SCIOPERO, MERCATO E DIRITTO NEL SISTEMA EUROPEO DELLE LIBERTÀ ECONOMICHE

versione provvisoria

di Antonella Occhino

GIORNATE DI STUDIO AIDLASS - ANCONA, 29-30 MAGGIO 2025

SOMMARIO: 1. Sciopero, modelli e commercio. – 2. Fonti, mercato e diritto. – 3. Unioni, accordi e dialogo. – 4. Contenuti, limiti e garanzie. – 5. Contratti, competenza e sussidiarietà. – 6. Costi, concorrenza e distanze. – 7. Autotutela, salari e impresa. – 8. Solitudini, potere e lavori. – 9. Costituzioni, diritti e confini. – 10. Finalità, titolarità e modalità. – 11. Individuale, collettivo e comune. – 12. Articolazioni, definizione e produttività. – 13. Occupazione, valori e progresso. – 14. Storie, innovazioni e frontiere. – 15. Produttori, consumatori e lavoratori. – 16. Piattaforme, rapporti e dicotomie. – 17. Soggetti, rappresentanze e reti. – 18. Algoritmi, astensioni e discriminazioni. – 19. Azioni, confini e stabilimenti. – 20. Navi, vincoli e divieti. – 21. Ragioni, mezzi e obiettivi. – 22. ILO, convenzioni e carte. – 23. (segue). – 24. Standard, materie e tutele. – 25. Europa, equivalenza e discipline. – 26. Retribuzioni, servizi e quartetto. – 27. Norme, distacchi e correttivi. – 28. Tecniche, elementi e armonizzazione. – 29. Appalti, gruppi e missioni. – 30. Risposte, sentenze e Laval. – 31. Rüffert. – 32. Luxembourg. – 33. Bundesdruckerei. – 34. RegioPost. – 35. Soglie, coordinamento e protezioni. – 36. Gare, operatori e parità. – 37. Conclusioni.

1. SCIOPERO, MODELLI E COMMERCIO

La storia del Diritto del lavoro come insieme di costruzioni di tecnica giuridica, e di riflessioni culturali e scientifiche, sulle tutele delle persone che lavorano, inizia con lo sciopero: incrocio delle braccia use alla pratica del lavoro negli impianti produttivi della prima rivoluzione industriale, e disarmata protesta per condizioni di lavoro ritenute talora insopportabili e comunque squilibrate rispetto al compenso[1].

Portandosi ai giorni nostri, a sottovalutare la rivoluzione algoritmica si rischia però di perdere di vista non solo oggetti e soggetti del mercato, ma anche la necessità di una cassetta degli attrezzi nuova, fatta di dislocazioni di imprese e di lavoratori distanti fra loro e dai

[1] L. Castelvetri, Il diritto del lavoro delle origini, Giuffré, 1994.

luoghi, che fatica ad accontentarsi del criterio territoriale di individuazione del diritto applicabile e delle sue tutele[2].

Al confine tra il conflitto e le regole, come diritto fondamentale escluso dalla competenza UE, lo sciopero si sviluppa in rapporto alle tutele in linea con l'armonizzazione sociale delle condizioni di lavoro, e - alla svolta della terziarizzazione – con la sua portata ancora effettiva di freno – se accade - delle iniziative economiche transfrontaliere che fanno leva anche sui differenziali delle tutele, salariali e non, e quindi della convenienza legata alla scelta della legge e del contratto collettivo applicabili ai rapporti di lavoro[3].

Occuparsi di sciopero, in coerenza, significa rifarsi non solo alla letteratura sul governo del conflitto, ma anche a quella sui modelli di relazioni industriali, dove la diversità tra Paesi UE dipende anche dalle fonti di regolazione dello sciopero, con punte del ragionamento che vanno a toccare i rapporti fra ordinamenti inter-nazionali e inter-sindacali[4].

Tenuto fuori dal processo di armonizzazione cui tende la politica sociale UE, lo sciopero ha finito per rispondere, infatti, non solo ai diversi modelli astratti di riconoscimento del suo statuto – in termini ad esempio di diritto o di libertà (con conseguenze sia in termini di protezione della titolarità che di limitazione del suo esercizio), ma anche e soprattutto al raccordo concreto che in quei modelli si stabilizza a livello interno fra le parti obbligatorie e normative dei contratti collettivi, ai diversi gradi di prossimità e perciò con le complessità indotte anche dal meccanismo dei rinvii fra i diversi livelli[5].

Tale raccordo nei sistemi nazionali si caratterizza in particolare a seconda che il nesso fra contrattazione collettiva e sciopero sia più o meno anomico – libero in senso proprio - o integrato, specie per il tramite dei meccanismi che fanno capo all'istituto della tregua sindacale in vista e/o in vigenza di contratto[6].

---

[2] L. Zoppoli, Il diritto del lavoro dopo l'avvento dell'intelligenza artificiale: aggiornamento o stravolgimento? Qualche (utile) appunto, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 489/2024; e *ivi* in esordio la citazione di M. Napoli, Il telelavoro come lavoro subordinato, in Questioni di diritto del lavoro (1992-1996), Giappichelli, 1997; e il classico di G. Vardaro, Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro, in PD, 1986, 75-140; AA.VV., Il lavoro e i suoi luoghi, (a cura di A. Occhino), Vita e Pensiero, 2018, 1-219 (e *ivi* EAD., Per una geografia giuridica del lavoro, 11-19).

[3] T. Treu, Il conflitto e le regole, in AA.VV. (Aidlass – Giornate – Ferrara, 11-12-13 maggio 2000), Il diritto del lavoro alla svolta del secolo, Giuffré, 2002, 117-171, spec. 169-171.

[4] P. Tosi, Contrattazione collettiva e controllo del conflitto, in DLRI, 1988, 449-491, spec. 449-454; con riferimento a F. Carinci, Autoregolamentazione del diritto di sciopero, in RIDL, 1987, I, 165-187; e sull'impatto dei processi riorganizzativi a F. Liso, Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1981, 539-572; e A. Maresca, Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato, in DLRI, 1985, 685-728. Da ultimo, A. Olivieri, Istituzione e conflitto nell'ordinamento intersindacale. Un'idea di giustizia procedurale, Giappichelli, 2025, spec. pp. 107-150.

[5] Si ricorda U. Romagnoli, Il contratto collettivo di impresa, Giuffré, 1963; e in seguito A. Lassandari, Il contratto collettivo aziendale e decentrato, Giuffré, 2001.

[6] Si ricorda G. Ghezzi, La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali: la parte obbligatoria del contratto collettivo, Giuffrè, 1963.

Sul presupposto del carattere comunque liberale dei modelli, con più la fattispecie è ampia, più si aprono finalità, titolarità e modalità dell'esercizio del diritto di sciopero risultanti *ex post* dal suo svolgersi, mentre la definizione si asciuga al limite del tautologico e i varchi concettuali alla definizione di limiti interni alla nozione stessa di sciopero vanno chiudendosi, con conseguente reflusso delle questioni nella teorica dei limiti esterni.

Le libertà economiche ostacolate, se mai, dall'esercizio del diritto di sciopero finiscono così per risentire particolarmente della dogmatica dei limiti in coerenza coi vari modelli di relazioni industriali, perché nei diversi ordinamenti si costituisce, per legislazione, tradizione e prassi, un peculiare rapporto strutturale e funzionale dello sciopero con l'attività di contrattazione collettiva, che gli è *prius* e *posterius*, con la conseguenza che si determinano reciproche barriere naturali nel ricercato equilibrio fra tutela del lavoro e dell'impresa, da cui pure l'occupazione dipende.

Lo iato fra individuale e collettivo è il riflesso naturale e sintetico di questo stato delle cose e richiama l'attenzione degli interpreti sui diversi modelli di relazioni industriali per cogliere – fra le altre - la questione della legittimità dell'azione collettiva rispetto alle attività economiche internazionali che ne risultino in qualche modo ostacolate.

È che - a prescindere dai modelli - nella parte normativa del contratto collettivo si annida quel compromesso raggiunto dalle parti secondo i metodi della rappresentanza e rappresentatività, mentre nella parte obbligatoria si consolida la capacità del contratto di vincolare sindacati e/o lavoratori alla tregua, in modo implicito oppure esplicito, con conseguenze che sono in grado di produrre - a determinate condizioni - l'esclusione dell'esonero dall'inadempimento, collettivo e/o individuale, e qui rispetto al vincolo associativo e/o lavorativo.

Questa *pars* dell'autotutela sindacale, specie dal punto di vista dello sciopero, rappresenta una parte essenziale del *proprium* del Diritto del lavoro, perché qui, più che altrove, la tenuta degli interessi individuali e di quelli collettivi risponde a meccanismi giuridici dove la materia si distingue nettamente dal Diritto dei privati[7], in collegamento con il presidio assoluto del *favor* lavoristico, che è la tecnica della inderogabilità[8].

Per altro verso, i *trade/company agreements*[9] e il dibattito sulla introduzione dei *labour standards* nel sistema GATT/WTO è illuminante della intersezione fra Diritto del lavoro e

[7] L. Mengoni, L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, in DLRI, 1990, 5-23.

[8] Volendo, A. Occhino, Contratto di lavoro e inderogabilità, in AA.VV., Occupazione, persona, solidarietà, Studi in memoria di Mario Napoli, Giappichelli, 2025, 659-667; e in precedenza Ead., La norma inderogabile nel Diritto del lavoro, in RGL, 2008, I, 183-200.

[9] S. Sciarra – M. Fuchs – A. Sobczack, Towards a Legal Framework for Transnational Company Agreements. Report to the European Trade Union Confederation, 2014, abstract - con riferimento a oltre 230 accordi registrati ad agosto 2013 nel database della Commissione europea, sviluppatisi in un contesto di flessibilità senza un quadro legale, con questioni conseguenti in tema di processo, attori, contenuti e implementazione.

Diritto del commercio internazionale, alternandosi opinioni favorevoli o avverse, pur sempre a vantaggio dei lavoratori dei PVS, perché offre una panoramica sui rischi di effetti 'avversi' delle stesse politiche *pro labour*.

I codici di condotta, poi, con la loro portata non vincolante - di ordine pattizio – sono stati una risposta *a latere* di ampiezza transnazionale, con la loro portata assicurata dal cd. effetto liceità, specie nei casi della provenienza da organismi internazionali garantiti in qualche modo da sistemi di monitoraggio (OCSE, ILO, ONU, altri)[10].

Più direttamente in UE l'obiettivo di tutele diffuse e dignitose risente della introduzione della cd. clausola sociale orizzontale, racchiusa nell'art. 9 TFUE, per cui "Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana"[11].

Dalla sua diffusione, efficacia e portata dipende molto di quell'equilibrio mai del tutto risolto fra legittimo esercizio delle azioni collettive e d'altro lato delle attività economiche, secondo un *proprium* logico che nel raffronto fra sciopero e impresa troverà una delle sue espressioni più significative.

A sua volta, la terziarizzazione ha inciso profondamente sui meccanismi del controllo del conflitto, coi fenomeni della caduta e della redistribuzione determinati anche dai mutamenti degli equilibri produttivi che hanno interessato rispettivamente l'industria e i servizi.

2. FONTI, MERCATO E DIRITTO

In Italia il riconoscimento dell'art. 40 Cost. ha preceduto l'intervento del legislatore del 1990, volto più a inquadrare le fonti di regolazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali che non a descrivere limitazioni di carattere generale, e con un ampio rinvio alla contrattazione collettiva per la individuazione delle prestazioni indispensabili, qui affidandosi in sostanza il governo del conflitto a quelle stesse fonti responsabili della produzione normativa sindacale delle condizioni di lavoro.

[10] F. Salerno, Natura giuridica ed effetti dei codici di condotta internazionali per le imprese multinazionali, in LD, 2005, 655-669, riprendendo per l'effetto liceità B. Conforti, Diritto internazionale, VI edizione, Editoriale Scientifica, 2002.

[11] Clausola da considerare in stretta correlazione con l'art. 3.3 TUE per cui: "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. In proposito A. Perulli, Fundamental Social Rights, Market Regulation and EU External Action, in IJCLLIR, vol. 30, 2014, 27-48; e in seguito, M. Borzaga – R. Salomone, L'offensiva contro il diritto di sciopero e il sistema di monitoraggio dell'Oil, in LD, 2015, 449-467, spec. 461.

Poi, dalla urgenza della regolazione dello sciopero nei servizi pubblici si è transitati alla pari urgenza della sua regolazione nei processi di esternalizzazione, tipici del mercato dei servizi: la terziarizzazione, in sostanza, ha fatto la differenza, imponendosi al tema dello sciopero dapprima con la questione della tutela degli utenti nei *servizi al pubblico*[12] e poi con la questione della tutela dei lavoratori negli appalti di *servizi (pubblici e privati)*[13].

In tale contesto l'UE, che non ha competenza sullo sciopero, dotandosi di una Carta di diritti fondamentali che include il riconoscimento del diritto di azione collettiva, ha impattato - con le sue regole di armonizzazione - sul versante della protezione dei lavoratori coinvolti negli appalti transfrontalieri, per via della intersezione con i meccanismi della libera prestazione dei servizi, nell'ambito delle libertà economiche.

E così, nei sistemi liberali, nazionali e UE, lo sviluppo dei mercati ha finito per rivestire una importanza di natura ordinamentale - si direbbe costituzionale – mentre il confine tra la tutela delle libertà economiche e la tutela degli scioperi si è trasformata in una questione di tracciamento delle linee di confine – e quindi di legittimità – tra la prevalenza degli interessi sottesi alla libertà di iniziativa economica e quelli di tutela del lavoro.

Questa linea si traccia, si interrompe e si ridisegna in base a un pendolo mai definitivo che oscilla naturalmente attorno ai cd. limiti esterni all'esercizio del diritto di sciopero, esterni poiché non inerenti alla fattispecie, se resa – come in Italia dopo Cass. 711/1980 - in termini definitori molto essenziali.

Si vanno così a generare interrogativi molto attuali e molto concreti, che si pongono a livello nazionale e – una volta attraversati i confini nazionali – a livello internazionale, ma in modo diverso.

L'ordinamento interno - che è una *summa* di quello statutale e di quello sindacale - tende infatti a governare esclusivamente lo sciopero che interessi il proprio territorio, mentre incontra la questione delle libertà economiche nella libera circolazione e/o alla libera prestazione di servizi con elementi di internazionalità.

Per altro verso, l'economia reale, fattasi anche finanziaria, aveva già minato lo stile classico del ragionamento giuridico quando superava i confini di una realtà economica appoggiata agli spazi fisici, e quindi mettendo in discussione il presupposto del criterio territoriale della *lex loci laboris*, utile tradizionalmente alla determinazione delle tutele e alla misurazione del loro progresso.

E l'economia digitale ha scardinato il criterio territoriale, cui sono legate le stesse discipline nazionali, come riferimento primario della tecnica di individuazione delle tutele lavoristiche, in un ordinamento – quale quello UE - caratterizzato non solo dalla scelta di

[12] E. Gragnoli, Sciopero nei servizi pubblici essenziali, in Dig., disc. priv., sez. comm., vol. XIII, Utet, 1996, 241 – 269.

[13] V. Speziale, Appalti e trasferimento d'azienda, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 41/2006.

escludere lo sciopero dalla competenza di politica sociale, ma anche dalla volontà di affidare alla armonizzazione, e non alla regolazione uniforme, gli ambiti di competenza[14].

Il Diritto del lavoro si è trovato così a fare i conti con quella che è stata descritta come "messa in rete dei valori giuridici nazionali attraverso il principio del riconoscimento reciproco"[15], in ragione della necessità di procedere, nei rapporti di lavoro con elementi di internazionalità, alla scelta della legge applicabile, oltre che del *quid* minimale cui la *lex loci laboris* non permette di venir meno.

Insomma, i criteri della abitualità o temporaneità che presiedono alla individuazione della legge applicabile al rapporto individuale non coincidono con quelli territoriali *tout court* che governano l'esercizio del diritto di sciopero, e l'armonizzazione delle condizioni di lavoro (che non interessa la materia dello sciopero) determina comunque un interesse regolatorio UE sulle ragioni dello sciopero senza toccare le modalità del suo esercizio, che rimangono di osservanza interna.

E, per tenere conto del digitale, il cambiamento va considerato nel passaggio ad un sistema economico che non ha sostituito una forma reale con un'altra digitale, ma ne ha sovrapposto le strutture, il che implica una riflessione più matura sull'intero rapporto fra sciopero ed economia, poiché sono varcati nel reale e nel digitale quei confini territoriali che sono stati classicamente il riferimento logistico della tutela, e quindi dell'autotutela.

3. UNIONI, ACCORDI E DIALOGO

Esistono iniziative europee *tout court* - collegate o meno a uno sciopero - realizzate in forma autonoma (come espressione di libertà di pensiero, associazione, riunione), ma non direttamente relative ad una contrattazione collettiva, promosse da sindacati 'europei' che hanno carattere di associazioni/organizzazioni di secondo grado, ovvero che uniscono a loro volta strutture sindacali normalmente nazionali, protagoniste della parte normativa dei contratti collettivi.

E vi sono tematiche che travalicano i confini nazionali e che determinano in modo naturale aggregazioni di consenso e di dissenso – e interessi - volte a premere sulle istituzioni, sull'opinione pubblica, sulle stesse imprese e associazioni di imprese, per far emergere preoccupazioni talora anche molto urgenti.

---

[14] L. Forlati Picchio, La partecipazione al dialogo del diritto internazionale, in AA.VV. (Aidlass – Giornate – Pavia, 6-7 novembre 1992), Il dialogo fra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale del lavoro, Giuffré, 1994, 161-174, spec. 173-174; e *ivi* le relazioni di F. Santoni: la legislazione (7-66); S. Sciarra: la contrattazione collettiva (67-109), R. Foglia: la giurisprudenza (111-159). In precedenza, S. Sciarra, Il «conflitto fra gruppi» nei servizi pubblici essenziali, in LD, 1988, 667-698.

[15] L. Forlati Picchio, La partecipazione al dialogo del diritto internazionale, in AA.VV. (Aidlass – Giornate – Pavia, 6-7 novembre 1992), Il dialogo fra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale del lavoro, Giuffré, 1994, 161-174, cit. 173.

Esempi fra i più recenti sono le due manifestazioni organizzate a Bruxelles all'esterno della sede del Consiglio nei giorni 5 e 6 febbraio 2025, la prima ad iniziativa di IndustriAll Europe (con il sostegno italiano di Fim-Cisl, Fiom-Cgil, Uilm-(Uil), Filctem-Cgil, Femca-Cisl e Uiltec-(Uil)), la seconda organizzata dalla Confederazione Europea dei Sindacati (CES – Confédération Européenne des Syndicats, o ETUC – European Trade Union Confederation), cui aderiscono le tre Confederazioni citate[16].

Le tematiche spaziano dall'impatto della rivoluzione tecnologica, agli obiettivi sociali e ambientali, fino ai destini della produzione industriale e quindi dell'occupazione: ed è normale che aggregazioni unitive di interessi diffusi sul territorio di diversi Stati membri si esprimano direttamente anche verso le istituzioni europee, responsabili a loro volta - fra l'altro - dei processi normativi di politica sociale che finiscono per impattare sulle condizioni di lavoro e di occupazione di lavoratori sparsi su tutto il territorio UE.

Trattandosi di *unions* di secondo grado (poiché il singolo lavoratore vi risulta aderente solo tramite l'iscrizione al sindacato nazionale), l'esperienza riprova che i canali di protesta su tematiche internazionali e ad iniziativa internazionale sono plurali, non necessariamente legati alla proclamazione di scioperi, rivolti a sviluppi che tendono a tradursi a livello nazionale ma anche per incidere sul processo decisionale che avrà ricadute tramite i meccanismi politici e normativi propri dell'UE, e dai quali non è escluso il canale della contrattazione collettiva europea[17].

Fra l'altro vi sono intersezioni all'interno di queste stesse *unions* internazionali, come esemplifica l'episodio ricordato: IndutrialAll Europe si presenta come federazione di sindacati ad ampiezza globale, ed è a sua volta membro della CES, che opera in guisa di sindacato confederale (ma di secondo grado, anch'essa) sul territorio europeo[18].

---

[16] D. Depascale, I sindacati scendono in piazza a Bruxelles: sì al Green Deal, senza rinunciare all'occupazione, https://www.editorialedomani.it/economia/sindacati-piazza-bruxelles-al-green-deal-senza-rinunciare-occupazione-w7ez008q, open access.

[17] Volendo, A. Occhino, Contratti collettivi internazionali e contratti collettivi comunitari, in QDLRI, 1998, 143-194.

[18] In primo luogo, nella home page di IndustrialAll Europe, si indica nell'about us che "IndustriAll European Trade Union is a federation of independent and democratic trade unions representing manual and non-manual workers in the metal, chemical, energy, mining, textile, clothing and footwear sectors and related industries and activities. We speak for 7 million working men and women united within 200 national trade union affiliates in 39 European countries. Furthermore, we are a member of the European Trade Union Confederation (ETUC) and partner of IndustriALL Global Union. We act together, with the aim to combine and optimise strength and complementarities in order to better protect and advance the rights of the workers in our industries and sectors", https://www.industriall-europe.eu/p/about-us, open access (31 marzo 2025). In secondo luogo, nella home page di CES, si indica nell'about us che "The ETUC was set up in 1973 and now comprises 94 national trade union confederations in 42 countries, plus 10 European trade union federations omissis", https://etuc.org/en/organisation-and-people, open access (31 marzo 2025). Si precisa che CES è l'acronimo francese mentre ETUC quello inglese, con dettagli sulla omogeneità della dizione che qui si omettono.

Il tema ha natura sistematica e numerose applicazioni concrete: il coinvolgimento delle parti sociali – che va sotto il nome di *social dialogue* – è noto nei suoi aspetti storici e di impatto normativo, a partire qui dalla direttiva sui congedi parentali del 1996, secondo un processo di integrazione dell'origine sociale e istituzionale dei testi di Direttive europee (*rectius* 'decisioni') che ha portato anche alle Direttive sul tempo parziale e sul termine, e continua ad essere di grande attualità[19].

Ma si ha riguardo anche ad accordi UE non trasfusi in fonti vincolanti (seppur di diritto secondario, come le Direttive), ugualmente significativi sul piano della integrazione fra gli ordinamenti sindacali europeo e dei diversi Stati membri, a partire dall'accordo sul telelavoro del 16 luglio 2002, oggi attuale – nei suoi sviluppi – per il lavoro in Italia c.d. agile (*smart working*), e in generale per il lavoro a distanza[20].

Se il processo di formazione delle Direttive sociali comprende la possibilità che una direttiva sia frutto di contrattazione collettiva europea, sotto l'egida della Commissione, tuttavia – al di là delle criticità che affronta la stessa Commissione sui criteri oggettivi, prevedibili e trasparenti di individuazione delle unioni sindacali da consultare – le espressioni sindacali di secondo grado devono poter trovare in libertà anche altri modi di portare avanti le loro istanze di autotutela.

La presenza sindacale nella vita dell'UE va considerata quindi non solo nel suo momento normativo ma anche conflittuale, essendo la libertà sindacale a fondamento dell'insieme delle attività collettive, anche se in UE specialmente come frutto dell'esperienza del dialogo sociale[21].

Si tratta in fondo di una applicazione poliedrica del principio di sussidiarietà orizzontale portato a livello europeo, per dire se e come le parti sociali, già coinvolte dai Trattati nelle procedure di formazione del diritto dell'UE, siano anche protagoniste, in qualche misura, di azioni collettive proclamate e realizzate, o in qualche modo organizzate, poiché di prassi su temi transnazionali, direttamente a livello UE.

In sostanza, il principio di sussidiarietà orizzontale porta a valutare se azioni collettive (scioperi inclusi) mosse a livello UE si raccordino con l'azione normativa delle parti sociali prevista dai Trattati - fatta di 'decisioni' recettive di accordi quadro - la quale però - risentendo delle medesime esclusioni di competenza di politica sociale – non può occuparsi di sciopero.

---

[19] T. Treu, Social Dialogue in a Time of Societal Transformation (editoriale), in Diritti Lavori Mercati International, 2024, I, 3-8, fonte: DLM.int-1_2024.pdf, open access.

[20] F. Hendrickx, Negotiating telework: thinking outside the comfort zone (editoriale), in Diritti Lavori Mercati International, 2023, II, 3-14, fonte: DLM.int-2_2023.pdf, open access.

[21] E. Ales – M. Delfino, The European Social Dialogue under siege? (editoriale), in Diritti Lavori Mercati International, 2022, I, 21-28, e *ivi* interventi di C. Szymansky, D. Greco, S. Gualandi, C. Spinelli, A.T. Ribeiro, M. Zito, fonte: DLM.int-1_2022.pdf, open access.

Esso rimarrà regolato dalle sole discipline nazionali normalmente individuate in ragione del luogo della protesta, con tutte le difficoltà applicative di tale criterio ai casi di lavoratori che operano tramite connessione virtuale o comunque a distanza.

Non è questione però – anche se non vanno dimenticati – dei movimenti di protesta che hanno interessato le imprese - e qui anche i piccoli imprenditori, talora come *self-employed*, talora come *undertaking* - per ragioni pur legate alla concorrenza, se non altro perché non si è trattato di condizioni di lavoro ma di concorrenza e mercato comune.

In definitiva, guardando allo sciopero 'europeo', se ne può rinvenire una collocazione sistematica in collegamento con l'esperienza del dialogo sociale europeo, e delle regolazioni autonome o eteronome che ne sono derivate, anche se il dialogo sociale ha contribuito per lo più ai processi normativi di armonizzazione mentre gli episodi conflittuali si sono sviluppati prevalentemente in settori particolari e per tematiche trasversali ai diversi Paesi.

4. CONTENUTI, LIMITI E GARANZIE

Il *focus* sul 'contenuto essenziale' del diritto di sciopero e della libertà economica è al centro di una delle più importanti disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (già Carta di Nizza), che all'art. 52 prevede che "1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà".

Di seguito, l'art. 52 si occupa anche delle limitazioni che possono essere apportate all'uno e all'altra: "Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

Aggiunge che "2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti"; e che "3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

E si conclude con la previsione che "4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni"[22].

[22] La disposizione dell'art. 52 è completata dai paragrafi 5, 6 e 7, che pare opportuno riportare in nota: " 5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti". – "6. Si tiene

I passaggi più significativi sono tratti dal paragrafo 1, dove si prevedono due ordini di condizioni: che "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà"; e che "Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

Si tratta in sostanza – con riserva di legge - del rispetto del contenuto essenziale, e poi dell'applicazione del principio di proporzionalità, con le declinazioni della necessità e della rispondenza effettiva a finalità di interesse generale o all'esigenza di protezione altrui.

Se poi, per il paragrafo 4, vi è coerenza di risultato in base alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, allora "tali diritti (fondamentali, n.d.a.) sono interpretati in armonia con dette tradizioni"; con, anche, la precisazione del paragrafo 3 per cui "il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione", cioè il vincolo di interpretazione coerente - di significato e di portata - rispetto ai diritti garantiti anche dalla CEDU.

Dall'art. 52 giunge in sostanza un insieme di indicazioni interpretative utile a mettere in sicurezza l'interpretazione della Carta anche sullo snodo tra la primazia del diritto UE e le la resilienza interna fondata sui cd. controlimiti, dove passa la linea di confine fra la cessione di sovranità nazionale e l'appartenenza all'ordinamento europeo[23].

Tra azione collettiva e attività di impresa, il punto chiave si concentra allora attorno al contenuto essenziale dell'una, che corrisponde a un diritto, e dell'altra, che corrisponde a una libertà, con due punti di attenzione specifici dell'ordinamento UE.

Da un lato, per il diritto di sciopero, si è in assenza di regolazione, dopo il ritiro della proposta di Regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, avvenuto il 12 settembre 2012, per la ragione già detta della incompetenza di politica sociale[24].

Dall'altro lato, per la libertà di impresa e di stabilimento, si è in presenza di uno dei presupposti originari del mercato comune, da cui hanno tratto ragione sia la libera circolazione (di merci, lavoratori e capitali) sia la libera prestazione (di servizi), e dunque alle radici fondanti della CEE, e prima ancora della CECA, e quindi di quella che è oggi l'UE.

---

pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta". – "7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta."

[23] V. Ferrante, L'applicazione diretta delle norme di diritto internazionale del lavoro: una questione antica ma sempre attuale, in Labor, 2025, 1, 5-23, spec. par. 4 sui controlimiti (13-15), open access.

[24] M. Magnani, Diritto sindacale europeo e comparato, Giappichelli, 2017 (II edizione), pp. 56-57.

In un certo senso nel raffronto tra diritto di sciopero e libertà di impresa si confrontano l'Europa delle origini e quella attuale, dopo una sostanziale trasformazione della Comunità mercantile in una Unione a carattere pre-costituzionale (anche se non federale)[25].

Qui si deve tenere conto che, nata sul potenziale del mercato comune, l'Europa, attraversando le fasi CECA-CEE-CE-UE, ha svoltato in sostanza nella direzione di un ordinamento che - pur non essendo costituzionale in senso completo (mancando piena coerenza fra funzione dei poteri e struttura delle posizioni fondamentali) - tuttavia ha fatto propria una serie di 'garanzie' costituzionali (diritti o libertà fondamentali) che vanno al di là dello sviluppo delle 'prerogative' sovrane.

