Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale (*ordinamento ex D.M. 270/2004*)
in Amministrazione, Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

Libertà sindacale, diritto di sciopero e libertà economiche

Relatore
Ch. Prof. Gaetano Zilio Grandi

Laureando
Stefano Todaro
Matricola 825564

Anno Accademico
2012 / 2013

INDICE

Introduzione 5

Capitolo 1 - Le libertà economiche fondamentali 7

1. La libera circolazione delle merci 7
   1.1. L'unione doganale: abolizione dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente 8
   1.2. Divieto di discriminazione fiscale 10
   1.3. Divieto delle restrizioni quantitative e misure di effetto equivalente 12
   1.4. Le restrizioni all'esportazione 15
   1.5. Giustificazioni degli ostacoli commerciali 16
2. La libera circolazione delle persone 17
   2.1. La libera circolazione dei lavoratori subordinati e il diritto di soggiorno 18
   2.2. Le limitazioni alla libertà di circolazione dei lavoratori 22
3. Libertà di stabilimento e di prestazione di servizi 24
   3.1. Il diritto di stabilimento 25
   3.2. Il regime del diritto di stabilimento 27
   3.3. Libera prestazione di servizi 29
   3.4. La libera prestazione di servizi: le misure discriminatorie 31
   3.5. Il riconoscimento delle qualifiche professionali 34
   3.6. La direttiva servizi 38
4. La libera circolazione dei capitali 41

Capitolo 2 - La libertà sindacale 45

1. Libertà sindacale nel diritto internazionale, comunitario e nazionale 45

1.1. Libertà sindacale degli imprenditori, dei lavoratori autonomi, dei pubblici dipendenti, dei militari e della Polizia di Stato 48
1.2. La libertà sindacale nel diritto dell'Unione europea 50
1.3. La libertà sindacale nel diritto internazionale 51
2. Rappresentanza e rappresentatività sindacale 53
2.1. Rappresentatività sindacale 55
2.2. Criteri per valutare il sindacato maggiormente rappresentativo 59
2.3. I sindacati comparativamente più rappresentativi 61
2.4. Rappresentanza sindacale dei lavoratori nei luoghi di lavoro 63
2.5. Le rappresentanze sindacali aziendali e le rappresentanze sindacali unitarie 66
2.6. La riforma dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori. 70
2.7. Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza 73
3. I diritti sindacali e la repressione della condotta antisindacale 74
3.1. Assemblea 76
3.2. Referendum 78
3.3. Diritto di affissione 79
3.4. Locali delle RSA 80
3.5. Permessi retribuiti 82
3.6. Permessi non retribuiti 84
3.7. Il trasferimento dei dirigenti delle RSA 84
3.8. Attività di proselitismo e contributi sindacali 86
3.9. Permessi dei dirigenti sindacali esterni e aspettative sindacali 86
3.10. La repressione della condotta antisindacale 87
3.11. Il procedimento per la repressione della condotta antisindacale 94

Capitolo 3 - Il diritto di sciopero 97

1. Evoluzione storica dello sciopero 97
2. Il principio costituzionale del diritto di sciopero 100

2.1. Titolarità del diritto di sciopero 103
2.2. Le conseguenze dello sciopero: gli effetti sulla retribuzione e le reazioni datatoriali 106
3. I limiti del diritto di sciopero 110
3.1. Gli interventi della Corte costituzionale sulle norme penali incriminatrici dello sciopero 111
3.2. Sciopero e libertà di iniziativa economica 115
3.3. I limiti delle forme di lotta sindacale connesse allo sciopero 122
4. Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali 125
4.1. La disciplina previgente 125
4.2. La disciplina dello sciopero nei pubblici servizi 126
4.3. Le regole sulla proclamazione e sulla revoca dello sciopero 128
4.4. Le prestazioni indispensabili e le misure di contemperamento 130
4.5. Le procedure di raffreddamento e conciliazione 137
4.6. La disciplina per il lavoro autonomo 138
4.7. Precettazione 141
4.8. Le sanzioni 145
4.9. Il ruolo delle associazioni degli utenti 149

Capitolo 4 - Bilanciamento tra autonomia collettiva e libertà economiche 153

1. Precedente storico: azioni collettive di protesta e libertà di circolazione delle merci 153
1.1. La sentenza Commissione c. Repubblica francese 154
1.2. La sentenza Schmidberger 155
2. La sentenza Viking 158
2.1. L'effetto orizzontale diretto dell'art. 49 TFUE 162
2.2. L'Unione europea riconosce come diritto fondamentale il

diritto di sciopero 164
2.3. Bilanciamento tra azione collettiva e libertà di stabilimento 166
3. La sentenza Laval 167
3.1. Ordinamento svedese e legittimità dell'azione collettiva 169
3.2. Interpretazione della direttiva 96/71 e legittimità dell'azione collettiva 171
4. La sentenza Rüffert 176
5. La sentenza Commissione c. Lussemburgo 178
6. Un'analisi critica delle sentenze della Corte di giustizia europea 180
6.1. Un bilanciamento "sbilanciato" 182
6.2. La discutibile interpretazione della direttiva sul distacco dei lavoratori 186
6.3. Osservazioni sulla legittimità delle azioni collettive sui casi Viking e Laval 191

Conclusioni 193

Bibliografia 195

Sitografia 203

INTRODUZIONE

Con questo lavoro si vuole mettere in evidenza come, a livello comunitario e nazionale, sono regolamentate e contemperate due discipline tradizionalmente contrastanti: le libertà economiche e i diritti dei lavoratori, in particolare la libertà sindacale e il diritto di sciopero.

Nel primo capitolo verranno illustrate le norme riguardanti le quattro libertà economiche fondamentali che il Trattato dell'Unione europea riconosce alle persone fisiche e giuridiche degli Stati membri, saranno analizzate le varie direttive che sono state emanate in attuazione di questi principi e saranno richiamati i principali interventi della giurisprudenza.

Poi passeremo, nei due capitoli successivi, a trattare i diritti dei lavoratori. In particolare nel secondo capitolo parleremo della libertà sindacale evidenziando i principi generali internazionali, comunitari e nazionali. Poi dettagliatamente spiegheremo come, nel nostro paese, funzionano e come si sono evolute nel tempo le forme e le logiche di rappresentanza e rappresentatività sindacale, richiamando le relative disposizioni legislative e contrattuali. Nell'ultima parte del capitolo, osservando lo Statuto dei lavoratori, sarà trattata dettagliatamente la disciplina relativa ai diritti sindacali dei lavoratori, e infine quella riguardante la condotta antisindacale attuata dal datore di lavoro, individuando prima quali comportamenti rientrano nella fattispecie e poi esponendo il procedimento speciale di repressione di tale condotta previsto dall'art. 28 dello Statuto.

Nel terzo capitolo invece parleremo del diritto di sciopero, attraverso il quale sostanzialmente si concretizza la libertà sindacale. Prima percorreremo brevemente le tappe che, nel nostro paese, hanno portato lo sciopero da essere considerato come reato o come mera libertà ad essere riconosciuto come diritto. Successivamente passeremo a interpretare il principio costituzionale che garantisce il diritto di sciopero (art. 40), analizzando la natura giuridica, la titolarità e, infine, gli effetti che esso

provoca sulla retribuzione e sui comportamenti del datore di lavoro, con particolare riferimento alla serrata e al crumiraggio.

Il passo successivo sarà quello di sottolineare che il diritto di sciopero incontra nel suo esercizio dei limiti derivanti dalla necessità di garantire altri diritti riconosciuti dalla Costituzione. In particolare vedremo come nel nostro Paese è stato realizzato il contemperamento con la libertà di iniziativa economica prevista dall'art. 41 Cost., osservando come la giurisprudenza ha valutato la legittimità delle varie forme di sciopero e delle attività ad esso connesse. Poi attraverso l'analisi dell'unica legge regolatrice dello sciopero emanata nel nostro Paese, cioè quella relativa allo sciopero nei servizi pubblici essenziali, osserveremo come il diritto di sciopero è stato bilanciato con i diritti della persona costituzionalmente garantiti.

Infine nell'ultimo capitolo evidenzieremo innanzitutto come a livello comunitario la Corte di giustizia europea, attraverso una serie di sentenze, ha bilanciato le libertà economiche fondamentali, previste dal Trattato, con l'autonomia collettiva. Poi, prendendo spunto dalla dottrina, effettueremo un'analisi critica del bilanciamento sancito dalla Corte, sottolineando anche il modo diverso in cui l'Unione europea ha fissato i limiti del diritto di azione collettiva rispetto a quanto sancito dal nostro Paese.

CAPITOLO 1

Le libertà economiche fondamentali

La Comunità europea ha previsto nel Trattato di Roma, nel 1957, la creazione di un mercato comune. In particolare l'art. 2 TCE stabilisce che "la Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano". Il mercato comune ha permesso di sviluppare uno spazio economico unificato con condizioni di libera concorrenza tra imprese, basandosi su quattro libertà economiche: libertà di circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali. Queste, oltre a costituire dei principi base della Comunità, rappresentano dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea.

1. La libera circolazione delle merci

La libera circolazione delle merci ha lo scopo di rimuovere tutti gli ostacoli e gli impedimenti agli scambi di merci all'interno della Comunità, attraverso il divieto di dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente fra gli Stati membri.

La nozione di merce non è definita dal Trattato, bensì dalla Corte di Giustizia che la qualifica come "qualsiasi prodotto pecuniariamente valutabile e come tale atto a costituire oggetto di negozi commerciali"[1]. Inoltre in varie sentenze la Corte ha chiarito se un particolare prodotto rientri o meno nella nozione di merce. Per esempio sono stati considerati come merce gli oggetti d'arte e le monete non più in circolazione come valuta[2], i biglietti di banca e

[1] Causa 7/68 *Commissione* contro *Italia*, 10.12.1968.
[2] Causa 7/78 *Thompson*, 23.11.1978.

gli assegni al portatore[3], i rifiuti anche se non sono riciclabili, ma oggetto di una transazione commerciale[4], l'energia elettrica[5] e il gas naturale[6]. Viceversa non sono stati inclusi nella nozione di merce, per esempio le donazioni in natura[7] e i messaggi televisivi[8].

La libera circolazione delle merci è disciplinata all'interno di un quadro normativo costituito dai seguenti articoli:

1. artt. 28-32 TFUE relativi all'abolizione dei dazi e delle tasse di effetto equivalente ai dazi doganali, e alla fissazione di una tariffa doganale comune per gli scambi con i Paesi terzi (cosiddetta unione doganale);
2. art. 110 TFUE contenente il divieto di imposizione fiscale interna discriminatoria per i prodotti importati;
3. artt. 34-36 TFUE contenenti il divieto di restrizioni quantitative agli scambi fra gli Stati membri e di ogni misura di effetto equivalente.

1.1. L'unione doganale: abolizione dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente

L'art. 28 TFUE afferma che "l'Unione comprende un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci e comporta il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente, come pure l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con i paesi terzi".

La creazione dell'unione doganale è stata ultimata il 1° luglio del 1968, quando sono stati aboliti i dazi nel commercio intracomunitario. Con l'entrata in vigore del mercato unico nel 1993, sono stati inoltre eliminati i controlli regolari alle frontiere interne e le formalità doganali.

---

[3] Causa C-358/93 *Bordessa e a.*, 23.02.1995.
[4] Causa C-2/90 *Commissione c. Belgio*, 09.07.1992.
[5] Causa C-393/92 *Almelo* contro *Energiebedrijf Ijsselmij*, 23.04.1994.
[6] Causa C-159/94 *Commissione* contro *Francia*, 23.10.1997.
[7] Causa C-318/07 *Persche*, 21.01.2009.
[8] Causa 155/73 *Sacchi*, 30.04.1974.

L'abolizione dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente sugli scambi tra i Paesi membri è fondamentale per permettere la libera circolazione delle merci. In proposito l'art. 30 TFUE dice espressamente che "i dazi doganali all'importazione o all'esportazione o le tasse di effetto equivalente sono vietati tra gli Stati membri". Questa norma ha efficacia diretta, cioè i singoli possono invocarla dinanzi alle giurisdizioni nazionali ed europee a prescindere dal fatto che gli ordinamenti nazionali la abbiano recepita[9].

Mentre è facile individuare un dazio doganale, più difficile è stabilire quando sussista una tassa di effetto equivalente.

La nozione di tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale è stata definita dalla Corte come: "ogni diritto imposto unilateralmente sia all'atto dell'importazione sia in un successivo momento e che, colpendo specialmente la merce importata da un paese membro ad esclusione del corrispondente prodotto nazionale, produce il risultato di alterarne il prezzo e di incidere così sulla libera circolazione delle merci alla stessa stregua di un dazio doganale". La Corte ha inoltre precisato che non è necessario che l'onere sia riscosso dallo Stato, che sia di valore rilevante e che abbia un effetto discriminatorio. In definitiva qualsiasi onere pecuniario (diverso dal dazio doganale) che si imputi al prodotto in ragione dell'importazione o dell'esportazione, indipendentemente dalla sua struttura, dalla sua denominazione, dal momento in cui venga imposto o percepito e dal fatto che sia o meno riscosso a profitto dello Stato, si definisce tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale.

Oltre all'abolizione dei dazi doganali sugli scambi e delle tasse di effetto equivalente, l'unione doganale prevede:

[9] L'effetto diretto dell'art. 30 TFUE è stato affermato nella sentenza *Van Gend e loos* 26/62 del 5 febbraio 1963.

1. la libertà di circolazione anche delle merci originarie di Paesi terzi, dopo essere state importate nell'Unione e sottoposte a dazio unico;
2. il regime di preferenza per i prodotti dell'Unione;
3. una disciplina doganale uniforme nei Paesi comunitari;
4. la destinazione al bilancio dell'Unione delle entrate costituite dalla tariffa doganale comune.

Per quanto riguarda i rapporti commerciali con gli Stati esterni all'unione doganale è previsto che la Comunità persegua una propria politica commerciale comune verso questi paesi attraverso accordi tariffari e commerciali (art. 207 TFUE) oppure tramite accordi di associazione (art. 217 TFUE).

Da questo si evince che il fatto che gli artt. 28 e seguenti si applichino soltanto agli scambi di merci tra i Paesi membri non implica che gli Stati comunitari abbiano completa autonomia sulla tassazione degli scambi con i Paesi terzi. Infatti l'applicazione degli oneri tributari all'importazione e all'esportazione con i Paesi extracomunitari è legata alla politica commerciale comune e quindi gli Stati membri non hanno la facoltà di introdurre unilateralmente nuove tasse o aumentare quelle esistenti, salvo eccezioni e deroghe introdotte dall'Unione, le quali devono essere comunque uniformi per evitare distorsioni degli scambi.

1.2. Divieto di discriminazione fiscale

Per eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci è inoltre previsto il divieto di discriminazione fiscale, il quale vieta ad ogni Stato membro della Comunità di applicare ai prodotti importati dagli altri Stati comunitari imposizioni interne di ogni natura più onerose di quelle applicate ai prodotti similari (art. 110,1 TFUE). In questo modo si impedisce agli Stati membri di discriminare i prodotti stranieri e di proteggere quelli nazionali.

Questa norma è complementare alle disposizioni relative all'abolizione di dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente, in quanto permette di evitare che il divieto sancito dall'art. 30 TFUE possa essere eluso attraverso lo strumento tributario.

Il divieto comprende oneri tributari di qualsiasi natura imposti dallo Stato o da altri enti pubblici, indipendentemente dal soggetto beneficiario, dall'ammontare o dalla consistenza dell'ostacolo agli scambi.

Inoltre è importante sottolineare che una tassa incompatibile con l'art. 110 TFUE è vietata solo per la parte che colpisce le merci importate più di quelle nazionali[10].

L'elemento discriminatorio può assumere configurazioni diverse. In particolare la norma si riferisce a tutti quei tributi che sono sostanzialmente discriminatori, quindi anche in modo non palese, che hanno l'effetto di "scoraggiare l'importazione di merci originarie di altri Stati membri a vantaggio dei prodotti nazionali"[11]. Questo implica che l'elemento della discriminazione può collegarsi, non solo alla base imponibile ed all'aliquota, ma anche a una fase successiva all'importazione, come ad esempio la commercializzazione. Quindi, in definitiva, il criterio per l'applicazione dell'art. 110 TFUE è costituito dall'incidenza del tributo sul prodotto nazionale e sul prodotto importato. Per esempio possiamo avere aliquote identiche ma diverse modalità di riscossione o diversi criteri per individuare la base imponibile.

Il carattere discriminatorio espresso dall'art. 110 non si riferisce a "prodotti uguali", bensì a prodotti similari. In proposito la Corte ha definito i prodotti similari come quei prodotti che abbiano, agli occhi del consumatore, proprietà analoghe e rispondano alle medesime esigenze.

Anche se non sussistono le condizioni per una discriminazione diretta, un'imposizione può essere indirettamente discriminatoria. Anche

[10] Causa C-72/92 *Scharbatke*, 27.10.1993.
[11] Causa C-252/86 *Bergandi*, 03.03.1988.

un'imposizione di questo tipo non può essere applicata. Infatti, in base a quanto enuncia il secondo comma dell'art. 110, sono vietate le disposizioni fiscali nazionali che tentano di proteggere i prodotti nazionali mediante l'applicazione di diversi livelli di imposizioni fiscali a prodotti stranieri non similari ma concorrenti.

1.3. Divieto delle restrizioni quantitative e misure di effetto equivalente

La libera circolazione delle merci viene inoltre garantita attraverso il divieto di adottare delle restrizioni quantitative degli scambi e di misure di effetto equivalente. Questa disposizione si riferisce sia alle importazioni e sia alle esportazioni (artt. 34, 35 TFUE).

Le restrizioni quantitative sono state definite come misure aventi il carattere di proibizione, totale o parziale, d'importare o di far transitare[12]. Un esempio può essere rappresentato, oltre che da un divieto esplicito di importare o esportare un certo prodotto, da un sistema di contingenti[13], cioè le restrizioni quantitative si applicano qualora siano stati raggiunti certi massimali di importazione o esportazione. Tuttavia solo i contingenti non tariffari sono coperti dal suddetto articolo, poiché i contingenti tariffari rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 30 TFUE.

Ci sono invece più difficoltà interpretative per quanto concerne il concetto di effetto equivalente alle restrizioni quantitative.

In un primo momento per misure di effetto equivalente si intendevano semplicemente i provvedimenti che prevedevano una differenza di trattamento tra i prodotti nazionali e tra quelli importati: sono le cosiddette misure distintamente applicabili.

Successivamente la Commissione ha emanato la direttiva 70/50 del 22 dicembre 1969 che ha compreso nella nozione di misura di effetto

[12] Causa 2/73 *Geddo*, 12.07.1974.
[13] Causa 13/68 *Salgoil*, 19.12.1968.

equivalente, oltre alle disposizioni legislative o regolamentari, anche qualsiasi atto posto in essere da una pubblica autorità che, pur non vincolante sul piano giuridico, potesse spingere i destinatari a preferire l'acquisto del prodotto nazionale.

La direttiva fu però considerata insufficiente a coprire tutti i possibili casi. La parola è così passata alla giurisprudenza. In proposito la Corte nella celebre sentenza *Dassonville*[14] ha dato una nozione di effetto equivalente ancora oggi completamente valida e puntualmente applicata, affermando che "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come misura di effetto equivalente". In questo modo la Corte ha sottolineato che l'elemento più importante che determina se una normativa nazionale rientri o meno nell'articolo 34 TFUE è il suo effetto, non ritenendo più determinante l'aspetto discriminatorio di un provvedimento. È apparso quindi chiaro alla Corte che non sono solo i provvedimenti apertamente discriminatori a creare barriere agli scambi di prodotti tra gli Stati membri, ma anche quelli che abbiano un effetto solo potenziale di ostacolo alle importazioni.

Sostanzialmente rientrano tra le misure di effetto equivalente sia quelle distintamente applicabili e sia quelle indistintamente applicabili. Le prime si riferiscono, per esempio, a quelle misure che impongono una documentazione specifica per l'importazione o l'esportazione del prodotto (per esempio una licenza o un certificato di conformità) causando un ritardo e determinando di conseguenza un ostacolo agli scambi; oppure possono riguardare quelle disposizioni che consentono soltanto ad alcuni operatori di effettuare determinate importazioni (cosiddetta canalizzazione delle importazioni).

Le misure indistintamente applicabili, invece, si riferiscono a quelle che sono neutre rispetto al rapporto tra prodotti nazionali e prodotti importati, ma

[14] Causa 8/74, 11.7.1974.

che possono comunque ridurre le importazioni e con esse la commercializzazione oppure, possono ridurre la commercializzazione e di conseguenza l'importazione. Tra queste misure sono comprese le discipline sui prezzi.

Una disciplina dei prezzi applicabile sia ai prodotti nazionali che a quelli importati, non costituisce una misura di effetto equivalente, ma può diventarlo in alcuni casi. Ipotesi in tal senso possono essere rappresentate dal prezzo minimo, dal prezzo massimo e dal blocco dei prezzi.

Il prezzo minimo fissato per una determinata quantità e applicato sia alle merci nazionali e sia a quelle importate, può limitare le importazioni se il livello di prezzo stabilito sia tale da impedire agli importatori di sfruttare il vantaggio competitivo derivante dal minor costo di produzione[15].

Il prezzo massimo può diventare una misura di effetto equivalente nel caso in cui sia fissato, indistintamente ai prodotti nazionali e a quelli importati, ad un livello tale da far risultare il prodotto fuori mercato e quindi rendendo lo smercio impossibile o comunque più difficile di quello dei prodotti nazionali[16].

Per quanto concerne il blocco dei prezzi si è verificato un caso riguardante un regolamento nazionale che obbligava a notificare tutti gli aumenti di prezzi alle autorità almeno due mesi prima della loro entrata in vigore. La Corte affermò che un regime di blocco dei prezzi applicato indistintamente ai prodotti nazionali e ai prodotti importati, nonostante non costituisca di per sé una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, può avere *de facto* questo effetto se il livello raggiunto dai prezzi sia tale da rendere la vendita dei beni importati impossibile o più difficile di quella dei prodotti nazionali[17].

[15] Causa 231/83 *Cullet*, 29.01.1985; causa 82/77 *Van Tiggele*, 24.01.1978.
[16] Causa 65/75 *Tasca*, 26.02.1976; cause riunite da 88/75 a 90/75 *SADAM*, 26.02.1976; causa 181/82 *Roussel*, 29.11.1983; causa 13/77 *GB-Inno*contro *ATAB*, 16.11.1977.
[17] Cause riunite da 16/79 a 20/79 *Danis*, 6.11.1979.

1.4. Le restrizioni all'esportazione

Come per le importazioni, il Trattato vieta le restrizioni quantitative all'esportazione e le misure di effetto equivalente (art. 35 TFUE). In linea di principio vale quanto detto riguardo alle restrizioni alle importazioni.

Si precisa che il divieto si riferisce solo alle esportazioni verso i Paesi comunitari.

In realtà, le norme restrittive e le discriminazioni all'esportazione sono molto rare, ma in alcuni casi la Corte è stata chiamata a pronunciarsi relativamente a misure nazionali che potevano ricadere nell'art 35 TFUE.

Mentre il punto di riferimento è rappresentato, come per le importazioni, dalla formula *Dassonville*, emergono alcune peculiarità.

Innanzitutto, analogamente alle importazioni, è vietato imporre quegli adempimenti che possono provocare ritardi alle esportazioni, causando un effetto dissuasivo (per esempio sono vietate le licenze di esportazione non giustificate).

Invece la giurisprudenza ha affermato che l'articolo 35 TFUE, a differenza del 34, si applica esclusivamente a provvedimenti discriminatori contro le merci. Questo principio è stato stabilito nella sentenza *Groenveld*[18], dove la Corte ha espressamente affermato che l'art. 35 "riguarda i provvedimenti nazionali che hanno per oggetto o per effetto di restringere specificamente le correnti di esportazione e di costituire in tal modo una differenza di trattamento fra il commercio interno di uno Stato membro e il suo commercio d'esportazione, cosi da assicurare un vantaggio particolare alla produzione nazionale od al mercato interno dello Stato interessato, a detrimento della produzione o del commercio di altri Stati membri".

Sostanzialmente l'art 35 TFUE vieta la misura che sfavorisce le esportazioni, non quella che all'interno di un sistema generale di controlli e adempimenti, riduce *anche* le esportazioni.

[18] Causa 15/79, 8.11.1979.

In conclusione la Corte ritiene che l'articolo 35 TFUE riguardi le barriere commerciali che provochino un effetto reale e specifico sulle esportazioni e che prevedano un trattamento diverso tra il commercio interno a uno Stato membro e l'esportazione.

1.5. Giustificazioni degli ostacoli commerciali

Sono previste alcune ipotesi in cui è possibile per gli Stati membri adottare delle misure rientranti tra quelle di effetto equivalente comprese nel divieto degli articoli 34-35 TFUE. Queste ipotesi riguardano le restrizioni agli scambi motivate da ragioni di ordine pubblico, di moralità pubblica, di sicurezza pubblica di tutela della salute, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico e di tutela della proprietà industriale e commerciale. Queste restrizioni non devono però costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri (art. 36 TFUE).

Questa norma, essendo una deroga al principio fondamentale degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, è stata interpretata in modo rigido dalla Corte e quindi il suo ambito di applicazione non può essere esteso ad ipotesi diverse da quelle previste dall'art. 36.

Questa disposizione non attribuisce agli Stati membri una competenza esclusiva in determinate materie, ma consente loro solo una deroga al principio della libera circolazione. Questo significa che se l'Unione europea ha emanato delle direttive di armonizzazione ed è scaduto il termine per il suo recepimento, le deroghe alla libera circolazione non sono più consentite.

Inoltre qualsiasi provvedimento deve essere conforme al principio della proporzionalità, cioè deve essere limitato a quanto sia strettamente necessario per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito. Di conseguenza la facoltà di deroga non è ammessa quando è possibile raggiungere l'obiettivo in maniera ugualmente efficace ma con un minore intralcio agli scambi all'interno dell'Unione.

Lo Stato membro che invochi una ragione giustificativa di una restrizione ha il dovere di dimostrare l'esistenza di un motivo di interesse generale, la necessità della restrizione e il carattere di proporzionalità di quest'ultima rispetto all'obiettivo perseguito.

Altre giustificazioni agli ostacoli commerciali sono rappresentate dalle esigenze imperative. Il concetto di esigenze imperative è stato introdotto nella sentenza *Cassis de Dijon*[19], nella quale la Corte ha stabilito che esse si riferiscono all'efficacia dei controlli fiscali, alla tutela della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori. Possono essere invocate solo per giustificare le norme indistintamente applicabili. Inoltre non è teoricamente possibile usare motivazioni diverse da quelle previste dall'art. 36 TFUE per giustificare provvedimenti discriminatori.

2. La libera circolazione delle persone

La libertà di circolazione delle persone nei Trattati istitutivi della Comunità era intesa semplicemente come "libera circolazione degli operatori economici al fine di prestare lavoro subordinato all'interno degli Stati membri"[20]. Successivamente il diritto alla libera circolazione ha assunto un significato più ampio con gli accordi di Schengen e con il Trattato di Maastricht.

Gli accordi di Schengen (il primo dei quali siglato nel 1985 da Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Francia e Germania) hanno abolito tutte le frontiere interne degli Stati firmatari degli accordi sostituendole con un'unica frontiera esterna. All'interno dello spazio comune si sono definite regole e procedure comuni in materie di visti, soggiorni brevi, richieste d'asilo e controlli alle frontiere. Nel corso degli anni si sono succeduti vari accordi che hanno permesso l'adesione al sistema di tutti i Paesi dell'Unione europea (a parte Regno Unito e Irlanda) e, dal Trattato di Amsterdam del 1997 (in vigore

[19] Causa C-120/78, 20.02.1979.
[20] Citazione www.treccani.it.

dal 1999), le norme e le strutture previste dagli accordi sono state integrate nel diritto dell'Unione europea.

Il Trattato di Maastricht del 1992 ha, invece, introdotto l'istituto della cittadinanza europea, stabilendo che "ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso" (art. 21 TFUE). Con questa norma si superò il concetto della libertà di circolazione in funzione dello svolgimento di un'attività economica.

Le norme inerenti alla libera circolazione delle persone si possono classificare in due distinte discipline: la libertà di circolazione in senso stretto e il diritto di stabilimento. La prima riguarda i lavoratori subordinati, cioè le persone fisiche occupate o in cerca di occupazione alle dipendenze di altri; la seconda, si riferisce, invece, ad imprenditori (persone fisiche o giuridiche) e a lavoratori autonomi che esercitano un'arte o una libera professione. Il diritto di stabilimento è integrato dalla libertà di prestare servizi nei Paesi della Comunità[21].

2.1. La libera circolazione dei lavoratori subordinati e il diritto di soggiorno

La libera circolazione dei lavoratori subordinati ha lo scopo di abolire ogni discriminazione di nazionalità tra i lavoratori degli Stati comunitari per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro (art. 45 TFUE, 2). Questo concetto è collegato al principio generale che vieta, nel campo di applicazione del Trattato, ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità (art. 18 TFUE).

Inoltre l'art. 45 al comma 3 riconosce ai lavoratori subordinati una serie di diritti, stabilendo che la libera circolazione dei lavoratori comporta il diritto:

1. di rispondere a offerte di lavoro effettive;

[21] Si rinvia al paragrafo 3 del cap.1.

2. di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri;
3. di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali;
4. di rimanere, a condizioni che costituiscono oggetto di regolamenti d'applicazione stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo avervi occupato un impiego.

L'elenco di questi diritti non è comunque tassativo: la Corte infatti può attribuirne altri.[22]

Per individuare i soggetti che possono beneficiare della libera circolazione va prima chiarito se le definizioni di "lavoratore" e di "attività subordinata", utilizzate nel diritto comunitario, siano da interpretare in modo autonomo oppure attraverso un rinvio alle legislazioni nazionali. In base ad una giurisprudenza consolidata, i due termini sono considerati come nozioni proprie del diritto dell'Unione europea, in quanto si vuol evitare il rischio che le norme nazionali possano escludere unilateralmente determinate categorie di persone dall'ambito di applicazione del Trattato, aumentando le probabilità di rinunciare ad un vero mercato comune del lavoro.

La definizione di lavoratore è legata ad alcune condizioni relative al soggetto e all'attività svolta. La Corte ha in varie sentenze definito i requisiti per determinare lo status del lavoratore. Tra queste ricordiamo la sentenza *Martinez Sala* che dà la seguente definizione di lavoratore: "deve considerarsi lavoratore la persona che, per un certo tempo, esegue a favore di un'altra, e sotto la direzione di questa, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una remunerazione. Una volta cessato il rapporto, l'interessato perde, in linea di principio, la qualità di lavoratore, fermo restando, tuttavia che, da un lato, questa qualifica può produrre taluni effetti

[22] Per esempio la Corte ha affermato nel caso *Antonissen* (C-292/89) del 26 febbraio 1991, che ogni cittadino comunitario ha "il diritto di circolare liberamente sul territorio degli altri Stati membri e di prendervi dimora al fine di cercarvi un lavoro".

dopo la cessazione del rapporto di lavoro e che, dall'altro, una persona all'effettiva ricerca di un impiego deve pure essere qualificata lavoratore"[23].

I lavoratori beneficiari della libertà di circolazione devono essere cittadini di un Paese membro. La qualificazione di cittadino è regolata dalle leggi nazionali, le quali però devono rispettare i limiti definiti dal diritto dell'Unione europea.

Si precisa però che la libera circolazione dei lavoratori cittadini degli Stati che hanno aderito recentemente all'Unione europea, cioè la Bulgaria, la Romania (entrate nell'Ue il 1° gennaio 2007) e la Croazia (che ha aderito all'Ue il 1° luglio 2013), è stata sottoposta ad una condizione[24]: i vecchi Stati membri hanno il diritto di limitare l'applicazione di norme in materia di libera circolazione dei lavoratori nei confronti dei cittadini di nuovi Stati membri per un periodo massimo di sette anni. Questi cittadini beneficiano comunque di un regime di preferenza rispetto ai lavoratori che provengono da paesi extracomunitari.

I cittadini non comunitari possono godere del diritto di libera circolazione all'interno della Comunità solo se sussistano degli accordi tra l'Unione e il Paese interessato, rispettando le condizioni stabilite nell'accordo.

Per godere della libertà di circolazione il lavoratore deve prestare la propria attività in uno Stato comunitario diverso da quello di origine. L'attività lavorativa deve svolgersi nel territorio dell'Unione o in ogni caso avere un legame stretto. Questo significa che la prestazione lavorativa rientra nell'applicabilità dell'art. 45 anche quando il lavoratore, per esempio presti la sua attività su una nave[25] oppure in un paese non comunitario in regime di missione o di distacco temporaneo[26].

[23] Causa C-85/96, 12.05.1998.
[24] Precedentemente sono stati sottoposti a questa condizione anche i lavoratori aventi la cittadinanza di uno degli Stati che hanno aderito all'Ue con l'atto di Atene del 2003, entrato in vigore il 1° maggio dell'anno seguente.
[25] Causa 9/88 *Lopes de Veiga*, 27.09.1989.
[26] Causa 237/83 *Prodest*, 12.07.1984.

Infine, per rientrare nell'ambito dell'applicazione dell'art. 45 l'attività svolta deve essere subordinata. Per essere tale, l'attività deve essere svolta da una persona per un certo periodo di tempo, ricevendo in cambio una retribuzione.

La libera circolazione dei lavoratori, definita dall'art. 45, deve essere attuata dal Parlamento e dal Consiglio europeo attraverso l'emanazione di direttive e regolamenti (art. 46 TFUE). Si è iniziato con il regolamento n.15 del 1961 che ha sancito il principio della priorità del lavoratore. Esso autorizzava i cittadini degli Stati membri ad occupare un impiego in un altro Paese comunitario quando tale impiego non poteva essere occupato da un cittadino nazionale. Con un successivo regolamento (38/1964) questo principio è stato eliminato, ma è rimasto il diritto, in ciascun Stato, di sospendere, in caso di eccedenza di manodopera, l'applicazione del diritto di circolazione, in determinate regioni o rispetto a determinate attività lavorative. La libertà di circolazione dei lavoratori si è ulteriormente ampliata con il regolamento 1612/68 che, assieme alla direttiva n. 68/360/CEE, ha eliminato le restrizioni all'ingresso e al soggiorno dei lavoratori e delle loro famiglie in Paesi diversi da quelli di origine. Quest'ultimo regolamento è stato poi modificato dalla direttiva 2004/38, la quale disciplina la libertà di circolazione e di soggiorno, raccogliendo in un unico testo i due regolamenti e le nove direttive che precedentemente regolavano questa materia.

La direttiva stabilisce che ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di spostarsi sul territorio di un altro Stato membro se è munito di una carta d'identità o di un passaporto validi. Inoltre non è possibile imporre ai cittadini nessun visto di uscita o di ingresso.

Anche i familiari che non hanno la cittadinanza comunitaria beneficiano dello stesso diritto del cittadino che accompagnano. Tuttavia essi possono essere soggetti al visto di breve durata (ai sensi del regolamento CE n. 539/2001). Per usufruire del diritto di soggiorno fino a tre mesi è sufficiente che il cittadino sia in possesso di un documento d'identità o di un passaporto

valido, mentre il diritto di soggiornare per un periodo superiore è ammesso nel caso in cui il cittadino dell'Unione europea:

1. eserciti un'attività di lavoro subordinato o autonomo;
2. segua una formazione in qualità di studente;
3. disponga di risorse economicamente sufficienti e di un'assicurazione malattia al fine di non diventare un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il soggiorno;
4. sia un familiare di un cittadino dell'Unione facente parte di una delle tre categorie appena menzionate (i familiari non aventi la cittadinanza comunitaria devono chiedere una "carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione", valida per cinque anni dal rilascio).

Tuttavia va precisato che il diritto di soggiorno oltre i tre mesi spetta anche a colui che si limita a spostarsi per cercare lavoro[27].

La direttiva prevede inoltre che i cittadini europei possano acquisire il diritto di soggiorno permanente nello Stato membro ospitante dopo avervi risieduto legalmente per un periodo ininterrotto di cinque anni purché essi non siano stati sottoposti a misura di allontanamento. Questo diritto si perde se il cittadino si assenta per più di due anni dallo Stato membro ospitante. Le stesse disposizioni si applicano ai familiari dell'interessato non aventi la cittadinanza comunitaria nel caso vi abbiano hanno risieduto assieme cinque anni nello Stato in questione.

2.2. Le limitazioni alla libertà di circolazione dei lavoratori

Il diritto del lavoratore all'ingresso e al soggiorno nel Paese ospite può essere limitato o negato per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica (art. 45, 3 TFUE).

[27] Causa 48/75 *Royer*, 08.04.1976 e causa 53/81 *Levin*, 23.03.1982.

Le restrizioni di questo diritto sono sempre disciplinate dalla direttiva 2004/38/CE, la quale stabilisce che tutti i provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza devono essere collegati a un comportamento personale e specifico del soggetto. Inoltre i provvedimenti di questo tipo possono essere attuati solo in presenza di comportamenti che rappresentino minacce gravi ed effettive all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza, tali da pregiudicare un interesse fondamentale dello Stato ospitante.

I provvedimenti limitativi della libertà di circolazione per motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza devono essere valutati tenendo conto del principio della proporzionalità.

Riguardo alle ragioni sanitarie che possono legittimamente limitare la libera circolazione, la direttiva elenca una serie di patologie che possono giustificare il divieto di ingresso e la negazione del diritto di soggiorno. Tuttavia, queste disposizioni non si applicano se la malattia si manifesta dopo i tre mesi successivi dalla data di arrivo.

I motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica che hanno limitato la libera circolazione devono essere portati a conoscenza del lavoratore, poiché quest'ultimo, conoscendone i contenuti e gli effetti, possa intraprendere un'azione di difesa adeguata. Le procedure e le modalità per tutelare il diritto sono quelle previste dall'ordinamento nazionale.

Il provvedimento di divieto di ingresso non può mai avere carattere permanente.

Un'importante deroga alla norma relativa alla libera circolazione dei lavoratori riguarda i dipendenti pubblici. Infatti il 4° comma dell'art. 45 TFUE stabilisce che "le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione". Questa rappresenta la cosiddetta riserva di sovranità.

La norma non è stata concretizzata attraverso atti di diritto comunitario secondario. Per evitare che le nozioni di pubblico impiego e di pubblica

amministrazione utilizzate nei diversi ordinamenti nazionali limitino l'efficacia e la portata delle norme del Trattato che disciplinano la libera circolazione dei lavoratori subordinati è doveroso rinunciare a dare un'interpretazione nazionale della norma. La sua interpretazione è stata quindi affidata alla Corte di giustizia, la quale ha seguito un criterio restrittivo stabilendo che gli impieghi pubblici a cui si riferisce la norma devono intendersi quelli che implicano una partecipazione diretta o indiretta all'esercizio di poteri pubblici, oltre alle funzioni relative alla tutela di interessi generali dello Stato e di enti pubblici. Tuttavia la giurisprudenza della Corte ha chiarito che la qualificazione di pubblico impiego va valutata caso per caso e non in relazione a determinate categorie.

Inoltre la Commissione ha emanato una comunicazione (dichiarazione del 5 gennaio 1988) avente lo scopo di definire la deroga dell'art. 45 elencando le attività che a suo parere fanno parte della pubblica amministrazione: le funzioni specifiche dello Stato e degli enti assimilabili (forze armate, polizia e altre forze dell'ordine, magistratura, amministrazione fiscale e servizio diplomatico), gli impieghi facenti capo ai ministeri statali, ai governi regionali (e ad altri organismi affini) e alle banche centrali, qualora si tratti di personale (funzionari e altri agenti) che esercita attività coordinate intorno ad un potere giuridico pubblico dello Stato o di un'altra persona giuridica di diritto pubblico.

3. Libertà di stabilimento e di prestazione di servizi

La libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi si riferiscono alle attività professionali e imprenditoriali indipendenti.

Il diritto di stabilimento è regolato dagli artt. 49-55 TFUE, mentre la libera prestazione di servizi è disciplinata dagli artt. 56-62 TFUE.

3.1. Il diritto di stabilimento

Per diritto di stabilimento si intende la libertà, garantita ai cittadini comunitari, di stabilirsi in uno Stato membro diverso dal proprio per esercitarvi un'attività autonoma, "alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini" (art. 49, 2 TFUE).

Oltre le persone fisiche con cittadinanza dell'Unione europea, beneficiano di questa libertà anche le persone giuridiche, in particolare "le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione europea" (art. 54 TFUE).

Il diritto di stabilimento può assumere due forme: stabilimento primario e stabilimento secondario.

Con lo stabilimento primario la persona fisica originaria di uno Stato membro insedia il proprio centro di attività principale in un altro Paese comunitario. Lo stabilimento primario si può manifestare attraverso varie modalità, come, per esempio, l'apertura di uno studio allo scopo di avviare un'attività professionale, l'acquisto di un'azienda, oppure la "costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società" (art. 49, 2 TFUE).

In linea di principio, le medesime modalità di esercizio del diritto di stabilimento primario sono riconosciute dal Trattato anche alle persone giuridiche. Quindi le società costituite in conformità con la legislazione di uno Stato comunitario, aventi in esso la sede sociale, potrebbero sia partecipare alla costituzione di una nuova società in un altro Stato comunitario, sia trasferire la propria sede principale in un altro Paese membro, mantenendo la natura giuridica di società costituite secondo l'ordinamento nazionale del Paese di provenienza. Tuttavia sorgono dei problemi nella seconda ipotesi poiché, negli Stati membri in cui è il luogo di collocazione della sede sociale a determinare la nazionalità della società, quest'ultima non manterrebbe la personalità giuridica di cui gode in base alle norme del Paese di costituzione. Infatti in questo caso per attuare il trasferimento sarebbe necessario

sciogliere la società e ricostituirla in conformità con l'ordinamento giuridico dello Stato membro destinatario del trasferimento, rendendo l'esercizio del diritto di stabilimento primario solamente teorico. A causa di questo problema, la Corte ha riconosciuto che le norme del diritto di stabilimento non permettono in realtà alla società degli Stati membri di trasferire la loro sede principale in altro Stato e conservare nel frattempo la personalità giuridica dello Stato membro in cui si sono costituite[28].

L'esercizio del diritto di stabilimento a titolo secondario si riferisce invece, alla possibilità di trasferimento di una parte secondaria dell'attività di un soggetto in un altro Stato comunitario. Questo si può realizzare attraverso la creazione di agenzie, succursali o filiali (art. 49, 1 TFUE).

Ai fini di questa norma la Corte ha precisato che per succursale, agenzia o filiale si intende: "un centro operativo che si manifesti in modo duraturo verso l'esterno come un'estensione della casa madre, provvisto di direzione e materialmente attrezzato in modo da poter trattare affari con terzi", anche se l'eventuale rapporto giuridico si stabilirà con la casa madre avente sede all'estero[29]. Le filiali a differenza delle succursali e delle agenzie sono persone giuridiche dotate di autonomia.

La Corte ha però stabilito che il diritto di stabilimento a titolo secondario può essere esercitato anche con modalità diverse da quelle previste dall'art. 49, precisando che per beneficiare di questo diritto è sufficiente costituire e/o rappresentare un centro di attività nel territorio comunitario (per esempio un ufficio)[30]. Si precisa, inoltre che lo stabilimento secondario non implica necessariamente che l'ulteriore centro di attività sia subordinato a quello principale.

Inoltre anche le persone fisiche possono usufruire del diritto di stabilimento a titolo secondario. In proposito, la Corte ha precisato che questa norma: "va considerata come espressione specifica di un principio

[28] Causa 81/87 *Daily mail*, 27.09.1988.
[29] Causa 33/78 *Somafer* 22.11.1978.
[30] Causa 205/84, *Commissione c. Germania*, 4.12.1986.

generale, valido anche per le professioni liberali, in forza del quale il diritto di stabilimento implica del pari la facoltà di creare e di conservare, salve restando le norme professionali, più di un centro di attività nel territorio della Comunità"[31]. Questo implica che uno Stato membro non può applicare delle normative nazionali che vietino l'apertura sul proprio territorio di studi o uffici a liberi professionisti di un altro Stato comunitario, nonostante che il divieto debba essere rispettato dai propri cittadini.

Non beneficiano della libertà di stabilimento le attività che nello Stato ospite "partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri" (art. 51 TFUE).

Infine, come è previsto per la libera circolazione delle persone, gli Stati membri possono applicare disposizioni nazionali "che prevedono un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e di sanità pubblica" (art 52 TFUE).

3.2. Il regime del diritto di stabilimento

Fin dal Trattato di Roma è stato previsto che la libertà di stabilimento doveva essere attuata attraverso l'adozione di determinate direttive. Tra queste ricordiamo quelle aventi l'obiettivo di sopprimere le restrizioni esistenti (art. 44 TCE), quelle "intese al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste" (art. 47, n. 2 TCE) e infine quelle "intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli" (art. 47, n. 1, TCE). Queste direttive (ora contemplate dagli articoli 50 e 53 TFUE) rappresentano degli strumenti cruciali per garantire la libertà di stabilimento ai cittadini relativamente alle attività non salariate da essi svolte.

Per sopprimere le restrizioni di stabilimento il Consiglio ha predisposto un Programma Generale in cui ha stabilito i modi e i tempi per l'emanazione delle direttive. Per quanto riguarda, invece, le direttive previste dai numeri 1 e

[31] Causa 107/83 *Klopp*, 12.07.1984.

2 dell'art 47 TCE il processo fu molto lento: alla fine del periodo transitorio[32] la Comunità era ancora molto lontana dall'avere eliminato le restrizioni, non essendo nemmeno state soppresse le discriminazioni fondate sulla nazionalità.

A questo punto intervenne la Corte che, attraverso la sentenza *Reyners*[33] proclamò la diretta applicabilità delle disposizioni del Trattato relative al diritto di stabilimento, ritenendo quindi che il principio del trattamento nazionale può essere fatto valere direttamente ai cittadini di tutti i Paesi comunitari.

Oltre alla discriminazione in base alla nazionalità, il Trattato vieta anche qualsiasi forma dissimulata di discriminazione che provoca gli stessi effetti di una normativa nazionale esplicitamente discriminatoria in base alla cittadinanza o al luogo di costituzione del soggetto che intende avvalersi della libertà di stabilimento[34]. Si tratta sostanzialmente di leggi nazionali che sono indistintamente applicabili, ma che impediscono al cittadino (o alla società) di un altro Paese membro, di godere della libertà di stabilimento, in quanto subordinano l'accesso o l'esercizio di un'attività professionale al possesso di determinati requisiti che sono propri del cittadino o della società costituita conformemente alla legislazione dello Stato ospite, e non di altri.

