione normativa. Il confronto offre innanzitutto alcune considerazioni di carattere sistematico, ed altre poi, più tecniche, che trovano nel tema della fattispecie di licenziamento collettivo il nodo teorico fondamentale.

Dal punto di vista sistematico, l'analisi delle disposizioni sui licenziamenti collettivi non può andare scissa da una considerazione di fondo della filosofia complessiva della legge n. 223/1991. Una considerazione che, va detto in premessa, può svolgersi, al momento, solo sulla base delle enunciazioni della legge: si tratta, infatti, di una legge che, come è stato detto, deve essere considerata un semilavorato del quale il significato reale potrà essere apprezzato soltanto alla luce delle effettive prassi applicative (D'Antona, 1992).

La nuova disciplina della cassa integrazione guadagni straordinaria, la disciplina delle procedure e delle liste di mobilità, la disciplina dei licenziamenti collettivi, si combinano con apprezzabile organicità nel definire nuovi equilibri tra esigenze dell'impresa, tutela dell'interesse dei dipendenti alla conservazione del posto di lavoro, gestione regolata ed efficiente del transito delle eccedenze di personale sul mercato del lavoro.

La cassa integrazione recupera, almeno nell'aspirazione della legge, una funzione non più meramente assistenziale nei confronti di lavoratori eccedenti, ma di sostegno alle trasformazioni dell'impresa e alla gestione delle eccedenze *temporanee* di personale (Liso, 1991). Lo strumento di gestione di eccedenze *strutturali* è con netta preferenza il licenziamento collettivo e l'inserimento nella vicenda della mobilità, ora tutta esterna all'impresa, affidata interamente e più propriamente agli organi di governo del mercato del lavoro. A completare il quadro, oltre a vari strumenti di sostegno alla ricerca di soluzioni alternative all'espulsione di mano d'opera, abbiamo un forte sostegno al controllo collettivo sulle scelte dell'impresa, e incentivi allo stesso imprenditore a ricercare e ottenere il consenso sindacale.

Tra le varie opzioni che si sono scontrate nel corso della lunga elaborazione del testo normativo, non è prevalsa quella che proponeva il licenziamento collettivo come *ultima*

**Licenziamenti
collettivi: Italia
La fattispecie**
Luciano Spagnuolo
Vigorita

ratio, e che vedeva nella cassa integrazione e nella mobilità strumenti alternativi (un'alternativa che spesso, in passato, è stata in realtà pura "anticamera" della riduzione di personale).

Nel sistema della legge 223 l'imprenditore rimane invece libero di scegliere lo strumento migliore di riorganizzazione dell'impresa e del lavoro, anche se in un contesto fortemente "proceduralizzato". Da un lato, un ruolo centrale è affidato alla verifica delle scelte nel conflitto collettivo, con l'eventuale ausilio della mediazione amministrativa, dall'altro, l'impresa è incentivata a percorrere strade alternative al licenziamento (che oltretutto comporta costi non indifferenti per la stessa impresa).

Infine, deve sottolinearsi come lo stesso rapporto tra potere dell'imprenditore e contropotere collettivo sia riportato dall'economia complessiva della legge nei binari più naturali di conflitto sulla scelta organizzativa e strategica d'impresa: si tratta di un'osservazione fondata sulla tendenziale parificazione dei trattamenti tra lavoratori in cassa integrazione e lavoratori (licenziati) in mobilità (Alleva, 1991, p. 166). L'omogeneità del regime di tutela del reddito potrà forse sottrarre il confronto tra le parti sociali al tradizionale condizionamento derivante dall'alternativa tra la vecchia cassa straordinaria e la mobilità, come strumenti puramente assistenziali, e un licenziamento non assistito.

2. La sistematica della nuova disciplina delle riduzioni di personale: le fattispecie e gli interessi in gioco in rapporto alla precedente situazione normativa.

Accostandoci più da vicino alla normativa, si deve innanzitutto ricordare che due sono le fattispecie che conducono ad un recesso disciplinato diversamente dal licenziamento individuale: la fattispecie generale di licenziamento collettivo nell'art. 24, ed una più particolare, ai sensi dell'art. 4, 1° comma, di recesso e collocamento in mobilità dei lavoratori. Questa si verifica nel caso in cui, durante l'attuazione di un programma di ristrutturazione, riorganizzazione e conversione, per il quale l'impresa sia stata ammessa all'intervento della cassa integrazione straordinaria, emerga l'impossibilità di garantire il rientro di tutti i lavoratori sospesi.

Le nozioni sono diverse, e non sembrano legate da rapporto di specialità, attenendo a vicende distinte: come si è sottolineato, si tratta di un'eccedenza sin dall'inizio individuata come strutturale, nel primo caso, e soltanto sopravvenuta e (almeno in teoria) non prevista nel secondo. La disciplina è però identica per entrambe e, con sistematica insolita, frutto delle modalità di elaborazione della legge, è dettata per l'ipotesi più particolare, con rinvio ad essa in sede di fattispecie generale.

Sull'ipotesi dell'art. 4 non sembra che si pongano particolari problemi, in quanto la fattispecie trova in qualche modo una propria "predefinizione" e verifica, anche sotto il profilo causale, nella preventiva vicenda di accesso al programma di CIGS. Nella valutazione della legge, quando si giunga ai licenziamenti da una tale vicenda, il controllo collettivo e amministrativo è ritenuto necessario indipendentemente dal numero dei lavoratori da licenziare.

Si può solo notare come, malgrado l'apparente collegamento letterale del 1° comma dell'art. 4, non può ritenersi scontato che i lavoratori da collocare in mobilità siano da scegliere necessariamente tra quelli sospesi in CIGS. Una simile conclusione si porrebbe in contraddizione proprio con l'illustrata differenza di funzioni tra cassa integrazione e mobilità, riportando la prima a quel ruolo di anticamera del licenziamento che la legge ha inteso eliminare.

Inoltre, quella lettura è contraddetta dalla previsione (sia pure debole) del principio della rotazione tra lavoratori sospesi, e soprattutto dalla diversa disciplina e funzione dei criteri di scelta per la cassa e per i licenziamenti.

Anche se, in concreto, si può prevedere che almeno nelle imprese medio grandi la dinamica politico-sindacale spingerà a passare comunque e ancora per la cassa straordinaria, la norma più interessante per l'interprete è sicuramente l'art. 24 sulla fattispecie generale di "riduzione del personale". Anzi, anche sul piano terminologico, e per espressa disposizione del 5° comma dell'art. 24, deve considerarsi questa *l'unica* fattispecie di "licenziamento collettivo", pur accomunata per la disciplina a quella dell'art. 4.

Ciò non significa, come giustamente è stato notato (Montuschi, 1991, p. 432), che i recessi per eccedenze sopravvenienti in corso di cassa integrazione siano attratti nell'area del giustificato motivo oggettivo ex art. 3 della legge del 1966 sui licenziamenti individuali. La questione non solo è astratta e nominalistica, data l'esistenza della specifica disciplina degli

artt. 4 e 5 della legge, ma invita a superare quella sopravvalutazione dell'elemento causale nella distinzione delle fattispecie che ha profondamente segnato l'evoluzione giurisprudenziale sui licenziamenti collettivi.

La legge n. 223, da questo punto di vista, fa giustizia di un dibattito troppo spesso caratterizzato da una superfetazione teorica, che ha finito per far prevalere i concetti e la costruzione dogmatica sulla considerazione degli interessi in gioco (cfr. Garofalo, 1991, p. 46).

Le fattispecie legali, nella nuova normativa, si definiscono innanzitutto per la disciplina, e in essa progressivamente sembrano formarsi: disciplina che, per il rilievo assegnato all'interesse e al conflitto collettivo, e in secondo luogo all'interesse sociale e pubblico, dovrebbe guidare la ricostruzione dogmatica, e gettare una luce illuminante a sua volta sui diversi elementi causali delle diverse fattispecie.

Così, pur tra i tanti problemi interpretativi, e indipendentemente dal grado di maggiore o minore soddisfazione per le soluzioni concrete adottate, è difficile per il giurista sottrarsi ad un senso di sollievo per l'intervento legislativo. Non solo perchè dovuto, in adempimento ad ormai risalenti obblighi comunitari; ma soprattutto perchè si interviene con parole decisive a porre fine all'estenuante contrapposizione delle diverse soluzioni giudiziali, che da più di vent'anni caratterizzano la materia.

Queste affermazioni possono forse essere sospettate di nascondere un senso di rivalsa della dottrina nei confronti della giurisprudenza, per un rapporto che, in argomento, è da sempre caratterizzato dalla continua critica, ancora da sempre in buona parte inascoltata. In realtà sono comprensibili le diverse ragioni (a cominciare dall'ambiguità del precedente quadro normativo e dalla debolezza delle procedure sindacali) che hanno visto un protagonismo giudiziario così accentuato sui licenziamenti collettivi. Non c'è dubbio, tuttavia, che la nuova disciplina fa giustizia di alcune delle contraddizioni più palesi della lunga stagione di regolamentazione giudiziaria delle riduzioni del personale.

Non è questa la sede per ripercorrere ancora una volta il tormentato dibattito sul significato dell'art. 11 della legge 604/1966, e quindi sull'identità e la disciplina dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale (cfr. da ultimi Carinci, 1992; Garofalo, 1991; Magrini, 1991a; Ventura, 1986). Si può ricordare come, nonostante gli sforzi dottrinali per una lettura adeguata di quella norma, la giurisprudenza abbia svolto una vera e propria opera creatrice di regole, fondata, da un lato, sulla cosiddetta concezione "ontologica" del licenziamento collettivo come fattispecie autonoma rispetto al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo; dall'altro, sull'elaborazione di una disciplina per molti versi analoga a quella del licenziamento individuale (v. soprattutto la nota Cass. S.U. n. 1270/1979).

Se il dato letterale dell'art. 11 L. 604 poteva comprensibilmente legittimare un simile ruolo, assieme alla scarsa fiducia dei giudici nella gestione sindacale dei processi di riduzione del personale, sono note le molte contraddizioni e aporie di quella giurisprudenza: si possono ricordare in via esemplificativa l'esclusione dalla fattispecie (almeno sino ad orientamenti più recenti) dei c.d. "licenziamenti tecnologici", dei licenziamenti per cessazione dell'azienda, le incertezze sul regime delle sanzioni e sulla disciplina nelle aree sottratte alla regolamentazione degli accordi interconfederali, la discutibile tecnica della conversione del licenziamento collettivo in licenziamenti individuali plurimi.

La giurisprudenza, come già si accennava, ha finito per trascurare gli interessi sottesi alle vicende collettive, soprattutto con un notevole depotenziamento del ruolo delle procedure sindacali (si pensi a quell'orientamento che ha considerato l'inosservanza delle procedure degli accordi interconfederali causa di conversione in licenziamenti individuali). Spinta, come spesso, da intento garantistico, la giurisprudenza ha finito ancora una volta per restringere l'ambito nel quale opera il controllo sindacale, per sostituirvi un sindacato giudiziario da un lato più debole (perchè vertente non sulle scelte di organizzazione, ma sulla loro rispondenza ai canoni giurisprudenziali: Garofalo, 1991, p. 47); dall'altro distorto, perchè avulso dal contesto aziendale nel quale la trasformazione è decisa, e eventualmente contrattata.

La nuova normativa indubbiamente imprime una svolta alla materia.

Licenziamento collettivo, nell'art. 24, si ha "*nelle imprese che occupino più di quindici dipendenti e che, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intendano effettuare almeno cinque licenziamenti nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio della stessa provincia*".

La norma "giuridifica" l'elemento causale assai ampio dei vecchi accordi interconfederali

**Licenziamenti
collettivi: Italia.
La fattispecie**
Luciano Spagnuolo
Vigorita

**Licenziamenti
collettivi: Italia**
La fattispecie
Luciano Spagnuolo
Vigorita

nell'industria (Montuschi, 1991), mostrando quell'attenzione per le tipizzazioni dell'auto-nomia collettiva che la giurisprudenza non aveva avuto, e ricomprendendo sicuramente anche i licenziamenti tecnologici. A ciò si affianca l'esplicita ricomprensione, al secondo comma, dei licenziamenti per cessazione dell'impresa: deve trattarsi ovviamente di cessazione programmata, per la quale proprio l'affidamento alle procedure collettive potrà eventualmente far emergere soluzioni alternative (Mazziotti, 1992).

Il nucleo della fattispecie, tuttavia, è rappresentato dagli elementi "procedurali": dimensionale, quantitativo e temporale. Ad una prima impressione, sembra abbastanza evidente che la legge, anche in osservanza della Direttiva CEE del 1975, dia tardiva soddisfazione a quella dottrina che, con varie soluzioni o accenti, aveva negato la diversità, sotto il profilo causale, tra licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo e licenziamenti collettivi. La distinzione non è più "ontologica" (Magrini, 1991b), ma risiede negli elementi procedurali: può ben darsi l'ipotesi di più licenziamenti derivanti da "trasformazione o riduzione di attività o di lavoro" che, per non integrare anche uno solo degli elementi procedurali, restano sottratti alla disciplina del licenziamento collettivo. Nello stesso tempo, risulta assai difficile immaginare un insieme di licenziamenti "per motivi *non inerenti* alla persona" che, ricorrendo gli elementi procedurali, non siano ricollegabili ad una trasformazione o riduzione di attività o di lavoro (Pera, 1992; Mazziotti, 1992).

Il fondamento della distinzione tra le vicende di recesso individuale e collettivo sembra evidente. Il confine tra le due fattispecie, che nella nuova normativa è sintetizzato dall'insieme degli elementi procedurali, trova la sua ragione nell'interesse collettivo e sociale implicato nella riduzione del personale, e nell'emersione ad evidenza, rispetto al filtro atomistico dei singoli contratti di lavoro, del conflitto tra imprenditore e insieme dei lavoratori sulle scelte di organizzazione dell'impresa (Garofalo, 1991).

Il tratto differenziale, fondato sulla ponderazione dell'interesse superindividuale, spiega il mutamento di tecnica regolativa, che al controllo di legittimità sul negozio di recesso nel singolo contratto antepone innanzitutto il sostegno al controllo collettivo sulle scelte organizzative imprenditoriali, rafforzato anche in virtù dell'indicazione di misure alternative alla riduzione del personale.

Quali conseguenze ciò possa avere sui limiti del sindacato giudiziale si dirà tra breve. Prima, però, è necessario affrontare alcune specifiche questioni interpretative.

3. La fattispecie dei licenziamenti collettivi *ex art. 24*: il requisito dimensionale.

La scelta legislativa di confinare la fattispecie dei licenziamenti collettivi nelle imprese con più di 15 dipendenti richiama problemi classici e pone questioni nuove.

Riguardo al computo dei dipendenti, sembra si possa richiamare la giurisprudenza maturata in ordine al campo di applicazione delle tutele sui licenziamenti individuali: la soglia va quindi valutata in relazione all'organico stabile dell'azienda nel momento in cui prende avvio la riduzione del personale.

Un problema di coordinamento si pone con l'art. 1 della legge, che definisce il campo di applicazione della cassa integrazione straordinaria con riferimento al limite dei quindici dipendenti, computati però sull'occupazione media dell'ultimo semestre. Va segnalato che per un'estensione analogica di tale disposizione all'art. 24, soprattutto nel caso in cui non sia ricostruibile l'organigramma produttivo, si è pronunciata, oltre a qualche voce in dottrina (Ferraro, 1992; Mazziotti, 1992), la Circolare ministeriale n. 155/91 (*DPL*, 1991, n. 50, p. 3321). Il problema può assumere qualche rilievo soprattutto nel caso in cui l'impresa, nell'ultimo periodo, sia scesa al di sotto della soglia dei quindici dipendenti, ad esempio attraverso una politica di incentivi agli esodi volontari o consensuali: problema da considerare tra breve.

L'analogia con l'art. 1 della legge viene operata anche per affermare la computabilità, per l'applicazione dell'art. 24, dei lavoratori assunti in formazione e lavoro o con contratto di apprendistato (Mazziotti, 1992; Circ. Min. 155/91). In entrambi i casi l'argomento principale a sostegno dell'analogia è l'opportunità di non alterare la sistematica interna della legge, ad evitare che vi siano imprese per le quali l'alternativa del ricorso alla CIG non siano le procedure collettive di recesso ma i licenziamenti individuali, con conseguente sottrazione della scelta al controllo sindacale. In questo caso, tuttavia, ragioni sia logico-interpretative sia sistematiche potrebbero far propendere per la soluzione contraria: le norme che escludono quelle categorie di lavoratori dal computo delle soglie occupazionali, per una finalità di sostegno all'occupazione giovanile, hanno carattere generale (art. 3,

comma 11, L. 863/1984; art. 21, comma 7, L. 56/1987), e non sono quindi estensibili analogicamente le eccezioni che altre norme prevedano a tali regole. L'eccezione dell'art. 1, inoltre, si spiega proprio nella stessa prospettiva della regola generale, evitando che l'assunzione di giovani in formazione o apprendistato sia disincentivata dal fatto di portare l'impresa al di fuori dell'area di beneficio della CIGS.

La fissazione della soglia dimensionale per la disciplina dei contratti collettivi impone ancora due considerazioni. Innanzitutto, deve essere registrato il fatto che la nuova legge estende ulteriormente il campo di applicazione dell'art. 18 L. 300/1970 sulla reintegrazione del lavoratore, in caso di illegittimità o inefficacia del singolo recesso nell'ambito della procedura collettiva. L'art. 24, che è presupposto di applicazione della norma sulle sanzioni (art. 5) fa infatti riferimento ai 16 dipendenti nell'impresa, e non nella singola unità produttiva come avviene nel caso dei licenziamenti individuali.

In secondo luogo, si deve osservare come, nonostante qualche dubbio possa essere sollevato dal 5° comma dell'art. 24, si debba ritenere tutt'ora operante, ovviamente per le imprese industriali contrattualmente obbligate, la regolamentazione procedurale dell'accordo interconfederale negli spazi non coperti dalla nuova disciplina legale (quindi per le imprese da 10 a 15 dipendenti, o quelle anche più grandi che attuino licenziamenti per trasformazione o riduzione di lavoro privi dei requisiti numerici e temporali dell'art. 24) (Montuschi, 1991; Pera, 1992; Liso, 1991; Mazziotti, 1992). Una procedura che si somma, in questo caso, alla disciplina legale sui licenziamenti individuali.

4. Il requisito numerico-temporale.

Qualche problema è posto anche dalla previsione della soglia dei 5 licenziamenti in 120 giorni quale limite minimo di applicazione della disciplina. Si tratta di quell'elemento numerico-temporale che è l'unico discrimine preso in considerazione dalla Direttiva CEE del 1975; in realtà, rispetto alle previsioni comunitarie, la legge italiana nel fissare tali requisiti ha oggettivamente ampliato l'ambito di estensione della normativa, con una scelta che, considerati gli equilibri complessivi della normativa, può definirsi di maggior favore per i lavoratori (Montuschi, 1991).

Qualche questione interpretativa si pone in ordine alla individuazione degli atti di recesso computabili nel periodo dei 120 giorni, che decorre dalla ricezione della comunicazione del primo licenziamento (Mazziotti, 1992). Ci si chiede, innanzitutto, se vi rientrino eventuali licenziamenti di dirigenti oggettivamente connessi alla trasformazione o riduzione di lavoro. Per la soluzione negativa della questione, fa propendere innanzitutto una considerazione di carattere sistematico (il fatto che l'art. 4, comma 9°, parli del collocamento in mobilità dei soli impiegati, operai e quadri; Liso, 1991), e in secondo luogo il perdurante regime legale di recesso *ad nutum* per tale categoria di lavoratori, non compatibile con l'atto di recesso a motivazione tipica all'interno della procedura di licenziamento collettivo. A margine si può osservare, tuttavia, come tale secondo argomento non appaia di per sé risolutivo per quelle imprese vincolate da fonte contrattuale all'obbligo di motivazione anche nei confronti dei dirigenti.

Altre esclusioni soggettive dal computo dei recessi sono determinate esplicitamente dal 4° comma dell'art. 24 (scadenza dei rapporti di lavoro a termine, fine lavoro nelle costruzioni edili e nei casi di attività stagionali e saltuarie).

Ancora, per completezza, può essere segnalata la questione della riconduzione alla procedura di mobilità, già avviata (perché ne sussistono i requisiti), degli eventuali ulteriori recessi non compresi nel periodo dei 120 giorni, ma causalmente collegati alla riduzione del personale. La risposta non può che essere positiva (così Liso, 1991). Il requisito numerico quantitativo stabilisce la soglia minima per l'accesso alla disciplina delle procedure di mobilità, in relazione alla descritta finalità di sottoposizione al conflitto collettivo della vicenda di riduzione o trasformazione dell'organizzazione aziendale. Tale rilevanza collettiva postula dunque l'unitarietà del processo riorganizzativo, secondo caratteri di tipicità sociale ancor prima che giuridica, e al di là di formalistiche considerazioni sul dato letterale. La stessa considerazione dovrebbe indurre a ricomprendere nella procedura tutti i licenziamenti causalmente connessi anche al di fuori dei confini della provincia, purché almeno in una provincia sussistano i requisiti idonei a integrare la fattispecie legale (*contra*, nel senso che la disciplina si applica anche in assenza del requisito numerico-temporale in una delle province coinvolte, Mazziotti, 1992).

Un orientamento negativo pare invece che debba esprimersi riguardo a quell'opinione che

**Licenziamenti
collettivi: Italia.**
La fattispecie
Luciano Spagnuolo
Vigorita

**Licenziamenti
collettivi: Italia**
La fattispecie
Luciano Spagnuolo
Vigorita

ritiene l'applicabilità della disciplina anche al di sotto della soglia dei cinque licenziamenti, quando ne sia provata la connessione causale (Miscione, 1992): non solo perchè contrastante con l'inequivoca lettera della norma, ma anche perchè sembrerebbe reintrodurre quella distinzione ontologica tra licenziamento collettivo e pluralità di licenziamenti individuali che, come si è detto, la nuova normativa tende sicuramente a superare.

Per concludere su questo punto, si deve tornare sul problema, già accennato, della rilevanza di eventuali dimissioni incentivate, o risoluzioni consensuali: in particolare, sul problema se possano rientrare nel computo dei recessi idonei a far scattare la soglia di applicabilità della disciplina. Un problema che si riflette anche su quello della soglia dimensionale, potendo far retroagire il computo dei 120 giorni ad un momento, appunto coincidente con tali recessi, in cui sussisteva il requisito dei 16 dipendenti. Il chiaro riferimento della legge ai "licenziamenti" dovrebbe far propendere per la soluzione negativa; peraltro, la proposta di modifica alla Direttiva comunitaria sui licenziamenti collettivi, in corso di approvazione, estende l'ambito quantitativo anche a tali recessi (Biagi, 1992). Ci si può dunque chiedere se, anche prima di un'eventuale attuazione della modifica da parte del legislatore italiano, il giudice possa risolvere il dubbio interpretativo nel senso conforme alla nuova disciplina comunitaria.

5. L'elemento causale: conflitto collettivo e sindacato giudiziario sulla riduzione del personale.

Così specificati i confini dimensionali, quantitativi e temporali della fattispecie legale, per quanto possibile in una prima lettura ancora priva di riscontri giurisprudenziali, si deve tornare sul tema dell'elemento causale: cioè, della connessione dei singoli recessi ad una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro.

L'assenza di una differenza "ontologica", quanto al profilo causale, tra licenziamenti individuali e collettivi, non significa ovviamente che nell'art. 24 l'elemento causale non sussista, e non possa quindi essere oggetto (anche) di accertamento giudiziario. Sui limiti di tale sindacato, tuttavia, sembra che la nuova normativa prospetti un equilibrio diverso e più razionale rispetto a quello configuratosi nella precedente elaborazione giurisprudenziale.