Qui si deve molto alla teoria delle 'garanzie', per l'*acquis* che ogni sistema a vocazione costituzionale riflette un sistema di valori, senza il quale si priverebbe della sua forza materiale, che lo autorizza e lo precede, e non rappresenta il mero novero di una serie di costruzioni formali utili alla organizzazione dei poteri e di quanto ne derivi[26].

Esse rappresentano il nucleo primigenio di ogni forma di riconoscimento di posizioni soggettive fondamentali, alle quali possono ugualmente attingere le situazioni di libertà e di diritto, una volta approdate in Costituzione, secondo una chiave di lettura che tiene insieme la storia fin dalle prime guarentigie e che si adatta bene all'esigenza di dare un minimo comun denominatore a tutte le protezioni costituzionali, a prescindere dalla modalità lessicale prescelta per indicarle, tra libertà e diritti.

Né farebbe differenza, nella linguistica costituzionale, il riconoscimento a titolo di libertà o diritto, avendo rilievo la affermazione *tout court*: il concetto di libertà costituzionale in senso ampio, da cui derivano sia la libertà d'impresa sia il diritto di sciopero (e qui - prima ancora - la libertà sindacale), può concretizzare a livello linguistico proprio quello di 'garanzie'.

E così, volendo sintetizzare, il caso del confronto tra diritto di sciopero e libertà di impresa è esemplare di due ordini di interessi e di valori, da bilanciare secondo le indicazioni dell'art. 52, con più accento sulla comune appartenenza al novero delle 'garanzie' fondamentali che non sulla diversità del loro riconoscimento in termini di libertà o di diritto, anche perché nella linguistica internazionale lo sciopero (che è certamente un diritto quando esclude l'inadempimento) deve più alla sua effettiva collocazione nel singolo modello di relazioni industriali che non al fatto che lo si qualifichi come *right* o *freedom to strike* (v. oltre).

Dove poi si collochi il punto di equilibrio fra diritto di sciopero e libertà di impresa, dipende in realtà molto dalle interpretazioni della Corte di Giustizia UE, con l'attenzione che non si oltrepassino in alcun modo i limiti erti dagli Stati alla primazia del diritto UE, in una tensione interpretativa che vede le rispettive Corti alle prese con le questioni segnate da

[25] Volendo, A. Occhino, voce Lavoro nell'Unione Europea, in Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale, IV Agg., Utet, 2008, 457-494.

[26] L. Ferrajoli, Diritti fondamentali. Un dibattito teorico (a cura di Ermanno Vitale), Editori Laterza, 2001, e il saggio introduttivo dell'A., Diritti fondamentali, 3-40, spec. il par. 6 (Diritti fondamentali e garanzie), 26-33.

elementi di internazionalità ma anche con il vincolo di interpretazione conforme, fino a giungere al punto di saldatura che torna ad essere quel 'contenuto essenziale' caro alla letteratura sulla *Wesengehaltgarantie*[27].

5. CONTRATTI, COMPETENZA E SUSSIDIARIETÀ

Lo sciopero in realtà ha in radice una vocazione oppositiva allo svolgersi delle libertà economiche, e lo si vede non solo alle origini, ma anche nei suoi sviluppi dentro e fuori i confini nazionali, specie – nella storia meno antica – rispetto a decisioni di investimento e sviluppo collegate al risparmio sui costi del personale.

Lo si vede, in primo luogo, a livello nazionale, nella letteratura sulla esternalizzazione del ramo d'azienda, quanto meno nel fenomeno del cambio, se ne deriva, dei contratti collettivi applicati[28]; e lo si vede, in secondo luogo, a livello transnazionale, nelle vicende legate alla individuazione della legge applicabile ai rapporti di lavoro subordinato con elementi di internazionalità, ponendosi qui i noti problemi collegati al *social dumping* e al *forum shopping*.

Sullo sfondo di un ordinamento internazionale multilivello – in senso verticale ma anche orizzontale - è sotteso che la concorrenza è struttura e funzione di un libero mercato, il quale a livello formale e materiale è espressione della libertà di impresa sicché rispetto allo sciopero essa diventa una questione di tutela della concorrenza.

In effetti, da che la competizione – in cui ha sempre svolto un ruolo anche il *pondus* delle tutele lavoristiche – ha potuto far leva sui differenziali, vale il *distinguo* fra Paese di origine e di destinazione, da riconsiderare oggi anche alla luce degli sviluppi tecnologici e della diffusione sia del lavoro sia dell'impresa a distanza, poiché anche il *social dumping* e il *forum*

---

[27] D. U. Galetta, Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea), fonte: https://www.giustizia-amministrativa.it, 2019, 1-23, open access; L. Castelli, Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le corti, in Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2021, n. 1, pubbl. sul sito istituzionale il 23/02/2021, 454-486, open access; S. Laforgia, Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, spec. 89-97, e 93-94 sul contenuto essenziale e il conseguente rilievo della dignità come medium in grado di equilibrare il principio personalistico e il principio lavoristico, con conseguenti osservazioni sulla necessità di un limite al bilanciamento con altri valori, uscendo dall'alternativa della dignità come "super principio non bilanciabile" o - all'opposto - "principio relativo". Volendo, A. Occhino, Diritti sociali (principio di ragionevolezza), in A. Albanese – A. Nicolussi (a cura di), Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo, Giuffré, Milano, 2018, 555-568; Ead., La Corte costituzionale, i diritti sociali e il welfare, in M. Massa (a cura di), La Corte costituzionale e l'economia, Vita e Pensiero, 2018, 88-100.

[28] R. Romei, Cessione del ramo d'azienda e appalti, in AA.VV. (Aidlass – Giornate – Trento, 4-5 giugno 1999), Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo, 139-205; M. Barbera, Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto, in AA.VV. (Aidlass – Congresso – Catania, 21-23 maggio 2009), La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni, Giuffré, 2010, 5-76; V. Speziale, Il datore di lavoro nell'impresa integrata, *ivi*, 77-195.

shopping tendono a sfuggire a quegli stessi criteri di applicazione della *lex loci laboris* che si fondavano su di un modello di impresa e di lavoro a logistica predefinita.

Nel sistema UE, in base al TFUE, le "regole di concorrenza" sono riassunte nel Capo I del Titolo VII, e vanno dall'art. 101 all'art. 106; e le corrispondenze, che può essere utile richiamare per il confronto con le disposizioni cui fanno riferimento le sentenze risalenti, sono frutto delle trasformazioni che hanno interessato gli artt. 101 (già 81 TCE), 102 (già 82 TCE), 103 (già 83 TCE), 104 (già 84 TCE), 105 (già 85 TCE).

A ritroso, l'art. 81 CE, divenuto art. 101 TFUE, è quello che assicura la concorrenza: "1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tuti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno (*omissis*)[29]".

Qui il momento interpretativo determinante si è consolidato attorno al riconoscimento da parte della Corte di Giustizia UE dell'immunità dalla obiezione che potesse costituire un ostacolo alla libertà di impresa: ciò che è avvenuto con Albany; e non è un caso che in un passaggio molto significativo di Viking siano stati ripresi proprio alcuni punti di Albany.

In Viking infatti si ricorda– in merito "agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori" - che lì si riconosceva che "gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 81, n. 1, CE) nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro" (Viking, 49, riprendendosi Albany, 59).

E inoltre, "La Corte ne ha dedotto, al punto 60 di Albany, che accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali con il fine di conseguire tali obiettivi debbono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato" (Viking, 50, riprendendosi Albany, 60).

In altri termini, è fuori discussione che la contrattazione collettiva, al netto della diversità dei sistemi nazionali di relazioni industriali, sia un istituto estraneo a quanto alteri ogni concorrenza, dopo che Albany - sentenza centrale di tutta la vicenda che ha riguardato il

[29] La disposizione prosegue dettagliando: "ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

rapporto fra libertà economiche e sviluppo del Diritto sindacale negli Stati membri – ne ha sancito uno *status* di immunità formale e sostanziale.

In buona sostanza Albany salda l'incompetenza UE sul Diritto sindacale e l'affermazione della neutralità UE rispetto agli ordinamenti sindacali dei diversi Stati membri: libere le relazioni industriali di svolgersi secondo le leggi, le tradizioni e le prassi nazionali, la stessa esclusione della retribuzione ne esce giustificata non solo per il funzionamento delle libertà economiche ma anche in ragione di un self *restraint* complessivo di fronte alla autodeterminazione dei diversi modelli di relazioni industriali.

È come se l'ordinamento multilivello si rappresentasse in senso sia verticale sia orizzontale, ed è come se il principio centrale che governa l'UE si consolidasse fondamentalmente in quello di sussidiarietà, talmente forte rispetto alla questione dell'autonomia sindacale da potersi ricondurre a livello sistematico alla sussidiarietà la distribuzione delle competenze sociali non in negativo ma in positivo.

Se la competenza sociale sui rapporti individuali è propedeutica a una sostanziale armonizzazione europea, la in-competenza sociale sui rapporti collettivi è conseguente a un formale *self restraint* europeo *versus* le relazioni industriali *tout court*; e quindi, l'esclusione della competenza UE sulla retribuzione non è solo un risvolto della volontà di consentire il funzionamento libero dei mercati (lato costi del lavoro).

Essa è anche un segno di consapevolezza che i salari non si toccano se non rischiando di invadere l'autonomia tipica degli ordinamenti sindacali dei diversi Stati membri, e questo una UE multilivello - rispettosa qual è della sussidiarietà orizzontale - non se le può permettere.

Ne deriva, infine, che la molteplicità dei livelli può rappresentarsi in UE solo a matrice, disegnata sia dalla piramide imperfetta di una UE quasi costituzionale (ma non federale) sia dal prisma dei modelli sindacali nazionali, che quella piramide avvolge e completa.

La riprova è racchiusa nel punto dove la Carta di Nizza riconosce *expressis verbis* (all'art. 28) proprio "il diritto di negoziazione e di azioni collettive", nonostante apparentemente si tratti di oggetti che non la riguardino, o quanto meno e senz'altro sui quali non ha competenza.

6. COSTI, CONCORRENZA E DISTANZE

I costi del lavoro, che sono la cartina di tornasole dei trattamenti *standard*, restano in ipotesi legittimamente differenziati - anche di molto, talora - e possono determinare di fatto una convenienza supplementare nella produzione e scambio di beni e servizi al di là dei confini

nazionali, ma fino a un certo punto: dove esso si collochi, deve e può dirlo la Corte, che della interpretazione della Carta e del Diritto euro-unitario è responsabile.

Ma le sue sentenze, specie se interpretative, devono leggersi in stretta relazione con il modello di relazioni industriali dello Stato dove ha avuto origine la controversia, dovendosi assicurare, nel considerare i *dicta*, il rispetto della *intentio* e della *ratio* di ogni conclusione: essendo l'una – l'*intentio* – da porsi in coerenza con la controversia nazionale che formalmente le ha dato origine; l'altra – la *ratio* – da ricondursi a coerenza con il modello di relazioni industriali da cui la decisione sostanzialmente trae origine.

La giurisprudenza UE su sciopero e libertà economiche non ha preso l'abbrivio in Italia, bensì in altri ordinamenti: le controversie a base delle più note sentenze (dal quartetto Laval in poi) sono state occasionate da una controversia finlandese, svedese/inglese, tedesca, lussemburghese, poi ancora tedesche, senza considerare che la questione di Albany è olandese e quella di Rush è francese.

L'avvertenza metodologica nella analisi che ne seguirà è che di esse andrà trattenuto quanto riguarda effettivamente lo sciopero e quanto può darsi per compatibile con il nostro modello di relazioni industriali, se si vorranno trarre conclusioni relative (anche) all'ordinamento italiano, dove il diritto di sciopero è privo di limiti interni, se si guarda alla nozione espressa da Cass. 711/1980 e trasferita *sic* a intere generazioni di giuslavoristi.

Restando in Italia, la concorrenza è dentro il principio costituzionale dell'art. 41 sulla libertà di iniziativa economica privata, con le importanti specifiche che essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana; e che viene poi convogliata - insieme all'attività pubblica, e con riserva di legge sui programmi e i controlli opportuni - "perché … possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali": un modo per dire che la concorrenza è un metodo, non un fine, essendo tra l'altro i fini ampliati.

E la "tutela della concorrenza" in realtà è anche richiamata esplicitamente in Costituzione, poiché figura nell'art. 117, comma 2, lett. e), fra le competenze esclusive dello Stato, qui intesa fra l'altro a copertura della disciplina del Codice degli appalti pubblici (di cui si dirà) anche in ragione del suo stesso porsi ad adempimento degli obblighi comunitari[30].

Ora, partendo dall'*acquis* che qualunque ricerca sui diritti sociali ha in sé del provvisorio e del concreto, si tratta di focalizzarsi sul punto di equilibrio tra l'esercizio del diritto di sciopero e l'esercizio della libera iniziativa economica a partire dagli artt. 40 e 41 Cost., e in particolare nel suo risvolto più evidente, ovvero quello dei limiti all'esercizio del diritto di sciopero, in base a uno *status quo ante* di ordine dottrinale e giurisprudenziale che nel tempo ha finito per trovare un proprio assetto - nei diversi Stati membri – da due punti di vista.

[30] M. Forlivesi, Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 275/2015, pp. 3-7.

In primo luogo, si è discusso delle fonti che possono introdurre limiti all'esercizio del diritto di sciopero, con effetti sui rapporti individuali di lavoro, nel senso che il superamento dei limiti pone il singolo in situazione di inadempimento del vincolo associativo e/o del vincolo lavorativo[31]; e questo sia per limiti *ex lege* (come sarà dopo la legge 146/1990, in Italia) sia *ex contractu* (si intende collettivo), non valendo in senso opposto in Italia l'ipotesi della riserva di legge *ex* art. 40 Cost.[32].

A livello di modellistica - con tutte le approssimazioni che ciò comporta - si distinguono modelli di integrazione fra ordinamento sindacale e ordinamento *tout court* maggiormente versati sul tratto neo-liberale o su quello neo-corporativo, rispondendo questo *distinguo* a una minor o maggior intensità del nesso, che comunque persiste, tra l'attività di contrattazione collettiva - e la sua stabilità concordata - e l'azione di sciopero, volta meno o più strettamente al rinnovo contrattuale.

Con una certa dose di schematismo, i due modelli sono stati descritti come rispondenti a comportamenti maggiormente conflittuali o invece partecipativi, anche se queste distinzioni patiscono tutti i difetti della semplificazione.

La distinzione è tale che - seppur parzialmente utile - finisce per spostare l'attenzione sulle procedure e sugli stili di rappresentanza e attività sindacale in senso ampio, mentre il cuore della questione tocca la tenuta delle relazioni industriali - a valle della rappresentanza e rappresentatività sindacale e a monte dell'*erga omnes* - sul punto preciso del ritmo dettato dal contratto collettivo – ai diversi livelli - e dallo sciopero, e su come essi si alternino, e per ciò a ritroso anche sulla teorica dei limiti interni o esterni alla sua titolarità e al suo esercizio.

D'altronde che il modello italiano si sia sviluppato con molta gradualità, secondo entrambe le linee, e in certa misura realizzandone una sorta di progressiva integrazione, è cosa di grande interesse e attualità, se si pensa da un lato alla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 e invece alla avvenuta attuazione dell'art. 46 (con uno slancio recentissimo verso la sua versione cd. forte[33]), e d'altro lato alla importanza degli interventi legislativi che nel tempo hanno dato spazio ai canali effettivi di rappresentatività e di attività sindacale[34], accanto alla immediata precettività riconosciuta invece *ex ante* all'art. 40 della Costituzione.

---

[31] M. Magnani, Contrattazione collettiva e governo del conflitto, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1990, 687-725, spec. 705-715 sul problema dell'efficacia delle clausole espresse di tregua sindacale sull'uno e/o l'altro dei vincoli.

[32] M. Persiani, Autoregolamentazione dello sciopero ed efficacia del contratto collettivo, in Dir. lav., 1989, I, 6-15, spec. 7-8.

[33] Il 14 maggio 2025 è stato approvato dal Senato della Repubblica il disegno di legge di iniziativa popolare (già approvato dalla Camera dei deputati) "Disposizioni per la partecipazione dei lavoratori alla gestione, al capitale e agli utili delle imprese".

[34] L. Nogler, Un nuovo sindacato – Non solo di conflitto ma anche di partecipazione?, in Il lavoro che cambia – A 55 anni dallo Statuto dei lavoratori, I documenti del Sole 24 ore, in collaborazione con il CNEL, Supplemento al Sole 24 ore n. 137 del 20 maggio 2025, pp. 9.10, dove l'A. mette in relazione i disposti degli artt. 4 e 46 della Costituzione con la portata dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, anche in attesa dell'esito presso la Corte costituzionale della questione rimessa con ordinanza del Tribunale di Modena circa la legittimità rispetto all'art. 39 della parte in cui non tiene conto nel criterio selettivo di rappresentanze sindacali

Fatto sta che l'interesse collettivo si apre a rivendicazioni che spaziano da quella classica del salario all'accesso ai piani di *welfare*, dalle carriere alla capacità di incidere sulle decisioni aziendali, dal diritto alla formazione professionale al benessere organizzativo, e insomma a tematiche nuove, coltivate dentro aziende reali o digitali, secondo *format* unitivi classici ma anche inediti.

In effetti, una rappresentazione quanto meno non irrealistica dello svolgersi di due secoli di storia giuridica del lavoro non può fare a meno di collocare le vicende sindacali, sciopero incluso, nel contesto di una economia in divenire, che si è mossa lungo almeno quattro c.d. rivoluzioni industriali e che si apre oggi alle urgenze dell'economia digitale.

Rispetto a queste evoluzioni, rimane che il *social dumping* e il *forum shopping* esprimono, in modo molto indicativo, lo snodo effettivo della tensione fra le libertà economiche, incluse le scelte di investimento e di gestione del personale, e la difesa di un principio ben presente al sistema costituzionale e strettamente legato alla origine dello sciopero: la tutela del lavoro[35].

Il fatto è che in queste trasformazioni, l'ancoraggio al territorio, abituale e non, rimane per il lavoratore la fonte di un *sentiment* di giustizia elementare e innegabile, per cui una persona al lavoro, normalmente, si aspetta un trattamento pari a quello assicurato a chi le lavora accanto.

E tuttavia, la vicinanza nei luoghi di lavoro, da elemento di prossimità tra persone e criterio territoriale di individuazione delle regole del posto, esce alterata dalla irruzione dell'economia digitale come anche – nella stessa economia reale – da quella forma di destrutturazione logistica insita nelle diverse forme di lavoro a distanza.

In altri termini, è in corso un mutamento epocale del fenomeno economico che non riguarda più solo l'oggetto, cioè la produzione e lo scambio di beni e servizi, ma il soggetto: ai datori di lavoro classici si affiancano le piattaforme, luoghi virtuali che sfuggono all'analisi classica perché non si determinano se non per ragioni formali entro un territorio, capaci di scardinare il legame tra diritto o territorio che ha retto finora ogni meccanismo di imposizione delle tutele[36].

aziendali (che devono formarsi 'a iniziativa dei lavoratori') che siano portatrici di rappresentatività 'significativa' o 'maggioritaria', auspicando una decisione che rimetta al centro la 'iniziativa dei lavoratori' prevista dall'art. 19.

[35] V. Bavaro, Sulla materialità del diritto del lavoro. Note epistemologiche sui valori, https://www.questionegiustizia.it/articolo/materialita-diritto-lavoro, open access. Sul principio costituzionale di tutela del lavoro mi permetto di rinviare a A. Occhino, Commento all'art. 35 della Costituzione, in R. Del Punta – F. Scarpelli (a cura di), Codice commentato del lavoro, Wolters Kluwer, 2020, 174-182.

[36] S. Cairoli, Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale, Jovene, 2020.

7. AUTOTUTELA, SALARI E IMPRESA

Di pari passo con la diffusione, agli estremi, del lavoro da remoto, entro il modello classico della subordinazione, e dal lavoro digitale, nel modello recente della piattaforma, il patto che precede lo sciopero, comunque esso poi si manifesti, non può non risentire di un mutamento paradigmatico dei concetti di interesse e autonomia collettiva - almeno nella dinamica del loro formarsi e affermarsi – che pur continuano a reggere la logica delle relazioni industriali ereditata dalla letteratura del Diritto del lavoro post-Costituzionale[37].

E poi, la questione salariale, che è agli albori del sindacalismo e che per prima individua l'interesse 'comune' si arricchisce via via di tematiche altre e nuove, ma non verrà mai meno, se si pensa alle catene mondiali del valore rispetto alle differenze locali nelle dinamiche salariali[38].

L'attualità dello sciopero non può prescindere dalle rivendicazioni salariali perché nei fatti il risparmio sui costi del lavoro è stato fra i motori degli investimenti transfrontalieri, e perché - se l'interesse collettivo va formandosi e l'azione collettiva organizzandosi - è là dove si avverte ancora nella distribuzione salariale se non una forma di ingiustizia quanto meno un senso di iniquità.

D'altronde, gran parte della casistica della Corte di Giustizia UE sul bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà economiche ha poggiato su questioni (*rectius*: preoccupazioni e/o rivendicazioni) salariali.

Il collegamento tra lo sciopero e la contrattazione collettiva non è solo ortogenetico ma anche palingenetico: dopo l'incrocio delle braccia, il concordato di tariffa è stato l'esito della capacità di intervento di una pluralità organizzata di lavoratori che ponevano sul tavolo della trattativa, di comune accordo, il minimo del trattamento – salariale anche se non solo - cui erano disposti a lavorare, volendo ottenere in cambio dall'imprenditore una promessa di significato almeno proto-contrattuale[39].

Ne va della riconsiderazione della struttura collettiva della stessa relazione di lavoro individuale, sia alla luce della dottrina sul carattere collettivo del potere datoriale, sia per

---

[37] Sulla natura 'professionale' dell'interesse collettivo (*ad excludedum*, rispetto a interessi collettivi irriducibili a tematiche contrattuali/economiche), L. Nogler, Ripensare il diritto di sciopero?, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 2012, 315-329, spec. 317-318, riprendendo la formula di "interesse professionale collettivo" risalente a F. Santoro Passarelli.

[38] Per Cass. 711/1980, come si vedrà, la definizione di sciopero è quella di una "astensione collettiva dal lavoro, disposta da una pluralità di lavoratori, per il raggiungimento di un fine *comune*" (corsivo mio).

[39] L. Mengoni, Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano, in Jus, 1975, 167-198; e in Diritto e valori, Il Mulino, 1985, 247-286; in seguito, in continuità dialettica con tale saggio, M. Magnani, Contrattazione collettiva e governo del conflitto, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1990, 687-725. L'Autrice riprende in particolare il tema del collegamento fra livelli di rappresentanza e contrattuali, per porre l'accento sul problema centrale di riferire la 'tregua' a livelli diversi (in ipotesi aziendali) rispetto a quelli del contratto (nazionale) (spec. 689), tema che è andato mutando in linea con gli sviluppi dello stesso sistema di contrattazione collettiva (690).

l'attualità dell'intreccio fra individuale e collettivo tipico del concetto stesso di subordinazione[40].

E inoltre, ne va della ripresa del concetto di autotutela, che si esprime a livello individuale oltre che collettivo, dando fiato alla rivisitazione della sintesi fra individuale e collettivo a partire non solo dall'analisi del fenomeno sindacale ma anche da quella sui tratti di autotutela che il singolo può esprimere *versus* i poteri datoriali[41].

E in effetti, nella letteratura post-costituzionale sull'attuazione dell'art. 39 sono prevalse – fra l'altro – le letture congiunte della questione contrattuale e conflittuale, sul presupposto che dagli sviluppi delle attività dell' 'organizzazione sindacale' - libera ai sensi dell'art. 39, comma 1 - derivasse il fondamento *et* della contrattazione collettiva *et* dell'azione collettiva di sciopero[42].

Ma proprio il concordato racchiudeva i germi, per come sono andate le cose, sia del primato contrattuale, che si esprime a livello collettivo in coerenza con l'acquisizione della natura contrattuale della relazione di lavoro, sia della riuscita dei movimenti sindacali, con una quasi straordinaria attualità del nesso fra patto di tariffa e patto di sciopero; anzi, cronologicamente, di questo prima di quello[43].

E il concordato di tariffa si è sviluppato anche a scapito delle fisiologiche resistenze, spesso di convenienza, volte alla conservazione di un metodo di trattativa – semmai - giocata su tavoli individuali, e piuttosto in vista di quel "*contrahere* per gruppi" su cui si fonda la storia del Diritto sindacale[44].

Il Diritto del lavoro sembra così la disciplina quasi più vicina al confine tra istituzioni e commerci, e dalla prima ora, quando la questione regolativa, ben prima di avventurarsi nella diatriba sulla competenza tra le fonti - anche secondo criteri di prossimità e di

---

[40] M. Pedrazzoli, Democrazia industriale e subordinazione. *Poteri e fattispecie nel sist*ema giuridico del lavoro, Giuffré, 1985; B. Caruso, Contributo allo studio della democrazia nel sindacato. I. La democrazia nel governo dell'organizzazione e nell'azione sindacale, Giuffré, 1986; ID., Il conflitto collettivo post moderno: come si adegua il diritto del lavoro, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 2002, 93-148.

[41] V. Ferrante, Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale, Giappichelli, 2004.

[42] P. Tosi, Contrattazione collettiva e controllo del conflitto, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1988, 449-491, spec. 450, dove in sintesi "nell'ambito di questa (l'organizzazione sindacale, n.d.a.) è esplicitamente destinata a svolgersi l'attività contrattuale (secondo regole incaricate di conciliare l'unicità di agente negoziale con la scelta pluralistica); nel medesimo ambito è implicitamente destinato a svolgersi lo sciopero, concepito come funzione dell'attività contrattuale"; e *ivi* riferimenti alla dottrina degli anni cinquanta.

[43] Per tutti rinvio all'ampia operazione bibliografica e dottrinale curata nel 2003 da M. Napoli, in occasione del centenario dalla pubblicazione di L. Barassi, Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, ristampa anastatica a cura di M. Napoli, Vita e Pensiero, 2003, 1-914, e ivi l'Introduzione di M. Napoli, Ritornare a Barassi?, vii-lxvii; e volendo l'Appendice di A. Occhino, Bibliografia italiana di diritto del lavoro precedente a «Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano» di Lodovico Barassi, 1901, lxxi-lxxvii. E inoltre AA.VV., La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze, Vita e Pensiero, 2003, a cura di M. Napoli, 1-562.

[44] R. Voza, Il traghettatore sapiente e l'esploratore coraggioso. L'autonomia collettiva da Francesco Santoro-Passarelli a Gino Giugni, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 448/2022, *passim*, e citazione da p. 2.

sussidiarietà – si pose come questione di confine tra un Diritto privato contrattuale che da individuale si faceva collettivo e un Diritto pubblico di legislazione sociale.

Nella logica interventista della legislazione sociale, fu questa a coincidere storicamente con la cesura fra una linea permissiva sullo sciopero, che da reato divenne libertà, e una linea protettiva delle condizioni di lavoro rapportata alla salute pubblica e quindi all'igiene, ordine e sicurezza, di anima pubblicistica e che sarà all'origine della previdenza sociale.

La definizione di sciopero come diritto supera questa fase, senza rinnegarne i benefìci, e rinforza il ruolo riconosciuto alla protesta organizzata come strumento, non solo utile ma anche legalmente giustificato, di possibile correzione degli automatismi di mercato.

In effetti, lo sciopero è un modo di rivendicare che punta dritto, riflessivamente, su di un modo di fare impresa, dove il tempo dell'astensione corrisponde al tempo della produzione, e il luogo dell'astensione lascia vuoto un plesso logistico individuato, poiché l'impianto è collocato nello spazio e nel medesimo spazio dove si lavorava.

La stessa formazione dell'interesse collettivo viene favorita in origine dalla contiguità logistica, dalla prossimità delle persone che vi operano, dalla relazione di presenza, esprimendosi di fatto anche nelle modalità del passa parola, del volantinaggio, dell'assemblea sindacale.

Ma oggi non è solo l'impresa digitale a scardinare le coordinate di questa forma di pressione, poiché anche nell'impresa reale nuove solitudini determinano dentro e fuori l'azienda anche nuove *comunità*, innescandosi un processo di formazione *dell'interesse comune, cioè collettivo*, che riunisce le persone via *social* e che solo per questo si lascia percepire – talora illusoriamente – come più 'sociale'.

Al fondo rimane la sensazione di un percorso dialettico fra l'impresa e i suoi lavoratori meno rispondente alla logica antitetica ad interlocutori chiaramente individuati e contrapposti, che aveva favorito per certi aspetti la coesione (si direbbe l'unione, in senso tecnico), e con questo anche una certa focalizzazione chiara negli intenti e negli obiettivi dei temi comuni di rivendicazione, concentrati fin dalle origini su orari e salari e che poi hanno spaziato in molti altri aspetti ritenuti vitali, attorno alla condizione lavorativa, secondo la sensibilità culturale che nel frattempo mutava.