Questo si può verificare, per esempio quando uno Stato membro può far dipendere l'accesso ad una professione dall'ottenimento di diplomi nazionali. In proposito nel 1975 il Consiglio iniziò ad adottare delle direttive in materia di reciproco riconoscimento dei diplomi per determinate professioni. Tuttavia per numerose professioni il riconoscimento dei titoli di studio e delle abilitazioni professionali sono apparsi irrealizzabili a causa delle rilevanti differenze nella legislazione dei vari paesi e delle resistenze degli ordini professionali nazionali. La Comunità ha deciso che il riconoscimento di questi

[32] Secondo l'art. 8 del Trattato di Roma il periodo transitorio corrisponde ai primi dodici anni di vita della Comunità europea. Durante questo periodo si sarebbe progressivamente instaurato il mercato comune attraverso tre tappe di quattro anni ciascuna.
[33] Causa 2/74, 21.06.1974.
[34] Causa 157/73 *Sotgiu*, 12.02.1974.

diplomi deve basarsi sul principio della fiducia reciproca che gli Stati membri devono avere per le rispettive formazioni professionali. A tale riguardo, la Corte ha stabilito che anche per le professioni che non sono state oggetto di una direttiva specifica sul riconoscimento dei relativi diplomi, si deve utilizzare un criterio sostanziale, cioè gli Stati membri devono verificare e valutare, anche attraverso la richiesta del possesso di un titolo che provi l'avvenuta formazione e/o gli studi svolti per ogni caso concreto se esiste una corrispondenza dei requisiti professionali da essi richiesti con quelli acquisiti dal soggetto interessato nel Paese di origine[35].

3.3. Libera prestazione di servizi

Mentre il diritto di stabilimento prevede che i cittadini e le società debbano esercitare la propria attività autonoma in un altro Paese comunitario in modo continuativo e permanente, la libertà di prestazione di servizi prevede che lo svolgimento di tale attività sia solo occasionale e temporaneo.

I beneficiari della libera prestazione dei servizi sono le persone fisiche con cittadinanza europea e che sono stabiliti in uno Stato membro diverso da quello del destinatario della prestazione. Possono anche usufruire della libertà di prestazione dei servizi i prestatori cittadini di Paesi terzi, stabiliti all'interno dell'Unione (art 56 TFUE).

Inoltre beneficiano di questa libertà anche le persone giuridiche costituite in conformità con la legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione (art. 62 TFUE, che richiama l'art. 54 TFUE che riguarda lo stabilimento delle società).

La disciplina della libertà dei servizi non si applica a situazioni puramente interne, cioè a quelle situazioni che si esauriscono all'interno di un solo Stato

[35] Causa 222/86 *Heylens,* 15.10.1987; causa C-340/89 *Vlassopoulou,* 07.10.1991.

membro o che comunque non presentano alcun collegamento con le situazioni considerate dal diritto dell'Unione europea[36].

La nozione di servizio la troviamo nell'art. 57 TFUE che recita: "ai sensi dei trattati, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: attività di carattere industriale, attività di carattere commerciale, attività artigiane, attività delle libere professioni".

Da questa definizione si osserva che il concetto di servizio è definito in modo residuale, in quanto si riferisce alle prestazioni non regolate dalle disposizioni sulla circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. Quindi per servizio si intende qualsiasi attività economicamente rilevante che si concretizzi principalmente in uno scambio di beni.

Rientrano nella norma diverse tipologie di servizi. Una prima ipotesi si riferisce al caso in cui il prestatore del servizio si reca in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito, per esempio un avvocato che si reca in un altro Paese comunitario per dare una consulenza.

Una seconda tipologia si ha quando un servizio è fornito per corrispondenza, telefonicamente o attraverso altri mezzi di comunicazione ad un cliente estero, senza che né il prestatore né il destinatario si spostino in un Paese membro diverso da quello in cui sono stabiliti (per esempio l'avvocato dà una consulenza per telefono).

Una terza tipologia si ha quando il prestatore e il destinatario dei servizi sono stabiliti in uno stesso Stato membro e si spostano per raggiungere un altro luogo in cui la prestazione deve essere fornita. A riguardo la Corte ha stabilito che "solo nel caso in cui tutti gli elementi attinenti all'attività considerata sono confinati all'interno di un solo Stato membro, le disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi non trovano applicazione. Di conseguenza le disposizioni dell'art. 59 si devono applicare

[36] In tal senso vedi, ad esempio, causa C-29-35/94 *Aubertin e a.*,16.02.1995.

in tutti i casi in cui un prestatore offre i propri servizi nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel quale è stabilito, qualunque sia il luogo in cui sono stabiliti i destinatari di detti servizi"[37].

Infine si può verificare che si sposti il destinatario del servizio nello Stato in cui è stabilito il prestatore. Inizialmente si è discusso circa la possibilità di comprendere questa fattispecie nel regime della libera circolazione di servizi. Con la sentenza *Luisi e Carbone*, la Corte si è espressa nel senso dell'applicabilità della libertà di prestazione dei servizi affermando che essa "comprende la libertà, da parte dei destinatari di servizi, di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere impediti da restrizioni, anche in materia di pagamenti" e che "i turisti, fruitori di cure mediche e coloro che effettuano viaggi di studi o d'affari devono essere considerati destinatari di servizi"[38].

Sono escluse dalla disciplina dei servizi le attività di trasporto, in quanto sottoposte alle regole previste per tale tipo di attività. Mentre, per quanto riguarda i servizi bancari e assicurativi è previsto un processo di liberalizzazione specifico da attuarsi in armonia con la liberalizzazione progressiva della circolazione dei capitali (art. 58 TFUE).

Infine sono escluse dalla disciplina, come per il diritto di stabilimento, anche le attività che nel Paese ospite partecipano all'esercizio dei pubblici poteri, e sono concesse restrizioni dovute a ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (art. 62 TFUE).

3.4. La libera prestazione di servizi: le misure discriminatorie

La disciplina della libera prestazione dei servizi è fondata, come tutto il sistema del mercato comune, sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Questo principio è citato nell'art. 57 ultimo comma TFUE: "il

[37] Causa C-154/89, 26.02.1991. Si precisa che l'art. 59 menzionato nella sentenza si riferisce al Trattato di Roma e corrisponde all'art. 56 TFUE.
[38] Causa 286/82 e 26/83, 31.01.1984.

prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini".

Inoltre sono vietate anche le discriminazioni basate sulle "restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione (...) nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione" (art. 56, 1 TFUE); infine, finché non verranno eliminate le restrizioni alla libera prestazione dei servizi in un Paese comunitario: "ciascuno degli Stati membri le applica senza distinzione di nazionalità o di residenza a tutti i prestatori di servizi contemplati dall'art. 56, primo comma" (art. 61 TFUE).

Queste prescrizioni evidenziano che il divieto di discriminazione in base alla nazionalità (o per quanto riguarda le persone giuridiche, della sede) non ha un ruolo deciso e assoluto come nel diritto di stabilimento. Infatti se lo Stato ospitante potesse legittimamente imporre ai prestatori stranieri le medesime condizioni richieste ai propri cittadini per esercitare determinate attività e cioè condizioni che presuppongono un collegamento stabile con tale Stato, la libera prestazione dei servizi sarebbe equiparata alla libertà di stabilimento, risultando completamente vanificata.

L'attuazione normativa in questa materia fu però molta lenta. Fu così determinante la giurisprudenza della Corte che affermò con la sentenza *Van Binsbergen*[39] la diretta applicabilità degli artt. 56 e 57 TFUE.

In altre sentenze successive la Corte ha confermato il divieto delle norme nazionali che contengono clausole di residenza o di stabilimento. Tra queste ricordiamo l'illegittimità sancita dalla Corte della condizione dell'esistenza di uno stabilimento secondario imposta ad una società di assicurazioni al fine di prestare determinati servizi assicurativi in un altro Stato membro[40]; poi è stata affermata l'illegittimità dell'obbligo fatto dalla legge belga alle imprese

[39] Causa C-33/74, 03.12.1974.
[40] Causa 205/84, 04.12.1986.

che esercitano un'attività di sicurezza o di sorveglianza di avere una sede di attività in Belgio e di avere dei dirigenti che abbiano il domicilio in questo stato[41].

Al di là della residenza possono esserci anche altri fattori che possono ostacolare gli stranieri a prestare i propri servizi. Una discriminazione in tal senso si manifesta, per esempio, nel caso in cui l'obbligo di versare una quota di contributi, che spetta alle imprese stabilite in un Paese dell'Unione, venga imposto anche ai datori di lavoro stranieri che svolgono una prestazione di servizi in questo Paese. In questo caso infatti il pagamento dei contributi rappresenta un onere economico supplementare per i datori di lavoro stranieri, essendo comunque questi ultimi tenuti al pagamento dei medesimi contributi già nel loro Paese di stabilimento.[42]

Infine la Corte ha stabilito che possono costituire restrizioni alla libera prestazione dei servizi anche misure applicabili, senza alcuna discriminazione, formale o sostanziale, a tutti coloro che esercitano una determinata attività non salariata (misure indistintamente applicabili). Si tratta di norme che disciplinano, nello Stato in cui si svolge una prestazione, l'esercizio di una determinata attività professionale e che si applicano sia ai soggetti stabiliti e sia a quelli privi di stabilimento.

In base all'orientamento della giurisprudenza gli artt. 56 e 57 TFUE non autorizzano lo Stato della prestazione ad estendere al prestatore non stabilito tutte le condizioni d'esercizio previste dalla propria normativa professionale. Sono per esempio contrarie le norme che richiedono il possesso di una particolare qualifica professionale alle guide che accompagnano gruppi turistici (entrambi provenienti dallo stesso Stato membro) in un altro Stato membro[43]; oppure sono state considerate incompatibili con gli artt. 56 e 57 le normative nazionali che impongono adempimenti legali che finiscono per

[41] Causa C-355/98, 09.03.2000.
[42] Causa 62 e 63/81 *Seco*, 03.02.1982.
[43] Cause C-154/89 *Commissione c. Francia*, C-180/89 *Commissione c. Italia*, C-198/89 *Commissione c. Grecia*, 26.02.1981.

ostacolare o rendere meno attraente l'attività del prestatore stabilito in un altro Paese comunitario (è il caso per esempio delle leggi nazionali che impongono la condizione di iscrizione ad un albo professionale o nel registro delle imprese ad operatori stabiliti in altri Paesi membri[44]).

Le discriminazioni e le misure indistintamente applicabili sono comunque ammesse in alcuni casi. Le prime sono possibili per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e di sanità pubblica (art. 62 TFUE che rinvia all'art 52 TFUE); le seconde sono ammesse, secondo l'orientamento della Corte, nel caso in cui siano giustificate dall'interesse generale e che si applichino a tutte le persone fisiche o giuridiche che esercitano determinate attività nel Paese ospitante, nella misura in cui tale interesse non sia già salvaguardato dalle regole che disciplinano le attività del prestatore nello Stato membro stabilito e siano necessarie per raggiungere lo scopo prefissato, a condizione che il medesimo risultato non possa essere ottenuto con misure meno restrittive.

3.5. Il riconoscimento delle qualifiche professionali

Per alcune professioni e alcuni mestieri per il cui esercizio è richiesta una qualifica professionale sono state adottate numerose direttive per settori, corredate da misure specifiche. Tra queste si ricordano per esempio le misure per l'industria e l'artigianato[45], per il commercio all'ingrosso e gli intermediari del commercio, dell'industria e dell'artigianato[46], per il commercio al minuto[47], per l'industria alimentare e le bevande[48], per i prodotti tossici[49], per il commercio ambulante[50], per gli agenti di assicurazione[51], per i parrucchieri[52].

---

[44] Causa C-34 e 36/95 *Konsumentombudsmannen c. De Agostini*, 19.07.1997.
[45] Direttiva 64/427/CEE del 7 luglio 1964.
[46] Direttiva 64/222/CEE del 25 febbraio 1964.
[47] Direttiva 68/364/CEE del 15 ottobre 1968.
[48] Direttiva 68/366/CEE del 15 ottobre 1968.
[49] Direttiva 74/556/CEE del 4 giugno 1974.
[50] Direttiva 75/369/CEE del 16 giungo 1975.
[51] Direttiva 77/92/CEE del 13 dicembre 1976.
[52] Direttiva 82/489/CEE del 19 luglio 1982.

Il principio generale su cui si basano le direttive è il seguente: nel caso in cui lo Stato di stabilimento subordini l'esercizio di un'attività, al possesso di una qualifica professionale formale che in altri Stati comunitari non è necessaria, è sufficiente che l'interessato dimostri (ad esempio attraverso un attestato) di aver svolto effettivamente l'attività nel Paese di origine per il periodo di tempo previsto dalla direttiva.

Per molte altre professioni la situazione è completamente cambiata con la direttiva 2005/36/CE del 7 settembre 2005, la quale istituisce un regime di riconoscimento delle qualifiche professionali, al fine di:

1. contribuire alla flessibilità dei mercati del lavoro;
2. realizzare una liberalizzazione più estesa della prestazione di servizi;
3. favorire una maggiore automaticità nel riconoscimento delle qualifiche professionali;
4. semplificare le procedure amministrative.

La direttiva si applica a tutti i cittadini di uno Stato membro e consente loro di esercitare una professione regolamentata in un Paese membro diverso da quello in cui hanno acquisito le loro qualifiche professionali, sia come lavoratori autonomi che dipendenti, alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato ospitante.

La direttiva, per quanto riguarda la libertà di stabilimento, prevede un regime generale di riconoscimento delle qualifiche che si applica alle professioni che non sono disciplinate da norme di riconoscimento specifiche e a situazioni nelle quali il professionista non soddisfa le condizioni previste dagli altri regimi di riconoscimento. Il regime si basa sul principio del riconoscimento reciproco, tuttavia in caso di differenze sostanziali tra la formazione acquisita dal lavoratore interessato e quelle richieste nel Paese membro ospitante, è possibile applicare alcune misure di compensazione. Queste possono essere rappresentate da un tirocinio d'adattamento o da una prova attitudinale. La scelta incombe, salvo deroga, all'interessato.

Quando l'accesso in uno Stato membro ospitante ad una professione o il suo esercizio sono regolamentati, cioè richiedono di possedere determinate qualifiche professionali, l'autorità competente permette l'accesso a questa professione e il suo esercizio alle medesime condizioni previste per i cittadini nazionali, a patto che il richiedente sia in possesso di un titolo di formazione, ottenuto in un altro Stato membro, che attesti un livello di formazione almeno equivalente al livello immediatamente inferiore a quello richiesto nello Stato membro ospitante. Qualora l'acceso ad una professione o il suo esercizio non siano regolamentati nello Stato di origine, il richiedente, per accedere alla professione in un altro Paese membro che invece regola tale professione o il suo esercizio, deve provare, non solo di possedere il titolo di formazione, ma anche di aver maturato due anni di esperienza professionale a tempo pieno nel corso dei dieci anni precedenti. Ai fini del riconoscimento, nei due casi appena descritti, la direttiva raggruppa le qualifiche professionali in cinque livelli, i quali si distinguono essenzialmente per la durata del percorso formativo necessario per accedere alla professione nello Stato di origine del richiedente[53].

La direttiva prevede inoltre un regime di riconoscimento automatico delle qualifiche per le professioni di medico, infermiere, dentista, veterinario, ostetrica, farmacista e architetto, fissando per ciascuna di esse le condizioni minime di formazione, compresa la durata minima degli studi. In un apposito allegato (il quinto) sono elencati i titoli di formazione conformi alla direttiva rilasciati dagli Stati membri che permettono di esercitare la professione in tutti gli Stati comunitari.

Infine la direttiva prevede un regime di riconoscimento automatico delle qualifiche comprovate dall'esperienza professionale per alcune attività industriali, commerciali e artigianali, stabilendo la durata, la forma dell'esperienza professionale (come lavoro autonomo o dipendente) e la formazione precedente, la quale, se è sancita da un certificato riconosciuto

[53] Per maggior approfondimento vedi art.11 del capo I, titolo III della direttiva 2005/36/CE.

dallo Stato o ritenuto pienamente valido dall'organismo professionale competente, può ridurre la durata dell'esperienza professionale richiesta. In apposti allegati (lista I dell'allegato IV, lista II dell'allegato IV, lista III dell'allegato IV) sono elencate le condizioni per esercitare queste attività professionali.

Per quanto riguarda il regime sulla libera prestazione di servizi la direttiva permette ai cittadini comunitari stabiliti in uno Stato membro di prestare servizi occasionalmente e temporaneamente in un altro Stato dell'Unione attraverso il titolo professionale di origine, senza dover chiedere il riconoscimento delle qualifiche. Tuttavia il prestatore deve provare di aver maturato, nello Stato di stabilimento, due anni di esperienza professionale nel corso dei dieci anni che precedono la prestazione di servizi, nel caso in cui nello Stato di origine la professione non sia regolamentata.

Inoltre lo Stato membro ospitante non ha il diritto di richiedere ai prestatori di servizi stabiliti in altro Paese membro di rispettare i requisiti imposti ai professionisti che sono stabiliti sul suo territorio, come l'autorizzazione, l'iscrizione o l'adesione a un'organizzazione o a un organismo professionale, e/o l'iscrizione ad un ente di previdenza sociale di diritto pubblico.

Infine per quanto riguarda le professioni regolamentate che non beneficiano del riconoscimento automatico, l'autorità competente del Paese ospitante, all'atto della prima prestazione di servizi, può verificare le qualifiche professionali del prestatore, nel caso in cui la mancanza di queste ultime possa determinare danni gravi alla salute e alla sicurezza del destinatario del servizio. Inoltre le autorità competenti del Paese membro ospitante hanno la facoltà di richiedere alle autorità competenti dello Stato di stabilimento informazioni riguardanti la legittimità dello stabilimento e la buona condotta del prestatore.

3.6. La direttiva servizi

Tra le direttive di attuazione della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi riveste particolare importanza la direttiva 2006/123/CE, chiamata "direttiva servizi". Essa ha l'obiettivo di creare un vero mercato interno dei servizi agevolando sia la libertà di stabilimento dei prestatori di servizi in altri Stati membri sia la libertà di prestazione di servizi tra gli Stati membri. Inoltre punta ad allargare la scelta offerta ai destinatari dei servizi e a migliorare la qualità dei servizi per i consumatori e per le imprese utenti di servizi.

Per conseguire questi obiettivi, la direttiva mira innanzitutto ad eliminare gli ostacoli che possono essere rimossi rapidamente e, relativamente agli altri ostacoli, ad avviare un processo di valutazione, consultazione e armonizzazione complementare per quanto riguarda questioni specifiche, in modo tale da modernizzare progressivamente e in modo coordinato i sistemi nazionali che regolano le attività di servizi.

La direttiva si applica a qualsiasi servizio fornito dietro corrispettivo economico, ad eccezione dei settori espressamente esclusi, tendendo conto delle specificità di alcune attività o professioni.

Per quanto riguarda le attività escluse dal campo di applicazione della direttiva, va precisato che ad esse si applicano comunque le norme del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. Inoltre queste esclusioni si devono considerare opzionali, nel senso che gli Stati membri possono comunque, quando lo ritengano opportuno, estendere alcune disposizioni previste dalla direttiva anche ai servizi esclusi.

La direttiva contiene disposizioni riguardanti sia il diritto di stabilimento e sia la libertà di prestazione dei servizi: alcune sono comuni, altre specifiche. Tra le disposizioni comuni rientrano quelle che obbligano tutti i Paesi comunitari a semplificare le procedure e le formalità relative all'istituzione e alla realizzazione di un'attività di servizio. In particolare devono essere eliminati l'obbligo di presentazione di documenti originali, le traduzioni

certificate o le copie di certificati conformi (tranne alcune eccezioni) e devono essere istituiti degli sportelli unici. Questi ultimi rappresentano dei portali di amministrazione elettronica realizzati dall'amministrazione nazionale di ogni Stato membro. Essi permettono al prestatore di servizi di ricevere informazioni in merito ai requisiti ed alle procedure nazionali e di espletare, per via elettronica, le formalità amministrative relative alla creazione di un'impresa e alla fornitura transfrontaliera di servizi.

Per facilitare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi, la direttiva stabilisce un obbligo legale vincolante per gli Stati membri di prestarsi assistenza reciproca e di cooperare allo scopo di controllare in modo efficace i prestatori e i loro servizi, evitando una moltiplicazione dei controlli. Inoltre è prevista la creazione di un meccanismo di allerta tra Stati membri, attraverso il quale uno Stato deve informare la Commissione e gli altri Stati membri interessati di qualsiasi comportamento di un prestatore di servizi o circostanza attinente all'attività da esso svolta che potrebbe provocare un danno grave alla salute o alla sicurezza delle persone oppure all'ambiente nel suo territorio o in quello degli altri Stati comunitari. Inoltre la direttiva mira a sviluppare un sistema elettronico di scambio di informazioni tra Stati membri, indispensabile per realizzare una cooperazione amministrativa effettiva tra questi ultimi.

Per migliorare la qualità dei servizi la direttiva prescrive ai Paesi comunitari di adottare, in collaborazione con la Commissione, delle misure di accompagnamento aventi l'obiettivo di spingere i prestatori di servizi a far volontariamente certificare la propria attività, ad elaborare di carte di qualità propria o ad aderire alle carte e ai marchi di qualità messi a punto da organismi e ordini professionali a livello europeo. Inoltre queste misure devono incoraggiare l'elaborazione di codici di condotta a livello comunitario, in particolare da parte di organismi o associazioni professionali, allo scopo di facilitare la prestazione transfrontaliera di servizi o di stabilimento di un

prestatore in un altro Paese comunitario. Questi codici devono essere resi accessibili per via elettronica dagli Stati dell'Unione.

Inoltre la direttiva attribuisce ai destinatari dei servizi il diritto di usufruire dei servizi in altri Paesi membri e il diritto di ottenere informazioni sulle norme applicabili ai prestatori, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento, e sui servizi offerti da un prestatore di servizi.

Per facilitare la libertà di stabilimento la direttiva stabilisce che l'accesso ai servizi può essere sottoposto ad autorizzazione di un'autorità competente solo se il regime di autorizzazione non è discriminatorio nei confronti del prestatore, è giustificato da un motivo imperativo di interesse generale riconosciuto dalla Corte di giustizia e se, infine, è proporzionato rispetto all'obiettivo perseguito (ossia se l'obiettivo di interesse generale non possa essere raggiunto attraverso misure meno restrittive).

Inoltre i Paesi dell'Unione devono fare in modo che le autorità competenti non utilizzino il potere di valutazione in modo arbitrario (art. 10, n.1). In particolare i criteri di valutazione devono essere "non discriminatori; giustificati da un motivo di interesse generale; commisurati all'obiettivo di interesse generale; chiari e inequivocabili; oggettivi; resi pubblici preventivamente; trasparenti e accessibili" (art. 10, n.2).

Inoltre le condizioni di rilascio dell'autorizzazione non devono rappresentare "un doppione di requisiti e controlli equivalenti o sostanzialmente equiparabili, quanto a finalità, a quelli ai quali il prestatore è già assoggettato in un altro Stato membro o nello stesso Stato membro" (art. 10, n.3).

Infine l'autorizzazione attribuisce al prestatore di servizio il diritto di accesso e di esercizio dell'attività su tutto il territorio nazionale (art 10, n. 4) senza limiti di tempo, salvo eccezioni giustificate "da un motivo imperativo di interesse generale" (art. 11).

Le disposizioni che disciplinano esclusivamente la libertà di servizi sono enunciate negli artt. 16-17.

L'art. 16 ribadisce, che per garantire la libertà dei servizi gli Stati membri non possono sottoporre l'accesso ad un'attività di servizi a requisiti non rispettosi dei principi di non discriminazione e proporzionalità. A differenza di quanto previsto per la libertà di stabilimento, le misure restrittive della libertà di prestazione dei servizi disciplinati dalla direttiva sono giustificate solo da ragioni relative all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza, alla salute pubblica o alla tutela dell'ambiente. In questo modo la restrizione della libertà di prestazione dei servizi regolamentati dalla direttiva è stata limitata maggiormente rispetto a quella dei servizi esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, in quanto per questi ultimi i Paesi comunitari possono invocare tutte le esigenze imperative legate all'interesse generale individuate dalla Corte.

L'art. 17 elenca materie e servizi ai quali non sono applicate le disposizioni dell'art. 16. Essi sono quasi tutti disciplinati da altre direttive o da regolamenti specifici.

4. La libera circolazione dei capitali

La libera circolazione dei capitali riguarda le transazioni finanziarie autonome, ossia non collegate alla consegna delle merci e alla retribuzione per la prestazione di servizi o per l'esecuzione di lavori. Essa si distingue dalla libera circolazione dei pagamenti che invece riguarda le controprestazioni in denaro strettamente collegate agli scambi di beni e servizi.

Nel Trattato originario della Comunità europea non era previsto un obbligo di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei capitali, ma soltanto un impegno condizionato "al buon funzionamento del mercato comune" e l'impegno di non rendere più restrittive le regolamentazioni esistenti (art. 67 del Trattato di Roma, ora abrogato). Sostanzialmente l'obiettivo era di consentire soltanto la liberalizzazione ai trasferimenti di

valuta relativi agli scambi di merci, servizi o capitali (art 106 Trattato di Roma).

L'art. 67 non aveva effetto diretto e quindi per attuare la liberalizzazione dei movimenti di capitali furono emanate due direttive nei primi anni sessanta. Esse prevedevano la libera circolazione dei capitali connessa all'esercizio delle libertà fondamentali, lasciando però agli Stati membri la facoltà di controllare "la natura e la realtà" dei trasferimenti[54].

In particolare sono stati liberalizzati incondizionatamente gli investimenti diretti, i crediti a breve e medio termine relativi a operazioni commerciali e gli acquisti di titoli negoziati in borsa.

Negli anni successivi alcuni Stati dell'Unione, senza aspettare le decisioni comunitarie, abolirono quasi integralmente le restrizioni alla circolazione dei capitali, mentre in altri Paesi i movimenti di capitali vennero molto controllati, al fine di contenere gli squilibri della bilancia dei pagamenti.

La svolta si verificò nel 1986, quando la Commissione predispose un Programma di liberalizzazione dei movimenti di capitali. Il programma si concluse il 24 giugno 1988 con l'emanazione della direttiva n. 361, la quale introdusse una liberalizzazione integrale tra gli Stati membri dell'Unione europea decretando l'abolizione, dal 1° luglio 1990, di tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra residenti comunitari. In questo modo la liberalizzazione venne estesa anche alle operazioni monetarie che possono avere maggior incidenza sulla politica monetaria dei Paesi, cioè i prestiti finanziari, i depositi in valuta o le operazioni sui titoli.

Tuttavia la direttiva prevedeva una clausola di salvaguardia che permetteva agli Stati membri di attuare delle misure di protezione nei casi in cui ingenti movimenti di capitali di breve termine potessero causare gravi perturbazioni nella conduzione della politica monetaria. Queste misure si

[54] Direttiva del Consiglio dell'11 maggio 1960, in GUCE del 12 luglio 1960 e Direttiva del Consiglio 63/21/CEE, del 18 dicembre 1962, in GUCE del 22 gennaio 1963.

potevano applicare solo a specifiche operazioni e si potevano mantenere limitatamente per un periodo di sei mesi.

Infine la direttiva concedeva ai Paesi membri di mantenere restrizioni permanenti sui movimenti a breve termine, per un periodo limitato di tempo.

Successivamente, con il Trattato di Maastricht è stato definitivamente sancito che la liberalizzazione dei movimenti di capitali si doveva considerare un principio assoluto, quindi non più legata al finanziamento del mercato comune. La disciplina dei capitali e dei pagamenti fu unificata nel capo quarto del Trattato, corrispondente agli artt. 63-66 TFUE.

L'art 63 TFUE introduce il principio di piena libertà dei movimenti di capitali e dei pagamenti tra Paesi membri, e tra questi e gli Stati extracomunitari.

Sono escluse dalla disposizione dell'art. 63 le normative nazionali e comunitarie (già in vigore il 31 dicembre 1993), che prevedono restrizioni nei rapporti con i Paesi terzi, relative a investimenti diretti (inclusi gli investimenti immobiliari), allo stabilimento, alla prestazione di servizi finanziari e all'ammissione di valori mobiliari nei mercati finanziari. (art. 64, n. 1).

Inoltre gli Stati membri possono:

1. applicare normative tributarie che operino una distinzione tra contribuenti che abbiano residenza e collocamento del capitale in luoghi diversi (art. 65, lett. a);
2. controllare che non siano violate le leggi nazionali, "in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie", "stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica", e infine "adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza" (art. 65, lett. b).

In ogni caso i controlli degli Stati membri non possono ostacolare i movimenti di capitali che non siano contrari al diritto comunitario. A riguardo si precisa che i Paesi membri non possono impedire o sottoporre ad una

previa autorizzazione i trasferimenti, tra Stati membri, di valuta, in quanto questo sarebbe contrario a quanto disposto dall'art. 58 TFUE, a meno che sia necessario ai fini di ordine pubblico o di sicurezza[55].

Inoltre l'art. 66 TFUE prevede misure di salvaguardia comunitaria. In particolare nel caso in cui movimenti di capitali con i Paesi terzi "causino o minaccino di causare difficoltà gravi per il funzionamento dell'Unione economica e monetaria", il Consiglio ha la possibilità di mettere in atto delle misure nei confronti dei Paesi terzi, deliberando a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione e dopo aver consultato la Banca centrale.

L'ultima fase dell'Unione economica e monetaria si realizzò il 1° gennaio 1999, quando si stabilì che non era più possibile applicare, agli Stati membri che avevano adottato l'Euro, le clausole di salvaguardia previste dagli artt. 119 e 120 TCE applicabili in caso di difficoltà o di crisi della bilancia dei pagamenti.

Infine per realizzare il mercato unico dei capitali è stato predisposto un piano di regolamentazione dei servizi finanziari (il cosiddetto PASF, sostituito da un Libro Bianco sulla politica dei servizi finanziari 2005-2010). Esso riguarda i servizi di investimento, i settori bancario e assicurativo e importanti proposte di riforma del diritto societario.

[55] Causa C-163, 165 e 250/94 *Sanz de Lera* e a., 14.12.1995.

CAPITOLO 2
La libertà sindacale

1. Libertà sindacale nel diritto nazionale, comunitario e internazionale

Il principio di organizzazione sindacale è sancito, nel nostro ordinamento, dall'art. 39, primo comma, della Costituzione, il quale afferma che "l'organizzazione sindacale è libera". Questa è una norma immediatamente precettiva che vincola i rapporti tra privati, senza la necessità di essere attuata tramite l'intervento della legge.

Il principio di libertà sindacale dell'art 39 rappresenta un'espressione particolare del principio generale di libertà di associazione, la quale è disciplinata dall'art. 18 della Costituzione. Tuttavia la libertà di associazione, è ammessa solo "per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale" (art. 18, 1 Cost.). Inoltre sono vietate "le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare" (art. 18, 2 Cost.). Questi limiti non sono previsti per l'esercizio della libertà sindacale ai sensi dell'art 39.

L'art 39 comunque non permette di esercitare la libertà sindacale solo attraverso le associazioni. Infatti usando il termine "organizzazione", esso fa riferimento anche ad altre forme di aggregazione e coalizione sindacale.

La libertà sindacale opera sia nei confronti dello Stato, inibendo ai pubblici poteri di compiere atti lesivi della libertà del lavoratore, e sia rispetto alla controparte, impedendo ai datori di lavoro di limitare la libertà sindacale.

Il principio di libertà sindacale è affermato anche nello "Statuto dei lavoratori", precisamente nel Titolo II, denominato, appunto, "Della libertà sindacale". In particolare l'art. 14 dice che "il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale, è garantito a tutti i lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro". In questo modo si garantisce e si

rende effettiva la libertà sindacale nei luoghi di lavoro e nei confronti del datore di lavoro.

L'art. 39 non fa invece nessun riferimento alla libertà sindacale negativa, cioè alla facoltà per i singoli lavoratori di non svolgere attività sindacale, di non aderire ad un'associazione sindacale o di ritirare l'adesione data precedentemente a un sindacato. Quindi, in base alla libertà sindacale negativa, non sono ammesse le clausole di sicurezza sindacale (diffuse nei paesi anglosassoni), ossia quelle dirette a rafforzare la presenza sindacale in azienda, obbligando l'imprenditore ad assumere lavoratori iscritti a determinati sindacati (cosiddette clausole di *closed shop*) o prevedendo il licenziamento del dipendente nel caso in cui non si iscriva a determinati sindacati (cosiddette clausole di *union shop*). Il principio di libertà negativa è chiaramente espresso all'art. 15, 1° comma lett. a dello "Statuto dei lavoratori", il quale stabilisce che "è nullo qualsiasi patto od atto diretto a subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte".

Per tutelare la libertà sindacale, l'art. 15 St. lav. stabilisce inoltre che è nullo ogni patto o atto diretto a "licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero" (1° comma lett. b). Il secondo comma inoltre estende il divieto "ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, di lingua o di sesso". Infine con il d.lgs. n. 216/2003, attuativo della direttiva CE 2000/78, sono stati aggiunti fattori di discriminazione legati all'handicap, all'età, all'orientamento sessuale e alle convinzioni personali. Tuttavia gran parte della giurisprudenza non considera tassativi i fattori di discriminazione elencati.

Si precisa che rientrano tra gli atti o patti vietati dall'art. 15, non solo quelli "intenzionalmente discriminatori", ma anche quelli "oggettivamente discriminatori".

Comunque al di là dei casi menzionati alle lett. a e b, questo articolo mira a vietare qualsiasi atto o patto del datore di lavoro che sia lesivo della libertà sindacale del lavoratore. Per esempio il datore di lavoro non può imporre al lavoratore di rispondere a questionari o a sondaggi chiedendo informazioni sulla militanza sindacale.

Se il datore di lavoro mette in atto comportamenti contrari a questa norma, non è sanzionato penalmente, ma è prevista solo la sanzione civile della nullità.

La discriminazione del datore potrebbe consistere anche nell'attribuzione di particolari compensi in denaro o di altro tipo valutabili in termini economici (per esempio giorni di ferie) a lavoratori che assumono un particolare comportamento. In proposito l'art 16 St. lav. impedisce al datore di lavoro di concedere "trattamenti economici di maggior favore aventi carattere discriminatorio" ai sensi dell'art 15 St. lav. In realtà, l'art. 16, a differenza del 15 fa riferimento a trattamenti economici collettivi, cioè quelli che sono diretti ad avvantaggiare, non il singolo lavoratore, ma un gruppo di lavoratori. Un esempio di trattamento collettivo discriminatorio per motivi sindacali è il beneficio economico che il datore di lavoro concede ai lavoratori nel caso in cui non partecipino a uno sciopero (cosiddetto premio antisciopero).

Nel caso in cui il datore di lavoro attribuisca trattamenti economici discriminatori, il giudice lo condannerà al pagamento di una sanzione amministrativa a favore del fondo adeguamento pensioni dei lavoratori dipendenti (gestito dall'INPS). L'entità della sanzione è "pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo massimo di un anno" (art. 16, 2 St. lav.).

Infine per tutelare la libertà sindacale, l'art. 17 dello Statuto dei Lavoratori ha sancito il divieto di costituire i sindacati di comodo, cioè i datori di lavoro non possono costituire o sostenere associazioni sindacali dei lavoratori. In questo modo si impedisce qualsiasi pratica sleale da parte del datore di lavoro attraverso la creazione da parte sua "d'un interlocutore

addomesticato"[56] e allo stesso tempo si esclude qualsiasi azione che miri a ostacolare l'autonomia del sindacato.

I comportamenti vietati dalla norma non sono tipizzabili a priori e per individuare quelli che rientrano nel divieto dell'art. 17 bisogna valutarli in relazione alla posizione complessiva dell'organizzazione favorita ed alla situazione generale delle relazioni sindacali nell'azienda. Non costituiscono ipotesi di asservimento di un certo sindacato, le concessioni isolate, le semplici preferenze occasionali oppure la propensione ad accettare le rivendicazioni di una determinata organizzazione senza dare in cambio "particolari vantaggi operativi"[57]. Si considerano invece comportamenti vietati, per esempio, il finanziamento, il favoritismo nei trattamenti economici o l'attribuzione di privilegi ingiustificati (cioè non derivanti da obblighi legali) ai sindacati di comodo.

La violazione di questo articolo costituisce condotta antisindacale, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto[58].

1.1. Libertà sindacale degli imprenditori, dei lavoratori autonomi, dei pubblici dipendenti, dei militari e della Polizia di Stato

In dottrina si è discusso se l'attività sindacale degli imprenditori rientri nella norma dell'art. 39 comma 1 Cost. Per alcuni questo articolo mette sullo stesso piano lavoratori e imprenditori per quanto concerne la garanzia della libertà sindacale. Questo principio lo troviamo nelle convenzioni internazioni, le quali affermano uguale libertà e protezione rispetto ai poteri pubblici sia per le organizzazioni dei lavoratori che per i datori di lavoro[59]; nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 1/1960 (sulla vicenda dello sganciamento dalla Confindustria delle imprese a prevalente partecipazione statale) e n, 29/1960

[56] Zago Garelli C., *La libertà sindacale*, 1979, p. 127.
[57] Giugni G., *Diritto sindacale*, 1979, p. 51.
[58] Si rinvia al par. 3.10. del cap. 2.
[59] Si rinvia al paragrafo 1.3. del Cap. 2.

(sulla liceità penale della serrata), le quali hanno ritenuto che anche la libertà sindacale dei datori di lavoro rientri nell'art 39.

Un'altra opinione, la più autorevole, è contraria all'estensione dell'articolo 39, comma 1, ai datori di lavoro ritenendo che gli imprenditori spesso esercitano attività sindacale individualmente, venendo meno il carattere collettivo, proprio della libertà sindacale. Anche lo Statuto dei lavoratori, nel titolo II, si riferisce alla libertà sindacale dei lavoratori subordinati, senza menzionare i datori di lavoro. Tuttavia gli imprenditori possono tutelare i propri interessi in forza dell'art. 18 Cost., senza usufruire dell'ampia tutela dell'art. 39. Inoltre essi beneficiano della libertà di iniziativa economica prevista dall'art. 41 della Costituzione.

La libertà di organizzazione sindacale prevista dall'art. 39, deve essere estesa, secondo l'interpretazione prevalente, anche ai lavoratori autonomi che svolgono attività contrattuale collettiva a fronte di una controparte. E' il caso, per esempio, dei lavoratori parasubordinati o degli agenti di commercio. Nel caso in cui non ci sia una controparte, invece, sarà garantita solo la libertà di associazione, ai sensi dell'art. 18. E' il caso per esempio degli avvocati.

Beneficiano della garanzia costituzionale della libertà sindacale, nei modi e nelle forme stabilite nello Statuto dei Lavoratori, anche i pubblici dipendenti. Questo è stato sancito dal decreto legislativo n. 29/1993 (ora confluito nel d.lgs. n. 165/2001) che privatizzò il pubblico impiego.

I militari in carriera non possono, invece, costituire associazioni sindacali o aderire ad associazioni sindacali esistenti (legge 11 luglio 1978, n. 382). La ragione di questo divieto è l'incompatibilità tra lo svolgimento dell'attività sindacale e l'organizzazione gerarchica delle funzioni e dei compiti svolti dai militari. Tuttavia sono previsti i Consigli centrali di rappresentanza (Cocer) che partecipano alla determinazione del trattamento economico e normativo.

La Polizia di Stato invece, in seguito alla sua smilitarizzazione, con la legge n. 121/1981, beneficia, anche se limitatamente, della libertà sindacale.

In particolare i poliziotti possono costituire associazioni sindacali o aderirvi, ma i sindacati devono essere formati, diretti e rappresentati esclusivamente da appartenenti alla Polizia. Inoltre i sindacati non hanno il diritto di affiliarsi a organizzazioni che rappresentano categorie diverse dalla Polizia. Questa limitazione è stata posta per evitare che gli addetti alla tutela dell'ordine pubblico possano essere influenzati da condizionamenti politico-sindacali. Infine ai poliziotti sono attribuiti alcuni diritti sindacali: assemblee, permessi e aspettative sindacali. La medesima disciplina è prevista per il Corpo forestale dello Stato, mentre la libertà sindacale della Polizia penitenziaria non è soggetta a nessun limite.

1.2. La libertà sindacale nel diritto dell'Unione europea

L'unione attraverso l'art. 153 TFUE esclude espressamente la libertà sindacale dalla competenza del diritto comunitario, ritenendo sufficienti le disposizioni che regolano la libertà sindacale negli ordinamenti dei Paesi membri. Questo implica che la Comunità interviene solo in via sussidiaria.

Contraddittoriamente però c'è una competenza dell'Unione in materia di "rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro" (art. 153, 1, lett. f TFUE). Inoltre la Comunità ha previsto:

1. l'istituzione del Comitato economico e sociale che rappresenta le parti sociali e che esercita funzioni consultive (artt. 257 ss. TCE);
2. il cosiddetto "dialogo sociale" (art. 138-139 TCE);
3. l'affidamento alla contrattazione collettiva dell'attuazione delle direttive (art. 137, 4 TCE);
4. l'istituzione dei comitati aziendali europei o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori (direttiva n. 94/45/CE).

L'Unione inoltre richiama gli artt. 12, 27 e 28 della Carta dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (la cosiddetta Carta di Nizza). Nell'art. 12 si afferma il diritto di riunione e libertà di associazione per tutti i cittadini in

campo, politico, civico e sindacale. In particolare si attribuisce il diritto di fondare dei sindacati o di aderirvi. La libertà di associazione sindacale affermata in questo articolo si può considerare un principio inderogabile di tutela individuale (non a caso è inserito nel titolo dedicato alle libertà della persona), mentre la libertà sul piano collettivo qui sembra si riferisca solo alla facoltà di agire. Nella Carta di Nizza c'è una coincidenza tra libertà di associazione e libertà organizzativa del sindacato.

L'art. 27 concede ai lavoratori il diritto all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, mentre l'art 28, attribuisce il diritto di negoziare e di stipulare contratti collettivi ai lavoratori e ai datori di lavoro (o alle rispettive organizzazioni) in conformità con il diritto comunitario e nazionale. Inoltre attribuisce ai cittadini il diritto di ricorrere ad azioni collettive (compreso lo sciopero) per tutelare i loro interessi. La Carta di Nizza collega strettamente il diritto di azione collettiva alla contrattazione collettiva, a differenza del nostro ordinamento che li tiene separati.

La Corte di giustizia ha ribadito più volte che, il diritto sindacale dovrebbe essere integrato nella competenza dell'Unione a causa dell'elevato livello di integrazione economica raggiunta dalla Comunità e per il fatto che l'entrata dei paesi più poveri e arretrati nell'Unione ha provocato conseguenze importanti sul mercato del lavoro, poiché si è sviluppata una tendenza, da parte delle imprese, ad utilizzare le condizioni di lavoro di questi paesi allo scopo di ridurre i costi. Questo fenomeno si chiama *dumping sociale*[60]*.*

1.3. La libertà sindacale nel diritto internazionale

Il concetto di libertà sindacale che si ricava nel nostro ordinamento, non è diverso da quello che di desume dalle convenzioni internazionali n. 87 e n. 98 (ratificate attraverso la legge 23 marzo 1958, n. 367).

Si precisa che le convenzioni internazionali sono atti deliberati dalla Conferenza dell'Organizzazione internazionale del lavoro ed hanno lo scopo

[60] Su questo argomento si rinvia al capitolo 4.

di assicurare una legislazione uniforme del diritto del lavoro. Esse sono sottoposte alla ratifica degli Stati, i quali sono liberi di decidere le loro modalità di applicazione. Sostanzialmente possiamo considerare le convenzioni come delle semplici proposte sulle norme nazionali da emanare e quindi, non assumono un significato diverso dalle raccomandazioni.

La convenzione n. 87 sancisce la libertà nei confronti dello Stato. In particolare elenca i principi relativi alla libertà sindacale e alla protezione del diritto sindacale, stabilendo:

1. il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di costituire organizzazioni di loro scelta e di affiliarsi ad esse (art. 2);
2. il diritto delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro di eleggere liberamente i propri rappresentanti e di organizzare l'attività sindacale (art. 3), di non essere sottoposte a scioglimento o a sospensione per via amministrativa (art. 4), di costituire ed aderire a federazioni e confederazioni e di associarsi ad organizzazioni internazionali dei lavoratori o di datori di lavoro (art. 5);
3. l'obbligo, nell'esercizio della libertà sindacale, dei lavoratori, dei datori di lavoro e delle loro associazioni sindacali di rispettare la legalità (art. 8).

La convenzione n. 98 invece garantisce la libertà sindacale dei lavoratori nei confronti dei datori di lavoro, i quali non possono mettere in atto condotte antisindacali. Più precisamente contiene le disposizioni relative ai principi del diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, i quali riguardano:

1. il diritto dei lavoratori di beneficiare di un'adeguata protezione nei confronti degli atti di discriminazione che possono ledere la libertà sindacale in materia di impiego (art. 1);
2. il diritto delle organizzazioni di lavoratori di usufruire di un'adeguata protezione contro le misure dirette a provocare la

creazione di organizzazioni di lavoratori dominate o controllare dal datore di lavoro o da un'organizzazione di datori di lavoro (art. 2);

3. il diritto delle organizzazioni dei lavoratori di negoziare liberamente convenzioni collettive con i datori di lavoro e le loro organizzazioni, al fine di regolare le condizioni di impiego (art. 4).

Altre disposizioni di valenza internazionale che sono state emanate in materia di libertà sindacale le troviamo nell'art. 5 della Carta sociale europea[61] (parte II) e nell'art. 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)[62]. Queste norme hanno riconosciuto l'importanza della contrattazione collettiva ed il diritto di sciopero come massima forma di autotutela.

Tutte queste disposizioni del diritto internazionale integrano i principi costituzionali degli artt. 18 e 39.

2. Rappresentanza e rappresentatività sindacale

L'art. 39 della Costituzione, oltre ad affermare il divieto di intromissione dello Stato nell'attività sindacale (1° comma), prevede, nei tre successivi commi, che ai sindacati possa solamente essere imposta la registrazione presso uffici locali e centrali, secondo le norme stabilite dalla legge (comma 2). Per potersi registrare gli statuti dei sindacati devono prevedere un ordinamento a base democratica (comma 3). Attraverso la registrazione i sindacati acquistano personalità giuridica e "possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce" (comma 4).

Tuttavia poiché non è mai stata emanata una legge di attuazione relativamente ai suddetti articoli, i sindacati non possono registrarsi e di conseguenza assumere la qualifica di personalità giuridica. Quindi per

[61] Consiglio d'Europa, Torino 7 luglio 1961.
[62] Consiglio d'Europa, Roma 4 novembre 1950.

disciplinare questi soggetti si fa riferimento al diritto privato, in particolare agli artt. 36, 37, 38 del codice civile che si riferiscono alle associazioni non riconosciute.