L'impressione che se ne ricava è che, tendenzialmente, tutte le volte in cui sussista una pluralità di licenziamenti per motivi non inerenti alla persona del lavoratore, e sussistendo gli elementi dimensionale-quantitativo-temporale, debba applicarsi la normativa della legge n. 223. La *ratio* della disciplina spinge verso una simile soluzione, dato che l'interesse collettivo e sociale che giustifica le procedure, e illumina la stessa configurazione della fattispecie, emerge certamente in relazione al rilievo numerico dei licenziamenti da operare. L'affermazione, s'intende, non può avere valore assoluto, dovendosi ammettere in teoria l'ipotesi di più licenziamenti "inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3 L. 604/66) non collegati alla medesima "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro" (art. 24 L. 223/91). L'ipotesi è autorizzata d'altronde dallo stesso art. 24 laddove, al secondo periodo del 1° comma, afferma che la disciplina si applica a tutti i licenziamenti che, nel periodo e nell'ambito territoriale già definiti, "siano comunque riconducibili alla medesima riduzione o trasformazione". La disposizione, lungi dall'autorizzare l'interpretazione sopra riferita sull'applicabilità della disciplina anche sotto i 5 licenziamenti, qualora ne sia provata la connessione, sembra chiaramente indicare, e forse pleonasticamente rispetto a quanto già derivante dai principi generali, che l'applicazione della disciplina, e quindi, potremmo dire, la "qualificazione della fattispecie", non dipendono dalla "intenzione" dell'imprenditore, dalla previa programmazione della riduzione del personale. In pratica, ne consegue che potrà essere accertata *ex post* la sussistenza dei requisiti e quindi la violazione della procedura dell'art. 4.

L'ipotesi, anche se proponibile, parrebbe in realtà assai astratta. Ci si chiede infatti se sia immaginabile il caso di un numero rilevante di licenziamenti per motivi non inerenti alla persona del lavoratore, nella stessa unità produttiva, contestuali o comunque concentrati in un periodo sufficientemente breve, che non siano conseguenza di un'operazione oggettivamente unitaria di riduzione o trasformazione di attività o di lavoro.

L'estrema genericità della formulazione dell'elemento causale, ripresa dagli accordi interconfederali, non può che generare il suddetto dubbio. D'altronde, un'interpretazione assai ampia, e ricomprensiva di tale elemento, sembra essere autorizzata non solo dalle svolte considerazioni sulla *ratio* della distinzione tra licenziamenti collettivi e individuali, ma anche e soprattutto dal fatto che la Direttiva CEE del 1975 definisce collettivo (quando sussistano

i requisiti numerici) “ogni licenziamento effettuato da un datore di lavoro *per uno o più motivi* non inerenti alla persona”. Una formulazione tanto ampia, quindi, che non può non influenzare l'interprete della normativa nazionale.

Risulta anche da ciò confermata la fondatezza dell'opinione secondo la quale la ricorrenza degli elementi quantitativi-temporali integra una presunzione (sia pure non assoluta) della sussistenza della comunanza del nesso causale tra i licenziamenti (Pera, 1992): e contro tale presunzione, come si è detto, appare assai difficile la proposizione da parte dell'imprenditore di una prova contraria.

Le considerazioni qui svolte assumono rilievo concreto soprattutto per le ipotesi, potremmo dire “in negativo”, nelle quali l'imprenditore abbia ritenuto di non essere sottoposto alla disciplina sulla riduzione del personale.

A diverse conclusioni può forse giungersi quando la procedura dell'art. 4 sia stata rispettata, e si ponga il problema della riconduzione al licenziamento collettivo di qualche recesso che, nello stesso ambito e nello stesso periodo, sia stato intimato come separato giustificato motivo individuale. In un caso di questo genere, se il datore di lavoro può dimostrare che tali vicende erano comunque conosciute alle rappresentanze sindacali intervenute nella procedura, e che ciò nonostante ne sono rimaste pacificamente estranee, potrebbe ritenersi con ciò solo provata la non riconduzione alla “medesima riduzione o trasformazione”, e quindi la legittima esclusione dalla procedura.

Il sindacato sull'elemento causale, in sostanza, sembra doversi atteggiare in maniera sensibilmente diversa quando la vicenda di riduzione del personale giunga in giudizio sotto un profilo per così dire “in positivo”, cioè a seguito dell'avvenuta scelta della via del licenziamento collettivo, e del conseguente espletamento delle procedure previste dall'art. 4. In tal caso, e a maggior ragione quando sia stato raggiunto un accordo (che dalla legge è per più aspetti incentivato), ci si dovrebbe attendere una notevole autolimitazione del sindacato giudiziario. L'art. 4, infatti, disciplina esaurientemente le procedure, imponendo all'impresa obblighi di analitica motivazione e documentazione delle scelte e delle necessità organizzative dalle quali deriva il programma di riduzione del personale, e sostenendo il controllo collettivo su tali scelte con la possibilità dell'esame congiunto e, in funzione suppletiva, l'intervento mediatorio degli organi amministrativi.

In una vicenda di tal genere dovrebbe entrare nell'aula giudiziaria quella “cultura del conflitto” che troppo spesso rimane estranea al sindacato dei giudici sulle vicende dell'impresa. Una cultura che, certamente, si presenta talvolta con tratti ancora immaturi tra gli stessi protagonisti delle relazioni industriali, ma che permea di sé tutta la più recente legislazione in materia di lavoro.

Se in questa prospettiva si guarda alle vicende della riduzione del personale, se ne dovrebbe trarre la conclusione che il sindacato del giudice sulla sussistenza dell'elemento e del nesso causale, in precedenza occasione di tante contrastate valutazioni, dovrebbe alla luce della nuova normativa rimanere in buona parte assorbito dalla verifica del corretto espletamento delle procedure.

Beninteso, un'affermazione di tal genere si giustifica, nella singola occasione, solo sul presupposto che analoga maturità nel conflitto sia dimostrata dai soggetti coinvolti nella procedura. In termini giuridici, ciò significa che diventa essenziale, e può essere oggetto di verifica giudiziaria (ai fini anche dell'eventuale sanzione dell'inefficacia dei recessi), il serio e corretto espletamento delle procedure previste dalla legge, il sufficiente e veridico contenuto delle comunicazioni imposte all'impresa, ecc. Inoltre, proprio perchè la nuova disciplina rende più attendibile l'ipotesi che il sindacato acceda a “sporcarsi le mani” con i licenziamenti, per consentire l'attivazione degli strumenti alternativi alla contrazione degli organici messi in campo dalla legge, vi potranno essere nuove occasioni per una più precisa elaborazione di quei doveri di “leale rappresentanza” affacciatisi di recente nel dibattito dottrinale (Liebman, 1987; D'Antona, 1987; Scarpelli, 1987; Caruso, 1992; Castelvetro, 1992; Spagnuolo Vigorita G., 1992).

La legge 223, come si è detto, compie una precisa scelta di separazione delle fattispecie legali di licenziamento individuale e collettivo, in relazione alla rilevanza dell'interesse collettivo e sociale implicato nella riduzione del personale. Ne conseguono discipline che, rese sostanzialmente uniformi quanto al regime della forma e delle sanzioni rispetto al singolo recesso, si differenziano nel caso del licenziamento collettivo per il suo affidamento al conflitto, con la previsione di una precisa procedura, sicuramente impegnativa e pesante per l'azienda: un affidamento al conflitto che, si ripete, consente quel controllo sociale sulle

**Licenziamenti
collettivi: Italia.
La fattispecie**
Luciano Spagnuolo
Vigorita

**Licenziamenti
collettivi: Italia**
La fattispecie
Luciano Spagnuolo
Vigorita

scelte di organizzazione dell'impresa inibito al sindacato giudiziario, anche in osservanza del principio di libertà dell'iniziativa economica.

Nel licenziamento individuale, infatti, il controllo del giudice è, e non può che essere, sulle conseguenze delle scelte: un controllo che è stato esteso alla sua massima ampiezza dall'opinione ormai consolidata che il datore debba provare non soltanto la sussistenza del motivo legittimo di recesso tipizzato dalla legge, ma anche l'impossibilità della ricollocazione del lavoratore nell'organizzazione aziendale, che in tale vicenda si presume immutata. L'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro è così tutelato al massimo possibile in una prospettiva che lo vede comunque subordinato a quello dell'imprenditore alla libera gestione dell'impresa.

Ben diversa è la dinamica tra interessi che si delinea nella normativa sul licenziamento collettivo, dove il legislatore ammette e sostiene la possibilità che un diverso equilibrio si determini nell'interazione tra il potere dell'imprenditore e il contropotere collettivo, tra il potere di iniziativa economica tutelato dall'art. 41 della Costituzione e il potere di autotutela garantito al lavoratore subordinato dall'art. 39. In quel conflitto, e a seconda dell'effettività dei dati di forza contrattuale, è la stessa scelta di organizzazione dell'impresa che è messa in discussione, in un quadro che è arricchito peraltro dalle numerose misure alternative alla riduzione del personale offerte dall'ordinamento. Una volta che dal conflitto è maturata una scelta definitiva, non importa se cristallizzata nella forma di un contratto o lasciata all'apparente unilateralità dell'atto imprenditoriale, non residua spazio per un controllo di merito su tale scelta, da parte di un soggetto estraneo al conflitto, qual è il giudice.

Ciò significa, per concludere con un'ultima osservazione interpretativa, che nel quadro normativo del licenziamento collettivo mancano i presupposti teorici e sistematici per proporre, come pure è stato ipotizzato in dottrina (Mazziotti, 1992), un sindacato giudiziario analogo a quello esercitato in materia di licenziamenti individuali sull'impossibilità di reimpiego dei lavoratori all'interno dell'organizzazione produttiva. Tale valutazione, nell'economia della legge, è affidata appunto al conflitto collettivo, e quindi a poteri contrattuali per definizione paritari (ciò che non è nella prospettiva del singolo contratto di lavoro): l'affidamento e la responsabilizzazione della gestione collettiva sarebbe contraddetta dalla configurazione del licenziamento collettivo come *extrema ratio*. Sicuramente, come è stato sottolineato (Pera, 1992), la legge spinge in quella direzione: l'ultima parola, tuttavia, è affidata dalla nuova disciplina alla soluzione risultante dal conflitto, senza che tale discorso possa essere riaperto nella prospettiva distorta del sindacato giudiziario.

6. I licenziamenti collettivi nelle imprese non rientranti nel campo di applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria.

Qualche considerazione specifica deve essere dedicata, infine, a quei settori nei quali la non applicabilità dei principali ammortizzatori sociali può alterare notevolmente il descritto equilibrio degli strumenti di gestione delle eccedenze di personale.

In particolare, va ricordato che, per quanto modificato dalla legge n. 223, il campo di applicazione della cassa integrazione straordinaria è limitato alle imprese industriali con più di 15 dipendenti, alle imprese del commercio con oltre 200 dipendenti, alle imprese giornalistiche, ad una particolare categoria di imprese artigianali, sempre sopra i 15 dipendenti e soggette all'"influsso gestionale prevalente" di un'impresa maggiore ammessa alla CIGS, e ad alcune altre ipotesi minori (rimanendone esclusi interi importanti settori, come quello del credito e delle assicurazioni). Ciò che ancor più rileva, è che allo stesso campo di applicazione si fa riferimento per determinare il diritto del lavoratore licenziato, a seguito di riduzione di personale, a percepire l'indennità di mobilità.

Nella complessa sistemica della legge si determinano così due vicende tipo assai diverse:

a) quella di un'impresa, poniamo del settore industriale, che a fronte di un'eccedenza di personale può innanzitutto decidere (e può porre sul tavolo del conflitto collettivo) se procedere alla riduzione o avviare un programma di ristrutturazione e riorganizzazione assistito dalla CIGS, per tentare di eliminare o ridurre l'esubero di personale; e comunque, procedendo alla riduzione del personale, vede la vicenda "ammortizzata" dalla collocazione dei lavoratori in mobilità, col relativo diritto alla percezione di un'indennità pari (almeno per i primi 12 mesi) al trattamento di integrazione salariale;

b) quella di un'impresa, ad esempio del settore del credito o delle assicurazioni, che a fronte di un'eccedenza di personale (sia temporanea — purchè non limitata a brevissimi periodi — sia strutturale) ha la sola possibilità di avviare la procedura di mobilità; questa sarà

sottoposta probabilmente ad un conflitto più duro, anche in forza del fatto che il lavoratore licenziato non godrà dell'indennità di mobilità (ma solo del ben minore trattamento ordinario di disoccupazione).

Si deve ricordare che in questo secondo caso l'impresa non sopporta gli oneri economici del collocamento in mobilità, che la normativa impone invece all'impresa del tipo a), quale contributo al nuovo sistema di assistenza al reddito dei lavoratori eccedenti (oneri normalmente corrispondenti a 6 mensilità di trattamento di integrazione salariale per ogni lavoratore licenziato).

Un problema ulteriore è quello se i lavoratori licenziati, anche nel caso b), abbiano diritto all'iscrizione alle liste di mobilità, pur non godendo dell'indennità, e di conseguenza se abbiano accesso ai vari meccanismi di ricollocamento incentivato sul mercato del lavoro, previsti dalla stessa legge (artt. 6, 8, 25). Nonostante la formulazione e il rapporto sistematico tra gli articoli 24, 4 e 16, sicuramente non felici, si ritiene di poter risolvere il dubbio, anche sul piano dell'interpretazione del testo normativo, in senso positivo. In tale senso risulta che si vadano orientando le strutture pubbliche chiamate a gestire le liste di mobilità. La rilevante differenza di trattamento delle due vicende-tipo, che peraltro si collega alla differenza di discipline in ordine all'applicabilità della CIGS, può forse trovare le sue spiegazioni (oltre che nell'inerzia legislativa e soprattutto nella necessità di non allargare la spesa pubblica) nelle diverse caratteristiche dei settori: nella (relativa) minore frequenza di radicali eccedenze di personale nel terziario e nei servizi; nella preponderanza in questi ultimi della manodopera impiegatizia, forse ritenuta (ma ormai a torto, a giudicare da recenti segnali), meno esposta e fenomeni di riduzione del personale o di lunga disoccupazione.

Ragionevole o non che sia l'ormai radicata distinzione, in ordine alla normativa sulla cassa integrazione straordinaria, notevoli dubbi, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale, si addensano sulla distinzione "derivata" introdotta dalla nuova normativa, relativa al diritto del lavoratore licenziato all'indennità di mobilità. Le vicende di riduzione del personale, infatti, hanno carattere strutturalmente diverso rispetto a quelle che, nei settori coperti dalla CIGS, costituiscono cause integrabili. Esse, inoltre, non sembrano presentare apprezzabili differenze, nelle loro cause di fondo, tra i diversi settori produttivi: e ciò vale a maggior ragione nella sistematica disegnata dalla nuova normativa, che spinge al licenziamento ogniquale volta l'eccedenza si profili come strutturale, anche quando si tratti di imprese rientranti nel campo di applicazione della CIGS.

Si profila perciò assurda, e probabilmente incostituzionale in rapporto ai principi di eguaglianza e di protezione del lavoratore contro la disoccupazione involontaria, la differenza di tutela del reddito del lavoratore in mobilità. Una differenza che, oltretutto, si ripercuote gravemente sulle stesse condizioni di sviluppo del conflitto collettivo sulle scelte di organizzazione aziendale, da un lato condizionandolo e aggravandolo, dall'altro sottrendogli una significativa parte degli strumenti di incentivo e sostegno a soluzioni concordate di gestione o di alternativa all'eccedenza del personale.

Nel dibattito, che si presenta già acceso, sulle modifiche da apportare alla recente legge, non potrà non trovare adeguato spazio la riflessione sull'estensione, ai settori esclusi dal campo di applicazione della cassa integrazione straordinaria, di (almeno) alcuni armottizzatori sociali, i quali, si ripete, svolgono in questo caso anche un'importante funzione di sostegno al dialogo collettivo.

**Licenziamenti
collettivi: Italia.
La fattispecie**
*Luciano Spagnuolo
Vigorita*

Licenziamenti collettivi: Italia
La fattispecie
 Luciano Spagnuolo
 Vigorita

Bibliografia

Alleva (1991), *Esuberanza e mobilità della forza-lavoro: le nuove regole*, in *Un progetto per il diritto del lavoro. I temi di riforma per gli anni novanta nella discussione e nelle proposte della Consulta giuridica della Cgil*, Ediesse, Roma, p. 161.

Biagi (1992), *Nuove regole comunitarie in tema di licenziamenti collettivi*, comunicazione al Convegno su "Licenziamenti collettivi per riduzione di personale e mercato unico europeo", Sassari, 30 maggio 1992, in questo fascicolo.

Carinci (1992), *La centralità della legge nella disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, in *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di Carinci, p. XXIII.

Caruso (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, F. Angeli, Milano.

Castelvetri (1992), *Fonti contrattuali collettive e differenze normative tra lavoratori*, in questo fascicolo.

D'Antona (1987), *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, RIDL, I, p. 226.

Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente, RIDL, I, p. 281.

D'Antona (1992), *I licenziamenti per riduzione del personale nella legge n. 223/1991*, D&L.

Ferraro (1992), *Le integrazioni salariali*, in *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, a cura di Ferraro, Mazziotti, Santoni, Jovene, Napoli.

Garofalo (1991), *Eccedenze di personale e conflitto*, in *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Atti delle giornate di studio di Roma, 26-27 gennaio 1990, Giuffrè, Milano, p. 3.

Liebman (1987), *Intervento alle Giornate di studio Ai-*

class su Il tempo di lavoro, in *Atti*, Giuffrè, Milano, p. 93.

Liso (1991), *La nuova legge sul mercato del lavoro: un primo commento*, LI, nn. 17-24.

Magrini (1991a), *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenza delle tutele*, in *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Atti delle giornate di studio di Roma, 26-27 gennaio 1990, Giuffrè, Milano, p. 3.

Magrini (1991b), *La nuova legge e la giurisprudenza*, LI, n. 21, p. 21.

Mazziotti (1992), *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, a cura di Ferraro, Mazziotti, Santoni, Jovene, Napoli, p. 95.

Miscione (1992), *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di Carinci, p. 299.

Montuschi (1991), *Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla legge n. 223 del 23 luglio 1991*, RIDL, I, p. 413.

Pera (1992), *I licenziamenti collettivi*, GC, n. 4, II, p. 211.

Scarpelli F. (1987), *Autonomia collettiva e rappresentatività sindacale tra funzione "gestionale" e funzione normativa*, RIDL, I, p. 612.

Spagnuolo Vigorita G. (1992), *Contratto collettivo, contratto a favore di terzi, limiti al potere dispositivo del sindacato*, DLRI (in corso di pubbl.).

Ventura (1986), *Licenziamenti collettivi (voce per un'enciclopedia)*, RGL, I, p. 275.

I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella legge n. 223/1991: le procedure

Mattia Persiani

Sommario

1. Linee generali della disciplina. Licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali. **2.** Il controllo collettivo sulle riduzioni del personale: le procedure prima della legge n. 223/91. **3.** Le procedure nella legge n. 223/91. **4.** Il ruolo del sindacato e gli interessi in conflitto. **5.** Soggetti ed efficacia degli accordi sulle riduzioni del personale. **6.** Gli atti di recesso e le sanzioni.

1. Linee generali della disciplina. Licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali.

Con la legge n. 223 del 1991 il licenziamento collettivo per riduzione di personale è uscito dal limbo dell'indeterminatezza normativa nel quale era stato a lungo costretto dal secondo comma dell'art. 11 della legge n. 604 del 1966, che espressamente lo escludeva dall'applicazione della disciplina dettata per i licenziamenti individuali. Peraltro, tale esclusione era stata, di recente, implicitamente ribadita dall'art. 6 della legge n. 108 del 1990.

Per la verità, una disciplina legislativa del licenziamento collettivo per riduzione di personale nell'industria era stata dettata dal D.P.R. n. 1019 del 1960 che aveva recepito, ai sensi della legge n. 741 del 1959, l'accordo interconfederale del 21 aprile 1950, ma la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 8 del 1966, aveva svuotato di contenuti tale disciplina. Di recente, una disciplina legislativa del licenziamento collettivo è stata dettata dall'art. 47 della legge n. 428 del 1990, ma solo per l'ipotesi del licenziamento collettivo disposto in occasione di trasferimento di azienda o di un suo ramo.

La legge n. 223 del 1991 ha riformato la disciplina della gestione straordinaria della cassa integrazione guadagni, prevedendo, tra l'altro, una rigorosa limitazione nel tempo dei suoi interventi, nonché la loro esclusione nei casi in cui non sussistano serie prospettive di superamento delle crisi. I nuovi limiti dell'integrazione salariale hanno, quindi, reso indifferibile una disciplina legale applicabile a tutti i licenziamenti collettivi per riduzione di personale. Peraltro, l'esigenza di una tale disciplina era già avvertita sia per superare le profonde incertezze derivanti dal vuoto legislativo del quale si è fatto cenno, solo in parte colmato da una giurisprudenza coraggiosa ma tutt'altro che univoca, sia per dare attuazione alla Direttiva comunitaria n. 129 del 1975, ritenuta dalla nostra giurisprudenza inapplicabile a ragione della sua indeterminatezza e in assenza di una norma di attuazione, con conseguenti condanne della Corte di giustizia.

Peraltro, la recente disciplina legislativa del licenziamento collettivo si inserisce in un contesto normativo che, avendo come costante punto di riferimento la legge n. 604 del 1966, postula, nella sostanza, il controllo giudiziario sulla legittimità del licenziamento individuale a tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro. Ed infatti, la disciplina legislativa dei licenziamenti individuali, utilizzando la tecnica delle clausole generali, si limita a dettare le nozioni di giustificato motivo e di giusta causa, mentre la

**Licenziamenti
collettivi: Italia.
Le procedure**
Mattia Persiani

specificazione del precetto legale, ai fini della sua applicazione al caso concreto, resta esclusivamente affidata al prudente apprezzamento del giudice.

Nè l'autonomia collettiva è abilitata a specificare le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo, se non quando, con ciò, intensifichi i limiti del recesso del datore di lavoro. Ed infatti, quell'autonomia, secondo un costante orientamento della giurisprudenza, non è abilitata a disporre dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, derogando *in pejus* alla disciplina legislativa che lo tutela.

Ne deriva che, in definitiva, il controllo della legittimità del licenziamento individuale è affidato, nel nostro sistema legislativo, esclusivamente ai giudici.

La disciplina legale del licenziamento collettivo si discosta, e a ragione, da questo modello. Ed infatti, nel caso di licenziamenti collettivi, il controllo giudiziario non sarebbe idoneo a tutelare efficacemente gli interessi dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro.

Qui, infatti, non si tratta di decidere controversie giuridiche e, cioè, di accertare l'esistenza di un inadempimento del singolo lavoratore e di valutarne l'importanza. In presenza di una crisi aziendale o della volontà dell'imprenditore di ridurre o trasformare la sua azienda, occorre piuttosto valutare se la situazione finanziaria, amministrativa e produttiva dell'impresa e la stessa situazione del mercato, da un lato, la riduzione o la trasformazione di attività, dall'altro lato, siano tali da rendere necessario un licenziamento collettivo. Occorre anche valutare la congruità, rispetto a quelle situazioni, del numero dei lavoratori che devono essere licenziati ed individuare quali siano i criteri più adeguati rispetto alla necessaria ristrutturazione, in base ai quali saranno individuati i lavoratori da licenziare.