8. SOLITUDINI, POTERE E LAVORI

Con queste dinamiche, temi come il benessere, la formazione, la premialità, ed altri ancora, andavano arricchendo il nucleo delle piattaforme contrattuali, sulle quali lo sciopero ha funzionato da valvola di impulso allo sviluppo della trattativa per le migliori condizioni da ottenere, in modo antitetico sì, ma funzionale, e spesso efficace, protetto qual è dallo statuto normativo che gli riconosceva la capacità di rendere immune il lavoratore da qualsivoglia conseguenza sanzionatoria.

Ma la riflessione si sviluppava agevolmente attorno all'interesse e all'autonomia collettiva forte di una chiarezza *ex ante* delle posizioni distinte e di conseguenza sulla capacità del gruppo di organizzarsi sindacalmente, cioè di unirsi, in contrapposizione virtuale al datore di lavoro; è chiarissimo il passaggio di O. Khan-Freund che definiva il potere del datore di lavoro come collettivo in radice (1971), dando per scontato un modello dialettico che presuppone la tesi e l'antitesi, cioè la distinzione delle parti.

Le solitudini dei lavoratori dell'economia digitale, come certe solitudini anche dei lavoratori dell'economia reale - favorite dalla pratica del lavoro a distanza e dallo sviluppo di forme sociali di aggregazione di interesse sulla rete - non sempre rispettano queste premesse, dando adito alla formazione di interessi pur comuni (*l.s.*)non solo collettivi (nel senso di sindacali), aggregando meno distintamente lavoratori e non, e finendo paradossalmente anche, in taluni casi, per indebolire la stessa formazione di contenuti utili ad essere portati sul tavolo delle trattative.

Il risultato a prima vista è una polarizzazione sempre più accentuata fra chi lavora in contesti aziendali reali, modellati sul lavoro in presenza, o – all'opposto – nell'algida impresa digitale, dove ci si trova a fare i conti con una avvertita carenza di tutele minimali, e dove si torna a chiedere di orari e di salari, e prima ancora di un contratto di lavoro, che poi è la condizione iniziale della formazione dell'interesse collettivo, anche per chi preferisca considerarlo come insieme di interessi comuni (*s.s.*).

Nell'ampia letteratura che vi individua una agenzia, un intermediario, un committente, un datore di lavoro, e persino altro, ci si è giustamente concentrati anche sulla natura subordinata o meno dei rapporti di lavoro, con anche approcci dottrinali di tipo pratico che hanno ipotizzato soluzioni modulari e rimediali per assicurare almeno le tutele fondamentali a tutte le persone che lavorano[45].

Ora, non è detto che la natura della relazione sia irrilevante per il tema dello sciopero, dato che tecnicamente esso riguarda direttamente solo i lavoratori subordinati, potendosi però estendere agli autonomi nei singoli ordinamenti (specie quando si fa questione della tutela degli utenti nei servizi al pubblico).

Il fatto è che un numero enorme di lavoratori non si riconoscono né dipendenti né indipendenti rispetto al fatto di collaborare con una impresa digitale, tramite la piattaforma, e faticano a unirsi per rivendicare condizioni migliori, anche solo a livello contrattuale, rispetto persino a un interlocutore apparentemente trasparente e di fatto a prima vista inafferrabile.

La (s)proporzione numerica - uno a tanti - tipica della prima ora del Diritto del lavoro e che fece intravvedere una soluzione logica nella attribuzione della natura collettiva al potere del singolo datore di lavoro (O. Khan-Freund), a titolo di applicazione dell'antitesi tra un potere

[45] T. Treu, Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy, in LD, 2017, 367-405.

e un contro-potere, resta fondamentale per cogliere una certa continuità attraverso due secoli di rivoluzioni industriali, anche se deve fare anche i conti con l'attualità.

E la stessa *governance* societaria è stata oggetto di una notevole evoluzione, anche normativa, dipesa certo dalla dinamica dei flussi finanziari, logistici e operazionali, ma anche da una certa statica decisionale incorporata nei modelli fruibili a seconda delle discipline dei singoli Paesi, qui secondo particolarità collegate anche al tessuto economico e sociale dei singoli Stati membri, cioè alle loro tradizioni interne, che non sono così comuni.

Poi, là dove il modello societario monistico rimane prevalente (come in Italia), non è facile introiettare nei processi decisionali la *voice* dei dipendenti, tramite rappresentanti direttamente coinvolti, o per via della intensificazione delle pratiche di informazione, consultazione e codecisione; non quanto invece è possibile nei modelli societari dualistici, grazie all'istituto del consiglio di sorveglianza e al suo rapporto da un lato con la proprietà (sociale e assembleare) e dall'altro lato con il consiglio di gestione.

Se con ciò si approda al tema della partecipazione, cd. debole o forte, per noi ai sensi dell'art. 46 Cost., vale la pena di sottolineare che ciò ha molto a che vedere con il modello di relazioni industriali e con la posizione dello sciopero non solo dal punto di vista dell'ordinamento statale, ma anche e prima ancora sindacale[46].

In proposito, merita attenzione la misura della corrispondenza fra gli interessi degli investitori (*share holders*) e l'inclusione di altri portatori di interessi (*stake holders*) nella configurazione dei meccanismi decisionali; il che è rilevante per il tema dello sciopero perché – è notissimo - fra gli *stake holders*, *in primis* vi sono i lavoratori, con inedite applicazioni non solo della sostanza degli interessi, ma anche della loro comunanza, perché l'interesse collettivo innanzitutto è un interesse comune.

Si tratta qui di enucleare la questione della partecipazione anche gestionale, che appartiene al grande tema partecipativo incoraggiato nel nostro modello di relazioni industriali dall'art. 46 della Costituzione, in particolare dando seguito ad esso in termini anche di partecipazione cd. forte, cui in effetti ha recentemente dato corso il d.d.l. di iniziativa popolare approvato dal Senato della Repubblica (in testo già approvato dalla Camera dei Deputati) lo scorso 14 maggio.

Vi è prevista infatti, sotto 'condizione' della previsione dei contratti collettivi, la rappresentanza degli interessi dei lavoratori nelle società a modello sia monistico sia

[46] P. Olivelli, Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese, in AA.VV. (Aidlass – Giornate – Lecce, 27-28 maggio 2005), Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese, Giuffré, 2006, 17-88; e L. Zoppoli, Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese, *ivi*, 89-236, ove ampi riferimenti bibliografici; M. Corti, La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata, Vita e Pensiero, 2012. E di recente L. Nogler, Un nuovo sindacato – Non solo di conflitto ma anche di partecipazione?, in Il lavoro che cambia – A 55 anni dallo Statuto dei lavoratori, I documenti del Sole 24 ore, in collaborazione con il CNEL, Supplemento al Sole 24 ore n. 137 del 20 maggio 2025, pp. 9.10.

dualistico, con ingresso negli organi (consiglio di amministrazione / consiglio di sorveglianza) di "amministratori rappresentanti gli interessi dei lavoratori dipendenti" (nel primo caso) o direttamente di "rappresentanti dei lavoratori dipendenti" (nel secondo caso).

È un percorso, questo, che si annuncia distintivo e innovativo nel nostro modello di relazioni industriali, benché in grande continuità con la lenta attuazione dell'art. 46 e una importante letteratura anche italiana sulla partecipazione (debole/forte) e che andrà perciò osservato attentamente con riguardo agli sviluppi concreti che ne verranno, anche grazie alla contrattazione collettiva, nella realtà degli statuti societari e delle diverse prassi di *governance*.

9. COSTITUZIONI, DIRITTI E CONFINI

Fondamentalmente lo sciopero è - nella Costituzione italiana e non solo - un diritto, ovvero un diritto sociale fondamentale.

Dell'ingresso dei diritti sociali nelle Costituzioni del XX secolo si è scritto molto, ma qui preme sottolineare che si tratta di una profonda mutazione del concetto stesso di giustizia, che è sociale o non è, se è vero che - messi accanto ai diritti civili e ai diritti politici – i diritti sociali sono in grado di disvelare i limiti di una concezione solo formale dell'eguaglianza e aprono la strada alla realizzazione progressiva di quella sostanziale, insieme al principio di solidarietà[47].

Queste brevi riflessioni mettono in luce non solo la necessità di lasciar dialogare il Diritto del lavoro con il dinamismo proprio di ciascun modello di relazioni industriali, in collegamento con l'attore legislativo di ogni Stato membro, oltre che con le indicazioni UE, ma anche che il grande protagonista - in uno studio sui rapporti tra diritto di sciopero e libertà economiche nell'ordinamento multilivello – rimane il contratto collettivo[48].

Esso, d'altronde, è alle origini della prima istanza di correzione degli esiti automatici del mercato del lavoro, nella esperienza indimenticabile del concordato di tariffa, e spiega tutt'oggi che la prima relazione da mettere a fuoco per comprendere il meccanismo antitetico fra la protesta e il mercato è quella tra il contratto collettivo (cui lo sciopero - in misura dapprima stretta e poi più latamente - si raccorda per definizione) e la libertà d'impresa.

---

[47] L. Mengoni, Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà, in M. Napoli (a cura di), Costituzione, lavoro, pluralismo sociale, Vita e Pensiero, 1998, 3 ss.; L. Mengoni, I diritti sociali, in ADL, 1998, 1-15; R. Dworkin, I diritti presi sul serio, (trad. it. Federico Oriana; ed. it. G. Rebuffa), Il Mulino, 1982 (edizione originale Taking Rights Seriously, Harvard Un. Press, 1977).

[48] P. Tosi, Contrattazione collettiva e controllo del conflitto, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1988, 449-491, spec.454, dove si apre all'esperienza comparata – al fine di un'indagine rivolta al contesto nazionale - per concentrarsi sui modelli di controllo del conflitto in ragione, fra l'altro, della capacità dei sistemi nazionali di trovare "soluzioni dirette a rafforzare la rappresentatività dei sindacati maggiormente rappresentativi mediante la regolamentazione dei soggetti e delle procedure contrattuali".

Ne deriveranno le premesse sull'inquadramento dell'esercizio del diritto di sciopero rispetto alle libertà economiche *tout court*, in UE innanzitutto - terreno di libertà economiche *ab origine* - e per ricaduta (anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE) nei singoli Stati membri, con tutte le loro tradizioni costituzionali comuni e con l'innesto centrale nella storia europea della logica dei diritti fondamentali, *ivi* inclusi i diritti sociali, come oggi formalmente tramite la sua Carta dei diritti fondamentali.

Per tenere conto dei diversi modelli di relazioni industriali, visto che il tema porta sul coacervo di interessi che preludono allo sciopero, e per la rilevanza del collegamento con la contrattazione collettiva che il tema pone nei diversi sistemi normativi, occorre indagare – seppur sinteticamente - lo statuto costituzionale del diritto di sciopero nei principali Paesi della 'vecchia' Europa (dandosi per scontata la disposizione dell'art. 40 della Costituzione italiana) [49].

Le ricadute interne del riconoscimento dello sciopero come posizione di garanzia costituzionale dovrebbero poi interessare il dettaglio dei metodi di rafforzamento regolativo dei soggetti e delle procedure di contrattazione, utili a comprendere i meccanismi di sviluppo, e non solo di controllo, del conflitto, in perenne ambivalenza tra esperienze di sciopero maggiormente orizzontali o verticali (in relazione al modello di contrattazione collettiva), occasionali o più coordinate, e in ogni caso più o meno proceduralizzate[50].

È lì difatti che si può concretizzare realisticamente una protesta dovuta al timore che il vantaggio competitivo delle condizioni di lavoro assicurate da altro ordinamento metta a rischio le pari opportunità delle imprese del posto, e ciò in particolare nei casi di appalto transfrontaliero che implichi la presenza di lavoratori temporanei, ovvero non abituali, come nel *leading case* Laval, visto che l'applicazione della *lex loci laboris* è esclusa proprio dalla temporaneità (v. oltre).

Si tratterà infatti di assicurare o meno condizioni di lavoro - e altre - paritarie, in tutto o in parte, per i lavoratori implicati nel mercato comune, cioè in attività economiche rilevanti in UE oltre i confini nazionali, e quindi con elementi di internazionalità dell'impresa che si risolvono in elementi di internazionalità dei contratti di lavoro; e ciò, segnatamente, quando il diritto internazionale privato non riconosca loro – in quanto non abituali - lo *status* di lavoratori protetti direttamente dalla disciplina dello Stato ospitante.

[49] V. E. Palici di Suni Prat – F. Cassella – M. Comba (a cura di), Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea, con introduzione di G. Lombardi, Cedam, 1998; W. Warnech, La disciplina dello sciopero nell'Europa a 27 ed in altri paesi non UE. Sintesi comparativa, Rapporto 103, Istituto Sindacale Europeo per la Ricerca, la Formazione e la Salute e Sicurezza (ETUI-REHS), Bruxelles, 2008, traduzione dall'inglese di F. Fois - fonte:https://www.etui.org/sites/default/files/08%20Strike%20rules%20in%20the%20EU27%20R103%20IT%20Web.pdf, open access.

[50] P. Tosi, Contrattazione collettiva e controllo del conflitto, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1988, 449-491, spec. 455 ss.; e dopo Laval L. Corazza, Tregua sindacale, governo del conflitto collettivo e competitività internazionale, in Riv. it. dir. lav., 2011, I, 617-645.

Osservando, seppur in estrema sintesi, la collocazione dello sciopero nei testi di natura costituzionale si osserva che là dove (come in Germania) vi sia un 'mero' riferimento al carattere sociale dell'ordinamento, ne deriva comunque (anzi a maggior ragione) un'interpretazione che va ad includere lo sciopero fra i diritti sociali fondamentali.

E inoltre va posto l'accento sul fatto che l'intensità del legame tra sciopero e contratto collettivo è particolare là dove (come ancora in Germania) il termine di durata del contratto collettivo produca implicitamente obblighi di tregua sindacale: una conseguenza che in Italia è stata considerata ma che alla fine non ha prevalso[51].

In Austria, in assenza di un catalogo costituzionale di diritti sociali, la dottrina tende a riconoscere una libertà di sciopero, e non un vero e proprio diritto di sciopero, anche alla luce del fatto che l'Austria ha aderito alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ivi compreso l'art. 11[52], elevandola a rango costituzionale[53].

Tuttavia, nel ratificare la Carta sociale europea (sempre del Consiglio d'Europa), l'Austria ha escluso l'art. 6, comma 4 ("Diritto di negoziazione collettiva"), dove compare al punto 4 la menzione delle azioni collettive, che nella Carta è così espressa: "il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro d'intraprendere azioni collettive in caso di conflitti d'interesse,

[51] Riprende l'alternativa L. Nogler, Ripensare il diritto di sciopero?, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 2012, 315-329, ricostruendo la disputa sul valore implicito del contratto rispetto all'esistenza di obblighi di tregua sindacale, ma secondo l'A. dovendosi prescindere dalla questione della titolarità, "mal posta", *rectius* "più complessa di come suole essere comunemente presentata" (315), accanto al valore - riconosciuto - delle clausole esplicite di tregua (322-323); e R. Romei, Ripensare il diritto di sciopero?, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 2012, 331-337, dove l'A. avalla la coerenza logica di un sistema di relazioni industriali che assomma la titolarità individuale all'assenza di obblighi impliciti di tregua sindacale (334). A favore della configurabilità di obblighi impliciti L. Mengoni, Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano, in Jus, 1975, 167-198; e in Diritto e valori, Il Mulino, 1985, 247-286 (già L. Mengoni, Limiti giuridici del diritto di sciopero, in RDL, 1949, I, 246-259); diversamente e in precedenza per tutti G. Giugni, Introduzione allo studio della autonomia collettiva, Giuffré, 1960 (nel senso che il contratto collettivo non esclude il riaprirsi del dissenso); dell'A. v. anche La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro, in AA.VV. (Aidlass – Congresso – Pescara-Teramo - 1-4 giugno 1967, Il contratto collettivo di lavoro, Giuffré, 1968, 11-…; e G. Ghezzi, Responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria, Giuffré, 1963 (nel senso che il sistema costituzionale porterebbe ad escludere obblighi impliciti di tregua); più recentemente L. Corazza, Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero, Angeli, 2012.

[52] Il testo dell'art. 11 della CEDU è il seguente: "Libertà di riunione e di associazione – 1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi. 2. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale. e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato".

[53] U. Runggaldier, Diritto del lavoro e diritti fondamentali: l'Austria, in LD, 2000, pp. 621-635, spec. pp. 626-628.

compreso il diritto di sciopero, fatti salvi gli obblighi eventualmente derivanti dalle convenzioni collettive in vigore"[54].

Belgio, Lussemburgo e Olanda possono considerarsi in una situazione analoga, nel senso che in assenza di disposizioni costituzionali e legislative, è la giurisprudenza ad avallare lo statuto dello sciopero come diritto e/o libertà[55].

In Germania e Finlandia è l'interpretazione costituzionale che dalla libertà di associazione ha ricavato il riconoscimento del diritto di sciopero[56].

In Irlanda a partire dal *Industrial Relations Act* del 1990 un meccanismo di immunità protegge chi aderisce a uno sciopero dalle conseguenze che altrimenti si produrrebbero in base al *breach of contract*, tipico dei sistemi di *common law*, e in questo senso può dirsi che nonostante le apparenze vi sia comunque una protezione, e a monte un riconoscimento, del diritto di sciopero[57].

Anche in Danimarca lo sciopero a livello costituzionale dipende dalla interpretazione del riconoscimento della libertà sindacale (e della riunione pacifica), cui fa seguito la Legge sul tribunale del lavoro e la Legge sulla composizione delle controversie di lavoro, dove anche il diritto di sciopero è regolato[58].

E in Francia si può contare su un esplicito riconoscimento costituzionale, come in Grecia, Portogallo, Spagna e Svezia[59].

Ogni ordinamento statuale, in sostanza, ha definito lo statuto normativo fondamentale dello sciopero non solo con accenti lessicali e rinvii e/o riserve di legge e di altre fonti di vario tipo, ma tenendo conto soprattutto della diversità dei modelli di relazioni industriali, e in particolare là dove le tradizioni costituzionali, nient'affatto comuni, esprimono un modello più o meno proceduralizzato, che faccia leva, come si vedrà, sul meccanismo della tregua sindacale in costanza di contratto collettivo.

Queste distinzioni si riflettono sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, che si dovrà esaminare, per coglierne contenuti interpretativi ma anche limiti interpretativi, in stretto collegamento con il contesto nazionale dove la controversia ha origine.

---

[54] U. Runggaldier, *ibidem*.
[55] W. Warnech, La disciplina dello sciopero nell'Europa a 27 ed in altri paesi non UE. Sintesi comparativa, cit., p. 7 (tabella) e paragrafi relativi ai singoli Paesi.
[56] W. Warnech, La disciplina dello sciopero nell'Europa a 27 ed in altri paesi non UE. Sintesi comparativa, cit., p. 7 (tabella) e paragrafi relativi ai singoli Paesi: Finlandia da p. 26 e Germania da p. 30.
[57] W. Warnech, La disciplina dello sciopero nell'Europa a 27 ed in altri paesi non UE. Sintesi comparativa, cit., p. 7 (tabella) e paragrafi relativi ai singoli Paesi: Irlanda da p. 34.
[58] W. Warnech, La disciplina dello sciopero nell'Europa a 27 ed in altri paesi non UE. Sintesi comparativa, cit., p. 7 (tabella) e paragrafi relativi ai singoli Paesi: Danimarca da p. 22.
[59] W. Warnech, La disciplina dello sciopero nell'Europa a 27 ed in altri paesi non UE. Sintesi comparativa, cit., p. 7 (tabella) e paragrafi relativi ai singoli Paesi: Francia da p. 28, Grecia da p. 32, Portogallo da p. 54, Spagna da p. 66, Svezia da p. 68.

L'Italia, essenzialmente, si rappresenta in questo scenario internazionale come un modello invece tendenzialmente anomico, non solo per via di fattori tecnico-giuridici legati alla mancata attuazione delle disposizioni costituzionali *ad hoc*, ma soprattutto, può dirsi, per tradizione.

In conclusione, queste differenze fra Paesi – quanto meno - non permettono di portare il significato delle interpretazioni della Corte al di là di quanto è ragionevole applicare ai Paesi dotati di modelli di relazioni industriali coerenti con quelli dai quali si è preso spunto.

10. FINALITÀ, TITOLARITÀ E MODALITÀ

Ora, riprendere da alcuni accadimenti e dalle riflessioni giuridiche che hanno interessato lo sciopero in Italia può risultare utile a consolidare il raccordo fra il tema che si va svolgendo e il collante ineludibile che lo tiene insieme al protagonista assoluto di ogni rapporto fra autotutela collettiva e attività d'impresa, che è appunto il contratto collettivo.

Non a caso sia per le finalità, sia per la titolarità, sia per la modalità del suo esercizio, lo sciopero fuoriesce nei diversi sistemi nazionali da una stretta sinergia con l'atteggiarsi concreto della contrattazione collettiva, e uno sguardo più attento almeno all'ordinamento italiano può servire da premessa a come l'ordinamento multilivello possa trovare applicazione in un modello, quale quello italiano, caratterizzato dalla assenza dei cd. limiti interni.

In altri termini, a seconda dei diversi modelli di relazioni industriali si atteggia diversamente il *set* di risposte alle grandi questioni del perché (finalità), chi (titolarità) e come (modalità) l'ordinamento sindacale, con la sua peculiarissima attività di normazione e di azione di protesta (che sono un tutt'uno), arrivi a impattare sugli automatismi del mercato transfrontaliero, cioè *funditus* sulle libertà economiche, dentro un sistema di garanzie UE che attorno al concetto di 'contenuto essenziale' tiene insieme il diritto di azione collettiva (nazionale) e la libera circolazione e prestazione di servizi (internazionale).

In Italia, una conferma si trova nei principali passaggi argomentativi che hanno attraversato negli anni le finalità e le titolarità e le modalità in cui si esprime il diritto di sciopero, in linea anche con un graduale aumento della sensibilità sociale sulla posizione complessiva dei lavoratori nella società civile - anche sull'onda della sociologia situazionale dell'*homme situé* e, si aggiunga, della *femme située.*

Se limiti interni vi fossero, devono rinvenirsi a livello definitorio, e questo dipende dalla nozione di sciopero introiettata nel sistema giuridico costituzionale dall'affermazione dell'art. 40 Cost.; altrimenti dovendosi ricorrere alla teorica dei limiti esterni, più adatti (questa è un'ipotesi) a interferire non tanto con le finalità e le titolarità, quanto piuttosto con le modalità dell'esercizio del diritto.

Quanto alla finalità, si tratta dell'ampliamento della finalità contrattuale verso quella economica, utile all'autotutela dello *status* complessivo del lavoratore, con specifico riguardo ad una sufficienza 'effettiva' della stessa, rispetto alle opportunità e alle risorse di cui poter disporre per la garanzia, per sé e per la propria famiglia, di quella "esistenza libera e dignitosa" promessa dall'art. 36 Cost.

Nella sistematica dei diritti sociali, e per giurisprudenza costituzionale, lo sciopero in realtà acquista presto il significato di diritto di partecipazione dei lavoratori alle decisioni di politica economica che impattano sugli interessi tutelati dal Titolo III della parte prima della Costituzione italiana (i 'Rapporti economici'), secondo un indirizzo interpretativo che si ritrova nella giurisprudenza costituzionale

Sono lo sciopero generale e lo sciopero di solidarietà e di protesta gli epifenomeni della distinzione fra che cosa è diritto di sciopero, entro i confini dell'autotutela a scopo economico, e cosa – a titolo di azione a finalità politica - è – 'solo' – libertà.

Ed è in ciò che si vede come lo sciopero economico ha risentito di una evoluzione del collegamento con il contratto collettivo, a sua volta ampliato a temi che vanno oltre quel mero 'scambio' tra orari e salari, che era stato il nucleo della trattativa che aveva portato al concordato di tariffa.

La questione dello sciopero generale è decisiva, perché privo del collegamento con la contrattazione collettiva (almeno in misura diretta) esso determina coi suoi destini l'ampliamento del diritto di sciopero a tematiche che vanno oltre il contrattuale, secondo una evoluzione interpretativa e normativa che lo ha ridisegnato vuoi come generale vuoi come plurisettoriale, ma senza mai ricadere nella biunivocità fra sciopero e contratto che priverebbe il primo dell'ampliamento tematico che poi, in fondo, riguarda anche il secondo.

Si tratta di una questione (quella dello sciopero generale) che riemerse in una circostanza storica molto significativa, in occasione di un episodio che risale al 1992, accaduto a valle della promulgazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, e che vale la pena di ricordare per sommi capi, in quanto vi è sottesa la distinzione fra sciopero generale in senso stretto e plurisettoriale, e, ancora più a fondo, l'idea di una corrispondenza astratta fra contratto collettivo e ampliamento alla cd. finalità economica[60].

La questione originava dallo sciopero generale proclamato dalle tre confederazioni sindacali il 18 settembre 1992 per il 25 settembre 1992 contro la manovra economica (che sarebbe stata varata con D.L. il giorno dopo, 19 settembre 1992), senza rispetto dell'obbligo di preavviso, tanto che il datore di lavoro (nel caso ENEL – competenza territoriale del Pretore del lavoro di Torino), che ne ebbe notizia il 22 settembre, irrogò a valle delle sanzioni, ai sensi della legge 146/1990.

[60] V. A. Zoppoli, Lo sciopero (generale) nei servizi essenziali tra percorsi giuridici e insidie politiche, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 482/2024, già in Giustizia Insieme, pubbl. sul sito istituzionale il 23 febbraio 2024.

Si trattava sì di uno sciopero generale, ma la questione venne trattata a prescindere dal carattere generale, concentrandosi l'attenzione sul fatto che si trattasse di sciopero economico *tout court*, generale o settoriale; in effetti, la distinzione fra sciopero generale (che non può essere contrattuale) e settoriale (che può essere contrattuale o economico) non sarebbe stata presa in considerazione direttamente dalla Corte costituzionale, che si pronunciò successivamente con la sentenza del 10 giugno 1993, n. 276/1993 - redattore Mengoni).

Lì, fu dichiarata non fondata la questione di legittimità dell'art. 2, comma 7, della legge 146/1990 nella parte in cui non contempla lo sciopero a scopo economico fra i casi di esclusione dalla applicazione delle disposizioni in tema di preavviso minimo e di indicazione della durata: la Corte difatti non distinse fra sciopero generale e non, limitandosi a respingere la questione sollevata, su di una disposizione che non esime dagli obblighi sul preavviso e sulla durata gli scioperi a finalità economica[61].

A seguire, la definizione di sciopero generale che avrebbe dato la Commissione di Garanzia con la delibera del 24 settembre 1993, n. 3/134, risolveva in parte la questione di diritto, enucleando in via interpretativa – non senza una certa creatività - una fattispecie di sciopero generale definito come "azione collettiva proclamata da una o più confederazioni sindacali dei lavoratori, coinvolgente la generalità delle categorie del lavoro pubblico e privato": fattispecie cui assegnare un trattamento di 'favore' rispetto alla stretta applicazione delle disposizioni della legge 146/1993.

E difatti l'interpretazione fu nel senso della "non applicazione della regola del preventivo svolgimento delle procedure di raffreddamento e di conciliazione", della "non applicazione della regola del limite della durata massima della prima giornata di astensione, previsto dai contratti"; del "regime "elastico" della rarefazione oggettiva"; e del "rilievo esclusivo dell'"effettuazione" degli scioperi ai fini del calcolo dell'intervallo minimo tra le varie azioni di autotutela"[62].

A trent'anni di distanza si è riproposta una situazione analoga, in occasione dello sciopero proclamato in vista del 17 novembre 2023 (da CGIL e UIL) per tutti i settori tranne "acqua, carburanti, credito, distribuzione farmaci e logistica farmaceutica, elettricità, energia e petrolio, farmacie, gas, gas/acqua, istituti di vigilanza, metalmeccanici, pulizie e multiservizi, radio e tv, telecomunicazioni, ristorazione collettiva, appalti ferroviari e lavanderie industriali".

[61] Disposizioni riferite ai soli "casi di astensione dal lavoro in difesa dell'ordine costituzionale, o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori".

[62] V. A. Zoppoli, Lo sciopero (generale) nei servizi essenziali tra percorsi giuridici e insidie politiche, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 482/2024, spec. p. 7 e *passim* in senso critico rispetto alla delibera della Commissione di Garanzia dell'8 novembre 2023 che considerò plurisettoriale e non generale lo sciopero proclamato da CGIL e UIL del 17 novembre 2023.

In tal caso, la Commissione di Garanzia – diversamente - non lo ha ritenuto generale, ma plurisettoriale, con delibera dell'8 novembre 2023, ritenendo quindi applicabile l'intera disciplina della legge 146/1990 senza le attenuazioni previste per lo sciopero generale dalla delibera del 24 settembre 1993.

In sostanza ricorrere alla figura dello sciopero generale, sebbene nell'ambito di rivendicazioni chiaramente economiche, porterebbe a un indebolimento del suo collegamento con la contrattazione collettiva, che è settoriale per definizione (anche se astrattamente non si può escludere una contrattazione generale), e permette interpretazioni che, senza nulla togliere allo statuto normativo del diritto di sciopero, gli riservino - in deroga - una disciplina esonerativa dei normali obblighi da rispettare nei servizi pubblici essenziali.