L'art. 36 stabilisce che "l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute come persone giuridiche sono regolati dagli accordi degli associati" (1° comma) e che "le dette associazioni possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali, secondo questi accordi, è conferita la presidenza e la direzione" (2° comma).

L'art. 37 afferma che l'associazione ha un fondo comune formato dai contributi degli associati e dai beni che sono stati acquistati attraverso l'utilizzo di questi contributi. Inoltre l'articolo precisa (al 2° comma) che gli associati non hanno diritto di chiedere la divisione del fondo comune o la quota in caso di recesso prima che l'associazione si sciolga.

L'art. 38 sancisce il diritto dei terzi di far valere i propri diritti sul fondo comune per le obbligazioni dell'associazione. Tuttavia precisa che per le obbligazioni "rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione".

Sostanzialmente l'associazione non riconosciuta gode di autonomia patrimoniale come l'associazione riconosciuta, ma a differenza di quest'ultima l'autonomia non è perfetta.

Inoltre non è fattibile per il sindacato procedere al riconoscimento giuridico ordinario previsto per le associazioni ai sensi dell'art. 12 del codice civile, attraverso il quale si sancisce che le associazioni acquistano la personalità giuridica tramite il riconoscimento concesso dal Presidente della Repubblica, poiché la libertà sindacale non accetta l'intervento del potere politico sull'organizzazione interna dei sindacati.

Il sindacato è quindi un'associazione non riconosciuta e il rapporto giuridico tra esso e i destinatari della sua attività negoziale (soprattutto la contrattazione collettiva) è stato qualificato dalla dottrina ricorrendo al concetto di rappresentanza volontaria, intesa come "una nozione modellata

sul diritto comune dei privati". Con essa si intende quel particolare meccanismo giuridico mediante il quale la volontà negoziale viene formata ed espressa da un soggetto diverso da quello a cui sono immediatamente imputabili gli effetti giuridici dell'atto compiuto[63]. L'associazione acquista il potere di rappresentare nella negoziazione l'interesse collettivo degli associati nel momento in cui questi ultimi aderiscono al sindacato.

L'interesse collettivo non è la somma degli interessi individuali, bensì la loro sintesi. Esso è considerato un interesse privato, in quanto riguarda una collettività di interessi costituiti su basi volontarie e non l'intera collettività organizzata. In pratica i lavoratori o i datori di lavoro si uniscono allo scopo di tutelare i propri interessi "che credono opportuno perseguire in forma associata invece che individuale"[64].

La rappresentanza volontaria è stata pressoché abbandonata dall'inizio degli anni settanta, quando il potere del sindacato non fu più fatto dipendere dal mandato degli iscritti. La rappresentanza sindacale fu quindi estesa anche ai non iscritti.

Questo cambiamento è dovuto innanzitutto dal fatto che in quel periodo si sono sviluppate alcune forme non associative di rappresentanza generale dei lavoratori, come per esempio i Consigli di fabbrica o i delegati[65], che erano incompatibili con il principio del mandato di rappresentanza. Inoltre era stata superata la concezione puramente associativa dei sindacati.

L'abbandono della rappresentanza favorì l'emergere del concetto di rappresentatività.

2.1. Rappresentatività sindacale

"La rappresentatività è un criterio di qualificazione o di selezione del soggetto legittimato a fare qualcosa perché sa (o si presume che sappia)

---

[63] Ghezzi G., Romagnoli U., *Il diritto sindacale,* 1997, p. 77.
[64] Esposito C., *Lo stato e i sindacati nella Costituzione italiana,* in Esposito C., *La costituzione italiana,* 1954.
[65] Si rinvia al paragrafo 2.4. del cap. 2.

farlo meglio degli altri. Nel nostro caso sa (o si presume che sappia) sviluppare un'azione di tutela caratterizzata da un apprezzabile tasso di effettività a favore della totalità degli interessi: anche quelli riferibili a coloro che non sono rappresentati secondo le regole del diritto civile"[66].

Sostanzialmente essa è la capacità del sindacato di unificare i comportamenti dei lavoratori in modo tale che questi ultimi agiscano, non secondo scelte individuali, ma come gruppo. Tuttavia essa diventa un concetto giuridico solo quando la legge nazionale le attribuisce la facoltà di qualificare e selezionare i soggetti collettivi.

Fino agli inizi degli anni '70, nonostante che la legge stabilisse che per scegliere quali sindacati avessero il diritto di partecipare a organi amministrativi e internazionali si dovesse fare riferimento al criterio della maggiore rappresentatività, la dottrina non attribuiva ai sindacati maggiormente rappresentativi il diritto di svolgere l'attività di negoziazione collettiva. Cerchiamo di ricostruire l'evoluzione che portò il sindacato maggiormente rappresentativo a divenire protagonista dell'attività sindacale e della contrattazione collettiva.

La figura del sindacato maggiormente rappresentativo compare per la prima volta nella legge del 18 marzo 1968, n. 249 (modificata e integrata con la legge 28 ottobre 1970, n. 775) relativa al personale statale. Tuttavia il sistema di sostegno all'attività sindacale nell'amministrazione statale non fu totalmente orientato alla promozione del sindacato maggiormente rappresentativo. Infatti questa legge prevedeva che le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dovessero tutelare esclusivamente le aspettative per motivi sindacali (art. 45, primo comma legge n. 249) e l'uso gratuito dei locali (art. 49, primo comma, legge n. 249).

Successivamente con il d.p.r. 27 marzo 1969, n.130, attuativo della legge 12 febbraio 1968, n.132 vennero promosse le organizzazioni sindacali a

[66] Ghezzi G., Romagnoli U., *Il diritto sindacale*, 1997, p.77.

carattere nazionale maggiormente rappresentative del personale ospedaliero.

Il sindacato maggiormente rappresentativo diviene protagonista assoluto della scena sindacale con l'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori, il quale nella formulazione originaria, attribuisce la titolarità dei diritti sindacali[67] alle "associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale" (comma 1 lett. a) e alle "associazioni sindacali, non affiliate alle predette confederazioni, che siano firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva" (comma 1 lett. b). Quindi era necessario che un sindacato appartenesse a una delle tre grandi confederazioni (CGIL, CISL e UIL) o che avesse firmato contratti collettivi nazionali o provinciali per assumere la titolarità dei diritti. In questo modo si mise in atto la cosiddetta legislazione di sostegno promozionale dell'attività sindacale, la quale attribuì alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative l'esercizio dei diritti sindacali. Si evidenzia che questi diritti determinano un'ingerenza nella sfera giuridica del datore di lavoro e quindi si è ritenuto che fosse eccessivo riconoscerli a tutte le organizzazioni, indipendentemente dalla loro rappresentatività, in quanto sarebbero state favorite anche organizzazioni non "realmente attrici del conflitto sindacale"[68], le quali potrebbero essersi costituite proprio al fine di beneficiare dei diritti suddetti. Questo avrebbe reso ingiustificato il sacrificio imposto all'imprenditore.

Il collegamento tra maggiore rappresentatività e rappresentanza sindacale si realizzò, invece, negli anni settanta nel cosiddetto periodo della legislazione di "emergenza", in cui il sindacato maggiormente rappresentativo fu chiamato a partecipare alla gestione della crisi economica della seconda metà degli anni settanta.

[67] Si rinvia al paragrafo 3 del cap. 2.
[68] Giugni G., *Diritto sindacale*, 2008, p. 63.

Alla crisi economica si accompagnarono processi di ristrutturazione industriale e di trasformazione tecnologica, fenomeni di terziarizzazione, di cambiamenti nella composizione del mercato del lavoro, di maggiore flessibilità del mercato del lavoro e di riduzione del costo del lavoro. Tutto questo ebbe riflessi sul diritto statuale, il quale attribuì ai sindacati maggiormente rappresentativi la facoltà di derogare ad alcune disposizioni di legge attraverso il contratto collettivo. In questo modo l'intervento della legge tolse l'autonomia originaria dell'ordinamento intersindacale, in quanto conferì poteri solo ad alcune organizzazioni. La rappresentanza sindacale venne così sostituita dalla rappresentatività: "una sorta di presunzione di rappresentanza, cioè di egemonia politica, di consenso maggioritario fra i lavoratori, nient'affatto misurabile, bensì storicamente presupposto"[69].

L'obiettivo era di attribuire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi firmati dai sindacati maggiormente rappresentativi evitando le procedure previste dall'art. 39, comma 4, Cost. Tuttavia l'obiettivo non venne raggiunto soprattutto per il fatto che il modello del sindacato maggiormente rappresentativo ebbe "un lento ma inesorabile declino, per la sua incapacità di esprimere adeguatamente l'universo sempre più ampio, frammentato e complesso degli interessi di lavoro"[70]. In particolare la maggiore rappresentatività è entrata in crisi dalla seconda metà degli anni '80 a causa della trasformazione del processo produttivo e l'abbandono del modello tayloristico che hanno portato alla suddivisione della forza lavoro in gruppi di interessi eterogenei, a volte in conflitto tra di loro. Questo ha favorito la nascita di organizzazioni sindacali autonome, mettendo in crisi la capacità rappresentativa delle grandi confederazioni.

[69] Campanella P. *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000, p. 80.
[70] Carinci F., De Luca R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro* 2002, p. 81.

2.2. Criteri per valutare il sindacato maggiormente rappresentativo

Il legislatore per selezionare i sindacati maggiormente rappresentativi ha utilizzato formulazioni diverse nel corso del tempo. La formulazione più significativa è quella della lett. a dell'art. 19 dello Statuto (ora abrogata) che faceva riferimento alle "confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale"[71]. La scelta delle maggiori confederazioni era fondata sulla storica rappresentatività delle maggiori confederazioni sindacali, cioè era una presunzione di rappresentatività, basata sull'esperienza. Inoltre c'erano anche motivazioni politiche che volevano privilegiare le organizzazioni sindacali di più ampie dimensioni, in grado di compensare i differenti egoismi di settore.

La nozione di confederazioni maggiormente rappresentative è stata oggetto di numerose interpretazioni della giurisprudenza, sia di legittimità e sia di merito.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 54/1974 stabilì che le confederazioni maggiormente rappresentative erano quelle che avevano una capacità rappresentativa effettivamente superiore alle altre organizzazioni sindacali. In questo modo la rappresentatività è direttamente conseguibile da ogni associazione "per fatto proprio o attraverso propri atti concreti"[72]. Quindi la rappresentatività è legata a un giudizio assoluto e non comparativo.

La Cassazione inizialmente considerò come criteri per individuare le confederazioni maggiormente rappresentative l'equilibrata consistenza associativa su tutte le categorie e la diffusione dell'organizzazione sul territorio nazionale. Successivamente la stessa Cassazione[73] ritenne sufficiente il secondo criterio, affermando che era comunque necessario che il sindacato fosse presente in più di una categoria (quindi vennero esclusi i sindacati monocategoriali). Inoltre valorizzò il criterio della partecipazione alle

[71] Si rinvia al paragrafo precedente.
[72] Campanella P., *op. cit.*, p. 126.
[73] Cass. 1° marzo 1986, n. 1320.

trattative e alla stipulazione dei contratti collettivi nazionali, facendo così rientrare tra le confederazioni maggiormente rappresentative anche le organizzazioni sindacali che, nonostante avessero un'importante consistenza organizzativa nelle categorie e sul territorio, non appartenevano alla cerchia ristretta delle confederazioni che aggregavano molti lavoratori di tutte le categorie.

Ulteriori criteri furono stabiliti con la legge n. 902/1977 che regolava la ripartizione tra le organizzazioni sindacali, presenti al momento dell'entrata in vigore della legge, del patrimonio residuo delle organizzazioni sindacali fasciste. Il 93% del patrimonio fu attribuito alla CGIL, CISL, UIL, CISNAL, CIDA e alle associazioni maggiormente rappresentative dei datori di lavoro, dei lavoratori autonomi e delle cooperative; il rimanente 7% andò alle confederazioni e associazioni nazionali che risultavano maggiormente rappresentative, secondo i seguenti criteri: la consistenza numerica, l'ampiezza e la diffusione delle strutture organizzative su tutto il territorio nazionale, la loro partecipazione effettiva alla contrattazione collettiva in modo costante e la loro presenza nel conflitto.

I medesimi criteri sono stati utilizzati per selezionare i sindacati legittimati a designare i rappresentanti dei lavoratori nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (legge 936/1986).

Tuttavia la Cassazione dichiarò che i soggetti ritenuti maggiormente rappresentativi da una legge non potevano considerarsi tali in modo definitivo, ma che si dovevano verificare se i requisiti della maggiore rappresentatività si fossero mantenuti nel tempo e se fossero presenti nel momento in cui il giudice effettuava la valutazione[74]. In pratica il fatto che un sindacato fosse stato ritenuto maggiormente rappresentativo da una legge non significava che potesse mantenere questa qualifica anche in leggi successive.

[74] Cass. 1° marzo 1986, n. 1320, cit.

2.3. I sindacati comparativamente più rappresentativi

Con la legge 549/1995, il legislatore ha sostituito la nozione di maggiore rappresentatività con quella di sindacato comparativamente più rappresentativo. Questa legge stabilì che nell'ipotesi di pluralità di contratti collettivi per la stessa categoria, la retribuzione da utilizzare come riferimento per calcolare i contributi assistenziali e previdenziali fosse quella fissata dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati comparativamente più rappresentativi nella categoria. In seguito il medesimo criterio fu utilizzato dalla legge n. 388/2000 che attribuiva al contratto comparativamente più rappresentativo il riconoscimento di determinati sgravi contributivi. Sostanzialmente in queste ipotesi vengono stipulati più contratti collettivi per la stessa categoria professionale e la legge stabilisce che il contratto a cui collegare l'effetto giuridico è quello stipulato da parti (organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori) che comparativamente siano più rappresentative di quelle che hanno stipulato gli altri contratti. Questi ultimi anche se non sono produttivi di effetti giuridici, mantengono la loro efficacia come contratti collettivi di diritto comune.

In altri casi la legge seleziona le organizzazioni sindacali, di entrambe le parti autorizzandole a integrare o modificare determinare disposizioni di legge. Un esempio in tal senso è rappresentato dall'integrazione dell'elenco dei casi nei quali è possibile stipulare un contratto di somministrazione a tempo indeterminato (art, 20, lett. I, d.lgs. n. 276/2003, emanato in attuazione della legge Biagi sulla riforma del lavoro).

Altri casi riguardano le norme di legge che stabiliscono che un collegio amministrativo sia formato da rappresentati dei sindacati comparativamente più rappresentativi (per esempio la commissione centrale di coordinamento dell'attività di vigilanza sul lavoro, art. 32, d.lgs. n. 124/2004).

Stabilire quali parametri devono essere utilizzati per una valutazione "comparativa" non è semplice. Bisogna innanzitutto tener presente che si tratta di una valutazione che fa riferimento al livello della categoria e non a

quello pluricategoriale (e talora sia a livello nazionale e sia a livello territoriale) e quindi i parametri usati per valutare la rappresentatività delle confederazioni non sono più idonei. Inoltre si osserva che i parametri elaborati rispetto al criterio delle "confederazioni maggiormente rappresentative" si riferivano a valutazioni di tipo non comparativo, in quanto per maggiore rappresentatività era intesa l'effettiva rappresentatività. Infatti la diffusione dell'organizzazione sul territorio, la partecipazione alla contrattazione collettiva, lo svolgimento continuativo di attività di autotutela, sono parametri idonei a misurare l'effettiva rappresentatività, ma non sono in grado di pesare la rappresentatività, ossia di stabilire quale sindacato abbia maggior capacità di altri di svolgere l'azione di tutela. Quindi sostanzialmente la valutazione comparativa si deve fondare su numeri e non su presunzioni e fatti notori; il problema però è su quali numeri debba fondarsi tale valutazione.

Purtroppo ancor oggi non esiste, nel settore privato, una disciplina legale che definisca i criteri in base ai quali debba essere "pesata" la rappresentatività sindacale. Nel settore pubblico invece dal 1997 la rappresentatività sindacale è regolata legislativamente (d.lgs. n. 396/1997).

Mancando una legge, Confindustria, CGIL, CISL e UIL hanno tentato di colmare il vuoto stipulando l'accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 (rivisto il 14 luglio dello stesso anno e sottoscritto anche da UGL e CONFSAL). Con questo accordo le parti hanno sostanzialmente emulato il modello legislativo previsto per il settore pubblico, adeguandolo alle differenti caratteristiche del settore privato. In particolare, secondo l'accordo, la rappresentatività sindacale viene determinata attraverso la ponderazione tra i dati associativi, cioè il numero di iscritti, e i dati elettorali, ossia il numero di voti ottenuti nelle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie[75]. Più precisamente possono accendere alla stipulazione dei contratti collettivi solo

[75] Sulle rappresentanze sindacali unitarie si rinvia al paragrafo. 2.5. del cap. 2.

i sindacati che hanno raggiunto il 5%, nel settore o comparto, come media tra il dato associativo e il dato elettivo.

Tuttavia il legislatore non ha tenuto conto di questo accordo, in quanto con l'emanazione dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011 (convertito con modifiche in legge n. 148/2011) ha fatto riferimento al generico criterio della rappresentanza comparativa, segnando un deciso passo indietro rispetto all'accordo. Infatti, al primo comma ha stabilito che "i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda possono realizzare specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività".

Dalla lettura dell'articolo si evince inoltre che esso non disciplina la stipulazione dei contratti nazionali, ma riguarda solo gli accordi aziendali.

2.4. Rappresentanza sindacale dei lavoratori nei luoghi di lavoro

I lavoratori, allo scopo di tutelare i propri interessi, si possono organizzare sia all'interno che all'esterno del luogo di lavoro.

In Italia la storia della rappresentanza dei lavoratori, nei luoghi di lavoro, è piuttosto lunga e complessa, in quanto per circa un secolo si sono succedute molte forme di rappresentanza assai diverse tra loro. Le prime organizzazioni nei luoghi di lavoro furono le Commissioni interne, disciplinate per la prima volta nel 1906 attraverso un accordo tra la Fiom e la fabbrica di automobili Imntala di Torino. Dopo essere state soppresse nel 1925, attraverso il Patto tra la Confindustria e la Confederazione fascista delle corporazioni, sono state di nuovo ricostituite nel 1943 tramite un accordo tra le Confederazioni dei lavoratori dell'industria e la Confederazione degli

industriali (cosiddetto patto Buozzi-Mazzini). Questo accordo attribuì alle Commissioni interne poteri di contrattazione collettiva a livello aziendale.

Nel 1947, con l'accordo interconfederale stipulato tra CGIL e Confindustria, si ebbe la prima disciplina organica delle Commissioni interne. Fu stabilito che nelle imprese con almeno 40 dipendenti doveva essere eletta almeno una Commissione interna (elezione a suffragio universale a scrutinio segreto). Si votavano liste contrapposte e la ripartizione dei seggi avveniva con il metodo proporzionale. Poteva presentare le liste per le elezioni qualsiasi gruppo (sia indipendente e sia inquadrato sindacalmente).

Le Commissioni svolgevano funzioni propositive, consultive e avevano il compito di controllare preventivamente le motivazioni dei licenziamenti individuali e collettivi. Esse però erano espressamente escluse dalla contrattazione a livello di azienda, in quanto i sindacati temevano di perdere il controllo di questi organismi elettivi, i quali operavano spesso autonomamente e separatamente rispetto alle linee politiche e tattiche dei sindacati. Inoltre la CGIL unitaria non era in grado di affrontare il decentramento della contrattazione.

Nel 1950 gli accordi interconfederali sui licenziamenti tolsero la competenza alle Commissioni in materia di licenziamenti individuali e collettivi.

Nel 1966 fu stipulato l'ultimo accordo relativo alle Commissioni che confermò la loro esclusione dalla competenza contrattuale e attribuì la competenza a stipulare contratti aziendali ai sindacati provinciali.

Le Commissioni interne, anche se non sono mai state disciplinate dalla legge sono esistite fino all'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori.

Nello stesso periodo in cui si svilupparono le Commissioni interne, la CISL tentò di riempire il vuoto di rappresentanza dei lavoratori nelle aziende attraverso la costituzione delle sezioni sindacali aziendali (SAS). La CILS infatti era favorevole, fin dalle sue origini, a creare un sistema contrattuale

articolato su più livelli e per questo riteneva necessaria la presenza del sindacato in azienda.

Tuttavia le SAS, intese come alternativa alle Commissioni interne, non riuscirono mai a ottenere un potere contrattuale in azienda, il quale rimase ancora nelle mani del sindacato provinciale di categoria.

Nel 1955-56 anche la CGIL iniziò ad adottare le SAS concependole come strutture a cui affidare tutti i compiti del sindacato nell'azienda. Tuttavia, come la CISL, anche la CGIL escluse le SAS dal potere contrattuale.

Alla fine degli anni sessanta le SAS tramontarono definitivamente.

In seguito alle lotte sindacali del 1968-69, emerse un nuovo modello di contrattazione a livello aziendale che assunse una funzione primaria per quanto riguarda la disciplina delle condizioni di impiego della manodopera. Quindi la contrattazione venne decentrata articolandosi all'interno della categoria e specializzandosi per aree produttive e per gruppi omogenei, insiti nell'ambiente di lavoro. Per cui il referente principale dell'azione contrattuale diventò il reparto, la squadra, lo stabilimento, cioè il luogo o l'ambiente di lavoro nel quale si costituisce ed agisce il gruppo omogeneo. Quest'ultimo diventò l'espressione di un interesse collettivo concreto, in quanto circoscritto al gruppo dei lavoratori che ne sono portatori. I lavoratori delegarono un proprio rappresentante chiamato delegato, il quale non doveva necessariamente essere iscritto ad un sindacato esterno.

Tra il 1970 e il 1972 i delegati decisero di formare i Consigli di fabbrica, ai quali furono attribuiti poteri di contrattazione nei luoghi di lavoro. Inizialmente si diffusero nel settore industriale e successivamente, attraverso il Patto federativo del 1972 firmato dalle tre grandi confederazioni, si svilupparono anche negli altri settori.

I Consigli di fabbrica erano formati da delegati eletti a scrutinio maggioritario per singolo gruppo omogeneo ed erano composti da iscritti e non iscritti alle tre confederazioni. Tuttavia per assicurare la rappresentanza

della Federazione delle confederazioni una parte dei seggi fu attribuita a lavoratori iscritti scelti dalle confederazioni come propri rappresentanti.

Dalla seconda metà degli anni '70 i Consigli iniziano ad entrare in crisi a causa della nascita di nuove tipologie contrattuali che fecero perdere importanza alla contrattazione aziendale. Nel 1984 i Consigli di fabbrica decaddero definitivamente a causa della rottura tra le tre confederazioni.

2.5. Le rappresentanze sindacali aziendali e le rappresentanze sindacali unitarie

Con lo Statuto dei lavoratori si afferma il diritto di presenza del sindacato in fabbrica. In particolare con l'art. 14 si garantisce ai lavoratori il diritto a costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività nei luoghi di lavoro. In questo modo vengono tutelate tutte le forme di organizzazione e di aggregazione sindacale che si possono manifestare nei luoghi di lavoro, quindi non solo quelli in forma associativa ai sensi dell'art. 19, il quale, nel testo originario, stabilisce che, nelle imprese con più di 15 dipendenti, il diritto a costituire le rappresentanze sindacali aziendali (RSA) non spetta a tutti i lavoratori, ma solo a quelli operanti all'interno delle "associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale" (lett. a) o alternativamente alle "associazioni sindacali non affiliate alle predette confederazioni, che siano firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva" (lett. b).

Il legislatore non regola però le modalità di funzionamento delle RSA, le quali vengono autoregolate dalle organizzazioni sindacali costituenti.

Questo articolo, limitando il diritto di costituire le RSA solo ad alcuni lavoratori (in base alle condizioni delle lett. a e b), ha posto numerosi interrogativi sul fatto che vìoli i principi di uguaglianza e libertà sindacale, ai sensi degli artt. 3 e 39 Cost. A tale riguardo la Corte Costituzionale nel 1974[76] si è pronunciata a favore della piena legittimità dei criteri selettivi

[76] Sentenza 6 marzo 1974, n. 54.

dell'art 19. In particolare per quanto concerne la lettera a) ha affermato che "il legislatore ha indicato un criterio valutativo, la cui esistenza può essere verificata in ogni momento"; infatti il criterio fa riferimento a una effettività che può essere sempre raggiunta da ogni confederazione e non a una comparazione fra le confederazioni. In pratica questa disposizione non autorizza nessun sindacato ad escluderne altri. Anche il criterio della lett. b), secondo la Corte, non esclude nessun sindacato, in quanto la firma del CCNL o provinciale non è impedita a nessuno.

Anche in due sentenze successive (n. 334/1988 e n. 30/1990) la Corte riconfermò la legittimità costituzionale dell'art. 19. Tuttavia essa nell'ultima sentenza ha puntualizzato che, considerando la trasformazione e le diversificazioni degli interessi[77], i criteri dell'art. 19 stavano diventando sempre più inidonei a rispecchiare l'effettiva rappresentatività dei sindacati. Quindi era necessario, secondo la Corte, stabilire nuove regole per consentire di valutare l'effettiva rappresentatività sulla base del reale consenso dei lavoratori e non più basandosi su presunzioni. In questo modo la Corte mirava a sollecitare il Parlamento a emanare una legge che prevedesse la costituzione delle RSA su base elettiva.

Come abbiamo visto il legislatore non specifica la natura giuridica e la struttura delle RSA. In propositivo la Corte di Cassazione, con la sentenza del 24 gennaio 2008, ha affermato che la struttura della RSA non è definita in modo rigido dall'art 19 e che essa non è un organo del sindacato, ma ha una propria autonoma soggettività giuridica (ai sensi degli artt. 36 e 38 cod. civ.), separata da quella dell'associazione nell'ambito della quale è stata costituita. Questo implica che la RSA è titolare dei diritti e dei poteri attribuitegli dalla legge.

In molti imprese la struttura aperta delle RSA ha permesso, per molto tempo, che i poteri e i diritti attribuiti dalla legge alle RSA, fossero, di fatto, esercitati dai Consigli di Fabbrica. Questi ultimi dal punto di vista giuridico

[77] Vedi par. 2.2. cap. 2.

potevano essere considerati come una RSA unitaria, costituita nell'ambito delle associazioni aderenti alle tre confederazioni maggiormente rappresentative. Tuttavia questo non impediva che, all'interno dell'azienda, accanto ai Consigli di fabbrica, i lavoratori non aderenti a questi ultimi, potessero costituire delle RSA. Questo implica che non era possibile riconoscere ai Consigli di fabbrica la rappresentanza sindacale esclusiva.

Con la caduta dei Consigli di fabbrica, nel 1984, si ritornò alle RSA separate.

Negli anni '90 si assistette a una riforma delle rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro. In seguito alle esigenze di riforma evidenziate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 30/1990, le maggiori confederazioni sindacali si impegnarono a fissare nuove regole sulla rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, e nel 1993 CIGL, CISL, UIL e Confindustria stipularono un accordo interconfederale che prevedeva l'istituzione delle rappresentanze sindacali unitarie (RSU). In particolare è stato stabilito che i sindacati firmatari dell'accordo (o quelli che vi avrebbero aderito successivamente), nelle imprese con più di 15 dipendenti, rinunciassero a costituire RSA in favore delle RSU (cosiddetta clausola di salvaguardia), i cui componenti subentrano ai dirigenti delle RSA nella titolarità di diritti, libertà sindacali e tutele ai sensi del titolo III dello St. lav.

Le RSU sono formate da una parte elettiva e da una associativa. I due terzi sono eletti a suffragio universale e a scrutinio segreto da tutti i lavoratori dell'unità produttiva. I lavoratori eletti non devono necessariamente appartenere ad una sigla sindacale specifica.

Il rimanente terzo è eletto o designato dalle associazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'unità produttiva.

I componenti durano in carica tre anni, dopo di che decadono automaticamente.

Le liste elettorali possono essere presentate dalle associazioni sindacali firmatarie dell'accordo del 1993 (o che vi hanno aderito) e del CCNL applicato nell'unità produttiva; oppure dalle associazioni sindacali che abbiano uno statuto e un atto costitutivo, a condizione che accettino espressamente e formalmente la disciplina delle RSU e che la lista sia stata firmata dal almeno il 5% dei lavoratori dipendenti dell'unità produttiva, aventi diritto al voto.

Le associazioni autorizzate a presentare le liste assumono anche l'iniziativa per la costituzione delle RSU, le quali costituiscono un canale unico di rappresentanza in quanto in esse sono presenti sia funzioni di rappresentanza dei lavoratori che le eleggono e sia funzioni sindacali (soprattutto la contrattazione aziendale).

La RSU assume la rappresentanza generale dei lavoratori, in quanto è eletta da tutti i lavoratori presenti in azienda. Proprio per questo motivo è stata oggetto di critica l'attribuzione del terzo dei seggi, in quanto per molti altera il criterio democratico di formazione della RSU perché sostanzialmente porta a favorire in percentuale maggiore le associazioni meno rappresentative tra quelle firmatarie dei contratti collettivi. Tuttavia sia la parte associativa e sia quella elettiva si riuniscono in un unico collegio che prende le decisioni secondo il principio maggioritario e quindi possiamo dire che comunque il mandato elettorale costituisce la fonte di legittimazione del proprio potere di rappresentanza degli interessi dei lavoratori. Si precisa però che la coesistenza tra il vincolo associativo e il mandato elettorale è spesso fonte di difficili problemi interpretativi. In proposito si segnalano alcune sentenze del tribunale di Milano[78] che hanno stabilito che nel caso in cui un eletto della RSU aderisca, dopo l'elezione, a un sindacato diverso da quello originario non decade dalla propria funzione poiché la RSU non è una rappresentanza esclusivamente associativa e inoltre l'accordo del 1993 prevede la decadenza solo in caso di dimissioni.

[78] Sentenze 5 aprile 2007, in *RCDL*, 2007, p.397; 27 aprile 2006, in *ADL*, 2007, p. 482.

Secondo l'accordo del '93 la RSU e le competenti strutture territoriali delle associazioni firmatarie del CCNL hanno il diritto di stipulare il contratto collettivo aziendale, con le modalità e nei limiti stabiliti dal contratto collettivo nazionale applicato nell'unità produttiva. Tuttavia l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 ha tolto la competenza negoziale alle strutture territoriali delle associazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo.

Problemi di coesistenza tra RSA e RSU si pongono quando i sindacati non hanno firmato l'accordo interconfederale (o non vi hanno aderito) e, allo stesso tempo, non siano firmatari del CCNL e abbiano stipulato un contratto aziendale applicato nell'unità produttiva. Il nuovo testo dell'art. 19[79] consente a questi sindacati di costituire una RSA. Tuttavia il sistema contrattuale previsto dall'accordo del 1993 stabilisce come unica controparte contrattuale in azienda la RSU, riducendo quindi la RSA a un ruolo marginale. Questo concetto è sostanzialmente ribadito nell'accordo del 2011, il quale attribuisce efficacia generale del contratto collettivo aziendale approvato dalla maggioranza della RSU.

2.6. La riforma dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori

La Corte Costituzionale nella sentenza n. 30/1990 evidenziò l'esigenza di un intervento legislativo che rivedesse i criteri di rappresentatività dell'art. 19 St. lav. Tuttavia, nonostante siano stati presentati e discussi, per anni, progetti di legge in Parlamento, non è mai stata emanata una legge che disciplinasse nuove regole di rappresentatività. Questo spinse alla promozione, nel 1994, di due referendum abrogativi riguardanti l'art 19 St. lav. Il primo voleva eliminare entrambi i criteri menzionati alle lett. a) e b). Anche il secondo referendum mirava ad abolire il privilegio accordato alle confederazioni maggiormente rappresentative (lett. a), ma proponeva di abolire solo parzialmente il criterio della lett. b), cioè voleva eliminare la

[79] Si rinvia al paragrafo successivo.

qualificazione di nazionale o provinciale al contratto collettivo applicato nell'unità produttiva.

Solo quest'ultimo referendum ebbe esito positivo e quindi venne interrotto il monopolio CGIL, CILS e UIL, ma non fu tolto il criterio selettivo, anche se la sottoscrizione di qualsiasi livello contrattuale (anche aziendale) consente al sindacato di essere ambito di riferimento per costituire le RSA.

In realtà la modifica di questo articolo non ha portato a conseguenze eclatanti, poiché i sindacati firmatari dei contratti normalmente appartengono alle confederazioni maggiormente rappresentative.

Inoltre si evidenzia una conseguenza restrittiva della modifica della norma: un sindacato non firmatario di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva interessata non può più costituire RSA. Questo può riguardare sia i sindacati autonomi che avevano precedentemente assunto la qualificazione di confederazione maggiormente rappresentativa e sia quelli confederali che vogliono costituire proprie RSA in imprese che sfuggono al sistema di contrattazione collettiva.

Dopo il referendum è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale riguardo al nuovo testo dell'art. 19. In particolare alcuni giudici sostenevano che il nuovo testo, consentendo di costituire RSA nell'ambito di qualsiasi associazione sindacale, anche aziendale, firmataria di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, dà la possibilità al datore di lavoro di intromettersi nella costituzione delle RSA, in quanto avendo la facoltà di accettare o meno il sindacato come controparte contrattuale, finirebbe per favorire i sindacati a lui più graditi. In questo modo secondo i giudici si violerebbero i principi costituzionali di uguaglianza (art. 3) e di libertà sindacale (art. 39).

La Corte costituzionale con la sentenza n. 244/1996 ha respinto entrambe le eccezioni, ritenendo che il favoritismo di un sindacato si verifica solo qualora il datore di lavoro attribuisca al sindacato, tramite l'accordo, agevolazioni che non gli spettano di diritto. La Corte ha escluso che rientri in

questa situazione la stipulazione del contratto collettivo, in quanto "la rappresentatività del sindacato non deriva da un riconoscimento del datore di lavoro, espresso in forma pattizia, ma è una qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi (nazionali, locali o aziendali) applicati nell'unità produttiva".

Recentemente è stata sollevata un'altra questione di legittimità costituzionale riguardo all'art. 19 St. lav. da parte di alcuni giudici. A questi ultimi la Fiom ha presentato dei ricorsi dopo che, per il fatto che essa non ha firmato il contratto collettivo applicato nelle unità produttive della Fiat, è stato negato ai lavoratori iscritti a questo sindacato il diritto di costituire delle RSA. La Fiom sosteneva che l'art. 19 violava il principio solidaristico, il principio di uguaglianza e il principio di libertà sindacale (rispettivamente ai sensi degli artt. 2, 3 e 39 Cost.).

La Corte costituzionale ha accolto il ricorso della Fiom, dichiarando con la sentenza n. 231/2013 che l'art. 19 è costituzionalmente illegittimo "nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale sia costituita anche nell’ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie di contratti collettivi applicati nell’unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell’azienda".

Per la Corte infatti l'art. 19 St. lav. viola gli artt. 2 e 3 Cost. poiché crea una disparità di trattamento tra i sindacati, in quanto questi ultimi, secondo quanto dispone l'articolo 19 dello Statuto, nell'esercizio della loro funzione di autotutela dell'interesse collettivo sarebbero privilegiati o discriminati, non in base al loro rapporto con i lavoratori (cioè relativamente alla loro rappresentatività), ma a seconda del loro rapporto con l'azienda, considerando che assume rilievo il fatto di aver firmato o meno il contratto con quest'ultima.

Inoltre la Corte sostiene che l'art. 19 dello Statuto violi anche l'art. 39 della Costituzione, in quanto contrasta con i "valori del pluralismo e della

libertà di azione della organizzazione sindacale". Questo significa che, negando il diritto di costituire le RSA alle associazioni sindacali che decidono di non sottoscrivere il contratto collettivo, viene lesa la libertà dei sindacati di scegliere le forme di tutela ritenute più appropriate per i suoi rappresentati.

2.7. Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza

La tutela della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori mediante le loro rappresentanze è stata inizialmente prevista dall'art. 9 dello Statuto. Tuttavia questa norma non specifica la natura, la struttura e la composizione di tali rappresentanze. Questo ha portato la dottrina prevalente a identificare queste ultime con le RSA.

La situazione cambiò con l'intervento dell'Unione europea, la quale emanò alcune direttive che riguardavano il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro. In attuazione di queste direttive fu emanato il d.lgs. 626/1994, sostituito recentemente dal d.lgs. 81/2008, il quale ha introdotto il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS). In particolare l'art 18 del d.lgs. del 1994 stabiliva che una rappresentanza per la sicurezza doveva essere istituita in tutte le aziende, indipendentemente dal numero di dipendenti. Tuttavia nelle unità produttive con meno di quindici dipendenti il RLS era eletto dagli stessi lavoratori, mentre nelle unità con più di 15 dipendenti era eletto o designato nell'ambito delle RSA. La norma rinviava alla contrattazione collettiva la definizione delle modalità di designazione o di elezione, del numero di rappresentanti, del tempo di lavoro retribuito e degli strumenti per lo svolgimento delle funzioni del RLS. In caso di mancato accordo provvedeva il Ministro del lavoro.

Queste disposizioni sono previste anche dal decreto del 2008, il quale ha introdotto delle modifiche al decreto del 1994. Attualmente la nuova disciplina la troviamo negli artt. 47-50 del T.U. della salute e della sicurezza. In particolare è previsto che il RLS è istituito su tre livelli: a livello territoriale o di comparto, a livello aziendale e a livello di sito produttivo. Questa norma inoltre stabilisce che l'elezione del RLS deve avvenire "in corrispondenza

della giornata nazionale per la salute e la sicurezza sul lavoro, individuata nell'ambito della settimana europea per la salute e sicurezza sul lavoro, con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali" (art. 47, 6 T.U.).

Aumenta lo spazio riservato alla contrattazione collettiva, in quanto viene attribuita ad essa la scelta tra l'elezione e la designazione del RLS.

Il RLS deve ricevere una formazione adeguata in materia di salute e di sicurezza per quanto riguarda i rischi esistenti nel proprio ambito di competenza (art. 48, 7 T.U.). Inoltre il RLS (secondo l'art. 50 T.U.):

1. ha diritto di ricevere tutte le informazioni necessarie inerenti all'ambiente di lavoro;
2. può accedere a tutta la documentazione utile per controllare l'applicazione delle misure di sicurezza in azienda;
3. deve sempre avvertire il datore di lavoro dei rischi individuati;
4. effettuare proposte riguardanti l'attività di prevenzione;
5. può fare ricorso alle autorità competenti (Ispettorato del lavoro, Asl, autorità giudiziaria) nel caso in cui ritenga che le misure adottate dal datore di lavoro non garantiscano la sicurezza e la salute del lavoro;
6. deve essere consultato preventivamente e tempestivamente sulla valutazione dei rischi, sulla programmazione, realizzazione e verifica della prevenzione.

Il RLS beneficia delle medesime tutele dei rappresentanti sindacali. Inoltre ha il diritto di usufruire del tempo retribuito e dei mezzi necessari per svolgere le sue funzioni.

3. I diritti sindacali e la repressione della condotta antisindacale

Nel titolo III dello Statuto dei Lavoratori, al fine di garantire un'efficacia maggiore alla libertà sindacale, sono elencati dei diritti che spettano ai

lavoratori che costituiscono le RSA. In particolare sono previsti diritti e poteri attribuiti alle RSA (assemblea, referendum, affissione, locali) e diritti concessi ai dirigenti delle RSA (permessi retribuiti e non retribuiti, trasferimento).

Le disposizioni relative a questi diritti (ad eccezione del 1° comma dell'art. 27 relativo ai locali delle RSA), si applicano, per quanto riguarda le imprese commerciali e industriali, "a ciascuna sede, stabilimento, filiale o reparto autonomo che occupano più di quindici dipendenti. Le stesse disposizioni si applicano alle imprese agricole che occupano più di cinque dipendenti" (art. 35, 1 St. lav.). Inoltre esse si applicano anche alle "imprese commerciali e industriali che nell'ambito dello stesso comune occupano più di quindici dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano più di cinque dipendenti anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti" (art. 35, 2 St. lav.).

Si osserva che la nozione di unità produttiva non è presente nell'art 35, ma è sostituita da "sede, filiale, ufficio o reparto autonomo". Questa esemplificazione è stata utilizzata dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 55/1974) per dare una definizione di unità produttiva, affermando che per essa si intende un'autonoma struttura organizzativa che costituisce una rilevante componente dell'impresa, in grado di realizzare una frazione dell'attività aziendale. Non rientra nella nozione di unità produttiva un'articolazione aziendale che, pur amministrativamente autonoma, svolga solo funzioni ausiliari o strumentali all'attività dell'impresa.

Nel Titolo III inoltre è previsto il diritto per i singoli lavoratori di svolgere attività di proselitismo e di raccogliere contributi sindacali (art. 26).

Infine nel Titolo IV St. lav. sono previsti altri due diritti sindacali: i permessi per i dirigenti sindacali e le aspettative sindacali.

3.1. Assemblea

L'art. 20 attribuisce ai lavoratori il diritto di riunirsi nell'unità produttiva in cui svolgono la loro attività lavorativa, non solo fuori dall'orario di lavoro, ma anche durante lo stesso, nel limite di 10 ore annue normalmente retribuite (il contratto collettivo può comunque stabilire un limite maggiore). Questo limite riguarda le ore retribuite, nel senso che i lavoratori possono riunirsi anche per più di 10 ore, ma le ore eccedenti non vengono retribuite.

Si pone un problema riguardo a chi debbano essere imputate le ore retribuite. Su questo ci sono due diversi orientamenti interpretativi: per alcuni l'imputazione delle 10 ore è individuale (cioè ogni lavoratore ha diritto a 10 ore annue retribuite); per altri invece la rilevazione delle ore deve essere fatta in base alla collettività per la quale è stata convocata l'assemblea (quindi le ore costituiscono un limite per la convocazione delle assemblee da parte delle RSA). In merito la Cassazione (n. 21694/2009) ha ritenuto che per quanto riguarda l'assemblea retribuita durante l'orario di lavoro le 10 ore sono attribuite collettivamente, mentre l'assemblea non retribuita fuori dall'orario di lavoro è un diritto individuale di ogni lavoratore.

Le assemblee devono essere convocate dalle RSA, congiuntamente o singolarmente, oppure dalla RSU, dove sia presente. In questo secondo caso 3 delle 10 ore retribuite sono assegnate alle organizzazioni aderenti alle associazioni sindacali firmatarie del CCNL applicato nell'unità produttiva (art. 5, accordo interconfederale del 1993)[80].

E' necessario avvisare il datore di lavoro della convocazione, anche se non è specificato un termine di preavviso. Tuttavia la giurisprudenza ha ritenuto legittimo che il contratto collettivo possa fissare un termine, poiché questo non rappresenterebbe un limite del diritto di assemblea, ma una semplice regolazione delle sue modalità di esercizio. Il preavviso è

[80] Per quanto riguarda il diritto delle RSU di convocare l'assemblea la giurisprudenza è incerta. Infatti la Cassazione, da una parte, ha affermato che l'assemblea deve essere convocata dalla RSU nel suo complesso, in quanto è un organo collegiale, e dall'altra ha dichiarato che, considerando il fatto che la legge attribuisce alla singola RSA il diritto di convocazione, non è possibile vietare a una singola sigla sindacale presente nella RSU questo diritto.

necessario per permettere al datore di lavoro di predisporre i locali idonei per svolgere l'assemblea e di mettere in atto le misure per fronteggiare l'interruzione dell'attività lavorativa durante lo svolgimento dell'assemblea.

Il datore di lavoro deve inoltre consentire l'accesso in azienda ai lavoratori sospesi e collocati in Cassa integrazione guadagni[81] e ai lavoratori in sciopero.[82]

Le assemblee, in virtù del diritto di libertà e attività sindacale ai sensi dell'art. 14, possono comunque anche essere convocate spontaneamente dai singoli lavoratori al di fuori dall'orario di lavoro.

All'assemblea partecipano tutti i lavoratori dell'unità produttiva o alcuni gruppi della stessa, caratterizzati da interessi omogenei (per esempio i turnisti, le donne, gli operai). I criteri per la determinazione dei gruppi sono stabiliti dalle RSA e non devono mai essere legati a interessi prettamente individuali dei singoli lavoratori, in quanto risulterebbe sminuita la natura collettiva del diritto. L'ordine del giorno deve includere esclusivamente materie di interesse sindacale e del lavoro.

Secondo la giurisprudenza l'ordine del giorno deve essere comunicato al datore di lavoro, poiché essendo quest'ultimo tenuto a retribuire le ore di assemblea è legittimato a conoscere se gli argomenti dell'assemblea rientrino tra quelli conformi all'art. 20.

Anche i dirigenti esterni del sindacato[83] che ha costituito la RSA hanno il diritto di partecipare alle riunioni, previo avviso al datore di lavoro. Per dirigenti esterni si intendono quelli provinciali, regionali e nazionali del sindacato di categoria (organizzazione verticale) oppure quelli delle strutture orizzontali intercategoriali (camere del lavoro, unioni, federazioni, confederazioni).

---

[81] Cass. n. 7859/1986.
[82] Cass. n. 11352/1995.
[83] Su questa disposizione si evidenzia un errore del legislatore, il quale parla di *sindacato* che ha costituito la RSA, in realtà le RSA, secondo l'art. 19 si costituiscono ad iniziativa dei *lavoratori* nell'ambito di un sindacato.

L'art. 20 invece non chiarisce se alle assemblee possa partecipare il datore di lavoro, tuttavia sia la giurisprudenza e sia la dottrina, ritengono che né il datore di lavoro né i suoi rappresentanti (sostanzialmente i dirigenti dell'azienda in veste di alter ego del datore di lavoro) possano partecipare alle riunioni, a meno che non siano invitati dall'assemblea.

L'ultimo comma afferma che la contrattazione collettiva (anche aziendale) possa stabilire ulteriori modalità per l'esercizio del diritto di assemblea, a patto che queste non provochino limitazioni eccessive all'esercizio del diritto. Ad esempio è possibile inserire clausole che garantiscano la presenza minima di lavoratori nell'attività lavorativa nel caso in cui ci sia l'esigenza di tutelare diritti costituzionalmente garantiti[84], oppure è possibile fissare determinate fasce orarie in cui svolgere le riunioni.

3.2. Referendum

L'art. 21 concede ai lavoratori il diritto di svolgere referendum sindacali. I referendum devono essere svolti fuori dall'orario di lavoro. Devono essere indetti da tutte le RSA congiuntamente (oppure dalla RSU ove sia subentrata alle RSA). Hanno diritto di partecipare al referendum tutti i lavoratori dell'unità produttiva o la categoria particolarmente interessata. Il diritto si estende, secondo la giurisprudenza, anche ai lavoratori sospesi a qualsiasi titolo, cioè gli scioperanti, gli assenti dal lavoro con diritti di conservazione del posto e quelli in cassa integrazione.