Oltretutto, quando il ricorso al licenziamento collettivo è prospettato con riguardo all'impresa in crisi, occorre tener conto che l'autorità governativa ha già accertato, con il concorso dei sindacati, l'esistenza di una situazione di squilibrio strutturale o funzionale con conseguente pericolosità per l'occupazione, anche nei suoi riflessi negativi per l'ambito territoriale.

Ora, è vero che la legge apprestava ed appresta, com'è noto, strumenti per il superamento di quella situazione, ma è altrettanto vero che la sopravvivenza dell'impresa e la conservazione dell'occupazione non possono essere realizzate a tutti i costi. Il problema, dunque, è quello di individuare quale sia il corretto equilibrio tra l'interesse al risanamento dell'impresa, e alla sua conservazione soltanto se risanata, e l'interesse alla conservazione dell'occupazione.

Analoghe considerazioni valgono anche nel caso in cui la riduzione del personale non sia determinata dalla crisi dell'impresa, ma da una scelta ispirata alla ricerca del profitto. Anche in questo caso, infatti, il controllo di quella scelta è sempre in funzione, sia pure indiretta ed eventuale, della economicità dell'impresa dovendosene valutare le conseguenze sulla sua sopravvivenza e, quindi, sulla conservazione di un'occupazione che, sebbene ridotta, sia sicura.

L'estrema complessità degli aspetti dei quali occorre tener conto per poter valutare l'opportunità di procedere alla riduzione del personale, in relazione anche alla delicatezza delle conseguenze che ne derivano, risulta confermata da ciò che, come vedremo meglio in seguito, all'interesse dei lavoratori, sui quali incombe il pericolo di perdere il posto di lavoro, non si contrappone soltanto quello del datore di lavoro, alla conservazione dell'impresa o al miglior rendimento degli investimenti.

A ben guardare, a quell'interesse si contrappone, anche quello dei lavoratori che, con la riduzione del personale, vedono rafforzata, almeno di fatto, la stabilità della loro occupazione.

Sono queste le ragioni per le quali le procedure per i licenziamenti collettivi per riduzione di personale previste dalla legge n. 223 del 1991 non sono giudiziarie, anche se, come vedremo, un controllo del giudice non è, e non può essere, escluso.

Stante la complessità dei fattori che concorrono a determinare la scelta della riduzione del personale, le gravi conseguenze di essa e le non meno gravi conseguenze che potrebbero derivare dalla sua mancata adozione, non sarebbe possibile l'individuazione, ad opera della legge, di limiti oggettivi ai licenziamenti collettivi, analoghi a quelli previsti per i licenziamenti individuali. Tanto meno sarebbe possibile far ricorso alla tecnica delle clausole generali che pur sempre presuppone un minimo di tipicità sociale. La legge può soltanto disporre che tutto sia fatto perché la riduzione del personale venga evitata o ridotta e, al tempo stesso, disporre interventi a tutela di quanti si vedranno sottratto il posto di lavoro. In questo contesto, i giudici non disporrebbero di strumenti idonei — e, forse, nemmeno dell'attitudine — per valutare in modo adeguato l'esistenza dei presupposti del licenziamento collettivo, trattandosi di valutazioni che non attengono a diritti, e cioè all'applica-

zione del dettato legislativo al caso concreto, ma ad interessi o, meglio ancora, a scelte economiche e sociali. Se il giudice fosse chiamato ad avventurarsi in questi territori, correrebbe il rischio di sostituirsi all'imprenditore, senza però — e questo è il punto — averne le responsabilità.

**Licenziamenti
collettivi: Italia.
Le procedure
Mattia Persiani**

2. Il controllo collettivo sulle riduzioni del personale: le procedure prima della legge n. 223/91.

È anche da tener conto, però, che la disciplina legislativa del licenziamento collettivo si inserisce in un contesto normativo che — da tempo, e quanto meno, dalla legge n. 300 del 1970 — è caratterizzato dall'adozione di una tecnica di tutela degli interessi dei lavoratori che prescinde dalla predisposizione di *standards* legali di garanzia minima.

Mi riferisco alla tutela affidata all'azione sindacale, ritenuta idonea, e perciò sostenuta, a realizzare la loro migliore soddisfazione di quegli interessi, in costante relazione alle mutevoli, diversificate e complesse realtà sociali ed economiche.

L'adozione di questa tecnica è confermata anche nella legge n. 223 del 1991 che affida la valutazione e il controllo della scelta di procedere a licenziamenti collettivi, sia per l'impresa in crisi che per l'impresa che decida una sua trasformazione organizzativa o di ridurre la sua attività, a procedure sindacali e amministrative. Certo, come vedremo, la previsione e l'espletamento di tali procedure non esclude, di per sé, la possibilità di un controllo giudiziario a tutela dei diritti dei lavoratori coinvolti dalla scelta della riduzione di personale ma il controllo è, e deve restare pur sempre, un controllo formale e non sostanziale.

Peraltro, una tutela sindacale dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale era già prevista dall'accordo interconfederale del 5 maggio 1965. Tale accordo aveva, però, per presupposto l'esistenza, come fu detto, di "un campo trincerato nel quale dominavano sovrane, per il *se* per il *quanto* e per il *come* dell'impresa, le scelte del soggetto e queste scelte devono essere prese come un dato insindacabile".

In questo contesto, le procedure di consultazioni sindacali, più che un controllo dei motivi della riduzione di personale, erano esclusivamente funzionali all'esame delle "possibilità concrete ed attuali" per evitare quella riduzione "in tutto o in parte", anche "mediante eventuali trasferimenti nell'ambito aziendale, senza costituire comunque un carico improduttivo per l'azienda".

L'esperienza ha insegnato come le consultazioni sindacali hanno finito per ridursi ad un rituale al quale il datore di lavoro si sottoponeva al solo fine di adempiere una formalità e senza avere alcuna disponibilità a discutere su qualunque problema. Le stesse comunicazioni del datore di lavoro che davano inizio alla procedura sindacale e nelle quali avrebbero dovuto essere esplicitati i motivi della riduzione contenevano formule stereotipate, assai spesso inadeguate a consentirne una adeguata valutazione. E queste osservazioni non sono smentite dal fatto che, sovente, la crisi dell'impresa era già stata accertata dall'autorità governativa al fine dell'intervento straordinario di integrazione salariale e che, a volte, l'impossibilità di conservare l'occupazione era nota ai sindacati per effetto dei provvedimenti giudiziari emessi in sede di procedure concorsuali.

Ed infatti, poiché non risulta sia mai stato chiesto ai giudici di accertare che la comunicazione stereotipa impediva di fatto l'azione sindacale, si è indotti a ritenere che il sindacato abbia avuto preferenza per le soluzioni provvisorie, come il prolungamento degli interventi di integrazione salariale, consapevole che una più efficace tutela dei lavoratori licenziati poteva essere apprestata dal giudice, almeno quando questo avesse allargato i limiti del suo intervento, sfruttando l'ambiguità della situazione normativa.

Anche la Direttiva comunitaria n. 129 del 1975 prevede una procedura di consultazione sindacale che, seppure tendente "al fine di giungere ad un accordo", comporta che vengano "almeno esaminate le possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti collettivi nonché di attenuarne le conseguenze". La Direttiva comunitaria, però, si differenzia dall'accordo interconfederale in quanto prevede che nella procedura intervenga anche l'autorità pubblica, alla quale è affidato il compito di "cercare di dare soluzione ai problemi posti dai licenziamenti collettivi prospettati".

3. Le procedure nella legge n. 223/91.

La legge n. 223 del 1991 prevede una procedura sindacale e amministrativa ispirata al modello della Direttiva comunitaria, modello, peraltro, che già aveva trovato attuazione

**Licenziamenti
collettivi: Italia.
Le procedure**
Mattia Persiani

nella disciplina dei licenziamenti collettivi disposti in occasione del trasferimento di azienda o di ramo di azienda (art. 47 della legge n. 428 del 1990).

La procedura si apre con la preventiva comunicazione scritta alle rappresentanze sindacali aziendali e alle associazioni di categoria, da inviare, in copia, anche all'Ufficio provinciale del lavoro. La comunicazione deve contenere l'indicazione dei motivi che determinano la situazione di eccedenza del personale, dei motivi tecnici organizzativi o produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità. La comunicazione deve, inoltre, contenere l'indicazione del numero, della collocazione aziendale e dei profili professionali del personale eccedente, dei tempi di attuazione del programma di mobilità, delle eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale della attuazione del programma medesimo.

Sarà bene sottolineare che la comunicazione è determinante ai fini della procedura, onde si spiega la dettagliata previsione che la legge fa del suo necessario contenuto. Essa, infatti, deve consentire, non solo il controllo e la verifica della necessità di riduzione del personale e della congruità delle dimensioni del licenziamento, ma anche l'eventuale adozione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.

Carenze o contraddittorietà della comunicazione possono assumere notevole rilevanza su piani diversi. Possono configurare un comportamento antisindacale, reprimibile ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970, almeno in tutti i casi in cui impediscano l'azione sindacale. Possono condurre anche alla dichiarazione di inefficacia dei licenziamenti intimati al termine di una procedura infruttuosa (terzo comma art. 5).

Alla comunicazione deve, comunque, essere allegata copia della ricevuta del versamento all'INPS di un acconto di quanto, come si dirà tra poco, l'impresa dovrà versare allo stesso INPS per ogni lavoratore licenziato al termine della procedura.

Entro sette giorni dall'invio della comunicazione le rappresentanze sindacali aziendali e le rispettive associazioni possono chiedere che si proceda ad un esame congiunto, allo scopo, stabilisce la legge, di "esaminare le cause che hanno contribuito a determinare l'eccedenza del personale e le possibilità di utilizzazione diversa di tale personale, o di una sua parte, nell'ambito della stessa impresa, anche mediante contratti di solidarietà e forme flessibili di gestione del tempo di lavoro".

Esame congiunto che non necessariamente deve pervenire ad un accordo. Tuttavia, tenuto anche conto dei contenuti e dei termini in cui la legge dispone venga redatta la comunicazione aziendale che apre la procedura, l'esame congiunto deve essere tale da consentire, quanto meno, la discussione delle ragioni che determinano l'eccedenza di personale e di quelle che non consentono di evitarne la riduzione.

L'impresa deve dare comunicazione scritta all'Ufficio provinciale del lavoro dell'esito delle consultazioni sindacali e dei motivi del suo eventuale esito negativo. Analoga comunicazione può essere data dai sindacati dei lavoratori.

Anche queste comunicazioni, sebbene la legge nulla prescriva al riguardo, dovrebbero contenere, a mio avviso, indicazioni analitiche dei termini in cui si è svolto l'esame congiunto e, cioè, esplicitare, oltre ai punti di dissenso, quali siano state su di essi le opposte posizioni delle parti. E ciò, se non altro, al fine di mettere il Direttore dell'Ufficio del lavoro in condizioni di assolvere efficacemente al compito che la legge gli assegna quando, non essendo stato raggiunto un accordo in sede sindacale, si apre la seconda fase della procedura, e cioè quella amministrativa. Il Direttore dell'Ufficio del lavoro, infatti, ove non sia stato raggiunto un accordo in sede sindacale, deve convocare le parti per un ulteriore esame, da esaurire entro trenta giorni. Al fine di agevolare il raggiungimento di un accordo, il Direttore può formulare proposte. L'intervento dell'autorità amministrativa resta, dunque, limitato a una funzione di mediazione.

Appare, evidente che, per il legislatore, l'accertamento dell'effettiva necessità di procedere alla riduzione di personale e l'individuazione delle modalità con la quale questa deve avvenire sono rimesse all'accordo sindacale. Del resto, ad esso deve tendere anche l'intervento dell'autorità pubblica.

Poiché lo scopo perseguito dal legislatore è di evitare le riduzioni di personale, al fine di agevolare il raggiungimento di un accordo che preveda il riassorbimento, totale o parziale, dei lavoratori eccedenti, la legge abilita le parti sindacali anche a prevederne l'assegnazione, a mansioni diverse, e quindi professionalmente inferiori, rispetto a quelle svolte, in deroga all'art. 2103 Cod. Civ.

Questa agevolazione si aggiunge a quella di utilizzare contratti di solidarietà e forme flessibili di gestione del tempo di lavoro (quali contratti a termine e *part time*) e testimonia il rilievo assegnato all'interesse alla conservazione del posto di lavoro, a qualsiasi condizione.

Al tempo stesso, la legge prevede anche un incentivo economico per il datore di lavoro che perviene ad un accordo, anche se questo non evita o ridimensiona la progettata riduzione di personale. Ed infatti, tutte le volte che la dichiarazione di eccedenza di personale ha formato oggetto di accordo sindacale e, quindi, il sindacato ratifica le scelte dell'imprenditore, è ridotta a metà la somma dovuta all'INPS. Somma che è determinata in misura pari a sei volte il trattamento mensile di mobilità spettante a ciascun lavoratore licenziato (art. 5, quarto comma).

**Licenziamenti
collettivi: Italia.
Le procedure
Mattia Persiani**

4. Il ruolo del sindacato e gli interessi in conflitto.

Le considerazioni fin qui svolte consentono di ritenere che la legge chiama il sindacato non solo a controllare se sussistano i presupposti per una riduzione del personale, ma anche a gestirla e, così, a gestire la crisi aziendale.

Le stesse materie sulla quali si deve svolgere l'esame congiunto conducono, infatti, il sindacato ad apprezzare e ad intervenire sulla possibilità di evitare la riduzione del personale, proponendo una utilizzazione diversa del personale eccedente, anche, a costo di determinare, come si è visto, dequalificazioni o adottando forme flessibili di lavoro.

Non si tratta più, dunque, di esprimere pareri all'autorità amministrativa, come avviene nella procedura per la concessione dell'intervento straordinario della integrazione salariale (art. 1, comma secondo e art. 5 della legge n. 164 del 1975) o di esperire un tentativo di conciliazione, com'era nella procedura dell'accordo interconfederale. Si tratta di concorrere alle soluzioni dei problemi che la crisi aziendale o le esigenze di trasformazioni o riduzioni di attività pongono ai lavoratori occupati nell'impresa.

Si potrebbe ritenere che il legislatore, affidando al sindacato questi compiti, abbia lanciato una sfida non diversa da quella che lanciò il legislatore dello Statuto chiamando, appunto, il sindacato a controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e a promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la salute dei lavoratori e la loro integrità fisica (art. 9, legge n. 300 del 1970).

Purtroppo, in linea generale e salvo eccezioni, il sindacato si è sottratto alla sfida di allora, non avendo saputo superare non solo e non tanto l'opposizione dei datori di lavoro, quanto, e soprattutto, le difficoltà derivanti dalla carenza di competenze tecniche e dal disagio a muoversi su terreni diversi da quello, che tradizionalmente gli è proprio, delle rivendicazioni retributive sul piano collettivo e della difesa di interessi e diritti individuali.

Resta, ora, da vedere come il sindacato, una volta venuta meno la possibilità di evitare le riduzioni di personale con il ricorso prolungato nel tempo all'intervento straordinario di integrazione salariale, sarà in grado di gestire le crisi aziendali e dare, così, attuazione alla specifica tutela prevista dalla legge n. 223 del 1991.

Gli accordi di cui trattasi sono, pur sempre, da ricondurre all'esercizio dell'autonomia collettiva, essendo destinati a dettare la disciplina dei singoli rapporti di lavoro.

E tale conclusione non può essere modificata solo perché la gestione della crisi non sempre tollera una disciplina uniforme per tutti i rapporti di lavoro, ma impone, spesso, una disciplina differenziata per alcuni (i lavoratori da licenziare o da sospendere) e per gli altri (i lavoratori che conservano l'occupazione). Ed infatti, gli accordi di cui trattasi tendono a soddisfare — come da tempo ha avvertito la giurisprudenza della Corte di Cassazione — l'interesse a che l'impresa possa superare la crisi che la affligge al fine di garantire, a breve e sia pur per alcuni soltanto, un'occupazione sicura e, nei tempi medio lunghi, possa tornare ad offrire nuove occupazioni.

D'altro canto, l'interesse collettivo si sostanzia com'è noto, nella sintesi e non nella somma degli interessi individuali dei lavoratori.

Certamente, quando risulti necessario procedere ad una riduzione di personale, accanto al tradizionale conflitto fra gli interessi del datore di lavoro e quelli dei lavoratori, emerge anche un conflitto fra gli interessi, ugualmente contrapposti ma con un significato diverso, di due gruppi di lavoratori: il gruppo che potrebbe essere licenziato e quello che, invece, potrebbe mantenere l'occupazione.

A ben guardare, in questo caso, si ha una situazione di conflitto analoga a quella che si

Licenziamenti collettivi: Italia. Le procedure
Mattia Persiani

verifica quando si procede ad assunzioni o a promozioni mediante procedure di concorso. Anche qui, infatti, posto che l'interesse del datore di lavoro, almeno di regola, è quello di assumere o di promuovere i migliori, la contrapposizione di interessi si realizza, nella sostanza, tra i lavoratori che aspirano all'assunzione o alla promozione e non già tra questi e il datore di lavoro.

A voler continuare ad utilizzare questa analogia, si può dire che, così come non esiste nel caso delle procedure di concorso, un diritto dei lavoratori all'assunzione o alla promozione, non è possibile, a mio avviso, configurare l'esistenza di un diritto soggettivo alla conservazione del posto di lavoro per tutti i lavoratori assoggettati alla procedura di riduzione del personale.

I vincoli e i limiti posti dalla legge al potere di scelta del datore di lavoro operano unicamente nel senso di escludere il licenziamento immotivato e arbitrario, essendo, comunque, previsto che l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro possa essere subordinato — quando sussistono le condizioni — a quello del datore di lavoro che intende estinguere il rapporto.

Se mai, — sulla scorta della giurisprudenza formatasi in materia di concorsi — si può ritenere che, come la partecipazione a un concorso non dà diritto a essere assunti o promossi, così, quando si procede a riduzione di personale, non v'è diritto alla conservazione del posto di lavoro, ma v'è diritto a che i poteri che la legge ha procedimentalizzato siano esercitati nel rispetto dei principi di buona fede (art. 1375 Cod. Civ.) e di correttezza (art. 1175 Cod. Civ.).

Conclusioni che, naturalmente, si riferiscono ai poteri attribuiti dalla legge per l'accertamento delle condizioni che legittimano il licenziamento collettivo, per l'individuazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, ma non ai poteri connessi all'applicazione di tali criteri.

5. Soggetti ed efficacia degli accordi sulle riduzioni del personale.

È significativo, per le considerazioni dianzi svolte, che la legge richieda che alle procedure per la riduzione del personale partecipino tutte le organizzazioni sindacali interessate, purché maggiormente rappresentative.

Questa scelta ripropone inevitabilmente la questione dell'alternativa tra l'esigenza di garantire una gestione affidata alla maggiore capacità di valutazione complessiva e, quindi, di equilibrio che caratterizza alcuni sindacati, e l'esigenza, avvertita specialmente quando si tratta di problemi aziendali, di consentire la partecipazione a tutte le espressioni sindacali presenti in azienda.

Certo è, tuttavia che la richiesta di partecipazione alla procedura di tutte le organizzazioni sindacali non comporti che l'eventuale accordo debba essere stipulato con la partecipazione di tutte. La *ratio* della legge n. 223 del 1991, che privilegia, come si è visto, la soluzione contrattuale, impone, infatti, di ritenere che l'accordo di riduzione di personale possa essere validamente concluso anche se non fosse accettato da tutte le organizzazioni sindacali che hanno partecipato alla procedura.

È, poi, da tener conto che la legge n. 223 del 1991 (non diversamente dagli artt. 4 e 6 della legge n. 300 del 1970 e, più recentemente, dalla legge n. 146 del 1990) attribuisce direttamente ai sindacati, in materia di riduzione di personale, il potere di individuare le condizioni, i limiti e le modalità dei licenziamenti collettivi, nonché, al fine di evitare sia pur in parte, i licenziamenti, il potere di disporre, di diritti derivanti ai lavoratori da disposizioni inderogabili della legge stessa.

L'accordo riguardante la riduzione di personale, essendo stipulato nell'esercizio di un potere attribuito dalla legge, non trova necessariamente fondamento nella rappresentanza volontaria dei singoli lavoratori interessati, ma ha, di per sé, l'attitudine ad avere efficacia *erga omnes*.

Ne deriva che i singoli lavoratori non si possono sottrarre a quell'accordo.

Se mai, in base alle considerazioni dianzi svolte, i singoli lavoratori potrebbero dolersi che, nello stipulare quegli accordi, siano stati violati i principi di buona fede e correttezza ovvero siano state poste in essere discriminazioni illecite. Non può essere ammesso infatti, che l'esercizio di un potere così delicato, e destinato a produrre conseguenze così significative, sia sottratto a qualsiasi controllo.

Se mai, in sede di controllo, si dovrebbe tener conto, da un lato, della complessità dei fattori dai quali dipende la crisi aziendale e di ciò che la *ratio* della legge n. 223 del 1991

considera, comunque, la riduzione del personale come rimedio per superare la crisi dell'impresa.

D'altro lato, si dovrebbe tener conto che esiste una zona rispetto alla quale prevalgono necessariamente le scelte economiche, tant'è che, come vedremo tra poco, in mancanza di accordi, il datore di lavoro può determinarsi unilateralmente alla riduzione di personale, con il solo limite della coerenza con la situazione aziendale.

L'eventuale accertamento della violazione dei criteri di buona fede e correttezza è destinato a produrre conseguenze diverse da quelle conducibili alle illecite discriminazioni.

La discriminazione, infatti, determina, per i lavoratori discriminati, la nullità dell'accordo di riduzione del personale, per la parte che li riguarda.

La violazione dei criteri di buona fede e correttezza, invece, non determina, di per sè, l'invalidità dell'accordo di riduzione del personale. Se mai, determina una responsabilità per i danni derivanti dall'inadempimento. Danni che, a voler seguire la giurisprudenza che si è venuta formando per le procedure di concorso, dovrebbero essere, però, risarciti nei limiti in cui costituiscono "conseguenza immediata e diretta" dell'inadempimento (art. 1223 Cod. Civ.). Ond'è che la liquidazione del danno dovrebbe tener conto delle *chance* che il lavoratore deve provare avrebbe avuto di mantenere l'occupazione, o di non subire la declassificazione se le parti sindacali si fossero comportate secondo buona fede e correttezza.

6. Gli atti di recesso e le sanzioni.

La legge impone che il licenziamento collettivo per riduzione di personale venga preceduto dalle procedure sindacali e amministrative di cui si è detto.

Non pone, però, come condizione di legittimità di quel licenziamento che venga raggiunto un accordo, anche se, come si è visto, ne incentiva in più modi, la stipulazione.

Ed infatti, sia che l'accordo sindacale venga raggiunto, sia che la procedura sia stata esperita infruttuosamente, il datore di lavoro ha diritto di licenziare con preavviso, gli impiegati, gli operai ed i quadri eccedenti.

I licenziamenti, secondo la regola generale, devono essere dati per iscritto, e devono essere comunicati all'Ufficio provinciale del lavoro, alla Commissione regionale per l'impiego ed alle associazioni di categoria.

In ogni caso, la legge dispone che l'individuazione dei lavoratori da licenziare deve prioritariamente avvenire avendo riguardo alle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale.

Con ciò resta confermato che l'obiettivo principale perseguito dalla legge è il risanamento e la conservazione dell'impresa in crisi o, secondo i casi, il successo della trasformazione dell'organizzazione aziendale.

E, seppure la legge affida all'autonomia collettiva l'individuazione di criteri ulteriori e, in mancanza, richiama gli ambigui criteri già enunciati nell'accordo interconfederale del 1965, resta che tali criteri e la loro applicazione non possono non tener conto delle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale.