Ciò equivale a dire che la disciplina di limitazione all'esercizio impatta su ogni forma di sciopero, contrattuale e economico, e che per includervi ogni ipotesi - data l'importanza di riconoscere allo sciopero uno stretto legame con la contrattazione - a livello teorico risulta più consona una rappresentazione plurisettoriale rispetto ad una generale, quanto meno più rispettosa del naturale collegamento tra sciopero e contratto.

Ne deriva una riaffermazione del moderno concetto di sciopero come azione di protesta ampliata nei contenuti, e in ogni caso volta a determinare le sorti della tutela contrattuale dei lavoratori, chiamati a unirsi nel momento della protesta: è il legame sciopero-contratto che ne esce rafforzato in un modello di relazioni industriali tendenzialmente anomico tanto sul lato soggettivo dei diritti di rappresentanza quanto su quello oggettivo degli obblighi a trattare[63].

11. INDIVIDUALE, COLLETTIVO E COMUNE

Nell'insieme, la formula del diritto individuale ad esercizio collettivo è generalmente condivisa, utile qual è a tenere insieme il momento individuale e il momento collettivo; ma - a parte la questione dei limiti all'esercizio - ci si è interrogati a lungo sulla natura individuale o collettiva della titolarità del diritto di sciopero, sul presupposto che sia la natura collettiva dell'interesse a reggere la posizione giuridica soggettiva di ogni singolo

[63] R. Santucci, Titolarità del diritto di sciopero e rappresentanza sindacale: prime riflessioni su alcuni percorsi dottrinali, in QCost, 1990, 263-278.

lavoratore in sciopero, producendo sul rapporto individuale l'effetto dell'esclusione dell'inadempimento[64].

In Italia la questione della titolarità individuale o collettiva (diffusa o sindacale, come osservato[65]) del diritto di sciopero ha una storia radicata ancora una volta nella collocazione dello sciopero nel nostro modello di relazioni industriali, anche a seconda della intersezione fra l'ordinamento statuale e quello sindacale: ancora una volta, a seconda della intensità del collegamento - più o meno strutturale, ma quindi anche funzionale - con la contrattazione collettiva[66].

L'ipotesi della titolarità individuale (sempre che la questione sia così da porsi) è prevalente: contratto e sciopero fin dalla prima ora sono stati costruiti come proiezioni collettive di strutture logiche individuali[67], in contesti caratterizzati anche da situazioni di forte presenza sindacale, pur se la storia ha portato a riconoscere l'importanza di verificare sul campo la tenuta delle categorie individuali per restituire – in un certo senso - al collettivo quello che gli è proprio[68].

---

[64] S. Donà, La titolarità del diritto di sciopero nel nuovo contesto delle relazioni sindacali, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 231/2014, 2-3 e 14, con riferimento a Cass. 711/1980; P. Pascucci, Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali, Giappichelli, 2000; e comunque F. Santoni, Lo sciopero, Jovene, 1991. V. anche A. Loffredo (a cura di), La titolarità del diritto di sciopero (Atti della giornata di studio – Siena, 11 maggio 2007), Cacucci, 2008 (*ivi* - con accenti diversi - gli interventi di P. Pascucci, R. Romei, E. Ales, F. Borgogelli, M. Cerbone, C. Faleri, A. Loffredo, M.G. Lombardi, G. Orlandini, F. Siciliano, F. Siotto, A. Zoppoli).

[66] P. Bellocchi, La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti, in LD, 1994, 163-183; L. Corazza, Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero, Angeli, 2012, spec. cap. 3. Il nodo della titolarità del diritto di sciopero; e ancora S. Donà, La titolarità del diritto di sciopero nel nuovo contesto delle relazioni sindacali, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 231/2014, pp. 3-4.

[67] S. Donà, La titolarità del diritto di sciopero nel nuovo contesto delle relazioni sindacali, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 231/2014, p. 23. Sulla titolarità individuale *ex plurimis* P. Tosi, Contrattazione collettiva e controllo del conflitto, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1988, 449-491, spec. 452. Parzialmente diverse le conclusioni di R. Pessi, Istituzionalizzazione delle relazioni industriali e governo del conflitto, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1987, 551-604; M. D'Antona, La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale, in Riv. giur. lav., 1989; I, 9-24; O. Mazzotta, Le regole dello sciopero fra autonomia ed eteronomia, Riv. giur. lav., 1989, I, 61-77; M. Magnani, Contrattazione collettiva e governo del conflitto, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1990, 687-725; U. Romagnoli, Solidarismo giuridico e conflitto post-industriale, in LD, 1991, 177-195; ID., Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali, in LD, 1991, 547-583.

[68] F. Carinci, Relazione introduttiva, in AA.VV., Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale, Quaderni di ADL, Wolters Kluwer-Cedam, n. n. 15, 2018, pp. 7-15, e *ivi* le Relazioni di V. Bavaro, Sciopero e rappresentatività sindacale, 17 ss., L. Corazza, La nozione di sciopero nel prisma della rappresentatività sindacale, 27 ss., M. Rusciano, Sciopero, servizi essenziali, moral suasion della commissione di garanzia, 41 ss. (in precedenza M. Rusciano, Lo sciopero nei servizi essenziali, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1988, 389-447); P. Tosi, Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale, 63 ss.; D. Mezzacapo, Limiti negoziali all'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, Jovene, 2020, spec. cap. I per l'inquadramento del tema, 1-39. In precedenza F. Carinci, Il diritto di sciopero, la *nouvelle vague* all'assalto della titolarità individuale, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 2009, 423-469.

E la soluzione - che accosta l'esercizio collettivo alla titolarità individuale - è coerente al ricercato impatto normativo sul piano dei rapporti individuali, mentre non rinnega l'indiscussa natura collettiva del fenomeno, in una sintesi che finisce per mettere in luce anche il collegamento con la contrattazione collettiva, pur non regolato, e perciò mediato saggiamente – appunto – dalla formula del "diritto individuale ad esercizio collettivo"[69].

Tale definizione – nel sistema anomico della mancata attuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost. – vale a tenere insieme ordinamenti molto diversi tra loro - quello statuale e quello sindacale - in una logica in fondo molto rispettosa dell'autonomia sindacale, e d'altro lato aperta a recepire nello *ius* statuale lo sciopero di iniziativa, sostanzialmente, di ogni 'gruppo', in coerenza con il fatto che possa farsi avanti sul terreno della contrattazione collettiva, diventandone in concreto attore, mentre il singolo – disponendo del suo interesse – rimane libero di aderirvi o meno[70].

Proprio in coerenza con gli articoli 3, comma 2, e 39 Cost. - anche "gruppi di lavoratori non organizzati in sindacato" possono praticare lo sciopero, quindi sotto la tutela dell'art. 40, come confermato dalla legge 146/1990 quando si riferisce a "soggetti che promuovono lo sciopero" o a "organizzazioni di lavoratori che proclamano uno sciopero", tanto più che altrimenti non si comprenderebbe come mai "l'effetto di sospendere l'obbligazione di lavoro sia anche in capo ai soggetti non iscritti al sindacato e invece questa ipotesi non è stata mai messa in discussione"[71].

In questa logica, la proclamazione non può vincolare i lavoratori non iscritti o iscritti ad altro sindacato; è solo un invito, se non espressamente richiesta dalla legge; sblocca un diritto di cui è titolare il singolo lavoratore, pur ad esercizio - perché ad interesse - collettivo, interesse che non può essere determinato dal singolo[72].

È vero che non vi è concordia sulla rilevanza in sé dell'alternativa fra titolarità individuale e collettiva[73], per concentrarsi, piuttosto, sulle implicazioni giuridiche dell'inadempimento (al vincolo associativo e/o lavorativo) e, con maggior respiro, sul collegamento fra la

---

[69] L. Nogler, Ripensare il diritto di sciopero?, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 2012, 315-329, spec. 317, dove ricorda che la formula fu ideata *in primis* da V. Simi, Il diritto di sciopero, Giuffré, 1956, cit. 125.

[70] L. Nogler, Ripensare il diritto di sciopero?, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 2012, 315-329, spec. 315-317, con riferimento al modello tedesco e alle implicazioni del fatto che *ivi* il sindacato ha potere normato di contrattazione e proclamazione, senza che ciò infici la titolarità del diritto di sciopero, che rimane individuale.

[71] S. Donà, La titolarità del diritto di sciopero nel nuovo contesto delle relazioni sindacali, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 231/2014, 2. E, si aggiunge, "La svalutazione del momento organizzativo e finalistico dello sciopero si inserisce in una realtà sempre più caratterizzata dall'emersione di nuovi soggetti rappresentativi, portatori di interessi circoscritti e corporativi e dal ridimensionamento del monopolio della rappresentanza da parte di sindacati tradizionali maggiormente rappresentativi, in larga misura riconosciuti e sostenuti nel passato dal legislatore" (7).

[72] S. Donà, La titolarità del diritto di sciopero nel nuovo contesto delle relazioni sindacali, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 231/2014, 14.

[73] G. Pera, Il diritto di sciopero, in RIDL, 1986, I, 426-492; in linea L. Nogler, La titolarità congiunta del diritto di sciopero, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 183/2013, volendo "sdogmatizzare" la questione con riguardo all'ordinamento italiano e a tal fine focalizzando l'attenzione sulla tecnica del bilanciamento e sul tipo di vincoli derivanti dalle clausole di tregua sindacale.

funzione di autotutela e la realizzazione dei principi costituzionali di solidarietà e uguaglianza[74].

È anche vero che vi è stato il tentativo – parzialmente riuscito - anche di qualificare l'interesse rilevante come 'comune', più che - alternativamente – *aut* individuale *aut* collettivo, a riprova che l'evoluzione anche dogmatica della figura, e la polarizzazione delle questioni attorno alla titolarità del diritto e al suo esercizio, non hanno scalfito una certa unitarietà della figura quale istituto al confine fra ordinamenti, sul presupposto che "L'art. 40 Cost. lascia all'interprete indicare chi sia il titolare del diritto di sciopero"[75].

Poi, la legge 146/1990 assoggettando tutti i promotori alle regole - autodeterminate eventualmente da altri sindacati - sposta l'attenzione sull'autoregolazione e sulle clausole di tregua sindacale[76]. A valle degli accordi Fiat e l'Accordo del 2014 (e relativi aggiornamenti), vale la pena ricordare che però dalle clausole di tregua sindacale si è transitati alle clausole di responsabilità collettiva e di integrazione individuale, e lo scenario è mutato, anche se si ripropone in termini non così dissimili dalle origini[77].

In ogni caso la legge ha ridato fiato all'ipotesi teorica della titolarità collettiva, pur nella consapevolezza della complessità del tema e delle sue ricadute in termini di conseguenze dell'inadempimento a vincoli associativi e/o lavorativi, che sono individuali, per cui - o invertendo le formule tra titolarità (individuale/collettiva) e suo esercizio (collettivo/individuale) o comunque trovando soluzioni intermedie che diano conto dell'intreccio fra soggetti, fonti e contenuti della proceduralizzazione dello sciopero (*ivi* incluse le tregue esplicitamente previste, da legge o da contratto) – rimane ferma la sostanziale continuità - fino alla finalità economica - fra contrattazione collettiva e ragioni dell'apertura del conflitto[78].

12. ARTICOLAZIONI, DEFINIZIONI E PRODUTTIVITÀ

[74] P. Bellocchi, La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti, in LD, 1994, 163-183.

[75] S. Donà, La titolarità del diritto di sciopero nel nuovo contesto delle relazioni sindacali, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 231/2014, 2, dove in esordio del saggio si rinvia "per un'attenta analisi semantica dell'art. 40 Cost." a R. Del Punta, Lo sciopero, in Il lavoro subordinato, a cura di F. Carinci, t. I, Il diritto sindacale, coordinato da G. Proia (Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone), Giappichelli, 2007, 393-436, spec. 404 ss.

[76] S. Donà, La titolarità del diritto di sciopero nel nuovo contesto delle relazioni sindacali, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 231/2014, 15.

[77] S. Donà, La titolarità del diritto di sciopero nel nuovo contesto delle relazioni sindacali, WP CSDLE "Massimo D'Antona".I0T – 231/2014, 21-23; R. Romei, Ripensare il diritto di sciopero?, in Giorn. dir. lav. e rel. ind., 2012, 331-337, spec. 333, dove sulle clausole di tregua (implicite, esplicite o ora di responsabilità) riconduce le diverse soluzioni alla previa questione della titolarità del diritto di sciopero.

[78] G. Pino, Per una rilettura dei temi sulla titolarità del diritto di sciopero. La titolarità collettiva come presupposto del modello autoregolato, in Dir. rel. ind., 2004, 459-495, spec. 477-479; A. Zoppoli, La titolarità sindacale del diritto di sciopero, Jovene, 2006.

Quanto alla modalità, è la definizione resa dalla sentenza 711/1980 della Corte di Cassazione che offre tuttora una guida sicura per l'interprete, là dove – sollecitata sulla questione degli scioperi articolati (e nell'ambito di un problema di natura privatistica) – coglie l'occasione per riprendere in mano il diritto di sciopero, a partire dalla nozione costituzionale, e trarre - dalla assoluta semplicità del riconoscimento giuridico dello 'sciopero' senz'altro e *tout court ex* art. 40 Cost. – l'assenza di limiti interni, che da una nozione arricchita avrebbero invece potuto trasferirsi in definizione; e non è successo.

Difatti, dalla motivazione si trae che "Lo sciopero è in sé legittimo, quale che sia la sua forma e indipendentemente dall'entità del danno arrecato alla produzione; è invece illecito qualora, ledendo e mettendo in pericolo l'impresa come organizzazione istituzionale, non come mera organizzazione gestionale, sia così lesivo di interessi primari costituzionalmente protetti; il che va accertato caso per caso dal giudice, in relazione alle concrete modalità di esercizio del diritto di sciopero ed ai parimenti concreti pregiudizi o pericoli cui vengono esposti il diritto alla vita e all'incolumità delle persone e all'integrità degli impianti produttivi"[79].

Inoltre, ne deriva che "Il diritto di sciopero, quale che sia la sua forma di esercizio e l'entità del danno arrecato, non ha altri limiti, attesa la necessaria genericità della sua nozione comune presupposta dal precetto costituzionale (art. 40 cost.) e la mancanza di una legge attuativa di questo, se non quelli che si rinvengono in norme che tutelino posizioni soggettive concorrenti, su un piano prioritario o quanto meno paritario, quali il diritto alla vita e all'incolumità personale nonché la libertà dell'iniziativa economica, cioè, dell'attività imprenditoriale (art. 4 comma 1 cost.), che con la produttività delle aziende è concreto strumento di realizzazione del diritto costituzionale al lavoro per tutti i cittadini"[80].

La sentenza è stata quindi l'occasione per avallare la teorica dei (soli) limiti esterni, stante la collocazione dello sciopero nella Carta, e in particolare rispetto alla libertà di impresa, cui non va fatto pericolo né danno, sul presupposto logico della avvertita necessità di ricercare l'equilibrio costituzionale fra due situazioni fondamentali (il diritto di sciopero *vs*. la libertà di iniziativa economica privata), per cui essa può dirsi già un punto di bilanciamento / contemperamento dei valori/interessi/diritti e libertà in gioco.

---

[79] Per tutti i passaggi, fonte:
https://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2013/09/cassazione_711_198.pdf, open access.

[80] Di seguito: "Pertanto, l'esercizio del diritto di sciopero deve ritenersi illecito se, ove non effettuato con gli opportuni accorgimenti e cautele, appare idoneo a pregiudicare irreparabilmente – in una determinata ed effettiva situazione economica generale o particolare – non la produzione, ma la produttività dell'azienda, cioè la possibilità per l'imprenditore di continuare a svolgere la sua iniziativa economica, ovvero comporti la distruzione o una duratura inutilizzabilità degli impianti, con pericolo per l'impresa come organizzazione istituzionale, non come mera organizzazione gestionale, con compromissione dell'interesse generale alla preservazione dei livelli di occupazione. L'accertamento al riguardo va condotto caso per caso dal giudice, in relazione alle concrete modalità di esercizio del diritto di sciopero ed ai parimenti concreti pregiudizi o pericoli cui vengono esposti il diritto alla vita, all'incolumità delle persone e alla integrità degli impianti produttivi".
Fonte: https://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2013/09/cassazione_711_198.pdf, open access.

E poi, nelle motivazioni di questa notissima sentenza si trova *in nuce* anche l'idea dell'impresa come istituzione, il che rafforza a livello teorico l'idea di un sistema dove ragionevolmente tra diritto di sciopero e libertà di impresa si confrontino non due attori, ma due 'istituzioni' della società civile, senza nulla togliere – anzi - allo statuto di libertà che appartiene loro *funditus*, essendo libera l'organizzazione sindacale e libera l'iniziativa economica privata (rispettivamente *ex* artt. 39 e 41, primi commi).

Infine, vi si trova l'ampliamento delle ragioni limitative dello sciopero - da quelle di danno a quelle di pericolo - come se il pericolo per l'impresa possa condensare concettualmente - al di là dei c.d. limiti esterni – un effettivo limite ultimo, quasi un confine tra le possibilità dell'azione collettiva di autotutela e la realtà di una impresa libera nel mercato 'di oggi' - per esempio perché ostativa a nuove condizioni di lavoro per i suoi dipendenti - e sul mercato 'di domani' - per esempio perché competitiva nelle gare di appalto, grazie alla previsione di un costo del lavoro ridotto.

D'altronde, senza essere così scritto, insiste nell'impianto ricostruttivo della sentenza anche un sostrato materiale di ordine costituzionale che delimita il diritto al lavoro e la libertà d'iniziativa economica privata tramite il ricorso al dovere di concorrere al progresso della società e al divieto per l'impresa di contrastare l'utilità sociale.

Per completezza, vale la pena di riprendere anche i passaggi successivi, forse i più citati: "Con la dizione "sciopero" va intesa un'astensione collettiva dal lavoro, disposta da una pluralità di lavoratori, per il raggiungimento di un fine comune, rimanendo estranea a tale nozione qualsiasi delimitazione attinente all'ampiezza dell'astensione (*omissis*)"[81].

E ancora, "Con la parola sciopero nel nostro contesto sociale suole intendersi nulla più che un'astensione collettiva dal lavoro, disposta da una pluralità di lavoratori, per il raggiungimento di un fine comune. A tale essenziale nozione rimane estranea qualsiasi delimitazione attinente all'ampiezza dell'astensione (se continuativa o intermittente; se necessariamente estesa a tutto il nucleo aziendale, ovvero se limitabile a determinati settori di esso) o ai suoi effetti (più o meno dannosi per l'azienda)".

Per concludere – la sentenza - con la parte inerente al quesito da cui la vertenza era originata, sullo sciopero articolato: "Lo "sciopero a singhiozzo" è lecito a prescindere dall'entità del danno arrecato alla produzione dell'impresa avendo il solo limite della salvaguardia degli altri beni costituzionalmente tutelati, quali la vita e l'incolumità personale, nonché l'integrità e la funzionalità degli impianti produttivi". "Lo "sciopero a singhiozzo" è

[81] Di seguito: "Ogni individuazione di una sua misura, normale o non, deve ritenersi estranea alla nozione di sciopero in assenza di una norma che la preveda. Un'illegittimità delle forme c.d. anomale di sciopero appare insostenibile facendo ricorso alle c.d. clausole generali, quali la buona fede o l'abuso del diritto. Pertanto, limiti all'esercizio del diritto di sciopero possono rinvenirsi soltanto in norme che tutelino posizioni soggettive concorrenti, su un piano prioritario o quanto meno paritario con quel diritto, onde l'eventuale illegittimità dello sciopero dev'essere accertata caso per caso dal giudice, in relazione alle concrete modalità di esercizio del diritto di sciopero ed ai parimenti concreti pregiudizi o pericoli cui vengono esposti il diritto alla vita, all'incolumità delle persone e all'integrità degli impianti produttivi".

legittimo purché non violi posizioni soggettive quali il diritto alla vita, alla incolumità personale, alla stessa produttività degli impianti"[82].

In sintesi, tra i limiti esterni, senza equivoci, e in linea con il *modus* interpretativo della Costituzione imposto dalla tecnica del bilanciamento, cui non è possibile sottrarsi, sono citati gli altri beni costituzionalmente tutelati e fra questi *in primis* "la vita e l'incolumità personale" e *in secundis* – ma pur citati – "l'integrità e la funzionalità degli impianti produttivi", ripetuta come "produttività degli impianti": non è altro che la compiuta rappresentazione di un ragionamento che porterà i giuristi di ogni dopo alla ricerca dell'equilibrio, in fondo, tra diritto di sciopero e libertà economiche.

13. OCCUPAZIONE, VALORI E PROGRESSO

In effetti, la Corte - a livello teorico - fa un'apertura non indifferente al fatto che il potenziale dello sciopero possa trovare una battuta di arresto ragionevole nella libertà di impresa, ragionando in base al fatto che, in certe situazioni, paradossalmente si finirebbe per contraddire la finalità di autotutela a vantaggio di situazioni più di disoccupazione che di occupazione.

Difatti, con questa sentenza non solo si offre una definizione di sciopero che farà storia, ma si chiarisce che – al netto delle questioni sulla titolarità e sulla finalità – per le modalità di esercizio il diritto di sciopero non tollera limitazioni di carattere intrinseco alla definizione, che vanno sotto il nome di limiti interni, mentre rimane esposto ai cd. limiti esterni, facendosi menzione in particolare di limiti "quali il diritto alla vita e all'incolumità personale nonché la libertà dell'iniziativa economica, cioè, dell'attività imprenditoriale (art. 4 comma 1 cost.), che con la produttività delle aziende è concreto strumento di realizzazione del diritto costituzionale al lavoro per tutti i cittadini".

Sarà la legge 146/1990 a codificare i limiti esterni nei servizi pubblici essenziali, escludendosi in tale sede normativa il riferimento a ogni aspetto relativo alla libertà economica, e trattenendosi i limiti esterni allo sviluppo di quelli che erano in Cass. 711/1980 la vita e l'incolumità personale; il che può spiegarsi anche in ragione del fatto che la legge del 1990 è limitata ai servizi pubblici essenziali, e non ha pertanto quella valenza generale riferibile all'intero assetto economico, che avrebbe forse consentito un *quid pluris* in termini di *actio finium regundorum* tra esercizio del diritto di sciopero e della libertà economica.

In realtà, l'utile e semplice definizione di "*astensione collettiva dal lavoro, disposta da una pluralità di lavoratori, per il raggiungimento di un fine comune*" (corsivo mio) può chiudere alcune questioni, ma non risolve completamente quella dell'equilibrio fra diritto di sciopero e libertà d'impresa.

[82] I passi sono tratti dalla motivazione pubblicata in https://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2013/09/cassazione_711_198.pdf, open access.

In primo luogo, non la risolve se non all'interno dei confini nazionali, essendo riferita a una vicenda tutta interna e in ogni caso limitata – per la controversia che le fa da sfondo - alla articolazione dell'esercizio del diritto di sciopero.

In secondo luogo, non la risolve perché non esclude successivi sviluppi della teoria del danno ingiusto rispetto alla lesione della 'produttività degli impianti', che è stata anche utilizzata in giurisprudenza per avallare una sorta di diritto di serrata (con conseguente esclusione del corrispettivo), per prestazioni di lavoro non performanti (*standard* o non *standard*)[83].

Rimane confermato, in ogni caso, che il diritto di sciopero è un diritto di natura costituzionale, e che la cultura giuridica dei diritti fondamentali porta a ritenere che il suo riconoscimento abbia una duplice valenza, rispetto da un lato alla sua rispondenza a valori (aspetto *valoriale*, come diritto *fondamentale*), e dall'altro lato al carattere evolutivo del suo affermarsi (aspetto *progressivo*, come diritto *sociale* fondamentale).

Quanto all'aspetto *valoriale*, i diritti costituzionali hanno carattere fondamentale perché interpretano valori, rispetto al super-valore costituzionale del diritto di dignità delle persone che si riconoscono nel meccanismo costituito di giustificazione dei poteri – quelli appunto organizzati nelle seconde parti delle Costituzioni - e di conseguenza sono frutto di riconoscimento di un *prius* e non di concessione di un *posterius* rispetto alla disposizione costituzionale che li afferma; senza dimenticare che - pur se quand'anche di diritti si tratti rimane da sondare il carattere precettivo immediato - per il diritto di sciopero è successo così.

Quanto all'aspetto *progressivo*, se l'insieme delle disposizioni costituzionali sui diritti sociali del lavoro è composta da 'garanzie' orientate alla realizzazione di condizioni di lavoro degne, nel linguaggio comune variamente denominate *decent*, minimali, *standard*, lo è perché esse siano coerenti a fattualità desiderate che originano dalla osservazione di quanto è necessario alle persone per condurre una vita laboriosa (e perché no, discreta, separata cioè dalla sfera personale)[84]; il che è in linea con la ri-costruzione del diritto di sciopero *ex* art. 40 Cost. come diritto della persona, anche con quanto ne è conseguito in termini di immediatezza del precetto costituzionale anche in assenza di attuazione della riserva di legge *ivi* prevista[85].

Qui la professionalità si esprime come parte dell'impegno personale, secondo condizioni di contesto economico che evolvono nel tempo e che – al netto dei vincoli di bilancio, dove occorra – richiedono una evoluzione normativa al passo con il percepito sociale del

[83] F. Pascucci, I limiti interni al diritto di sciopero. I ripensamenti della giurisprudenza, in Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro, 2017, 655-673, con particolare riferimento all'attualità di orientamenti che in sostanza limitano dall'interno l'esercizio del diritto di sciopero, sulla scia della teorica del danno ingiusto.
[84] Volendo, A. Occhino, Il tempo libero nel diritto del lavoro, Giappichelli, 2010, 1-234.
[85] Corte cost. n. 29/1960 e n. 123/1962 (rel. Mortati).

momento, in termini di adeguatezza delle condizioni di vita e di lavoro delle persone in generale.

Pertanto, il diritto di sciopero, al pari degli altri diritti sociali, è inerente alla dignità umana e corrisponde al riconoscimento costituzionale del fatto che nella libertà sindacale è insito il riconoscimento della natura autonoma di un ordinamento di fonte sociale compatibile con quello statuale ed anzi – in un certo senso – suo pari.

E così, rispetto al diritto di sciopero, il carattere progressivo dell'attuazione dei diritti sociali sconta un suo endemico dinamismo, reso sempre più necessario oggi rispetto a una evoluzione dei bisogni legata per lo più al *sentiment* avvertito di precarietà aumentata rispetto a elementi di stabilità che rispondono alle normali aspettative di chi lavora, oltre la questione madre della contrattualistica.

14. STORIE, INNOVAZIONI E FRONTIERE

In realtà, pur con ampliamenti, rimane il fatto che nella logica lavorativa impostata sulla reciprocità delle promesse, come insegna il contratto, coesistono cose antiche e cose nuove: fra queste, alcune sono frutto di una sensibilità culturale alimentata da aspirazioni di benessere personale una volta escluse dalla mentalità del lavoro; altre sono figlie di una mutazione genetica dell'economia che mette in discussione più che in passato sia i contratti di lavoro sia le previsioni economiche, complice la velocità straordinaria dei mutamenti tecnologici, fino alla robotica e alla intelligenza artificiale.

È che il contratto, cui la dottrina lavoristica è approdata in Europa non prima del XIX secolo, è la porta di accesso non solo delle tutele in costanza di lavoro ma soprattutto delle altre, oggi più che mai: la previdenza sociale, innanzitutto, e poi l'aspirazione a un benessere lavorativo più ampio, e in sintesi quell'insieme di tutele che sono il contenuto essenziale della 'garanzia' di una vita decorosa per chi lavora e per chi ha lavorato.

Da esso – dal contratto - promana la prevedibilità di poter condurre una esistenza equilibrata e fattiva, e da esso dipende la ragionevole certezza che le stagioni della vita siano coperte da un Diritto del lavoro completo di salari e di pensioni, di orari e di congedi, di postazioni e di spazi di lavoro, di quell'insieme di *otium* e *negotium* in cui ognuno possa riconoscersi liberamente, dove l'impegno nel mestiere si raccordi naturalmente alla coltivazione dei propri affetti e del proprio tempo, avendone (e questo è il punto) le necessarie risorse, sicché, in ultima istanza, si ritorna in fondo quanto meno ai salari.

D'altronde, la nozione di subordinazione, che prelude alla formazione dell'interesse collettivo e quindi allo sciopero, identifica, pur nel mutevole assetto sociale ed economico del fare, la posizione fragile, se isolata, di chi entra in una organizzazione altrui senza

interessi giuridicamente tutelati a determinarne gli indirizzi e a partecipare a pieno titolo del risultato[86].

Ma la subordinazione è molto più di una nozione antica: è la sostanza rappresentativa di una realtà, che si distende in gradi diversi a seconda della posizione lavorativa, fino al *management*, e che conserva il tratto caratteristico della fattispecie di cui ogni legislatore lavoristico e previdenziale non può fare a meno, con tutte le estensioni del caso dettate dalla teoria e dalla pratica della para-subordinazione.

Si tratta di collaborare con una certa continuità e con una certa professionalità all'andamento dell'attività di impresa in cambio di un corrispettivo e stando alle direttive che promanano a livello organizzativo da chi ha intrapreso l'attività e la conduce, sperando che vada bene e così vada bene per tutti[87].