Il referendum può riguardare esclusivamente materie di interesse sindacale.

Il datore di lavoro deve consentire lo svolgimento del referendum e collaborare con i lavoratori in modo da rendere disponibili e accessibili i locali e quant'altro strumentalmente indispensabile per esercitare il diritto (es. urne, seggi). Quindi esso non si trova nella condizione di soggetto passivo, cioè di

[84] Cass. n. 5799/1994.

colui che deve subire o tollerare, ma nella condizione di soggetto che deve impegnarsi attivamente affinché possa essere goduto il diritto.

Si sottolinea che raramente le RSA fanno ricorso al referendum. Molto spesso il referendum è stato utilizzato per verificare il consenso dei lavoratori, sottoponendo alla loro approvazione sia ipotesi di accordi collettivi e sia accordi collettivi conclusi. Tuttavia i giudici hanno affermato che qualora il datore di lavoro indìca un referendum allo scopo di condurre la trattativa per il rinnovo del contratto integrativo aziendale direttamente con il lavoratore commetterebbe un comportamento antisindacale, in quanto violerebbe le prerogative delle RSA[85].

Infine la Cassazione ha affermato che gli esiti del referendum producono effetti solo nei rapporti tra rappresentanza sindacale e lavoratori.[86]

3.3. Diritto di affissione

Secondo l'art 25 St. lav. le rappresentanze sindacali aziendali (o la RSU nel caso subentri alle RSA) hanno il diritto di affiggere all'interno di appositi spazi nelle unità produttive, pubblicazioni, testi e comunicati riguardanti materie di interesse sindacale e del lavoro. I datori di lavoro devono mettere a disposizioni, in luoghi accessibili a tutti i lavoratori, gli spazi per l'affissione. In particolare gli spazi murali spettano ad ogni RSA costituita nell'unità produttiva. Questo si deduce dall'uso letterale del plurale "appositi spazi" e anche dal fatto che non è stato usato l'aggettivo "comune" come nel caso del locale per le RSA (art. 27). La legge inoltre qualifica gli spazi come "appositi", cioè finalizzati esclusivamente allo scopo dell'affissione da parte delle RSA, quindi sono distinti da quelli concessi ad altri organismi sociali (ai sensi dell'art. 11 St. lav.) o sindacali.

Nelle aziende molto informatizzate, il datore di lavoro deve inoltre concedere uno spazio all'interno del sistema telematico aziendale[87].

[85] Trib. Pinerolo 23 gennaio 2001, in MGL, 2001, 168; Trib. Teramo 21 marzo 1990, in RIDL, 1990, II, p. 972, nota di Lambertucci, sul caso del referendum promosso dal datore di lavoro.
[86] Cass. 28 novembre 1994, n. 10119, in MGL, 1994, p. 683.

Per quanto riguarda la dimensione degli spazi e altri requisiti di idoneità il legislatore non si pronuncia, poiché si tratta di aspetti risolvibili con buon senso e disponibilità del debitore (cioè secondo il principio di buona fede nell'adempimento delle obbligazioni ai sensi dell'art. 1175 c.c.), ed eventualmente d'intesa tra le parti. Se le parti non si accordano può essere richiesto l'intervento del giudice.

Una volta assegnati gli spazi, il datore di lavoro non ha ulteriori doveri. In particolare non è, per esempio, richiesto che debba vigilare sull'uso degli spazi, né di garantire l'integrità e la non asportazione dei documenti affissi, oppure di svolgere compiti di mediazione per risolvere conflitti tra le RSA, a meno che sussistano necessità di assicurare la sicurezza delle persone (ex art. 2087 c.c.), la salvaguardia degli impianti, la produttività e regolarità di conferimento della prestazione lavorativa.

Riguardo alle materie di interesse sindacale e del lavoro, la Cassazione ha precisato che "la qualificazione del materiale da affiggere come inerente a materie di interesse sindacale e del lavoro deriva esclusivamente dalla scelta compiuta in proposito dall'organizzazione sindacale, posto che qualsiasi argomento può essere considerato di interesse sindacale ove il sindacato lo assuma ad oggetto della propria azione"[88].

Nonostante che la titolarità del diritto di affissione sia attribuita alle RSA, il singolo lavoratore ha comunque il diritto di volantinaggio all'interno dei luoghi di lavoro, in virtù dell'art 14 St. lav. L'esercizio di questo diritto non è legittimo nel caso in cui arrechi pregiudizio al normale svolgimento dell'attività aziendale[89].

3.4. Locali delle RSA

L'art. 27 dello Statuto impone al datore di lavoro di mettere permanentemente a disposizione delle RSA (o della RSU ove sia subentrata

[87] Trib. Milano 3.4.1995.
[88] Cass. 23 marzo 1994, n. 2808, MGL, 1994, p. 325.
[89] Così Trib. Vicenza 30 ottobre 2000, in ADL, 2001, 1, p. 333.

alla RSA), per l'esercizio delle proprie funzioni, un locale idoneo, all'interno, o nelle immediate vicinanze, dell'unità produttiva con più di 200 dipendenti. Nelle unità produttive con un numero di dipendenti minori, invece, le rappresentanze sindacali aziendali possono usufruire del locale solo se lo richiedono al datore di lavoro ogni volta che ne hanno bisogno. Il locale è comune a tutte le RSA.

Il carattere permanente dei locali sta a significare, per la giurisprudenza, che i locali devono essere utilizzati esclusivamente dalle RSA. Invece per la dottrina il carattere permanente non ostacolerebbe un uso in compartecipazione con altri soggetti o organismi in tempi diversi.

L'idoneità del locale indica che quest'ultimo deve avere caratteristiche tali da consentire l'esercizio delle funzioni da parte delle RSA. In particolare deve essere sufficientemente capiente, deve essere dotato di un arredo che consenta alle RSA, non solo di riunirsi, ma anche di conservare la loro documentazione in armadi forniti di chiavi o in schedari.

Per quanto concerne il fatto che il locale debba trovarsi nell'unità produttiva o nelle immediate vicinanze significa che non deve essere situato a una distanza tale da ostacolare l'attività sindacale, cioè deve essere raggiungibile senza mezzi di trasporto e a distanza di cammino sufficientemente breve. Secondo una parte della dottrina sarebbe prioritario concedere il locale all'interno dell"impresa e, solo in via subordinata, attribuire un locale esterno. Tuttavia molti sostengono che se il legislatore avesse voluto intendere questo concetto, lo avrebbe specificato chiaramente, per cui l'interpretazione corretta sarebbe quella di lasciare al datore di lavoro la possibilità di poter tranquillamente scegliere il locale interno o esterno.

Il locale deve essere comune a tutte le RSA per evitare che il datore di lavoro sostenga pesanti oneri derivanti dall'eventuale pluralità di locali e per favorire il processo di unificazione sindacale tra CIGIL, CISL e UIL, secondo un'esigenza sentita all'epoca dell'emanazione della legge.

Le RSA sono responsabili della gestione dei locali, in quanto, come per il diritto di affissione, il datore di lavoro non ha il potere di vigilanza o di regolamentazione.

Nonostante l'uso dei locali sia riservato alle funzioni di rappresentanza sindacale non è chiaro se i dirigenti sindacali esterni possano o meno accedere ai locali. Un solido orientamento giuridico considera la loro partecipazione illegittima, in quanto considera le adunanze delle RSA non assimilabili alle assemblee di gruppo, in quanto queste ultime sono regolate da specifiche modalità (indizione e convocazione) e devono rispettare determinate procedure (preavviso, formulazione ordine del giorno ecc.).

Altri invece ritengono ammissibile l'ingresso dei dirigenti esterni sulla considerazione che le funzioni esercitate dalle RSA implicano necessariamente contatti con i dirigenti sindacali esterni che potrebbero effettuarsi nel locale assegnato alle RSA.

3.5. Permessi retribuiti

I dirigenti delle RSA hanno il diritto, in virtù dell'art. 23 dello Statuto, di usufruire di permessi retribuiti per lo svolgimento della propria attività sindacale (rappresentanza, partecipazione trattative, funzioni organizzative). In particolare il lavoratore in permesso può assentarsi dal posto di lavoro senza rinunciare al diritto di ricevere il trattamento retributivo ordinario, escluse le indennità legate all'effettiva prestazione di lavoro (ad esempio l'indennità di pasto, di rischio o maggiorazioni riguardanti il lavoro straordinario).

Il titolare del permesso è tenuto a comunicare per iscritto tramite le RSA, di regola 24 ore prima, al datore di lavoro, che intende esercitare il diritto, ma non è obbligato a specificare il motivo. Secondo la giurisprudenza però il datore di lavoro può contestare *ex post*, nell'ambito del procedimento disciplinare, che colui che ha richiesto il permesso lo ha utilizzato per scopi

diversi da quelli previsti dall'art. 23. L'addebito contestato potrebbe essere l'assenza ingiustificata[90].

Il numero dei dirigenti che possono esercitare questo diritto varia in relazione alla dimensione dell'unità produttiva. In particolare il comma 2 stabilisce che usufruiscono del diritto:

a) un dirigente per ogni RSA nelle unità produttive nelle quali sono occupati al massimo 200 dipendenti della categoria per cui è organizzata la RSA;
b) un dirigente ogni 300 o frazione di 300 dipendenti per ogni RSA nelle unità produttive in cui lavorano non più di 3000 dipendenti della categoria per cui è organizzata la RSA;
c) un dirigente ogni 500 o frazione di 500 dipendenti della categoria per cui ogni RSA è organizzata nelle unità produttive, con più di 3000 dipendenti occupati, in aggiunta al numero minimo rispetto alle imprese del punto b).

Il motivo per cui il diritto spetti solo ai dirigenti delle RSA e che il numero di questi ultimi sia limitato si spiega dal fatto che l'art. 19 non prevede che le RSA debbano avere un numero precisato di componenti e quindi di conseguenza è doveroso contenere entro determinati limiti l'obbligo del datore di lavoro di accordare i permessi e di retribuirli.

I permessi retribuiti non potranno essere inferiori a un'ora all'anno per ogni dipendente, nel caso a), mentre negli altri casi non potranno essere minori di 8 ore al mese. La contrattazione collettiva può derogare in melius a queste disposizioni.

In realtà la legge non specifica cosa si intende per "dirigenti" della RSA e quindi spetta a quest'ultima indicare i membri considerati tali. Di solito la contrattazione stabilisce un "monte ore" annuo di permessi da mettere a

[90] Cass. 22 aprile 1992, n. 4839, in FI, 1993, I, c. 899; Cass. 14 gennaio 2003, n. 454, in RGL, 2003, II, p. 595.

disposizioni delle RSA, le quali scelgono di volta in volta, tra i dirigenti beneficiari indicati dalla RSA, quelli che usufruiscono del diritto.

Si precisa inoltre che, dopo l'accordo interconfederale del 1993, i componenti delle RSU subentrano ai dirigenti delle RSA nell'esercizio del diritto dei permessi retribuiti. Tuttavia, a differenze delle RSA in cui i dirigenti devono essere individuati preventivamente, nelle RSU i beneficiari del diritto possono essere indicati di volta in volta.

3.6. Permessi non retribuiti

I dirigenti delle RSA (oppure i membri delle RSU subentrati ai diritti sindacali del titolo III dello Statuto) possono, secondo l'art. 24 St. lav., anche ottenere dei permessi non retribuiti per la partecipazione a trattative sindacali o a congressi e convegni di natura sindacale. In proposito la Cassazione ha affermato che i dirigenti beneficiano di questo diritto per lo svolgimento di qualsiasi attività sindacale di carattere extra-aziendale[91]. I permessi non possono essere inferiori agli otto giorni all'anno.

La RSA deve fare richiesta del permesso al datore di lavoro almeno tre giorni prima tramite una comunicazione scritta.

Per quanto riguarda la natura e le condizioni di esercizio del diritto non c'è differenza rispetto al diritto dei permessi retribuiti. Nella prassi sono le RSA che scelgono tra i due tipi di permessi.

3.7. Il trasferimento dei dirigenti delle RSA

I dirigenti delle RSA, ai sensi dell'art. 22 dello Statuto, possono essere trasferiti in un'altra unità produttiva solo previo nulla osta delle associazioni sindacali alle quali appartengono. Il fatto che il nulla osta debba essere dato dal sindacato di appartenenza sta a significare che l'interesse tutelato da questa norma è collettivo. Queste disposizioni continuano ad applicarsi per l'anno successivo alla cessazione dell'incarico di dirigente (art. 22, 2).

[91] Cass. n. 9765 del 8 novembre 1996.

Considerando che la legge non fissa un numero massimo di soggetti che possono usufruire del diritto, la giurisprudenza, per evitare una proliferazione dei soggetti tutelati, ha affermato che il diritto si attribuisce solo a coloro che godono del diritto dei permessi sindacali retribuiti[92], oppure a quelli che nelle RSA svolgono un effettivo ruolo dirigenziale[93]. Comunque il rischio di proliferazione dei soggetti tutelati, dopo l'istituzione delle RSU, si é affievolito, in quanto le RSU sono formate da un numero definito di soggetti ai quali spettano tutti i diritti attribuiti dallo Statuto ai dirigenti delle RSA.

Il concetto di trasferimento è stato oggetto di interpretazioni diverse. Innanzitutto la definizione di trasferimento la troviamo nell'art. 2103 del codice civile, che lo definisce come lo spostamento del lavoratore da un'unità produttiva ad un'altra. Il problema che si è posto è se questa definizione riguardi anche i rappresentanti sindacali, considerando la necessità di limitare il più possibile il loro allontanamento dai lavoratori che rappresentano. In proposito la Cassazione ha affermato che l'unità produttiva è unica e non cambia in relazione al ruolo che svolge il lavoratore[94]. Questo implica che non rientra nell'art. 22 il trasferimento del rappresentante sindacale da un luogo a un'altro nella stessa unità produttiva (esempio da un reparto all'altro).

Infine la Cassazione ha affermato che non rientrano nell'art. 22 nemmeno le trasferte disposte dal datore di lavoro, poiché trattasi di spostamenti temporanei. Tuttavia considerando che le trasferte possono provocare l'allontanamento dei lavoratori dalla propria rappresentanza sindacale, precludendo lo svolgimento del mandato sindacale, il giudice ha il compito di valutare se il trasferimento rientri tra gli atti discriminatori dell'art. 15 St. lav. oppure tra i comportamenti che costituiscono condotta antisindacale, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto.

[92] Cass. 29 ottobre 1990, n. 104238, in FI, 1990, I, c. 3111.
[93] Cass. 5 febbraio 2003. n. 1684, in MGL, 2003, p. 586.
[94] Cass. 13 giugno 1998, n. 5934, in RIDL, 1999, II, p. 613.

3.8. Attività di proselitismo e contributi sindacali

L'art. 26 dello Statuto attribuisce a tutti i lavoratori la libertà di svolgere opera di proselitismo (cioè un'opera di propaganda, orale o scritta) e il diritto di raccolta di contributi a favore delle loro organizzazioni sindacali, all'interno dei luoghi di lavoro. Tuttavia non è ammesso che queste attività possano pregiudicare il normale svolgimento dell'attività aziendale. La Cassazione[95] ha affermato che il pregiudizio deve essere concreto, tale da incidere notevolmente sullo svolgimento dell'attività lavorativa.

L'art. 26 in origine prevedeva anche altri due commi, abrogati con un referendum del 1995, che stabilivano alcune regole riguardanti i contributi sindacali. In particolare era stabilito che le associazioni sindacali dei lavoratori avevano il diritto di percepire, attraverso una ritenuta sul salario (o sulle prestazioni erogate per conto degli enti previdenziali) delle quote associative che i lavoratori intendevano versare in virtù della loro adesione al sindacato. Nelle aziende nelle quali il rapporto di lavoro non era regolato da contratti collettivi, il lavoratore poteva indicare l'associazione alla quale il datore di lavoro doveva versare la quota.

In realtà l'abrogazione di queste disposizioni non ha portato a un cambiamento, poiché il pagamento dei contributi sindacali ha continuato ad essere previsto nei contratti collettivi.

Si precisa che le disposizioni dell'art. 35 non si applicano a questo articolo, in quanto il diritto di raccogliere contributi e di svolgere attività di proselitismo spetta ai singoli lavoratori, non alle RSA.

3.9. Permessi dei dirigenti sindacali esterni e aspettative sindacali

L'art. 30 St. lav. attribuisce ai componenti degli organi direttivi, provinciali e nazionali delle associazioni sindacali, ai sensi dell'art. 19 St. lav., il diritto di

[95] Cass. 19 agosto 1986, n. 5089.

usufruire di permessi retribuiti per la partecipazione alle riunioni degli organi suddetti.

I limiti e le modalità dell'esercizio del diritto sono stabiliti dal contratto collettivo, il quale solitamente stabilisce un monte ore annuale, non indicando però il numero di beneficiari. Inoltre il contratto collettivo in alcuni casi prevede che per esercitare il diritto sia necessaria la comunicazione scritta al datore di lavoro. Qualora manchi una disciplina contrattuale provvede il giudice, eventualmente ricorrendo a criteri ricavati da altri contratti collettivi.

La Cassazione ha dichiarato che il numero di questi permessi è deciso dal giudice[96] con un congruo preavviso[97] rispettando i principi di correttezza (art. 1175 c.c.) ed equità (art. 1374 c.c.), eventualmente usando come parametri gli usi e, in analogia, la disciplina degli artt. 23 e 24 St. lav.[98] L'art. 31 prevede che i lavoratori chiamati a ricoprire cariche sindacali provinciali o nazionali beneficino del diritto dell'aspettativa sindacale non retribuita.

L'aspettativa deve essere richiesta dall'interessato e provoca una sospensione del rapporto di lavoro, rimanendo quindi intoccabili il diritto di conservazione del posto e la maturazione dell'anzianità di servizio.

Il datore di lavoro non può opporsi alla richiesta, ma ha la facoltà di controllare che l'incarico abbia carattere nazionale o provinciale. Per beneficiare del diritto non è invece rilevante il tipo di attività svolta[99].

3.10. La repressione della condotta antisindacale

L'art. 28 dello Statuto disciplina la repressione della condotta sindacale. Questo articolo "rappresenta, nelle relazioni industriali a livello di azienda, un efficace strumento destinato a rendere effettivo il principio di libertà sindacale"[100].

[96] Cass. 9 novembre 1981, n. 5927.
[97] Cass. 18 gennaio 1991, n. 435.
[98] Cass. 12 dicembre 1989, n, 5520; Cass. 20 luglio 1989, n, 3430.
[99] Trib. Milano 28 aprile 2006, in LG, 2006, p. 1134.
[100] Giugni G.2001, p. 112.

Il primo comma definisce la condotta antisindacale, stabilendo che essa si manifesta "qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale, nonché del diritto di sciopero".

La Cassazione[101] e gran parte della giurisprudenza ritengono che per comportamento diretto, non si intende solo *intenzionalmente diretto*, ma anche solo *oggettivamente idoneo* (anche solo potenzialmente) a ledere la libertà sindacale, l'attività sindacale e il diritto di sciopero.

Recentemente tuttavia la Cassazione si è orientata verso una soluzione intermedia, stabilendo che quando si è in presenza di una lesione diretta ai diritti protetti dall'art. 28, questa rappresenta una condotta antisindacale, anche se non c'è un intento lesivo; quando invece sono lesi i diritti individuali, si parla di condotta antisindacale solo se si prova l'esistenza di un'intenzione di ledere i diritti suddetti[102].

La Cassazione ha inoltre precisato che, considerando il procedimento ai sensi dell'art. 28 uno strumento sanzionatorio che mira a far cessare un comportamento illegittimo, la condotta antisindacale deve essere attuale quantomeno con riferimento agli effetti lesivi. In particolare per essere attuale il comportamento deve essere "tuttora persistente e idoneo a produrre effetti durevoli nel tempo, sia per la sua portata intimidatoria, sia per la situazione di incertezza che ne consegue, tale da determinare una restrizione o un ostacolo al libero svolgimento dell'attività sindacale"[103].

I comportamenti che rientrano nella norma sono quelli materiali (per esempio l'intimidazione, la minaccia o l'aggressione verbale a un rappresentante sindacale) e i comportamenti omissivi (per esempio il rifiuto di promuovere un certo numero di lavoratori a causa della loro attività sindacale).

---

[101] Cass., S.U., 12 giugno 1997, n. 5295, in MGL, 1997, p. 541; Cass. 22 febbraio 2003, n. 2270, in MGl, 2003, p. 404.
[102] Cass. 17 aprile 2004, n. 7347, in RIDL, 2005, II, 564.
[103] Cass. 6 giugno 2005, n. 11741, in ADL, 2006, p. 545, commento R. Nunin e in MGL, 2005, p. 800, notta di M. Papaleoni.

La norma in questione fornisce una nozione generica e indeterminata di condotta antisindacale, poiché la libertà sindacale, l'attività sindacale e il diritto di sciopero possono essere pregiudicati in svariati modi. Questo implica che non è possibile fornire una tipizzazione dei comportamenti. In proposito la giurisprudenza ha elaborato una casistica di comportamenti che rientrano nell'art. 28. In particolare la Cassazione ha stabilito che siamo in presenza di condotta antisindacale, nei casi in cui il datore di lavoro:

1. non permetta ai dipendenti di svolgere assemblee non retribuite all'interno dell'azienda durante uno sciopero (sentenza n. 11352/1995);
2. effettui una trattenuta dalla retribuzione qualora il dipendente abbia partecipato a un'assemblea ai sensi dell'art. 20 dello Statuto, oppure minacci di effettuare la trattenuta nel caso in cui il lavoratore manifesti la volontà di partecipare all'assemblea stessa (sentenza n. 6080/1997);
3. rifiuti di versare ai sindacati i contributi trattenuti dalla retribuzione del lavoratore, a meno che tale versamento comporti concretamente un nuovo onere aggiuntivo insostenibile dall'organizzazione aziendale e quindi inammissibile ai sensi degli artt. 1374 e 1375 c.c. (sentenza n. 14032/2004);
4. non adempia agli obblighi di comunicazione e di concertazione a favore del sindacato, richiesti per la procedura di concessione dell'integrazione salariale, rendendo in questo modo illegittima la collocazione dei lavoratori in cassa integrazione (n. 13240/2009);
5. attribuisca le mansioni svolte dai lavoratori scioperanti ad altri dipendenti in violazione delle norme di legge o di contratto (sentenza n. 26368/2009).

Inoltre, tra le casistiche ricordiamo quella in cui la Cassazione ha ritenuto antisindacale il comportamento del datore di lavoro che intimò il licenziamento ad un dirigente RSU per essersi rifiutato di rimuovere la

bandiera della pace che egli aveva esposto (per manifestare il suo dissenso all'entrata in guerra in Iraq dell'Italia), all'ingresso dell'officina, nel giorno in cui era stato concesso ai familiari dei lavoratori l'ingresso nello stabilimento (sentenza n. 29257/2008).

Infine precisiamo che l'antisindacabilità si manifesta quando il datore di lavoro mira a reprimere la libertà o l'attività sindacale, non solo a contrastarla. Per esempio non è condotta antisindacale il rifiuto del datore di lavoro di effettuare una trattativa con il sindacato, in quanto nessuna legge dispone l'obbligo del datore di lavoro di trattare con i sindacati (a parte in alcune materie). Tuttavia la giurisprudenza ha affermato che il rifiuto immotivato di trattare con la RSU rientra nella condotta antisindacale, in quanto contrario alla buona fede e correttezza nelle relazioni industriali[104]. Inoltre la giurisprudenza fa rientrare tra i comportamenti antisindacali l'esclusione dalle trattative per il rinnovo del contratto collettivo di un'organizzazione sindacale, nel caso in cui il contratto precedente stabilisse che in tutte le ipotesi di contrattazione fosse necessario convocare congiuntamente tutte le organizzazioni sindacali[105].

I soggetti attivi della condotta antisindacale (e legittimati passivi del ricorso ai sensi dell'art. 28) sono, oltre al datore di lavoro, anche i soggetti che nell'impresa esercitano i poteri del datore di lavoro (per esempio dirigenti e capi reparto). Questo implica che il datore di lavoro deve rispondere anche di comportamenti antisindacali compiuti da questi soggetti. La dottrina prevalente ha escluso che il divieto di condotta antisindacale riguardi ulteriori soggetti, in quanto l'interpretazione letterale dell'art. 28 delimita la tutela nell'ambito del "conflitto che vede contrapposti nei luoghi di lavoro prestatori e datori di lavoro"[106]. In particolare è stato escluso che rientrino tra i soggetti

[104] Trib. Lecce 9 agosto 1999, in Corti Bari, Lecce e Potenza, 2001, I, p. 475.
[105] Trib. Milano 6 dicembre 2001, in RCDL, 2002, p. 329.
[106] Villani G., *La condotta antisindacale. Aspetti procedurali,* in *Diritto del lavoro. Commentario,* diretto da Carinci F., *I, Le fonti. Il diritto sindacale,* a cura di Zoli C., 1998, p. 423 ss.

attivi della condotta antisindacale le associazioni dei datori di lavoro[107]; oppure non rientra nell'art. 28 il ricorso di un sindacato escluso dalla negoziazione collettiva nei confronti di altri sindacati[108].

I soggetti attivi della tutela dell'art 28 sono i sindacati, più precisamente "gli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse" (art. 28, 1). Quindi sostanzialmente per attivare il ricorso devono sussistere le seguenti condizioni:

1. gli organismi locali devono fare capo alle associazioni nazionali;
2. l'interesse ad agire.

Chiariamo innanzitutto in che cosa consiste il requisito della dimensione nazionale del sindacato e che cosa si intende per "organismi locali".

Per quanto concerne la nazionalità delle associazioni ci sono vari orientamenti interpretativi. In passato la giurisprudenza ha sostenuto che la nazionalità si riferiva al sindacato nazionale di categoria e non a quello pluricategoriale. Sostanzialmente il requisito della dimensione nazionale delle associazioni era legato alla rilevanza nazionale del sindacato nell'ambito di una categoria e non alla sua effettiva diffusione sul territorio nazionale.

La Cassazione successivamente ha stabilito che il carattere nazionale del sindacato non riguarda la struttura organizzativa (cioè monocategoriale o pluricategoriale), ma la dimensione nazionale dell'organizzazione, la quale "consente concreti spazi di operatività anche alle organizzazioni che dissentono dalle politiche sindacali maggioritarie", in quanto essa non è legata ad un'aggregazione Confederale o alla stipulazione di contratti collettivi[109]. Quindi sostanzialmente un sindacato per essere legittimato al ricorso ai sensi dell'art. 28 non deve necessariamente essere presente in tutte le regioni, ma è sufficiente che ci sia in un numero elevato di esse, in modo tale da provare la sua effettiva presenza sul territorio italiano.

---

[107] Garofalo M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore,* 1979, p. 64 ss.
[108] Cass. 27 agosto 2002. n. 12584, in RIDL. 2003, II, p. 482, nota M. Vincieri e ivi riferimenti.
[109] Cass. 12 dicembre 2008, n. 29257, in RIDL, 2009, II, p. 1022, nota di G. Verrecchia.

Per quanto riguarda il concetto di "organismi locali delle associazioni nazionali", la Cassazione ha precisato che si devono intendere sostanzialmente i sindacati provinciali di categoria (desumibili dagli statuti interni delle associazioni stesse), escludendo dalla legittimazione tutti gli organismi di livello superiore di quello provinciale[110]. Inoltre la Cassazione ha affermato che non rientrano tra gli organismi locali ai sensi dell'art. 28 le RSA e le RSU, in quanto sono considerate strutture autonome dal punto di vista organizzativo e non fanno parte della struttura verticale dei sindacati nel cui ambito sono costituite. Esse rappresentano i lavoratori dell'unità produttiva e non il sindacato di riferimento di quest'ultima[111].

La legittimazione esclusiva alle organizzazioni sindacali ha suscitato dubbi di incostituzionalità dell'art. 28. Con tre sentenze (n. 54/1974, n. 334/1988, n. 89/1995) la Corte Costituzionale ha affermato la legittimità costituzionale di questa norma. Innanzitutto questo articolo è ritenuto conforme all'art 24 Cost. (il quale attribuisce a tutti il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi), in quanto secondo la Corte la tutela speciale dell'art 28, non si sostituisce, ma si aggiunge a quella ordinaria. Infatti i singoli lavoratori e le organizzazioni sindacali possono difendere i propri diritti attraverso il procedimento ordinario. Per lo stesso motivo la Corte non ha ritenuto che l'art. 28 violi il principio di libertà di organizzazione sindacale dell'art. 39 Cost. Infine la Corte ha ritenuto che l'art. 28 non contrasti con l'art. 3 Cost, che sancisce il principio di uguaglianza, dichiarando che la disparità tra i soggetti, per quanto riguarda la legittimità di ricorrere al procedimento speciale dell'art. 28, è giustificata in quanto essa è conforme al canone della ragionevolezza, cioè sostanzialmente la legittimità deve essere attribuita esclusivamente a soggetti particolarmente qualificati e politicamente responsabili. La dimensione nazionale del sindacato, a parere della Corte, è in grado di garantire un adeguato livello di rappresentatività e

[110] Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, cit.; Cass 9 gennaio 2008, n. 212, cit.; Cass. 20 aprile 2002, n. 5765, cit.
[111] Cass. 24 gennaio 2006, n. 1307, cit.

conseguentemente a fare in modo che la tutela dei diritti che il sindacato mira a garantire sia rivolta a tutti i lavoratori.

Per quanto riguarda la presenza dell'interesse ad agire, significa che l'azione giudiziaria deve essere promossa dal titolare di un interesse giuridicamente rilevante. E' necessario quindi chiarire quale interesse rientri nell'art. 28. Più precisamente bisogna stabilire se il sindacato possa ricorrere solo quando il comportamento del datore di lavoro sia lesivo dei suoi diritti oppure se egli sia legittimato anche nel caso in cui sia il singolo lavoratore la parte lesa. In proposito la Corte Costituzionale ha affermato che "l'art. 28, legittimando al ricorso gli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse specifica senz'altro come gli interessi che la procedura prevista intende proteggere siano quelli connessi a tali associazioni, i quali trascendono quelli soggettivi dei singoli individui. La volontà del legislatore di distinguere gli interessi collettivi dei lavoratori da quelli individuali dei singoli colpiti risulta tanto più evidente in quanto gli organismi indicati dall'art. 28 sono legittimati al ricorso indipendentemente dalla volontà individuale dei colpiti, i quali dispongono di mezzi processuali a difesa dei loro interessi"[112]. Quindi secondo la Corte l'interesse ad agire è collettivo e quindi si riferisce al sindacato e non al singolo lavoratore. Tuttavia la lesione di un interesse collettivo non si verifica solo nel caso in cui il comportamento del datore di lavoro leda i diritti del sindacato. Infatti un comportamento può ledere contemporaneamente sia l'interesse collettivo e sia l'interesse individuale del lavoratore. Questo significa sostanzialmente che la condotta antisindacale può essere plurioffensiva (per esempio quando un sindacalista viene trasferito per punizione, è come se il datore di lavoro dicesse: "trasferisco lui, ma attenti voi").

Dal punto di vista processuale, però, l'azione giudiziaria privilegiata, ai sensi dell'art. 28, la può esperire solo il sindacato, mentre il singolo lavoratore può intraprendere individualmente un'azione giudiziaria al di fuori

[112] Sentenza n. 54/1974.

del procedimento dell'art. 28, ricorrendo al giudice del lavoro secondo il procedimento ordinario ai sensi dell'art. 410 c.p.c. Il motivo di questa separazione secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza e della dottrina sta nel fatto che le due azioni hanno diversi soggetti legittimati e diverso interesse ad agire. Quindi, per esempio può succedere che il licenziamento di un lavoratore dia luogo a due diverse pronunce: potrebbe essere dichiarato illegittimo il licenziamento nel processo avviato per ricorso del lavoratore e potrebbe essere respinto il ricorso del sindacato per condotta antisindacale. Tuttavia i giudici in questo caso hanno giudicato due questioni differenti, in quanto nel primo caso la lesione riguarda il diritto individuale, mentre nel secondo riguarda l'interesse collettivo.

In merito agli effetti del ricorso ai sensi dell'art. 28 la Cassazione ha stabilito che, in caso di licenziamento per motivi sindacali, qualora venga ravvisata una condotta antisindacale, la sentenza può disporre che il lavoratore licenziato sia reintegrato, anche se esso non era presente in giudizio[113].

3.11. Il procedimento per la repressione della condotta antisindacale

L'art. 28 prevede due fasi processuali. La prima si apre con il ricorso presentato al Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, "del luogo ove è posto in essere il comportamento denunziato". In questa fase il procedimento è speciale e d'urgenza e si basa sul principio del contraddittorio, in quanto il giudice si pronuncia dopo aver convocato le parti.

L'art. 28 specifica inoltre che il giudice decide dopo aver assunto "sommarie informazioni". Questo significa che per accertare l'esistenza del comportamento antisindacale bisogna procedere all'audizione di testimoni, all'acquisizione di documenti, alla richiesta di informazioni agli organi della pubblica amministrazione, all'ispezione dei luoghi di lavoro e alla nomina di

[113] Cass. n. 9950/2005.

un consulente tecnico per affidargli indagini particolari nel caso in cui il comportamento denunciato necessiti giudizi di carattere tecnico.

Il giudice, entro due giorni dal deposito del ricorso, una volta che ha accertato la sussistenza di una condotta antisindacale, "ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti" (art. 28, comma 1). Si precisa che il termine dei due giorni non è perentorio e quindi anche se il giudice emette il provvedimento successivamente, questo è comunque legittimo.

La parte soccombente, entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto da parte del giudice, può proporre opposizione davanti lo stesso giudice "che decide con sentenza immediatamente esecutiva" (art. 28, 3). L'impugnazione apre la seconda fase processuale, la quale, a differenza della prima, è a cognizione piena e soggetta alla disciplina ordinaria del processo del lavoro. Se il giudice accoglie il ricorso, il decreto emesso verrà revocato. In proposito il comma 2 dell'art. 28 chiarisce che l'efficacia esecutiva del decreto emesso a conclusione della prima fase non può essere revocato fino alla sentenza relativa all'impugnazione. Quest'ultima può essere, a sua volta, impugnata davanti alla Corte d'Appello e successivamente in Cassazione secondo le regole ordinarie del processo del lavoro (art. 409 e ss. c.p.c.)

Qualora il giudice accolga il ricorso, il datore di lavoro sarà condannato alla cessazione della condotta antisindacale e alla rimozione degli effetti.

Nel caso in cui il datore di lavoro non ottemperi al decreto della prima fase o alla sentenza successiva, con cui il giudice del lavoro ordina la cessazione della condotta antisindacale, è punito con una sanzione ai sensi dell'art. 650 del codice penale, che prevede l'arresto fino a 3 mesi oppure l'ammenda fino a 200 € per chiunque non osservi "un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene". Inoltre la sentenza viene pubblicata ai sensi dell'art. 36 c.p.

Si precisa che comunque non è il giudice penale che valuterà l'esistenza della condotta antisindacale. Egli deve solo valutare se il provvedimento è stato emanato rispettando la disciplina prevista dall'art. 28.

CAPITOLO 3
Il diritto di sciopero

1. Evoluzione storica dello sciopero

Lo sciopero rappresenta l'espressione massima di autotutela degli interessi collettivi.

Nel nostro ordinamento, fino al 1889 era inserito tra i reati del codice penale sardo del 1859, il quale fu esteso a tutto il Regno d'Italia in seguito all'unificazione (ad eccezione della Toscana). Esso prevedeva punizioni per tutte le intese degli operai che avevano lo scopo di "sospendere, ostacolare o far rincarare il lavoro senza ragionevole causa" (art. 386).

La magistratura contribuì all'opera di repressione, soprattutto tramite la restrittiva interpretazione del requisito della "ragionevole causa", il quale distingueva lo sciopero legale da quello considerato reato. In proposito la "ragionevole causa" fu interpretata dalla giurisprudenza non tanto in base ai motivi inerenti allo sciopero, ma in base ai mezzi utilizzati durante il suo esercizio. In pratica anche una ragione giusta, cessava di essere tale qualora lo sciopero fosse messo in atto attraverso minacce o altri mezzi coattivi.

Nel 1889, attraverso il codice Zanardelli (artt. 165-167), lo sciopero venne depenalizzato. Rimase punito solo chi "con violenza o minaccia" restringeva o impediva "in qualsiasi modo la libertà dell'industria o del commercio" (art. 165), e chi "con violenza o minaccia", cagionava o faceva perdurare "una cessazione o sospensione del lavoro, per imporre, sia ad operai, sia ai padroni o imprenditori, una diminuzione o un aumento dei salari, ovvero patti diversi da quelli precedentemente consentiti" (art. 166). La magistratura stabilì che la "violenza o minaccia" non era intesa solo quella fisica o materiale, ma qualsiasi forma di costrizione esercitata sulle persone o

sulle cose[114]. In particolare si faceva riferimento anche alla "violenza o minaccia morale", cioè per esempio l'intimidazione attraverso promesse di vendetta o un danno tramite atti o parole, o anche con il contegno e con il sembiante[115]; oppure il semplice contegno minaccioso assunto dagli scioperanti[116].

La giurisprudenza ha poi stabilito che gli artt. 165-166 si applicavano esclusivamente allo sciopero per motivi economici, mentre lo sciopero politico era sanzionato dall'art. 154, il quale prevedeva il reato di violenza privata[117].

Tuttavia lo sciopero non fu riconosciuto come diritto, ma semplicemente come libertà, in quanto esso era considerato come una mancata esecuzione della prestazione lavorativa e quindi rientrava tra i casi di inadempimento contrattuale. Questo implicava, secondo la giurisprudenza dell'epoca, che fosse legittimo licenziare gli scioperanti.

Lo sciopero venne ricompreso tra i reati penali nel periodo fascista, attraverso l'ordinamento corporativo, più precisamente con la legge 563/1926. La ragione che sta alla base dell'inserimento dello sciopero tra i reati penali è la considerazione che il lavoro, secondo l'ideologia fascista, costituisce uno strumento per rafforzare l'economia e la potenza della nazione, il cui interesse deve essere privilegiato rispetto agli "egoismi" delle diverse classi sociali.

Per risolvere le controversie collettive di lavoro fu istituita la speciale Magistratura del Lavoro, la quale doveva provvedere a risolvere le controversie collettive del lavoro "contemperando gli interessi dei datori di lavoro con quello dei lavoratori e tutelando in ogni caso gli interessi superiori della produzione" (art. 409.c.p.c.).

---

[114] Cass., 9.06.1891, in *Riv. Pen.*, vol. XXXV, 1892, 118.
[115] Cass. 22.12.1902, in *Riv. Pen.*, vol. LVII, 1903, 767.
[116] Cass. 24.04.1899, in *Giust. Pen.*, 1899, 910, 532.
[117] Cass. 24.03.1905, in *Giust. Pen.*, 1905, 895 segg.

La legge n. 563/1926 venne poi riscritta in modo più analitico e inserita, nel 1930, nel codice penale (cosiddetto codice Rocco), il quale è ancor oggi in vigore.

In particolare l'art. 502 del codice penale considerava reato la serrata e lo sciopero per fini contrattuali. Quest'ultimo si riferisce ai lavoratori che collettivamente abbandonano il lavoro o "lo prestano in modo da turbarne la continuità o la regolarità", esclusivamente allo scopo di rivendicare nuove o diverse condizioni di lavoro rispetto a quelle stabilite. La sanzione prevista era di natura pecuniaria.

L'art. 503 estendeva il divieto dei fatti previsti dall'articolo precedente aventi fine politico, prevedendo però, oltre a una pena pecuniaria, (superiore rispetto a quella dell'art. 502) anche la reclusione (fino ai sei mesi per lo sciopero e fino a un anno per la serrata).

L'articolo successivo prevedeva anche il divieto di serrata e di sciopero finalizzati a "costringere l'Autorità a dare o ad omettere un provvedimento" oppure a "influire sulle deliberazioni di essa". La sanzione prevista era la reclusione fino a due anni.

L'art. 505 inseriva tra i reati penali anche la serrata e lo sciopero di solidarietà e di protesta, prevedendo le medesime sanzioni stabilite nell'art. 502.

Il codice penale inoltre considerava reati contro la pubblica amministrazione l'interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità (art. 330) e l'abbandono individuale di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavori (art. 333).

Relativamente a queste norme sono state sollevate diverse questioni di legittimità costituzionale. Alcune norme sono state interamente abrogate, altre invece solo parzialmente[118].

[118] Si rinvia ai paragrafi 3 e 4 del cap. 3.

Dopo la caduta del fascismo, nel 1943 caddero definitivamente le istituzioni tipiche della fase corporativa e l'anno successivo furono abolite le associazioni sindacali di diritto pubblico.

2. Il principio costituzionale del diritto di sciopero

Nel nostro ordinamento, l'esercizio del diritto di sciopero è garantito dalla Costituzione, precisamente dall'art. 40 il quale afferma che "il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano".

Con la Costituzione quindi, per la prima volta nella storia del nostro ordinamento, lo sciopero viene riconosciuto come diritto. Questo significa che non solo lo sciopero viene depenalizzato, ma si supera anche la concezione liberista della parità delle parti del rapporto di lavoro, basata sul principio di uguaglianza formale del cittadino di fronte alla legge, e si passa a quella che considera il lavoratore come la parte "debole" del rapporto. Da questo deriva la necessità di garantire un'uguaglianza sostanziale tra le parti. In questo modo lo sciopero diventa uno degli strumenti giuridici idonei a rimuovere la disuguaglianza effettiva tra le parti e più precisamente un mezzo utile per "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della personalità umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"[119], in linea con quanto sancito dal 2° comma dell'art. 3 della Costituzione. Inoltre il diritto di sciopero è connesso al principio di libertà sindacale (art. 39 Cost.), in quanto esso rappresenta uno degli strumenti di autotutela di sindacati e lavoratori.

Il fatto che il diritto di sciopero sia riconosciuto dalla Costituzione comporta che esso si possa qualificare come diritto pubblico di libertà. Questo significa che l'art. 40 opera nel rapporto tra Stato e cittadino, cioè impedisce l'emanazione di provvedimenti legislativi, amministrativi o

[119] Romagnoli U., *Commento all'art. 40,* in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna, 1979, p. 298.

giurisdizionali che contrastino con esso. Questa norma però riguarda anche i rapporti tra soggetti privati, poiché impedisce al datore di lavoro di compiere, nella gestione del rapporto di lavoro, atti diretti a reprimere l'esercizio del diritto di sciopero.

Dal principio costituzionale dell'art. 40 si evince che la Costituzione rinvia alla legge la regolamentazione dello sciopero. In proposito si è discusso se la riserva di legge si debba intendere assoluta o relativa.

Si precisa che si parla di riserva assoluta quando una determinata materia è regolata esclusivamente dalla legge, mentre quando la materia è disciplinata oltre che dalla legge anche da altre fonti siamo in presenza di una riserva relativa.

Riguardo all'art. 40, l'orientamento prevalente ritiene che le modalità attuative degli scioperi debbano essere determinate attraverso una riserva relativa, prevedendo, accanto alla legge, il concorso a fonti di origine sindacale.

Proprio l'unico intervento legislativo attuativo del principio costituzionale, cioè la legge del 12 giugno 1990, n. 146 (modificata dalla legge n. 83/2000) ha disciplinato lo sciopero dei servizi pubblici essenziali attraverso fonti regolative, eteronome e sindacali[120].

Dopo l'emanazione della Costituzione si sono dibattute anche diverse teorie sulla natura del diritto di sciopero.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti sostengono che esso sia un diritto potestativo, cioè l'art. 40 attribuisce ai lavoratori il potere di "sospendere i relativi rapporti di lavoro mediante una manifestazione di volontà di per se stessa idonea a produrre una modificazione in loro favore del contratto"[121]. Secondo questa teoria il carattere potestativo si manifesta dal fatto che "è in potere del titolare di modificare con la sua volontà e col semplice esercizio del suo diritto una situazione giuridica di cui è parte un

[120] Si rinvia al paragrafo 4 del cap. 3.
[121] Santoni F., *Lo sciopero*, 2001, p. 11.

altro soggetto, il datore, che soggiace alle conseguenze dell'esercizio del diritto di sciopero"[122].

Da questa nozione si evince che il diritto di sciopero ha due limiti: uno sotto il profilo soggettivo e l'altro sotto il profilo oggettivo. Il primo circoscrive l'esercizio del diritto di sciopero solo a chi è parte di un rapporto di lavoro o è ad esso strettamente equiparato[123]; il secondo delimita il contenuto dello sciopero a una rivendicazione il cui oggetto sia nella disponibilità della controparte[124]. Quindi secondo questo orientamento sono legittimi solo gli scioperi caratterizzati da rivendicazioni economico-contrattuali che rientrano nella disponibilità del datore di lavoro. Ne consegue che vengono esclusi dall'ambito dell'art. 40 Cost., per esempio, gli scioperi politici, di solidarietà o di protesta.

Più recentemente si è affermata una nuova teoria, la quale ritiene che lo sciopero costituisca un diritto assoluto della persona[125]. Secondo questo orientamento lo sciopero, nonostante sia condizionato dall'esistenza di un contratto di lavoro, può essere legittimamente attuato anche per rivendicazioni che esulano dal rapporto giuridico con il datore di lavoro. In questo modo esso diventa legittimo indipendentemente dalla pretesa fatta valere. Questo dipende dal fatto che è possibile ritenere il datore di lavoro non solo come la controparte del rapporto di lavoro ma anche colui che ha influenza sulle decisioni di politica economica inerenti alla pretesa che sta a fondamento dello sciopero[126].

---

[122] Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 1973, p. 58.

[123] Cfr. in dottrina Pera G., *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano,* Milano, 1960; Mengoni L., *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano,* in AA.VV., *Sciopero e serrata* nei paesi della CECA, 1961; Santoro Passarelli F., *nozioni di diritto del lavoro*, 1973.

[124] Cfr. in dottrina Ardau G., *Teoria giuridica dello sciopero*, Padova, 1962; Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 1973.

[125]Mengoni L., *Lo sciopero nel diritto* civile, in AA.VV., *Il diritto di* sciopero, *Atti del I convegno di diritto e procedura penale*, 1964.

[126] Cfr., in dottrina Mengoni L., *Lo sciopero nel diritto civile,* in *il diritto di sciopero,* Atti del primo convegno di diritto e procedura penale, 1964, p. 39 segg.; Giugni G., *Il diritto sindacale, 1980*; Ferrucci R., *Logica e teleologica nell'elaborazione interpretativa del diritto di sciopero,* in *Riv. Giur. Lav*., 1969, I, 3 segg.

2.1. Titolarità del diritto di sciopero

Riguardo alla titolarità del diritto di sciopero la dottrina e la giurisprudenza si sono molto dibattute, in quanto taluni la considerano individuale, mentre altri la ritengono collettiva.