Infine è da dire che la legge, eliminando le incertezze giurisprudenziali, dispone che, quando risulti che il licenziamento per riduzione di personale sia stato intimato senza il rispetto della forma scritta o senza che siano state esperite le procedure di cui si è detto, ovvero sia stato disposto in violazione dei criteri di scelta, trovi applicazione la tutela reale del posto di lavoro (art. 18 della legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 108 del 1990).

**Licenziamenti
collettivi: Italia.**
Le procedure
Matia Persiani

Giurisprudenza comunitaria in materia di politica sociale *

Alberto Dal Ferro

Sommario

1. Premessa. 2. Divieto di discriminazione fra uomini e donne in materia di lavoro. 3. Trasferimento di azienda e continuazione del rapporto di lavoro. 4. Monopolio legale nel mercato del lavoro e regole di concorrenza del Trattato CEE.

1. Premessa.

Anche nel 1991 la Corte di giustizia della Comunità Europee ha reso alcune sentenze di grande interesse riguardanti il divieto di discriminazione anche indiretta fra uomini e donne derivante dall'art. 119 del Trattato CEE. Essa ha inoltre fornito delle importanti interpretazioni della direttiva 79/7 sulla parità di trattamento fra uomo e donna in materia di sicurezza sociale e sulla direttiva 76/207 in materia di parità di trattamento fra uomo e donna quanto all'accesso al lavoro.

I giudici comunitari hanno inoltre avuto occasione di pronunciarsi ancora una volta, e proprio relativamente ad una controversia inerente alla legislazione italiana, sulla direttiva 77/187 in materia di salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'impresa. Alla luce della normativa italiana in materia di ufficio di collocamento si presenta particolarmente importante la sentenza che ha riconosciuto l'applicabilità delle regole di concorrenza all'ufficio tedesco per il lavoro (Bundesanstalt für Arbeit).

Da ultimo va menzionata la sentenza Francovich del 19.11.1991 in cui, con riferimento alla direttiva sull'insolvenza che garantisce il pagamento di una parte del salario in caso di insolvenza dell'imprenditore, la Corte di giustizia ha compiutamente affermato il diritto di risarcimento dei danni da parte dei privati che siano stati lesi dalla mancata attuazione di una direttiva da parte dello Stato.

2. Divieto di discriminazione fra uomini e donne in materia di lavoro (1).

Sentenza del 7 febbraio 1991, Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg, (domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dall'Arbeitsgericht di Amburgo). Giudice relatore T.F. O'Higgins.

La sentenza in questione offre un'interessante applicazione del divieto di discriminazione

note

(*) L'autore ringrazia per la collaborazione e supervisione l'avvocato Enrico Traversa del servizio giuridico della commissione CEE.

(1) Le sentenze della Corte di giustizia vengono emanate simultaneamente nella lingua processuale ed in francese. La traduzione nelle altre lingue ufficiali della Comunità viene effettuata in un secondo momento. Nessuna delle sentenze qui in seguito emanate è già stata redatta in italiano (salvo ovviamente quelle in cui l'italiano era la lingua di procedura). Per questo motivo le statuizioni della Corte non vengono citate letteralmente, ma riportate in traduzione libera trattata dal testo francese.

**Giurisprudenza
comunitaria**
Alberto Dal Ferro

indiretta fra uomini e donne sancita dall'art. 119 del Trattato CEE (2). Nel contempo la Corte ha ribadito in maniera netta il principio della supremazia del diritto comunitario sul diritto interno ed in particolare la diretta applicabilità dell'art. 199 del Trattato ed il conseguente obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le disposizioni interne, compresi gli accordi collettivi in materia di lavoro, contrarie al diritto comunitario.

Nella fattispecie la Signora Helga Nimz era impiegata nella amministrazione della città libera ed anseatica di Amburgo.

Secondo la convenzione collettiva (*Bundesangestelltentarifvertrag* d'ora in poi BAT) che disciplina il contratto di lavoro degli agenti della funzione pubblica di cui la Signora faceva parte, ai fini di un passaggio ad un livello superiore di remunerazione viene presa in considerazione l'anzianità di servizio. I periodi di anzianità esaminati riguardano la totalità del periodo di lavoro per gli impiegati che effettuano almeno i tre quarti dell'orario normale di lavoro, e solamente la metà del periodo lavorativo per i lavoratori che fanno un orario compreso fra la metà ed i tre quarti dell'orario normale di lavoro.

Il giudice del lavoro di Amburgo adito dalla Signora Nimz constatava che più del 90% dei lavoratori che seguivano un orario di lavoro compreso fra la metà ed i tre quarti dell'orario normale, erano donne, mentre quest'ultime rappresentavano solo il 5% dei lavoratori che seguivano un orario di lavoro normale.

In tale contesto il giudice tedesco rivolgeva una domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia tendente a sapere se in tali condizioni un aumento di retribuzione subordinato ai criteri sopra menzionati non fosse contrario all'art. 119 del Trattato CEE o eventualmente alla direttiva 75/117 in materia di parità di retribuzioni fra uomo e donna (direttiva del Consiglio del 10 febbraio 1975 in *GUCE* 1975 n. L.45 pag. 19).

Il giudice nazionale chiedeva inoltre se una volta accertata tale contrarietà egli avrebbe dovuto imporre per la promozione degli impiegati il cui orario di lavoro era compreso fra la metà ed i tre quarti dell'orario normale, lo stesso criterio applicabile per la promozione degli impiegati che lavoravano almeno tre quarti del loro orario di lavoro, oppure se in omaggio all'autonomia delle parti sociali firmatarie dell'accordo tale questione avrebbe dovuto essere risolta dalle parti sociali stesse.

La risposta resa dalla Corte si è mantenuta in sintonia con la propria giurisprudenza ed ha ribadito la diretta applicabilità delle disposizioni del trattato che siano sufficientemente precise e la sua supremazia di quest'ultime rispetto alle disposizioni di diritto interno e anche di natura *convenzionale*. La Corte ha innanzitutto precisato che le disposizioni riguardanti il passaggio da un livello di retribuzione ad un livello superiore rientrano nella nozione di retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato CEE.

Il giudice comunitario ha poi confermato in liena con la sentenza Kowlska del 27 giugno 1990 in causa C-33/89 del 27 giugno 1990 (cfr. n. 2 di questa rivista), che il divieto di discriminazione fra lavoratori di sesso maschile e femminile s'impone non soltanto nei confronti delle autorità pubbliche, ma anche riguardo a qualsiasi convenzione collettiva che disciplini il rapporto di lavoro (sentenza Nimz punto 11 della motivazione).

I giudici di Lussemburgo hanno espressamente dichiarato che l'articolo 119 del Trattato CEE si oppone ad una convenzione collettiva che, come quella BAT, prevede per il passaggio ad un livello superiore di retribuzione che per i lavoratori che svolgono un orario di lavoro eguale ad almeno tre quarti dell'orario normale venga presa in considerazione la totalità della loro anzianità di servizio, mentre per i lavoratori che svolgono un orario di lavoro compreso fra la metà ed i tre quarti del loro orario normale, sia considerata solo la metà della loro anzianità di lavoro.

La Corte ha concluso che tali criteri di valutazione ai fini del passaggio ad un livello più alto di retribuzione sono vietati dall'art. 119 del trattato CEE allorché nel secondo gruppo di lavoratori vi è una percentuale di uomini molto più bassa rispetto alle donne (sentenza

note

(2) L'art. 119 del Trattato CEE così recita: "Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro.

Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

a) che la retribuzione accordata per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura;

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per un posto di lavoro uguale.

punto 15 della motivazione) a meno che il datore di lavoro non dimostri che una tale disposizione della convenzione collettiva è effettivamente giustificata da fattori obiettivi fondati sul rapporto fra l'esperienza che si acquisisce dopo un certo numero di ore lavorate ed il tipo di attività esercitata. Una tale valutazione spetta al giudice nazionale.

Il giudice comunitario ha avuto occasione di ribadire richiamando la sentenza Defrene dell'8 aprile 1976 (in causa 43/75, Racc. pag. 445) che l'articolo 119 del Trattato può essere obbligatoriamente invocato direttamente davanti al giudice nazionale che è tenuto a disapplicare le disposizioni nazionali anche derivanti da accordi collettivi ad esso non conformi.

La Corte di giustizia non si è limitata a ciò, ma ha precisato che il giudice nazionale deve applicare ai membri del gruppo sfavorito dalla discriminazione lo stesso regime di cui beneficiano i membri del gruppo favorito.

Con ciò è stato implicitamente ribadito dalla Corte che il principio di parità di trattamento va inteso nel senso di un'equiparazione verso l'alto: è infatti il gruppo sfavorito che viene portato a livello di quello favorito e non viceversa. La sentenza conferma inoltre la piena efficacia diretta sia verticale (nei confronti all'autorità pubblica) che orizzontale (nei rapporti fra privati) delle disposizioni di diritto comunitario immediatamente applicabili, quali appunto l'articolo 119 del Trattato CEE. È significativo infine che la Corte di giustizia non si sia nemmeno posta il problema se il divieto di discriminazione indiretta nelle retribuzioni fra uomo e donna derivasse dall'articolo 119 o dalla direttiva 75/117 che dello stesso costituisce un'applicazione: optando per la prima soluzione la Corte ha così evitato qualsiasi eventuale problema legato alla non efficacia orizzontale della direttiva non correttamente trasposta nell'ordinamento interno.

Sentenza del 13 marzo 1991, Ann Cotter, Norah Mc Dermott c. Minister for Social Welfare, Attorney General in causa C-377/89 (domanda di pronunzia pregiudiziale presentata dalla Supreme Court d'Irlanda), Giudice Relatore: T.F. O'Higgins.

La Corte ha qui precisato la nozione di effetto diretto verticale delle direttive ed ha confermato con estrema efficacia il principio per cui uno Stato che non ha correttamente attuato una direttiva non può far valere la propria inadempienza per vanificare e limitare l'effetto diretto delle direttive.

La domanda pregiudiziale in questione va inquadrata nell'ambito della legislazione irlandese secondo cui in base al Social Welfare Act del 1981 venivano garantiti agli uomini sposati dei sussidi per coniuge e figli a carico.

Al contrario le donne al fine di poter ottenere gli stessi sussidi dovevano effettivamente dimostrare di avere coniuge e figli a carico; inoltre le stesse disposizioni prevedevano per le donne un'indennità di disoccupazione ridotta rispetto a quella di cui beneficiavano gli uomini.

Il Social Welfare Act n. 2 del 1985 entrato in vigore il 20 novembre 1986 instaurava una parità di trattamento fra uomo e donna subordinando la concessione del sussidio all'effettiva prova che il coniuge fosse a carico. Anche per quanto riguarda le prestazioni per il figlio a carico veniva sancita la parità fra i due sessi. Le successive Social Welfare Regulations prevedevano tuttavia in via transitoria che i beneficiari che non avevano effettivamente un coniuge a carico e che per questo motivo avevano perso il loro diritto ad un sussidio (cioè solamente gli uomini sposati e non le donne sposate) ricevessero automaticamente dei versamenti compensatori. Ciò ha dato origine alla prima sentenza Mc Dermott Cotter del 24 marzo 1987 nella causa 286/85. In tale sentenza la Corte ha dichiarato che a partire dal 23 dicembre 1984 data entro la quale gli Stati membri avrebbero dovuto dare attuazione alla direttiva 79/7 del 19 dicembre 1978 relativa al divieto di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso in materia di sicurezza sociale (in *GUCE* 1979 n.L.6, pag.24), l'art. 4, par. 1 della direttiva in questione poteva essere invocato per scartare l'applicazione di qualsiasi disposizione nazionale non conforme al suddetto articolo.

Le ricorrenti davanti al giudice *a quo* anticipando la stessa sentenza della Corte, hanno chiesto al giudice nazionale di voler dichiarare che esse avevano diritto alle stesse maggiorazioni di sussidio che erano state accordate agli uomini sposati a titolo di compensazione dalle Regulations del 1986. Mentre la High Court accoglieva solo parzialmente la loro rivendicazione, la Supreme Court adita in appello, chiedeva in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia se l'art. 4 par. 1 della direttiva 79/7 dovesse essere interpretato nel senso che i sussidi concessi agli uomini sposati che dopo la scadenza del termine di attuazione delle direttive, avevano ricevuto tali sussidi per figli o coniuge a carico senza dover dimostrare

**Giurisprudenza
comunitaria**
Alberto Dal Ferro

**Giurisprudenza
comunitaria**
Alberto Dal Ferro

l'effettiva posizione di dipendenza di quest'ultimi, dovessero essere accordati anche alle donne sposate che si trovavano nella medesima condizione.

Nel rispondere affermativamente a tale domanda, in linea del resto con la precedente sentenza Cotter, la Corte ha offerto una rigida e coerente interpretazione del principio di parità di trattamento. I giudici comunitari hanno infatti statuito che tale parità di trattamento va tutelata accordando i sussidi in questione anche alle donne ed anche nel caso in cui ciò comporti una doppia erogazione alle stesse famiglie. Nel sancire tale principio la Corte è partita da un'interpretazione letterale dell'art. 4, par. 1 della direttiva 79/7 (citata *supra*) affermando che la formulazione di tale norma — che stabilisce che il principio di parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso in particolare per ciò che riguarda il calcolo delle prestazioni comprese le maggiorazioni dovute al titolo del congiunto —, comprende necessariamente le eventuali maggiorazioni per congiunti che non sono a carico.

Un punto notevole della statuizione della Corte va certamente ricercato nella riaffermazione del principio, già espresso nella giurisprudenza comunitaria, secondo cui le autorità nazionali non possono fondarsi sul proprio comportamento illegittimo per impedire che le disposizioni comunitarie producano i loro effetti: nella fattispecie dunque le Autorità irlandesi non potevano appoggiarsi sulle proprie precedenti disposizioni che violavano il principio di parità di trattamento fra uomini e donne, per impedire all'art. 4 n. 1 della direttiva di produrre i propri effetti in nome del rischio di un doppio versamento alle stesse famiglie e di un conseguente arricchimento senza causa. La Corte ha pronunciato questo principio con grande forza: la mancata attuazione di una direttiva da parte dello Stato è una violazione del diritto comunitario che può portare lo Stato addirittura a scontrarsi con disposizioni di diritto interno.

È significativo del resto che la Corte si sia spinta con la seconda risposta fornita dal giudice nazionale, quasi oltre quanto da quest'ultimo richiesto. Pur essendo implicito, nelle domande pregiudiziali, il problema specifico dell'estensione alla donne delle indennità compensatorie concesse agli uomini dalle Regulations del 1986 sopra citate, il problema stesso non era stato esplicitamente sollevato dalla Supreme Court: ciò nonostante la Corte di giustizia in omaggio all'ampiezza della formulazione del principio di parità di trattamento posto dall'art. 4 n. 1 della direttiva 79/7, ha statuito chiaramente nel senso dell'estensione anche alle donne di una tale indennità compensatoria.

Sentenza del 11 luglio 1991, Elsie Rita Johnson c. Chief Adjudication Office in causa C-31/90, domanda pregiudiziale formulata dal Social Security Commissioners (giudice in materia di lavoro) di Londra. Giudice relatore M. Zuleeg.

La sentenza *de qua* approfondisce con incisività e coerenza l'interpretazione della direttiva 79/L7 più volte citata. Essa offre un'interpretazione degli artt. 2 e 3 della direttiva in questione e ribadisce la diretta applicabilità dell'art. 4 che rimane, in assenza di corretta esecuzione della direttiva stessa, il solo sistema di riferimento valido onde assicurare il rispetto del principio della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di sicurezza sociale.

Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di Giustizia trovano la loro origine nelle domande poste dal Social Security Commissioners che, nell'ambito di una controversia promossa dalla Signora Johnson, ha chiesto alla Corte di stabilire se una persona che ha interrotto la propria attività lavorativa per occuparsi dell'educazione dei figli e si trova nell'impossibilità di riprendere la propria attività a causa di una malattia, rientri o meno nel campo di applicazione della direttiva 79/7.

La corte ha dapprima riconosciuto che la direttiva 79/7 *non* si applica ad una persona che ha lasciato il proprio lavoro (indipendentemente dal motivo, propria volontà o altro per cui l'ha fatto) per occuparsi dell'educazione dei figli e che si trovi nell'impossibilità di riprendere il proprio lavoro a causa di una malattia, a meno che tale persona fosse alla ricerca di un lavoro e tale ricerca sia stata interrotta per uno dei motivi indicati al par. 3.1. a) della direttiva e cioè malattia, invalidità, vecchiaia.

L'interpretazione fornita dalla Corte riflette il contenuto del combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3 della direttiva. In effetti la Corte ha osservato che sono soprattutto le donne ad abbandonare l'attività lavorativa per dedicarsi alla cura dei figli ma ha dovuto egualmente ammettere che la direttiva lascia (art. 7 par. 1, punto b) agli Stati la facoltà di escludere dal suo campo di applicazione (e quindi dal principio di parità di trattamento) i diritti alle prestazioni erogate in seguito ai periodi di interruzione del lavoro per l'educazione dei figli.

I giudici comunitari hanno tuttavia precisato che una persona in cerca di lavoro fa comunque parte della popolazione attiva ai sensi dell'art. 2 della direttiva senza che sia necessario indagare se prima esercitava o meno un'attività professionale e per quale motivo l'abbia abbandonata. Spetta al giudice nazionale individuare se la persona in questione fosse o meno alla ricerca di un impiego alla luce in particolare, ma non esclusivamente, dei principi forniti dalla Corte nella stessa sentenza cioè: l'iscrizione ad una lista di disoccupazione o similare; le lettere spedite all'interessato o se si è presentato a colloqui per un suo eventuale impiego.

Con la risposta alla seconda parte dei quesiti formulati dal giudice di rinvio la Corte si è addentrata più specificamente nei problemi posti dalla legislazione nazionale *de qua* che come vedremo è risultata contraria all'art. 4 della direttiva 79/7.

In base al Social Security Act del 1975 infatti uno speciale contributo di invalidità veniva erogato alle donne e uomini che non erano in grado di svolgere attività lavorativa a causa di una malattia. L'indennità veniva tuttavia versata alle donne che convivevano con un uomo, solo se dimostravano di non essere in grado di svolgere la normale attività di casalinghe. Tale disciplina veniva successivamente eliminata da una nuova normativa. Tuttavia quest'ultima stabiliva che la stessa indennità poteva venir erogata automaticamente anche a coloro che in base alla vecchia normativa avevano diritto di godere della precedente indennità che, come sopra visto, presentava un aspetto discriminatorio (già sanzionato dalla Corte di giustizia con la sentenza del 24.6.1987, *Borrie Clarke* nella causa 384/85, Racc. 1987 pag. 2865). La ricorrente dunque al fine di vedersi erogata la nuova indennità doveva dimostrare di aver diritto alla precedente indennità che come abbiamo visto era discriminatoria nei confronti delle donne sposate o conviventi con un uomo. La Corte di giustizia ha colpito ancora una volta in modo rigoroso una discriminazione indiretta fra uomo e donna sancendo l'applicabilità immediata dell'art. 4 della direttiva 79/7. Essa ha infatti affermato che l'art. 4 della direttiva 79/7 può essere invocato per scartare l'applicazione di una legislazione nazionale che subordina il diritto ad una indennità al fatto di aver preventivamente chiesto l'erogazione di un'altra indennità ormai abrogata, che veniva erogata in modo discriminatorio nei confronti dei lavoratori di sesso femminile.

Sentenza del 11 luglio 1991, A. Verholen e altri c. Sociale Verzekeringsbank Amsterdam, (in cause C-87/90, C-88/90, C-89/90, domanda di pronuncia pregiudiziale formata dallo Raad van Beroep di s'Hertogenbosch, paesi Bassi) Giudice Relatore F. Schockweiler.

La sentenza chiarisce che il giudice nazionale può valutare la conformità di una regolamentazione nazionale con le disposizioni precise ed incondizionate di una direttiva anche d'ufficio, e cioè nel caso in cui le parti non abbiano invocato tale disposizione davanti al giudice.

La Corte ha quindi fornito alcune importanti precisazioni relative all'interpretazione della direttiva 79/7.

Il rinvio pregiudiziale era stato originato dal rifiuto da parte dell'organismo di Sicurezza Sociale olandese di erogare alle ricorrenti, che avevano raggiunto l'età pensionabile, una pensione completa a motivo che i loro coniugi, al momento residenti in Olanda, avevano esercitato per un certo periodo la loro attività all'estero ove erano coperti da un'assicurazione diversa da quella olandese. Va precisato che secondo la legislazione olandese in vigore fino al 10 aprile 1985 il coniuge di sesso maschile che si trovava nella medesima condizione delle ricorrenti aveva regolarmente diritto alla pensione completa comprendente cioè anche i periodi in cui la moglie si trovava all'estero ove era coperta da un'assicurazione locale.

La Corte di giustizia ha precisato che il campo d'applicazione personale della direttiva 79/7 è determinato dal suo art. 2, che stabilisce che la direttiva si applica a tutti i lavoratori anche in pensione o invalidi, compresi coloro che hanno interrotto l'attività per malattia, incidente o disoccupazione involontaria, ed è alla ricerca di un impiego. Il contenuto di tale articolo non può variare in relazione al suo campo di applicazione materiale determinato dall'art. 3 che riguarda i regimi legali che assicurano contro i rischi di malattia, invalidità, vecchiaia, incidenti di lavoro e malattie professionali, disoccupazione. Pertanto una persona che non rientra nel campo di applicazione previsto dall'art. 2 non può invocare le disposizioni della direttiva in base al fatto che un organismo nazionale di sicurezza sociale è preso in considerazione dall'art. 3 della direttiva. Nella fattispecie due delle ricorrenti non avevano mai esercitato attività lavorativa e pertanto non potevano servirsi delle disposizioni della direttiva poiché non rientravano fra le categorie di persone considerate dall'art. 2.

I giudici comunitari hanno poi precisato che il diritto di invocare le disposizioni della

**Giurisprudenza
comunitaria**
Alberto Dal Ferro

**Giurisprudenza
comunitaria**
Alberto Dal Ferro

direttiva 79/7 non è limitato alle sole parti effettivamente ricorrenti davanti al giudice nazionale ma è esteso a tutte le persone che possono avere un interesse diretto a vedere rispettato il principio di parità di trattamento sancito dalla direttiva relativamente alle persone che rientrano nel suo campo d'applicazione (sentenza punto 23 della motivazione). La Corte pur precisando che spetta, in generale, al giudice nazionale stabilire la qualità e l'interesse del ricorrente per agire in giudizio, ha qui ricordato il principio di effettività del diritto comunitario e il conseguente principio secondo cui la legislazione nazionale non deve rendere difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dell'ordinamento comunitario (cf. sentenza Johnson del 15 maggio 1986 in causa 223/84, Racc. 1986 pag. 1651; sent. San Giorgio del 9 novembre 1983, in causa 199/82, Racc. 1983 pag. 3995). Applicati alla fattispecie tali principi hanno portato la Corte a statuire esplicitamente che l'interessato può invocare davanti al giudice nazionale le disposizioni della direttiva 79/7, allorquando subisce gli effetti di una disposizione nazionale discriminatoria riguardante il suo congiunto che non è parte del processo, ma rientra nel campo di applicazione della direttiva.

La Corte ha quindi ricordato che la violazione del divieto di discriminazione fra uomo e donna sancito dalla direttiva (nella fattispecie il fatto che in determinate circostanze le donne sposate venivano escluse dal beneficio dell'assicurazione sulla vecchiaia) impedisce agli Stati membri di mantenere in vigore, dopo la scadenza del termine per la trasposizione della direttiva, anche solo certi effetti di una legislazione nazionale anteriore che perpetrava la discriminazione sopra menzionata.