Certo, rileva la distinzione che ogni ordinamento pone fra lavoratori dipendenti e indipendenti, fra precari e stabili, fra salariati e non, persino fra attività di intermediazione nel mercato del lavoro e interposizione; e proprio la grande questione dello sciopero, che è alle origini del collettivo, può qui rappresentare, con il suo *status* importante di 'diritto sociale fondamentale', quel punto di osservazione privilegiato rispetto alle libertà economiche, riferibile oggi tanto all'economia reale quanto a quella digitale.

Lo è, anche perché l'ampiezza della definizione della fattispecie – ferma al fatto in sé dell'astensione dal lavoro - è capace di contenere sì uno sciopero per come lo si è visto nel XX secolo, ma anche le forme di protesta che all'incrocio delle braccia sostituiscono l'interruzione del segnale, sulla scorta di un patto tra lavoratori che può presentare caratteri, oggi come allora, tanto estemporanei quanto organizzati.

Con tutte le modifiche di scenario, gli interrogativi sul bilanciamento delle ragioni dell'economia e della persona (che la precede ma anche ne beneficia in termini quanto meno occupazionali) hanno sempre risentito comunque di un modo di guardare alle questioni internazionali tarato sul confine, sul territorio, sulla frontiera, sicché l'analisi è gioco forza multilivello, ma è ricaduta progressivamente su questioni dapprima nazionali, e poi transfrontaliere, in linea con l'espansione dei mercati, e in particolare con l'affermarsi della libera prestazione di servizi.

In realtà, è normale che una rivendicazione *social* sia capace di aggregare attorno al punto di una tutela persone molto distanti tra loro, persino occasionali, facendo loro superare -

[86] Corte cost. n. 30/1996 (rel. Mengoni).

[87] M. Napoli, Contratto e rapporti di lavoro, oggi, in AA.VV., Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, tomo II, Diritto del lavoro – Diritto commerciale, Giuffré, 1995, 1057-1142; anche in A. Occhino (a cura di), Rileggendo 'Contratto e rapporti di lavoro, oggi' di Mario Napoli, Vita e Pensiero, 2017, 3-67, con il saggio di R. Voza, Rileggendo *Conratto e rapporti di lavoro, oggi* di Mario Napoli. L'attualità di un insegnamento, *ivi*, 69-82.

grazie alle connessioni e paradossalmente - proprio l'isolamento che, per scelta o per necessità, deriva dalla rete-dipendenza del loro lavoro.

Ma quello che sfugge al ragionamento classico è il luogo dove si trova la persona che lavora, e quindi il prisma di proiezione ordinamentale del meccanismo di attribuzione delle tutele, che è il territorio, e in ultima analisi la sufficienza del criterio della *lex loci laboris*, per cui la protesta si aggrega o su fatti non normati, o su istanze che prescindono dalla scelta della legge (e del contratto collettivo), e su quanto in essa è previsto.

In realtà da sempre, discorrendo di sciopero e mercato, il Diritto del lavoro sviluppatosi nei sistemi liberali ha conosciuto la questione del contemperamento tra le ragioni dell'impresa e le ragioni del lavoro di pari passo con l'ampliamento dei confini, da nazionali a internazionali.

E ogni giusta preoccupazione sul *social dumping* e – si aggiunga – sul *forum shopping*, che è alla base di una giurisprudenza UE attenta all'equilibrio fra libertà economiche e diritti sociali, si è trasferita da una disputa territoriale ad una questione globale *tout court*, non più afferrabile con la sola tecnica dei confini territoriali, che sono stati lungamente la principale ipotesi giuridica della imposizione delle tutele.

Va detto, all'origine del *social dumping* e del *forum shopping* sta che l'impresa si è sentita libera di realizzare i propri obiettivi altrove, alle condizioni del luogo di origine e non a quelle del luogo di destinazione, e che ne è derivata la sfida della internazionalizzazione intesa, in senso alquanto minimale, come ingresso e uscita dai confini, alle diverse condizioni di acquisto di materie prime, semilavorati, beni e servizi, se non anche, e per conseguenza, di spesa per l'impiego di manodopera, del posto o distaccata.

Ma in realtà, negli Stati membri UE e negli organismi internazionali dove lo sciopero è riconosciuto, ad ogni livello di quello che prende appunto il nome di ordinamento multilivello, non regge l'ipotesi aprioristica di un diniego di legittimità del suo esercizio motivato dalla esigenza di conservare spazio normativo alla libertà di impresa, non almeno in termini netti e diretti, poiché ciò finirebbe per negare la radice comune e parimenti valoriale della libertà di impresa e della libertà sindacale, di cui lo sciopero è premessa storica ed espressione giuridica, e che devono coabitare.

Ne deriva che - a raffronto con la libertà di impresa – né la contrattazione collettiva, che fuoriesce dalla libertà sindacale con il corpo della legge e l'anima del contratto, a mo' di fonte eteronoma (e inderogabile tanto quanto le altre che si occupano di rapporti di lavoro), né l'azione collettiva di sciopero può dirsi che retrocedano in via di principio davanti a manifestazioni reali o potenziali delle iniziative economiche, private o pubbliche che siano:

ed è questo che andrà verificato anche nel contesto delle operazioni economiche transfrontaliere[88].

15. PRODUTTORI, CONSUMATORI E LAVORATORI

La libertà di impresa assicura spazi di azione per la apertura e la chiusura delle attività economiche, comprese le decisioni di modifica sostanziale dell'investimento, le più varie, nelle diverse modalità tipiche degli ordinamenti statuali, regionali, federali e unitari.

In effetti, nella fenomenologia delle espressioni generate dalla libertà di stabilimento, per citare le più ricorrenti fattispecie di apertura e chiusura di impresa, si annoverano i trasferimenti di siti produttivi, le acquisizioni e le fusioni/scissioni, i trasferimenti di rami d'azienda, gli incubatori e le *start up* e relativi passaggi proprietari, *ivi* inclusi, naturalmente, quelli di bandiera, anche per la giusta notorietà che li ha riguardati dopo Viking.

La questione della protezione del lavoro nelle imprese internazionali e in quelle nazionali che esercitano attività transfrontaliere non interseca lo sciopero nel suo tratto problematico 'multilivello' di per sé, ma solo nel limitato caso in cui si consolidi una attività che varca i confini nazionali, mentre la multinazionale può strutturarsi (e in molti casi è così) attraverso filiali nazionali che operano secondo le diverse discipline sia per la protezione del lavoro sia, di riflesso, per la soggezione alle regole nazionali sui limiti all'esercizio del diritto (o libertà, in alcuni Stati) di sciopero.

Pertanto, non è questione di indagare l'ampio fenomeno delle imprese internazionali, seppur non sarebbe corretto non tenere conto della diffusione di modelli di imprenditorialità multinazionale, poiché anche 'mescolano' i modelli della filiale e dell'appalto, cioè – rispettivamente – transfrontalieri nella struttura o nella funzione.

Una certa attenzione va comunque riservata alle imprese internazionali, come scenario, se non altro perché la questione delle condizioni di lavoro assicurate ai dipendenti risente dei

[88] M. Napoli, Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà, in AA.VV. (Aidlass – Giornate – Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001), Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Giuffré, 2002, 483-493. In particolare: "Per capire questa peculiarità dobbiamo capovolgere la formula di Carnelutti e scrollarci il peso dell'esperienza corporativa: il contratto collettivo ha il corpo della legge, poiché la struttura logica non si differenzia molto da quella della legge, è un corpo di enunciati dai quali desumere regole, cioè precetti, come la legge. E proprio perché il contratto collettivo ha il corpo della legge, esso è un atto normativo. In che cosa il contratto collettivo è, allora, diverso dalla legge? È l'anima del contratto che lo vivifica, poiché si tratta di regole di provenienza pattizia, bilaterale" (488-489); e estesamente sulla natura di fonte del contratto collettivo, non impedita dalla mancanza di efficacia generale.

contesti e delle legislazioni nazionali ma anche di modelli di uniformazione delle condizioni stesse che possono generare nei diversi territori proteste, in ipotesi collettive[89].
E fra le imprese internazionali, anzi neanche internazionali, ma trasversali, si annoverano oggi ormai le imprese-piattaforma.

Lo scenario è una evoluzione complessiva dei metodi di produzione e scambio, che coinvolge le imprese e i lavoratori, ma anche i consumatori. Nella storia della produzione e del commercio, mediato dalla diffusione della moneta, oggi degli strumenti finanziari, il fenomeno della produzione di massa, che pur non ha sostituito l'artigianato e che ha tardivamente interessato non solo il settore secondario ma anche il primario, sostanzialmente e rispettivamente nei secoli XIX e XX, ha poi anche modificato la composizione sociale, fatta di abitudini che si sono riflesse in un meccanismo di impulso, a sua volta, delle attività di impresa, fino alle grandi trasformazioni di cui osserviamo oggi, in forma lineare o talora all'incontrario, conseguenze evidenti: la terziarizzazione, la globalizzazione, la digitalizzazione.

È come se il passaggio – non esclusivo - all'economia digitale abbia impresso una direzione circolare diversa alla relazione fra domanda e offerta, sia dal lato dei beni e dei servizi, sia dal lato del lavoro, nel senso che l'impresa è libera di svolgersi in realtà in risposta a condizioni di mercato profondamente modificate dalla tecnologia, che non ha solo rivoluzionato (secondo la modellistica delle 'rivoluzioni' industriali) i metodi produttivi e le tecniche informatiche, fino alla robotica e ai confini coi *big data* e con l'intelligenza artificiale, ma ha determinato abitudini, linguaggi e bisogni (o avvertiti come tali) nuovi.

Le piattaforme digitali sono finanziarie e non, e queste seconde si distinguono in piattaforme di capitale e di lavoro, intendendosi per piattaforma di capitale quella 'industriale' che offre (produce o scambia) beni o servizi; mentre il *crowdworker* è genericamente il lavoratore occupato sulla piattaforma nella economia virtuale, al netto del fatto che gli altri lavoratori possono operare nell'economia reale anche da remoto, dandosi appunto la nozione di *remote worker*.

E prima ancora della formulazione di una *digital economy* si sono affermati strumenti tecnologici in grado di connettere i produttori di beni e servizi - anche finanziari – coi loro consumatori *prospect*, diremmo utenti più che clienti, con modalità atte a generare imponenti flussi di dati anche sulle transazioni commerciali, e non senza un impatto teorico sulla stessa idea di mercato.

L'impatto è tale da mettere in discussione nuovamente persino la annosa questione della globalizzazione e della de-globalizzazione, dato che infrange con lo strumento ogni confine spaziale del fare impresa, essendo la vicinanza tra produttore e consumatore formalmente azzerata e al tempo stesso la prossimità tra i lavoratori sostanzialmente minata.

[89] A. Baylos, Empresas Transnacionales Y Debida Diligencia (editoriale), in Diritti Lavori Mercati International, 2022, II, 3-13, fonte: DLM.int-2_2022.pdf, open access.

Beninteso, poter raggiungere consumatori potenziali di beni e di servizi con *set* informativi ottenuti grazie a metodi di profilazione densi di immense quantità di dati, e poterli raggiungere di fatto in modo insieme massivo e personalizzato, rappresenta per tutte le imprese un *asset* di riuscita economica, utile tanto alle imprese reali quanto a quelle digitali, ma certamente viene naturale soprattutto a queste.

Qui muta la mediazione classica fra il *management* e i *workers*, entrando in scena i *consumers* con modalità del tutto originali, poiché non si tratta né di contrattare, né di comandare, né di collaborare: si tratta di applicare metodi di cooptazione del comportamento sociale basati anche su di una misurazione di affidabilità guidata da meccanismi cd. ritorti - anziché circolari – il che accentua l'emergenza di individuare la diversità con cui l'interesse collettivo si forma, emerge, e può diventare azione[90].

16. PIATTAFORME, RAPPORTI E DICOTOMIE

Sui rapporti di lavoro e sulle aspirazioni delle persone che lavorano incide anche un modo di intendere il rapporto fra gerarchie e mercati originale, che si adatti meglio all'andamento dell'economia e del lavoro e che permetta di inquadrare lo sciopero dentro l'economia digitale e non solo nell'economia reale.

Certo l'UE si è preoccupata, come ai livelli nazionali, direttamente dei lavoratori digitali: insieme al Regolamento 2024/1689, c.d. AI Act, il riferimento è alla direttiva UE 2024/2831 del 23 ottobre 2024 relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali; ma sono interessati anche aspetti che vanno al di là delle condizioni di lavoro, e che vanno a riguardare le astensioni collettive non prima di aver impattato sui meccanismi dell'autonomia collettiva al tempo del digitale[91].

La direttiva comunque è importante; coi suoi 73 considerando, ha per scopo "migliorare le condizioni di lavoro e la protezione dei dati personali nel lavoro mediante piattaforme digitali nei modi seguenti: a. introducendo misure volte a facilitare la determinazione della corretta situazione occupazionale delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali; b. promuovendo la trasparenza, l'equità, la supervisione umana, la sicurezza e la responsabilità nella gestione algoritmica del lavoro mediante piattaforme digitali; e c. migliorando la trasparenza del lavoro mediante piattaforme digitali, anche in situazioni transfrontaliere" (*ex* art. 1.1).

E fondamentale è la definizione di "piattaforma di lavoro digitale" che viene data: "una persona fisica o giuridica che fornisce un servizio che soddisfa tutti i requisiti seguenti:

[90] D. Stark – I. Pais, Management algoritmico nell'economia delle piattaforme, in Economia & lavoro - rivista web – traduzione dall'inglese di Algorithmic Management in the Platform Economy, n. 3, 2021, 57-80.

91 R. Santucci – A. Trojsi (a cura di), Diritto del lavoro e intelligenza artificiale tra rischi e benefici, Giappichelli, 2025.

omissis iv. Comporta l'uso di sistemi di monitoraggio automatizzati o di sistemi decisionali automatizzati" (*ex* art. 2.1.a).

A parte che l'art. 25 è dedicato alla "Promozione della contrattazione collettiva nel lavoro mediate piattaforme digitali" e l'art. 28 a "Contratti collettivi e norme specifiche sul trattamento dei dati personali", colpisce la disposizione che riguarda la rappresentanza, e in particolare l'art. 15 ("Disposizioni specifiche per i rappresentanti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali diversi dai rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali") là dove prevede che "possono esercitare i diritti conferiti ai rappresentanti dei lavoratori … solo nella misura in cui agiscono per conto di persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali ma non sono lavoratori delle piattaforme digitali per quanto riguarda la protezione dei loro dati personali".

Di sfondo vi sono altre discipline: il Regolamento 2019/1150 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online; e altri Regolamenti UE come quelli sui mercati digitali (2022/1925, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale) – DMA; e sui servizi digitali (2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali) - DSA.

È che di fatto nelle piattaforme lo stesso esercizio delle forme di protesta risulta peculiare, non per forza indebolito, per questioni sia legate al dubbio di titolarità (trattandosi in molti casi di lavoratori non subordinati, e quindi in ragione delle diverse protezioni assicurate a livello nazionale per i *self-employed*), sia alle effettive possibilità di muovere proteste organizzate in un mondo sindacale dove la contrattazione collettiva non è sempre *erga omnes* e in un mondo del lavoro dominato dall'algoritmo e dalla distanza non solo fra lavoratori e datori di lavoro ma anche tra lavoratori stessi, e dalla precarietà[92].

La realtà è che la sfida attuale si concentra su nuovi interessi, anche legati all'espansione dell'economia digitale, con tutto un portato nuovo di bisogni delle persone che lavorano rispetto a mutamenti intervenuti sui più diffusi stili di vita e di consumo; e così, agli strumenti di collegamento a fonti informative circolari e universali di cui tutti in qualche misura dispongono, l'economia risponde non solo con l'affermarsi del metodo digitale di fare impresa (cioè, anche tramite le piattaforme) ma in realtà mutando la sua stessa tecnica di approccio ai mercati.

Ciò peraltro si osserva sia nella realtà delle imprese protagoniste della c.d. economia digitale, che sono complementari, e non sostitutive, di quelle della c.d. economia reale, sia

[92] E. D'Avino, Workers' representation and union rights in the fourth industrial revolution: the Spanish case, in Diritti Lavori Mercati International, 2022, II, 45-69, fonte: DLM.int-2_2022.pdf, open access, spec. par. 6. Right to strike. Current challenges; par. 7. Collective rights of self-employed; par. 8. Collective rights of economically dependent self-employed (TRADE); e par. 9. Some comparative conclusions (tra Spagna e Italia, n.d.a.).

nella velocissima ed epocale trasformazione delle professionalità e della contrattualistica: in essa sono enfatizzate almeno due linee di riforma dell'interesse collettivo, che dipendono dall'accentuarsi di politiche aziendali già affermatesi nell'impresa tradizionale: la via della fidelizzazione e la via della partecipazione.

Sia, la via della fidelizzazione ha un possibile approdo di tipo individualizzante, quindi scompositivo dell'unione; sia, la via della partecipazione, che può avere un effetto - ma solo apparentemente - distinto da quello oppositivo tipico dello sciopero, ha un possibile approdo di tipo collettivo, poiché in realtà completa il modello sindacale arricchendolo di aspetti oggettivi e soggettivi che accomunano e non solo che contrappongono.

E la partecipazione insieme alla contrattazione, sono gli assi cartesiani di un metodo di inquadramento dei fatti dell'impresa e del lavoro che orientano l'interprete oggi che una nuova impresa digitale e un nuovo lavoro sulle piattaforme stimolano la riflessione sui presupposti stessi del Diritto del lavoro, quella subordinazione da contratto che ne ha determinato le strutture e le funzioni, e in ultima analisi le ragioni della azione di autotutela.

I principali sforzi sono invece indirizzati a generare forme di informazione e consultazione, prodromiche in ipotesi ad una contrattazione collettiva *ad hoc* o a rendere le previsioni classiche (remunerazioni e orario) adatte al caso dei lavoratori delle piattaforme, ai quali manca quel 'posto di lavoro materiale' che è alla base della trattativa sindacale classica[93].

E poi, al netto del digitale, sul piano della articolazione dell'impresa il discorso si intreccia con la creazione di reti produttive e distributive, che vanno sotto il nome anche di catene (non solo le *supply chains*); mentre sul piano della loro dimensione, si considerano fenomeni come quelli della parcellizzazione della produzione e, d'altro lato, della diffusione dei modelli multinazionali di impresa[94].

I fenomeni sono antichi e non è solo la loro articolazione e dimensione che sono nuove, ma anche l'apertura alla dicotomia fra operatori reali e digitali, poiché il territorio, categoria fondamentale del pensiero giuridico, è per certi versi spiazzata: la piattaforma, che sia impresa di servizi o di intermediazione, se non di somministrazione, esercita di suo una libertà di stabilimento diversa, virtuale, generativa dell'economia digitale rispetto a quella reale.

[93] E. D'Avino, Workers' representation and union rights in the fourth industrial revolution: the Spanish case, in Diritti Lavori Mercati International, 2022, II, 45-69, fonte: DLM.int-2_2022.pdf, open access, spec. par. 5. Union rights within the undertaking. The link with a "material workplace".

[94] M.G. Greco, Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale, Giappichelli, 2017; M. Mocella, Reti di imprese e rapporti di lavoro, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

17. SOGGETTI, RAPPRESENTANZE E RETI

Le piattaforme sono interlocutori poco avvezzi a farsi catturare dalla soggettività giuridica, con responsabilità difficili da intercettare, ricondurre, attribuire, e i lavoratori, ben lungi dall'essere eredi di *remote workers*, sono persone non tanto dislocate, quanto – nella migliore delle ipotesi – connesse sì, ma anche sole[95].
Il contesto è tale che apparentemente la rappresentanza collettiva dei lavoratori delle piattaforme ne risulta indebolita rispetto alle forme tradizionali, che pure se ne interessano specie a protezione della precarietà, e delle condizioni imposte dalla robotica, dalla digitalizzazione e persino dalla intelligenza artificiale, anche agendo con attività a distanza e strumenti digitali per metter insieme equivalenti della contrattazione collettiva adatte alla loro situazione[96].

Essa, in altri termini, fatica ad esprimersi anche a valle come azione di sciopero, proprio per la modalità algoritmica delle condizioni complessive in cui si svolgono di fatto le prestazioni di lavoro (subordinate e non)[97]; così come sorgono nuove organizzazioni con funzione di rappresentanza dei lavoratori delle piattaforme, anche per agire direttamente sulle questioni specifiche come la valutazione[98]..

Se poi sia subordinato o meno il tipo di relazione sottostante (posto che sia contrattuale e lavoristica), non è dato poter generalizzare, e può non rilevare per l'interprete uso a considerare sciopero anche l'azione collettiva degli autonomi, a certi effetti di legge, e quindi aperto a considerare anche la protesta che derivi dall'unione virtuale degli interessati.

Tuttavia, la questione, posta nell'ordinamento multilivello, è rilevante: in UE, l'esenzione dal divieto di accordi fra imprese dedicata agli *agreements* che riguardano i *workers* non viene applicata ai *self-employed* in quanto considerati *undertakings*, con la conseguenza che l'equilibrio fra tutela del lavoro e libertà economiche viene applicato ai subordinati - secondo le nozioni nazionali - e non agli autonomi[99].

La posizione è criticata in dottrina a motivo che il diritto di sciopero, come la contrattazione collettiva, sono aspetti fondamentali in molte società, e non sono collegati tanto a uno

---

[95] A. Perulli – S. Bellomo (ed.), Platforms Work and Work 4.0: New Challenges for Labour Law, Wolters Kluwer-Cedam, 2021.
[96] Volendo, A. Occhino, Nuove soggettività e nuove rappresentanze del lavoro nell'economia digitale, in Labor, 2019, n. 6, 39-50.

[97] E. D'Avino, Workers' representation and union rights in the fourth industrial revolution: the Spanish case, in Diritti Lavori Mercati International, 2022, II, 45-69, fonte: DLM.int-2_2022.pdf, open access, spec. par. 4. The collective bargaining: a weakened right for digital unions.

[98] L. Zappalà, Vulnerabili digitali, poveri della rete e padroni del tempo: l'approccio rimediale case-by-case nel lavoro delle piattaforme WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 473/2023, spec. 17-22.
[99] O. Razzolini, Collective action for self-employed workers: a necessary response to increasing income inequality, WP CSDLE "Massimo D'Antona.INT – 155/2021.

specifico tipo di contratto quanto piuttosto all'esistenza di condizioni di disparità sociali ed economiche[100].

Diversamente, quando si tratti di Direttive sociali, l'impegno per gli Stati membri riguarda i lavoratori subordinati secondo la nozione europea, che deriva storicamente da Lawrie-Blum, resa in ambito di libera circolazione dei lavoratori[101], e che non associa alla subordinazione - come non lo fanno gli ordinamenti nazionali - i lavoratori delle piattaforme di per sé.

Anche questa posizione è stata criticata in dottrina, a motivo della inconsistenza della distinzione formale tra contrattualistica del lavoro subordinata e non subordinata, quando si tratti di tutele come quelle assicurate dalla direttiva 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparente e prevedibili nell'UE, che dovrebbero ugualmente interessare gli autonomi e anche i lavoratori che operano tramite una piattaforma digitale: *riders* e altri[102].

Il tema interseca quello del c.d. *personal scope* delle Direttive anche rispetto ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza, poiché le Direttive sociali si riferiscono ai lavoratori subordinati, essendo frutto della competenza sociale delimitata nei Trattati, mentre l'ampiezza dei diritti fondamentali (*i.e.* lo sciopero) può essere intesa a livello interpretativo come riferibile a tutti i lavoratori, inclusi – se occorre – i *self-employed*, per esempio a seconda degli ordinamenti nazionali.

In ogni caso, onde assicurare armonia fra le eventuali interpretazioni di livello costituzionale che possono derivarne - sia lato Corti costituzionali nazionali sia lato Corte di Giustizia UE) - e tenuto conto del primato del diritto UE come generalmente anche recepito dalle Costituzioni nazionali (*expressis verbis* o per interpretazione), si esclude - anche nelle materie di competenza sociale concorrente esercitata - che le Direttive sociali riferite ai lavoratori subordinati si estendano di per sé (pur quando recettive di diritti fondamentali) a lavoratori non subordinati astrattamente coperti dai diritti fondamentali[103].

---

[100] O. Razzolini, Collective action for self-employed workers: a necessary response to increasing income inequality, WP CSDLE "Massimo D'Antona.INT – 155/2021, 15.

[101] CGE, Lawrie-Blum (procedimento su domanda di pronunzia pregiudiziale C-66/85) fu decisa con sentenza 3 luglio 1986 nella controversia interpretativa Deborah Lawrie-Blum e Land Baden-Württemberg, lingua processuale tedesco. In essa si affermò che è lavoratore subordinato chi fornisce prestazioni personali di rilievo economico per un'altra persona in cambio di un corrispettivo e sotto la sua direzione. Esattamente "Ora, la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra persona e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione (Lawie-Blum, 17). In proposito, per tutti, S. Giubboni, Lavoro subordinato, Diritto dell'Unione europea, fonte: https://www.treccani.it/enciclopedia/lavoro-subordinato-diritto-dell-unione-europea_(Diritto-on-line)/#, 2018, open access.

[102] V. Ferrante, La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme", WP CSDLE "Massimo D'Antona.INT – 158/2022, spec. 16 ss.

[103] M. Delfino, Continuity and discontinuity in the scope of social rights in the recent case law of the Court of Justice (editoriale), in Diritti Lavori Mercati International, 2023, I, 3-9, fonte: DLM.int-1_2023.pdf, open access.

Il tema non tocca direttamente il diritto di sciopero, che è materia esclusa dalla competenza di politica sociale, ma serve – a riguardo del bilanciamento con le libertà economiche - a delimitare l'impatto del riconoscimento della sua natura di diritto fondamentale operato dalla Carta di Nizza, e vale quindi, quanto meno, a escludere che il bilanciamento tra diritto di azioni collettive di lavoratori autonomi e libertà economiche si ponga come questione ulteriore rispetto a quella del bilanciamento che vale per i subordinati.

Beninteso, l'associazione sindacale fa leva di prassi anche sui collegamenti a distanza, per tenere uniti gli associati, come strumento di comunicazione e di organizzazione, ma non esclude che si esprimano *unions* che prescindono da un vincolo associativo e che assomigliano più alle formazioni estemporanee della prima ora che alla storia sindacale che ne è venuta.

Non si tratta di predefinire corrispondenze nette e divisive fra i lavoratori dell'economia reale e quelli dell'economia digitale, per dire che agli uni si addice il modello associativo ereditato dalla storia sindacale e agli altri la novità dell'aggregazione spontanea; può darsi che nella realtà delle cose i binari si intersechino, e nella varietà di quello che accade capiti che i due modelli coabitino a beneficio e per iniziativa di lavoratori impegnati vuoi nell'impresa tradizionale vuoi sulla piattaforma.

Si tratta piuttosto di osservare, nella varietà delle cose che cambiano, fenomeni in cui il giurista del lavoro ritrovi linee di ragionamento che in fondo ha già conosciuto e che vale la pena di riapplicare al nuovo, per dire che la spontaneità dell'unione è stato il carattere essenziale delle prime forme di protesta e che non si ha difficoltà a riconoscere nell'azione collettiva il collante di esperienze che – pur con la tecnologia – la storia ha già visto.

La verità è che le tecnologie hanno avuto un impatto anche sulle modalità comunicative e organizzative con cui i portatori di interesse collettivo si muovono, poiché si danno forme sociali più o meno stabili di nuove aggregazioni del consenso, favorite anche dai *social*, il che determina una evoluzione apparentemente formale dei modi di formazione della rappresentanza.

Ma probabilmente un impatto della tecnologia riguarda persino le tecniche di messa a fattor comune degli interessi su cui far convergere l'azione di autotutela, nel senso che l'aggregazione costitutiva del concetto di *union* (che è alla base del sindacato) transita dal modello associativo classico al modello della rete virtuale, pur senza venir meno, ma caso mai adattandosi essa stessa al nuovo[104].

L'uno rimane fortemente caratterizzato dalla finalità stabile e dalla presenza di sedi sul territorio, donde la rete sindacale si diffonde con una classica capillarità prossima ai luoghi

[104] A. Pizzoferrato – M. Turrin (ed.), Current Issues of EU Collective Labour Law, Giappichelli, e *ivi* spec. gli scritti di A. Pizzoferrato, Current issues of European and national collective labour law: the digitalisation of work and the EU Recovery Plan, 1-11, E. Menegatti, Collective rigths for platform workers. The role played by the Italian Workers' Statute in a comparative perspective, 37-57.

di lavoro; l'altro, con gradazioni differenti, più o meno stabile nella finalità, non presenta di solito una sua collocazione e presenza logistica sul territorio - anche perché formatosi nella rete virtuale delle connessioni via *social/web* - sicché può venir meno la prossimità, in senso fisico, ai territori e/o ai luoghi di lavoro.

Alla fine, e vi sono piattaforme generative di gruppi sociali, e i lavoratori delle piattaforme tendono a porre temi di rivendicazione via *social*, per ovvie ragioni, mentre di riflesso anche il sindacato si organizza con modalità di collegamento coi propri iscritti se non si configura a sua volta come una unione via *social* di utenti del *web*.