Attualmente il diritto di sciopero è considerato, dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti un diritto individuale, cioè del singolo lavoratore, a esercizio collettivo, in quanto mira alla tutela di un interesse comune a un insieme di lavoratori. Quindi per "esercizio collettivo" non si intende che lo sciopero sia attuato da più lavoratori, ma significa che esso è volto a tutelare una collettività di lavoratori, perciò è legittimo anche lo sciopero al quale aderisca un solo lavoratore se l'interesse da tutelare è collettivo.

E' invece da escludere che tale titolarità spetti alle organizzazioni sindacali dei lavoratori. Infatti lo sciopero può essere intrapreso anche da una collettività di lavoratori non organizzati in sindacati. Tra l'altro se i titolari del diritto di sciopero fossero i sindacati non si capirebbe il motivo per cui il suo esercizio dovrebbe sospendere l'obbligazione di lavoro anche dei lavoratori non iscritti al sindacato.

Dalla titolarità individuale discende che l'esercizio del diritto di sciopero non richiede una proclamazione sindacale, anche se solitamente sono le organizzazioni sindacali che prendono l'iniziativa di proclamazione.

Si precisa comunque che, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, lo sciopero costituisce un'astensione dal lavoro collettiva e concordata e quindi è necessaria una qualche deliberazione del sindacato o di un gruppo spontaneo di lavoratori, ma non si richiede nessun tipo di formalizzazione né determinati tempi di preavviso, salvo nei casi in cui ciò sia espressamente richiesto da una legge (come avviene nei servizi pubblici essenziali).

La titolarità individuale del diritto di sciopero è stata criticata soprattutto dal fatto che, nonostante sostenga che il diritto di sciopero spetti al singolo lavoratore, quest'ultimo non possa proclamarlo individualmente, per la

difficoltà di conciliazione esistente tra interesse collettivo e diritto soggettivo individuale. Questo, secondo i critici, contrasta con il fatto che ogni diritto soggettivo dovrebbe attribuire la facoltà al titolare "di valutare concretamente il proprio interesse e di esercitare il proprio diritto"[127]. Tuttavia questa tesi non appare corretta in quanto, anche altri diritti a titolarità individuale richiedono un esercizio collettivo. Basti pensare per esempio alla revoca del mandato collettivo, la quale secondo l'art. 1726 c.c. deve essere attuata da un insieme di mandanti.

Una parte minoritaria della dottrina, nonostante ritenga comunque lo sciopero un diritto individuale, sostiene che ogni lavoratore possa esercitarlo solo dopo che c'è stata la proclamazione da parte dell'associazione sindacale. La proclamazione in questo caso rappresenta un negozio giuridico di carattere autorizzatorio. Secondo questi autori quindi la titolarità dello sciopero è collettiva[128].

Sono titolari del diritto tutti i lavoratori subordinati, pubblici o privati, indipendentemente dalla loro qualifica e natura del loro rapporto (quindi anche particolari categorie di lavoratori subordinati come per esempio i dirigenti, gli apprendisti, i lavoratori stagionali) eccetto i militari (legge n. 382/1978) e il personale della Polizia di Stato (legge n. 121/1981). Infatti un loro possibile sciopero lederebbe l'esigenza di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, non garantendo quindi beni costituzionalmente garantiti come la difesa nazionale e la tutela dell'integrità e della libertà dei cittadini.

Una problematica si è registrata sul diritto di sciopero dei marittimi, in virtù della peculiare disciplina del rapporto di lavoro nautica e dall'art. 1105 del codice nautico che punisce il reato di ammutinamento.

In giurisprudenza, riguardo alla questione sollevata da due giudici di merito sulla legittimità costituzionale dell'art. 1105 c.nav., la Corte

[127] Garofalo D., *Sulla titolarità del diritto di sciopero,* 1988, p. 574.
[128] Santoro Passarelli F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero,* in *Saggi di diritto civile, I,* 1960, p. 177; Persiani M., *Diritto sindacale,* 1994, p. 124 ss.

costituzionale ha riconosciuto la titolarità del diritto di sciopero ai marittimi, ma ha affermato che il diritto non può essere esercitato qualora leda norme che tutelino interessi superiori, cioè la sicurezza del patrimonio navigante e soprattutto l'integrità fisica e della vita di tutte le persone imbarcate. E' evidente che, tuttavia, considerando la natura particolare della navigazione, una qualsiasi sospensione o irregolarità della prestazione di lavoro durante il viaggio della nave metterebbe sicuramente in pericolo questi interessi. La tutela di questi ultimi, a parere della Corte, rappresenta la ratio dell'art. 1105 c.nav., il quale non può quindi essere considerato costituzionalmente illegittimo[129].

Un'altra questione si è posta riguardo all'estensione del diritto anche ai lavoratori diversi da quelli subordinati. In proposito la giurisprudenza ha ritenuto che, analogamente alla libertà sindacale, anche per il diritto di sciopero la titolarità può essere riconosciuta ai lavoratori autonomi in condizione di subordinazione economica, cioè i lavoratori parasubordinati. L'estensione del diritto di sciopero a questi soggetti trova fondamento nella sentenza della Corte Costituzionale nel 1975[130] che affermò l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 40 Cost., della norma incriminatrice della sospensione del lavoro effettuata per protesta dagli esercenti di piccole industrie e commerci che non hanno lavoratori alle loro dipendenze (art. 506 c.p.). Secondo la Corte, infatti è errato qualificare questa protesta degli imprenditori come serrata, poiché quest'ultima non può sussistere quando non vi sono dipendenti. Questo implica che la forma di protesta in questione sia da considerarsi assimilabile allo sciopero, "in ragione della condizione di sottoprotezione sociale di quanti la pongono in essere"[131].

[129] Sentenza 28.12.1962, n. 124.
[130] Sentenza 17.07.1975, n. 222. Successivamente la stessa Corte con la sentenza 26.03.1986, n. 53, ha coerentemente con la sentenza n. 222, esclusa l'estensione del diritto di sciopero ai piccoli imprenditori con uno o più lavoratori dipendenti.
[131] Santoni F., *Lo sciopero*, 1997, p. 34.

Successivamente la Corte di Cassazione ha, a sua volta, riconosciuto la titolarità del diritto di sciopero ai lavoratori parasubordinati [132]. Nel caso di specie, la Corte ha riconosciuto la legittimità dell'esercizio del diritto di sciopero messo in atto dai medici convenzionati con il Servizio sanitario nazionale (all'epoca l'INAM), i quali attraverso la loro astensione miravano a ottenere condizioni più favorevoli nella convenzione tipo che regolava i reciproci rapporti. La ragione dell'estensione del diritto di sciopero anche a questi soggetti si fonda sul fatto che in questo tipo di rapporto di lavoro non c'è uguaglianza sostanziale tra le parti.

Coerentemente con questa sentenza, la Corte Costituzionale ha in seguito precluso l'estensione della titolarità del diritto di sciopero ai piccoli imprenditori con uno o due dipendenti[133].

Si ritiene infine che il diritto di sciopero non possa essere esteso anche ai lavoratori autonomi privi di qualsiasi vincolo di dipendenza, come per esempio i liberi professionisti. In proposito la Corte Costituzionale nel 1996 ha affermato che l'astensione dalle udienze, per protesta, degli avvocati rappresenta una "manifestazione incisiva della dinamica associativa volta alla tutela di questa forma di lavoro autonomo"[134]. Quindi la protesta collettiva degli avvocati, e più in generale dei lavoratori autonomi e dei liberi professionisti, pur non essendo qualificabile come sciopero, gode comunque di tutela costituzionale ai sensi dell'art. 18 Cost.

2.2. Le conseguenze dello sciopero: gli effetti sulla retribuzione e le reazioni datatoriali

L'effettuazione dello sciopero da parte del lavoratore determina la sospensione del rapporto di lavoro e di conseguenza il venir meno del diritto degli scioperanti di percepire la retribuzione. Tuttavia la sospensione del rapporto non è integrale, in quanto restano intoccabili i diritti personali e gli

[132] Cass. 29.06.1978, n. 3278.
[133] Sentenza 26.03.1986, n. 53.
[134] Sentenza 16.05.1996, n. 171.

obblighi residuali dei lavoratori, oltre ai diritti retributivi connessi all'anzianità di servizio, come gli scatti di anzianità, gli automatismi salariali e di avanzamento nella carriera. Inoltre la sospensione non incide sui diritti sindacali[135]. Invece subiscono una decurtazione tutti gli elementi che si riferiscono alla retribuzione, ossia la tredicesima mensilità, le altre eventuali mensilità aggiuntive e le retribuzioni differite, come il trattamento di fine rapporto. In questi casi la misura della trattenuta è corrispondente alla durata dello sciopero[136].

Si sostiene anche che il periodo di ferie (o la relativa indennità sostitutiva) debba essere ridotto in proporzione al periodo di astensione dal lavoro in conseguenza dello sciopero[137], in quanto le ferie hanno la funzione di reintegrare le energie psico-fisiche spese durante un anno di lavoro e quindi con lo sciopero viene a mancare il presupposto che sta alla base del godimento delle ferie retribuite[138].

In realtà però alcuni autori ritengono che le ferie e le mensilità aggiuntive siano indipendenti dalle cause, come lo sciopero, che sospendono le sole prestazioni lavorative senza avere conseguenze sul rapporto complessivo di lavoro, in quanto esse "devono essere corrisposte sulla base della retribuzione corrente al momento della maturazione del relativo diritto, e non sulla media della retribuzione percepita durante tutto il periodo cui esse si riferiscono, allora, pur restando lecito parlare di retribuzione differita, si comprende come questi istituti non possano essere direttamente influenzati, in via di principio, dalle vicende riguardanti l'esecuzione (o non esecuzione) giorno per giorno, delle singole prestazioni di lavoro e di retribuzione"[139].

Sono i contratti collettivi comunque che stabiliscono come le ferie devono essere considerate in relazione allo sciopero.

---

[135] Si rinvia al cap. 2 paragrafo 3.
[136] Cass. 26.05.2001, n. 7196.
[137] Cass. 15.02.1985, n. 418.
[138] Mengoni L., *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano,* in AA.VV., *Sciopero e serrata nei paesi della CECA*, 1961.
[139] Ghezzi G. e Romagnoli U., *Il diritto sindacale,* 1997, p. 203.

Infine la giurisprudenza ha affermato che nel caso in cui il lavoratore scioperi nei giorni festivi in cui dovrebbe lavorare, perde l'intera retribuzione compresa quindi anche la maggiorazione prevista per il lavoro festivo.[140] Inoltre il lavoratore quando sciopera nei giorni festivi soppressi dalla legge 5 marzo 1977, n. 54 egli perde anche il diritto al "permesso compensativo", qualora sia previsto dalla contrattazione collettiva[141]. Tuttavia su questa posizione non è concorde tutta la giurisprudenza[142].

Conseguentemente allo sciopero il datore di lavoro può mettere in atto diverse reazioni, la più tipica delle quali è rappresentata dalla serrata, cioè la chiusura totale o parziale dell'azienda con conseguente sospensione dell'attività produttiva e il rifiuto di ricevere la prestazione lavorativa, rinunciando quindi al pagamento della retribuzione.

La serrata non è però, a differenza dello sciopero, un diritto previsto dalla Costituzione. Se essa ha fini contrattuali è considerata una libertà riconducibile all'art. 39 Cost.[143], mentre è reato penale se ha scopo di solidarietà o protesta (art. 505 c.p.)[144].

Tuttavia non essendo un diritto del datore di lavoro, dal punto di vista civile la serrata è illecita. Questo implica che la serrata è da considerarsi come una mora del creditore ai sensi dell'art. 1206 ss. c.c[145]. Il creditore in mora deve risarcire i danni subìti dal debitore, ai sensi dell'art. 1207, comma 2, c.c.

Per alcuni l'importo del danno deve essere di importo pari alla mancata retribuzione, essendo però possibile detrarre quanto il lavoratore abbia eventualmente percepito prestando la propria attività lavorativa altrove[146]. Per altri invece, in linea con l'art. 6 della legge sull'impiego privato (R.d. 13

[140] App. Firenze 30.01.2004.
[141] Cass. 08.07.1992, n. 8327.
[142] Trib. Milano 28.04.1990.
[143] Sentenza Corte costituzionale 04.05.1960, n. 29.
[144] Sentenza Corte costituzionale 15.12.1967, n. 141. La Corte invece non si è mai pronunciata sulla serrata per fini politici, sulla legittimità della quale la dottrina è divisa.
[145] Vedi. Mengoni L., *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in AA.VV., *Sciopero e serrata nei paesi CECA*, 1961 e Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
[146] Vedi Santoro Passarelli F., *Diritto di sciopero, libertà di serrata*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1960, I, p. 7 ss.

novembre 1924, n. 1825) applicabile a tutte le tipologie di lavoro dipendente, la quantificazione del danno non deve essere inferiore alle mancate retribuzioni.[147] Infine un ultimo orientamento, che porta in pratica al medesimo risultato, considera che l'obbligo di pagare la retribuzione permanga anche in situazione di mora del creditore e quindi il lavoratore può esigere l'adempimento. Quindi in questo modo il diritto del pagamento della retribuzione deriva non come risarcimento danno, ma come obbligo di adempimento dal datore di lavoro[148].

Il datore può inoltre reagire allo sciopero attraverso il crumiraggio, cioè sostituendo i lavoratori scioperanti con altro personale sia interno e sia esterno all'azienda. Nel primo caso si parla di crumiraggio interno, nel secondo di crumiraggio esterno.

La prevalente giurisprudenza ritiene legittimo il crumiraggio, in quanto il datore di lavoro, in virtù della libertà di iniziativa e organizzazione economica dell'impresa ai sensi dell'art. 18 Cost., può attenuare gli effetti negativi sull'attività produttiva con qualsiasi mezzo legale, senza che impedisca o ostacoli l'esercizio del diritto di sciopero[149].

Il crumiraggio esterno richiede ovviamente che il datore di lavoro rispetti la disciplina del collocamento e delle assunzioni dei lavoratori. Tuttavia il crumiraggio esterno è limitato da molte disposizioni legislative, che impediscono, per esempio, di sostituire i lavoratori scioperanti assumendo lavoratori stipulando contratti a tempo determinato (vedi art. 3, lett. a, del d.lgs. n. 368/01), di somministrazione (vedi art. 20, 5, lett. a, del d.lgs. n. 276/03) o di lavoro intermittente (vedi art. 34, 3, lett. a, del d.lgs. n. 276/03).

Tra i problemi che spesso si sono posti sull'esercizio del crumiraggio, il principale consiste nel valutare se sia legittimo che il datore di lavoro affidi ai dipendenti non scioperanti mansioni inferiori rispetto a quelle di loro

[147] Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
[148] Ghera E. e Liso F., *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *Enciclopedia del diritto*, in *Enciclopedia del diritto, vol. XXVI*, 1976 ; Zoppoli L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, 1991; Speziale V., *Mora del creditore e contratto di lavoro*, 1992.
[149] Cass. 03.06.1999, RG Sarda, 2000, 503; Cass. 16.11.1987, n. 8401;Cass. 13.03.1986, n. 1701.

competenza. In più occasioni la Cassazione ha affermato che il datore di lavoro può sostituire i lavoratori scioperanti con personale con qualifica diversa, però la sostituzione deve essere fatta rispettando il principio dell'art. 2103 c.c., il quale vieta esplicitamente che il lavoratore possa essere adibito a mansioni inferiori rispetto a quelle per cui è stato assunto. Tuttavia la Corte ha dichiarato che è legittimo che il datore di lavoro, per ragioni di efficienza ed economia del lavoro, affidi ai lavoratori mansioni inferiori nel caso in cui queste rappresentino un marginale e necessario completamento di quelle che corrispondono alla propria qualifica, le quali devono comunque costituire l'attività prevalente ed assorbente svolta dal lavoratore[150].

3. I limiti dello sciopero

Il fatto che lo sciopero sia un diritto assoluto della persona non implica che esso sia privo di limiti. In proposito è stato osservato che "dal momento in cui lo sciopero ha accettato di diventare un diritto, esso si è adattato necessariamente a sentirsi prefiggere condizioni e restrizioni di esercizio che, se non venissero stabilite per legge, dovrebbero immancabilmente essere tracciate, prima o poi, sulla base dell'art. 40 della Costituzione dalla giurisprudenza"[151]. Coerentemente, considerando il fatto che fino alla legge sui servizi pubblici essenziali del 1990 non sono mai state emanate norme attuative dell'art. 40 Cost., i limiti sono stati individuati dalla giurisprudenza.

Fino all'intervento della giurisprudenza nel 1980, la dottrina utilizzava "la tecnica definitoria", qualificando lo sciopero come "astensione concertata dal lavoro per la tutela di un interesse professionale collettivo"[152]. Inoltre stabiliva che erano necessari altri elementi per far rientrare l'astensione nella nozione di sciopero: l'attinenza ad un rapporto di lavoro subordinato; l'astensione completa dal lavoro, sia dal punto di vista temporale (cioè l'intera giornata

[150] Cass. 04.07.2012, n. 9709; 03.06.2009, n. 12811; Cass. 04.08.2012, n. 14157.
[151] Calamandrei P., *Il significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. Giur. Lav*., 1952, p. 221; ora in *Opere giuridiche*.
[152] Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 1994.

lavorativa) e sia per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori partecipanti[153]; la stretta correlazione tra l'azione di sciopero e la contrattazione collettiva. Quindi forme di lotta sindacale senza questi requisiti non rientravano nella definizione di sciopero. La "tecnica definitoria" fu oggetto di numerose critiche da una parte della dottrina, secondo la quale questa tecnica finge di definire che cos'è lo sciopero ma, in realtà, individua i requisiti che deve avere lo sciopero per definirsi legittimo[154].

Nel 1980 intervenne la Cassazione, la quale rinunciò a questa impostazione, affermando che l'art. 40 della Costituzione e gli artt. 15 e 28 St. lav. "non definiscono direttamente lo sciopero, il cui significato, anche agli effetti giuridici, è quindi quello che la parola, ed il concetto da essa sotteso, hanno nel comune linguaggio adottato nell'ambiente sociale"[155]. In questo modo la definizione di sciopero si ricava dalla prassi. Il rinvio alla prassi non implica però che qualsiasi manifestazione di lotta (come per esempio il picchettaggio o l'occupazione della fabbrica[156]) rientri nella definizione di sciopero.

Dopo l'intervento della Cassazione, si superò la distinzione tra limiti esterni e interni dello sciopero. I primi sono quelli che scaturiscono dalla necessità di coordinare il diritto di sciopero con gli altri principi costituzionali, mentre i secondi sono quelli che derivano dalla tecnica definitoria.

3.1. Gli interventi della Corte costituzionale sulle norme penali incriminatrici dello sciopero

Gli artt. 502 e ss. del codice penale sono apparsi per molto tempo in grande contraddizione con l'art. 40 della Costituzione.

---

[153] In pratica il requisito della completezza dell'astensione dal lavoro esclude dal principio costituzionale dell'art. 40 lo sciopero a singhiozzo e lo sciopero a scacchiera (si rinvia al par. 3.3. del cap. 3).

[154] Ghezzi G., *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*,1968 e Tarello G., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, 1972.

[155] Sentenza 30.01.1980, n. 711.

[156] Si rinvia al paragrafo 3.3. del cap. 3.

La Corte costituzionale tuttavia, ha abrogato integralmente solo l'art. 502, riguardante la serrata e lo sciopero per fini contrattuali, dichiarandolo contrario non solo all'art. 40, ma anche al principio di libertà sindacale dell'art. 39, affermando che esso costituisce una norma che "era stata ideata e imposta a tutela di un sistema che negava la libertà sindacale". In questo modo la Corte evidenziò lo stretto legame tra gli artt. 39 e 40 dichiarando che "sebbene enunciati in due distinte norme, il principio della libertà di sciopero e il principio della libertà sindacale non possono non considerarsi logicamente congiunti (...) e pertanto il significato dell'art. 39 non può essere circoscritto entro i limiti angusti di una dichiarazione di mera libertà organizzativa, mentre, invece, nello spirito delle sue disposizioni e nel collegamento con l'art. 40 esso si presenta come affermazione integrale della libertà di azione sindacale"[157].

Le altre norme penali invece non furono dichiarate interamente incostituzionali dalla Corte.

Inizialmente, per una parte della dottrina, lo sciopero per fini politici viene ritenuto illegittimo, poiché l'interesse degli scioperanti non è considerato economico-professionale e la rivendicazione messa in atto non è nella disponibilità del datore di lavoro[158]. Quindi l'art. 503 c.p., che stabilisce che il fine politico dello sciopero è reato, e l'art. 504 c.p., che qualifica come reato lo sciopero "con lo scopo di costringere l'Autorità a dare o ad omettere un provvedimento, ovvero con lo scopo di influire sulle deliberazioni della stessa" furono considerati compatibili con l'art. 40 Cost.

Successivamente un'altra parte della dottrina[159] sostenne che fosse necessario distinguere tra sciopero meramente politico e sciopero economico-politico. Entrambi hanno come destinatario il potere politico, ma mentre il primo mira a ottenere determinati provvedimenti relativi a specifici

[157] Sentenza 04.05.1960, n. 29.
[158] Vedi Simi V., *Il diritto di sciopero,* 1956.
[159] Vedi. Mengoni L., *Sciopero nel diritto civile,* in AA.VV., *Il diritto di sciopero, Atti del I convegno di diritto e procedura penale,* 1964 e Pera G., *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano,*1960.

problemi politici, il secondo è diretto a ottenere o a impedire determinati interventi di carattere socio-economico da parte dell'autorità pubblica.

Questo orientamento è stato condiviso anche dalla Corte costituzionale, la quale affermò che rientrano nell'art. 40 Cost. anche gli scioperi proclamati "in funzione di tutte le rivendicazioni riguardanti il complesso degli interessi dei lavoratori che trovano disciplina nelle norme racchiuse sotto il titolo III della parte prima della Costituzione"[160]. Questo significa che lo sciopero politico-economico è un diritto, poiché nonostante si caratterizzi in una pressione nei confronti del potere politico, mira a tutelare un interesse economico. Rientrano in questa nozione per esempio gli scioperi per le riforme dei trasporti, della sanità, delle pensioni, del fisco ecc.

La Corte ha inoltre precisato che lo sciopero meramente politico non è comunque un reato. Infatti essa abrogò quasi interamente l'art. 503 c.p., evidenziando che la repressione penale dello sciopero era giustificata dal fatto che, nel fascismo, era previsto un regime repressivo di ogni libertà, mentre nella Costituzione sono previsti principi di libertà. Questo implica che nonostante lo sciopero politico, non si debba riconoscere come un diritto, resta comunque una libertà, stabilendo che esso "non può essere penalmente compresso se non a tutela ultima di interessi che abbiano rilievo costituzionale". La Corte, tuttavia, ritiene costituzionalmente legittima la parte della norma in questione che prevede sanzioni penali nel caso in cui lo sciopero sia diretto "a sovvertire l'ordinamento costituzionale", oppure quando, "oltrepassando i limiti di una legittima forma di pressione, si converta in uno strumento atto ad impedire od ostacolare il libero esercizio di quei diritti e poteri nei quali si esprime direttamente o indirettamente la sovranità popolare"[161].

La Corte successivamente applicò la medesima soluzione per quanto riguarda l'art. 504 c.p.[162].

---

[160] Sentenza 15.12.1967, n. 141; ma, già prima, sentenza 28.12.1962, n. 123.
[161] Sentenza 27.12.1974, n. 290.
[162] Sentenza 13.6.1983, n. 165.

Anche l'articolo successivo fu considerato anticostituzionale. Esso stabiliva che era reato penale lo sciopero di solidarietà, cioè quello che si verifica quando alcuni lavoratori esercitano lo sciopero, non per rivendicazioni inerenti al proprio rapporto di lavoro, ma per appoggiare azioni collettive già intraprese da altri lavoratori. La Corte ha affermato che lo sciopero di solidarietà "non può non trovare giustificazione, ove sia accertata l'affinità delle esigenze che motivano l'agitazione (...), tale da far fondatamente ritenere che, senza l'associazione di tutti in uno sforzo comune, esse rischino di rimanere soddisfatte". Questo implica che lo sciopero di solidarietà rimane reato penale solo quando non sussista una comunanza di interessi, la cui valutazione è demandata al giudice di merito[163]. Tuttavia si è osservato che questa valutazione contrasta con il principio costituzionale di autodeterminazione dell'interesse collettivo, secondo il quale la valutazione dell'interesse tale da giustificare lo sciopero deve essere effettuata dal gruppo, il quale nel caso di sciopero di solidarietà dovrà valutare il collegamento di interessi[164].

L'art. 505 c.p. inoltre riteneva reato penale anche lo sciopero di protesta, il quale si verifica quando i lavoratori scioperano contro il mancato rispetto della regolamentazione esistente o contro comportamenti assunti dal datore di lavoro nei confronti di un singolo o più prestatori diversi da quelli scioperanti. Per esempio è il caso in cui si protesti contro l'inadempimento del datore di lavoro agli obblighi di sicurezza o contro un provvedimento di licenziamento considerato illegittimo di un rappresentante sindacale. La Corte costituzionale, nella medesima sentenza in cui ha dichiarato l'illegittima della disposizione che inseriva lo sciopero di solidarietà tra i reati penali ha, anche in questo caso, affermato che la legittimità dello sciopero di protesta richiede la comunanza di interessi. Inoltre l'astensione deve considerarsi legittima anche se effettuata nei confronti di datori di lavoro diversi da quelli

[163] Sentenza 28.12.1962, n. 123.
[164] Giugni G., *Diritto sindacale*, Bari, 1980, V ed.

che hanno messo in atto i comportamenti contestati, considerando che i primi possono influire sulle scelte dei secondi.

3.2. Sciopero e libertà di iniziativa economica

Lo sciopero può manifestarsi in molteplici forme che variano in base alla durata, alla dimensione e all'estensione. Da qui la necessità di individuare dei limiti in ordine ai danni che lo sciopero può causare all'attività produttiva. In particolare gli interpreti si sono dibattuti sulla legittimità di alcune forme di sciopero, le cosiddette forme anomale.

Nel nostro paese in genere non sono previsti scioperi molto prolungati, di solito le astensioni hanno durata breve e in alcuni casi si manifestano anche scioperi di pochi minuti, i cosiddetti scioperi dimostrativi. Tuttavia questi seppur, di breve durata, mirano a danneggiare notevolmente il datore di lavoro.

Le forme anomale principali sono le cosiddette forme articolate. Si tratta, in particolare, degli scioperi a singhiozzo, cioè quelli che prevedono un'interruzione contemporanea in tutti i reparti dello stabilimento dell'attività lavorativa più volte nel corso della giornata e gli scioperi a scacchiera, ossia quelli esercitati in momenti diversi tra i vari reparti di uno stesso stabilimento oppure tra differenti stabilimenti di una stessa impresa. Molto spesso queste due forme di sciopero vengono combinate allo scopo di alterare notevolmente i collegamenti funzionali tra le fasi di lavorazione e di incidere negativamente sui reparti che non sono direttamente interessati dalle manifestazioni di sciopero. Esse mirano a creare danno all'intera organizzazione produttiva, provocando il massimo pregiudizio per l'imprenditore.

Per molto tempo queste forme di sciopero sono state considerate illegittime sia dalla giurisprudenza e sia dalla dottrina prevalenti, in quanto il danno subito dall'imprenditore è stato ritenuto "diverso e più grave di quello necessariamente inerente ai mancati utili dovuti alla momentanea

sospensione dell'attività lavorativa dei suoi dipendenti, perdita compensata o limitata dal mancato pagamento della retribuzione agli scioperanti"[165]. In questo modo è stata tracciata una linea di confine tra lo sciopero legittimo e illegittimo, stabilendo che lo sciopero diventa illegittimo quando il danno arrecato all'impresa non è proporzionato al sacrificio subito dai lavoratori (cioè la mancata retribuzione). Questa teoria viene chiamata del danno ingiusto. Tuttavia essa non chiarisce come si valutino concretamente la normalità dello sciopero e l'entità del danno. Quindi la valutazione sarà affidata esclusivamente all'arbitrarietà dell'interprete. In proposito sono stati richiamati i principi di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.). Tuttavia lo sciopero non costituisce un momento di esecuzione, bensì di sospensione degli effetti del contratto e quindi sono da escludere gli obblighi giuridici che scaturiscono a livello individuale dall'attuazione del rapporto obbligatorio.

La dottrina dagli inizi degli anni settanta affermò che gli scioperanti hanno l'obbligo di rispettare la sfera giuridica altrui, ai sensi dell'art. 2043 c.c (cosiddetta responsabilità aquilana). Questo significa che deve essere rispettato anche l'interesse del datore di lavoro di tutelare l'organizzazione aziendale.

Questo orientamento fu seguito dalla Cassazione che ha dichiarato che l'imprenditore ha la facoltà di sospendere la produzione dell'azienda, o in alcuni reparti della stessa, qualora si metta in pericolo il ciclo produttivo o sorgano potenziali danni al funzionamento degli impianti e all'integrità fisica delle persone. In pratica lo sciopero non può essere delimitato, dal punto di vista della durata, dell'astensione e in base agli effetti che esso può provocare sulla produzione, ma, secondo la Cassazione, esso diviene illegittimo quando sia messo in atto senza gli opportuni accorgimenti e cautele tali da poter pregiudicare irreparabilmente la produttività

[165] Cass. 03.03.1967, n. 512.

dell'impresa[166]. Per "produttività" la Cassazione intende la possibilità di conservare l'organizzazione imprenditoriale in modo tale da permettere la ripresa dell'attività produttiva dopo lo sciopero e di continuare a svolgere la propria iniziativa economica, ai sensi dell'art. 41 Cost.

Non sempre però è facile capire se siamo in presenza di un danno alla produttività o di un mero danno alla produzione. Mentre è oggettivo per esempio che la distruzione degli impianti produttivi è un chiaro danno alla produttività, possono esserci casi molto opinabili. Per esempio, a mio parere, un danno alla produttività potrebbe configurarsi anche nel caso di uno sciopero molto prolungato che rischierebbe di far perdere i clienti all'azienda, creandosi difficoltà per quest'ultima di riprendere la normale produttività.

Per quanto riguarda le forme anomale di sciopero si pone la questione se la trattenuta retributiva debba essere operata in proporzione alla durata dello sciopero o alla diminuita utilità della prestazione offerta dai lavoratori. E' prevalso questo secondo orientamento. Infatti l'utilità della prestazione varia in relazione al tipo di organizzazione produttiva che ha predisposto l'imprenditore e dalla natura dell'attività produttiva. Questi fattori rientrano nella sfera economica del datore di lavoro, cioè il creditore della prestazione e quindi quando la prestazione svolta dal lavoratore è inferiore al livello di normalità tecnica essa perde la sua stessa identità originaria. In pratica si individua un'unità tecnico-temporale non frazionabile, sotto la quale la prestazione lavorativa perde di significato, in quanto si verificherebbe un consumo di energie senza raggiungere alcuno scopo. Questo accadrebbe per esempio quando un servizio di trasporto verrebbe interrotto in una località da cui non è possibile ripartire oppure quando la cottura di un materiale sarebbe interrotta senza che fosse poi possibile riprenderla dal punto in cui era stata sospesa. La perdita di significato dell'attività produttiva che si verifica in questi casi giustifica, secondo la Cassazione, la perdita del diritto per il lavoratore di percepire la retribuzione. Inoltre la stessa

[166] Sentenza Cass. 30.01.1980, n. 11.

Cassazione ha affermato che in questi casi il datore di lavoro può attuare la serrata senza che su di esso incomba l'obbligo di retribuzione[167].

La Cassazione inoltre ha dichiarato che il datore di lavoro può effettuare la serrata senza dover retribuire i lavoratori nel caso di sciopero a scacchiera durante il quale l'astensione di un gruppo di lavoratori impedisca ad altri lavoratori di svolgere le proprie prestazioni[168], nonché le mansioni equivalenti o superiori alla categoria per la quale questi ultimi sono stati assunti[169]. In questi casi la serrata e il mancato obbligo di retribuzione sono giustificati dal fatto che l'effettuazione della prestazione risulta impossibile.

Un caso particolare è rappresentato dagli scioperi in impianti a ciclo continuo (per esempio nella siderurgia o nell'industria chimica) che richiedono di rimanere sempre attivati, anche se al minimo, per evitare la loro degradazione o il deperimento del materiale, e per garantire la sicurezza degli stessi lavoratori. In proposito possono essere stipulati specifici accordi sindacali, informali o formali, tra datore di lavoro e sindacati, attraverso i quali si stabilisce che un certo numero di lavoratori continui a prestare la propria opera, in modo da non fermare gli impianti, facendo in modo però che l'azione di lotta non perda la sua efficacia. In mancanza di questi accordi i lavoratori unilateralmente dovranno intraprendere comunque delle misure analoghe in modo da evitare di danneggiare la produttività. Inoltre anche l'imprenditore deve mettere in atto tutte le misure di sua competenza per raggiungere questo scopo.

Una forma ulteriore di sciopero è la "non collaborazione" che si può manifestare attraverso:

- lo sciopero pignolo, cioè "l'applicazione rigorosa e pedantesca dei regolamenti e delle istruzioni impartiti dal datore di lavoro per l'esecuzione della prestazione"[170];

[167] Cass. 06.03.1986, n. 1492.
[168] Cass. 12.04.1979, n. 2179.
[169] Cass. 13.01.1988, n. 1509.
[170] Santoni F. *Lo sciopero*, cit., p. 53.

- l'ostruzionismo, ossia l'"arbitraria modifica dei criteri direttivi e delle modalità abituali dell'adempimento, eseguite con ritmo rallentato in maniera da determinare la paralisi della produzione"[171];
- lo sciopero delle mansioni, cioè il rifiuto di svolgere mansioni considerate estranee rispetto a quelle previste dalla categoria di appartenenza;
- lo sciopero dello straordinario, ossia il rifiuto collettivo di svolgere il lavoro straordinario richiesto dal datore.

Sono tutti i casi in cui non si verifica un'astensione dal lavoro, ma una prestazione parziale o differente da quella normalmente pattuita e di conseguenza è legittima la riduzione del salario eventualmente operata dal datore di lavoro.

Il fatto che non si verifichi un'astensione dal lavoro, ha spinto la giurisprudenza e la dottrina prevalenti a qualificare queste forme anomale di lotta sindacale come inadempimenti che costituiscono illecito contrattuale non rispettosi dei doveri di correttezza e diligenza da parte del lavoratore, non facendole quindi rientrare nella nozione di sciopero ai sensi dell'art. 40 Cost.

Una fattispecie analoga alla "non collaborazione" è lo sciopero di rendimento, ossia il rallentamento volontario e concordato della produzione, tale da danneggiare il ciclo organizzativo dell'azienda. Ne consegue che il datore di lavoro può legittimamente rifiutare la prestazione (ai sensi dell'art. 1181 c.c.).

Quando lo sciopero di rendimento è esercitato dai lavoratori stipulanti un contratto a cottimo misto si parla di sciopero del cottimo. Questi lavoratori svolgono la loro prestazione limitandosi a raggiungere il punteggio di rendimento corrispondente alla retribuzione di un lavoratore non cottimista e rinunciando quindi al relativo utile di cottimo.

[171] Santoni F. *Lo sciopero*, cit., p. 54.

Si pone la questione se a questi lavoratori si debba attribuire comunque la paga base commisurata a tempo oppure se la retribuzione possa essere ridotta proporzionalmente al minor rendimento, scendendo anche al di sotto del valore convenzionale dei lavoratori ad economia.

Per alcuni, considerando il fatto che i cottimisti hanno uno standard minimo di produzione e che il loro guadagno aggiuntivo scatta nel momento in cui questo standard viene superato dovrebbero ricevere la paga fissa legata alla normale diligenza di qualsiasi lavoratore, mentre la mancanza dell'impegno ulteriore previsto dal contratto derivante dallo sciopero di rendimento non costituirebbe un inadempimento e di conseguenza non sarebbe legittimo procedere alla riduzione della paga base.

Per altri, più correttamente, lo sciopero di rendimento rappresenta un adempimento inesatto, in quanto nel contratto di lavoro a cottimo è previsto che il datore di lavoro pretenda, da parte del cottimista, un certo rendimento, in base al quale è stata concordata una retribuzione maggiore di quella spettante ai lavoratori ad economia. Conseguentemente il lavoratore non ha diritto di ricevere la completa paga base e l'utile concretamente realizzato. Tuttavia la retribuzione pagata deve essere "proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa" (art. 36, 1 Cost.).

Può accadere che a causa dello sciopero dei lavoratori cottimisti non sia utilizzabile la prestazione dei lavoratori non retribuiti a cottimo, ma vincolati dal ritmo produttivo dei cottimisti e conseguentemente fruitori dei benefici del cottimo (sono i cosiddetti lavoratori concottimisti). In questo caso il datore di lavoro è legittimato a rifiutare la prestazione di questi lavoratori, con conseguente decurtazione della loro retribuzione.

Anche se, come abbiamo visto, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che la "non collaborazione" e lo sciopero di rendimento esulino dal principio costituzionale dell'art. 40, è importante segnalare che la Cassazione, ispirandosi alla nuova concezione del diritto di sciopero determinata dalla

sentenza n. 711/1980 della stessa Corte, si è orientata verso la legittimazione di queste forme di lotta sindacale, affermando che rientra "nel concetto di sciopero legittimo l'astensione parziale dal lavoro, anche perché nel più sta il meno, e di norma questo tipo di sciopero reca per forza di cose minor danno all'azienda"[172].

Recentemente però la Cassazione sembra aver fatto un passo indietro, in quanto in due casi ha affermato che rifiutarsi di eseguire una parte delle mansioni richieste legittimamente dal datore di lavoro non rappresenta un esercizio legittimo del diritto di sciopero. In particolare il primo caso riguardava il rifiuto di alcuni portalettere di recapitare della corrispondenza in zone non di loro competenza, non rispettando in questo modo il sistema organizzativo aziendale[173]. Il secondo invece si riferiva al rifiuto di sostituire i colleghi assenti, non adempiendo in questo modo l'obbligo di sostituzione previsto dal contratto collettivo[174].

Un'altra forma anomala è lo sciopero senza preavviso, che la Cassazione ritenne illegittimo nel 1952, in quanto quest'ultima qualificò lo sciopero come "preannunciata astensione collettiva dal lavoro"[175]. Pochi mesi dopo però la stessa Cassazione cambiò orientamento non ritenendo più il preavviso un requisito di liceità dello sciopero[176]. Di questo avviso è anche l'orientamento prevalente attuale, il quale ritiene che l'obbligo di preavviso potrebbe solo essere previsto da una legge ordinaria di attuazione dell'art. 40 (non a caso il preavviso è previsto nella legge che disciplina lo sciopero nei servizi pubblici essenziali).

[172] Cass. 06.10.1999.
[173] Cass. 12.01.2011, n. 547, in *RIDL*, 2011, II, p. 814, nota di T. Erboli; Cass. 25.11.2003, n. 17995, in *RIDL*, 2004, II, p. 525, nota di R. Diamanti.
[174] Cass. 20.09.2011, n. 19156; Cass. 14.06.2011, n. 12979; Cass. 03.05.2011, n. 9715; Cass. 12.01.2011, n. 548, tutte in *RGL*, 2011, II, p. 603, nota di E. Raimondi.
[175] Cass., 04.03.1952, n. 584.
[176] Cass., 07.06.1952, n. 1628.

La Cassazione ha affermato anche la legittimità dell'ipotesi della mancata timbratura del cartellino orario all'inizio e al termine dello sciopero, in quanto non in contrasto con alcun diritto costituzionale[177].

3.3. I limiti delle forme di lotta sindacale connesse allo sciopero

Possono manifestarsi ulteriori forme di lotta sindacale strumentali o alternative allo sciopero.

Una di queste forme è il "picchettaggio", cioè "un raggruppamento più o meno folto di lavoratori, dipendenti dell'azienda in sciopero o provenienti da altra azienda, che stazionano vicino o di fronte ai cancelli o agli ingressi per dissuadere, disturbare, bloccare gli eventuali crumiri"[178]. Sostanzialmente nel picchettaggio entrano in conflitto l'interesse collettivo degli scioperanti a diffondere le motivazioni dello sciopero e convincere gli altri lavoratori ad aderirvi e l'interesse individuale dei singoli dissenzienti.

Un orientamento diffuso distingue il picchettaggio di mera persuasione da quello violento. Il primo consiste in una propaganda pacifica, di solito verbale, indirizzata ai lavoratori che non intendo partecipare allo sciopero. Il secondo invece si concretizza in minacce o violenze volte a impedire l'entrata nello stabilimento con la forza.

La giurisprudenza ha affermato la legittimità del picchettaggio di mera persuasione, in quanto lo colloca tra la libertà di manifestazione delle opinioni ai sensi dell'art. 21 Cost., mentre ritiene illegittimo il picchettaggio violento, in quanto possono realizzarsi gli estremi del reato di violenza privata, ai sensi dell'art. 610 c.p.

Un'altra forma di lotta sindacale è rappresentata dallo "sciopero bianco", attraverso il quale gli scioperanti si astengono dalla prestazione lavorativa, ma permangono in azienda, allo scopo di impedire che il datore di lavoro

[177] Cass., 18.02.1982, n. 1037.
[178] Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro,* 2002, p. 267. Si precisa che per crumiri si intendono i lavoratori che rifiutano di partecipare ad uno sciopero.

metta in atto misure finalizzate a ridurre i danni provocati dallo sciopero. In genere queste manifestazioni sono di breve durata.

Quando gli scioperanti permangono in azienda in modo durevole, allo scopo di rimanere nei luoghi di lavoro anche contro la volontà dell'imprenditore, si è in presenza di una "occupazione dell'azienda". I lavoratori vi ricorrono in casi particolarmente gravi, come per esempio nel caso in cui sia prevista la cessazione dell'attività imprenditoriale con conseguente licenziamento dei lavoratori.

In proposito la Corte costituzionale ha dichiarato legittimo l'art. 508 c.p., il quale configura il reato di occupazione dell'azienda finalizzata a "impedire o turbare il normale svolgimento del lavoro", affermando che "l'esercizio del diritto di sciopero non comporta come mezzo indispensabile l'occupazione dell'azienda altrui". Tuttavia la Corte ha precisato che l'occupazione diventa lecita sotto il profilo penale quando essa avvenga nel corso di uno sciopero o nel momento in cui "lo svolgimento del lavoro sia già sospeso per effetto di una causa antecedente e indipendente rispetto all'occupazione stessa, come, ad esempio, nel caso di serrata e finché questa perduri"[179].

Dal punto di vista civilistico si discute se come mezzo di tutela possessoria, l'imprenditore debba ricorrere all'azione di reintegrazione (art. 1168 c.c.) oppure a quella di manutenzione (art. 1170 c.c.).

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno affermato che nel caso in cui l'occupazione sia effettuata in modo violento e clandestino, sia ammessa l'azione di reintegrazione, considerato il fatto che con l'occupazione l'imprenditore perde i poteri gestori che esercitava in precedenza, in quanto viene privato dell'effettiva disponibilità dei beni aziendali dal momento che il lavoratore nell'esercizio dell'occupazione diventa detentore autonomo dei beni e non più esclusivamente detentore per ragioni di servizio[180]. Esempi di occupazione violenta o clandestina sono la

[179] Sentenza 17.07.1975, n. 220.
[180] Pret. Napoli, 11.3.1960; pret. Latina, 11.10.1975; pret. Torino, 03.02.1976.

continuazione dello svolgimento dell'attività lavorativa contro la volontà del datore di lavoro (il cosiddetto sciopero alla rovescia) oppure la decisione dei lavoratori di svolgere l'esercizio di impresa in modo autonomo tramite forme di autogestione. Quando invece l'occupazione è attuata tramite atti non violenti, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, è ammessa l'azione di manutenzione.

Una delle forme di lotta sindacale più aspre è costituta dal blocco delle merci, attraverso il quale i lavoratori mirano a impedire che le merci escano dallo stabilimento dei prodotti finiti.

Questo comportamento è legittimo nel caso in cui i lavoratori cerchino di impedire ai trasportatori di accedere alla fabbrica solo attraverso l'attività di propaganda, cercando quindi di convincerli a sospendere la loro attività per solidarietà nei confronti degli scioperanti[181]. Quando invece i lavoratori impediscono materialmente che i trasportatori accedano alle merci siamo in presenza di un comportamento illegittimo, in quanto idoneo a procurare dei danni gravi all'imprenditore, violando l'art. 41 della Costituzione. Per il datore di lavoro è ammissibile il ricorso alla procedura d'urgenza, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., allo scopo di ottenere l'immediata cessazione dei comportamenti denunciati.[182] Infine in caso di blocco delle merci attuato attraverso minacce o violenza nei confronti dei trasportatori ricorrono gli estremi di violenza priva, ai sensi dell'art. 610 c.p.[183]

Infine un altro mezzo di lotta sindacale è il boicottaggio, il quale consiste nel fatto di chiunque che, per fini sindacali o economici, "mediante propaganda o valendosi della forza o autorità di partiti, leghe o associazioni, induce una o più persone a non stipulare patti di lavoro o a non somministrare materie o strumenti necessari al lavoro, ovvero a non acquistare gli altrui prodotti agricoli o industriali" (art. 507 c.p.).

[181] Pret. Milano 25-7-1997.
[182] Vedi ad esempio Pret. San Benedetto del Tronto 16.4.1986; Pret. Matera 24.6.1983.
[183] Trib. Milano, 6.11.1986.

La Corte costituzionale[184] ha affermato la legittimità di questa norma in quanto essa tutela la libertà di iniziativa economica e di organizzazione dell'impresa e quindi non contrasta con l'ordinamento democratico. Tuttavia la Corte ha ritenuto illegittima la parte in cui la norma condanna il boicottaggio attuato attraverso la sola propaganda, in quanto contrasta con il principio di libero pensiero e di opinione (art. 21 Cost.), ma solo nel caso in cui la propaganda non assuma "un grado tale di intensità e di efficacia da risultare veramente notevole".

4. lo sciopero nei servizi pubblici essenziali

A partire dagli anni ottanta del secolo scorso nel nostro paese si è diffuso un fenomeno di "terziarizzazione" del conflitto, cioè aumentarono gli scioperi nel settore dei servizi, in particolar modo nei servizi pubblici, ovvero quelli erogati dalle amministrazioni pubbliche o da imprese nelle quali il bilancio viene riassestato dalla finanza pubblica.

Questi scioperi non solo danneggiano il datore di lavoro, ma soprattutto gli utenti dei servizi.