Sentenza del 25 luglio 1991, Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare, Attorney General in causa C-208/90 (domanda di pronuncia pregiudiziale presentata della High Court D'Irlanda) Giudice relatore: T.F. O'Higgins.

La causa in questione s'inquadra nell'ambito dei ricorsi introdotti davanti ai giudici irlandesi in seguito alle discriminazioni fra uomo e donna operate dalla legislazione irlandese anche successivamente al 23 Dicembre 1984, data di scadenza del termine di trasposizione della direttiva.

In particolare la causa *da qua* verte sul diritto alla erogazione dell'indennità per figli o coniuge a carico che spetta, secondo la legislazione irlandese, in ogni caso agli uomini, mentre viene erogato alle donne solo a condizione che dimostrino che coniuge e figlio sono effettivamente a carico. La ricorrente davanti al giudice *a quo* chiedeva dunque che a partire 23.12.1984 le fossero erogate le stesse somme che sarebbero spettate ad un uomo sposato che si trovava in una condizione identica alla sua. La fattispecie è dunque identica a quella, esaminata *supra*, oggetto della sentenza Mc. Dermott a Cotter. La peculiarità insita nella presente causa, riguarda la posizione della ricorrente che dopo la prima sentenza Mc Dermott del 4 marzo 1987 (citata *supra* in occasione del commento della seconda sentenza Mc Dermott e Cotter) si è attivata per sollecitare l'erogazione delle suddette somme da parte del Ministero competente. In seguito alle risposte sostanzialmente insoddisfacenti di quest'ultimo la Signora Emmott ha adito la High Court. Il giudice adito ha tuttavia osservato che ai sensi di una norma di carattere procedurale irlandese la domanda giudiziale avrebbe dovuto, a pena di decadenza, essere introdotta entro un termine perentorio che nella fattispecie era scaduto. La magistratura irlandese, ha pertanto rivolto una questione pregiudiziale della Corte di giustizia onde sapere se l'applicazione di tale termine previsto dal diritto irlandese fosse conforme al diritto comunitario.

I giudici comunitari nell'osservare che appartiene all'ordine giuridico interno di ogni Stato membro assicurare le modalità secondo cui i singoli possono far valere i propri diritti garantiti dall'ordinamento comunitario, ha ricordato i propri principi fondamentali in materia di effettività del diritto comunitario (cf. sent. Verholen *supra*) ed ha analizzato la natura delle direttive comunitarie. La Corte ha ricordato in particolare che l'art. 189 del Trattato impone l'obbligo agli Stati membri di dare corretta attuazione alle direttive.

Quindi ha sottolineato la propria giurisprudenza che evidenzia l'obbligo degli Stati di assicurare la completa attuazione delle direttive in modo sufficientemente chiaro e preciso (sent. del 9 aprile 1987, Italia c. Commissione in causa 363/85, Racc. pag. 1733). I giudici comunitari hanno poi precisato che fino al momento in cui la direttiva non è stata correttamente trasposta nell'ordinamento giuridico interno i singoli si trovano in uno stato di incertezza che permane anche se la Corte ha nel frattempo accertato che lo Stato in questione non ha trasposto correttamente la direttiva e che le disposizioni di quest'ultima sono sufficientemente precise ed incondizionate, tali cioè da poter essere direttamente

invocate davanti alle giurisdizioni nazionali. Alla luce di ciò la Corte ha osservato che un termine previsto dalla normativa nazionale per l'introduzione di una domanda giudiziale diretta ad invocare nei confronti delle autorità di quello Stato le disposizioni di una direttiva non trasposta, non può essere fatto valere dalle autorità nazionali fino a che la direttiva non sia stata correttamente trasposta nel suo ordinamento interno.

La statuizione della Corte, pur conforme alla precedente giurisprudenza è di grande importanza: il principio sotteso a tale statuizione, sancito in modo eclatante, si può inquadrare in quello più volte affermato dai giudici comunitari, secondo cui lo Stato non può nemmeno indirettamente servirsi del proprio inadempimento ad un obbligo comunitario per negare o limitare la corretta applicazione del diritto comunitario stesso: nella fattispecie nemmeno delle disposizioni di natura procedurale di diritto interno possono essere fatte valere onde impedire al singolo di far valere i propri diritti contro lo Stato inadempiente ad un obbligo di diritto comunitario.

**Giurisprudenza
comunitaria**
Alberto Dal Ferro

Sentenza del 25 luglio 1991, procedimento penale c. Stöckel, in causa C-345/89 (domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale de Police di Illkirch (Francia). Giudice relatore Gordon Slynn.

La sentenza è incentrata sull'interpretazione dell'art. 5 della direttiva 76/207 relativa alla realizzazione del principio della parità di trattamento fra uomo e donna relativamente all'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e alle condizioni di lavoro (direttiva del 9 febbraio 1976 in *GUCE* n. L.39 pag. 40). In margine alla sentenza resta tuttavia parzialmente aperto il problema di compatibilità con la direttiva 76/207 della convenzione n. 89 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 9 luglio 1948 di cui fa parte oltre la Francia anche l'Italia che impedisce il lavoro notturno delle donne.

La procedura penale trova la sua origine nell'azione del direttore di una società in difficoltà che, previo accordo con le organizzazioni sindacali, aveva costituito delle squadre notturne di operai, composte anche da donne. Tale azione viola l'art. L-213-1 del codice del lavoro francese secondo cui le donne non possono essere impiegate in alcun tipo di lavoro notturno salvo alcune circoscritte eccezioni.

Il giudice di rinvio ha ritenuto che l'articolo in questione del codice del lavoro fosse contrario all'art. 5 della direttiva 76/207 ed ha pertanto posto una domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Quest'ultima ha effettivamente osservato che l'art. 5 della direttiva prevede la soppressione o la revisione delle disposizioni nazionali contrarie al principio della parità di trattamento fra uomo e donna in materia di accesso al lavoro ed alle condizioni di lavoro, qualora il principio di protezione che abbia ispirato tali disposizioni non sia più fondato. La Corte ha osservato che, conformemente alla propria sentenza Marshall (sent. del 2 febbraio 1986 in causa 152/84, Racc. 1986 pag. 723), l'art. 5 della direttiva non autorizza gli Stati a restringere l'applicazione del principio di parità di trattamento sopra menzionato; inoltre tale disposizione è sufficientemente precisa ed incondizionata e pertanto può direttamente essere invocata dai singoli davanti alle giurisdizioni nazionali.

I giudici comunitari hanno precisato che la direttiva, pur non pregiudicando le disposizioni relative alla protezione delle donne con particolare riferimento alla gravidanza e maternità, non giustifica alcun tipo di discriminazione fra uomo e donna: in particolare con riferimento al pericolo di aggressioni a cui la donna potrebbe essere esposta più dell'uomo durante il periodo notturno, pericolo ventilato dal governo italiano e francese, la Corte ha osservato che a ciò può essere ovviato mediante una opportuna vigilanza.

I giudici comunitari hanno quindi concluso che l'art. 5 della direttiva 76/207 è sufficientemente preciso per creare a carico degli Stati membri l'obbligo di non porre un principio normativo comportante il divieto del lavoro notturno degli uomini nemmeno se il divieto è suscettibile di alcune deroghe.

Va ricordando in margine a tali osservazioni della Corte che la legislazione francese è conforme alla convenzione n. 89 dell'OIL del 9 luglio 1948. Ai sensi dell'art. 234.2 del Trattato CEE gli Stati membri devono adottare tutti i mezzi per eliminare le incompatibilità derivanti dalle convenzioni internazionali anteriori all'entrata in vigore del Trattato ed a questo contrarie. Dalla stessa formulazione della sentenza si deduce che la Corte, pur ignorando formalmente l'esistenza di tale convenzione internazionale, abbia considerato che l'art. 5 della direttiva 76/207 non sia *tout court* incompatibile con la convenzione internazionale sopra menzionata, nella misura in cui, come ha precisato l'Avvocato Generale Tesaurò nelle proprie conclusioni, la disposizione della direttiva impedisce semplice-

**Giurisprudenza
comunitaria**
Alberto Dal Ferro

mente una discriminazione fra i due sessi. Dunque in teoria laddove fosse impedita tale discriminazione estendendo per esempio agli uomini il divieto di lavoro notturno riguardante le donne, non vi sarebbe né violazione della convenzione OIL né violazione dell'art. 5 della direttiva 76/207. È certo che una soluzione di tale genere sembra teorica ed il problema della compatibilità della convenzione 89 dell'OIL con la direttiva *de qua* si riproporrà specificamente in seguito al rinvio pregiudiziale inoltrato dal Tribunale di Metz in data 22.5.1991. È significativo del resto che la Corte Costituzionale italiana con sentenza n. 210 del 9 luglio 1986 abbia dichiarato parzialmente incostituzionale la legge italiana di esecuzione della suddetta convenzione.

3. Trasferimento di azienda e continuazione del rapporto di lavoro.

Sentenza del 25 luglio 1991, Giuseppe D'Urso e.a., Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA e Ercole Marelli Nuova Elettromeccanica Generale SpA, in causa C-362/89 (domanda pregiudiziale presentata dal Pretore di Milano). Giudice Relatore F. Grevisse.

La sentenza riguarda l'interpretazione della direttiva 77/187 del Consiglio concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (direttiva del 14 febbraio 1987 in *GUCE* n. L 61 pag. 26). Più particolarmente il problema centrale posto dalla domanda pregiudiziale riguarda l'applicabilità di tale direttiva alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi istituita con il D.L. n. 26 del 30.1.1979 convertito in legge n. 95 del 3 aprile 1979.

La questione è sorta nell'ambito della ristrutturazione della Ercole Marelli SpA (EM) che era stata ceduta alla Nuove Ercole Marelli SpA (NEM). Nel quadro della cessione veniva stipulato un accordo sindacale in base al quale molti lavoratori della cedente rimanevano in forza a quest'ultima usufruendo della cassa integrazione guadagni straordinari (CIGS). I lavoratori in questione adivano il pretore di Milano per sentir dichiarare che il loro rapporto di lavoro sarebbe proseguito senza interruzione con la NEM. Nel quadro di tale controversia il pretore chiedeva innanzitutto alla Corte se l'art. 3 par. 1 della direttiva 77/187 dovesse essere interpretato nel senso che i contratti di lavoro esistenti in capo al cedente continuassero automaticamente in capo al cessionario (3).

La Corte ha ricordato (cf. sent. punti 9-12 della motivazione) la propria giurisprudenza in proposito secondo cui la direttiva tende ad assicurare il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'impresa permettendo loro di continuare il rapporto col nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni vigenti col datore di lavoro cedente (cf. sentenza del 5 maggio 1988 in causa 144-145/87, *Berg Racc.* pag. 2559). Le disposizioni della direttiva al riguardo, ha precisato la Corte, sono imperative e si impongono obbligatoriamente al cedente, al cessionario ed ai rappresentanti sindacali (cfr. sentenza del 11 luglio 1985 *Mikkelsen* in causa 105/84, *Racc.* 1985 pag. 2689). Rispondendo alle osservazioni del Governo italiano e dei convenuti davanti al giudice nazionale, la Corte ha osservato che un trasferimento d'azienda non implica comunque il divieto di licenziamenti per ragioni economiche, tecniche e d'organizzazione, fermo restando che il trasferimento d'azienda *non può* costituire di per sé un motivo di licenziamento (sentenza punto 19 della motivazione). La seconda domanda pregiudiziale presentata dal pretore di Milano riguarda da vicino, come sopra accennato, la legge n. 95 del 1979 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ed in particolare l'applicabilità della direttiva 77/187 a cessioni avvenute nel quadro di tale legge.

La Corte pur attraverso un dettagliato esame della propria giurisprudenza al riguardo (cf. soprattutto sentenza *Abels* del 7 febbraio 1985 in causa 135/83, *Racc.* pag. 469; sentenza punti 22-26 della motivazione) non è giunta ad una soluzione univoca, ma ha fornito al giudice nazionale i criteri per definire la controversia.

La Corte ha precisato che la direttiva *da qua* non si applica ai trasferimenti d'azienda che avvengono nel quadro di una procedura fallimentare (l'art. 1 stabilisce che la direttiva si applica alle cessioni contrattuali o alle fusioni). Tuttavia nell'ambito di procedure che pur

note

(3) L'art. 3 par. 1 della direttiva 77/187 recita: "I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, sono le conseguenze di tale trasferimento, trasferiti al cessionario..."

presentano alcune caratteristiche proprie delle procedure fallimentari ma, in cui il controllo giudiziale è meno accentuato e tende piuttosto ad assicurare un proseguimento dell'attività d'impresa attraverso una forma di sospensione collettiva dei pagamenti, la direttiva è senz'altro applicabile.

Ciò premesso la Corte ha analizzato le caratteristiche della legge n. 95 individuando in essa una duplice natura: da un lato l'ha correttamente assimilata alla liquidazione coatta amministrativa disciplinata dagli artt. 194 e segg. e dall'art. 237 della legge fallimentare; dall'altro, nella misura in cui il decreto applicativo dell'amministrazione straordinaria può ordinare il proseguimento dell'attività dell'impresa nell'ambito di un piano di risanamento della stessa, la Corte ha individuato nella legge sull'amministrazione straordinaria una natura ed uno scopo estraneo ad una procedura fallimentare. Ciò premesso la Corte ha offerto due risposte differenziate al giudice nazionale a seconda che il decreto applicativo della legge 95 autorizzi o meno le prosecuzioni dell'impresa in questione. Nella seconda ipotesi e cioè nel caso in cui la legge 895 operi effettivamente alla stregua di un'esecuzione coatta amministrativa, la Corte ha dichiarato che la direttiva 77/187 non è applicabile: al trasferimento d'azienda che avvenga in tale contesto non si applicano le disposizioni a tutela dei lavoratori previste dalla direttiva *de qua*. Nell'ipotesi invece in cui dal decreto applicativo della legge 95 emerga che è stata ordinata la continuazione dell'attività d'impresa nel tentativo di salvare le parti sostanzialmente sane delle sue attività, la direttiva 77/187 trova regolare applicazione.

La decisione della Corte confortata dalla sua precedente giurisprudenza, sembra in linea con lo spirito della direttiva ed anche se la sua concreta applicazione non mancherà di porre difficoltà ha il pregio di offrire delle utili indicazioni nell'ambito della legislazione italiana in materia.

Giurisprudenza
comunitaria
Alberto Dal Ferro

4. Monopolio legale nel mercato del lavoro e regole di concorrenza del Trattato CEE.

Sentenza del 23 aprile 1991, Kalus Höffner e Fritz Elsec c. Macrotron, GmbH, in causa C-41/90 (domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dall'Oberlandesgericht di Monaco). Giudice Relatore: P.J.G. Kaspteyn.

La sentenza in questione offre importantissimi chiarimenti sulla nozione di impresa pubblica operante in condizioni di monopolio e sull'applicabilità alla stessa delle disposizioni in materia di tutela della concorrenza. Data la somiglianza fra il sistema dell'ufficio di collocamento previsto dalla legislazione italiana in materia di lavoro e quello disciplinato dalla normativa tedesca la sentenza Höffner si presta a considerazioni pratiche di immediato riflesso sulla normativa italiana in materia di collocamento.

I fatti all'origine della domanda pregiudiziale riguardavano gli onorari reclamati dagli attori davanti al giudice nazionale per aver procurato ad un'impresa, che ne era alla ricerca, un direttore del servizio vendite. Il candidato proposto ad avviso dei ricorrenti si presentava come il candidato ideale per occupare il posto in questione. La legge tedesca sull'impiego (*Arbeitsförderungsgesetz*, d'ora in avanti AFG) conferisce in esclusiva (art. 3) all'Ufficio Federale del lavoro la funzione essenziale di mettere in contatto, datori di lavoro e lavoratori alla ricerca di impiego. L'Ufficio in questione ai termini dell'art. 23 della AFG può cedere tale suo diritto esclusivo ad altre istituzioni o persone la cui attività resta tuttavia sottoposta al controllo dell'Ufficio Federale del Lavoro. Ogni attività di collocamento contraria alle prescrizioni dell'AFG è passibile di un'ammenda. Ciò nonostante in Germania si è sviluppata una attività di collocamento, soprattutto per quanto riguarda i quadri ed i dirigenti d'impresa, parallela a quella dell'Ufficio Federale. In tale circostanza quest'ultimo ha reagito con una certa elasticità; da un lato ha creato nel proprio interno una sezione specializzata per il collocamento dei quadri e dei dirigenti, dall'altro ha emesso delle circolari con cui si dichiarava disposto a tollerare l'esistenza di altri organismi che, nell'ambito di accordi con l'Ufficio stesso svolgessero l'attività di collocamento dei quadri e dei dirigenti.

Il giudice nazionale adito dai ricorrenti ha posto alla Corte di giustizia alcune domande relative all'interpretazione dell'art. 59 (libera prestazione dei servizi) e degli artt. 86 e 90 del Trattato (divieto di abuso di posizione dominante e applicazione delle regole di concorrenza anche alle imprese pubbliche operanti in condizioni particolari: monopolisti o titolari di diritti speciali esclusivi).

La Corte ha esaminato attentamente la domanda relativa agli articoli posti a tutela della

**Giurisprudenza
comunitaria**
Alberto Dal Ferro

libera concorrenza: essa ha cominciato coll'affermare che l'Ufficio Pubblico del lavoro è un'impresa ai sensi degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE. Ha osservato inoltre che la nozione di impresa ai sensi dell'art. 86 del Trattato CEE comprende qualsiasi entità che svolge un'attività economica indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tale entità e dal suo modo di finanziamento. Alla luce di tale definizione è certamente impresa un'entità che svolge un'attività di collocamento di dirigenti e quadri. A tale entità vanno pertanto applicate le regole di concorrenza. In particolare un Ufficio Pubblico che si occupi di collocamento deve essere considerato un'impresa che gestisce servizi di interesse economico generale e resta sottoposta all'art. 90 par. 2 del Trattato. Tale impresa non sfugge pertanto alle regole di concorrenza a meno che sia dimostrato che la loro applicazione è incompatibile con la missione a cui l'Ufficio è preposto (sent. punto 24 della motivazione).

Più precisamente un Ufficio Pubblico che gode di un diritto esclusivo al collocamento dei quadri e dei dirigenti d'impresa è un'impresa ai sensi dell'art. 90 par. 1 del Trattato che vieta agli Stati membri di promulgare o mantenere in vigore misure contrarie, in particolare, agli artt. 85 ed 86 del Trattato.

I giudici comunitari hanno quindi ricordato che, conformemente alla propria giurisprudenza un'impresa occupa una posizione dominante su una parte sostanziale del mercato ai sensi dell'art. 86, nel caso in cui il territorio comunitario su cui l'impresa esercita la propria attività, corrisponde, come nel caso dell'Ufficio di collocamento tedesco al territorio di uno Stato membro.

L'art. 86 del Trattato tuttavia non vieta la posizione dominante di per sè, ma lo sfruttamento abusivo della stessa. La Corte ha quindi precisato che tale sfruttamento abusivo (vietato ai sensi dell'art. 86 b) del Trattato CEE) si verifica nel caso in cui l'impresa titolare del diritto esclusivo non è in grado di soddisfare adeguatamente la domanda o l'offerta di posti di lavoro e l'esercizio effettivo della stessa attività da parte delle società private è impedito da disposizioni di legge che vietano quest'attività sotto pena di nullità dei corrispondenti contratti (sent. punto 31 delle motivazioni).

I giudici comunitari hanno quindi precisato che, affinché si realizzi il pregiudizio al commercio degli Stati membri, cioè l'altra condizione necessaria per l'operatività del divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante è sufficiente che il collocamento dei quadri o dirigenti possa riguardare cittadini degli altri Stati membri della CEE (nostra sottolineatura).

La Corte ha quindi osservato che l'art. 59 del Trattato non trova applicazione nei casi in cui manca completamente qualsiasi aggancio con l'aspetto "comunitario" della libera prestazione dei servizi. Ciò si verifica proprio nella fattispecie *de qua* in cui un contratto di collocamento concluso fra persone di uno Stato membro, riguarda lavoratori cittadini dello stesso Stato che si impiegano in imprese del medesimo Stato membro.

Sentenza del 19 novembre 1991, Francovich, Bonifaci e.a. c. Repubblica Italiana, in cause C-6 e 9/90 (domande pregiudiziali presentate dalla Corte del Pretore di Vicenza, e dal Pretore di Bassano del Grappa). Giudice relatore: Rodriguez Iglesias.

Con questa importante sentenza la Corte di giustizia affronta per la prima volta in modo esplicito il tema del diritto dei privati al risarcimento danni conseguente alla mancata trasposizione nei termini di una direttiva da parte dello Stato.

La direttiva che ha dato origine alla causa pregiudiziale è la 980/987 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. Il termine per l'attuazione della direttiva in questione da parte degli Stati membri era scaduto il 23 ottobre 1983. Poiché l'Italia non vi aveva provveduto, la Corte di giustizia ne ha accertato l'inadempimento con sentenza del 2 febbraio 1989 in causa 22/87 (Racc. 1989 pag. 143).

La controversia in questione è sorta in seguito all'azione di alcuni lavoratori a cui non erano state corrisposte le retribuzioni a causa dello stato di insolvenza in cui era venuto a trovarsi il loro datore di lavoro. I lavoratori adivano dunque il pretore quale giudice del lavoro chiedendo che fossero loro corrisposte le retribuzioni arretrate conformemente alla direttiva 80/987 nel caso le pertinenti disposizioni di quest'ultima fossero precise ed incondizionate, o domandando quantomeno il risarcimento dei danni allo Stato nel caso in cui le disposizioni della direttiva non godessero di tale prerogativa.

I giudici nazionali sospendevano il giudizio ponendo alla Corte di giustizia in via pregiudiziale i suddetti quesiti.

I giudici comunitari, per determinare se le pertinenti disposizioni delle direttive fossero

precise ed incondizionate (4), hanno analizzato le suddette disposizioni conferenti i diritti rivendicati dai lavoratori sotto tre aspetti: la determinazione dei beneficiari della garanzia stabilita dalla direttiva, il contenuto della garanzia e l'identità del soggetto tenuto alla garanzia.

Quanto ai primi due aspetti la natura incondizionata e precisa della direttiva non ha posto difficoltà ai giudici: i beneficiari erano senza dubbio i lavoratori dipendenti, ed il contenuto della garanzia cioè il pagamento delle retribuzioni non pagate ai lavoratori a causa dell'insolvenza, era ugualmente preciso ed incondizionato poiché, pur nell'ambito di una scelta lasciata agli Stati membri, prevedeva un livello minimo di retribuzione sotto il quale lo Stato non poteva comunque scendere (art. 4 della direttiva).

L'aspetto che ha invece portato i giudici comunitari a negare la natura precisa ed incondizionata delle disposizioni in questione è stato l'identità del soggetto tenuto al versamento delle retribuzioni ai lavoratori e cioè i cosiddetti organismi di garanzia per la creazione dei quali lo Stato doveva predisporre un sistema istituzionale di garanzia appropriato (sentenza punto 25 della motivazione).

Tale indeterminatezza delle disposizioni della direttiva riguardanti l'identità del soggetto tenuto al pagamento dei diritti ai lavoratori ha impedito ai giudici comunitari di dichiarare che le pertinenti disposizioni della direttiva erano sufficientemente precise ed incondizionate: di conseguenza il singolo non può farle valere direttamente davanti al giudice nazionale.

Ciò premesso la Corte è passata all'esame della seconda parte del quesito posto dal giudice nazionale e diretto a conoscere se proprio nel caso in cui il singolo non può invocare direttamente le disposizioni di una direttiva davanti al giudice nazionale, egli ha comunque la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni nei confronti dello Stato inadempiente. La risposta positiva fornita dalla Corte contribuirà senz'altro ad assicurare effettività al diritto comunitario.