Di conseguenza, la stessa protesta, che può darsi come sciopero o diversamente, è organizzabile tramite il canale di comunicazione digitale, e tante volte anche se ideata e da realizzarsi classicamente, con l'astensione dal lavoro di chi è immerso nell'economia reale, non può fare a meno dei contatti per essere efficace, quanto meno nell'annuncio.

18. ALGORITMI, ASTENSIONI E DISCRIMINAZIONI

Se l'agire è automatico, e se molto dipende dall'algoritmo, accade che la programmazione dei *data* utili alla gestione dei rapporti di lavoro dimentichi l'importanza delle assenze a finalità collettiva: non solo l'algoritmo può sbagliare (come nel caso della mancata attribuzione di un completamento orario di un insegnante a tempo determinato - Tribunale di Torino 19 settembre 2024), ma anche – come qui rileva - può trascurare le astensioni collettive come fattore di 'giustifica' di assenze, con conseguenze sul 'profilo' personale del lavoratore, seppur autonomo (Tribunale di Bologna 31 dicembre 2020).

Questo caso, risolto a suo tempo a favore del lavoratore, ha visto funzionare un algoritmo programmato in modo da non tenere conto del diritto di sciopero (come di ogni altra forma di astensione collettiva) fra i motivi di 'giustificazione' del mancato turno che pure era stato prenotato per tempo e non disdettato in tempo (nelle 24 ore precedenti).

La casistica di esonero comprendeva solo problemi tecnici di funzionamento della *app* di chiamata o sinistro, e il mancato esonero finiva per far rientrare l'episodio fra quelli memorizzati a fini statistici sul 'profilo' personale del lavoratore, tali da determinare in seguito una perdita di punteggio nel ranking e quindi minori possibilità di potersi prenotare a *slot* futuri.

Certo, la mancata 'giustifica' non equivale all'esclusione dell'effetto di esonero da un inadempimento (di prenotazione o di lavoro), per la ragione naturale che gli autonomi non sono tenuti alla risposta alla chiamata, ovvero alla disponibilità effettiva; ma il caso ha posto la questione intanto di una mancata presenza al turno prenotato, e poi ad effetti comunque negativi sulla posizione complessiva del lavoratore.

Qui in sostanza emerge dalla motivazione della ordinanza il tema discriminatorio anti-sindacale dovuto agli effetti della perdita di punteggio - in base ai criteri c.d. di affidabilità e partecipazione - da parte di *rider* che di fatto non partecipano ad un turno (era questione di consegna di cibo a domicilio), perché il motivo sindacale non era incluso dall'algoritmo fra quelli impeditivi della memorizzazione di una 'assenza ingiustificata'.

In effetti la statistica che determinava il *ranking* settimanale collegato al profilo personale del lavoratore operava anche nel caso di contestualità rispetto ad astensioni collettive; di seguito, la limitazione delle occasioni di lavoro conseguente, fra le altre, alle ipotesi di partecipazione ad iniziative di autotutela collettiva è quindi considerata nell'ordinanza come una discriminazione indiretta, riferita al diritto di sciopero (oltre che, nella esemplificazione, alle astensioni per malattia o congedi familiari).

In particolare, nella ordinanza l'art. 3 d. lgs. 81/2015 viene in considerazione nel testo novellato dal d.l. 101/2019 convertito con modifiche dalla legge 128/2019 per cui "A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

A prescindere dalla qualificazione del rapporto (come subordinato o autonomo) nell'ordinanza si fa leva sull'art. 47 *quinquies* del D. Lgs. 81/2015 (introdotto dalla novella citata), dove è previsto che - "ai lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motorie … attraverso piattaforme anche digitali" – "si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, *ivi* compreso l'accesso alla piattaforma".

Nell'ordinanza si fa leva anche sul D. Lgs. 216/2003 (che attua la direttiva CE 216/2000), intese le convinzioni personali come inclusive delle opinioni sindacali, richiamandosi anche la disposizione dell'art. 3, comma 1, per cui - fra le aree coperte dal divieto di discriminazione "per tutte le persone sia nel settore pubblico che privato" – vi è *in primis* quella di "accesso all'occupazione e al lavoro sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione".

Sulla legittimazione attiva del sindacato, si cita Cass. 19443 del 20 luglio 2018 dove: "La tutela, predisposta dalla direttiva e dal provvedimento di attuazione, contro le condotte discriminatorie sul lavoro appartiene dunque al soggetto che le subisca e non alla collettività, non ponendosi come interesse diffuso, onde il primo è l'unico legittimato a farla valere, alla stregua delle regole generali. Tuttavia, nel caso in cui la discriminazione risulti attuata verso un'intera categoria di soggetti coinvolti fra quelle cui la disciplina intende

offrire tutela, che non sia possibile *nominatim* individuare dunque verso una 'collettività' – subentra l'autonoma fattispecie legittimante *ex* art. 5, comma 2, d. lgs. n. 216/2003".

Di seguito: "In tal modo la norma, dopo aver contemplato, al primo comma, la figura ordinaria della delega conferita all'associazione perché rappresenti in giudizio l'interesse di un oggetto determinato, ha attribuito ad essa, nel secondo comma, la rappresentanza *ex lege* per conto di una collettività indeterminata, postulandone la natura esponenziale degli interessi contro la discriminazione, in tale fattispecie rivolta ad una pluralità di soggetti aventi analoghe caratteristiche".

Inoltre, citandosi Corte di Giustizia UE 23 aprile 2020 C-507/18, si richiama che essa "ritiene che sia sufficiente che l'organo giudicante accerti che tali associazioni abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni della direttiva n. 2000/78/CE siano rispettate".

E così, risulta centrale il passaggio sulla sostituzione dei lavoratori in sciopero: "Né può sostenersi che il rider – allo scopo di evitare gli effetti pregiudizievoli della adesione allo sciopero – possa/debba semplicemente cancellare anticipatamente la sessione prenotata, perché così facendo metterebbe la piattaforma in condizioni di sostituirlo, annullando ogni effetto pratico della iniziativa di astensione collettiva e vanificando il diritto di sciopero costituzionalmente garantito anche ai lavoratori autonomi parasubordinati".

E ancora: "Il sistema di profilazione dei rider adottato dalla piattaforma …, basato sui due parametri della affidabilità e della partecipazione, nel trattare nello stesso modo chi non partecipa alla sessione prenotata per futili motivi e chi non partecipa perché sta scioperando (o perché è malato, è portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di handicap o un minore malato, ecc.) in concreto discrimina quest'ultimo, eventualmente emarginandolo dal gruppo prioritario e dunque riducendo significativamente le sue future occasioni di accesso al lavoro".

In sintesi: "In sostanza, quando vuole la piattaforma può togliersi la benda che la rende "*cieca*" o "*incosciente*" rispetto ai motivi della mancata prestazione lavorativa da parte del *rider* e, se non lo fa, è perché ha deliberatamente scelto di porre sullo stesso piano tutte le motivazioni – a prescindere dal fatto che siano o meno tutelate dall'ordinamento – diverse dall'infortunio sul lavoro e dalla causa imputabile ad essa datrice di lavoro (quale evidentemente è il malfunzionamento della *app*, che impedisce il *log-in*)".

Cosicché il finale dell'ordinanza, che è un pezzo di storia recente dello sciopero, formula la conclusione per cui la "disposizione apparentemente neutra (la normativa contrattuale sulla cancellazione anticipata delle sessioni prenotate) ... mette una determinata categoria di lavoratori (quelli partecipanti ad iniziative sindacali di astensione dal lavoro) in una posizione di potenziale particolare svantaggio".

L'algoritmo, dimentico delle iniziative sindacali di astensione del lavoro, ha fallito.

19. AZIONI, CONFINI E STABILIMENTI

Anche la piattaforma può essere considerata come un fenomeno di de-territorializzazione, non solo lato lavoratori, sindacati e interessi, ma prima ancora come stabilimenti: proprio in Viking si trovano ripresi i concetti – tradotti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE - che permettono di collegare un'impresa ad uno Stato membro, là dove lo stabilimento ai fini euro-unitari è quello tramite cui si svolge "l'esercizio effettivo di un'attività economica mediante l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro per una durata di tempo indeterminata" (Viking, 70).

In Viking, il filo del discorso al fondo non mette a raffronto la libertà di stabilimento con il diritto di sciopero, ma tratta della libertà di contrattazione collettiva anche dal lato dei datori di lavoro, poiché quella che può essere andata al di là del necessario è la pressione sulla scelta dell'interlocutore contrattuale da parte del datore di lavoro, destinatario di azioni collettive finalizzate a indurlo a sottoscrivere e applicare un contratto collettivo ai dipendenti di una società stabilita in un altro Stato membro.

Sono queste le restrizioni potenziali alla libertà di stabilimento di cui si dice, in conclusione, che - pur giustificabili - devono almeno essere idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo della tutela dei lavoratori e non devono andare al di là del necessario per conseguire l'obiettivo.

Ed è la collocazione dello 'stabilimento' - piattaforma che mette in crisi la sequenza di argomenti che si sono sviluppati, e attentamente, sull'ipotesi del criterio del territorio nazionale come base del ragionamento su che cosa sia il luogo di lavoro, qual sia la regolazione dello Stato membro, come siano i confini nazionali e dove si svolga l'appalto transfrontaliero.

Il *leading case* primigenio nella ricerca del punto di equilibrio fra sciopero e libertà economiche è proprio Viking, resa in materia di libertà di stabilimento[105].

Il caso trova le sue premesse in una "circolare" inviata il 6 novembre 2003 dal sindacato internazionale che era la federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti, con sede a Londra, e che – essendo un sindacato di secondo grado - raggruppava circa 600 sindacati da circa 140 Stati diversi, fra i quali il sindacato finlandese dei marittimi, con circa 10.000 iscritti, fra i quali l'equipaggio della nave Rosella, che garantiva il collegamento marittimo fra

[105] CGE, Viking (procedimento su domanda di pronuncia pregiudiziale C-438/05) fu decisa con sentenza 11 dicembre 2007 nella controversia interpretativa International Transport Workers' Federation + Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP + OÜ Viking Line Eesti – lingua processuale inglese.

Tallin, Estonia – dal 1° maggio 2004 in UE – ed Helsinki, Finlandia, nave battente bandiera finlandese (Viking, 6 e 7).

La circolare ordinava ai sindacati affiliati di "non avviare trattative con la Viking o con la Viking Eesti", sua controllata, in attuazione di una precisa politica – sanzionabile - di contrasto alle bandiere di convenienza (Viking, 12).

"Gli obiettivi principali di tale politica sono, da un lato la fissazione di un legame sostanziale tra la bandiera di una nave e la nazionalità del suo proprietario nonché, dall'altro lato, la tutela e il miglioramento delle condizioni di lavoro degli equipaggi delle navi battenti una bandiera di convenienza", ritenendosi "che una nave sia registrata con una bandiera di convenienza qualora la proprietà effettiva e il controllo della nave si collochino in uno Stato diverso da quello della bandiera con la quale la nave è stata immatricolata" (Viking, 8).

Inoltre "Soltanto i sindacati dello Stato in cui si trova il proprietario effettivo di una nave hanno, secondo la politica della ITF (il sindacato internazionale, n.d.a.), il diritto di concludere contratti collettivi relativi a tale nave. La campagna di lotta contro le bandiere di convenienza si concretizza in boicottaggi e altre azioni di solidarietà tra lavoratori" (Viking, 8).

In altri termini, il sindacato internazionale richiedeva ai propri sindacati iscritti di non avviare trattative con una impresa come conseguenza di una politica sindacale che escludeva dal diritto di concludere contratti collettivi relativi a una nave tutti i sindacati diversi da quelli dello Stato in cui si trovava il proprietario effettivo di una nave.

La circolare si appoggia a due dati di contesto: il primo è che la politica sindacale internazionale è affidata a sindacati di secondo grado, cioè formati dalla unione di sindacati e non direttamente di lavoratori; il secondo, che è collegato, è che il sindacato internazionale unisce sindacati nazionali, in qualche misura riconducibili a uno Stato.

In questo senso le operazioni transfrontaliere sono caratterizzate da un *focus* sull'interlocutore sindacale anche in relazione allo Stato di riferimento, e tramite questo criterio l'attenzione cade sulle caratteristiche dell'impresa in modo da ricondurre anch'essa a una situazione nazionale.

Nel caso della nave Rosella, la ricerca del proprietario effettivo è funzionale a ripristinare l'auspicato legame sostanziale tra la bandiera di una nave e la nazionalità del suo proprietario, per indurre una situazione di fatto in cui l'impresa non trovi altri interlocutori se non un sindacato nazionale del suo stesso Stato.

Si osserva, al di là della politica sindacale della ITF e del caso concreto, un modello di forza unitiva (lato lavoratori) che fa leva non tanto sulle azioni collettive quanto piuttosto nella resilienza del patto unitivo, qui fra sindacati, che rifiutano – in ipotesi – la trattativa per darne (per solidarietà) il 'privilegio' a quello di uno Stato particolare, che è quello del proprietario effettivo di una nave.

Il meccanismo sembra quello di una legittima pressione della parte sindacale non fondato su di una compattezza positiva di richiesta di apertura della trattativa da parte del sindacato interessato, ma – dal punto di vista logico – su di una compattezza negativa, ovvero sul rifiuto della trattativa da parte degli altri.

C'è qualcosa di nuovo, anzi di antico, in questo meccanismo, che ricorda quello che fu alla base del concordato di tariffa, dove i lavoratori (non i sindacati, allora) trovavano forza – originariamente - nel rifiuto compatto di accettare condizioni di lavoro inferiori al minimo su cui si erano loro stessi accordati.

20. NAVI, VINCOLI E DIVIETI

Il punto 9 merita di essere riportato per intero, perché vi risiede il cuore della vicenda: "Finché il Rosella batte bandiera finlandese, la Viking è tenuta, ai sensi del diritto finlandese e del vigente contratto collettivo di lavoro, a pagare all'equipaggio retribuzioni di livello identico a quelle riconosciute in Finlandia.

Ebbene, le retribuzioni pagate agli equipaggi estoni sono invece inferiori a quelle di cui godono gli equipaggi finlandesi. Il Rosella ha operato in perdita, a causa della concorrenza diretta delle navi estoni in grado di assicurare il medesimo collegamento con costi salariali inferiori.

Anziché cedere la nave, la Viking ha progettato nel mese di ottobre del 2003, di cambiarne la bandiera, registrandola in Estonia o in Norvegia, così da poter concludere un nuovo contratto collettivo con un sindacato avente sede in uno dei due Stati in questione" (Viking, 9).

Il divieto di concludere contratti collettivi con altri sindacati presuppone uno stato delle cose per cui facilmente l'impresa poteva trovare anche interlocutori sindacali riferibili allo Stato di bandiera, nei casi – osteggiati – in cui la nave portasse la bandiera di uno Stato diverso da quello del proprietario effettivo della nave stessa.

In altri termini la politica sindacale della ITF aveva in mente una situazione di fatto in cui non sarebbe stato così difficile, in ipotesi, trattare con i sindacati dello Stato dove era stata installata o trasferita (in ipotesi per convenienza) la bandiera.

Lo stile reattivo non prevede perciò l'azione collettiva di sciopero di solidarietà se non nel contesto di un auspicio, ovvero che la pressione anche solo dell'annuncio fermi le trattative prima della loro apertura: nella fisiologia della politica sindacale della ITF non sono previsti scioperi, nemmeno di solidarietà, se l'impresa non trovasse disponibilità in un sindacato nazionale riferibile allo Stato di destinazione (Estonia).

È in prevenzione, allora, che si chiama a raccolta l'equipaggio per la garanzia del mantenimento delle attuali condizioni di lavoro, in un clima persino caratterizzato dalla

incertezza sulla vigenza dell'attuale contratto collettivo, essendo emersi nella vicenda persino dubbi circa la sua scadenza e/o proroga.

Ed infatti, come viene ricostruito, "L'accordo relativo all'equipaggio del Rosella è scaduto il 17 novembre 2003, così che la FSU, a partire da tale data, non era più soggetta all'obbligo di pace sociale imposto dal diritto finlandese. Essa ha pertanto annunciato uno sciopero, chiedendo alla Viking, da un lato, di incrementare l'equipaggio del Rosella di otto persone e, dall'altro, di rinunciare al suo progetto di cambiamento di bandiera della nave" (Viking, 13).

Nel frattempo, "La Viking ha concesso gli otto membri supplementari di equipaggio, rifiutandosi però di rinunciare al suo progetto" (Viking, 14).

E "La FSU, non essendo però disposta ad acconsentire al rinnovo dell'accordo relativo all'equipaggio, con lettera del 18 novembre 2003 ha affermato che avrebbe accettato tale rinnovo solo alla duplice condizione che, da un lato, la Viking si impegnasse, indipendentemente da un eventuale cambiamento di bandiera del Rosella, a continuare a rispettare il diritto finlandese, il contratto collettivo di lavoro vigente, l'accordo generale nonché quello relativo all'equipaggio imbarcato sulla nave e che, dall'altro lato, l'eventuale cambiamento di bandiera non comportasse licenziamenti di dipendenti impiegati a bordo di una delle navi battenti bandiera finlandese di proprietà di tale compagnia, né modifiche, senza l'accordo di dipendenti, delle condizioni di lavoro. In una serie di comunicati stampa, la FSU ha giustificato la propria posizione con la necessità di tutelare i posti di lavoro finlandesi" (Viking, 15).

"Il 17 novembre 2003 la Viking si è rivolta al giudice del lavoro (Finlandia) per far dichiarare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla FSU, l'accordo relativo all'equipaggio continuava a vincolare le parti" (Viking, 16).

La vicenda si svolge quindi a partire dalla istanza giudiziaria circa la vigenza del contratto collettivo finlandese nonostante e a prescindere dal progetto di cambio di bandiera, e solo per questa via finisce per introdurre anche la questione della legittimità dello sciopero in un ordinamento, come quello finlandese, caratterizzato da obblighi di pace sindacale, sul modello nord-europeo e con una precisa disposizione costituzionale che limita l'esercizio del diritto di sciopero – secondo l'interpretazione della Corte suprema della Finlandia – nel caso di sciopero "contrario al buon costume o vietato dal diritto nazionale o dal diritto comunitario" (Viking, 5).

La sentenza muove in sintesi da una controversia in cui pesa - in senso buono - il modello di relazioni industriali del Paese di origine, la Finlandia, dove la contrattazione collettiva è densa di obblighi di tregua sindacale per il tempo della vigenza del contratto, e questo per precisa disposizione normativa; e – contestualmente – in un ordinamento multilivello del lavoro dove la federazione internazionale esprime tramite anche una semplice circolare l'indicazione forte ai sindacati del Paese di destinazione (Estonia) di non trattare con

l'impresa in corso di vigenza – fra l'altro e con qualche dubbio – di un contratto collettivo stipulato nel Paese di origine (Finlandia).

Impegnata nell'ambito di una procedura di conciliazione a prevenire conseguenze sull'occupazione derivanti dal cambio di bandiera progettato, e di fronte all'annuncio di uno sciopero teso a preservare le condizioni salariali nonostante il progettato cambio di bandiera, "Il 18 agosto 2004 la Viking ha proposto dinanzi alla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) (Regno Unito), un ricorso finalizzato a far accertare la contrarietà dell'azione della ITF e della FSU (rispettivamente sindacato internazionale e nazionale, n.d.a.) all'art. 43 CE, nonché a far ordinare la revoca della circolare ITF e a far ingiungere alla FSU di non ostacolare i diritti spettanti alla Viking ai sensi dell'ordinamento comunitario (Viking, 22).

L'interpretazione della Corte di Giustizia UE è particolarmente attesa, ma si svolgerà nel contesto – tutto ricostruito nella sentenza – di un insieme di condizioni di fatto e di diritto non del tutto omogenee al modello di relazioni industriali di altri Paesi membri, e/o in settori non caratterizzati dalla forza di una federazione sindacale internazionale come quella dei trasporti; e come tale va intesa.

21. RAGIONI, MEZZI E OBIETTIVI

La libertà di stabilimento è messa di fronte all'azione collettiva e in particolare all'annuncio di uno sciopero, dopo di che "Con decisione 16 giugno 2005 detto giudice ha accolto la domanda della Viking, ritenendo che l'azione collettiva e le minacce di azione collettiva della ITD e della FSU creassero restrizioni alla libertà di stabilimento contrastanti con l'art. 43 CE e, in subordine, costituissero restrizioni illegittime alla libera circolazione dei lavoratori e alla libera prestazione dei servizi ai sensi degli artt. 49 CE e 49 CE" (Viking, 23).

Nella impugnativa della decisione, del 30 giugno 2005, si richiamano i diritti sociali fondamentali (allora desumibili dalla Carta sociale europea di Torino, 1961, e dalla Carta comunitaria di Strasburgo, 1989), poiché tenuti presenti, ai sensi dell'art. 136 CE, nella indicazione degli obiettivi sociali (oggi) UE: "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" (Viking, 24).

E viene ripresa la giurisprudenza, inclusa Albany, 21 settembre 1999, causa C-67/96, dove si afferma l'immunità delle "autentiche attività sindacali" rispetto al titolo VI sulla concorrenza, e quindi, si chiede in analogia, anche rispetto al titolo III (libera circolazione delle persone e libera prestazione dei servizi) (Viking, 26).

Molti argomenti scorrono nella motivazione: l'irrilevanza della incompetenza comunitaria sul diritto di sciopero e su quello di serrata (Viking, 41), la insufficienza dello statuto di diritto fondamentale dello sciopero ad escludere limiti al suo esercizio (Viking, 44), la incompletezza della limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario a tutela dei diritti fondamentali per la necessità di conciliarne l'esercizio "con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che conforme al principio di proporzionalità" (Viking, 46, citando le sentenze Schmidberger e Omega).

La sentenza si svolgerà, in ambito di prima questione, sciogliendo il punto della applicazione del diritto comunitario allo sciopero in senso positivo, pur escluso dalle materie di competenza della politica sociale: "Di conseguenza, il fatto che l'art. 137 (leggi 153 TFUE, n.d.a.) non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non è in grado di sottrarre un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale all'applicazione dell'art. 43 CE (dalla libertà di stabilimento, n.d.a.)" (Viking, 41).

E concluderà in prima battuta che "il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da escludere le azioni collettive in questione nella causa principale dall'ambito di applicazione dell'art. 43 CE", ovvero della libertà di stabilimento (Viking, 47).

Ma si aggiungerà 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 dall'ambito delle disposizioni del medesimo Trattato relative alla libera circolazione delle persone o dei servizi, dal momento che tali disposizioni possiedono ciascuna proprie condizioni di applicazione "(Viking, 53), sicché (nel finale della prima questione) "in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento" (Viking, 55).

E il completamento (nel finale della seconda questione) sarà nel senso che "l'art. 43 CE conferisce a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati" (Viking, 66).

Sono poi le questioni da terza a decima, risolte tutte insieme, a tirare le fila: "una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa soltanto qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. È tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo" (Viking, 75).

In primo luogo, dunque, se "i posti o le condizioni di lavoro dei membri della FSU che potevano essere lesi dal cambiamento di bandiera del Rosella erano realmente compromessi

o seriamente minacciati" (cosa su cui è competente il giudice del rinvio), sarà il giudice del rinvio a doverlo verificare, come anche "se l'azione collettiva intrapresa da tale sindacato sia adeguata per garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo" (Viking, 84).

E dovrà verificare anche "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, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione" (Viking, 87).

In secondo luogo, il giudice del rinvio dovrà poi verificare se "la ITF è tenuta … ad avviare un'azione di solidarietà contro il proprietario effettivo di una nave registrata in uno Stato diverso da quello di cui tale proprietario è cittadino, indipendentemente dall'eventualità che l'esercizio da parte di quest'ultimo del suo diritto alla libertà di stabilimento possa o meno avere conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro dei suoi dipendenti", "anche quando la nave è registrata in uno Stato che garantisce ai lavoratori una tutela sociale più elevata di quella di cui beneficerebbero nel primo Stato"(Viking, 89).

Pertanto, e si conclude sulle questioni dalla terza alla decima, "l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola" (Viking, 90).

E proprio qui si colloca il vero finale di Viking: "Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo" (Viking, 90).

A confrontare il par. 1 dell'art. 52 e un estratto del punto 90 di Viking, l'esito è sorprendentemente speculare: da un lato, "… limitazioni (al diritto di azione collettiva, n.d.a.) devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale ... Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui"; d'altro lato, restrizioni alla libertà di stabilimento derivanti da azioni collettive "possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del

legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo".

Centralissima, Viking propone quindi un bilanciamento fra tutela della concorrenza e tutela del lavoro molto equilibrato, con un *arrêt* che mette a confronto diretto la libertà di stabilimento e il diritto di sciopero, riflettendo e realizzando *ante litteram* (ma vi era già la Carta di Nizza) il medesimo percorso logico dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

22. ILO, CONVENZIONI E CARTE

A che titolo lo sciopero – rispetto alle libertà economiche - è riconosciuto nelle fonti internazionali?

Secondo una terminologia diffusa, si tratta di raccogliere le fonti sul *right to strike* o - in alcuni ordinamenti - *freedom to strike*[106], a partire dal sistema ILO, dove primeggiano le Convenzioni n. 87, concernente la libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, 1948; e n. 98, sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, 1949.

Nel sistema ILO con la Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta del 2008 emerge con chiarezza l'impossibilità (di fatto e di diritto: non devono utilizzarsi né invocarsi) di profittare come vantaggio competitivo della violazione dei principi e diritti fondamentali dei lavoratori[107].

Va ricordato, poi, il processo di ridefinizione degli obiettivi che l'ILO stessa si è data a partire dalla Dichiarazione sui princìpi e i diritti fondamentali del lavoro del 1998, che ha inaugurato una stagione di avanzamento del sistema diffusivo dei *core labour standards*, inclusi quelli relativi alla libertà sindacale.

Esplicitamente non menzionato, il diritto di sciopero è stato ritenuto implicito nel sistema ILO, sulla base delle due Convenzioni, anche se questo assunto è stato oggetto di una contestazione dalla parte datoriale che risale alla Conferenza internazionale del lavoro 2012 e che ha interessato l'intero funzionamento del sistema di monitoraggio, a partire dai lavori della Commissione sulla libertà sindacale e soprattutto dai lavori della Commissione di esperti sull'applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni (organismi che in sede interpretativa avevano ritenuto il diritto di sciopero implicito nelle Convenzioni 87 e 98): al netto di una casistica di riferimenti alla Dichiarazione ILO del 1998 (sui principi e i diritti

[106] M. Borzaga – R. Salomone, L'offensiva contro il diritto di sciopero e il sistema di monitoraggio dell'Oil, in LD, 2015, 449-467, spec. 449, con riferimento a R. Ben-Israel, International Labour Standards: the Case of Freedom to Strike. A study prepared for the International Labour Office, Kluwer, Deventer, 1988.
[107] M. Borzaga – R. Salomone, L'offensiva contro il diritto di sciopero e il sistema di monitoraggio dell'Oil, in LD, 2015, 449-467, spec. 458.

fondamentali del lavoro) o direttamente ai *core labour standards*, il diritto di sciopero è da ritenersi in ogni caso incluso nel sistema ILO[108].

Il sistema ILO – a sua volta - si inserisce nel sistema ONU, di cui ILO – nata nel 1919 - è agenzia specializzata dal 1946, e in particolare ciò avviene, per lo sciopero, tramite il Patto internazionale sui diritti economici, sociale e culturali dell'ONU (1966, in vigore dal 1976), dove (all'art. 8.1) si dichiara che " Gli Stati Parti del presente Patto si impegnano a garantire: a) il diritto di ogni individuo di costituire con altri dei sindacati e di aderire al sindacato di sua scelta, fatte salve soltanto le regole stabilite dall'organizzazione interessata, al fine di promuovere e tutelare i propri interessi economici e sociali. L'esercizio di questo diritto non può essere sottoposto a restrizioni che non siano stabilite dalla legge e che non siano necessarie, in una società democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui; b) il diritto dei sindacati di formare federazioni o confederazioni nazionali e il diritto di queste di costituire organizzazioni sindacali internazionali o di aderirvi; c) il diritto dei sindacati di esercitare liberamente la loro attività, senza altre limitazioni che quelle stabilite dalla legge e che siano necessarie in una società democratica nell'interesse della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui; d) il diritto di sciopero, purché esso venga esercitato in conformità alle leggi di ciascun Paese"[109].

Nel sistema UE – che assomma il riconoscimento dell' 'economico' e del 'sociale' - sono tre le Carte fondamentali che vengono in questione: la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (del Consiglio d'Europa), cui si accompagna - essendo anch'essa del Consiglio d'Europa, la Carta sociale europea.

Il valore della prima, come noto, è affidato – oltre che alla proclamazione avvenuta a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (e prima ancora a Nizza il 7 dicembre 2000, in versione poi rivista) – all'art. 6 TUE, paragrafo 1, per cui "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e

[108] M. Borzaga – R. Salomone, L'offensiva contro il diritto di sciopero e il sistema di monitoraggio dell'Oil, in LD, 2015, 449-467, spec. 459-464.