Proprio la peculiarità di questi conflitti sindacali, spinse il legislatore a emanare la legge 12 giugno 1990, n. 146 (riformata dieci anni dopo dalla legge 11 aprile 2000, n. 83), diretta a disciplinare l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

4.1. La disciplina previgente

Prima dell'emanazione della legge n. 146/1990 lo sciopero dei servizi pubblici era disciplinato dagli artt. 330 e 333 c.p. che vietavano rispettivamente l'abbandono collettivo e individuale di un pubblico servizio.

In più occasioni sono state sollevate questioni di legittimità di questi articoli. Dopo alcune esitazioni, la Corte costituzionale affermò che lo sciopero economico-professionale dei pubblici dipendenti e degli addetti ai

[184] Sentenza 17.04.1969, n. 84.

pubblici servizi erano legittimi. Essa, inoltre, qualificò come "essenziali" i servizi pubblici di preminente interesse generale, stabilendo che lo sciopero nei servizi pubblici essenziali era penalmente lecito solo nel caso in cui non pregiudicasse gli interessi generali preminenti degli utenti[185]. Questo implicava che l'esercizio di sciopero era legittimo solo qualora la legge o l'autoregolamentazione sindacale, stabilissero delle regole volte a garantire le prestazioni indispensabili, cioè quelle misure idonee ad assicurare un grado di efficienza del servizio sufficiente a tutelare gli interessi generali preminenti degli utenti.

Dopo queste sentenze della Corte, furono emanati alcuni codici di autoregolamentazione da parte delle maggiori organizzazioni sindacali, i quali individuarono le prestazioni da erogare in caso di sciopero, in modo da assicurare il funzionamento minimo del servizio oggetto dello sciopero. L'autoregolamentazione sindacale però presentava dei limiti. Innanzitutto per lo stesso servizio potevano essere presenti più organizzazioni sindacali, con la conseguenza che era possibile che fossero emanati più codici di regolamentazione diversi tra loro, non permettendo in questo modo agli utenti di conoscere con certezza le prestazioni garantite in caso di sciopero. Inoltre ogni codice di regolamentazione non poteva essere applicato ai lavoratori non affiliati al sindacato che lo aveva adottato. Questi lavoratori quindi potevano esercitare lo sciopero senza rispettare le disposizioni del codice sindacale.

Tutto questo evidenziò la necessità dell'intervento legislativo.

4.2. La disciplina dello sciopero nei pubblici servizi

La legge n. 146/1990 ha limitato l'esercizio di sciopero nei servizi pubblici essenziali, i quali devono essere intesi, secondo la legge, come quelli "volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione,

[185] Sentenze n. 46/1968; n. 123/1962; n. 31/1969; n. 222/1976; n. 125/1980.

all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione" (art. 1, 1).

In questo modo il legislatore fissa un elenco tassativo di diritti della persona, i quali qualificano i servizi pubblici ritenuti essenziali.

La legge inoltre prevede una serie di servizi pubblici essenziali, raggruppati in base al diritto della persona cui sono funzionali. Questo elenco, comprende: i servizi sanitari; l'igiene pubblica; la protezione civile; la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani, speciali, tossici e nocivi; la distribuzione delle energie; l'amministrazione della giustizia; i trasporti pubblici autoferrotranvieri, ferroviari, aerei, aeroportuali e marittimi (questi ultimi nei limiti dei collegamenti con le isole); i servizi relativi al pagamento di stipendi e pensioni (compresi i servizi bancari); le scuole e lo svolgimento degli esami e delle valutazioni finali delle Università; gli asili e le scuole materne; le poste, le informazioni pubbliche radiotelevisive (art. 1, 2).

Questo insieme di servizi non è comunque da considerarsi tassativo. In proposito sono stati inseriti alcuni servizi strumentali dalla Commissione di garanzia[186], la quale costituisce un organo che riveste un ruolo centrale, rafforzato con la riforma del 2000, nella disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Essa è un'autorità indipendente che ha la funzione di garantire, in posizione neutrale, il bilanciamento tra il diritto di sciopero e i diritti della persona costituzionalmente garantiti. In particolare a essa spetta il compito di disciplinare il diritto di sciopero, prevenire gli scioperi illegittimi e sanzionare i comportamenti illeciti commessi dai sindacati, dai datori di lavoro o dalle organizzazioni dei lavoratori autonomi, liberi professionisti e piccoli imprenditori.

[186] Per esempio sono stati considerati strumentali al trasporto aereo dei passeggeri: il controllo di volo, l'assistenza tecnica dei radars, i servizi aeroportuali, il soccorso tecnico urgente dei pompieri, i servizi di rifornimento carburante, catering e pulizie degli aerei.

La Commissione di garanzia è composta da cinque membri[187] scelti tra gli esperti di diritto costituzionale, di diritto del lavoro e delle relazioni sindacali, designati dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato e nominati attraverso un decreto del Presidente della Repubblica.

Le delibere della Commissione costituiscono degli atti amministrativi e vengono sottoposte al controllo del giudice amministrativo. Tuttavia quelle che si riferiscono alle sanzioni sono assoggettate al controllo del giudice ordinario.

Oltre alle disposizioni legali, lo sciopero nei servizi pubblici essenziali è regolamentato anche dall'autonomia collettiva, attraverso gli accordi collettivi e i codici di autoregolamentazione, e dall'autorità amministrativa, tramite la precettazione[188].

4.3. Le regole sulla proclamazione e sulla revoca dello sciopero

La legge che disciplina lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, prevede al primo comma dell'art. 2, una determinata procedura da osservare per proclamare lo sciopero. In particolare sono previsti l'obbligo di preavviso, l'indicazione della durata dello sciopero e, dopo la riforma del 2000, l'obbligo di comunicare le modalità e le motivazioni dello sciopero.

Il preavviso deve essere non inferiore ai 10 giorni, anche se i contratti collettivi possono stabilire un termine superiore. Il termine di preavviso è stato previsto per consentire all'amministrazione o all'impresa erogatrice del servizio di mettere a punto tutte le misure necessarie per l'erogazione delle prestazioni indispensabili[189] e "allo scopo di favorire lo svolgimento di eventuali tentativi di composizione del conflitto e di consentire all'utenza di usufruire di servizi alternativi" (art. 2, 5).

[187] La legge n. 83/2000 prevedeva che i membri dovevano essere nove, ma la legge 22 dicembre 2011, n. 214 li ha ridotti a cinque.
[188] Si rinvia al paragrafo 4.7. del cap. 3.
[189] Si rinvia al paragrafo successivo.

Nel termine di preavviso devono essere comunicati per iscritto la durata, le modalità di attuazione e le ragioni dello sciopero sia al datore di lavoro e sia all'autorità amministrativa titolare del potere di precettazione. Quest'ultima deve provvedere immediatamente ad inoltrare la comunicazione alla Commissione di garanzia.

La comunicazione della durata e delle modalità dello sciopero permette alle amministrazioni o alle imprese di adempiere sia l'obbligo di comunicare agli utenti "almeno cinque giorni prima dello sciopero" le "misure per la riattivazione" dei servizi, e sia quello di "garantire e rendere nota la pronta riattivazione del servizio, quando l'astensione dal lavoro sia terminata". Le comunicazioni agli utenti devono avvenire attraverso il servizio pubblico radiotelevisivo, il quale deve fornire tempestivamente informazioni sull'inizio, sulla durata, sulle misure alternative e sulle modalità dello sciopero. Inoltre le amministrazioni e le imprese erogatrici devono comunicare tempestivamente alla Commissione che ne faccia richiesta le informazioni relative agli scioperi proclamati ed effettuati, le sospensioni e i rinvii degli scioperi proclamati con le motivazioni corrispondenti (art. 2, 6).

Le norme inerenti al preavviso minimo e all'indicazione della durata non si applicano agli scioperi proclamati "in difesa dell'ordine costituzionale, o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori" (art. 2, 7). In proposito la Corte Costituzionale ha affermato che queste ipotesi costituiscono astensioni non assimilabili allo sciopero politico-economico, in quanto sono finalizzate a tutelare valori fondamentali delle libertà civili e della democrazia. Gli scioperi politici-economici invece hanno lo scopo di salvaguardare interessi di particolari categorie di prestatori e di influire sull'attività degli organi istituzionali dello stato. In questo modo la Corte ha respinto la questione di legittimità relativa a questa disposizione sollevata perché la norma non include oltre ai suddetti casi anche la fattispecie dello sciopero economico-politico.

La Commissione, nel caso in cui ravvisi eventuali violazioni delle regole relative al preavviso e alla durata massima dello sciopero, può invitare, con un'apposita delibera, i soggetti interessati a riformulare la proclamazione rispettando le disposizioni di legge e degli accordi, differendo lo sciopero ad una data successiva (art. 13, 1, lett. d).

La riforma del 2000 ha inoltre introdotto una disciplina legale per quanto concerne la revoca spontanea dello sciopero. In particolare al comma 6 dell'art. 2 è previsto che "la revoca spontanea dello sciopero proclamato, dopo che è stata data informazione all'utenza, costituisce una forma sleale di azione sindacale", la quale viene valutata dalla Commissione di garanzia ai fini dell'applicazione delle sanzioni.

Con questa norma il legislatore ha voluto impedire una prassi molto diffusa di revocare gli scioperi già proclamati. Infatti in alcuni settori, in particolare in quello dei trasporti, il disagio degli utenti si verifica nel momento in cui lo sciopero è stato proclamato, indipendentemente che si attui o meno l'astensione collettiva. E' il cosiddetto "effetto annuncio", il quale si manifesta soprattutto nel settore dei trasporti (si pensi per esempio al caso del preavviso di uno sciopero dei treni che spinge gli utenti a non viaggiare in quel giorno oppure ad utilizzare altri mezzi di trasporto).

La norma specifica però che la revoca spontanea dello sciopero successiva alla proclamazione è legittima qualora "sia intervenuto un accordo tra le parti ovvero vi sia stata una richiesta" della Commissione o dell'autorità competente per la precettazione.

La revoca deve essere comunicata dalle amministrazioni e dalle imprese erogatrici alla Commissione, qualora questa ne faccia richiesta.

4.4. Le prestazioni indispensabili e le misure di contemperamento

L'importanza che riveste l'autonomia collettiva nella disciplina dello sciopero dei servizi pubblici essenziali è evidenziata, in particolar modo dal

secondo comma dell'art. 2 della legge n. 83/2000, il quale stabilisce che le amministrazioni o le imprese erogatrici e i sindacati dei lavoratori, attraverso la stipulazione di contratti collettivi, devono individuare le prestazioni indispensabili, intese come misure di funzionamento dei servizi tali da assicurare il godimento dei diritti costituzionalmente garantiti. Da questo si evince che lo scopo della norma è di salvaguardare gli interessi dei cittadini e non gli interessi economici dell'impresa. Tale impostazione è stata recepita anche dalla Corte Costituzionale, la quale ha affermato che "esula dagli scopi e dal contenuto della legge la disciplina dei rapporti tra l'esercizio del diritto di sciopero e gli interessi dell'impresa in quanto tale, pure se costituzionalmente tutelati"[190].

Anche la finalizzazione dell'individuazione delle prestazioni indispensabili alla "salvaguardia degli impianti", prevista dalla norma in questione, deve essere considerata in funzione della tutela degli interessi degli utenti e non di quelli del datore di lavoro.

I contratti devono stabilire anche le modalità e le procedure dell'erogazione delle prestazioni indispensabili. nonché altre misure idonee a tutelare i diritti costituzionalmente garantiti. Queste misure possono innanzitutto prevedere che devono astenersi dallo sciopero una parte di lavoratori, in modo tale da poter produrre le prestazioni indispensabili. In tal caso è doveroso indicare le modalità per individuare i lavoratori interessati. In proposito, sulle quote di questi ultimi, gran parte della giurisprudenza ha più volte sostenuto che, a differenza dell'individuazione delle prestazioni indispensabili, esse possono essere definite unilateralmente dal datore di lavoro, attraverso le comandate, con le quali l'impresa chiama al lavoro un determinato numero di dipendenti, nel caso in cui non sia stato raggiunto un accordo tra la parti[191].

[190] Sentenza 8.7.1992, n. 317.
[191] Pret. Cremona 19.05.1993; pret. Novara 31.03.1993; pret. Messina 17.07.1993.

Inoltre le misure possono disporre forme di erogazione periodica e, dalla riforma del 2000, devono indicare anche clausole sugli "intervalli oggettivi", che consistono in "intervalli minimi da osservare tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione del successivo, quando ciò sia necessario ad evitare che, per effetto di scioperi proclamati in successione da soggetti sindacali diversi e che incidono sullo stesso servizio finale o sullo stesso bacino di utenza, sia oggettivamente compromessa la continuità dei servizi pubblici". Questa disposizione mira a diminuire il disagio degli utenti, in particolare nei trasporti, derivante dalla concomitanza e dall'addensamento di agitazioni in periodi ravvicinati di tempo nello stesso settore o comunque che impattano sul medesimo servizio finale. In questo modo si evita, per esempio che in una settimana possano susseguirsi scioperi dei treni, degli aerei e degli autobus.

Nel caso in cui siano stati proclamati, da sindacati diversi, più scioperi che influenzano il medesimo bacino d'utenza, la Commissione può invitare i soggetti che hanno proclamato lo sciopero più tardi in ordine di tempo a differirlo (art, 13, 1, lett. e).

Nei contratti spesso sono state inserite anche clausole sugli "intervalli soggettivi", cioè divieti per le associazioni sindacali di ripetere lo sciopero entro un determinato lasso di tempo, oppure clausole inerenti alla collocazione cronologica dello sciopero, come i "periodi di franchigia", cioè momenti in cui viene proibito lo sciopero, per esempio in concomitanza con le maggiori festività.

Una volta conclusi, questi contratti devono essere comunicati tempestivamente dalle parti alla Commissione di garanzia (art. 2, 4), la quale dovrà valutare la loro idoneità. Tuttavia la Commissione può valutare anche, di propria iniziativa. Questo è stabilito dall'art. 13 comma 1, lett. a., il quale descrive anche il procedimento di valutazione, affermando che prima della valutazione la Commissione deve consultare le organizzazioni dei

consumatori e degli utenti che operano nel territorio interessato[192], le quali sono tenute a esprimere un loro parere, non vincolante, entro un determinato termine fissato dalla Commissione. Con la valutazione positiva degli accordi si perfeziona il procedimento di individuazione delle prestazioni indispensabili. Ne consegue, da una parte, l'obbligo dei lavoratori, delle organizzazioni sindacali e degli enti eroganti di rispettare le prestazioni stabilite dagli accordi e, dall'altra, il diritto degli utenti di pretendere l'erogazione. A questo scopo le amministrazioni e le imprese erogatrici hanno il potere di imporre ai loro dipendenti le regole pattuite negli accordi.

Un problema si pone relativamente all'efficacia di questi accordi, in quanto questi ultimi sono degli atti di autonomia privata e quindi privi di efficacia *erga omnes*. La legge non specifica il livello di contrattazione cui si riferiscono gli accordi e gli effetti di questi ultimi nei confronti delle organizzazioni sindacali non stipulanti. E' evidente comunque che l'esercizio dello sciopero relativo a uno stesso servizio non possa essere regolato da più accordi collettivi diversi, in quanto la tutela dei diritti degli utenti richiede uniformità e certezza delle regole.

Questo implica, secondo l'opinione prevalente, che nonostante gli effetti dei contratti collettivi vincolino solo i soggetti stipulanti, essi assumono efficacia generale dal momento in cui siano stati valutati idonei dalla Commissione di garanzia[193]. In proposito anche la Corte Costituzionale ha condiviso questo orientamento, attraverso una sentenza con la quale ha respinto una questione di legittimità costituzionale sollevata poiché l'efficacia *erga omnes* degli accordi era ritenuta contrastante nei confronti degli artt. 39 e 40 Cost. In particolare la Corte ha dichiarato che la disposizione non contrasta con l'art. 39 perché l'obbligo per i lavoratori di svolgere la loro prestazione lavorativa in presenza di sciopero deriva direttamente dal

[192] Si rinvia al paragrafo 4.9. del cap. 3.
[193] Cfr Ballestrero M.V., *La Commissione di garanzia dieci anni dopo,* in *QDLRI, n. 25,* p. 34, 2001; Pino G., *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, 2005, p. 253 ss. e ivi riferimenti.

"regolamento di servizio in quanto atto di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro", il quale a sua volta deve essere esercitato conformemente all'accordo ritenuto idoneo dalla Commissione di garanzia oppure, dalla regolamentazione provvisoria stabilita da quest'ultima. Per quanto riguarda la legittimità costituzionale dell'efficacia generale degli accordi nei confronti dell'art. 40, la Corte ha dichiarato che, considerando che la riserva di legge di questo articolo è da ritenersi relativa, il legislatore può, dopo aver fissato i criteri fondamentali, rinviare alla contrattazione collettiva la determinazione dei limiti e delle modalità di esercizio del diritto di sciopero[194].

Nel caso in cui le parti non riescano a trovare un accordo o se quest'ultimo è stato trovato, ma non valutato idoneo, la Commissione può deliberare una "provvisoria regolamentazione", seguendo le disposizioni dell'art. 13, 1, lett. a. La Commissione deve prima motivare la sua valutazione di non idoneità dell'accordo; poi ha il dovere di sottoporre alle parti "una proposta sull'insieme delle prestazioni, procedure e misure da considerare indispensabili"; le parti entro 15 giorni dalla notifica devono pronunciarsi e in caso contrario la Commissione dopo aver verificato, attraverso "apposite audizioni da svolgere entro 20 giorni, l'indisponibilità delle parti stesse a raggiungere un accordo", adotta la provvisoria regolamentazione comunicandola alle parti, le quali devono rispettarla "fino al raggiungimento di un accordo valutato idoneo".

La legge non specifica se per "pronunciamento" delle parti si intenda un "prendere o lasciare" o se invece sia possibile trattare con la Commissione possibili scostamenti. Sembra, a parere di chi scrive, più ragionevole questa seconda soluzione, considerando il fatto che la regolamentazione provvisoria è eventuale rispetto all'accordo collettivo.

Si precisa che la Commissione deve comunque rispettare determinati criteri nell'emanazione della regolamentazione provvisoria, in particolare deve tener conto degli accordi collettivi "sottoscritti nello stesso settore dalle

[194] Sentenza 14.10.1996, n. 344.

organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" oppure dei codici di autoregolamentazione in vigore "in settori analoghi o similari". Lo scopo di questa disposizione è ovviamente quello di favorire l'omogeneità delle regole in settori simili.

Le prestazioni indispensabili individuate attraverso la regolamentazione provvisoria, per rispettare i diritti costituzionalmente garantiti, "devono essere contenute in misura non eccedente mediamente il 50% delle prestazioni normalmente erogate e riguardare quote estremamente necessarie di personale non superiori mediamente ad un terzo del personale normalmente utilizzato per la piena erogazione del servizio del tempo interessato dallo sciopero tenuto conto delle condizioni tecniche e della sicurezza", nonché dell'utilizzabilità di servizi alternativi o forniti da imprese concorrenti. Tuttavia in casi particolari è possibile, limitatamente alle ipotesi e al tempo ritenuti strettamente necessari per il funzionamento e la sicurezza del servizio, sempre nel rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti, derogare a questi limiti, fornendo motivazioni adeguate.

La misura delle "prestazioni normalmente erogate" è da considerarsi eterogenea e variabile, poiché ha come presupposto l'individuazione per ogni servizio pubblico essenziale, delle prestazioni o delle frazioni di servizi che sono assoggettate alle regole limitative dello sciopero (per esempio, secondo l'art. 1, lett. c, il settore del credito deve assicurare solo l'assistenza, la previdenza sociale e gli emolumenti retributivi).

Inoltre si precisa che quando lo sciopero riguarda solo una categoria di lavoratori oppure un'articolazione del servizio, il 50% va calcolato sulle prestazioni che normalmente sono erogate dal personale cui si riferisce lo sciopero, in quanto la misura del 50% si riferisce alle prestazioni erogate, non al servizio globalmente considerato.

Nei casi in cui il criterio del 50% non risulti adeguato a tutelare i diritti suddetti è inoltre possibile assicurare le fasce orarie di erogazione dei servizi, "i quali devono essere garantiti nella misura di quelli normalmente offerti".

Il potere di emanare la provvisoria regolamentazione attribuito alla Commissione è stato introdotto con la riforma del 2000, colmando una lacuna importante del precedente sistema, in quanto precedentemente, in mancanza di accordo tra le parti, gli utenti potevano essere tutelati solo attraverso il potere di precettazione dell'autorità amministrativa, limitatamente a casi di pericolo effettivo. Inoltre in questo modo si evita qualsiasi tipo di interpretazione che sosteneva che in mancanza di accordo, spettasse al datore di lavoro stabilire unilateralmente le regole del diritto di sciopero.

La legge 83/2000 non prevede espressamente una disciplina sull'impugnabilità della provvisoria regolamentazione da parte degli interessati. Tuttavia considerando il fatto che la provvisoria regolamentazione rappresenta un atto amministrativo, nel caso in cui sia contestata è il giudice amministrativo che ha il dovere di controllare la regolarità del procedimento, l'esistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, compresa quindi anche la valutazione di inidoneità dell'accordo collettivo, nonché il rispetto delle regole legali che la Commissione deve rispettare per determinare le prestazioni indispensabili e le altre misure. Ovviamente il giudice amministrativo effettua un giudizio di mera legittimità e non entra quindi nel merito.

Qualora invece vengano contestati l'ordine o la comandata del datore di lavoro prescritti dalla provvisoria regolamentazione, è il giudice del lavoro che ha la competenza di verificare che il datore di lavoro rispetti le regole fissate dalla Commissione, in quanto il giudizio riguarda i limiti del potere direttivo e la lesione dei diritti soggettivi dei lavoratori. Si precisa però che il giudice di lavoro è competente anche a giudicare la legittimità della provvisoria regolamentazione e quindi di conseguenza se individua vizi di legittimità può disapplicarla.

4.5. Le procedure di raffreddamento e conciliazione

La legge 83/2000, nel secondo comma dell'art. 2, ha previsto che per prevenire lo sciopero i contratti collettivi devono predisporre delle procedure di raffreddamento e di conciliazione del conflitto "da esperire prima della proclamazione dello sciopero". Questa disposizione non chiarisce però quali debbano essere le caratteristiche di queste procedure, lasciando la loro definizione completamente all'autonomia collettiva.

Con questa norma la prevenzione dello sciopero è diventata una parte integrante delle misure finalizzate a raggiungere il contemperamento, tanto che, in caso di inottemperanza delle procedure di prevenzione la Commissione può rinviare lo sciopero e invitare i soggetti interessati a riformulare la proclamazione dello sciopero (art. 13, lett. d). Inoltre la stessa Commissione, dopo aver ricevuto le comunicazioni inerenti alla durata, alle modalità e alle motivazioni dello sciopero, può accertarsi che siano stati esperiti i tentativi di conciliazione e se vi siano le condizioni per comporre la controversia, "e nel caso di conflitti di particolare rilievo nazionale può invitare, con apposita delibera, i soggetti che hanno proclamato lo sciopero a differire la data dell'astensione dal lavoro per il tempo necessario a consentire un ulteriore tentativo di mediazione" (art. 13, lett. c).

Le parti che decidono di non adottare queste procedure possono chiedere che il tentativo di conciliazione si effettui presso le autorità pubbliche. In particolare se lo sciopero ha rilievo locale "presso la prefettura, o presso il comune nel caso di scioperi nei servizi pubblici di competenza dello stesso e salvo il caso in cui l'amministrazione comunale sia parte"; se lo sciopero ha rilievo nazionale "presso la competente struttura del Ministero del lavoro e della previdenza sociale" (art.2, 2).

La valutazione degli accordi e l'eventuale emanazione della provvisoria regolamentazione da parte della Commissione di garanzia sono disciplinati con il medesimo procedimento visto per le prestazioni indispensabili ai sensi dell'art. 13, 1, lett. a.

Non è del tutto chiaro se l'efficacia soggettiva di questi accordi debba considerarsi generale. C'è chi sostiene che l'efficacia non sia generale, in quanto la legge 83/2000 permette "alle parti che eventualmente non abbiano sottoscritto ovvero dissentano dai contratti collettivi che contengono determinate procedure di raffreddamento e di conciliazione, anche quando siano giudicate idonee, di non adottarle (e di non esserne, quindi vincolati), e di chiedere, invece, che il pure necessario e comunque imprescindibile tentativo di conciliazione si svolga di fronte alle" autorità pubbliche previste[195]. Quindi le procedure contrattuali devono essere rispettate solo dalle parti che hanno stipulato l'accordo. Non sembra dello stesso avviso la Commissione di garanzia che ritiene invece che la conciliazione possa avvenire davanti all'autorità pubblica nel caso in cui "le parti non ritengano opportuno applicare procedure specifiche concordate", non distinguendo quindi tra parti stipulanti e non stipulanti del contratto[196].

4.6. La disciplina per il lavoro autonomo

La legge 83/2000 ha introdotto l'art. 2-bis, con il quale disciplina l'astensione collettiva nei servizi pubblici essenziali esercitata dai lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, ovviamente sempre allo scopo di tutelare i diritti costituzionalmente garantiti. Questa norma mira ad estendere alle azioni collettive intraprese da soggetti diversi dai lavoratori subordinati, le disposizioni che disciplinano lo sciopero di lavoratori dipendenti.

Quindi anche per i lavoratori non subordinati è doveroso esercitare lo sciopero garantendo l'erogazione delle prestazioni indispensabili, le quali però, non sono individuate dagli accordi collettivi, ma dai codici di autoregolamentazione, in quanto raramente queste categorie di lavoratori danno vita a organizzazioni contrapposte che possano accordare queste

[195] Ghezzi, G., *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, 1999, p. 703.
[196] Delibera Commissione di garanzia 01.06.2000.

misure in contratti collettivi. I codici di autoregolamentazione sono adottati dalle associazioni o dagli organismi di rappresentanza delle categorie interessate. Come gli accordi collettivi, anche i codici di autoregolamentazione vengono valutati dalla Commissione di garanzia, la quale se non li giudica idonei provvede all'emanazione di una regolamentazione provvisoria, ai sensi dell'art 13, comma 1 lett. a.[197] Inoltre, analogamente ai contratti collettivi, devono rispettare gli obblighi di preavviso, di comunicazione della durata e delle ragioni dello sciopero.

Per piccoli imprenditori, la legge specifica (nell'art. 20, 1-bis) che si intendono quei soggetti indicati nell'art. 2083 c.c., cioè i coltivatori diretti, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che svolgono un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.

L'art. 2-bis specifica che le astensioni collettive dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori per rientrare nel campo di applicazione della legge n. 83/2000, non devono solo incidere sui diritti costituzionali della persona, ma devono essere anche effettuate "ai fini di protesta o di rivendicazione di categoria". Questa restrizione non è prevista per gli scioperi dei lavoratori dipendenti. Questa diversità si spiega dal fatto che le astensioni collettive delle due categorie di lavoratori trovano il proprio fondamento in due diversi principi costituzionali. Infatti le astensioni dei lavoratori subordinati sono legittimate dall'art. 40 della Costituzione, il quale impedisce di limitare le finalità dello sciopero meritevoli di tutela, mentre quelle dei lavoratori autonomi sono riconosciute dall'art. 18 della Costituzione, il quale, a differenza dell'art. 40 assume carattere definitorio, giustificandosi in questo modo un diverso e più limitato riconoscimento dei fini delle astensioni collettive di questi ultimi lavoratori.

[197] Sul procedimento di valutazione e sulla regolamentazione provvisoria si rinvia a quanto detto sui contratti collettivi.

Si precisa che nonostante la disciplina per i lavoratori autonomi sia stata introdotta con la riforma del 2000, in realtà la legge n. 146/1990 conteneva alcune disposizioni che riguardavano questa categoria di lavoratori. In particolare l'art. 8, inerente all'ordinanza di precettazione, faceva riferimento ai lavoratori autonomi e a quelli parasubordinati; inoltre l'art. 1 comma 1 della legge n.146/1990 (non modificato con la riforma) qualificava i servizi pubblici essenziali "indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro". Per questo una parte della dottrina sosteneva che la legge n. 146/1990 doveva applicarsi anche a questi soggetti[198].

Anche la giurisprudenza si è occupata di questo argomento, in particolare nei confronti delle azioni collettive dei farmacisti e degli avvocati. Per quanto riguarda i primi è stato affermato che l'azione di protesta consistente nella pretesa del pagamento del prezzo pieno di tutti i medicinali, anche quelli per i quali era richiesto il mero pagamento del ticket, era da considerarsi una forma di sciopero rientrante nella legge n. 146/1990 e di conseguenza era possibile l'emanazione dell'ordinanza di precettazione[199].

Per i secondi invece la giurisprudenza si è divisa: per alcuni l'astensione collettiva dalle udienze era da ritenere assoggettabile alla legge n. 146/1990[200], per altri non era possibile qualificarla come sciopero ai sensi dell'art. 40 Cost.[201]. La Corte costituzionale sostenne questa seconda posizione in due sentenze[202]. Nella seconda però dichiarò anche l'incostituzionalità dei commi 1 e 5 dell'art. 2 della legge n. 146/1990, nella parte in cui non prevedevano, nel caso di astensione collettiva dall'attività

---

[198] Rusciano M., *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, 1991, p. 14; Persiani M., *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. Lav., I,* 1992, p. 20; Romagnoli U., Ballestrero M.V., *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, Commentario della Costituzione, Art. 40, Supplemento,* Zanichelli-Il Foro Italiano, 1994, pp. 66, 72 e 241.

[199] Tar Lazio, sez. I, 17.04.1992, n. 545, in *Foro it.*, 1993, III, 135; Tar Lazio, sez. I, 01.03.1994, n. 297, in *Foro it.*, 1994, III, 407.

[200] Pret. Monza 15.05.1993, in *Foro it.*, 1994, I, 186; pret. Genova 15.06.1994, in *Foro it.*, 1994, I, 2267.

[201] Pret. Roma 09.06.1995, in *Riv. Dir. Lav.*, 1996, II, 293.

[202] Sentenza 23.3.1994, n. 114; 27.5.1996, n. 171.

giudiziaria degli avvocati, l'obbligo di un congruo preavviso, di un ragionevole limite temporale, degli strumenti adeguati per individuare e assicurare le prestazioni indispensabili e le procedure consequenziali alle ipotesi di inosservanza.

La legge n. 83/2000 ha colmato questo vuoto, estendendo il suo ambito applicativo a tutte le forme di astensione collettive dal lavoro, indipendentemente dal fatto che siano qualificate o meno come sciopero.

4.7. Precettazione

La disciplina delle astensioni collettive dal lavoro nei servizi pubblici essenziali prevede anche lo strumento della precettazione, cioè un'ordinanza messa in atto dall'autorità amministrativa, ossia il Presidente del Consiglio o il Ministro da lui delegato, o il Prefetto, a seconda della dimensione del conflitto.

Fino alla legge n. 146/1990 l'intervento dei pubblici poteri nei conflitti sindacali era previsto solamente dall'art. 2 del testo unico della legge di pubblica sicurezza n. 773/31, in virtù del quale il Prefetto ha il potere di adottare ordinanze (in caso di urgenza e per grave necessità pubblica) per tutelare l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, e dall'art. 20 del testo unico della legge comunale e provinciale n. 383/34[203], che delimita i poteri di intervento del Prefetto ai casi di tutela in materia di edilizia, polizia locale ed igiene, solo per motivi di sanità e sicurezza pubblica.

La precettazione è poi stata regolamentata dalla legge n. 146/1990, la quale è stata modificata in più punti dalla riforma di dieci anni dopo.

La nuova disciplina prevede che l'ordinanza di precettazione possa essere emessa nell'ipotesi in cui l'esercizio di sciopero (o l'astensione collettiva dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori) possa

[203] Il testo unico n. 383/1934 è stato abrogato dall'art. 66 della legge 8 giugno 1990, ma alcuni articoli, tra cui l'art. 20 sono rimasti in vigore.

rappresentare "un pericolo reale di pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati" (art. 8, 1).

Il carattere "grave" del danno sta a significare che esso non possa essere invocato quando si manifestano meri disagi per l'utenza, anche se estesi o immotivati[204]. Tuttavia non è sempre semplice nella realtà distinguere tra pregiudizio grave e disagio, quindi l'autorità precettante deve verificare attentamente gli effetti e le ripercussioni provocati da ogni episodio specifico e menzionare nell'ordinanza quelli che costituiscono "grave pregiudizio".

L'"imminenza" invece evidenzia la prossimità temporale che deve avere il pregiudizio.

Prima di emettere l'ordinanza, l'autorità competente, su segnalazione della Commissione di garanzia (oppure, nei casi di necessità e urgenza, di propria iniziativa, previa comunicazione alla Commissione) invita le parti a rinunciare ai comportamenti che creano la situazione di pericolo. Se questo invito non va a buon fine si attua, nel più breve tempo possibile un tentativo di conciliazione. Solo nell'ipotesi in cui nemmeno questo tentativo abbia esito positivo, l'autorità amministrativa potrà emanare l'ordinanza, attraverso la quale adotterà le misure idonee "a prevenire il pregiudizio ai diritti della persona costituzionalmente tutelati" (art. 8, 1).

Questa disposizione evidenzia che la precettazione deve essere considerata come una *extrema ratio*, cioè come strumento da utilizzare solo nel caso in cui non esistano altri mezzi in grado di evitare che i diritti degli utenti vengano gravemente pregiudicati.

Il ruolo attribuito alla Commissione di segnalare alla pubblica autorità l'esistenza del pregiudizio grave rappresenta una novità importante della riforma del 2000 e può consistere anche nell'indicazione delle misure che,

[204] Assanti C., *L'intervento* istituzionale, in *Riv. Giur. Lav., I*, 1989, p. 35; D'Antona M., *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. Giur. Lav., I*, 1991, p. 428; Giugni G., *Diritto sindacale*, 1999, p. 267.

secondo la Commissione, sono idonee a evitare il danno (art. 8, 2 e art. 13 lett. f).

Relativamente ai casi di necessità e urgenza per i quali l'autorità precettante possa emettere l'ordinanza di propria iniziativa, non è chiaro a quali ipotesi si riferisca il legislatore, in quanto i requisiti di necessità e urgenza devono esserci per definizione per emettere l'ordinanza[205]. In questo caso la Commissione valuterà i presupposti in un momento successivo all'emissione dell'ordinanza.

Si precisa però che può accadere che, dopo la delibera di segnalazione della Commissione, l'autorità precettante diverga su quanto segnalato. In questo caso essa può legittimamente non conformarsi a quanto segnalato dalla Commissione, in quanto l'autorità precettante è considerata come l'organo responsabile politicamente dell'atto. Questo concetto si ricava dalla disposizione di legge che afferma che, dopo la segnalazione della Commissione sulle misure da adottare con l'ordinanza, l'autorità deve solamente "tenerne conto" (art. 8, 2), cioè vale a dire che essa ha solo il dovere di motivare l'eventuale dissenso.

L'ordinanza, che deve essere emanata non meno di 24 ore prima dell'inizio dello sciopero (a meno che non sia ancora in corso il tentativo di conciliazione o che ci siano ragioni di urgenza), può contenere il differimento e la diminuzione della durata dell'astensione collettiva oppure l'imposizione dei livelli minimi di erogazione dei servizi (art. 8, 2). Non è quindi mai previsto dall'ordinanza il puro divieto di scioperare.

Il differimento dello sciopero prima della riforma era legittimo solo se era finalizzato a "evitare la concomitanza con astensioni collettive dal lavoro riguardanti altri servizi del medesimo settore" (art. 8, 3 legge n. 146/1990, ora abrogato). Ora quindi c'è libertà nella scelta di questo tipo di ordinanza, la

[205] D'Atena A., *Per la riforma è subito banco di prova: dal 26 aprile la disciplina,* in *Guida al diritto. Il sole 24 ore, 29 aprile, n. 15,* 2000, p. 34.

quale deve essere comunque emanata rispettando il criterio del minor sacrificio possibile del diritto di sciopero.

La diminuzione della durata e l'imposizione dei livelli minimi di erogazione dei servizi sono state introdotte con la riforma. Il testo originario della legge n.146/1990 disponeva che, dopo il fallimento della conciliazione, prima dell'emanazione della precettazione, l'autorità doveva invitare le parti "ad attenersi al rispetto della proposta eventualmente formulata dalla Commissione", nel caso in cui quest'ultima avesse valutato non idoneo l'accordo sulle prestazioni indispensabili. L'ordinanza poteva essere quindi adottata solo in caso di mancato rispetto di questo invito ed era "diretta a garantire le prestazioni indispensabili". Quindi le fonti di regolazione dello sciopero erano strettamente collegate con il contenuto dell'ordinanza. Con la riforma questo legame è venuto meno, aumentando l'autonomia dell'autorità amministrativa.

L'ordinanza deve indicare "il periodo di tempo durante il quale i provvedimenti dovranno essere osservati dalle parti" (art. 8, 3). L'attribuzione del termine è legata all'esigenza di fronteggiare la situazione di emergenza ed è particolarmente importante quando è previsto il mero differimento dello sciopero o dell'astensione collettiva[206].

L'ordinanza deve essere comunicata ai soggetti che promuovono lo sciopero, alle amministrazioni e alle imprese erogatrici del servizio e ai singoli prestatori di lavoro, i cui nominativi possono essere indicati nella stessa. Inoltre l'ordinanza deve essere affissa nei luoghi di lavoro e comunicata attraverso la stampa, la televisione e la radio. (art. 8, 3).

Tutti i provvedimenti relativi alla precettazione devono essere comunicati dal Presidente del Consiglio dei ministri alle Camere. (art. 8. 4).

I soggetti destinatari del provvedimento che ne abbiano interesse possono impugnare l'ordinanza ricorrendo al Tribunale amministrativo

[206] Tar Lazio, sez. I, 01.03.1994, n. 297, in *Foro it.*, 1994, III, 407.

regionale entro sette giorni dalla sua comunicazione o dal giorno successivo dalla sua affissione nei luoghi di lavoro (art. 10, 1).

Possono impugnare il provvedimento tutti i soggetti ai quali l'ordinanza è diretta, cioè i singoli lavoratori, i soggetti che promuovono l'azione collettiva e, infine le amministrazioni e le imprese erogatrici. Queste ultime ricorrono non perché sono titolari di un interesse pubblico, ma per il fatto di esser titolari dell'obbligo di implementare le misure richieste dall'ordinanza[207].

La proposizione del ricorso non ha il potere di sospendere l'immediata esecutività dell'ordinanza (art. 10, 1). Tuttavia il Tar, una volta acquisite le deduzioni delle parti, ha la facoltà di sospendere, nella prima udienza utile, anche solo in parte, l'ordinanza, se ricorrono fondati motivi (art. 10, 2).

Questa facoltà di sospensione è stata prevista per il fatto che chi attua il ricorso mira a ottenere una pronuncia giudiziale in brevissimo tempo, in modo da evitare il rischio che la decisione sopraggiunga oltre i termini di effettuazione del conflitto. Il legislatore ha così richiamato l'art. 21, ultimo comma, 1, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, relativa alla sospensione del provvedimento impugnato. Rispetto a questa norma però il comma 2 dell'art. 10 prevede un procedimento specifico, diverso da quello ordinario. Infatti in quest'ultimo articolo la sospensione è possibile in presenza di "fondati motivi" e non solo in caso di "danni gravi e irreparabili", come previsto dall'art. 21, legge n. 1034/1971, in quanto l'ordinanza incide sulla limitazione del diritto di sciopero, il quale, essendo costituzionale, richiede di subire minori limitazioni possibili e quindi, non appena si prospetti la fondata ipotesi che l'ordinanza non sia legittima, gli effetti di quest'ultima vengono sospesi.

4.8. Le sanzioni

Coloro che non rispettano la legge n. 83/2000 sono assoggettati a sanzioni che sono dirette a punirli e a dissuaderli da determinati

[207] Romagnoli U., Ballestrero M.V., *ult. op. cit.*, p. 252.

comportamenti illeciti. I soggetti sanzionabili sono i lavoratori subordinati, le loro organizzazioni, i dirigenti delle amministrazioni e i legali rappresentanti delle imprese private e degli enti erogatori e, infine, i lavoratori autonomi e le loro organizzazioni.

Qualora i lavoratori subordinati partecipino ad uno sciopero qualificato come illegittimo, sono previste sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità dell'infrazione (art. 4, 1).

Per sciopero illegittimo si intende quello attuato attraverso tutte le inadempienze o tramite la non osservazione degli obblighi che derivano dalla legge, dagli accordi collettivi oppure dalle provvisorie regolamentazioni della Commissione. Quindi sono puniti: l'omissione dell'espletamento delle procedure di raffreddamento e di conciliazione preventive alla proclamazione dello sciopero; il non rispetto dell'obbligo di preavviso e degli obblighi comunicativi inerenti alla durata, alle modalità e alle motivazioni dello sciopero; la non assicurazione delle prestazioni indispensabili e delle misure di contemperamento.

La qualificazione di sanzione non deve comunque essere intesa in senso letterale, poiché il potere disciplinare dell'imprenditore previsto dall'art. 2106 c.c. e regolato dall'art. 7 St. lav. salvaguarda l'interesse del datore di lavoro, in quanto creditore della prestazione, mentre le sanzioni relative a questa legge si riferiscono alla violazione di norme finalizzate a tutelare l'interesse pubblico. Infatti, è la Commissione che delibera la sanzione (art. 13, lett. I), obbligando il datore di lavoro a infliggerla ai lavoratori (art. 4,1). Qualora quest'ultimo non applichi la sanzione, è soggetto a sanzione pecuniaria amministrativa ai sensi dell'art. 4, 4-sexies.

Analogamente, la proporzionalità della sanzione è correlata più all'interesse degli utenti che a quello dell'impresa. Infatti, non a caso, l'importo relativo alle sanzioni disciplinari pecuniarie non resta all'impresa, ma deve essere versato all'INPS (art. 4, 1).

Sono invece escluse sanzioni che comportano cambiamenti definitivi del rapporto di lavoro, ossia il licenziamento (art. 4, 1).

Le organizzazioni dei lavoratori vengono sanzionate se proclamano o aderiscono a uno sciopero illegittimo. Questi comportamenti sono assoggettati a sanzioni civili: la sospensione dei permessi sindacali retribuiti e/o la perdita dei contributi sindacali trattenuti sulla retribuzione (i quali verranno versati all'INPS) per la durata dello sciopero illegittimo, e infine l'esclusione dalle trattative per due mesi dalla cessazione del comportamento (art. 4, 2 e 4-quinquies).

L'entità della sanzione varia in relazione alla consistenza associativa dell'organizzazione, alla gravità della violazione e all'eventuale recidiva, oltre che alla gravità degli effetti dello sciopero sul servizio pubblico (art. 4, 2).

La possibilità di sospensione alternativa tra permessi e contributi è una novità apportata con la riforma. Il legislatore in questo modo, attraverso la previsione di una gamma più variegata di sanzioni, ha voluto realizzare una proporzionalità maggiore tra gravità dell'infrazione e punizione.

Anche in questo caso è il datore di lavoro che ha il dovere di irrogare la sanzione e, in caso non rispetti quest'obbligo, è sanzionato ai sensi dell'art. 4, 4-sexies.

Sono previste sanzioni specifiche per i dirigenti delle amministrazioni e per i legali rappresentanti delle imprese private e degli enti che erogano i servizi pubblici essenziali. Questi soggetti sono puniti con sanzioni amministrative pecuniarie, oltre nei casi in cui non applichino le sanzioni deliberate dalla Commissione ai lavoratori e alle loro organizzazioni, anche qualora non garantiscano le prestazioni indispensabili e le misure di contemperamento, omettano di informare gli utenti sullo sciopero e sui servizi garantiti, non espletino le procedure preventive di raffreddamento e di conciliazione e non comunichino alla Commissione informazioni riguardanti lo sciopero (proclamazione, sospensioni, rinvii...) e le cause del conflitto (art. 4, 4).

Queste sanzioni vengono deliberate dalla Commissione di garanzia (art. 13 lett. i; art. 4, 4-sexies) e sono applicate con ordinanza-ingiunzione della direzione provinciale del lavoro-sezione ispettorato del lavoro (art. 4, 4 e 4-sexies).

Le medesime sanzioni previste per i datori di lavoro si applicano anche alle associazioni e agli altri organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, "in solido con i singoli lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, in caso di violazione dei codici di regolamentazione" o della regolamentazione provvisoria dettata dalla Commissione di garanzia, oppure nel caso in cui non assicurino le prestazioni indispensabili e le misure di contemperamento.

Questo vincolo di solidarietà non ci sembra corretto, in quanto le organizzazioni dei lavoratori, essendo soggetti collettivi hanno una capacità economica nettamente superiore ai singoli lavoratori e di conseguenza più possibilità di far fronte ai debiti.

Anche questa sanzione è deliberata dalla Commissione di garanzia (art. 4, 4-quarter) e applicata con ordinanza-ingiunzione della direzione provinciale del lavoro-sezione ispettorato (art. 4, 4).

Il procedimento di valutazione dei comportamenti delle organizzazioni sindacali che proclamano lo sciopero o vi aderiscono, o delle amministrazioni e delle imprese interessate (oppure delle associazioni o organismi di rappresentanza dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori) è aperto di propria iniziativa dalla Commissione o in seguito alla richiesta delle parti interessate, delle associazioni degli utenti rappresentative, delle autorità nazionali o locali che vi abbiano interesse[208] (art. 4, comma 4-quarter). Per rispetto del principio del contradditorio l'apertura del procedimento deve essere notificata alle parti, le quali nei trenta giorni successivi hanno il diritto di presentare osservazioni e di essere sentite. Scaduto questo termine, entro i trenta giorni successivi, la Commissione si

[208] Vedi paragrafo successivo.

occupa di formulare la valutazione del comportamento, la quale se è negativa, comporta la delibera delle sanzioni da parte della Commissione. (art. 4, 4-quarter).

Le delibere della Commissione inerenti alle sanzioni possono essere impugnate con ricorso al giudice del lavoro (art. 20-bis). In questo modo l'operato della Commissione è assoggettato al controllo giurisdizionale.

La legge 83/2000 prevede inoltre delle sanzioni in caso di inosservanza dell'ordine di precettazione applicate con ordinanza-ingiunzione della direzione provinciale del lavoro-sezione ispettorato. In particolare ai lavoratori subordinati, alle loro organizzazioni, ai professionisti e ai piccoli imprenditori sono inflitte sanzioni amministrative pecuniarie (art. 9, 1), mentre i datori di lavoro vengono puniti con la sospensione dall'incarico (art. 9, 2).

I singoli lavoratori vengono puniti con sanzioni di entità minore rispetto ai soggetti collettivi. Il valore delle sanzioni varia in proporzione "alla gravità dell'infrazione" e alle condizioni economiche dell'agente. La gravità non deve essere valutata solo in relazione alle conseguenze dell'infrazione, ma anche considerando la condotta del soggetto, l'intensità del dolo e il grado della colpa[209].