I giudici di Lussemburgo hanno dunque sancito innanzitutto il principio di responsabilità dello Stato per la violazione del diritto comunitario ed hanno precisato che tale principio è inerente al sistema del trattato. Essi hanno quindi individuato le condizioni in base a cui il principio di responsabilità dello Stato così precisato dà origine ad un risarcimento dei danni. La prima condizione è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di un diritto a favore dei singoli. La seconda è che il contenuto di tale diritto possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva. La terza condizione è l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito soggetti lesi (sentenza punto 40 della motivazione).

Qualora tali condizioni si realizzino sorge un diritto al risarcimento che trova il suo fondamento nel diritto comunitario, e che deve essere liquidato nell'ambito della norme di diritto nazionale relative alla responsabilità dello Stato (sent. punto 41-42 della motivazione).

La Corte ha opportunamente precisato, confermando la propria giurisprudenza, che le norme nazionali in tema di risarcimento di tale danno non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento.

È evidente che una tale coraggiosa sentenza apre la via ad un'affermazione generalizzata, e dunque non limitata alla mancata attuazione di una direttiva, del principio del risarcimento del danno per violazione da parte dello Stato di un obbligo impostogli dal diritto comunitario.

Nella fattispecie in questione le statuizioni della Corte implicano una serie di conseguenze ancora inesplorate, soprattutto a livello nazionale. Resta tra l'altro da stabilire se la direttiva in tema di insolvenza si applichi alle sole ipotesi in cui vi sia una dichiarazione formale di fallimento che accerti lo stato di insolvenza del datore di lavoro, oppure anche a tutte le altre ipotesi sostanzialmente simili, ma relativamente alle quali il fallimento non potrà essere dichiarato (piccoli imprenditori, artigiani etc). In proposito il decreto legislativo

**Giurisprudenza
comunitaria**

Alberto Dal Ferro

(4) L'art. 3.1 della direttiva così stabilisce: "Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché gli organismi di garanzia assicurino, fatto salvo l'art. 4 il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione del periodo situato prima di una data determinata.

**Giurisprudenza
comunitaria**
Alberto Dal Ferro

italiano n. 80 del 27.1.1992 (in *GURI* n. 36 del 13.2.1992, pag. 26) finalmente attuativo della direttiva *da qua*, non sembra offrire una soluzione univoca.

Inoltre sarà particolarmente interessante sapere se nella fattispecie i giudici *a quo* tratteranno le cause qualificandole di lavoro o previdenziali od invece le stesse rientreranno nella competenza del giudice ordinario.

Si tratta di problemi che troveranno un'adeguata soluzione nell'ambito del diritto interno, ma nel rispetto delle precise linee conduttrici che la Corte di giustizia ha opportunamente voluto indicare con minuziosità onde evitare che un'affermazione di principio di notevolissima importanza, si insabbiasse nei meandri delle normative nazionali in tema di responsabilità.

La gestione delle risorse umane come momento strategico nel processo di sviluppo socio-economico dell'area mitteleuropea

Marco Biagi

Sommario

1. Dalla contrapposizione politico-militare alla divisione economico-sociale dell'Europa. **2.** Risorse umane e mercato del lavoro nella transizione. **3.** Le relazioni industriali in una dimensione paneuropea. **4.** Il nuovo ruolo della pubblica amministrazione in Mitteleuropa: dal burocratismo centralizzato ad un decentramento fondato su una nuova politica delle risorse umane.

1. Dalla contrapposizione politico-militare alla divisione economico-sociale dell'Europa.

La storia darà ragione a Gorbachev o a Deng Xiaoping?

L'interrogativo è intenzionalmente mal formulato ma forse molti cittadini del Centro-Est Europa se lo stanno ponendo, magari giungendo a chiedersi se le cose non andassero in fondo meglio prima (1). In altri termini forse a tutti coloro che vivono nei territori della Mitteleuropa o in quelli dell'ex Unione Sovietica è venuto ad un certo punto da domandarsi se le grandi trasformazioni verso il mercato necessitano nel contempo di un profondo mutamento politico o se invece occorra un controllo ancor più stretto per prevenire gli inevitabili traumi sociali che la transizione comporta. In altri termini il quesito è se progresso economico e democrazia politica siano davvero inseparabili ed insieme si fondino su un indispensabile consenso sociale.

La domanda, si diceva, è mal posta. Le libertà politiche e civili conseguite dopo la caduta del muro di Berlino fanno dell'emancipazione dell'Europa centro-orientale un processo irreversibile ancorché difficile. Forse anche in Cina è in atto una profonda trasformazione economica che punta all'introduzione di elementi di libero mercato ma la stabilità politica e sociale non può essere ottenuta pagando un pedaggio come quello di Tienanmen.

Tuttavia è davvero opportuno chiedersi in quale modo i cittadini dell'ex blocco orientale, ed in particolare quelli della Mitteleuropa, stiano vivendo la fase di transizione da un sistema ad economia pianificata verso un modello occidentale di mercato. Non è del resto affatto infrequente incontrare nelle varie capitali dei Paesi che compongono il cd. *fast track*, che cioè con maggiore velocità stanno procedendo in questa direzione (Polonia, Cecoslovacchia, Ungheria), persone appartenenti alle categorie sociali più diverse le quali dichiarano apertamente il proprio malcontento ovvero la delusione per come stanno andando le cose. La gente pensava che la nuova fase di riforme economiche avrebbe creato abbondanza di beni di consumo, promosso l'efficienza produttiva, reso il sistema economico recettivo rispetto alle innovazioni tecnologiche, preservando nel contempo le conquiste sociali conseguite dal pre-

note

(1) La versione inglese di questo studio è destinata alla pubblicazione negli *Studi in onore di Clyde Suumers* e costituisce la relazione presentata dall'A. al seminario *La gestione delle risorse umane e l'assistenza tecnica per l'innovazione organizzativa delle amministrazioni locali* organizzato dalla Regione Emilia-Romagna nel quadro della "Iniziativa per il Centro Europa" (ex Esagonale) (Bologna, 21-22 aprile 1992).

Gestione delle risorse umane nell'area mitteleuropea
Marco Biagi

cedente regime. Ed invece la previsione secondo cui si sarebbero ben presto liberate energie compresse e condannate alla stagnazione dall'antiquato ed irrazionale sistema economico, al punto che in poco tempo le economie occidentali avrebbero trovato mercati nuovi in espansione, si è rivelata erronea. L'effetto è stato invece ben diverso: le vecchie strutture di comando sono entrate in crisi senza riuscire ad attivarne in tempi rapidi nuove efficaci. Con la conseguenza che le stesse privatizzazioni, così spavaldate lanciate nel 1989, hanno dovuto subire un forte rallentamento visto che i capitali provenienti dall'occidente sono stati ben inferiori alle aspettative e comunque alle necessità (2).

Le proporzioni impreviste che sta assumendo il dilagare della disoccupazione in questi Paesi può davvero spiegare perché l'antistorico quesito che si ricordava all'inizio possa essere avvertito così di frequente. L'effetto della ristrutturazione ha provocato finora circa 2.500.000 disoccupati in Polonia (pari al circa il 12%) (3), mentre nella sola Croazia le previsioni sono di circa 500.000 persone senza lavoro entro il 1992 (pari al 50%) (4). Per non parlare di altri Paesi come l'Ungheria dove nell'arco di un anno, il 1991, la disoccupazione è quintuplicata (da 80 a 400 mila persona), nonostante la prudenza osservata nel processo di privatizzazione. Se quindi le previsioni risultano smentite (5) non c'è da stupirsi dello shock subito da cittadini di Paesi che conoscevano il concetto di disoccupazione unicamente dai libri di storia o dalle informazioni che giungevano dai Paesi occidentali. Infatti in passato, mancando i mezzi finanziari per favorire la modernizzazione dei loro sistemi, la soluzione più semplice e conveniente per incrementare e preservare i livelli di produttività era quella semmai di assumere un numero maggiore di persone. Mentre si stima che nel Centro/Est Europa circa il 40% della popolazione viva appena al di sopra del livello di sussistenza (6), è del tutto conseguente che in Paesi come la Polonia si calcoli che circa il 45% della popolazione non approvi l'indirizzo dei cambiamenti economici in atto (7).

Se di errori di valutazione si tratta, questi non riguardano solo i leaders politici o gli esperti economici dell'Est. Anche ad Ovest, nell'Europa Comunitaria soprattutto, si è forse trascurato (anche a causa della rapidità con cui si sono succeduti eventi epocali negli ultimi due o tre anni) che le riforme economiche, incluse quelle strutturali in corso nell'ex blocco comunista, hanno una dimensione sociale. Esse generano tensioni e richiedono la creazione di strumenti di consenso, soprattutto sotto forma di interventi per il sostegno del reddito a favore dei soggetti marginalizzati durante il processo di riforma.

Non che in questo arco di tempo non si sia sovente sentito parlare di una *social safety net*, ma proprio questa espressione allude significativamente solo ad un ruolo ancillare della politica sociale. Un'impostazione curiosamente simile a quella propria del vecchio sistema ad economia pianificata che trascura di riconoscere uno spazio reale ai fattori (ed agli attori) sociali, coincidendo, per una tipica ironia della storia, con una certa idolatria occidentale del mercato e delle sue capacità taumaturgiche (8).

Superato, dopo la fine dei regimi comunisti, il clima di contrapposizione ideologica fra sistemi alternativi e, soprattutto, allontanatosi il rischio di un conflitto militare, appaiono all'orizzonte nuovi pericoli fra cui appunto quello di un abissale disequilibrio sociale fra Europa comunitaria e Paesi mitteleuropei (il caso dell'ex Unione Sovietica e di nazioni quali la Bulgaria, Romania e Albania costituiscono una terza area con caratteristiche ancora diverse: di questo gruppo non si terrà conto nell'ambito del presente studio).

Non è certo il caso di assistere passivamente all'insorgere di nuove barriere, questa volta di carattere socio-economico, dopo aver appena finito di celebrare il crollo di quelle politico-ideologico-militari. Al contrario il dilagare della disoccupazione è un problema generale che

note

(2) Cfr. L. Hethy, *Social institutions for Economic Reform: the industrial relations institutions*, paper presentato al convegno organizzato dall'International Institute for Labour Studies (Ginevra) e dal Research Institute for Labour (Budapest) su "Social Institutions for Economic Reform in Central and Eastern Europe" (Balatonfured, Hungary, 29 sett.-1° ott. 1991), i cui atti sono in corso di pubblicazione, p. 2 (del datt.).

(3) V. il paper presentato da L. Florek, *Human Resources Management and Technical Assistance for the Organisational Innovation of Local Government in Poland* al seminario di cui alla nota (1), p. 6 (del datt.).

(4) Cfr. G. Moreschi, *Nasce dal baratro l'economia croata*, in *ItaliaOggi* del 21 gennaio 1991.

(5) Come confermano P. Toyba, A. Flambert, *Poland*, paper presentato nel corso del convegno di cui alla nota (2), p. 26 (del datt.).

(6) Cfr. G. Standing, G. Sziraczki, *Introduction: Labour market issues in Eastern Europe's transition in International Labour Review*, vol. 130, 1991, N° 2, p. 141.

(7) Cfr. Z. Morawski, *Varsavia annacqua il piano di austerità*, in *Il Sole-24 Ore* del 22 febbraio 1992.

(8) V. P. Gopinath, *Social institutions, economic reforms and democratic structures*, paper presentato al convegno di cui alla nota (2), p. 2 (del datt.).

non appartiene solo ai Paesi che comunque ne soffrono direttamente. Si tratta di un fenomeno capace a sua volta di innescare effetti migratori di massa ai quali i mercati del lavoro dell'Europa comunitaria sono sostanzialmente impreparati a reagire. Ed in ogni caso se è sempre necessario parlare di *adjustment with growth*, va da sé che si tratti di un'indicazione strategica intrinsecamente collegata ad una *social dimension of adjustment* che appare invece senz'altro trascurata.

Lo stagnare di alti livelli di disoccupazione di lunga durata può innescare processi irreversibili di impoverimento di risorse umane, creando nel contempo un'instabilità sociale che può sfociare in una dimensione di conflitto industriale potenzialmente deflagrante. Disinnescare questa vera e propria "bomba sociale" rappresenta un interesse di quanti (e fra essi va senz'altro ricompresa la Comunità Europea) hanno a cuore uno sviluppo ordinato e stabile dell'intero continente europeo. Di qui la conclusione per cui solidarietà internazionale significa anche sicurezza nella coesistenza pacifica di una comunità paneuropea interessata a forme sempre più strette di cooperazione (9).

Anche la stessa dimensione psicologica della disoccupazione non va trascurata, proprio perché vissuta da chi non l'aveva conosciuta in passato. La reazione più diffusa è quella secondo cui nel Paese le cose da fare sarebbero tante che l'aumento della disoccupazione deve essere causato da incompetenza ufficiale o cattiva volontà. Ma corre anche l'opinione secondo cui si tratta di un rimedio efficace perché una classe lavoratrice demoralizzata aumenti la sua produttività, vedendola quindi come un beneficio e non come una perdita del sistema economico (10).

Il rischio più immediato è che la crescita della disoccupazione possa mettere in discussione programmi di stabilizzazione macroeconomica, indebolendo ancor più ampiamente il consenso alle riforme, ostacolando, od anche giungendo perfino ad arrestare, lo stesso cambiamento. Non è un caso che il 59% dei cecoslovacchi dichiarati di non aver alcuna idea di cosa fare in caso di perdita del lavoro, ritenendo che in tale evenienza sarebbe responsabilità del Governo quella di creare nuovi posti (11). Non molto diversamente deve pensarla quel 15% all'incirca di ungheresi che alla fine del 1991 viveva sotto il livello minimo di sussistenza (12). In questo processo insomma i perdenti sono assai più numerosi dei vincenti. Ed i primi non sono da identificare soltanto con le categorie tradizionalmente più deboli, quelle più esposte di fronte all'urto della stessa recessione economica, senza parlare di cambiamenti così epocali. Il processo di pauperizzazione colpisce sì anziani, giovani coppie monoreddito con bambini, disabili, disoccupati, ma inizia a toccare la stessa classe media, il cui consenso e contributo sarà davvero decisivo per riuscire nel processo di trasformazione. Si tratta di managers che comprendono come le loro competenze e professionalità non siano più utili in un'economia orientata al mercato, di impiegati abituati a metodi di produzione superati, funzionari dell'apparato pubblico disorientati dal diramare direttive centralizzate destinate ormai a cadere nel vuoto. Tutti soggetti all'inizio entusiasti, almeno in linea di principio, di una prospettiva di cambiamento che si è rivelata ben presto assai costosa sul piano sociale, e quindi ora frustrati, scoraggiati nelle loro impossibili aspettative.

Devono essere assolutamente evitati processi irreversibili di impoverimento e marginalizzazione. Nel contempo non può essere innalzata una nuova cortina al di là della quale si trovino solo povertà e disperazione, delusione e rabbia. Non ci devono essere fra europei dei "cugini poveri" che abbiano la spiacevole sensazione di essere tenuti a distanza, quando non addirittura abbandonati. Alla nuova prospettiva paneuropea Est-Ovest non deve corrispondere una divisione fra ricchi e poveri (13), evitando in ogni caso una sorta di accerchiamento dei Paesi in difficoltà (14).

Gestione delle risorse
umane nell'area
mitteleuropea
Marco Biagi

note

(9) Cfr. G. De Michelis, *Le politiche di solidarietà esterna nel nuovo contesto internazionale: le responsabilità dell'Europa e il ruolo dell'Italia*, relazione presentata alla Conferenza sulla Cooperazione allo Sviluppo, organizzata dal Ministero degli Affari Esteri (Roma, 17-19 ottobre 1991), p. 3.

(10) Cfr. M. Gora, *Shock therapy for the Polish labour market*, in *International Labour Review*, vol. 130, 1991, N° 2, p. 161.

(11) Cfr. M. Kapl, M. Sojka, T. Tepper, *Unemployment and market-oriented reform in Czechoslovakia*, in *International Labour Review*, vol. 130, 1991, N° 2, p. 208.

(12) Cfr. M. Gaudier, *Economic reform, social change & institutional perspectives in Central & Eastern Europe*, paper presentato al convegno di cui alla nota (2), p. 10 (del datt.).

(13) Cfr. D. Moisi, *Un'Europa riunificata*, e H. Kramer, F. Muller, *I presupposti economici per il buon esito dell'associazione*, in G. Bonvicini et al., *La Comunità Europea e le nascenti democrazie dell'Est*, Milano, 1991, pp. 12, 31.

(14) Cfr. N. Galloni, *L'integrazione difficile*, in *SpazioImpresa* 1991, n. 18, p. 94.

2. Risorse umane e mercato del lavoro nella transizione.

Enfatizzare il profilo sociale della transizione non significa necessariamente sostenere che il quadro istituzionale degli strumenti a sostegno del reddito sia inesistente. Una normativa che disciplina la corresponsione di indennità di disoccupazione è stata emanata recentemente in tutti i Paesi oggetto della presente analisi, normalmente nell'ambito di legislazioni dedicate in termini più generali all'occupazione: così in Croazia (l. n. 55/1990 e n. 19/1991), in Slovenia (n. 5/1991), in Polonia (29 dicembre 1989 e 27 luglio 1990), in Cecoslovacchia (4 dicembre 1990), in Ungheria (febbraio 1991).

Il problema sta nel fatto che tali indennità raggiungono poco meno del 70% del precedente livello retributivo, collocandosi facilmente al di sotto della linea di povertà (15). Più precisamente l'ammontare della prestazione corrisposta al lavoratore (che comunque deve essere alla ricerca di un altro posto di lavoro) è in Cecoslovacchia pari ad almeno il 60% del salario medio percepito nel precedente impiego (percentuale che scende al 50% dopo il quinto mese) (S. 17, legge 4 dicembre 1990). Nel caso ungherese si consente un'oscillazione da una soglia pari al salario minimo fino a tre volte tale livello. Per non parlare delle difficoltà di alimentare tali gestioni previdenziali attraverso contributi statali e/o a carico degli imprenditori, tenuto conto delle enormi difficoltà finanziarie in cui si dibattono tutti i soggetti coinvolti.

Fra l'altro anche dove l'impostazione legislativa configura un modello di *workfare* assai più che di *welfare* il risultato non cambia di molto. È vero infatti che ad esempio il sistema polacco coniuga l'assistenza erogata a favore di coloro che sono privi di regolare occupazione con l'obbligo di svolgere un qualche tipo di attività, di norma nel campo sociale. Tuttavia poiché la gestione del sistema è affidata all'amministrazione statale caratterizzata a sua volta da bassi livelli di efficacia e di motivazione (gli uffici del lavoro sono spesso sottodimensionati e comunque non attrezzati adeguatamente), il risultato è quello di una prassi in cui vengono corrisposte le indennità più che attuare forme di politica attiva del lavoro (16).

Non mancano certo a livello legislativo incisive disposizioni riguardanti misure di *job creation*, programmi di lavoro di pubblica utilità per i disoccupati, e sostegno, anche attraverso prestiti, a favore di quanti intendano avviare forme di lavoro autonomo (17). La filosofia ispiratrice di questi testi, spesso assai vicini ai sistemi occidentali, almeno sul piano delle previsioni formali, è quella di promuovere l'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro cercando di reinserirvi gli adulti disoccupati. Non vanno ignorati inoltre piani di prepensionamento e più in generale norme volte a favorire la mobilità del lavoro. Ma i risultati sono sotto gli occhi di tutti e la gente sta soltanto sperimentando con disillusione gli aspetti negativi dell'economia di mercato, prostrata dopo cinquant'anni di privazioni (18).

Interventi formativi per i giovani in cerca di prima occupazione ovvero per quanti, espulsi da processi di ristrutturazione industriale, necessitano di una riqualificazione professionale, certo non mancano. Tutti i sistemi considerati, seppure con varietà di soluzioni, prevedono una politica della formazione che giunge ad assicurare ai destinatari la percezione di una correlativa indennità. In realtà tuttavia si tratta di misure che ancora coinvolgono in concreto pochissimi soggetti se è vero che in Polonia nel corso del 1990 solo l'1% dei disoccupati ne ha potuto effettivamente beneficiare (19). Misure di cui forse è prematuro definire l'efficacia in quanto attivate da poco tempo (20) ma che comunque lasciano perplessi in quanto ancora ancorate ad una logica di centralismo statale.

Il profilo è invece assolutamente centrale in una strategia di valorizzazione delle risorse

note

(15) Cfr. Z. Ferge, *Marginalisation, poverty and social institutions*, paper presentato al convegno di cui alla nota (2), p. 24 (del datt.).

(16) Cfr. A. Chilosi, *The impact on employment of institutional transformation in eastern Europe and the tasks of social policy (with particular reference to the polish case)* paper presentato al 3° congresso regionale europeo dell'International Industrial Relations Association (Bari/Napoli, 23-26 settembre 1991), p. 24 (del datt.).

(17) Cfr. I. Tomes, *Sociale reform: A cornerstone in Czechoslovakia's new economic structure*, in *International Labour Review*, vol. 130, 1991, N° 2, p. 196.

(18) Cfr. M. Ksiezopolski, *The labour market in transition and the growth of poverty in Poland*, in *Labour and Society*, 1991, 16/2, p. 191.

(19) Cfr. M. Gora, op. cit., p. 161.

(20) Cfr. A. Samorodov, *Labour Mobility in Europe as a Result of Changes in Central and Eastern Europe*, paper presentato al congresso di cui alla nota (16), p. 20 (del datt.).

umane in Paesi che hanno proprio in questo *intangible asset* uno dei punti di maggior forza. Anche perché non è arbitrario ritenere che in questo contesto la dissoluzione delle grandi strutture organizzative possa significare la liberazione di energie professionali capaci di alimentare un nuovo processo di sviluppo basato su micro-strutture nel settore produttivo o dei servizi. Non sarebbe infatti la prima volta (qualcosa di analogo è accaduto in alcune aree dell'Italia meridionale) che la crisi di un certo gigantismo industriale comporta l'affermazione con successo di un modello alternativo (21). Occorre però governare questo processo con strumenti adatti.

Certo in un contesto povero è difficile gestire un'efficace politica per l'occupazione fondata sulla capacità di creare un sistema di mobilità del lavoro, soprattutto in quanto inesorabilmente il servizio pubblico per l'impiego rifletterà tali difficoltà, risultando ben spesso poco attrezzato ed a sua volta bisognoso di interventi formativi. Ma se si vuole davvero perseguire una linea di *workfare instead of welfare*, forse obbligata per la mancanza di mezzi finanziari sufficienti ad erogare prestazioni di assistenza sociale di apprezzabile entità, occorre abbandonare l'antiquato sistema centralistico di intervento sul mercato del lavoro. Innanzitutto appare indispensabile, così come sembra delinarsi nel nuovo quadro istituzionale in Slovenia (22), che la gestione del mercato del lavoro assuma un assetto tripartito, provocando quindi un coinvolgimento diretto delle parti sociali. E poiché la diversificazione per aree economiche acquista una rilevanza innegabile, ne consegue l'utilità di progettare e sperimentare formule che puntino alla dimensione regionale o comunque locale nel governo del mercato del lavoro. In un momento in cui anche sotto questo profilo appare viva la dialettica centralismo/decentramento (23) conviene privilegiare un coordinamento fra politiche sociali e dell'impiego (es. casa, trasporti, da un lato, occupazione, dall'altro) che non può prescindere da una prospettiva territoriale ben definita, anche per tenere conto delle peculiarità di quelle regioni dove maggiormente sta avendo luogo una trasformazione strutturale dell'economia con conseguenti eccedenze di personale da riqualificare (24).