[109] L'art. 8 è completato dai paragrafi 2 e 3, che si riportano in nota: "2. Il presente articolo non impedisce di imporre restrizioni legali all'esercizio di questi diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato" e "3. Nessuna disposizione del presente articolo autorizza gli Stati Parti della Convenzione del 1948 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, concernente la libertà sindacale e la tutela del diritto sindacale, ad adottare misure legislative che portino pregiudizio alle garanzie previste dalla menzionata Convenzione, o ad applicare le loro leggi in modo da causare tale pregiudizio".

applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni".

Il valore della seconda dipende ancora dall'art. 6 TUE, paragrafo 2, per cui "2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Circa la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che rappresenta anche uno spartiacque fra due visioni dell'ordinamento UE, al netto degli innegabili punti di intersezione: da un lato si considera l'Unione europea della libertà dei commerci, o come si dice della libera circolazione (dei beni, dei servizi, dei capitali e delle che lavorano o cercano una occupazione); e d'altro lato si deve considerare l'Unione fuoriuscita dalla Carta dei diritti fondamentali, dove il diritto di sciopero è espressamente riconosciuto, senza dimenticare che l'insieme delle disposizioni, con una soluzione originale ma molto radicata nella storia recente europea, sono state divise nei titoli dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e - appunto - giustizia.

Se all'art. 16 è "riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali"; d'altro lato all'art. 28 si prevede il "diritto di negoziazione e di azioni collettive": letteralmente, "I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero"[110].

Certo, il richiamo è costante alle legislazioni e alle prassi nazionali, ma questo non fa che confermare la struttura multilivello delle fonti che incidono nel nostro come negli altri Paesi UE, e il necessario ricorso al criterio del bilanciamento, opportunamente distinto da un A. in "bilanciamento come rapporto tra fonti: autonomia, funzione normativa del contratto collettivo e ruolo della legge" e "bilanciamento come salvaguardia del contenuto essenziale di diritti di segno diverso"[111].

23. (SEGUE)

A sua volta, il Consiglio d'Europa è già inserito nel sistema UE tramite la menzione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

[110] I. Senatori, Rappresentanza collettiva dei lavoratori e ordinamento europeo. La prospettiva dei diritti fondamentali, Giappichellli, 2018, cap. III (Il diritto alla negoziazione e all'azione collettiva), 141 ss.

[111] I. Senatori, Rappresentanza collettiva dei lavoratori e ordinamento europeo. La prospettiva dei diritti fondamentali, Giappichellli, 2018, spec. par. 5 - L'esercizio del diritto e il problema del bilanciamento, 192-214.

(Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, - CEDU - nella versione vigente dal 1° agosto 2021), e inoltre ha prodotto la Carta sociale europea (Torino, 1961, rivista a Strasburgo, 1996).

Dalla CEDU non risultano affermazioni esplicite sulla libertà di impresa, mentre lato sindacale si possono ricordare i contenuti dell'art. 11 (Libertà di riunione e di associazione) per cui "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi", e poi "2. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato".

La Carta sociale europea si occupa sia di libertà di impresa sia di azioni collettive.

Lato impresa, si può richiamare che "*Dalla Parte I* - Le Parti riconoscono come obiettivo di una politica che perseguiranno con tutti i mezzi utili, a livello nazionale ed internazionale, la realizzazione di condizioni atte a garantire l'esercizio effettivo dei seguenti diritti e principi: 18. I cittadini di una delle Parti hanno diritto di esercitare sul territorio di un'altra Parte ogni attività a fini di lucro a parità di condizioni con i cittadini di quest'ultima parte, con riserva di ogni limitazione fondata su seri motivi di natura economica o sociale".

Ed anche vale la pena di ricordare che "*Dalla Parte II - Articolo 18. Diritto all'esercizio di un'attività a fini di lucro sul territorio delle altre Parti* - Per assicurare l'effettivo esercizio di un'attività a fini di lucro sul territorio delle altre Parti, le Parti s'impegnano: 1. ad applicare con spirito liberale i regolamenti esistenti; 2. a semplificare le formalità in vigore ed a ridurre o sopprimere i diritti di cancelleria e le altre tasse che i lavoratori stranieri o i loro datori di lavoro devono pagare; 3. a rendere più flessibili, individualmente o collettivamente, le regolamentazioni che disciplinano l'ingaggio di lavoratori stranieri; e riconoscono 4. il diritto di uscita dei loro concittadini desiderosi di esercitare attività a fini di lucro sul territorio delle altre Parti.

Lato azioni collettive a sua volta vale il richiamo ad alcuni principi indicati anche in questo caso distintamente nelle Parti I e II, poiché risulta che "*Dalla Parte I* - Le Parti riconoscono come obiettivo di una politica che perseguiranno con tutti i mezzi utili, a livello nazionale ed internazionale, la realizzazione di condizioni atte a garantire l'esercizio effettivo dei seguenti diritti e principi: 6. Tutti i lavoratori e datori di lavoro hanno diritto di negoziare collettivamente"; e che "*Dalla parte II - Articolo 6. Diritto di negoziazione collettiva* - Per garantire l'effettivo esercizio del diritto di negoziazione collettiva, le Parti si impegnano: 1 - a favorire consultazioni paritetiche tra lavoratori e datori di lavoro; 2 - a promuovere, qualora ciò sia necessario ed utile, le procedure di negoziazione volontaria tra i datori di

lavoro e le organizzazioni di datori di lavoro da un lato e le organizzazioni di lavoratori d'altro lato, per disciplinare con convenzioni collettive le condizioni di lavoro; 3 - a favorire l'istituzione e l'utilizzazione di adeguate procedure di conciliazione e di arbitrato volontario per la soluzione delle vertenze di lavoro; e riconoscono 4 - il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro d'intraprendere azioni collettive in caso di conflitti d'interesse, compreso il diritto di sciopero, fatti salvi gli obblighi eventualmente derivanti dalle convenzioni collettive in vigore".

In sostanza il Consiglio di Europa con la CEDU si concentra sui diritti dei lavoratori alle espressioni collettive, mentre nella Carta sociale europea guarda con occhi bivalenti sia la situazione della libertà economica sia quella delle azioni collettive, nel complesso disegnando un modello equilibrato di riconoscimento e tutela delle posizioni fra le due anime che anche il Consiglio d'Europa come la UE interpretano.

24. STANDARD, MATERIE E TUTELE

Un adeguato livello di analisi è rapportato al territorio dell'UE, dove si svolgono sia le sovranità, seppur limitate, che presiedono alla individuazione della legge applicabile ai rapporti di lavoro, alla definizione delle condizioni e dei limiti alle libertà economiche e sindacali di cui si tratta, allo *standard* di tutela del lavoro cui gli Stati membri si devono adeguare nel rispetto della competenza concorrente, e al sistema di produzione di fonti vincolanti (nella forma generica della 'decisione') che possono anche derivare da un accordo sindacale.

Poiché è il legame con un territorio che formalizza lo *standard* di tutela minimale, qualunque diversa scelta sia stata concordata nel contratto individuale, per le tutele lavoristiche il meccanismo introdotto con la Convenzione del 19 giugno 1980 e con il successivo Regolamento 2008/593 rischia però di creare una spaccatura fra gli appalti di opera e di servizi che richiedono la permanenza *in loco* - cui andava allora, probabilmente, il pensiero degli Stati contraenti - e gli altri appalti.

Il riferimento è agli appalti di servizi che una impresa (anche non digitale) può offrire a distanza (in regime diretto, a persone o a imprese, o in sub appalto), restando essa situata altrove e/o avvalendosi di personale a sua volta dislocato e/o itinerante, e che infatti hanno generato la vicenda giurisprudenziale c.d. Laval.

Vero che si può lavorare in legame con un territorio anche operando per una impresa - anche non digitale - situata altrove, ma per questa via, che tende a cogliere tutte le situazioni possibili, non si arriva a trovare un collegamento utile con l'ipotesi di voler trovare istanze collettive che diventano oggetto di azioni di protesta e tali da minare la libertà dei commerci.

Ora il punto è che - se l'azione collettiva per Costituzione nazionale non trova limite nello stato di tutela attuale assicurato dal legislatore nazionale - logicamente essa non può trovare limite nello *status quo* della tutela assicurato da un certo legislatore nazionale solo perché ad esso si giunge tramite l'applicazione dei criteri del Diritto internazionale privato.

Pertanto, l'obiezione che uno sciopero non possa svolgersi solo perché le tutele del lavoro riconosciute dalla legge applicabile sono osservate (se lo siano) è irrimediabilmente erronea, e non può derivarsi dal fatto che un tale sciopero danneggi o metta in pericolo le aspirazioni delle imprese a collocarsi nel mercato degli appalti per via di una sua pretesa incoerenza rispetto alla libertà dei commerci che ne determini l'illegittimità.

Con riferimento poi al livello UE della protezione del lavoro (foriero delle Direttive sociali e relative discipline di implementazione interna), nemmeno può porsi l'obiezione che l'ordinamento sovranazionale abbia già definito il livello giusto (minimo) di protezione, perché l'indicazione euro unitaria è nel senso della tutela sotto la quale gli Stati membri non possono assestarsi, non per il miglioramento della quale non si possa agire collettivamente.

Né vale a tal fine ragionare a partire dalla esclusione di competenza definita nelle disposizioni di politica sociale UE per il diritto di sciopero.

In definitiva, la direzione della competenza sulle condizioni di lavoro è comunque progressiva nel sistema UE, nel senso che fissando i livelli cui tendere, li considera comunque un minimo, mai una normalità che finisca per essere considerata un massimo; la questione è risalente e collegata alla competenza sociale oltre che alla inserzione nelle direttive sociali, di norma, della clausola di non regresso.

In questo quadro, va riconsiderato il testo dell'art. 151 TFUE, che fonda la politica sociale UE: "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".

Ma è importante richiamare per intero la disposizione dell'art. 151 TFUE, perché tra le righe 'nasconde' già una indicazione di equilibrio fra il modello mercantile che è comune e i modelli di relazioni industriali, che sono diversi.

Così continua: "A tal fine, l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione". E infine, "Essi ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative".

Circa la competenza, a sua volta, occorre rinviare al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), e in particolare al titolo IX Occupazione (artt. 145-150) e al titolo X Politica sociale (art. 151 - 161) ove in particolare va ricordata la disposizione dell'art. 153 comma 5 per cui "Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata".

E ciò vale sul presupposto che resti ferma l'elencazione delle materie di politica sociale di cui all'art. 156: "l'occupazione, il diritto del lavoro e le condizioni di lavoro, la formazione e il perfezionamento professionale, la sicurezza sociale, la protezione contro gli infortuni e le malattie professionali, l'igiene del lavoro; il diritto di associazione e la contrattazione collettiva tra datori di lavoro e lavoratori".

La politica sociale in altri termini interpreta dando competenza alla UE quel desiderio di completezza ordinata e armonica della protezione dei lavoratori nei diversi Stati membri, che non riguarderà solo le famose materie escluse: retribuzioni, diritto di associazione, diritto di sciopero e diritto di serrata.

Qui, volendo interpretare e consapevoli dell'ampia letteratura, può trattarsi non di un declino di responsabilità, ma di un saggio e forse necessario *self restraint* da parte di una Europa che va costruendo la sua piramide regolatoria a fianco dei tanti modelli di relazioni industriali che hanno radici nei diversi Paesi membri, coi sindacati nazionali rispettati come attori insostituibili non solo delle loro azioni (l'associazione, lo sciopero, la serrata) ma anche del primo – almeno storicamente – dei loro classici risultati: le retribuzioni.

La direttiva UE/2022/2041 indica agli Stati membri obiettivi relativi a salari minimi adeguati nell'UE (c.d. direttiva AMW); anche se su di essa pesano le conclusioni dell'Avvocato generale sulla causa C-19/23 (su ricorso del Regno di Danimarca col supporto del Regno di Svezia), per il suo annullamento per violazione della competenza concorrente sulla politica sociale posta dall'art. 153 TFUE, giacché, al paragrafo 5, le retribuzioni ne sono tuttora espressamente escluse.

Per essa, nelle conclusioni dell'Avvocato generale del 14 gennaio 2025 è infatti condivisa la tesi per cui la direttiva ecceda la competenza UE in materia di politica sociale, e in particolare l'art. 153 TFUE, dove si prevede che "Per conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 151 (che apre il Titolo sulla politica sociale, n.d.a.), l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori: omissis", per poi precisarsi al paragrafo 5 che "Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata".

25. EUROPA, EQUIVALENZA E DISCIPLINE

A sua volta, la libera prestazione di servizi è parte integrante del sistema UE delle libertà economiche, in linea con la libera circolazione delle merci e con la libertà di stabilimento:

posta per la libera circolazione delle merci (Rewe), e dei lavoratori (Rush), la materia si era già spostata col tempo sulla libertà di stabilimento (Viking) e sulla libera prestazione di servizi, dove ebbe un percorso più tortuoso, ma ugualmente solido a partire da Säger; ma mentre Rush e Viking hanno direttamente a che vedere con il Diritto del lavoro, Rewe e Säger ne furono la premessa, applicandosi il principio del Paese di origine rispettivamente alla libera circolazione delle merci e alla libera prestazione di servizi[112].

Con Rewe[113] si superò il criterio della sola assenza di barriere doganali per dare alla libera circolazione delle merci uno statuto normativo euro-unitario di reciproca equivalenza delle discipline interne sui prodotti.

La ditta con sede a Colonia chiedeva il 14 settembre 1976 alla amministrazione del monopolio federale dell'alcool "l'autorizzazione ad importare dalla Francia, per la messa in commercio nella Repubblica federale tedesca, determinati alcolici da bere, tra cui il liquore «cassis de Dijon», con gradazione alcolica da 15° a 20°".

Finì, come è notissimo, che "La nozione di «misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative al l'importazione», di cui all'art. 30 del Trattato CEE, va intesa nel senso che ricade del pari nel divieto contemplato da detta disposizione la fissazione di una gradazione minima per le bevande alcoliche, fissazione contenuta nella legislazione di uno Stato membro, qualora si tratti dell'importazione di bevande alcoliche legalmente prodotte e messe in commercio in un altro Stato membro".

E a dirimere la questione bastò argomentare verso la conclusione nel senso che "le prescrizioni relative alla gradazione minima delle bevande alcoliche non perseguono uno scopo d'interesse generale atto a prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci, che costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità" (Rewe, 14).

Con Säger[114] si superò il criterio della sola assenza di discriminazioni per dare alla libera prestazione dei servizi uno statuto normativo euro-unitario di reciproca equivalenza delle discipline interne sui servizi.

Il caso è di una società inglese che presta consulenza da remoto senza l'autorizzazione richiesta dalla legge federale tedesca, in materia di brevetti, sul presupposto che la qualifica non sia assicurata nel Paese di destinazione.

---

[112] M. Forlivesi, Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 275/2015, spec. 7; M. Magnani, Diritto sindacale europeo e comparato, Giappichelli, 2017 (II edizione), p. 58.

[113] CGE, Rewe-Zentral (causa su domanda di pronuncia pregiudiziale C-120/1978) fu decisa con sentenza 20 febbraio 1979 nella controversia interpretativa *Rewe-Zentral* AG e Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – lingua processuale tedesco.

[114] CGE, Säger (procedimento su domanda di pronuncia pregiudiziale C-76/90) fu decisa con sentenza 25 luglio 1991 nella controversia interpretativa Manfred Säger e Dennemeyer & Co. Ltd – lingua processuale tedesco.

Il risultato (applicandosi l'art. 59 del Trattato della Comunità Economia Europea, cioè quello sulla libera prestazione dei servizi) è che il diritto primario osta alla condizione dell'autorizzazione, che eccede i motivi imperativi di ordine pubblico che soli potrebbero motivare i limiti a tale libertà, mentre in un passaggio significativo delle motivazioni si chiarisce che non è possibile applicare alla libera prestazione di servizi *tout court* i limiti eventualmente previsti (e in modo non discriminatorio per i cittadini comunitari) ai fini della libertà di stabilimento.

"In particolare, uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi. Tale restrizione è tanto meno ammissibile qualora, come nel caso di specie, nella causa principale, il servizio sia fornito, diversamente dalla fattispecie di cui all'art. 60, ultimo comma, del Trattato, senza che il prestatore debba recarsi sul territorio dello Stato membro ove la prestazione è fornita" (Säger, 13).

E gli "obblighi devono essere obiettivamente necessari per garantire l'osservanza delle norme professionali e per assicurare la tutela del destinatario dei servizi ed essi non devono esorbitare da quanto è necessario per raggiungere questi obiettivi", ma la legge federale sull'autorizzazione "esorbita", dice la Corte (Säger, 17).

26. RESTRIZIONI, SERVIZI E QUARTETTO

Sui servizi, la disposizione fondamentale qui è rappresentata dall'art. 56 TFUE (già art. 49 TCE), dove prevede che "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione" e che "Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione".

Gli snodi interpretativi – è notissimo - risalgono al c.d. Laval *quartet*, e ad alcuni *leading case* ad esso successivi, tutte relative ad appalti di servizi (dopo Viking sulla libertà di stabilimento, del 2007): Laval nel 2007, Rüffert nel 2008, e Luxembourg nel 2008, anche Bundesdruckerei nel 2014 e RegioPost nel 2015.

In queste pronunzie può ritenersi racchiuso tuttora l'insieme dei punti di riferimento nella ricerca dell'equilibrio fra libertà economiche e tutela del lavoro, e - indirettamente – anche sulla possibilità che lo sciopero vi rappresenti un discrimine.

Rese tra il 2007 e il 2015, tali sentenze rappresentano perciò una sorta di cuore pulsante della giurisprudenza UE, tanto attenta alla difesa delle fonti, quanto sensibile alle ragioni di tutela

dei lavoratori le cui prestazioni si svolgono - anche a distanza - sul territorio di uno Stato membro, se protette direttamente dal Diritto del lavoro di un altro[115].

Ma alle origini si colloca – innanzitutto - la questione della *lex loci laboris* e delle tutele dei lavoratori distaccati nell'ambito della libera prestazione di servizi.

Se i criteri di Diritto internazionale privato - applicati ai rapporti di lavoro subordinato con elementi di internazionalità - portassero all'applicazione *day by day* della legge del posto - ovvero dello Stato membro di destinazione, c.d. *host* - non si porrebbe né un tema di diverso trattamento fra lavoratori contigui, né quindi un tema della eventuale concorrenza al ribasso nelle condizioni di lavoro là dove la temporaneità (e non abitualità) della prestazione di lavoro trattenga la competenza al Paese di origine, o ad altro ancora.

Non si farebbe questione cioè né di *social dumping* né di *forum shopping*, né di bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà economiche, almeno per come sono andate le cose nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE; che invece è intervenuta; tutto muove allora dalla apertura per cui si è inteso che la libera circolazione non vada intesa solo in negativo - come assenza di barriere - ma si estenda a forme di mutuo e reciproco riconoscimento di equivalenza fra le discipline dei diversi Stati membri.

Il punto di avvio è dunque la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, trasfusa poi, con alcune modifiche, in un Regolamento UE, dove è fissato il principio della libertà di scelta della legge applicabile ai contratti con elementi di internazionalità, apparentemente confermato anche per i contratti di lavoro subordinato; tale principio, però, non vale a privare il lavoratore della "protezione assicuratagli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente" (leggi: l'intero Diritto del lavoro, che è inderogabile *in pejus*) della legge individuata in base ad un procedimento logico stringente.

E infatti all'art. 8 del Regolamento UE si prevede che "1."*omissis* tale scelta non vale a privare il lavoratore della protezione assicuratagli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3 e 4 del presente articolo. - 2. *omissis* il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro. Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo. - 3. Qualora la legge applicabile non possa essere determinata a norma del paragrafo 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore. - 4. Se dall'insieme delle circostanze risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 2 o 3, si applica la legge di tale diverso paese".

[115] M. Forlivesi, Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 275/2015; S. Costantini, Direttive sui contratti pubblici E Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 309/2016.

Il testo dell'art. 8 merita alcune osservazioni.

In primo luogo, vale la legge del Paese con cui il contratto di lavoro subordinato presenta un collegamento più stretto rispetto ad altre che dipendono dai criteri dati.

In secondo luogo, e quindi logicamente prima, occorre individuare la "legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro", con la precisazione che "Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo".

Nel caso di appalti transfrontalieri, quindi, l'abitualità porta all'applicazione del Diritto del lavoro del Paese di destinazione, mentre la temporaneità trattiene la competenza internazionale in capo al Paese di origine, in tal caso potendosi riscontrare gli elementi tipici dei fenomeni del *social dumping* e del *forum shopping*.

E in tali casi si prescinde dal fatto che si tratti di un singolo lavoratore o di un gruppo di lavoratori che si spostano insieme, di prassi – ma non di diritto - all'esito di un contratto di appalto; e si prescinde anche dal fatto che lo spostamento di competenza internazionale del Diritto del lavoro si colleghi non alla libera prestazione di servizi, come in Laval, ma alla libertà di stabilimento, come in Viking, o alla libera circolazione dei lavoratori, come in Rush.

Il primo dato rileva per la formazione di un interesse collettivo, poiché ciò è facilitato dallo spostamento di un gruppo di lavoratori e non di un singolo; il che è essenziale, nella logica di interessarsi dell'esercizio del diritto di sciopero nel Paese di destinazione.

Il secondo dato rileva per l'applicazione delle garanzie della libera prestazione dei servizi (con dettaglio dalla direttiva 96/71 alla direttiva 2018/957), e che non si danno se invece si tratti di libertà di stabilimento o di libera circolazione dei lavoratori, essendo fenomeni estranei ai casi di appalto transfrontaliero e ai distacchi o somministrazioni di lavoro transnazionali; il che è pure essenziale, nella logica di interessarsi dei confini tra l'esercizio del diritto di sciopero nel Paese di destinazione e l'ampiezza delle libertà economiche in UE.

In terzo luogo, "Qualora la legge applicabile non possa essere determinata (come sopra, n.d.a.), il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore".

27. NORME, DISTACCHI E CORRETTIVI

Ma infine, e comunque, si danno le "Norme di applicazione necessaria" e quelle di "Ordine pubblico del foro", utili non a sostituire la legge individuata, ma a correggerne gli esiti.

Da un lato (sotto la voce di *applicazione necessaria*) si prevede in positivo l'inclusione dell'applicazione di una singola norma il cui rispetto è cruciale per la salvaguardia degli interessi pubblici di un Paese, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, e

ciò con riferimento alle legislazioni di due possibili Paesi: quello della *lex fori* e quello della *lex loci laboris*, qui solo se rendono illecito l'adempimento del contratto, tenuto conto della natura e finalità delle norme e delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate o meno.

E infatti all'art. 9 del Regolamento UE si prevede che:

1. "Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento".

2. "Le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro".

3. "Può essere data efficacia anche alle norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto. Per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno".

D'altro lato (sotto la voce di *ordine pubblico del foro*) si prevede in negativo l'esclusione dell'applicazione di una singola norma per manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico del foro.

E infatti all'art. 21 del Regolamento UE si prevede che "L'applicazione di una norma della legge di un paese designata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro".

È nel 1996 che l'UE decide di legiferare sul distacco nell'ambito della libera prestazione dei servizi dando per presupposti i casi in cui i criteri di individuazione del Diritto del lavoro applicabile abbiano trattenuto la competenza internazionale al Paese di origine[116].

Mentre l'obiettivo della Convenzione di Roma del 1980 era quello di definire il diritto applicabile, quello della direttiva del 1996 era di circoscrivere - tramite l'elenco di un *set* di materie - le disposizioni di protezione di c.d. ordine pubblico sociale, per differenza – si ritiene – da quelle di c.d. ordine pubblico in senso stretto, da riunire nel concetto di ordine pubblico e da distinguere dalle norme di applicazione necessaria[117].

Su questo, si appoggia l'interrogativo del posizionamento del *favor* lavoristico in queste discipline, poiché da un lato le Direttive sociali sono intese come minimi (nel senso della implementazione e nel senso che permettono il miglioramento, *vs.* la concorrenza), e d'altro lato il Diritto internazionale privato va ad individuare il Diritto applicabile - legge e contratti

[116] M. Magnani, Diritto sindacale europeo e comparato, Giappichelli, 2017, II edizione, 64-75.
[117] M. Magnani, Diritto sindacale europeo e comparato, Giappichelli, 2017, II edizione, 62.

collettivi - impattando su di una disciplina (il Diritto del lavoro) tipicamente ammissiva – per la struttura del criterio di derogabilità *in melius* - di normative di miglior favore, almeno a livello interno e nei rapporti fra contratto individuale e fonti.

Ma che cosa è, dunque, ordine pubblico? In particolare - delle materie di in-competenza UE (retribuzioni, diritto di associazione, diritto di sciopero e diritto di serrata) – che cosa è invece (seppur indirettamente) imposto - della disciplina del Paese di destinazione a titolo di ordine pubblico anche ai lavoratori ai quali quella disciplina non si applicherebbe, quasi a formare una sorta di parità di trattamento finale tra lavoratori contigui e occupati *in loco*?

Si tratta di distinguere l'ordine pubblico c.d. sociale, riferibile alla tutela del lavoro nel distacco internazionale, cui fa riferimento la direttiva del 1996, dall'ordine pubblico internazionale, riferibile invece alla Convenzione di Roma del 1980 e alla questione della legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità.

In primo luogo, la base giuridica è costituita dall'art. 3.10 della direttiva 96/71/CE come modificata dalla Direttiva 2018/957, nelle due diverse versioni:

(1996) Art. 3.10: "La presente direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del trattato, impongano alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura: - condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico; - condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del paragrafo 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate dall'allegato".

(2018) Art. 3.10: La presente direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto dei trattati, applichino alle imprese nazionale e a quelle di altri Stati membri, sulla base della parità di trattamento, condizioni di lavoro e di occupazione riguardante materie diverse da quelle contemplate al primo comma del paragrafo 1, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico.

In secondo luogo, la base giuridica è costituita anche dai passi della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 come trasfusa nel Regolamento UE 2008/593, dove sono considerate sia le norme di applicazione necessaria sia l'ordine pubblico del foro, agli artt. 9 e 21 già richiamati.

Un esito interpretativo ragionevole è che l'ordine pubblico di cui all'art. 3.10 della direttiva 96/71/CE (anche come modificato dalla direttiva 2018/957/UE), ovvero l'ordine pubblico c.d. sociale, si distingua per funzione e struttura dall'ordine pubblico internazionale: il primo sarebbe il frutto di un bilanciamento - secondo criteri di proporzionalità e necessità - fra la libera prestazione di servizi in UE e la tutela dei lavoratori distaccati; mentre il

secondo, caso per caso, varrebbe ad impedire l'ingresso di discipline estere negli ordinamenti nazionali[118].

Ristretto dall'A. l'ordine pubblico alle norme introdotte dal legislatore italiano ai sensi della direttiva europea (e non affidato come l'ordine pubblico internazionale alla giurisprudenza), tuttavia, "un certo peso ai fini dell'effettività della tutela deve essere assegnato all'inclusione di tali norme nel perimetro assiologico dell'o.p. internazionale"; e infine, "l'introduzione di disposizioni di o.p. ai sensi dell'art. 3, par. 10 cit., può essere un opportuno "collante" per evitare che si creino frizioni tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia"[119].

Solo chiarendo lo *status* di protezione del lavoratore collocato in un determinato spazio nazionale di regolazione del lavoro, in effetti, si individua per differenza il *surplus* che può essere oggetto di una azione collettiva, mirata all'aumento della tutela.

28. TECNICHE, ELEMENTI E ARMONIZZAZIONE

Certo, l'azione collettiva può svolgersi anche con il fine di imporre il rispetto di regole di per sé già poste ma ritenute inefficaci, ma in questa analisi fondata sul rapporto tra libertà dei commerci e libertà sindacale conviene tenere conto solo del potenziale di sviluppo dello sciopero in condizioni di rispetto delle tutele già previste, come ipotesi di contesto.

In effetti, dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 in poi l'UE si è data un criterio comune per cui gli appalti internazionali convengano, in base anche ai costi del lavoro, fino a un certo punto.

In sostanza, il meccanismo della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 funziona nel senso che l'elemento della internazionalità non vale solo a determinare la legge applicabile, secondo la tecnica del diritto internazionale privato, ma determina anche l'aumento di spazio entro cui il libero gioco dell'economia si svolga.

---

[118] C. Cordella, Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro, Giappichelli, 2020. A partire da Cass. S.U., 5 luglio 2017 n. 16601 (nota come arresto sui danni punitivi), l'A. esamina la recente giurisprudenza di legittimità (e di merito) in materia di ordine pubblico internazionale applicato ai rapporti di lavoro (169-177), giungendo alla conclusione che l'applicazione del concetto di ordine pubblico internazionale al caso dei lavoratori distaccati in Italia non coincide con quello di ordine pubblico di cui all'art. 3.10 della direttiva sul distacco (sia nella versione del 1996 sia in quella del 2018). Tra o.p.i. e o.p. vi sarebbe una netta distinzione. "I criteri interpretativi per tale bilanciamento saranno quelli di necessità e proporzionalità della disposizione di o.p. unitamente all'assenza di una normativa equivalente nello Stato di provenienza", dal che deriva che "è necessario verificare in concreto se esiste una modalità per salvaguardare entrambi gli interessi (libera prestazione dei servizi e tutela del lavoro, n.d.a.) seppur con intensità attenuate" (178-180, spec. 179).