Queste sanzioni sono inflitte con decreto dell'autorità precettante (art. 9, 4).

4.9. Il ruolo delle associazioni degli utenti

Un'importante innovazione apportata dalla legge 83/2000 riguarda i diritti delle associazioni degli utenti. Infatti la disciplina della legge n.146/1990 dedicava poco spazio a questi soggetti e le poche disposizioni che li coinvolgevano erano difficili da attuare, in quanto queste associazioni avevano "scarso peso politico e sociale"[210] e "incerta rappresentatività"[211].

---

[209] Luciani V., *Art. 9,* in Rusciano M., Santoro Passarelli G., *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario alla legge 146/1990, n. 146,* 1991, p. 139.
[210] Ghezzi G., *Prime riflessioni in margine alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge 12 giugno 1990, n, 146)* in *Riv. Giur. Lav., I,* 1990, p. 157.

Una svolta si è verificata con l'emanazione della legge n. 281/1998 che riconobbe una serie di diritti alle associazioni aventi "per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti" (art. 2, lett. b). Questa legge prevedeva che questi soggetti dovessero essere iscritti in un apposito elenco. L'iscrizione era subordinata al possesso di determinati requisiti di rappresentatività e attribuiva alle associazioni il potere di agire in giudizio per tutelare gli interessi collettivi.

I poteri delle associazioni degli utenti sono stati integrati dalle disposizioni della legge n. 83/2000, la quale attribuisce a questi soggetti una serie di diritti. Innanzitutto consente alle associazioni di chiedere alla Commissione di garanzia l'apertura di una procedura di valutazione del comportamento dei soggetti protagonisti del conflitto collettivo (art. 4-quarter), anche se non è concesso ad esse di partecipare al relativo procedimento.

Inoltre alle associazioni degli utenti interessate, che operano nella parte del territorio nazionale nel quale si possono riverberare gli effetti di un conflitto collettivo, è attribuita la facoltà di esporre propri pareri, anche se non vincolanti, nei procedimenti di valutazione degli accordi collettivi (art. 13, 1, lett. a).

Infine le associazioni degli utenti possono agire in giudizio per tutelare pregiudizi subìti dagli utenti, richiedendo al giudice competente uno dei provvedimenti previsti dall'art. 3 della legge n. 281/1998 (art. 7-bis), cioè volti all'inibizione di atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti e all'adozione di misure che permettano di correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. Una di queste ultime misure è individuata direttamente dalla legge stessa: si tratta della pubblicazione del provvedimento che accerta la violazione dei diritti degli utenti, con spese a carico del responsabile della violazione.

---

[211] Romagnoli U., Ballestrero M.V., *ult. op cit.*, p. 35..

La legittimazione ad agire è possibile nei confronti delle organizzazioni sindacali e/o delle amministrazioni e imprese erogatrici dei servizi. Nei confronti delle prime è possibile agire in giudizio in caso di revoca spontanea dello sciopero dopo la comunicazione all'utenza (eccetto quando la revoca sia sopraggiunta in seguito ad un accordo tra le parti o alla richiesta da parte della Commissione) oppure quando lo sciopero venga effettuato nonostante la Commissione abbia emanato la delibera di invito di differirlo, ai sensi dell'art 13, comma 1, lett. c), d), e), h)[212] "e da ciò consegua un pregiudizio al diritto degli utenti di usufruire dei servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza" (art. 7-bis, 1, lett. a). Le violazioni imputabili alle amministrazioni e alle imprese erogatrici sono la mancata comunicazione delle informazioni adeguate agli utenti, ai sensi dell'art. 2, comma 6[213], da cui consegua il pregiudizio suddetto (art. 7-bis, 1, lett. b).

E' competente a giudicare le azioni intraprese dalle associazioni degli utenti il giudice amministrativo, in quanto secondo l'art 33 del d.lgs. n. 80/98, esso è competente a risolvere controversie in materia di pubblici servizi, tranne quelle inerenti a rapporti individuali di utenza con soggetti privati.

In conclusione però possiamo affermare che, nonostante la riforma del 2000 abbia cercato di dare una maggiore effettività alla tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti, i poteri delle associazioni non sono molto incisivi. In particolare i pareri che possono esprimere sul procedimento di valutazione degli accordi collettivi, come abbiamo visto, non sono vincolanti e le associazioni non possono nemmeno impugnare le decisioni della Commissione. Inoltre la facoltà di denunciare alla Commissione comportamenti scorretti attuati dalle organizzazioni sindacali o dai soggetti erogatori dei servizi non è affiancata a un potere di intervento davanti alla

[212] Per quanto riguarda i casi c), d), e) si rinvia a quanto detto nei paragrafi 4.3 e 4.4 e 4.5. Il caso h) si riferisce all'ipotesi in cui le amministrazioni o le imprese erogatrici assumano comportamenti evidentemente contrari alla legge o agli accordi collettivi che possano determinare l'insorgenza o l'aggravamento dei conflitti in corso. La Commissione, una volta che rileva questi comportamenti, invita questi soggetti a desistere dai comportamenti e ad osservare gli obblighi legislativi o quelli derivanti dagli accordi o dai contratti collettivi.

[213] Vedi paragrafo 4.3. cap.3.

Commissione per sostenere le accuse mosse. Infine la tassatività delle violazioni che consentono la legittimazione ad agire rappresenta un limite tale da rischiare che i diritti degli utenti non siano adeguatamente protetti.

CAPITOLO 4
Bilanciamento tra autonomia collettiva e libertà economiche

Dopo l'entrata nell'Unione europea dei paesi dell'est (a partire dal 2004) si è sviluppato il fenomeno del dumping sociale. Questo fenomeno ha fatto emergere un conflitto tra gli interessi delle aziende di sfruttare i vantaggi di costo del lavoro dei paesi dell'est e quelli dei sindacati di salvaguardare i sistemi interni di protezione sociale. Correlativamente si è manifestato un problema di bilanciamento tra le libertà economiche fondamentali previste dal Trattato, delle quali volevano beneficiare le imprese, e il diritto di azione collettiva di cui intendevano avvalersi i sindacati.

In particolare con i casi Viking[214] e Laval[215] è stato chiesto alla Corte di giustizia europea se era legittima, per il diritto comunitario, un'azione collettiva intrapresa dalle organizzazioni sindacali di un Paese comunitario finalizzata ad ostacolare l'ingresso di un'azienda nel mercato di un altro Stato dell'Unione.

Problemi di bilanciamento tra autonomia collettiva e libertà economiche vengono affrontati anche in altre due sentenze emanate dalla Corte di giustizia europea: la sentenza Rüffert[216] e la sentenza Commissione c. Granducato di Lussemburgo[217].

1. Precedente storico: azioni collettive di protesta e libertà di circolazione delle merci

Prima di affrontare le sentenze suddette, con le quali la Corte di giustizia europea si è "inoltrata nella zona sismica del diritto del lavoro" ovvero "quella

[214] Causa C-438/05, 11.12.2007.
[215] Causa C-341/05, 18.12.2007.
[216] Causa C.346/06, 03.04.2008.
[217] Causa C-319/06, 19.06.2008.

in cui la norma giuridica diventa tecnica di distribuzione del potere sociale privato (della autonomia collettiva) e pubblico dello stato nazionale o comunitario che sia"[218], può essere utile analizzare due sentenze precedenti emanate dalla Corte, nelle quali si stabilì un bilanciamento tra le azioni collettive di protesta e la libertà di circolazione delle merci: la sentenza Commissione c. Repubblica francese[219] e la sentenza Schmidberger[220].

1.1. La sentenza Commissione c. Repubblica francese

Nel caso Commissione c. Repubblica francese la controversia riguardava delle azioni di boicottaggio e degli scioperi messi in atto dagli agricoltori francesi allo scopo di proteggere i propri prodotti e di impedire le importazioni provenienti da altri Stati membri (soprattutto dei prodotti belgi e spagnoli). In particolare gli agricoltori francesi fissarono dei prezzi minimi ai prodotti e provocarono la distruzione dei prodotti che provenivano dall'estero, nonché dei mezzi funzionali al loro trasporto.

La Commissione europea, dopo aver ricevuto per più di dieci anni denunce sull'inerzia delle autorità francesi nei confronti dei comportamenti commessi dagli agricoltori francesi, nell'agosto del 1995 ha proposto ricorso alla Corte di giustizia europea, sostenendo che la Repubblica francese, non avendo attuato tutti i provvedimenti necessari e adeguati a impedire la prosecuzione dei comportamenti degli agricoltori che ostacolavano la libera circolazione delle merci, non ha rispettato gli obblighi che le sono stati imposti dalle organizzazioni comuni dei mercati dei prodotti agricoli e dall'art. 34 TFUE (ex art 28 TCE, che ricordiamo vieta fra i Paesi comunitari tutte le restrizioni quantitative alle importazioni e le misure di effetto equivalente), in combinato con l'art. 10 TCE in base al quale gli Stati membri devono adottare tutti i provvedimenti necessari e adeguati a garantire sul proprio territorio il rispetto della libera circolazione delle merci.

[218] Veneziani B. (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma 2009.
[219] Causa C-265/95, 09.12.1997.
[220] Causa C-112/00, 12.06.2003.

La Corte accolse il ricorso dichiarando che, nonostante fossero evidenti le difficoltà del governo francese di fronteggiare le azioni di protesta messe in atto dagli agricoltori, considerando la frequenza e la gravità di tali comportamenti rilevati dalla Commissione, il governo francese non aveva messo in atto misure sufficienti in grado di evitare che la libera circolazione delle merci venisse ostacolata (punto 52). Quindi il governo francese ha violato l'art. 34 TFUE.

Inoltre la Corte ha stabilito che la condotta delle autorità francesi non poteva essere giustificata per motivi di ordine pubblico ai sensi dell'art. 36 TFUE (ex art. 30 TCE), in quanto, il governo francese, nonostante abbia sostenuto di aver temuto che se avesse adottato interventi più decisi nei confronti degli agricoltori francesi si sarebbero verificate reazioni violente da parte di questi ultimi con conseguenti disordini sociali, "non ha provato concretamente l'esistenza di un pericolo per l'ordine pubblico al quale non potesse far fronte" (punti 54 e 57).

In questa sentenza si evidenzia che la Corte riconduce le azioni di protesta degli agricoltori, le quali costituiscono un comportamento derivante da una scelta autonoma di soggetti privati e quindi non da fonti legislative, tra le restrizioni quantitative all'importazione ai sensi dell'art. 34 TFUE[221]. Questo orientamento viene poi riaffermato nelle sentenze Viking e Laval[222].

1.2. La sentenza Schmidberger

L'impresa tedesca Schmidberger svolgeva nel 1998 un'attività di trasporto principalmente tra la Germania e l'Italia, attraversando molto spesso l'autostrada del Brennero.

Questa impresa ha presentato ricorso dinanzi al tribunale austriaco di Innsbruck contro la Repubblica d'Austria, la quale, secondo la Schmidberger, era responsabile dei danni cagionati alle importazioni e alla circolazione delle

[221]Vedi Brino V., *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione Europea,* 2012.
[222] Si rinvia ai paragrafi 2 e 3 del cap. 4.

merci (non avendo rispettato gli artt. 34, 35, 36 TFUE) per aver autorizzato una manifestazione con fini ambientali che ha comportato la chiusura dell'autostrada del Brennero per due giorni consecutivi.

L'Austria si è difesa sostenendo che la decisione di autorizzare la manifestazione preannunciata era stata presa dopo un'analisi approfondita della situazione di fatto, la quale aveva evidenziato che la manifestazione non avrebbe comportato intasamenti rilevanti. Inoltre, secondo L'Austria, l'ostacolo alla libera circolazione è da ritenersi consentito qualora derivi da una manifestazione non permanente, e la libertà di espressione e di riunione, essendo dei diritti fondamentali, devono essere considerate intoccabili in una società democratica, ai sensi degli artt. 10 e 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Il Tribunale di Innsbruck respinse il ricorso dell'impresa tedesca in quanto quest'ultima non aveva provato né che nei due giorni della manifestazione avrebbe dovuto attraversare l'autostrada del Brennero né che, dopo essere stata informata della manifestazione, non aveva avuto la possibilità di cambiare gli itinerari.

La Schmidberger ricorse successivamente alla Corte d'appello di Innsbruck, la quale decise di rivolgersi alla Corte di Giustizia europea per verificare se l'art. 34 TFUE, in combinato con l'art. 10 TCE, imponga ai Paesi comunitari di garantire l'accesso alle principali vie di comunicazione e se a quest'obbligo debbano essere subordinati i diritti fondamentali relativi agli artt. 10 e 11 CEDU. In caso di risposta affermativa, il giudice di rinvio chiese inoltre se la violazione dei precetti comunitari facesse sorgere la responsabilità per l'Austria di pagare i danni provocati ai privati.

La Corte di giustizia europea affermò, richiamando quanto dichiarato nella sentenza Commissione c. Repubblica francese, che ogni Stato membro non deve adottare misure che possano provocare delle restrizioni agli scambi e deve intervenire con ogni strumento adeguato per tutelare le libertà economiche fondamentali (punto 59). Nel caso di specie, la Corte stabilì che

l'autorizzazione da parte dell'Austria della manifestazione si doveva ritenere una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative contraria agli artt. 34 e 35 TFUE (punto 64).

Tuttavia la Corte poi si interrogò sulle possibili deroghe a questi ultimi articoli. I giudici di Lussemburgo hanno affermato che la tutela dei diritti fondamentali costituisce "un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci" (punto 74). Tuttavia, la Corte ha evidenziato che, secondo il comma 2 degli artt. 10 e 11 CEDU, le libertà di espressione e di riunione possono essere soggette ad alcune limitazioni giustificate da un bisogno sociale imperativo, qualora tali limitazioni siano previste dalla legge. Queste restrizioni devono rispondere a obiettivi di interesse generale e non devono costituire, rispetto allo scopo da esse perseguito, "un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati" (punti 79 e 80).

La Corte ha poi effettuato il bilanciamento tra le libertà di espressione e di riunione con l'esercizio della libera circolazione delle merci. In pratica i giudici di Lussemburgo hanno verificato se restrizioni alla libera circolazione erano proporzionate al legittimo obiettivo perseguito costituito dalla tutela dei dritti di espressione e di riunione. In proposito la Corte ha dichiarato che la manifestazione ha causato effetti limitati sulla circolazione delle merci e lo Stato austriaco si è impegnato per ridurre al minimo i danni alla libera circolazione delle merci. Inoltre essa ha evidenziato che a differenza della causa Commissione c. Francia, in questo caso lo scopo della manifestazione non era quello di ostacolare le importazioni da altri Stati membri e che, come sostiene la Repubblica d'Austria, nel caso in cui non fosse stata autorizzata la manifestazione si sarebbe verificata "un'inaccettabile interferenza nei diritti fondamentali dei manifestanti di riunirsi e di esprimere pacificamente la loro opinione in pubblico".

Quindi in conclusione la Corte ha ritenuto che l'obiettivo legittimamente perseguito dalla manifestazione non poteva essere raggiunto attraverso misure meno restrittive degli scambi intracomunitari, per cui il fatto che l'Austria abbia autorizzato la manifestazione non è in contrasto con l'art. 34 TFUE.

Si sottolinea che la Corte non si è avvalsa delle deroghe previste dall'art. 36 TFUE e nemmeno dei motivi imperativi di interesse generali riconosciuti dalla sentenza *Cassis de Djion*[223], ma è il diritto fondamentale in sé che è stato considerato idoneo a limitare la libera circolazione delle merci.

Con questa sentenza si compie un passo in avanti nel processo di affermazione dei diritti sociali all'interno dell'Unione europea, in quanto la Corte non parte dal presupposto che le ragioni di mercato debbano prevalere sui diritti sociali, ma sostiene che solo dopo aver analizzato il caso concreto e aver applicato il principio di proporzionalità si capirà quale dei due principi dovrà fare un passo indietro[224].

2. La sentenza Viking

Nel caso Viking erano in conflitto l'esercizio del diritto di stabilimento di un'impresa e il diritto dei lavoratori e delle loro organizzazioni sindacali di opporsi ad esso. In particolare il caso riguardava la Viking Line, un'impresa finlandese che gestiva una linea di trasporto nautico tra la Finlandia e l'Estonia. Questa impresa doveva affrontare la concorrenza degli operatori estoni, i quali beneficiavano di un vantaggio competitivo in termini di costi del lavoro, potendo pagare retribuzioni più basse ai propri lavoratori rispetto a quelle che venivano erogate ai lavoratori finlandesi. Questo portò la Viking Line, nell'ottobre 2003, a tentare di immatricolare uno dei propri traghetti in Estonia, in modo da poter stipulare un contratto collettivo con il sindacato

[223] Si rinvia al cap. 1, par. 1.5.
[224] Vedi Brino V., *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione Europea,* 2012.

estone, allo scopo di pattuire retribuzioni e condizioni di lavoro inferiori rispetto a quelle previste dai contratti collettivi finlandesi.

I lavoratori temevano non solo il peggioramento del loro trattamento economico e normativo, ma anche che la Viking Line licenziasse parte dei lavoratori occupati nell'imbarcazione. Questo provocò l'intervento della Federazione finlandese dei marittimi (FSU, ossia il sindacato nazionale dei lavoratori marittimi), la quale comunicò espressamente alla Viking la sua opposizione al cambiamento di bandiera. La FSU inoltre chiese l'intervento della federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti (ITF[225], con sede in Gran Bretagna, cui la FSU aderisce), la quale impose ai propri affiliati, attraverso una circolare inviata nel novembre 2003, di intraprendere un'azione di boicottaggio nei confronti dell'impresa finlandese. In pratica la ITF ordinò ai propri affiliati di non avviare trattative con la Viking, allo scopo di bloccare l'iniziativa dell'impresa.

Inoltre la FSU, sfruttando il fatto che in seguito alla scadenza dell'accordo relativo all'equipaggio dell'imbarcazione non sussisteva più l'obbligo di pace sociale imposto dal diritto finlandese, ha comunicato alla Viking che intendeva intraprendere uno sciopero, chiedendo di aumentare di otto persone l'equipaggio del traghetto e di rinunciare al cambiamento di bandiera.

Quest'azione andò a buon fine in quanto, la Viking Line fu costretta a raggiungere un accordo con la FSU. L'impresa però, preoccupata dal fatto che se avesse tentato nuovamente di immatricolare qualche altra imbarcazione in Estonia le organizzazioni dei lavoratori avrebbero attuato

[225] La ITF è una federazione di 600 sindacati di trasporti. Una delle più importanti politiche che essa persegue è la lotta contro le bandiere di convenienza. Secondo il documento che descrive la linea di condotta sulle bandiere di convenienza, un'imbarcazione è ritenuta battente bandiera di convenienza "quando la proprietà effettiva e il controllo dell'imbarcazione risultano trovarsi in un luogo diverso dallo Stato della bandiera". Secondo lo stesso documento solo "i sindacati nello Stato membro in cui si trova la proprietà effettiva hanno il diritto di concludere accordi relativi a imbarcazioni la cui proprietà effettiva si trova nel loro paese". La campagna di lotta di manifesta con boicottaggi e altre azioni di solidarietà tra lavoratori e ha lo scopo, da una parte, di creare un legame tra bandiera di una nave e nazionalità del suo proprietario e, dall'altra, di tutelare e migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori delle imbarcazioni battenti bandiera di convenienza.

altre azioni collettive, decise di intraprendere un'azione giudiziaria, prima ricorrendo al giudice del lavoro finlandese e successivamente, nell'agosto 2004, contro la Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti, presso la *Commercial Court* di Londra. In quest'ultimo ricorso la Viking Line chiese al giudice inglese di imporre alla Federazione internazionale dei lavoratori di ritirare la circolare, in quanto lesiva della libertà di stabilimento, della libertà di circolazione dei lavoratori e della libera prestazione di servizi. La *Commercial Court* emanò un provvedimento che ordinò la sospensione dell'azione collettiva. A seguito di questa decisione, i sindacati dei lavoratori, nel giugno 2005, impugnarono il provvedimento rivolgendosi alla Corte d'Appello dell'Inghilterra e del Galles, sostenendo che il diritto dei sindacati di promuovere un'azione collettiva allo scopo di salvaguardare i posti di lavoro rappresenta un diritto fondamentale riconosciuto dall'art 151 del TFUE, secondo il quale "l'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione".

Inoltre i sindacati ritenevano che le norme relative alle libertà economiche non fossero applicabili alle azioni collettive in quanto il diritto di sciopero nell'ambito della contrattazione collettiva è previsto nelle Costituzioni degli Stati membri e quindi come tale costituisce un principio generale del diritto dell'Unione europea. Infine la FSU e la ITF sostenevano che ci fosse un'analogia con la sentenza Albany[226] e che la norma dell'art.

[226] Causa C-67/96, 21.9.1999. In questo caso erano in conflitto il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza. Nella sentenza la Corte ha dichiarato che i contratti collettivi non rientravano tra le fattispecie vietate dall'art. 101.1 TFUE (secondo il quale sono vietati gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni d'imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra

153 TFUE (ex art. 137 TCE) escludesse l'applicabilità delle norme sulla libera circolazione dai conflitti di lavoro. In pratica secondo i sindacati l'applicazione delle norme sulle libertà economiche fondamentali ostacolerebbe il diritto di associazione e quello di sciopero.

La Corte d'appello sospese (con ordinanza 3 novembre 2005) il procedimento principale e propose un ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia europea, attraverso una lunga serie di domande. Di queste domande la Corte ritenne ricevibili le seguenti:

1. se l'art. 49 TFUE (ex art. 43 TCE che ricordiamo riguarda libertà di stabilimento) si possa applicare ad un'azione collettiva promossa da un sindacato o da un'associazione di sindacati finalizzata a spingere un'impresa a stipulare un contratto collettivo il cui contenuto impedisca a quest'ultima di esercitare il diritto di stabilimento;
2. se l'art. 49 TFUE attribuisca ad un'impresa diritti opponibili ad un sindacato o ad un'associazione di sindacati;
3. se un'azione collettiva del tipo descritto sopra sia da considerarsi come restrizione alla libertà di stabilimento e, in caso affermativo, in che misura la restrizione possa essere oggettivamente giustificata.

Prima di entrare nel merito delle questioni è doveroso esporre qualche precisazione per quanto riguarda la qualificazione del cambiamento di bandiera come esercizio del diritto di stabilimento. In proposito, la Corte nella sentenza Viking (punti 70, 71) ha richiamato quanto affermato in una precedente sentenza (Factortame[227], punti 20-22), cioè che "l'immatricolazione di una nave non può essere scissa dall'esercizio della libertà di stabilimento nell'ipotesi in cui la nave costituisca un mezzo per l'esercizio di un'attività economica implicante un insediamento in pianta stabile nello Stato membro di immatricolazione". Tuttavia non era chiarissimo

---

Paesi comunitari e che abbiamo per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato dell'Unione), in quanto, in caso contrario, gli obiettivi di politica sociale che i contratti collettivi mirano a raggiungere sarebbero gravemente danneggiati.

[227] Causa C-221/89, 25.07.1991.

se il caso Viking riguardasse il diritto di stabilimento (art. 49 TFUE) o la libertà di prestazione di servizi (art. 56 TFUE), in quanto la Viking Line voleva usufruire della libertà di stabilimento attraverso il cambiamento di bandiera per poi continuare a prestare il medesimo servizio, che svolgeva quando era insediata in Finlandia come impresa stabilita in Estonia, beneficiando in questo modo del diritto alla libera prestazione dei servizi. La Corte ritenne che il caso Viking coinvolgesse solo la libertà di stabilimento e le limitazioni al suo esercizio.

2.1. L'effetto orizzontale diretto dell'art. 49 TFUE

Le prime due questioni del ricorso pregiudiziale fanno riferimento all'attribuzione dell'effetto orizzontale dell'art. 49 TFUE. Esse sostanzialmente pongono un interrogativo fondamentale per risolvere la controversia: infatti all'azione collettiva messa in atto dai sindacati è possibile applicare l'art. 49 TFUE solo se a questa norma si attribuisce innanzitutto l'effetto orizzontale diretto.

Si precisa che, secondo il diritto comunitario, l'efficacia diretta può essere verticale e orizzontale. La prima attribuisce ai singoli la facoltà di far valere una norma comunitaria nei confronti dello Stato. La seconda, invece, opera nei rapporti tra privati, cioè una norma comunitaria può essere invocata da un singolo nei confronti di un altro[228].

Il Trattato però non precisa se la libertà di prestazione di servizi e la libertà di stabilimento abbiano efficacia orizzontale diretta e quindi se possano essere fatte valere da un soggetto privato nei confronti di un altro. In dottrina ci sono orientamenti diversi.

Gli avvocati generali si sono espressi a favore dell'effetto orizzontale richiamando quanto stabilito nelle sentenze Schmidberger[229] e Omega[230],

[228] Vedi Colucci M., *L'Unione Europa in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi,* in *Dir. Relaz. Ind.,* 2008, 1, 239.
[229] Vedi par. 1.2. cap. 4.

cioè che "il fatto che una restrizione alla libera circolazione derivi dall'esercizio di un diritto fondamentale o da un comportamento che ricade nell'ambito delle disposizioni di politica sociale non rende inapplicabili le norme sulla libera circolazione"[231], in quanto il diritto di sciopero, di associazione e le norme sulla libera circolazione sono da considerarsi relativi, non assoluti, e il Trattato cerca di perseguirli contemporaneamente, senza dare la precedenza a nessuno di essi.

La Corte, tenendo conto del parere degli avvocati generali affermò nella sentenza Viking (nei punti 33-37) l'effetto orizzontale diretto degli artt. 45, 49, 56 TFUE, dichiarando che questi ultimi si applicano, oltre che agli atti pubblici, anche a normative di altro tipo che regolano collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi. Quindi questi articoli si applicano anche ai contratti collettivi, in quanto questi ultimi devono essere considerati, secondo la Corte, normative generali. Infatti, secondo i giudici di Lussemburgo, le condizioni di lavoro nei Paesi membri sono regolate sia da disposizioni legislative e regolamentari, e sia da contratti collettivi e da altri atti privati, per cui applicare le norme inerenti alle libertà economiche solo agli atti emanati dalle autorità pubbliche creerebbe una disuguaglianza nell'applicazione delle stesse.

Infine la Corte considerò l'azione collettiva strettamente connessa al contratto collettivo, nonostante l'interrogativo posto nel rinvio pregiudiziale si riferisse all'azione collettiva e non al contratto collettivo. In merito a questa decisione la Corte precisò che le azioni collettive come quelle attuate dai sindacati finlandesi "possono costituire l'ultima risorsa a disposizione delle organizzazioni sindacali per condurre a buon fine le proprie rivendicazioni volte a disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della Viking". Quindi "un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un

[230] Causa C-36/02, 14.10.2004,. In questo caso erano in contrasto un provvedimento che intendeva tutelare la dignità umana e la libertà di prestazione di servizi. La Corte ha affermato la legittimità del provvedimento in quanto la restrizione che esso provocava alla libertà economica in questione non andava oltre quanto fosse necessario per tutelare la dignità umana.
[231] Conclusione avvocato generale M. Poiares Maduro, n. 23.

raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento rientra, in linea di principio, nell'ambito applicativo dell'art. 43 TCE" (punti 33-37).

Inoltre questa decisione è anche dipesa dal fatto che il diritto finlandese, tra i limiti dello sciopero, inserisca l'obbligo di pace sindacale fino alla scadenza del contratto collettivo, creando quindi una stretta sinergia tra azione collettiva e contratto collettivo.

La Corte inoltre ha affermato che il caso Viking si discosta dal caso Albany precisando (al punto 53 della sentenza Viking) che "il fatto che un accordo o un'attività siano estranei all'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza non comporta che tale accordo o tale attività siano altresì esclusi dalle disposizioni del medesimo Trattato relative alla libera circolazione delle persone o dei servizi, dal momento che tali disposizioni possiedono ciascuna proprie condizioni di applicazione".

2.2. L'Unione europea riconosce come diritto fondamentale il diritto di sciopero

Dopo aver affermato l'efficacia orizzontale diretta dell'art. 49 TFUE, la Corte doveva dare un'interpretazione dell'art. 153.5 TFUE, il quale si ricorda che esclude il diritto di sciopero dalla competenza comunitaria. In proposito i giudici di Lussemburgo hanno statuito, richiamando per analogia una serie di sentenze[232], che "sebbene nei settori che non rientrano nella competenza della Comunità gli Stati membri restino in linea di principio liberi di determinare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e i modi di esercizio degli stessi, resta tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, tali Stati sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario". Di conseguenza il fatto che l'art 137 TCE non si applichi né al

[232] Per quanto riguarda l'ambito della previdenza sociale cause C-120/95 *Decker* e C-158/96, *Kohll,* 28.04.1998; per quanto riguarda la fiscalità diretta causa C-334/02 *Commissione/Francia*, 04.03.2004 e causa C-446/03 *Mark & Spencer*, 13.12.2005.

diritto di sciopero né a quello di serrata non è in grado di sottrarre un'azione collettiva come quella in esame [...] all'applicazione dell'art. 43 TCE" (punto 40-41).

La Corte ha inoltre dichiarato che l'azione collettiva e quindi anche lo sciopero sono diritti fondamentali riconosciuti dal Trattato dell'Unione europea. Quest'affermazione è stata fatta dopo che la Corte ha richiamato molte disposizioni come la Carta sociale europea, la convenzione internazionale n. 87, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e la Carta di Nizza. In particolare, la Corte ha statuito (punto 44) che "il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tali diritti sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali". Quindi una volta che il diritto di azione collettiva è stato inserito nel diritto comunitario, è scaturita l'esigenza di bilanciarlo con le libertà economiche, e in particolare, nel caso Viking, con la libertà di stabilimento.

Inoltre la Corte (punti 46 e 47) ribadisce, richiamando le sentenze Schmidberger e Omega, che la salvaguardia dei diritti fondamentali costituisce un interesse legittimo, tale da giustificare una restrizione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, anche se scaturenti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato. Tuttavia, l'esercizio dei diritti fondamentali rientra nell'ambito applicativo delle norme del Trattato e deve essere contemperato con i diritti salvaguardati dal Trattato stesso, in base al principio di proporzionalità. Quindi in conclusione "il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da escludere le azioni collettive [...] dall'ambito di applicazione dell'art. 43 TCE".

2.3. Bilanciamento tra azione collettiva e libertà di stabilimento

Relativamente alla terza questione posta nel rinvio giudiziale, la Corte ha dichiarato che le azioni collettive come quelle messe in atto contro la Viking rappresentano delle restrizioni alla libertà di stabilimento. In particolare essa ritiene che, da una parte, lo sciopero promosso dalla FSU possa determinare lo scoraggiamento, oppure possa vanificare, l'esercizio del diritto di stabilimento da parte della Viking, in quanto non consente all'impresa finlandese di beneficiare nello Stato comunitario ospitante, cioè in Estonia, dello stesso trattamento previsto per le altre imprese stabilite in questo Stato. Dall'altra parte, un'azione collettiva attuata allo scopo di lottare contro le bandiere di convenienza perseguita dalla ITF è da ritenersi quantomeno idonea a limitare l'esercizio del diritto di stabilimento da parte della Viking.

Se l'azione collettiva è considerata limitativa del diritto di stabilimento, la restrizion**e**, secondo i giudici di Lussemburgo, è ammissibile solo se giustificata. A tale riguardo, la Corte afferma (punto 75) che la restrizione alla libertà di stabilimento è ammessa se:

1. persegue un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato;
2. è giustificata da ragioni imperative di interesse generale;
3. è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito;
4. non va oltre ciò che è necessario per conseguire l'obiettivo.

Riguardo al caso in esame, la Corte ha dichiarato (punti 77 ss.) che il diritto di attuare un'azione collettiva avente l'obiettivo di tutelare i lavoratori (nel caso di specie quello di tutelare e migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori dell'imbarcazione della Viking) rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una restrizione alle libertà economiche. Inoltre, secondo la Corte, la tutela dei lavoratori costituisce una ragione imperativa di interesse generale. Tuttavia l'azione collettiva per essere giustificata, secondo la Corte, deve essere (in base al suddetto punto 3) effettivamente collegata con il fine di tutela dei lavoratori. Questo non

accadrebbe "se fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati". Quindi qualora non si verifichi concretamente una minaccia al peggioramento delle condizioni di lavoro, l'azione collettiva non sarebbe giustificata. Questa valutazione deve essere effettuata dal giudice nazionale di rinvio. Nel caso in cui quest'ultimo rilevi che i posti e le condizioni di lavoro siano realmente a rischio, egli dovrà verificare (secondo il suddetto punto 4) la proporzionalità tra azione collettiva e obiettivo perseguito. Infatti la Corte afferma che il giudice deve "valutare in particolare, da un lato, se, ai sensi della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili a tale azione, la FSU non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dell'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione".

Quindi in sostanza l'azione collettiva si configura come ultima *ratio* per risolvere le controversie collettive, cioè quando non esistono altri strumenti adeguati a questo fine.

3. La sentenza Laval

Una settimana dopo la sentenza Viking, la Corte ha emanato la sentenza Laval.

La Laval era una società di diritto lettone, con sede a Riga, che controllava al 100% la Baltic, una società edile operante in Svezia. Quest'ultima, dopo aver vinto un appalto per la costruzione di una scuola nella città svedese di Vaxholm, voleva usufruire della libertà di circolazione dei servizi facendo svolgere i lavori relativi all'appalto a lavoratori assunti in Lettonia dalla Laval e distaccati in Svezia presso la Baltic, al fine di applicare al personale distaccato i trattamenti legali e contrattuali lettoni.

Dopo che nel 2004 la Laval ha distaccato circa 35 lavoratori in Svezia per farli lavorare nei cantieri della Baltic, il sindacato svedese dei lavoratori

ha cercato di convincere l'impresa lettone a firmare il contratto collettivo dell'edilizia applicato ai lavoratori svedesi.

Dopo che più tentativi non sono andati a buon fine, nel novembre 2004, il sindacato svedese dei lavoratori edili, sostenuto dalla solidarietà del sindacato svedese degli elettrici, attuò un'azione collettiva interrompendo il lavoro nel cantiere edile svedese. Questo blocco si concretizzò con l'impedimento di consegna delle merci al cantiere e proibendo l'ingresso nel cantiere sia ai lavoratori lettoni e sia ai veicoli. Questo sciopero costrinse l'impresa lettone, dopo aver continuato a rifiutare di firmare il contratto collettivo svedese, a rinunciare all'appalto e di conseguenza al distacco dei propri dipendenti nel cantiere svedese.

La società Laval, nel dicembre dello stesso anno, si rivolse al giudice del lavoro svedese allo scopo di fare accertare l'illegittimità dello sciopero diretto e di quello di solidarietà, in quanto contrastanti con l'art. 56 TFUE (ex art. 49 TCE che si riferisce alla libera circolazione dei servizi) e con la direttiva 96/71, la quale disciplina il distacco dei lavoratori in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti, per svolgere una prestazione di servizi.

Il giudice svedese, nell'aprile del 2005, sospese il giudizio e decise di rivolgersi alla Corte di giustizia europea in via pregiudiziale. In particolare furono sollevate le seguenti questioni:

1. se sia in contrasto con il principio di libera prestazione di servizi, con il divieto di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 TCE, ora art. 18 TFUE) e con la direttiva 96/71, un'azione collettiva esercitata sotto forma di blocco avente lo scopo di "indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato ospitante relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come [il contratto collettivo dell'edilizia], nel caso in cui la situazione nello Stato ospitante sia tale per cui la legislazione volta a trasporre detta direttiva è priva di qualsiasi

disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione [presenti] nei contratti collettivi" (punto 40 Laval).

2. Se l'art. 56 TFUE, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e la direttiva 96/71 impediscano l'applicazione della legge svedese 10 giugno 1976 (MBL) sulla partecipazione dei dipendenti alle decisioni negoziate, della quale si sono giovati i sindacati che hanno messo in atto l'azione collettiva.

Innanzitutto si evidenzia che i giudici di Lussemburgo (punti 87 ss.) hanno ritenuto che il caso in esame coinvolgesse, a differenza del caso Viking, la libera circolazione dei servizi e non il diritto di stabilimento. Tuttavia al di là di questa differenza, la Corte ha richiamato molti concetti stabiliti nella sentenza Viking. In particolare ha affermato l'effetto diretto orizzontale dell'art. 56 TFUE e la riconducibilità dell'azione collettiva nell'ambito di applicazione di questo articolo; ha dichiarato che l'azione collettiva può costituire una restrizione alla libera prestazione di servizi; inoltre, ha ribadito che l'azione collettiva è un diritto fondamentale riconosciuto dall'Unione europea e che deve essere quindi bilanciato con le libertà economiche fondamentali e, infine, che la limitazione della libertà di circolazione, da parte dell'azione collettiva, è giustificata solo in presenza delle medesime condizioni statuite nella sentenza Viking.

La Corte giudicò l'azione collettiva attuata dai sindacati svedesi come una limitazione ingiustificata della libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE). Essa giunse a questa conclusione sostanzialmente in seguito:

a) alla dichiarazione di contrarietà al principio di non discriminazione in base alla nazionalità della legge svedese 10 giugno 1976;
b) all'interpretazione della direttiva 96/71.

3.1. Ordinamento svedese e legittimità dell'azione collettiva

Relativamente al punto a) cerchiamo di descrivere com'è disciplinato il diritto di azione collettiva in Svezia.

La legge MBL, assieme alla Costituzione, garantisce la libertà sindacale nell'ordinamento svedese. In particolare la Costituzione e gli artt. 41-44 MBL attribuiscono il diritto di attuare un'azione collettiva alle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro. Questo diritto può inoltre essere specificato o limitato da altre norme di legge o da un contratto collettivo.

Secondo l'interpretazione della giurisprudenza dei Tribunali del lavoro, nell'ordinamento svedese l'azione collettiva è illegittima solo se è finalizzata ad abrogare o a modificare un contratto collettivo vigente. Questa illegittimità è stata estesa, attraverso la sentenza *Britannia*[233] anche all'azione collettiva che mira a eliminare o modificare un contratto collettivo concluso fra parti straniere, in un luogo di lavoro situato all'estero, nel caso in cui "detta azione collettiva sia vietata dal diritto straniero applicabile alle parti firmatarie di tale contratto collettivo".

Il principio contenuto in questa sentenza è stato successivamente limitato dalla *Lex Britannia*, una legge svedese che ha introdotto tre disposizioni nella MBL: gli artt. 25 bis, 31 bis e 42, c. 3. Quest'ultima disposizione è quella che riguarda il caso Laval. Essa stabilisce che il sindacato ha il diritto di attuare azioni collettive che abbiano lo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo vigente nei confronti di un datore di lavoro straniero che esercita temporaneamente un'attività in Svezia, nel caso in cui si sia in presenza di una situazione che faccia ritenere che il legame tra tale datore di lavoro e il Paese scandinavo sia troppo tenue perché si possa applicare direttamente la MBL. Quindi sostanzialmente il sindacato ha il diritto di non rispettare le disposizioni di questo contratto collettivo. Ovviamente l'intento della *Lex Britannia* è quello di permettere ai sindacati di stipulare contratti collettivi che stabiliscano termini e condizioni di occupazione uguali a quelli previsti normalmente dagli accordi collettivi applicati in Svezia, allo scopo di ostacolare il dumping sociale e la concorrenza sleale.

[233] Sentenza del Tribunale del lavoro AD 1989, n. 20.

Quindi in definitiva, in base a queste considerazioni sia l'azione collettiva promossa dal sindacato edile svedese e sia quella di solidarietà attuata dal sindacato degli elettrici sono da ritenersi rispettosi della *Lex Britannia*. Tuttavia i giudici di Lussemburgo hanno censurato quest'ultima legge in quanto non rispettosa del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, ai sensi dell'art 18 TFUE. In particolare la Corte ha affermato che secondo la giurisprudenza consolidata "la libera prestazione di servizi implica, in particolare, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore in ragione della sua nazionalità o del fatto che il prestatore sia stabilito in uno Stato membro diverso da quello nel quale la prestazione deve essere fornita" (punto 114). La discriminazione si manifesta applicando regole diverse a situazioni comparabili o regole uguali a situazioni differenti. In proposito la Corte ha precisato che "una disciplina nazionale come quella in esame nella causa principale, la quale non tenga conto, indipendentemente dal loro contenuto, dei contratti collettivi ai quali le imprese che distaccano lavoratori in Svezia sono già vincolate nello Stato membro in cui sono stabilite, crea una discriminazione nei confronti di tali imprese, applicando loro il medesimo trattamento riservato alle imprese nazionali che non hanno concluso un contratto collettivo" (punto 116).

Infine la Corte ha dichiarato (punto 119) che le discriminazioni disposte dalla *Lex Britannia*, non possono essere giustificate in quanto non sono riconducibili a motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, ai sensi dell'art. 53 TFUE (ex art. 46 TCE).

3.2. Interpretazione della direttiva 96/71 e legittimità dell'azione collettiva

La direttiva sul distacco dei lavoratori (96/71) ha lo scopo di eliminare tutto ciò che ostacoli la libera prestazione di servizi, assicurando ai lavoratori distaccati in uno Stato membro diverso da quello di residenza le stesse condizioni di lavoro previste nel Paese comunitario di destinazione. Essa "si

applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino i lavoratori" in un altro Paese membro (art. 1, 1). L'art. 1, comma 3 precisa che il distacco dei lavoratori si riferisce alle imprese che distacchino i lavoratori (a condizione che tra impresa distaccante e lavoratore distaccato nel periodo di distacco esista un rapporto di lavoro):

1. per loro conto o sotto la loro direzione nell'ambito di un contratto stipulato tra l'impresa distaccante e il destinatario della prestazione di servizi;
2. in uno stabilimento o in un'impresa facente parte dello stesso gruppo;
3. in qualità di impresa di lavoro temporaneo o di impresa che effettua la cessione temporanea dei lavoratori presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività all'interno di uno Stato comunitario.

La direttiva definisce un insieme di regole imperative riguardanti le condizioni di lavoro e di occupazione che il Paese membro ospitante deve garantire ai lavoratori in esso distaccati, "qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro". Queste regole possono essere stabilite da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, ai sensi dell'art. 3, comma 8[234] della direttiva (art. 3, 1). Sulla base del principio di parità di trattamento, questi contratti collettivi e arbitrati possono comunque essere estesi anche ad attività e settori e diversi da quelli menzionati dalla direttiva (art. 3, 10). Nel caso in cui non sia prevista un'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi e degli arbitrati, è possibile avvalersi "dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale

[234] Secondo il comma 8 dell'art. 3 per contratti collettivi o arbitrati di applicazione generali "si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate".

interessate e/o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale" (art. 3, 8). Tutto ciò sempre a condizione che la loro applicazione garantisca la parità di trattamento.

L'art. 3, comma 1, precisa che le condizioni di lavoro e di occupazione che devono essere garantite si riferiscono: ai periodi massimi di lavoro e minimi di riposo; alla durata massima annuale delle ferie; alle tariffe minime salariali; alla salute, alla sicurezza e all'igiene sul lavoro; a misure protettive riguardanti le condizioni di lavoro svolto da donne incinte e puerpere, bambini e giovani; a trattamenti non discriminatori, in particolare tra i sessi. La direttiva inoltre specifica che queste condizioni di lavoro e di occupazione costituiscono degli standard minimi essendo possibile, ai sensi dell'art. 3, comma 7, applicare condizioni più favorevoli ai lavoratori. Infine gli Stati membri hanno la facoltà di fissare condizioni di lavoro e di occupazione, nel rispetto del Trattato, anche su altre materie rispetto a quelle suddette, "laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico" (art. 3, 10), sulla base del principio di parità di trattamento.

La direttiva 96/71 è stata attuata dalla Svezia attraverso la legge n. 678 del 1999. Si evidenzia che questa legge ha dato attuazione a tutte le materie previste dalla direttiva, ad esclusione delle tariffe minime salariali, la cui regolazione è stata rinviata alla contrattazione collettiva.

Con riguardo al caso Laval, si precisa che il contratto collettivo dell'edilizia firmato dal sindacato dei lavoratori e dall'organizzazione datoriale svedese ha caratteristiche particolari. Infatti non prevede alcuna disposizione sul salario minimo: il contratto collettivo fissa una disciplina generale e successivamente a livello locale, cioè nei luoghi di lavoro, vengono negoziati i trattamenti retributivi in relazione alla prestazione lavorativa e al progetto di costruzione, tenendo conto della qualifica e delle mansioni dei lavoratori.

Nella sentenza Laval, la Corte (punti 65-67), dopo aver ricordato che in Svezia le tariffe minime salariali previste dalla direttiva non sono state

determinate da disposizioni legislative, ha evidenziato che i contratti collettivi, secondo l'ordinamento svedese, non hanno efficacia generale e che, inoltre, nel Paese scandinavo non è stata utilizzata la possibilità di estendere l'efficacia dei contratti collettivi attraverso le modalità previste dall'art. 3, comma 8 della direttiva 96/71. Inoltre la Corte considera che le retribuzioni nel settore edile fissate da trattative caso per caso non siano da ritenersi dei minimi salariali. Di conseguenza, non è possibile, secondo la Corte, che la sottoscrizione del contratto collettivo possa essere imposta ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri sulla base della direttiva (punto 70-71).

Inoltre i giudici di Lussemburgo sottolineano che le condizioni di occupazione e di lavoro, in particolare quelle riguardanti gli orari di lavoro e le ferie annuali, stabilite in questi contratti, erano più favorevoli ai lavoratori rispetto a quelle stabilite dalla legge svedese n. 678/1999 sulle materie dell'art. 3.1 della direttiva. Questo non sembrerebbe in contrasto con la direttiva in quanto, come abbiamo detto sopra, l'art. 3.7 consente ai contratti di applicare condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli ai lavoratori. La Corte però ha spiegato che quest'ultima disposizione non deve essere interpretata nel senso che essa "consentirebbe allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima", previste dall'art. 3.1, in quanto "tale interpretazione finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame"; l'art. 3.7 va invece interpretato nel senso che permette ai lavoratori distaccati di mantenere, sulle materie previste da questa disposizione, le condizioni di lavoro e di occupazione che eventualmente già beneficiano "in applicazione della legge o dei contratti collettivi nello Stato membro di origine" (punto 80).

Questa interpretazione si giustifica, anche se la Corte non lo afferma esplicitamente, per il fatto che se fossero imposte al prestatore di servizi straniero condizioni di lavoro più favorevoli ai lavoratori, il vantaggio competitivo derivante dai costi di lavoro più bassi verrebbe notevolmente

ridotto, verificandosi in questo modo un ostacolo alla libera circolazione dei servizi.