Le prime esperienze in tal senso non sono certo incoraggianti. In Ungheria ad esempio le autonomie locali sembrano poter far valere il loro potere di autodeterminazione nell'assolvere al compito (previsto della legge) di intervenire in materia di occupazione. Poiché tuttavia l'esercizio di tale funzione è condizionato dal contributo statale, il fatto che attualmente nel relativo bilancio non sia stata neppure iscritta la voce relativa vanifica in concreto ogni disegno di decentralizzazione pur proclamato a livello legislativo. Si tratta davvero di una situazione imbarazzante (25) in cui le autonomie locali sono coinvolte in un obbligo normativamente previsto di cooperazione con uno Stato che in concreto avoca a sé ogni competenza ed autorità a finanziare l'organizzazione del mercato del lavoro.

Tuttavia sembra una strada in qualche modo obbligata. Dopo tutto si tratta di una scelta lungi dall'essersi affermata anche in Italia, dove il graduale abbandono della logica vincolistica a favore di quella di liberalizzazione del mercato del lavoro comporta comunque una maggior valorizzazione delle politiche del lavoro delle Regioni, sia attraverso strumenti propri come gli Osservatori sul mercato del lavoro, sia per mezzo di organismi statali decentrati ma a composizione trilaterale con autorevole rappresentanza delle Regioni (le Commissioni Regionali per l'Impiego). Per tacere di nuove entità in corso di costituzione (le Agenzie regionali per l'impiego) che dovrebbero realizzare un coordinamento fra politiche del lavoro regionali e statali (26).

Una delle tematiche di politica del lavoro su cui più proficuamente potrebbe affermarsi una

Gestione delle risorse
umane nell'area
mitteleuropea
Marco Biagi

note

(21) Cfr. G. Becattini, P. Giovannini, *The Italian entrepreneurial model*, paper presentato al convegno su "Italy and Central Europe: a special relationship?", organizzato dalla Johns Hopkins University, School of Advanced International Studies, Bologna Center (Bologna, 27-28 febbraio 1992), p. 3 (del datt.).

(22) Cfr. P. Koncar, *Productivity and industrial relations*, paper presentato al convegno di cui alla nota (16), p. 4 (del datt.).

(23) È ancora il caso della Slovenia secondo quanto riferisce P. Koncar, *The Management of Human Resources and Technical Assistance for the Adoption of New Organisational Models by the Local Governments*, paper presentato al convegno di cui alla nota (1), pp. 8-9 (del datt.).

(24) Cfr. J. Musil, *New social contracts: responses of the state and the social partners to the challenges of restructuring and privatisation*, paper presentato al convegno di cui alla nota (17), pp. 12-13 (del datt.).

(25) Cfr. C. Kollonay Lehoczky, *The Management of Human Resources and Technical Assistance for the Adoption of New Organisational Models by the Local Governments*, paper presentato al convegno di cui alla nota (1), p. 19 (del datt.).

(26) Cfr. F. Mazziotti, *Il governo del mercato del lavoro e la formazione professionale tra Stato e Regioni*, in L. Ammannati, S. Gambino (a cura di), *Deleghe amministrative e riassetto dei poteri locali nel quadro della legge 142/90*, Rimini, 1992, p. 244.

Gestione delle risorse umane nell'area mitteleuropea
Marco Biagi

collaborazione fra enti locali, addirittura a livello internazionale, è quella dei movimenti migratori. Si tratta di un fenomeno consistente se è vero che tre cittadini su dieci vorrebbero trasferirsi in Europa occidentale, mentre si prevede che due milioni e mezzo di persone nei prossimi cinque anni cercheranno realmente di farlo (27). Del resto l'Ovest per decenni ha insistito affinché ai cittadini dell'Est fossero concesse le libertà fondamentali fra cui quella di emigrare. E poiché i più bassi livelli di vita sono un elemento decisivo per molti, la risposta non può certo essere quella di innalzare nuove barriere e comunque chiudere loro le frontiere in faccia.

Semmai occorre ragionare su come affrontare il fenomeno. Una delle ipotesi più interessanti in relazione alla quale appunto può esercitarsi la cooperazione interregionale fra Stati (ma anche a livello di autonomie locali), è quella di una sorta di immigrazione temporanea o, ancor meglio, a rotazione, tale da consentire una permanenza breve o comunque limitata nel tempo, utile magari per conseguire una professionalità che possa essere convenientemente coltivata una volta tornati nel Paese d'origine (28). Il ruolo delle autonomie locali può esercitarsi sia nell'offrire opportunità formative, di concerto con imprese locali, sia nel distribuire convenientemente sul territorio questa domanda di lavoro/formazione per non dar luogo a tensioni o a disequilibri di sorta.

Il governo dei flussi migratori rientra senz'altro nella strategia di *human development* che, come si è già sottolineato, è inseparabile dal disegno di riforme economiche. Anche perché una strategia di assistenza e aiuto allo sviluppo non può trascurare di porre in essere precise misure di intervento sulle risorse umane, al fine di evitare l'effetto più pericoloso per Paesi in difficoltà, quello di non essere in grado di arginare un esodo che può talvolta risolversi anche in un *brain drain*. E comunque anche in Polonia e Ungheria sono state predisposte soluzioni legislative per regolare il fenomeno migratorio proveniente dai territori dell'ex Unione Sovietica, consentendo nel secondo caso ai governi locali, su questa materia e su altre di loro competenza, di cooperare con altri enti locali stranieri, prendendo altresì contatto con organizzazioni internazionali (29).

Quello della circolazione dei lavoratori su scala paneuropea, almeno per quanto riguarda la mobilità fra Europa comunitaria, da un lato, Polonia, Cecoslovacchia e Ungheria, dall'altro, non è più un tema per affascinanti prospettazioni su un futuro coordinamento fra istituzioni comunitarie e locali in materia di mercato del lavoro (30). Infatti i pre-accordi di associazione fra la Cee e tali Paesi, siglati il 22 novembre 1991 ed entrati in vigore il 1° marzo 1992, disegnando un progetto per realizzare nell'arco del prossimo decennio un'area di libero scambio che consenta il loro ingresso nella Comunità, oltre a clausole sull'import-export costituenti senza dubbio il fulcro delle intese, contengono previsioni finalizzate al miglioramento della circolazione delle persone.

Sarà sufficiente in questa sede solo un breve richiamo a tale nuova disciplina che tra l'altro prova la rilevanza annessa alla dimensione sociale nella politica comunitaria di apertura all'Est. Innanzitutto appare di importanza fondamentale l'affermato principio di parità di trattamento dei lavoratori di nazionalità polacca, cecoslovacca o ungherese rispetto a quanto garantito a quelli dei paesi comunitari, ovviamente con reciproche implicazioni. Ciò non integra ancora un regime di libera mobilità, tanto che la Cee si è premurata di inserire una dichiarazione a verbale secondo cui tutte le previsioni dedicate al "movimento dei lavoratori" non devono intendersi come limitative delle competenze degli Stati membri per quanto riguarda l'ingresso e il soggiorno nei loro territori, da parte dei lavoratori e delle loro famiglie.

Tuttavia in una prima fase i pre-accordi consentiranno un coordinamento tra i diversi sistemi di sicurezza sociale, prevedendo la cumulabilità dell'anzianità contributiva a fini pensionistici (invalidità, vecchiaia), assicurativi (infortuni sul lavoro, malattie professionali) e di assistenza sanitaria. Una disposizione importantissima per realizzare quei meccanismi rotatori di migrazione cui si alludeva poco sopra. Non mancano poi altre incisive disposizioni che dovrebbero "facilitare la ristrutturazione delle risorse lavorative conseguente alla

note

(27) Cfr. *Discupazione, la piaga dell'Est*, in *ItaliaOggi* del 12 febbraio 1992 il quale riferisce su un'indagine condotta dall'Istituto Gallup per la Cee.

(28) La proposta è trattata più ampiamente da M. Biagi, *Lavoro extracomunitario e profili istituzionali*, in *DPL*, 1992, N. 16, p. 1028 ss.

(29) Cfr. C. Kollonay Lehoczky, op. ult. cit., p. 21.

(30) Cfr. P. Teague, *Human resource management, labour market institutions and European integration*, in *Human Resource Management Journal*, vol. 2, N. 1, p. 19.

ristrutturazione economica” (S. 43 del pre-accordo con la Polonia). Sarà sufficiente segnalare nell’area della cooperazione economica (S. 76) la comune volontà di impegnarsi nella formazione continua e in quella manageriale, mentre in quella sociale (S. 87) occorre sottolineare la cooperazione sul fronte dell’occupazione, con particolare riferimento alla pianificazione e realizzazione di programmi di ristrutturazione regionale e per lo sviluppo dell’occupazione locale.

L’obiettivo non potrebbe essere maggiormente chiaro. Forse è il pre-accordo con l’Ungheria ad essere più eloquente in proposito, laddove proclama (S. 76) che “la cooperazione tenderà ad uno sviluppo armonico delle risorse umane e ad un innalzamento del livello di istruzione generale, alla formazione e qualificazione professionale”. Si aprirà in un secondo momento la fase ulteriore: dopo un riavvicinamento delle condizioni socio-economiche dei Paesi associati, si tratterà di esaminare come migliorare il sistema di libera circolazione.

Gestione delle risorse
umane nell’area
mitteleuropea
Marco Biagi

3. Le relazioni industriali in una dimensione paneuropea.

Certo tutto questo presuppone l’affermarsi di un sistema di relazioni industriali basato innanzitutto sulla rappresentatività di attori ben organizzati e credibili. Una condizione lungi dall’essersi ancora realizzata, non soltanto per la diversità delle esperienze sindacali (dall’esasperata frammentazione ungherese fino ai modelli polacco e cecoslovacco dove invece tende a prevalere un’organizzazione di gran lunga più forte delle altre) ma soprattutto per la difficoltà di identificare associazioni genuinamente rappresentative degli interessi di imprenditori privati. Anche se non mancano casi come quello polacco dove addirittura il legislatore è intervenuto per regolare appositamente tali associazioni (si tratta della legge 23 maggio 1991, giorno in cui è pure entrata in vigore la nuova normativa per i sindacati), l’individuazione dei datori di lavoro come portatori di interessi autonomi è un problema generalizzato, anche perché la prima generazione di imprenditori privati assomiglia più ai lavoratori autonomi che ad altro.

La difficoltà di organizzarsi degli attori sociali si riflette inevitabilmente sulle loro attività tipiche. Accade così che l’assenza di una controparte organizzata induca i sindacati ad aiutare in proposito gli imprenditori, come è accaduto talvolta in Cecoslovacchia (31) al fine di rendere operante la nuova legislazione sulla contrattazione collettiva (4 dicembre 1990). Una normativa peraltro assai generosa con le parti sociali visto che consente l’estensione del campo di applicazione del contratto collettivo fino a comprendere anche gli imprenditori non iscritti alla associazione stipulante, sol che vi consenta il Ministro del Lavoro (S. 7), mentre addirittura dispone (S. 5.3), il principio dell’automatica vincolatività nei confronti dei lavoratori non appartenenti al sindacato.

Quella cecoslovacca appare davvero una normativa assai formalistica. Non tanto perché, secondo la tradizione tedesca, lo sciopero venga ammesso alla stregua di una *extrema ratio* (senza cioè che sia stato preceduto da un tentativo di mediazione) ciò che in fondo può apparire comprensibile, specie in questa fase. Quanto ad esempio perché si impone al sindacato che intende proclamare uno sciopero l’obbligo di fornire almeno con un giorno di anticipo all’imprenditore una lista con i nomi dei lavoratori che intendono parteciparvi (S. 17.5). Una previsione certo non bilanciata dal divieto per il datore di assumere altri lavoratori per sostituire gli scioperanti (S. 25).

Norme che, a ben valutarle, danno l’idea di come sia ancora immaturo l’ambiente in cui stanno muovendo i primi passi i sistemi di relazioni industriali della transizione. L’ingerenza dello Stato è ancora pesante, come accade in Croazia con il sistema di registrazione dei contratti collettivi (32). La precisione con la quale la legge polacca del 23 maggio 1991 (analogamente a quella ungherese del 12 aprile 1989, S. 2) sulla composizione delle controverse collettive di lavoro ammette lo svolgimento di scioperi di avvertimento di non più di due ore mentre la mediazione è ancora in corso senza aver approdato a risultati utili in tempi brevi (S. 12), è tipica di un legislatore ben poco fiducioso sulla capacità di autoregolamentazione delle parti sociali, nonché non molto convinto della rappresentatività sindacale se richiede (S. 20) che in ogni caso la proclamazione sia condizionata all’appro-

note

(31) Cfr. *Czechoslovakia*, in *Foregin Labor Trends*, 1990-91, p. 5.

(32) Cfr. A. Ravnic, *Some Legal Aspects and the Actual State of the Labour Field in the Republic of Croatia*, paper presentato al convegno di cui alla nota (1), p. 6 (del datt.).

Gestione delle risorse
umane nell'area
mitteleuropea
Marco Biagi

vazione della maggioranza dei lavoratori votanti, sempre che alla votazione abbia partecipato almeno il 50% degli stessi dipendenti.

Nulla di sorprendente dunque che la contrattazione collettiva, certo più affermata a livelli superiori a quello aziendale, abbia ancora più la natura di strumento implementativo della legge che di autonoma fonte normativa, senza essere in grado quindi di affrontare temi, tanto più centrali in un contesto di transizione, come quello della produttività del lavoro o della mobilità per debellare la vecchia pratica dell'*overstaffing*.

È peraltro scontato che le emergenti relazioni industriali mitteleuropee incontrino difficoltà nell'assegnare nuovamente un ruolo al Governo proprio mentre non si è ancora dimenticato l'opprimente stalinismo di un vicino passato. Tuttavia non è difficile constatare una tendenza all'affermarsi di pratiche di consultazione istituzionalizzata o addirittura di concertazione trilaterale in tutti i Paesi considerati: così per l'Ungheria dove la rivitalizzazione del Consiglio Nazionale per la Riconciliazione degli interessi (estate 1990) ha comportato il riconoscimento a quest'organo tripartito di poteri non solo consultivi ma anche in certa misura decisionali e comunque di partecipazione nella formulazione della politica sociale, economica e del lavoro.

In Cecoslovacchia è stato l'accordo generale del 28 gennaio 1991 a prevedere non solo un salario minimo ed un sistema di indicizzazione salariale ma anche a disegnare le attribuzioni del Consiglio per l'Accordo Economico e Sociale, in grado di assumere decisioni vincolanti per le parti sociali che vi abbiano concorso adesivamente, titolare di una funzione consultiva, nonché dotato di poteri di conciliazione ed arbitrato per comporre vertenze collettive su larga scala nate dall'applicazione di contratti collettivi. Qualcosa di analogo ha rappresentato per la Polonia l'esperienza della Tavola Rotonda ed anche in Slovenia sono in atto esperimenti concertativi assai simili.

Si tratta forse dei primi passi verso una sorta di neocorporativismo liberale che reagisce alla tentazione di una radicale destatalizzazione delle relazioni industriali, offrendo nel contempo riconoscimento e legittimazione ad associazioni imprenditoriali ed organizzazioni sindacali non sempre in grado di rappresentare effettivamente gli interessi di cui si è assunta la tutela. Un passaggio decisivo verso l'affermazione di un clima sociale più maturo, stabile e confacente ad una transizione verso l'economia di mercato, ma anche un modo per rendere realisticamente possibile quell'armonizzazione dei sistemi di relazioni industriali su scala paneuropea (od almeno fra area Cee e Mitteleuropa), condizione essenziale a sua volta per una piena integrazione.

L'obiettivo può sinteticamente definirsi quello della "coesione esterna", cercando cioè di evitare che l'approfondimento verticale dell'integrazione europea aumenti il rischio di una Comunità chiusa verso l'esterno (33), perseguendo un'integrazione con l'Europa centrale secondo un modello non diverso da quello ideato (ed in via di realizzazione) per l'area comunitaria. Un'integrazione che innanzitutto dovrà essere realizzata all'interno della stessa Mitteleuropa per poi svilupparsi verso Ovest. Occorrerà quindi che nella fase implementativa dei pre-accordi di associazione con Polonia, Cecoslovacchia e Ungheria, lo stesso Consiglio delle Regioni, recentemente introdotto a seguito degli accordi di Maastricht del dicembre 1991, venga attivamente coinvolto in una logica di cooperazione tra aree territoriali transnazionali, puntando ad una riduzione delle disparità fra i livelli di sviluppo delle diverse regioni (34), non solo all'interno dell'attuale gruppo di Paesi membri della Cee, ma anche tenendo conto dei nuovi partners mitteleuropei (35).

Non è certo il caso, prospettando una strategia del genere, di cullarsi in una sorta di acritica Euroforia. La *ratio* dei pre-accordi di associazione è però indiscutibilmente quella di non trascurare una piena valorizzazione delle risorse umane, nel quadro di liberi sistemi di relazioni industriali, come una delle condizioni del tutto fondamentali per poter in futuro prevedere l'adesione dei Paesi interessati (36). Anche perché gli sviluppi di quell'area del continente sembrano senz'altro destinati ad avere un impatto sul mercato del lavoro della Comunità, sia, come si è già accennato, a causa del flusso dei lavoratori migranti, ma anche per gli investimenti che potrebbero essere attratti da condizioni di bassi salari e quindi di inferiore costo del lavoro.

note

(33) Cfr. G. De Michelis, op. cit., p. 42 (del datt.).

(34) V. in proposito l'art. 130A del Trattato Cee, così come emendato a seguito degli accordi di Maastricht.

(35) Cfr. A. Adonis, *Staging post on the path to federalism*, in *Financial Times*, 20 dicembre 1991.

(36) Cfr. J.Q.Th. Rood, *La Comunità Europea e l'Europa Orientale: prospettive di lungo termine*, in G. Bonvicini et al., *La Comunità Europea e le nascenti democrazie dell'Est*, Milano, 1991, p. 18.

La necessità di realizzare una integrazione discende dunque dal fatto che occorre evitare che l'Europa orientale possa mettere a repentaglio la coesione economico-sociale della Comunità (37). Ed allora se così è non resta che impegnarsi fortemente su questa strada, facendo leva sul fatto che proprio le nazioni mitteleuropee sono per un certo verso più pronte di quelle occidentali, in quanto meno stabilizzate e quindi più flessibili, quindi maggiormente duttili per conseguire rapidamente l'armonizzazione (38).

Una prospettiva davvero non facile. Innanzitutto perché lo strumento del dialogo sociale, forse il più idoneo, può risultare di problematica utilizzazione per la gracilità del potere rappresentativo degli attori, cui si è fatto più volte riferimento. Inoltre il principio di parità di trattamento sancito dai pre-accordi solleva il problema del più alto livello degli standard di tutela previsto come frutto di oltre quarant'anni di socialismo. Anche se non va trascurata la circostanza per cui si sarebbe ora in presenza di una sorta di acritica *deregulation*, di una talvolta frettolosa e tecnicamente discutibile revisione del sistema di tutela del lavoro dipendente, in molti campi foriera di un'ampia discrezionalità di fatto riconosciuta al datore di lavoro, quando non anche di illegalità ed incertezza (39).

Il pericolo è insomma quello, mentre si incentiva la circolazione dei lavoratori, del determinarsi di fenomeni di *social dumping* (visto il vantaggio relativo offerto da quei Paesi con livelli salariali sicuramente più bassi). Anche perché l'effetto complessivamente deregolatorio della politica sociale comunitaria può comportare consuetudine critiche per le aree economicamente deboli e non competitive (40), visto l'impegno sancito dai pre-accordi di associazione di realizzare un avvicinamento delle legislazioni del lavoro come "precondizione più importante per l'integrazione economica" (v. ad es. le Ss. 68, 69, 70 del testo sottoscritto con la Polonia), con particolare riferimento alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori ed alla sicurezza sociale (S. 87). Un'omogeneizzazione degli standards di tutela che potrebbe richiedere, se non si conseguissero effettivi risultati di integrazione, anche fasi transitorie di esenzione totale o parziale dalla normativa sociale comunitaria, realizzando una sorta di *opting out* al contrario (41), per evitare cioè che si rovescino anzitempo nella Mitteleuropa investitori di pochi scrupoli disposti a competere mettendo a repentaglio l'integrità delle risorse umane utilizzate. Con il disperato bisogno di capitali occidentali riscontrabile in Mitteleuropa non è detto che le capacità di autodifesa di autorità pubbliche e organizzazioni sindacali rimangano sempre intatte.

4. Il nuovo ruolo della pubblica amministrazione in Mitteleuropa: dal burocratismo centralizzato ad un decentramento fondato su una nuova politica delle risorse umane.

Dai rilievi fin qui svolti è emersa più volte la centralità del ruolo della pubblica amministrazione (specie delle autonomie locali) in un progetto di modernizzazione dell'area mitteleuropea con particolare riferimento alla dimensione sociale. Ma non può sottovalutarsi in proposito il fatto che il perpetuarsi delle vecchie strutture amministrative, lungi dal rappresentare un momento di impulso dinamico per la straordinaria opera di trasformazione di quei Paesi, potrebbe risolversi in un ostacolo assolutamente decisivo. In altri termini non risolvere la questione di una rinnovata strategia nell'amministrazione del personale all'interno dei pubblici poteri rischierebbe di vanificare gli sforzi compiuti ad altri livelli.

Le difficoltà a questo proposito sembrano davvero proibitive. Il vecchio regime di asservimento della macchina amministrativa al partito unico denota una capacità di sopravvivenza, forse non sorprendente (si pensi al dopoguerra italiano), ma certo non per questo meno preoccupante. Non a caso fatica tuttora a delinarsi una chiara distinzione fra Stato-imprenditore e Stato-pubblica amministrazione, a scapito di un'univoca identificazione di

Gestione delle risorse
umane nell'area
mitteleuropea
Marco Biagi

(37) Cfr. I. Roberts, *Industrial Relations and the European Community*, in *Industrial Relations Journal*, vol. 23, N. 1, 1992, p. 11.

(38) Cfr. I. Tomes, *The role of legislation and social partners in harmonisation of industrial relations*, paper presentato al convegno di cui alla nota (16), p. 11 (dell'estr.).

(39) Cfr. J.-M. Servais, *Evolution in Europe centrale et orientale et droit du travail*, in *DS*, 1990, n. 5, p. 397.

(40) Cfr. M. D'Antona, *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: prime conseguenze giuridiche*, in *LD* 1992, p. 53.

(41) Cfr. su questa formula che ha visto il Regno Unito esimersi dagli impegni di politica sociale assunti a Maastricht dagli altri undici Stati membri, M. Biagi, *L'ambiente di lavoro e la politica sociale comunitaria prima e dopo Maastricht: il caso italiano*, di prossima pubblicazione su *LD*, 1992, N. 2.

note

Gestione delle risorse umane nell'area mitteleuropea
Marco Biagi

quanti, fra il personale pubblico, siano davvero pubblici dipendenti (42). Non solo ma è l'intero quadro istituzionale della politica delle risorse umane nella pubblica amministrazione ad essere quanto mai incerto.

Il distacco dell'impiego pubblico da quello privato, in modo da disporre di differenti discipline che corrispondano, con novità di contenuti e soluzioni rispetto al passato, al cambiamento in atto del contesto economico, appare lungi dall'essersi realizzato. La codificazione uniforme del precedente regime stenta ad essere superata, determinando una sorta di coesistenza fra vecchie e nuove regole per nulla affidabile sul piano della stessa certezza del diritto, dando luogo ad un'eterogeneità di istituzioni, norme ed interpretazioni che ritardano complessivamente il processo di modernizzazione burocratica.