In ogni caso comunque, la Corte sottolinea che, anche se il rispetto di trattamenti più favorevoli ai lavoratori rispetto ai livelli minimi non possa essere imposto alle imprese stabilite in altri Paesi comunitari, queste ultime possono comunque firmare volontariamente nel Pese membro ospitante un contratto collettivo che preveda condizioni di lavoro e di occupazioni più favorevoli (punto 81).

Infine si evidenzia che il contratto collettivo edile contiene condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti anche materie diverse rispetto a quelle previste dalla direttiva (provvedimenti sulla disoccupazione temporanea e sul tempo d'attesa, sulla tutela contro i licenziamenti e sulla formazione e l'obbligo per le imprese di versare al sindacato una somma pecuniaria per il controllo svolto sulle retribuzioni e per i premi assicurativi dei dipendenti). In proposito la Corte afferma che queste disposizioni, essendo state, determinate dalle parti sociali, queste ultime non possono giovarsi dell'art. 3, comma 10 "per invocare ragioni di ordine pubblico al fine di dimostrare la conformità al diritto comunitario di un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale", in quanto esse non costituiscono dei soggetti di diritto pubblico (punto 84).

In definitiva quindi, la Corte ha ritenuto che le azioni collettive finalizzate a indurre le imprese stabilite in altri Paesi membri a firmare un contratto collettivo, al cui interno siano previste sia delle clausole che si discostino dalle disposizioni legislative prevedendo condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli relativamente alle materie stabilite dall'art. 3.1 della direttiva 96/71, e sia altre clausole che si riferiscano a materie diverse da quelle previste da quest'ultima disposizione, siano in grado "di scoraggiare o rendere più difficile per tali imprese l'esecuzione di lavori di costruzione sul territorio svedese" e che quindi costituiscano una restrizione alla libera prestazione di servizi (punto 99).

Questa restrizione, secondo la Corte, non può essere ammessa, rendendo quindi illegittima l'azione collettiva in esame. I giudici di Lussemburgo hanno infatti affermato che, nonostante la protezione dei lavoratori nello Stato ospitante nei confronti del dumping sociale costituisca una ragione di interesse generale, gli obblighi derivanti dalla sottoscrizione del contratto riguardante il caso Laval vanno oltre le norme imperative di protezione minima che lo Stato membro ospitante deve imporre in base alla direttiva 96/71 e di conseguenza la restrizione alla libera prestazione di servizi non può essere giustificata (punti 103 ss.).

La Corte ha inoltre evidenziato che il sistema di negoziazione caso per caso non può essere imposto sulla base della direttiva 96/71 anche perché esso non rispetta l'obbligo di trasparenza stabilito dall'art. 4, comma 3 della direttiva, secondo il quale ogni Paese comunitario "adotta provvedimenti idonei affinché le informazioni relative alle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'articolo 3 siano generalmente accessibili", in quanto il prestatore di servizi straniero avrebbe molta difficoltà o sarebbe impossibilitato a quantificare ex ante gli obblighi relativi ai minimi salariali cui dovrebbe conformarsi (punto 110).

4. La sentenza Rüffert

Dopo pochi mesi dalla sentenza Laval, la Corte di giustizia europea ha emanato la sentenza Rüffert.

Il signor Rüffert era il curatore fallimentare di una società tedesca vincitrice, nel 2003, di una gara pubblica d'appalto relativa a lavori strutturali edili di un istituto penitenziario in Germania, precisamente nel Land della Bassa Sassonia nella città di Göttingen-Rosdorf. Questa società ha poi concesso i lavori in subappalto a una società stabilita in Polonia avente una filiale in Germania.

Secondo la legge del Land della Bassa Sassonia sull'aggiudicazione dei pubblici appalti, le imprese che partecipano alle gare pubbliche di appalto

hanno l'obbligo di pagare ai propri dipendenti retribuzioni almeno pari a quelle stabilite dal contratto collettivo del luogo di esecuzione della prestazione. L'inosservanza di questa legge è sanzionata con una penale convenzionale. Inoltre questi obblighi devono essere imposti dall'appaltatore anche agli eventuali subappaltatori.

Nel 2004 è stato rilevato, attraverso un procedimento giudiziario, che l'impresa subappaltatrice ha pagato a 53 dipendenti distaccati retribuzioni inferiori rispetto a quelle previste dal contratto del settore edile. Questo portò l'amministrazione tedesca a risolvere il contratto d'appalto e a pretendere che l'impresa tedesca, in quanto appaltante principale e conoscitrice delle violazioni della legge della Bassa Sassonia da parte della società subappaltatrice, versasse la penale prefissata. Il signor Rüffert si oppose a questa decisione e il giudice tedesco, investito da questa difficile controversia, sospese il procedimento e sollevò una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia europea, chiedendo se la disposizione relativa al rispetto delle retribuzioni prevista dalla legge della Bassa Sassonia fosse in contrasto con la libertà di prestazione di servizi (art. 56 TFUE) e con la direttiva 96/71, in quanto la legge del Land tedesco impone alle imprese di pagare retribuzioni ai propri lavoratori distaccati per l'esecuzione dell'appalto che sono molto spesso maggiori rispetto al salario minimo obbligatorio fissato dalla legge nazionale tedesca.

Secondo la Corte la legge della Bassa Sassonia è incompatibile con la direttiva 96/71, in quanto essa non rientra tra gli strumenti che la direttiva prevede per disciplinare le condizioni di lavoro e di occupazione per i lavoratori distaccati. Infatti essa costituisce una norma che non fissa essa stessa la retribuzione e quindi non può essere compresa tra le disposizioni legislative previste dall'art. 3.1 della direttiva (punto 24). Inoltre il contratto collettivo del settore edilizio non è di applicazione generale e riguarda solo gli appalti pubblici, non quelli privati. Infine il contratto collettivo non è nemmeno del tipo di quelli previsti dall'art. 3, comma 8 (punti 26-27-28-29 e 30). Ne

consegue che la retribuzione fissata dal contratto collettivo non può essere considerata una tariffa minima ai sensi dell'art. 3.1 della direttiva, considerando anche il fatto che, coerentemente con quanto sostenuto dal giudice di rinvio, essa è superiore a quella fissata dalla legge nazionale tedesca applicata ai lavoratori distaccati (punti 31 e 40).

La Corte (punti 33-34) inoltre precisa che la retribuzione prevista dalla legge della Bassa Sassonia non può essere ritenuta una condizione di lavoro e di occupazione più favorevole ai lavoratori ai sensi dell'art. 3.7 della direttiva sul distacco dei lavoratori. Infatti quest'ultima disposizione deve essere interpretata come stabilito dalla sentenza Laval (ai punti 80-81)[235].

Conseguentemente a questa interpretazione della direttiva si collega una restrizione alla libera prestazione di servizi da parte della legge in esame, in quanto "obbligando gli aggiudicatari di appalti pubblici di lavori e, indirettamente, i loro subappaltatori ad applicare la retribuzione minima così come prevista dal contratto collettivo "Settore edilizio", una legge come quella del Land può imporre ai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro, che applichi salari minimi inferiori, un onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Pertanto, un provvedimento quale quello in discussione nella causa principale è tale da costituire una restrizione ai sensi dell'art. 49 TCE" (punto 37).

5. La sentenza Commissione c. Lussemburgo

In Lussemburgo nel 2002 è stata emanata una legge in attuazione della direttiva 96/71. Essa stabiliva che tutte le disposizioni legislative, amministrative, regolamentari e quelle previste dai contratti collettivi ad efficacia generale, che disciplinano un'ampia serie di materie del rapporto di lavoro, rappresentano "disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale"

[235] Si rinvia al par. 3.2 del Cap. 4.

e quindi si applicano a "tutti i lavoratori che esercitano un'attività nel Granducato di Lussemburgo, inclusi quelli ivi distaccati a titolo temporaneo".

Questa legge riteneva vincolanti, per le imprese stabilite in Paesi membri stranieri, disposizioni riguardanti le condizioni di lavoro e di occupazione inerenti a materie diverse rispetto a quelle previste dalla direttiva sul distacco dei lavoratori.

Questa situazione portò la Commissione europea a invocare l'intervento della Corte di giustizia europea, sostenendo che il Lussemburgo aveva trasposto in modo errato gli artt. 3.1 e 3.10 della direttiva 96/71.

La Corte ha censurato questa legge in quanto ha ritenuto che le disposizioni di diritto del lavoro riguardanti materie non comprese tra quelle dell'art. 3.1 della direttiva non possano essere imposte da uno Stato membro ai lavoratori di imprese di altri Paesi comunitari per motivi di ordine pubblico ai sensi dell'art. 3.10, dichiarando che la disposizione di ordine pubblico "va interpretata restrittivamente e la sua portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati" (punto 30).

La Corte per definire le "disposizioni di ordine pubblico" richiamò la dichiarazione n. 10 inserita nei verbali del Consiglio dell'Unione europea al momento dell'adozione della direttiva. Secondo questa dichiarazione sono comprese tra queste disposizioni quelle "vincolanti cui non si può derogare e che, per la loro natura ed il loro obiettivo, rispondono ad esigenze imperative dell'interesse pubblico". Tra queste disposizioni possono rientrare il divieto di lavoro forzato o il coinvolgimento di autorità pubbliche nella sorveglianza del rispetto della legislazione riguardante le condizioni di lavoro (punto 32).

Nonostante che il Granducato del Lussemburgo abbia sostenuto nelle sue difese che la legge del 2002 avesse l'obiettivo di protezione del potere d'acquisto dei lavoratori e quello di pace sociale nel Paese, la Corte ha affermato che lo Stato membro ha il dovere di dimostrare "la necessità e la proporzionalità delle misure adottate" (punto 53). Se lo Stato membro non fornisce questa prova, il punto di bilanciamento tra l'interesse nazionale di

protezione del sistema sociale interno e l'interesse dell'Unione alla libera circolazione non potrebbe che essere rappresentato dalla possibilità di applicare il diritto interno del Paese ospitante esclusivamente per le materie previste dall'art. 3.1 della direttiva sul distacco dei lavoratori.

Infine la Corte ha dichiarato che è lesiva della libera prestazione di servizi ai sensi dell'art. 56 TFUE la disposizione della legge lussemburghese che prescrive alle imprese di servizi transnazionali di "disegnare un mandatario *ad hoc* residente in Lussemburgo ai fini della conservazione dei documenti necessari ai controlli esercitati dalle competenti autorità nazionali", in quanto in base al test di proporzionalità "la designazione di un lavoratore presente sul luogo della prestazione di servizi affinché i documenti necessari per il controllo siano messi a disposizione delle competenti autorità nazionali costituirebbe una misura meno restrittiva della libera prestazione dei servizi ed efficace tanto quanto l'obbligo contestato" (punto 91).

6. Un'analisi critica delle sentenze della Corte di giustizia europea

Il problema su come far coesistere le libertà economiche fondamentali e il diritto di azione collettiva si è posto, nei casi Viking e Laval, nel momento in cui la Corte di giustizia europea ha attribuito alle prime l'effetto orizzontale diretto, facendo rientrare i contratti collettivi tra le normative generali.

Si evidenzia che con questa decisione, la Corte ha ignorato il regime giuridico nel diritto nazionale (dei Paesi membri) dei contratti collettivi e non ha tenuto conto che in base alla direttiva servizi (direttiva 2006/123 CE, art. 4), i contratti collettivi non rientrano tra gli strumenti idonei a fissare gli obblighi, i divieti e le altre limitazioni alla libera circolazione dei servizi[236].

Con l'efficacia orizzontale diretta delle norme sulla libera prestazione di servizi e sul diritto di stabilimento si è verificato sostanzialmente un

[236]Vedi Ballestrero M.V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in Lavoro e Diritto/ a. XXII, n. 2, primavera 2008 .

rafforzamento della libertà d'impresa (la quale è comunque riconosciuta nei vari ordinamenti degli Stati membri), in quanto viene posto un limite maggiore all'azione collettiva. Per comprendere questo aspetto facciamo riferimento all'Italia. Nel nostro paese, come abbiamo visto, la Cassazione per tutelare la libertà economica ha affermato che lo sciopero diventa illegittimo quando lede la produttività dell'impresa. E' chiaro che in base a questo principio uno sciopero come quello attuato dai sindacati svedesi, nel caso Laval, poteva essere dichiarato illegittimo anche dai giudici italiani, in quanto in seguito all'azione collettiva l'impresa Baltic è fallita, configurandosi quindi una lesione della produttività dell'impresa svedese. Si precisa però che il limite previsto dalla nostra giurisprudenza, derivante dall'art. 41 Cost., è diverso da quello stabilito dalla Corte di giustizia europea dedotto dagli artt. 49 e 56 TFUE. Infatti il primo limite è stato previsto per tutelare la sopravvivenza dell'impresa e per permettere a quest'ultima di rimanere sul mercato al termine dell'azione collettiva. Il secondo invece è molto più ampio, in quanto è stato posto per tutelare anche l'esercizio dell'attività di impresa e la sua libertà di muoversi ed agire sul mercato. Questo implica che, per esempio, uno sciopero può essere illegittimo in base a quanto stabilito dai giudici di Lussemburgo, mentre potrebbe non esserlo secondo la giurisprudenza italiana.[237]

In proposito è utile precisare che nel nostro Paese la Corte costituzionale ha affermato in più sentenze[238] che ogni principio costituzionale fondamentale e inderogabile (e quindi anche il diritto di sciopero) previsto dalla Costituzione italiana non può essere violato da normative comunitarie. In questo modo quindi è possibile, nel caso in cui si ritenesse che il diritto comunitario fosse in contrasto con i principi fondamentali costituzionali, sollevare la questione alla Corte costituzionale, la quale, qualora

[237] Vedi Orlandini G., "*Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano,* 2008.
[238] Vedi le seguenti sentenze: *Acciaierie San Michele* (n.98, 27 dicembre 1965), *Frontini* (n. 183 del 27 dicembre 1973), *Industrie chimiche* (n. 232 del 30 ottobre 1975), *Granital* (n. 170 dell'8 giugno 1984), *Fragd* (n. 232 del 21 aprile 1989), *Provincia autonoma di Bolzano* (n. 126 del 24 aprile 1996).

considerasse fondata la violazione del principio costituzionale, avrebbe la possibilità di dichiarare l'incostituzionalità della legge italiana di esecuzione del Trattato comunitario, "nella misura in cui consentisse a specifiche disposizioni o atti comunitari di spiegare i propri effetti nell'ordinamento italiano"[239]. Questo meccanismo di difesa dei principi fondamentali di un ordinamento nazionale di un Paese comunitario è chiamato "teoria dei controlimiti".

6.1. Un bilanciamento "sbilanciato"

Dopo aver affermato l'efficacia orizzontale degli artt. 49 e 56 TFUE, il passo successivo compiuto dalla Corte di giustizia europea è stato quello di riconoscere come diritto fondamentale il diritto di azione collettiva. Questo riconoscimento si fonda sull'interpretazione dell'art. 153.5 TFUE, il quale ricordiamo che nelle sentenze Viking e Laval è stato considerato come una norma che, nonostante non sia applicabile al diritto di sciopero, non permette a quest'ultimo di essere immune al diritto comunitario.

Questa interpretazione non è molto convincente, in quanto è condivisibile il fatto che ogni Stato dell'Unione debba rispettare il diritto comunitario nell'esercizio delle proprie competenze, ma questo non significa che la Corte possa imporre agli Stati le regole per esercitare tali competenze. Inoltre quando il diritto di sciopero è anche tutelato dalla Costituzione, la Corte nel momento in cui stabilisce le regole per il suo esercizio assume un ruolo che non le spetta, cioè di mediatore di valori costituzionali "interni"[240].

Nell'interpretare l'art. 153.5 la Corte ha richiamato, inoltre, per analogia una serie di sentenze[241]. In realtà in queste ultime si era in presenza di materie che non rientravano nella competenza comunitaria solamente per il

[239] Villani U., *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano, in Studi in onore di Vincenzo Starace,* vol. II, Editoriale Scientifica Napoli, 2008. In dottrina vedi anche Ingravallo I., *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?,* in Vimercati A., *Il conflitto sbilanciato,* Bari, 2009.
[240] Vedi Ballestrero M.V., *ult. op. cit.*
[241] Vedi nota 232.

fatto che non erano espressamente devolute alle competenze dell'Unione, in linea con quanto dispone l'art. 5.1 TCE, secondo il quale "la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato". Invece la norma 153.5 esclude espressamente il diritto di sciopero tra le materie di competenza comunitaria. Se si considera che l'ordinamento dell'Unione europea non è originario, ma che deriva dall'attribuzione da parte degli Stati membri di competenze e poteri regolativi, sarebbe stato ragionevole ritenere questa esclusione come un mancato conferimento alla Corte di giustizia europea di poteri relativi al bilanciamento tra libertà economiche e diritto di sciopero regolato dagli ordinamenti nazionali. Quindi in questo modo sono solo gli Stati membri che hanno la competenza a bilanciare, attraverso gli equilibri interni previsti dagli ordinamenti nazionali, il diritto di sciopero con tutte le manifestazioni di libertà di iniziativa economica, incluse le libertà economiche fondamentali[242].

La Corte inoltre equipara il diritto di sciopero sia a qualsiasi diritto sociale previsto da norme "ordinarie" di tutela del lavoro e sia ai diritti fondamentali della persona (tra cui rientrano le libertà economiche fondamentali). Entrambe le parificazioni sono da ritenersi inadeguate, in quanto lo sciopero, essendo stato riconosciuto come diritto sociale fondamentale, merita una tutela maggiore rispetto agli altri diritti di tutela del lavoro. Inoltre il diritto di sciopero in molti ordinamenti nazionali (tra i quali quello del nostro Paese) viene privilegiato rispetto alle libertà di iniziativa economica, allo scopo di creare un'eguaglianza sostanziale tra le parti del rapporto di lavoro[243].

Si evidenzia però che la Corte non fa riferimento a nessuna nozione comunitaria di diritto di azione collettiva che si sovrapponga a quelle degli ordinamenti nazionali. Questo significa che questo diritto si inserisce tra i diritti fondamentali dell'Unione solo se è previsto nell'ordinamento nazionale,

[242] Vedi Ballestrero M.V., *ult. op. cit*. e Carabelli U., *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e la libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione comunitaria,* 2009. E' favorevole invece alla posizione della Corte sull'interpretazione dell'art. 137.5 Sciarra S., *Viking e Laval: sciopero, contratto collettivo e libertà fondamentali nel mercato europeo,* 2008.
[243] Si rinvia al cap. 3.

mentre se in quest'ultimo non è presente non si pone nessun problema di bilanciamento con le libertà economiche[244].

Inoltre, riconoscendo il diritto di azione collettiva solo a condizione che rispetti il principio di proporzionalità, la Corte subordina i diritti fondamentali alle libertà economiche. In pratica in questo modo il diritto di sciopero può limitare le libertà economiche solo nei limiti in cui lo può fare un qualsiasi atto di diritto pubblico. Questa equiparazione tra azioni collettive e misure pubblicistiche non appare coerente con la natura stessa dell'autonomia privata, in quanto in ogni azione sindacale c'è sempre una determinante variabile di imprevedibilità degli effetti. Invece la Corte con le sentenze vuole predeterminare le azioni collettive come succede per le norme di diritto pubblico. Sostanzialmente affermare che l'azione sindacale non è giustificabile da "ragioni imperative di interesse generale" non è coerente con il ruolo del sindacato, il quale deve tutelare i lavoratori ad esso aderente e non soddisfare, come la legge, un interesse generale[245].

Si evidenzia poi che l'affidamento al giudice di rinvio della valutazione sull'esistenza dei mezzi diversi dal conflitto che permettano di raggiungere il risultato contrattuale desiderato lasci ampi margine di discrezionalità.

Il bilanciamento affermato dalla Corte finisce con il configurare lo sciopero come ultima *ratio* per risolvere le controversie collettive. Questo porta a conseguenze per i sindacati nazionali e per i giudici che devono valutare la legittimità delle azioni collettive. In tanti ordinamenti sono previste dalla legge o dai contratti collettivi procedure arbitrali e di conciliazione che impongono vincoli procedurali all'esercizio del diritto di sciopero e quindi in questi casi il principio di ultima *ratio* è già espresso dal diritto interno, ma possono derivare responsabilità inedite in seguito all'inosservanza delle disposizioni interne. Per esempio una violazione di disposizioni procedurali

[244] Vedi Orlandini G., *ult. op. cit.*
[245] Vedi Angiolini V., *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, 2008 e Vecchio F., *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, 2010.

nell'ambito dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, oltre a determinare conseguenze sul piano sanzionatorio previsto dalla legge potrebbe determinare nuove responsabilità per eventuali danni provocati all'impresa nel caso in cui lo sciopero leda la libertà di circolazione di quest'ultima. Invece quando gli ordinamenti nazionali non prevedono disposizioni legislative o contrattuali inerenti all'esercizio di sciopero non è possibile che il diritto comunitario possa imporre il principio di ultima *ratio* mancando i vincoli procedurali che devono essere rispettati[246].

Un altro aspetto importante sancito nelle sentenze Laval e Viking è l'inglobazione dell'azione di collettiva nella contrattazione collettiva. Essa rappresenta una palese forzatura nel caso Viking in quanto l'azione collettiva era finalizzata innanzitutto a impedire che l'impresa cambiasse bandiera e, solo successivamente mirava a spingere la Viking a stipulare un contratto collettivo che conservasse i livelli di occupazione e i trattamenti retributivi previsti dal contratto finlandese[247].

In ogni caso comunque sembra esserci una controversia piuttosto evidente nell'orientamento della Corte: mentre un contratto collettivo, stipulato volontariamente dalle parti, che regola condizioni di lavoro e di occupazione è sempre legittimo, un'azione collettiva finalizzata a far stipulare un contratto collettivo sulle medesime materie può essere valutata illegittima in quanto contrastante con le libertà economiche. Secondo il ragionamento della Corte, infatti, "lo sciopero altera la volontarietà delle relazioni contrattuali tra le parti"[248]. Questa posizione è nettamente in contrasto con la miglior dottrina gius-sindacale europea nei paesi occidentali che si è sviluppata dal secondo dopoguerra, secondo le cui teorie lo sciopero per fini contrattuali non può mai essere ritenuto come un'azione di pressione la cui legittimità debba essere valutata in base alla compatibilità tra le rivendicazioni di miglioramento delle condizioni di lavoro e l'esercizio della

[246] Vedi Orlandini, G., *ult. op. cit.*
[247] Vedi Ballestrero M.V., *ult. op. cit.*
[248] Carabelli U., *ult. op. cit.*

libertà di iniziativa economica. Invece la Corte sostiene che le imprese non debbano subire azioni collettive finalizzate a ottenere risultati contrattuali che limitino eccessivamente le libertà economiche fondamentali; tutto questo a prescindere che agli imprenditori spetti o meno la possibilità di opporsi allo sciopero in modo equivalente, cioè attraverso la serrata. Questo orientamento evidenzia l'atteggiamento ostile della Corte verso il conflitto sindacale.

In base a queste considerazioni viene da chiedersi che tipo di democrazia sindacale ed economica garantistica il diritto comunitario, considerando il fatto che il sistema volontaristico è messo a rischio dall'esercizio del diritto di sciopero per fini contrattuali, i cui contenuti rivendicativi sono assoggettati a un controllo istituzionale. Correlativamente ci si chiede se sia corretto che la libertà di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva possano essere sottoposte a un controllo sui contenuti dell'azione rivendicativa da parte della Corte. Il diritto di associazione rientra nell'art. 153.5 TFUE e quindi questo tipo di controllo sembra un'invadenza comunitaria non giustificata[249].

Tutte queste considerazioni hanno spinto più autori a definire il bilanciamento operato dalla Corte di giustizia europea, come bilanciamento "sbilanciato", nel quale emerge una tendenza a favorire i principi economici rispetto ai diritti sociali[250].

6.2. La discutibile interpretazione della direttiva sul distacco dei lavoratori

Nella sentenza Laval assume un ruolo centrale l'efficacia orizzontale attribuita alla direttiva 96/71: viene in pratica riconosciuto al datore di lavoro, nei confronti del quale è stata attuata l'azione collettiva, di invocare le disposizioni della direttiva, non semplicemente per richiedere di disapplicare

[249] Vedi Carabelli U. *ult. op. cit.*

[250] Di bilanciamento "sbilanciato" parla in particolare Ballestrero M.V. in *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*INT* - 55/2007.

una norma statale in contrasto con la direttiva, ma per censurarne l'errato recepimento del sindacato. Questo significa che la direttiva fa sorgere obblighi direttamente in capo ai soggetti privati[251].

Innanzitutto ricordiamo che nella sentenza Laval (e successivamente nella sentenza Rüffert) la Corte ha affermato che in base all'art. 3.1 della direttiva il Paese dell'Unione ospitante, secondo le modalità previste da quest'ultima disposizione e dall'art. 3.8, può imporre, in materia di retribuzione, alle imprese transnazionali fornitrici di servizi che distacchino i lavoratori sul proprio territorio, solo i minimi salariali. Di conseguenza, secondo i giudici di Lussemburgo, una trattativa caso per caso prevista dai contratti edili svedesi non poteva essere imposta dal Paese membro ospitante (cioè dalla Svezia) alle imprese stabilite in altri Paesi comunitari, in quanto le retribuzioni che ne scaturiscono non sono minime e nemmeno fissate attraverso le modalità statuite dagli artt. 3.1 e 3.8 della direttiva.

Inoltre nella stessa sentenza (e in quella Rüffert) i giudici di Lussemburgo hanno sancito che l'art. 3.7 va interpretato nel senso che non permette allo Stato ospitante di imporre condizioni di lavoro e di occupazione, ai lavoratori distaccati, più favorevoli di quelle previste dall'art. 3.1, ma solo nel senso che attribuisce il diritto ai lavoratori distaccati di mantenere le eventuali condizioni di lavoro e di occupazione di cui già beneficiano nel proprio Paese membro di origine.

Entrambe le affermazioni della Corte di giustizia europea sarebbero condivise nel caso in cui quest'ultima si riferisse solamente a provvedimenti imposti autoritativamente dai Paesi comunitari. Invece lascia perplessi il fatto che l'organo giudicante comunitario ha fatto riferimento anche all'azione collettiva avente lo scopo di raggiungere un determinato risultato contrattuale in modo volontaristico, cioè in base a un accordo tra le parti senza l'intervento dello stato.

---

[251] Vedi Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*INT* – 66/2008.

Infatti secondo l'interpretazione della Corte, l'art. 3.1 stabilisce un obbligo per gli Stati membri di imporre regole inerenti alle condizioni minime di lavoro. In realtà questa interpretazione appare errata in quanto questa norma sembra che imponga solo l'obbligo di rendere applicabili ai lavoratori distaccati tutte le condizioni minime che siano previste da provvedimenti di natura pubblica oppure da contratti collettivi o arbitrati ad efficacia generale. Quindi questo significa che nel caso in cui in un Paese membro non siano presenti norme di questo tipo lo Stato non è obbligato a emanare regole *ad hoc* per predisporre le tutele minime. Infatti la mancata presenza di queste regole non determinerebbe una discriminazione tra imprese nazionali e straniere[252].

Invece, secondo il ragionamento della Corte, la Svezia ha male assolto l'obbligo dell'art. 3.1 affidando la regolamentazione dei minimi retributivi alla contrattazione collettiva, in particolare a una trattativa caso per caso. Questo concetto oltre a discendere da un'interpretazione errata, appare non in linea con il sistema giuridico svedese, in quanto quest'ultimo si fonda su un sistema di contrattazione libero e volontario tra le parti. Tra l'altro la Svezia non prevede nessun obbligo legale di concludere il contratto e tale obbligo sarebbe indispensabile per affidare ai contratti collettivi ad efficacia generale la definizione delle condizioni di lavoro minime. Quindi per quanto riguarda i minimi salariali la Svezia non ha infranto il diritto comunitario, ma anzi ha rispettato i principi del mercato interno e la direttiva stessa[253].

Le medesime considerazioni riguardano anche il caso Rüffert, in quanto nonostante che in esso sia in discussione se una legge, e non un contratto collettivo, sia in contrasto con la direttiva, questa legge, come abbiamo visto, rimandava la determinazione dei trattamenti retributivi al contratto collettivo e

[252] Carabelli U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking,* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali,* 2008; De Salvia A., *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di giustizia nei casi Viking e Laval,* in *Argomenti di diritto del lavoro,* 2008; Andreoni A., *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di giustizia*, 2008; Orlandoni G., *ult. op. cit.*, 2008 e Carabelli U., *op. cit*, 2009.
[253] Vedi Carabelli U., *ult. op. cit.*

quindi la valutazione fatta dalla Corte è dipesa dalle caratteristiche di tale contratto. Quest'ultimo ricordiamo che, oltre a non essere di efficacia generale, si estende solo agli appalti pubblici e non a quelli privati. Per questo la legge del Land della Bassa Sassonia è considerata discriminatoria da parte della Corte. Tuttavia, non è chiaro come mai l'organo giudicante europeo affermi questo concetto considerando che il diritto comunitario permette di differenziare, per quanto riguarda i requisiti di partecipazione agli appalti delle imprese, gli appalti pubblici da quelli privati.

Detto questo si evidenzia che, anche se è condivisibile l'interpretazione della Corte sull'art. 3.7 della direttiva, non riteniamo che questa disposizione consideri illegittima l'azione collettiva avente lo scopo di supportare una contrattazione inerente alle medesime materie attivata nel paese di distacco, nel caso cui la contrattazione miri ad ottenere dei miglioramenti rispetto ai minimi previsti in attuazione degli artt. 3.1 e 3.8.

Un altro motivo di perplessità deriva sempre dall'affermazione riguardante la non ammissibilità, in base alla direttiva, della contrattazione salariale *ad hoc* in quanto non contrattazione sui minimi. Infatti, considerando che in Svezia mancano provvedimenti legislativi e autonomi ad efficacia generale sui minimi salariali, per i lavoratori distaccati, i minimi salariali avrebbero evidentemente coinciso con le condizioni retributive previste dal contratto aziendale. La posizione della Corte mette in evidenza la sua incapacità di cogliere il significato dei sistemi di relazioni sindacali e contrattuali a base volontaristica, dove i livelli di contrattazione ai quali attribuire il ruolo di determinare le condizioni di lavoro vengono decisi liberamente dalle parti.

Infine riguardo all'interpretazione data all'art. 3.10 è corretto ovviamente il fatto che della clausola dell'ordine pubblico possano avvalersi solo i provvedimenti di natura pubblica, ma non appare condivisibile far derivare da questa disposizione l'illegittimità dell'azione collettiva avente il fine di definire le condizioni di lavoro su materie diverse di quelle dell'art. 3.1, in quanto nella

direttiva non è espresso il concetto che i contratti collettivi non possano prevedere materie diverse da quelli dell'art. 3.1[254].

Possiamo quindi dire che l'interpretazione, da parte della Corte, dell'art. 3.10 della direttiva appare restrittiva. Questa restrittività è stata riaffermata in modo ancor più radicale nella sentenza Commissione c. Lussemburgo, in quanto ricordiamo che in quest'ultima è stata richiamata la dichiarazione n.10 del Consiglio e della Commissione effettuata nel momento di adozione della direttiva. La definizione data dalla dichiarazione si avvicina alla nozione di ordine pubblico "internazionale", in base alla quale la deroga per ordine pubblico è ammessa solo qualora la disposizione legislativa si ponga a tutela dei valori fondamentali diffusamente riconosciuti dalla comunità internazionale. In proposito la Commissione aveva affermato che la direttiva 96/71 "fissa un catalogo di norme vincolanti, enumerate all'art. 3 e applicabili ai lavoratori distaccati, al quale gli Stati membri possono aggiungere unicamente disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale"[255]. In questo modo sembra che la Corte di giustizia si voglia surrogare agli Stati membri nello stabilire quali condizioni di lavoro devono essere applicate per tutelare l'ordine pubblico. Da tutto ciò si evince ancora una volta la tendenza dell'organo giudicante europeo di privilegiare le libertà economiche alla tutela dei lavoratori[256].

In definitiva possiamo dire che l'interpretazione della direttiva da parte della Corte finisce per negare l'autonomia collettiva, in quanto non riconosce la piena e automatica legittimità dell'azione collettiva che mira ad ottenere la firma di un contratto collettivo che preveda condizioni di lavoro migliori rispetto a quelle fissate dai Paesi membri nelle materie dell'art. 3.1 della direttiva, nonché condizioni di lavoro riguardanti materie diverse da quelle previste da quest'ultima norma.

---

[254] Vedi Carabelli U. *ult. op. cit.*
[255] COM (2003) 458 def. 25.7.2003, punto 4.1.1. (ndr. corsivo aggiunto).
[256] Vedi Pallini M., *La tutela dell'"ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, 2009 e www.uil.it.

L'illegittimità di queste azioni collettive non permette ai trattamenti dei lavoratori distaccati di superare i livelli minimi precludendo sia di aumentare i salari e di migliorare le condizioni di lavoro e sia gli sforzi sindacali finalizzati a sviluppare politiche che combattano il dumping sociale[257].

6.3. Osservazioni sulla legittimità delle azioni collettive sui casi Viking e Laval

Osserviamo che le azioni collettive attuate nei casi Viking e Laval presentano alcune differenze in ordine ai soggetti protagonisti delle azioni collettive limitative della libertà di circolazione. In particolare nel caso Viking i sindacati promuovono un'azione collettiva nei confronti dell'impresa datrice di lavoro di soggetti iscritti ad essi, e sia i sindacati che l'impresa si trovano sul medesimo territorio nazionale; nel caso Laval invece l'azione sindacale è attuata nei confronti di un'impresa straniera ed è organizzata da sindacati diversi da quelli in cui sono iscritti i lavoratori dell'impresa.

Analizzando le due sentenze sembra che per i giudici di Lussemburgo possa essere legittimo scioperare allo scopo di salvaguardare i propri interessi (come nel caso Viking) anche se ciò limiti una libertà economica fondamentale, mentre non lo sia se l'azione collettiva è finalizzata a tutelare i dipendenti di un'impresa straniera (come nel caso Laval). Questa conclusione della Corte può stupire in quanto se un contratto collettivo è idoneo a ostacolare una libertà economica lo è a prescindere da chi mediante l'azione collettiva ha spinto il datore di lavoro a sottoscriverlo. In realtà questa diversità tra i due casi, anche se non è espressamente spiegata dalla Corte, deriva dal fatto che, a differenza dello sciopero dei finlandesi che mira alla protezione dei lavoratori iscritti al sindacato promotore dello sciopero, l'azione degli svedesi è finalizzata a proteggere il mercato del lavoro interno, mentre la protezione dei lavoratori stranieri è

[257] Vedi in dottrina De Salvia A., *ult. op. cit.*; Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, 2008 e Carabelli U.,*ult. op. cit.*

solamente indiretta ed è già tutelata dal diritto comunitario attraverso la direttiva 96/71.

Probabilmente se lo sciopero fosse stato attuato anche dai lavoratori lettoni, esso sarebbe stato ritenuto legittimo dalla Corte, in quanto sarebbe stato finalizzato a imporre la sottoscrizione di un contratto collettivo che prevedesse miglior trattamento in caso di distacco dei lavoratori (e quindi avrebbe lo scopo di tutela degli stessi). Inoltre diventerebbe legittimo anche lo sciopero degli svedesi, in quanto in questo caso esso si configurerebbe come un'azione collettiva di solidarietà, la quale non avrebbe più la mera finalità protezionistica nei confronti del mercato del lavoro nazionale. Tra l'altro più fonti sovranazionali sostengono che la legittimità dell'azione collettiva di solidarietà dipenda da quella principale[258].

[258] Recentemente la giurisprudenza dei comitati di esperti dell'organizzazione internazionale del lavoro e della Carta Sociale Europea è apparsa favorevole a riconoscere ampiamente lo sciopero di solidarietà, considerando la funzione che esso svolge nel contesto dei grandi gruppi multinazionali. Vedi Orlandini G., *ult. op. cit* e Jaspers T., *The Right to Collective Action in European Law,* in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge,* Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007.

CONCLUSIONI

La Corte di giustizia europea attraverso l'affermazione dei diritti sociali fondamentali nell'ambito dell'Unione europea ha riempito, seppur in modo molto discutibile, i vuoti normativi lasciati dal legislatore. In particolare la giurisprudenza della Corte "trasforma i conflitti fra gli ordinamenti da politico-istituzionali in conflitti giuridici, decidibili giudizialmente mediante una tecnica di giudizio altamente flessibile, negoziabile, bilanciabile da caso a caso", tanto che la stessa accezione di diritto fondamentale diventa "oggetto di una continua negoziazione, che è anche una negoziazione sulla distribuzione di competenze normative e giurisdizionali fra ordinamenti"[259].

In futuro, però, riteniamo che sia necessario rivedere il bilanciamento operato dalla Corte di giustizia, essendo esso "sbilanciato" a favore dei principi economici. Per raggiungere questo però non basta la Corte di giustizia, ma è doveroso che la politica europea promuova un'azione volta a superare gli squilibri tra gli interessi economici e i diritti dei lavoratori.

Innanzitutto pensiamo sia fondamentale creare delle regole uniche o almeno armonizzate all'interno dell'Unione, dando vita quindi a una sorta di diritto del lavoro europeo, il quale definisca uno standard minimo di diritti da garantire nelle situazioni transnazionali. In questo modo sarà possibile fronteggiare il fenomeno del dumping sociale.

Inoltre riteniamo che sia opportuno passare dalla concezione che vede gli interessi economici in conflitto con i diritti sociali, a quella che ricerca la coesistenza non conflittuale tra i valori sociali e quelli economici partendo dal presupposto che il progresso sociale si consegue attraverso il successo economico e, allo stesso tempo, un elevato benessere sociale favorisce il successo economico.

Tutto ciò dovrebbe indurre l'Unione europea a cercare le modalità che permettano di far convivere in modo non conflittuale le esigenze di mercato e

[259] Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro*, 2010, p. 247.

i diritti sociali, attraverso la creazione di un sistema che, da una parte, consenta di attenuare gli imperativi di mercato riconoscendo valori non economici come la solidarietà, l'equità e la giustizia, e dall'altra, cerchi di fare in modo che i valori sociali favoriscano l'efficienza dei mercati. Quindi in pratica si deve creare un ordinamento comunitario che favorisca la coesistenza pacifica tra le libertà economiche e i diritti sociali, passando dalla concezione che li vede conflittuali a una nuova visione che li consideri complementari e interdipendenti[260]. Infatti "il successo della modernizzazione economica mondiale dipende non solo dalla internazionalizzazione dei rapporti economici ma anche dalla valorizzazione della coesione sociale e della solidarietà"[261].

Questo cambiamento potrebbe trovare il punto di partenza nel Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, il quale ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati, realizzando quindi la parificazione, nel diritto comunitario, tra le libertà economiche fondamentali e l'autonomia collettiva e quindi, come afferma l'avv. generale Villalòn, "qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi di interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga ad una libertà, né, tantomeno, dinanzi ad una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza"[262].

[260] Vedi Brino V., *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione Europea,* 2012.
[261] Treu T., *Compiti e strumenti delle relazioni industriali nel mercato globale, in Lav. Dir.,* 1999, p. 193.
[262] Conclusioni del 22 aprile 2010, Causa CGCE 5.5.2010, C-515/08.

Bibliografia

AA.VV., *La repressione della condotta antisindacale e i suoi limiti*, 1979.

Andreoni A., *Sciopero, contratto collettivo e diritti del mercato: la svolta politica della Corte di giustizia*, 2008.

Angiolini V., *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, 2008.

Ardau G., *Teoria giuridica dello sciopero*, Padova, 1962.

Assanti C., *L'intervento* istituzionale, in *Riv. Giur. Lav., I*, 1989.

Ballerino T., *Manuale di diritto dell'Unione Europa*, 2001.

Ballestrero M.V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*INT* - 55/2007.

Ballestrero M.V., *La Commissione di garanzia dieci anni dopo*, in *QDLRI, n. 25*, 2001.

Ballestrero M.V., *Diritto sindacale,* 2012.

Ballestrero M.V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto/ a. XXII, n. 2*, primavera 2008.

Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro*, 2010.

Bosio M., *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche nella sentenza Laval,* in *Giust. Civ.,* 2010, 06, 321.

Bozzao P., Ghera E., *La rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro: 1970-1993*, 1994.

Brino V., *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione Europea*, 2012.

Calamandrei P., *Il significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1952, p.221; ora in *Opere giuridiche*.

Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.

Carabelli U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking,* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali,* 2008.

Carabelli U., *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e la libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione comunitaria*, 2009.

Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro* 2002.

Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*INT* – 61/2008.

Colucci M., *L'Unione Europa in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi,* in *Dir. Relaz. Ind.,* 2008, 1, 239.

Condinanzi M., Lang A., Nascimbene B., *Cittadinanza dell'Unione europea e libera circolazione delle persone*, seconda edizione, 2006.

D'Antona M., *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. Giur. Lav., I,* 1991.

D'Atena A., *Per la riforma è subito banco di prova: dal 26 aprile la disciplina*, in *Guida al diritto. Il sole 24 ore, 29 aprile, n. 15,* 2000.

De Salvia A., *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di giustizia nei casi Viking e Laval,* in *Argomenti di diritto del lavoro,* 2008.

Del Giudice F., Mariani F., *Compendio di diritto sindacale*, 2012.

Esposito C., *Lo stato e i sindacati nella Costituzione italiana,* in Esposito C., *La costituzione italiana,* 1954.

Ferrucci R., *Logica e teleologica nell'elaborazione interpretativa del diritto di sciopero*, in *Riv. Giur. Lav*., 1969.

Focareta F., *Sostituzione di lavoratori scioperanti con adibizione a mansioni inferiori di lavoratori non aderenti allo sciopero*, in *Riv. It. Dir. Lav*. 2003, 1, 3.

Fontana G., *Libertà sindacale in Italia e Europa. Dai principi ai conflitti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT - 78/2010.

Garofalo D., Genoviva P., *Lo sciopero*, 1984.

Garofalo D., *Sulla titolarità del diritto di sciopero,* 1988.

Garofalo M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, 1979.

Ghera E. e Liso F., *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *Enciclopedia del diritto, vol. XXVI*, 1976.

Ghezzi G., *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1968.

Ghezzi G., Romagnoli U., *Il diritto sindacale,* 1997.

Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.

Ghezzi, G., *Prime riflessioni in margine alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge 12 giugno 1990, n, 146)* in *Riv. Giur. Lav., I*, 1990.

Ghezzi, G., *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, 1999, p. 703.

Giubboni S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, 2008.

Giugni G., *Diritto sindacale*, 1979, p. 51.

Giugni G., *Diritto sindacale*, 2001.

Giugni G., *Diritto sindacale,* 2008.

Giugni G., *Diritto sindacale*, 2010.

Giugni G., *Diritto sindacale*, Bari, 1980, V ed.

Giugni G., *Il diritto sindacale, 1980*.

Giugni G., *Diritto sindacale*, 1999.

Ingravallo I., *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in Vimercati A., *Il conflitto sbilanciato,* Bari, 2009.

Jaspers T., *The Right to Collective Action in European Law,* in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge,* Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007.

Luciani V., *Art. 9*, in Rusciano M., Santoro Passarelli G., *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario alla legge 146/1990, n. 146,* 1991, p. 139.

Mazzotta O., *Diritto sindacale*, 2012.

Menghini L., Miscione M., Vallebona A., *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, 2000.

Mengoni L., *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, 1961.

Mengoni L., *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano,* in AA.VV. *Sciopero e serrata nei paesi della CECA*, 1961.

Mengoni L., *Lo sciopero nel diritto civile,* in AA.VV., in *il diritto di sciopero, Atti del I convegno di diritto e procedura penale*, 1964,

Meucci M., *Diritti sindacali in azienda*, 1982.

Orlandini G., "*Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano,* 2008.

Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*INT* – 66/2008.

Pallini M., *La tutela dell'"ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, 2009.

Pascucci P., *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, 2000.

Pera G., *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, 1960.

Persiani M., *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. Lav., I*, 1992.

Persiani M., *Diritto sindacale,* 1994.

Pino G., *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero* 2005.

Romagnoli U., *Commento all'art. 40,* in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna, 1979, p. 298.

Romagnoli U., Ballestrero M.V., *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, Commentario della Costituzione, Art. 40, Supplemento,* Zanichelli-Il Foro Italiano, 1994, pp. 35, 66, 72, 241 e 252.

Romei R., *Esiste davvero la titolarità collettiva del diritto di sciopero*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona. IT - 75/2008.

Rusciano M., *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, 1991.

Salvi C., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali,* in *Europa e dir. priv.*, 2011, 02, 437.

Santoni F., *Lo sciopero*, 1997.

Santoni F., *Lo sciopero*, 2001.

Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro,* 1994.

Santoro Passarelli F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile, I* 1960.

Santoro Passarelli F., *Diritto di sciopero, libertà di serrata*, in *Riv. Dir. Lav*., 1960, I, p. 7 ss.

Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 1973.

Sciarra S., *Viking e Laval: sciopero, contratto collettivo e libertà fondamentali nel mercato europeo*, 2008.

Simi V., *Il diritto di sciopero,* 1956.

Speziale V., *Mora del creditore e contratto di lavoro* ,1992.

Tarello G., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, 1972.

Tartaglione L., *Il problema della sostituzione dei lavoratori assenti per sciopero*, in *Diritto sindacale: Procedure e casi aziendali applicati*, in www.cslavoro.it.

Tesauro G., *Diritto dell'Unione Europea*, 2010.

Treu T., *Compiti e strumenti delle relazioni industriali nel mercato globale,* in *Lav. Dir.*, 1999, p. 193.

Vascello N., *Libertà di stabilimento e limiti all'autotutela collettiva di rango comunitario*, in *Dir. Relaz. Ind.*, 2008, 2, 589.

Vecchio F., *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, 2010.

Veneziani B. (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma 2009.

Villani G., *La condotta antisindacale. Aspetti procedurali,* in *Diritto del lavoro. Commentario,* diretto da Carinci F., *I, Le fonti. Il diritto sindacale,* a cura di Zoli C., 1998 .

Villani U., *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano, in Studi in onore di Vincenzo Starace,* vol. II, Editoriale Scientifica Napoli, 2008.

Vimercati A., *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009.

Zago Garelli C., *Libertà sindacale*, 1979.

Zilio Grandi G., *Il dumping sociale intracomunitario alla luce della più recente giurisprudenza CGE. Quando la libertà economica prevale sui diritti sociali*, 2011.

Zoppoli L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, 1991.

Sitografia

curia.europa.eu

csdle.lex.unict.it

www.cgil.it

www.cortecostituzionale.it

www.cslavoro.it

www.europa.eu

www.europeanrights.eu

www.fiom.cgil.it

www.lavoro.gov.it

www.parlamento.it

www.simone.it

www.treccani.it

www.ugllazio.it

www.uil.it