La coesistenza di fonti talvolta, come nel caso della Croazia, non esclude l'intervento di leggi speciali che definiscono particolareggiatamente la disciplina di talune materie in riferimento ad un settore (pubblico o privato): una sorta di sistema misto che non manca di raccogliere consensi (43). Non solo ma in Slovenia, pur non essendo anche in questo caso stato sciolto il dilemma dell'unità o del dualismo del diritto del lavoro con la conseguente formale unità di condizione giuridica di tutti i dipendenti, in pratica non è difficile notare a proposito di varie questioni un intervento regolatorio in riferimento alle peculiarità della condizione dei dipendenti pubblici (44).

In questa situazione, pur profondamente diversificata da Paese a Paese, non è difficile scorgere l'influenza della vecchia concezione socialista che negava in radice la stessa ammissibilità concettuale della categoria dell'impiego pubblico, sostenendo che l'unicità formale corrispondeva alla finalità di promuovere le condizioni dei dipendenti da organismi non economici fino a parificarle a quelle di coloro che erano occupati all'interno di organismi produttivi. Anche se uno sguardo storico retrospettivo non fatica a concludere che la direzione del cambiamento semmai è stata quella opposta (45).

Gli interventi appaiono sovente improntati ad una semplice logica deregolatoria, quasi demolitaria del precedente assetto normativo, che sembra rinunciare, almeno per il momento, all'elaborazione di nuove soluzioni legislative. Anche perché quando esse emergono (è il caso ad esempio della legge polacca del 22 marzo 1992 che riguarda specificamente la condizione dei dipendenti dalle amministrazioni locali), possono subire interpretazioni estensive. Mentre questa recente normativa prevede ad esempio che solo i dipendenti di più basso livello possano essere assunti con un contratto di lavoro (di natura privatistica), la prassi si incarica talvolta di estendere tale soluzione anche alle qualifiche superiori, titolari invece in linea di principio della stabilità del posto di lavoro.

Forse non è arbitrario pensare, riflettendo su fenomeni come quello da ultimo descritto, che la difficoltà di pervenire ad una scorporazione dell'impiego pubblico dal diritto del lavoro privato possa comportare una sempre più forte tendenza all'affermarsi di soluzioni "privatistiche", utili nell'immediato a regolare il rapporto dei dipendenti di aziende private, ma anche capaci di governare quelli di entità la cui natura giuridica rimarrà pubblica. Non è difficile intravedere in tutto questo un fenomeno che richiama alla mente la tendenza riscontrabile in Italia non tanto verso una "privatizzazione", non solo verso una "contrattualizzazione", ma piuttosto verso una "omogeneizzazione" del rapporto di pubblico impiego. Un'evoluzione auspicabile, basata com'è sul convincimento che la perdurante utilizzazione del diritto amministrativo (anziché del diritto privato del lavoro) è una scelta superata visto che oggi la pubblica amministrazione più che emanare come in passato provvedimenti autoritativi eroga servizi (46). È quindi innanzitutto una questione di regolare l'efficienza e la produttività nel rispetto dei livelli di tutela affermati dallo Stato o concordati dalle parti sociali, tale da suggerire l'ipotesi di una ridenominazione onnicomprensiva di questa materia sotto la formula di "diritto delle risorse umane".

Rimangono nodi fondamentali ancora da sciogliere. Uno di questi riguarda la gestione collettiva dei rapporti di lavoro. Nonostante la libertà di associazione sindacale nel pubblico

note

(42) Cfr. J. Spic, J. Kostecka, J. Tomes, *Principal Problems of Democratic Transformation of Local Administration in Czechoslovakia*, paper presentato al convegno di cui alla nota (1), p. 17 (del datt.).

(43) Cfr. A. Ravnic, op. cit., p. 10 (del datt.).

(44) Cfr. P. Koncar, *The management of human resources*, etc., cit., pp. 3, 4 (dell'estr.).

(45) Cfr. C. Kollonay Lehoczky, *The future of the public sector industrial relations in Europe*, paper presentato al convegno di cui alla nota (16), pp. 3, 13.

(46) Cfr., per una sintesi dell'ampio dibattito italiano, P. Alleva, *Un commento alla proposta per la riconduzione al diritto privato del rapporto di pubblico impiego*, in *Notiziario Giuridico*, 1991, N. 10, p. 15.

impiego abbia ottenuto un riconoscimento pressoché universale, prodromico quindi ad una qualche forma di futura attività negoziale, non altrettanto può dirsi del diritto alla contrattazione collettiva e, soprattutto, quello di sciopero. Anche se a quest'ultimo proposito le restrizioni sembrano attenere talvolta alla natura dei servizi erogati (com'è nel caso di quelli essenziali in Cecoslovacchia) più che a quella del rapporto (il divieto contenuto nella S. 19.3 della legge polacca 23 maggio 1991 riguarda però anche i dipendenti dalle amministrazioni regionali). Oppure troppo liberamente diritti fondamentali come quello in parola possono essere anche limitati con rigore grazie ad accordi fra Governo e sindacati, accordi mai conclusi in pratica, come accade in Ungheria. Anche laddove c'è un riconoscimento di principio della legittimità della contrattazione collettiva, come in Slovenia, le sono comunque sottratte competenze decisive come quella in materia salariale.

Ed è proprio la politica retributiva il profilo dove i dipendenti pubblici sentono quindi maggiormente la concorrenzialità dei trattamenti riservati a quelli privati. Un sistema non premiante l'effettivo livello di responsabilità è all'origine della rilevante fluttuazione dei dipendenti pubblici (specie di quelli in grado di occupare posizioni-chiave), a tutto scapito dell'efficienza amministrativa. Del resto la centralizzazione delle competenze che veda, come in Polonia, la remunerazione dei dipendenti delle autonomie locali decisa a livello governativo (47), comporta per essi, a causa dell'inferiore capacità di pressione, un trattamento ancor meno favorevole, con conseguente accentuato rischio di un *brain drain* su scala locale. Pericolo comunque non sventato anche all'interno del sistema ungherese dove pure l'amministrazione locale dispone sul punto di una rilevante autonomia (48).

Non che individualizzazione e flessibilizzazione del trattamento retributivo dei dipendenti pubblici siano questioni risolte in Occidente, specie in Italia. Tuttavia nel contesto mitteleuropeo i problemi di insufficienza salariale sono collegati a pratiche ben difficili da sradicare specie nell'ambiente della pubblica amministrazione come l'*overstaffing* o il *labour hoarding*. Assumere quote di dipendenti eccedenti i normali bisogni è una prassi spiegabile proprio in virtù del basso costo del lavoro tipico delle economie di piano. Un livellamento verso il basso dei salari che è all'origine anche della mancanza di interesse verso la formazione, visto che nel vecchio sistema (ancora lungi dall'essere demolito) ad un più alto livello di educazione non corrispondevano sempre migliori trattamenti retributivi (49).

Eppure è proprio nel mutamento delle caratteristiche del personale dipendente che risiede la possibilità di conseguire una modernizzazione della pubblica amministrazione, anche locale, così da dotarla di quella specializzazione assolutamente indispensabile per gestire una delicata fase di transizione (si pensi ad esempio alla politica di assistenza e sviluppo dell'imprenditorialità minore). Il passaggio non è affatto scontato visto che il discredito della vecchia burocrazia non solo non è dimenticato (anche per la mancanza di un ampio ricambio nell'organico, di norma circoscritto alle posizioni più alte), ma anzi fenomeni come la corruzione non sembrano essere affatto scomparsi.

L'obiettivo non può dunque non essere quello di creare una stabilizzazione delle condizioni legali ed esistenziali di un sistema burocratico non politicizzato (50) e, soprattutto, professionalizzato, requisiti indispensabili per un funzionamento democratico della pubblica amministrazione. A tal fine non si tratta tanto di immaginare trattamenti retributivi più incentivanti (anche per gli evidenti limiti di disponibilità finanziarie che virisimilmente vanificherebbero questa prospettiva), quanto piuttosto di attuare politiche formative che realizzino nel contempo un vero mutamento di carattere culturale dove proprio l'indipendenza individuale divenga garanzia, di coinvolgimento in un processo di trasformazione democratica.

Si tratta di interventi formativi che naturalmente dovranno puntare a fornire una nuova preparazione tecnica ai dipendenti pubblici secondo il modello economico in via di definizione (ad es., specie per quanto riguarda le autorità locali, il nuovo funzionamento del mercato del lavoro), raggiungendo nel contempo obiettivi di miglioramento organizza-

Gestione delle risorse
umane nell'area
mitteleuropea
Marco Biagi

note

(47) Cfr. L. Florek, *Human Resources Management*, etc., cit., pp. 4,5 (del datt.).

(48) Cfr. C. Kollonay Lehoczy, *The Management of Human Resources*, etc., cit. p. 13 (del datt.).

(49) M. Gora, *Shock therapy for the Polish labour market*, cit., p. 155.

(50) La legge ungherese del 1° aprile 1992, riguardante quella parte del pubblico impiego assimilabile ai *Beamte* tedeschi, li vincola ad un obbligo di neutralità, vietando candidature elettorali anche come indipendenti. Si attende ancora l'emanazione di un provvedimento che comprenda gli altri dipendenti. Alla fine dunque il quadro istituzionale magiaro sarà composto da una sorta di trittico di fonti normative, visto che il nuovo codice del lavoro (privato) è entrato in vigore il 30 marzo 1992.

Gestione delle risorse umane nell'area mitteleuropea
 Marco Biagi

tivo (51). Si tratta di un compito arduo se è vero (52) che circa il 60% dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni locali in Slovenia viene ritenuto privo della formazione professionale necessaria per l'espletamento della propria attività. Non solo ma la definizione delle varie competenze amministrative, ancora in corso specie per quanto riguarda quelle delle autorità locali, non agevolerà certo l'intervento.

Eppure il nuovo art. 126.2 del Trattato Cee, così come riformulato a Maastricht, laddove proclama la necessità di sviluppare una dimensione europea dell'educazione (inclusa quella linguistica, fondamentale non solo nella dimensione multinazionale delle imprese private, ma anche nella logica di cooperazione multilaterale fra diverse istituzioni pubbliche), impone ai Paesi che vi aderiscono di progettare interventi a livello sovranazionale anche per agevolare la rapida riqualificazione del personale dipendente dalla pubblica amministrazione. Di ciò ha tanto più disperato bisogno la Mitteleuropa. Un intervento pubblico in quell'area geopolitica che voglia realizzare condizioni di benessere sociale, nonché stimolare l'efficienza economica, non può non guardare all'Ovest, ricco di esperienze in questo senso davvero vitali, dove pure la sfida per le autonomie locali è quella di trovare forme organizzative più reattive ed efficienti (53).

Passare da una concezione gerarchico-disciplinare ad una visione partecipativa e motivazionale dell'impiego pubblico rimane tuttora una sfida storica anche all'interno di un sistema, come quello italiano, inserito da tempo in un ben diverso quadro politico ed economico. Costituiscono problemi di rilevanza universale, esasperati ovviamente nel contesto mitteleuropeo, quelli dell'assenza negli enti pubblici di un *management value system*, visto che il sistema di valori si presenta sempre più spesso connotato da aspetti di disomogeneità (54), i limiti di carriere e di mobilità proprie delle amministrazioni locali di piccole dimensioni, la difficoltà di rintracciare un ceto sociale o gruppo professionale identificato nell'amministrazione pubblica locale (55). Per non parlare del fatto che un proficuo ricorso alla formazione nel pubblico impiego postula sia una dirigenza amministrativa sia un sindacato di una certa cultura (56).

Si tratta di una sfida davvero epocale dalla quale dipende in buona parte il risultato di una fase di transizione rispetto alla quale i Paesi dell'Europa comunitaria non sono affatto estranei. Il carattere strategico della formazione nella gestione delle risorse umane, elemento fondamentale per i Paesi che stanno costruendo un'economia di mercato (57), risiede proprio nel fatto che è questo *intangible asset* a costituire forse la ragione più profonda per guardare con fiducia al futuro della Mitteleuropa, nonostante l'attuale deficit di qualificazione. È questo capitale che deve essere sviluppato attraverso la mobilità, lo scambio e la collaborazione. Occorre infatti pensare ad uno spazio (pan)europeo costruito sì come uno spazio concorrenziale, come un mercato appunto, ma anche come uno spazio di valorizzazione e di mobilitazione delle competenze di tutti i suoi protagonisti, presenti e futuri (58).

note

(51) Cfr. O. Nordhaug, *Human resource provision and transformation: the role of training and development*, in *Human Resource Management Journal*, vol. 1, N. 2, Winter 1990/91, p. 25.

(52) Cfr. P. Koncar, *The Management of Human Resources*, etc., cit., p. 6 (del datt.).

(53) Cfr. G. Stoker, *Introduction: Trends in European Local Government*, in R. Batley, G. Stoker (eds.), *Local Government in Europe. Trends and Developments*, London, 1991, p. 3.

(54) Cfr. L. Mattalucci, in Regione Emilia-Romagna, *Innovazione organizzativa, risorse umane e gestione della formazione nella pubblica amministrazione locale*, Milano, 1989, p. 54.

(55) Cfr. B. Dente, *La funzione dei dirigenti pubblici locali*, in Regione Emilia-Romagna, *La formazione nel pubblico impiego: il problema della dirigenza locale*, Milano, 1987, p. 17.

(56) Cfr. B. Gandolfi, *Verso un sistema di formazione diffusa*, in Regione Emilia-Romagna, *La formazione nel pubblico impiego: processi decisionali, amministratori e dirigenza*, Milano, 1989, p. 14.

(57) Cfr. L. Holden, *European trends in training and development*, in *The International Journal of Human Resource Management*, vol. 2, N. 2, Sept. 1991, p. 114.

(58) Cfr. CEE, *Memorandum della Commissione sulla formazione professionale nella Comunità Europea per gli anni '90*, Bruxelles, 18 dicembre 1991, COM(91) 397 def., P. 7.

Documenti

Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro. Commissione dell'informazione.

DISEGNO DI LEGGE:

"Conciliazione e arbitrato nelle controversie in materia di lavoro" (art. 10 lett. i) legge n. 936 del 1986

Art. 1

La rubrica e il primo comma dell'art. 410 c.p.c. sono così sostituiti:

"Art. 410
(Tentativo obbligatorio di conciliazione)

Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'articolo precedente e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti e accordi collettivi deve promuovere, anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisca mandato, il tentativo di conciliazione presso la Commissione di Conciliazione nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una qualsiasi dipendenza alla quale il lavoratore è addetto o era addetto al momento della estinzione del rapporto. La comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e, se il giudizio viene instaurato o viene chiesto il deferimento della controversia ad arbitri entro 20 giorni dall'espletamento della procedura, impedisce la decadenza eventualmente prevista dalla legge".

Art. 2

Dopo l'art. 410 c.p.c. è inserito il seguente:

"Art. 410-bis
(Termine per l'espletamento del tentativo di conciliazione)

Il tentativo di conciliazione, anche se nelle forme previste dai contratti e accordi collettivi, deve essere espletato entro 30 giorni dalla presentazione della richiesta. Trascorso inutilmente tale termine, il tentativo di conciliazione si considera comunque espletato ai sensi del successivo art. 412-bis".

Art. 3

"All'art. 412 c.p.c. è aggiunto il seguente comma:

"Le disposizioni di cui al primo comma si applicano anche al tentativo di conciliazione in sede sindacale".

Art. 4

"Dopo l'art. 412 c.p.c. è inserito il seguente articolo:

"Art. 412-bis
(Procedibilità della domanda)

L'espletamento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità della domanda.

L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto nella memoria difensiva di cui all'art. 416 e può essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre l'udienza di cui all'art. 420.

Ove il giudice rilevi la improcedibilità della domanda a norma dei commi precedenti, sospende il giudizio e fissa alle parti il termine perentorio di 60 giorni per la proposizione della richiesta del tentativo di conciliazione.

Trascorso il termine di cui al primo comma dell'art. 410 bis, il processo può essere riassunto entro i successivi 180 giorni.

Il mancato preventivo espletamento del tentativo di conciliazione non preclude la concessione dei provvedimenti cautelari previsti nel capo III del titolo I del libro IV del presente codice".

Art. 5

Dopo l'art. 412-bis c.p.c. è inserito il seguente articolo:

"Art. 412-ter
(Arbitrato)

Se il tentativo di conciliazione non riesce o sia comunque decorso il termine previsto nel 1° comma dell'art. 410 bis, ciascuna delle parti può chiedere, anche tramite l'organizzazione sindacale alla quale aderisce o conferisca mandato, la risoluzione della controversia mediante un arbitrato irrituale se previsto dai contratti o accordi collettivi di lavoro. I contratti e accordi, anche a diversi livelli, stabiliscono:

- le modalità della richiesta di devoluzione della controversia al collegio arbitrale e il termine entro il quale l'altra parte può aderirvi;
- la composizione del collegio arbitrale e la procedura per la nomina del presidente e dei componenti;
- le forme e di modi di espletamento dell'eventuale istruttoria;

d) il termine entro il quale il collegio deve emettere il lodo, dandone comunicazione alle parti interessate”.

Art. 6

Dopo l'art. 412-ter c.p.c. è aggiunto il seguente:

“Art. 412-*quater*
(Decisione secondo equità)

Se non è stato convenuto al momento della richiesta dell'arbitrato e della relativa accettazione, le parti, in ogni stato della procedura, possono chiedere che gli arbitri decidano secondo equità.

Nel caso previsto dal comma precedente, il lodo non è impugnabile e acquista efficacia di titolo esecutivo osservate le disposizioni di cui all'art. 411”.

Art. 7

Dopo l'art. 412-*quater* è inserito il seguente:

“Art. 412-*quinquies*
(Impugnazione del lodo arbitrale)

Se non ricorre l'ipotesi prevista nell'articolo precedente, il lodo arbitrale è impugnabile, per violazione di disposizioni inderogabili di legge, con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale, in funzione di giudice del lavoro, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del lodo da parte degli arbitri.

Trascorso tale termine o se le parti hanno comunque dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, il lodo acquista efficacia di titolo esecutivo osservate le disposizioni di cui all'art. 411.

Nel giudizio di impugnazione non sono sindacabili gli accertamenti in fatto e le valutazioni di merito operate dal collegio arbitrale.

Il Tribunale decide con sentenza provvisoriamente esecutiva ricorribile in cassazione”.

Art. 8

Il secondo e il terzo comma dell'art. 5 della legge 11 agosto 1973, n. 533 sono abrogati.

Abbreviazioni

<i>AC</i>	Archivio civile
<i>AI</i>	L'amministrazione italiana
<i>AL</i>	Actualidad laboral
<i>AppNDI</i>	Appendice al Novissimo Digesto Italiano
<i>AP</i>	Azienda pubblica
<i>AR</i>	Arbeitsrecht
<i>AS</i>	Le assicurazioni sociali
<i>AsS</i>	L'assistenza sociale
<i>ASQ</i>	Administrative Science Quarterly
<i>Asap Not</i>	Asap Notizie
<i>BBTC</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics
<i>Contr</i>	Contrattazione
<i>DCInt</i>	Diritto commerciale internazionale
<i>DD</i>	Democrazia e diritto
<i>DE</i>	Diritto dell'economia
<i>D&L</i>	Critica del diritto del lavoro
<i>DFall</i>	Diritto fallimentare
<i>DH</i>	Dalloz Hebdomadaire
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>DLab</i>	Derecho laboral
<i>DocLab</i>	Documentación laboral
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPLoro</i>	Diritto e pratica del lavoro, serie oro
<i>DS</i>	Droit Social
<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>Enc dir</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc giur Trec</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>FP</i>	Foro padano
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GCCC</i>	Giurisprudenza completa della Cassazione civile
<i>GComm</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GM</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GPiem</i>	Giurisprudenza piemontese

Abbreviazioni

<i>GTosc</i>	Giurisprudenza toscana
<i>GU</i>	Gazzetta ufficiale
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>Il progetto</i>	Il progetto
<i>IP</i>	Informatore Pirola
<i>IPrev</i>	Informazione previdenziale
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>I&S</i>	Impresa & Stato
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>L'impresa</i>	L'impresa
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LPO</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>LR</i>	Le Regioni
<i>LS</i>	Le società
<i>L&S</i>	Labour and Society
<i>LSSoc</i>	Lavoro e sicurezza sociale
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>MAC</i>	Massimario annotato della Cassazione
<i>MFI</i>	Massimario del Foro italiano
<i>MGC</i>	Massimario di Giustizia civile
<i>MGI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>MLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MO</i>	Mondoperaio
<i>MSCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>NDI</i>	Novissimo Digesto italiano
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
<i>NGiurL</i>	Notiziario giuridico del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica economica
<i>PS</i>	Prospettive sindacali
<i>PSoc</i>	Previdenza sociale
<i>QDLRI</i>	Quaderni di dir. del lavoro e delle rel. industriali
<i>QIS</i>	Quaderni di industria e sindacato
<i>QL</i>	Quaderni di diritto del lavoro
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QRS</i>	Quaderni di rassegna sindacale
<i>QISFOL</i>	Quaderni ISFOL
<i>Quarantacinque</i>	Quarantacinque
<i>RA</i>	Recht der Arbeit
<i>RAmmRI</i>	Rivista amministrativa della Repubblica italiana
<i>Rass. Dir. Civ.</i>	Rassegna di diritto civile
<i>RCDP</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDComm</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDEur</i>	Rivista di diritto europeo
<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>RDImp</i>	Rivista di diritto dell'impresa
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>RDP</i>	Rivista del diritto processuale
<i>REDT</i>	Revista Española de Derecho del Trabajo
<i>RFI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>RGC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>RGI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RI</i>	Relazioni industriali

<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIMP</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>RIPS</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>RISS</i>	Rivista italiana di scienze sociali
<i>RIT</i>	Revue international du travail
<i>RL</i>	Relaciones Laborales
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di scienza amministrativa
<i>SImp</i>	Spazio impresa
<i>SOrg</i>	Studi organizzativi
<i>SS</i>	Sicurezza sociale
<i>Temi</i>	Temi
<i>TE</i>	Travail et emploi
<i>TLG</i>	Toscana lavoro giurisprudenza
<i>TR</i>	Temi romani

Notizie sugli autori

A. Alaimo è dottore di ricerca nell'Università di Catania

P. Bellocchi è collaboratore dell'Istituto di Diritto del lavoro nell'Università "La Sapienza" di Roma

M. Biagi è ordinario di diritto del lavoro e Direttore del Centro Studi Internazionali e Comparati, Dipartimento di Economia Aziendale, Università di Modena; Presidente del Comitato Scientifico di SINNEA

B. Caruso è professore straordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Catania

L. Castelvetro è ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Milano

C. Cecchella è ricercatore di Diritto processuale civile nell'Università di Pisa

A. Dal Ferro è avvocato in Bruxelles, Studio Morresi, Consulente della Commissione CEE

R. Flammia è professore di Diritto del lavoro

E. Gonzales-Posada è professore di Diritto del lavoro nell'Università di Valladolid, Spagna

M. Grandi è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

S. Hernandez è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Pescara

A. Martone è consigliere di Cassazione

A. Neal è professore di Diritto del lavoro nell'Università di Leicester, Regno Unito di Gran Bretagna; Direttore responsabile dell'*International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*

M. Persiani è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università "la Sapienza" di Roma

J. Rojot è professore di Relazioni Industriali nel Université de Paris I, Panthéon, Sorbonne, Francia

L. Spagnuolo Vigorita è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano e Presidente dell'ALAR

F. Toffoletto è avvocato nel Foro di Milano

L. Ventura è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bari

A. Viscomi è specializzato in Diritto del lavoro all'Università di Napoli

M. Weiss è professore di Diritto del lavoro nell'Università di Francoforte, Repubblica Federale Tedesca