[119] C. Cordella, Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro, Giappichelli, 2020, entrambe le citazioni 180.

Sarà frenato - se mai - da azioni che, minando l'automatismo di mercato e anche contrastando il *social dumping* e il *forum shopping*, finiscano per mettere in discussione la stessa libertà dei commerci, sulla base – *ex plurimis* - dei differenziali di costo del lavoro.

L'UE, nel frattempo, con la sua politica sociale, si è dotata di un metodo di elevazione del livello minimo di tutele sociali per i lavoratori di tutti gli Stati membri, a prescindere dalla questione degli appalti transfrontalieri e per proteggere alla pari tutti i lavoratori assoggettati alla disciplina interna di uno Stato membro.

Nel caso di appalti di servizi transfrontalieri cui si applicasse il Diritto del lavoro del Paese di origine, se anch'esso UE la tutela dovrebbe essere quindi ritenuta adeguata, e altrimenti non ponendosi una questione di ostacolo alla concorrenza nel caso di imposizioni *in loco* di discipline del Paese di destinazione.

Fatto sta che la Convenzione di Roma e il Regolamento lasciavano aperte le strade di un nocciòlo di tutele imprescindibili che ogni Stato può e deve imporre a chiunque, e quindi anche ai lavoratori transfrontalieri impegnati in appalti che non hanno determinato l'applicazione del Diritto del lavoro del posto.

Per tale ragione, o comunque in sequenza cronologica, è intervenuta la direttiva 96/71 e ben prima di essa aveva fatto scuola la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE incentrata sul caso Rush, che aveva alle spalle proprio la Convenzione di Roma[120].

In Rush il punto rilevante è contenuto in un *extra petita*, nelle motivazioni, e consiste nell'assolvere lo Stato membro dal dubbio di ostacolare la concorrenza per il solo fatto di ampliare ai lavoratori transfrontalieri in modo non dovuto discipline interne previste per i lavoratori nazionali: rappresentò un passo importante nella storia dell'espansione della *lex loci laboris* anche in caso di prestazioni temporanee e non abituali, trattandosi – nel caso di specie – di un appalto d'opera e non di servizi.

"An undertaking established in Portugal providing services in the construction and public works sector in another Member State may move with its own work-force which it brings from Portugal for the duration of the works in question. In such a case, the authorities of the Member State in whose territory the works are to be carried out may not impose on the supplier of services conditions relating to the recruitmment of manpower in situ or the obtaining of work permits for the Portuguese work-force" (Rush, 19).

La conclusione segue immediatamente, tuttavia, ad un centralissimo passaggio motivazionale per cui "it should be stated, in response to the concern expressed in this connection by the French Government, that Community law does not preclude Member States from extending their legislation, or collective labour agreements entered into by both

[120] CGE, Rush (causa su domanda di pronuncia pregiudiziale C-113/89) fu decisa con sentenza 27 marzo 1990 nella controversia interpretativa Rush Portuguesa Lda contro Office national d'immigration - lingua processuale francese.

sides of industry, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, no matter in which country the employer is established; nor does Community law prohibit Member States from enforcing those rules by appropriate means" (Rush, 18).

In Italia il diritto UE sulla tutela dei lavoratori impegnati nella libera prestazione internazionale di servizi (in senso ampio 'distaccati') ha avuto la sua implementazione con il D. lgs. 136/2016, che abrogava il D. lgs. 72/2000 attuando contemporaneamente la direttiva del 1996 e quella del 2014: difatti in UE lo stato normativo si componeva della direttiva 96/71 e della sua direttiva di *enforcement* 2014/67, entrambe fatte salve dalla direttiva 2006/123 c.d. Bolkenstein, relativa ai servizi nel mercato interno, per il carattere speciale della regolazione di quelle lavoristiche.

In effetti, per l'art. 1 della direttiva Bolkenstein – Oggetto – paragrafo 6: "La presente direttiva non pregiudica la legislazione del lavoro, segnatamente le disposizioni giuridiche o contrattuali che disciplinano le condizioni di occupazione, le condizioni di lavoro, compresa la salute e la sicurezza sul posto di lavoro, e il rapporto tra datori di lavoro e lavoratori, che gli Stati membri applicano in conformità del diritto nazionale che rispetta il diritto comunitario. Parimenti, la presente direttiva non incide sulla normativa degli Stati membri in materia di sicurezza sociale".

Per tenere insieme i diversi casi che presentano simili bisogni di tutela, la disciplina UE ha da sempre assimilato il varco dei confini di lavoratori subordinati o per via di appalti, o per via di distacchi infragruppo, o per via di somministrazione di lavoro con invio in un altro Stato membro.

Il D. lgs. 72/2000 aveva fatto dell'intero Diritto del lavoro italiano quanto oggetto di implementazione, includendo leggi e contratti collettivi anche non *erga omnes* (in linea con Cass. 14664 11/11/2000, per cui il *favor* è principio di ordine pubblico), mentre il D. Lgs. 136/2016 ha rinviato ai contratti collettivi dell'art. 51 d. lgs. 81/2015 (senza superare però per ciò stesso il problema dell'*erga omnes*) e soprattutto limitando il campo di implementazione alle materie dell'art. 3 della direttiva 96/71.

Successivamente la direttiva 2018/957 (che modifica la direttiva 96/71 ma non la direttiva 2014/67) è stata attuata dal D. lgs. 122/2020: le modifiche sulla direttiva 96/71 hanno riguardato alcuni aspetti molto significativi della tutela dei lavoratori transfrontalieri, nei casi previsti, e in particolare una esplicita estensione delle garanzie relative all'esercizio dei diritti e delle libertà sindacali, in quanto fondamentali.

Sono nuove in particolare alcune previsioni dell'art. 1 e dell'art. 3 della direttiva 96/71 e viene poi introdotto un indice quantitativo (12 mesi, estensibile a 18) per individuare la temporaneità della prestazione internazionale, anche in caso di sostituzione del lavoratore

all'estero (il che indirettamente porta a riconsiderare la nozione di temporaneità della direttiva *enforcement* 2014/67).

Un punto rilevante, in materia di sciopero, è che la direttiva CE 96/71 nella versione originale lasciava impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive, come ricordato in un suo considerando, peraltro nel rispetto della in-competenza comunitaria sul diritto di sciopero e su quello di serrata (art. 153.5 TFUE).

29. APPALTI, GRUPPI E MISSIONI

A sua volta, nella sua parte normativa, la direttiva 96/71 definiva il campo di applicazione sia lato imprese sia lato lavoratori[121].

Per le imprese, posto che "si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori, a norma del paragrafo 3, nel territorio di uno Stato membro" (art. 1.1), si precisava (al par. 3) che i casi interessati corrispondono a tre grandi gruppi di fattispecie.

Si tratta delle imprese che "distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro (*omissis*)"; delle imprese che "distacchino un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo (*omissis*)"; e delle imprese che "distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori, un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro (*omissis*)".

---

[121] Non è inutile richiamare che la direttiva 96/71 premetteva alle disposizioni una serie di 25 considerando, fra i quali risaltano i nn. 10-12-17:

Considerando 10: "Che l'articolo 7 di detta convenzione (Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, n.d.a.) prevede, a determinate condizioni, che parallelamente alla legislazione dichiarata applicabile sia dato effetto alle norme di polizia di un'altra legislazione, in particolare di quella dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è temporaneamente distaccato";

Considerando 12: "Che il diritto comunitario non osta all'estensione del campo di applicazione, da parte degli Stati membri, della loro legislazione o all'estensione dei contratti collettivi sottoscritti dalle parti sociali alle persone che sono occupate, anche temporaneamente, sul loro territorio, anche se il loro datore di lavoro risiede in un altro Stato membro; che il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di garantire con mezzi adeguati l'osservanza di queste norme";

Considerando 17: "Che le norme imperative di protezione minima in vigore nel paese ospite non devono ostacolare l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori".

Per esse, si aggiungeva, debitamente, che "Le imprese stabilite in uno Stato membro non possono beneficiare di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese stabilite in uno Stato membro" (art. 1.4)

Per i lavoratori, il lavoratore distaccato è (*ex* art. 2) "il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente" (art. 2).

E così si inserisce il contenuto principale della direttiva: *ex* art. 3 "Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese … garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate: - da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o – da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale"[122].

Le materie però sono limitate, poiché (sempre *ex* art. 3) si prevede che la disposizione valga "sempreché (le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o i contratti collettivi o gli arbitrati dichiarati di applicazione generale, n.d.a.) vertano sulle attività menzionate in allegato", ovvero il noto elenco ristretto di materie che nelle sentenze ricorre come importante confine della portata della direttiva.

Si tratta di: "a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima delle ferie annuali retribuite; c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario …; d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori …; e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione".

Qui si inseriscono – infine - altre due disposizioni molto rilevanti per la regolazione nazionale del lavoro transfrontaliero: "I paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori" (art. 3.7); e "La presente direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del trattato, impongano alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura: - condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico; - condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del paragrafo 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate dall'allegato" (art. 3.10).

[122] Ovvero, secondo la precisazione dell'art. 3, par. 8, "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 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".

E si arriva così alla direttiva 2018/957, che racchiude in pochi articoli alcune notevoli evoluzioni della disciplina[123].

È quasi necessario riprenderne la lettera.

All'art. 1.1 *bis* si prevede che "La presente direttiva non pregiudica in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione, compresi il diritto o la libertà di sciopero o il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali. Essa non pregiudica neppure il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali".

Per l'art. 1.3, lett. c) la fattispecie è quando "… distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la fornitura di lavoratori, un lavoratore

[123] È anticipata da una serie di Considerando, fra i quali alcuni particolarmente significativi. Se ne riporta un breve elenco che si ritiene significativo della *intentio* e della *ratio* della direttiva. "Considerando 2: La libera prestazione dei servizi include il diritto delle imprese di prestare servizi nel territorio di un altro Stato membro e di distaccare temporaneamente i propri lavoratori nel territorio di tale Stato membro a tale scopo. Conformemente all'articolo 56 TFUE, sono vietate le 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. - Considerando 3: A norma dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea, l'Unione deve promuovere la giustizia e la protezione sociali (*omissis*) - Considerando 4: A più di vent'anni dalla sua adozione, si è reso necessario valutare se la direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio consegua ancora il giusto equilibrio tra la necessità di promuovere la libera prestazione dei servizi e garantire parità di condizioni, da un lato, e quella di tutelare i diritti dei lavoratori distaccati, dall'altro. Parallelamente alla revisione della direttiva 96/71/CE, è opportuno accordare priorità all'attuazione e applicazione della direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, allo scopo di garantire uniformità nell'applicazione delle norme e un'autentica convergenza sociale. - Considerando 12: La direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio rispecchia il principio secondo il quale le condizioni di base di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale dovrebbero essere quanto meno identiche a quelle che si applicherebbero a tali lavoratori se essi fossero assunti dall'impresa utilizzatrice per svolgere lo stesso lavoro. Tale principio dovrebbe applicarsi anche ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale distaccati nel territorio di un altro Stato membro (*omissis*). - Considerando 17: Rientra nella sfera di competenza degli Stati membri stabilire norme sulla retribuzione in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali. La determinazione dei salari è una questione di competenza esclusiva degli Stati membri e delle parti sociali. È opportuno prestare particolare attenzione a non pregiudicare i sistemi nazionali di determinazione dei salari o la libertà delle parti interessate. - Considerando 21: Gli elementi costitutivi della retribuzione e le altre condizioni di lavoro e di occupazione in conformità della normativa nazionale o dei contratti collettivi ai sensi della presente direttiva dovrebbero essere chiari e trasparenti per tutte le imprese e i lavoratori distaccati (*omissis*). - Considerando 24: La presente direttiva stabilisce un quadro equilibrato per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi e la tutela dei lavoratori distaccati, non discriminatorio, trasparente e proporzionato, nel rispetto della diversità delle relazioni industriali nazionali. La presente direttiva non osta all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per i lavoratori distaccati".

presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo fornisce temporaneamente".

Il principio della parità di trattamento informa l'art. 3.1: "Gli Stati membri provvedono affinché, indipendentemente dalla normativa applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1, garantiscano, sulla base della parità di trattamento, ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie elencate di seguito che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono stabilite da: … contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale o altrimenti applicabili a norma del paragrafo 8".

Le più rilevanti sono: c) retribuzione, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; la presente lettera non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria; h) condizioni di alloggio dei lavoratori qualora questo sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontani dal loro abituale luogo di lavoro; i) indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali (si applica esclusivamente ... qualora gli stessi debbano recarsi al loro abituale luogo di lavoro nello Stato membro nel cui territorio sono distaccati e fare da esso ritorno, ovvero qualora siano inviati temporaneamente dal loro datore di lavoro da tale abituale luogo di lavoro verso un altro luogo di lavoro".

E ancora: "Ai fini della direttiva il concetto di retribuzione è determinato dalla normativa e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato e con esso si intendono tutti gli elementi costitutivi della retribuzione resi obbligatori da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali, da contratti collettivi o da arbitrati che sono stati dichiarati di applicazione generale nello Stato membro in questione o altrimenti applicabili a norma del par 8".

Fondamentale poi è la regola dei 12 mesi, posta dall'art. 3.1 *bis*: "Qualora la durata effettiva di un distacco superi 12 mesi, gli Stati membri provvedono affinché, indipendentemente dalla normativa applicabile al rapporto di lavoro, le imprese … garantiscano, sulla base della parità di trattamento, ai lavoratori che sono distaccati nel loro territorio oltre alle condizioni di lavoro e di occupazione … tutte le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, stabilite da (*omissis*)".

E infine arriva la previsione che conferma che tutto quanto è parte della politica sociale UE dovrebbe intendersi come minimo e non impedire in alcun modo i miglioramenti, che pertanto non dovrebberomai potersi intendere come ostativi in senso tecnico alle regole della concorrenza: per l'art. 3.7 "I paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori (*omissis*)".

Per completezza vanno richiamati anche il finale dell'art. 3.8, comma 2: "In mancanza., o a complemento, di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi

o di arbitrati ... gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi: dei contratti collettivi o degli arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale 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 (*omissis*)".

Ed anche i paragrafi 9 e 10 dell'art. 3: "… altre condizioni di lavoro e di occupazione che sono applicabili ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale nello Stato membro in cui il lavoro è svolto"; e "La presente direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto dei trattati, applichino alle imprese nazionale e a quelle di altri Stati membri, sulla base della parità di trattamento, condizioni di lavoro e di occupazione riguardante materie diverse da quelle contemplate al primo comma del paragrafo 1, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico".

Comprendendo le ragioni di questa elencazione, si vorrà convenire che si tratta del quadro - voluto ed evoluto - che costituisce oggi parola per parola la pietra miliare della intersezione fra azioni collettive e impresa, in UE, perché definisce tratti e limiti della protezione del lavoro prima della quale vi è spazio di social dumping e *forum shopping*, e dopo la quale vi è equità di trattamenti in ragione del *locus laboris*.

30. RISPOSTE, SENTENZE E LAVAL

Alla luce della raffigurazione complessiva che fuoriesce dal quadro di disposizioni appena elencatok, può dirsi che nell'insieme è stata questa la risposta UE del 2018 alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla tutela del lavoro (e dello sciopero) rispetto alla libera prestazione di servizi, per come si erano assestate a livello interpretativo da Laval (decisa nel 2007) a RegioPost (decisa nel 2015).

Il *leading case* per definizione in materia di azioni collettive rimane Laval[124].

Va premesso che il diritto di intraprendere azioni collettive è riconosciuto dalla Costituzione svedese "salvo che si oppongano disposizioni legislative o contenute in un contratto collettivo" (i.e. su base di clausole di pace sindacale), e la legge sulla partecipazione dei dipendenti alle decisioni negoziate "contiene le norme applicabili in materia di diritto di associazione e di trattativa, di contratti collettivi, di mediazione nelle controversie collettive di lavoro e di obbligo di pace sindacale; essa contiene inoltre norme che limitano il diritto delle organizzazioni sindacali di intraprendere azioni collettive"; in base a tale legge risulta

[124] CGE, Laval (procedimento su domanda di pronuncia pregiudiziale C-341/05) fu decisa con sentenza 18 dicembre 2007 nella controversia interpretativa Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan + Svenska Elektriker förbundet – lingua processuale svedese.

"che sussiste un obbligo di tregua sociale fra le parti di un contratto collettivo e che è in particolare vietato intraprendere azioni collettive per ottenere modifiche del contratto. Azioni collettive sono tuttavia ammissibili qualora le parti sociali non abbiano concluso tra di loro un contratto collettivo" (Laval, 10, 11 e 12).

Pur in vigenza di un divieto legale di intraprendere azioni collettive anche per ottenere l'abrogazione o la modifica di un contratto collettivo concluso da terzi, "Le azioni collettive intraprese nei confronti di un datore di lavoro straniero che svolge temporaneamente un'attività in Svezia non sono più vietate qualora una valutazione complessiva della situazione permetta di concludere che il legame con tale Stato membro è troppo tenue perché la MBL (legge svedese di cui sopra, n.d.a.) possa essere considerata direttamente applicabile alle condizioni di lavoro di cui trattasi" (Laval, 16).

Il maggior sindacato svedese dei lavoratori del settore delle costruzioni e dei lavoratori pubblici raccoglieva l'87% dei lavoratori del settore, per un totale di circa 128.000 iscritti di cui circa 95.000 in età lavorativa, con 31 sezioni locali, tra cui una interessata dalla controversia (Laval, 17). Nella causa principale è interessato anche il sindacato svedese dei lavoratori del settore elettrico, per solidarietà.

La Laval "è una società di diritto lettone" e "Tra il maggio e il dicembre 2004 ha distaccato in Svezia circa 35 lavoratori per lavorare in taluni cantieri della … (in prosieguo: la «Baltic»), società di diritto svedese controllata al 100% dalla Laval fino alla fine del 2003, in particolare per la costruzione di un edificio scolastico a Vaxholm". "in data 14 settembre e 20 ottobre 2004 aveva firmato, in Lettonia, contratti collettivi con il sindacato lettone dei lavoratori dell'edilizia" né "era vincolata da alcun contratto collettivo concluso con … (i sindacati svedesi interessati dalla controversia, n.d.a.)" (Laval, 27 e 28).

Seguono trattative tra i sindacati svedesi degli edili e la Laval, sul presupposto di una volontà di firma di contratto collettivo per poi avviare in seguito "una discussione sulle retribuzioni e sulle altre condizioni di lavoro nell'ambito della tregua sociale obbligatoria", discussione che si sarebbe svolta sulla proposta (accettata in anteprima) della Laval "basata sul principio della retribuzione oraria", in un contesto che prevede come "clausola di ripiego" a livello nazionale che in Svezia ogni ora corrisponda a circa 12 euro e a valle di una riunione di trattativa svoltasi il 15 settembre 2004 in cui l'unità locale del sindacato svedese degli edili chiedeva un minimo salariale di circa 16 euro all'ora, dichiarandosi "pronta a intraprendere immediatamente un'azione collettiva nel caso di mancato accordo in tal senso" (Laval, 29, 26 e 30).

"Non avendo tale trattativa avuto successo", l'unità locale chiese al sindacato nazionale degli edili "di adottare misure finalizzate a porre in essere nei confronti della Laval l'azione collettiva annunciata in occasione dell'incontro di trattativa del 15 settembre 2004. Nell'ottobre 2004 è stato depositato un preavviso". "Il 2 novembre successivo è iniziato un blocco del cantiere di Vaxholm" (Laval, 33 e 34).

"Nel dicembre 2004 le azioni collettive nei confronti della Laval si sono intensificate. Il 3 dicembre 2004 la Elektrikerna ha avviato un'azione di solidarietà. Tale misura ha avuto l'effetto di impedire alle imprese svedesi appartenenti all'organizzazione datoriale degli installatori elettrici di fornire servizi alla Laval. A Natale i lavoratori distaccati dalla Laval sono rientrati in Lettonia e non sono più ritornati nel cantiere in questione" (Laval, 37).

"Nel gennaio 2005 altre organizzazioni sindacali hanno annunciato azioni di solidarietà consistenti in un boicottaggio di tutti i cantieri della Laval in Svezia, cosicché tale impresa non è più stata in condizione di svolgere le proprie attività nel territorio di tale Stato membro. Nel febbraio 2005 il comune di Vaxholm ha chiesto la risoluzione del contratto che lo vincolava alla Baltic e, in data 24 marzo 2005, quest'ultima è stata dichiarata fallita" (Laval, 38).

Contro il blocco e il boicottaggio, la Laval ricorre al giudice interno, e di qui la causa pregiudiziale presso la Corte di Giustizia UE, sul punto se la direttiva CE 96/71 osta a che talune organizzazioni sindacali tentino, con un'azione collettiva, di indurre un'impresa straniera che distacca lavoratori in Svezia ad applicare un contratto collettivo svedese" (Laval, 40).

La prima questione è centrata sulla legittimità di azioni collettive (diverse dallo sciopero) volte a indurre la firma di un contratto collettivo nazionale di miglioramento della legge nelle materie della direttiva CE 96/71 e di previsioni su materie ulteriori, e la chiusura di una trattativa sulla retribuzione (non prevista dalla legge né dal contratto collettivo nazionale) (Laval, 52).

Ma per la Corte "…ostano a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui … della stessa direttiva sono contenute in norme legislative, ad eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa, mediante un'azione collettiva sotto forma di blocco dei cantieri come quella in esame nella causa principale, tentare di indurre un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale talune clausole stabiliscono, per alcune di tali materie, condizioni più favorevoli di quelle che derivano dalle diposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole riguardano materie non previste dall'art. 3 della direttiva"(Laval, 111).

In altri termini la Corte censura azioni collettive volte a indurre una impresa di altro Stato membro a trattare/concordare condizioni per i lavoratori protetti dalla direttiva sul distacco che riguardino le retribuzioni, condizioni più favorevoli nelle materie previste e/o condizioni di materie diverse da quelle previste dalla direttiva stessa.

Ma il presupposto è che l'impresa aveva già firmato contratti collettivi con il sindacato lettone e si poneva la questione di poterla indurre con azioni collettive a firmarne altri coi sindacati svedesi, in deroga al sistema svedese delle tregue sindacali.

La seconda questione, che sembra distante ma in realtà completa l'argomento, "riguarda l'applicazione delle disposizioni della MBL, che hanno introdotto un sistema di lotta contro il dumping sociale, ai sensi del quale il prestatore di servizi non ha il diritto di pretendere, nello Stato membro in cui svolge la propria prestazione, che siano in qualche modo tenuti in conto gli obblighi derivanti dai contratti collettivi ai quali esso è già soggetto nello Stato membro in cui è stabilito. La conseguenza di tale sistema è che le azioni collettive sono autorizzate nei confronti delle imprese vincolate da un contratto collettivo soggetto alla legge di un altro Stato membro così come lo sono nei confronti di quelle che non sono vincolate da alcun contratto collettivo" (Laval, 113).

Qui la Corte risponde che "… ostano a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale" (Laval, 120).

In altri termini la Corte censura la legge *anti social dumping*, che aveva tolto l'obbligo di tregua sindacale quando l'azione collettiva si rivolgeva a situazioni regolate da leggi di altri Stati.

E il presupposto è ancora una volta legato a una deroga al sistema delle tregue sindacali tipiche del sistema svedese, poiché l'impresa – che aveva firmato contratti collettivi con il sindacato lettone - sarebbe stata destinataria di azioni collettive eccezionalmente consentite dalla legge svedese per indurla alla firma di contratti collettivi nuovi e diversi coi sindacati svedesi, rispetto a rapporti di lavoro assoggettati alla lex del Paese di origine e non del Paese di destinazione.

In conclusione, se la *lex loci laboris* resta ancorata al Paese di origine, e si pone per i 'temporanei' la questione della tutela per il tempo del distacco, la Corte non fa altro che impedire eccezioni al funzionamento del modello interno di relazioni industriali, dove contrattazioni e azioni collettive sono così strettamente legate da reggersi su obblighi di tregua sindacale che non possono essere derogati solo perché si intenda agire specialmente in funzione *anti social dumping*.

Come dire che - se il modello è quello delle tregue – esso va rispettato per le situazioni interne come per quelle esterne, onde prevenire (questo si può aggiungere) che si dia il caso di discriminazione alla rovescia, e di discriminazione in senso proprio.

Se poi la sentenza Laval, articolata e complessa, sia stata oggetto di innumerevoli commenti che hanno inteso sottolineare alcuni degli aspetti più significativi dandole il significato di posizione di *favor* per la tutela della concorrenza nell'ambito della libera prestazione dei servizi rispetto al favor per la tutela del lavoro, ciò è comprensibile e giustificabile.

Ma con ciò non può arrivarsi a oscurare lo stretto collegamento della soluzione proposta dalla Corte con il modello di relazioni industriali in questione, la volontà di fissare un punto

di equilibrio in una materia così delicata e nel far questo l'*intentio* e la *ratio* applicate, che qui paiono invece coerenti a un assetto complessivo dei rapporti tra diritto di sciopero (*rectius* di azioni collettive) e libertà economiche molto rispettoso del principio generale di non discriminazione fra le imprese di diversi Paesi nell'accedere alle opportunità di investimento che si sviluppano in tutto il territorio del mercato comune.

Quasi paradossalmente, Laval è frutto dell'epoca di trasformazione del criterio fondativo delle libertà economiche da mero criterio anti-discriminatorio a criterio di mutuo riconoscimento di equivalenza delle discipline nazionali fra loro, da Rewe (merci) e Säger (servizi) in poi; e invece arriva in fondo a riaffermare – sulla scorta di una forte tenuta in considerazione del modello interno di relazioni industriali – lo stesso criterio anti-discriminatorio.

31. RÜFFERT

Nella storia dei *leading case* sulla libera prestazione di servizi e il *social dumping* (anche se non promotori di azioni collettive), Laval fu seguìta da Rüffert[125].

Qui il fatto antecedente è la risoluzione di un contratto d'appalto concluso fra il Land e la società, con riguardo a lavoratori distaccati ai sensi della direttiva CE 96/71, fermo che ai fini della direttiva "la nozione di tariffa minima salariale … è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato" (Rüffert, 4).

La legge del Land della Bassa Sassonia "sull'aggiudicazione dei pubblici appalti … contiene alcune disposizioni per l'aggiudicazione di appalti pubblici che ammontino ad un valor minimo di EUR 10.000. Il preambolo della legge è così formulato: «La presente legge è volta a combattere le distorsioni della concorrenza che sorgono nell'ambito dell'edilizia e del trasporto pubblico di passeggeri in seguito all'impiego di mano d'opera a basso salario e mitiga gli oneri a carico dei sistemi di sicurezza sociale. A tal fine essa prevede che all'ente pubblico aggiudicatore … sia consentito assegnare gli appalti solo alle imprese che versino le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo del luogo di esecuzione della prestazione di lavoro»", secondo una previsione che si applica anche "in subappalto" (Rüffert, 5 e 7).

Nell'autunno 2003 il Land, in seguito a pubblica gara, assegnava alla società "un appalto relativo a lavori strutturali di edilizia nella costruzione dell'istituto penitenziario … Nel contratto figurava l'impegno a rispettare i contratti collettivi e, più specificamente, quello di

[125] CGE, Rüffert (procedimento su domanda di pronuncia pregiudiziale C-346/06) fu decisa con sentenza 3 aprile 2008 nella controversia interpretativa Dirk Rüffert (in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG) e Land Niedersachsen – lingua processuale tedesco.

corrispondere ai lavoratori impiegati nel cantiere almeno il salario minimo vigente nel luogo dell'esecuzione in base al contratto collettivo denominato «Settore edilizio»" (Rüffert, 10).

La società "ha affidato lavori in subappalto ad un'impresa stabilita in Polonia" (Rüffert, 11).

Per il giudice remittente "gli obblighi di rispetto del contratto collettivo fanno sì che le imprese edili di altri Stati membri debbano adeguare i salari percepiti dai propri dipendenti alle retribuzioni, solitamente più elevate, corrisposte nel luogo dell'esecuzione dei lavori dell'appalto in Germania. Siffatto obbligo farebbe perdere alle imprese in parola il vantaggio concorrenziale a loro favore costituito dal minor costo del lavoro. Di conseguenza, l'obbligo di rispettare il contratto collettivo rappresenterebbe un ostacolo per le persone fisiche o giuridiche provenienti a altri Stati membri diversi dalla Repubblica federale di Germania" (Rüffert, 14).

Si tratta della direttiva CE 96/71, il che non è escluso per il solo fatto che la normativa interna in questione "non si prefigga di disciplinare il distacco dei lavoratori" (Rüffert, 20).

La direttiva consente agli Stati membri (in mancanza di contratti collettivi o arbitrati generali) "di potersi avvalere dei contratti collettivi o arbitrati generalmente applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione e nella categoria interessata o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale". Ma la legge del Land non è e quindi non può essere considerata come una disposizione legislativa che "stabilisce essa stessa alcuna tariffa minima salariale" (Rüffert, 22 e 24).

Né il contratto collettivo in questione risponde alla nozione prevista dalla direttiva per il caso dei contratti o arbitrati su cui lo Stato membro può far leva poiché gli atti "non contengono alcun elemento che consenta di concludere che il contratto collettivo in parola potrebbe ciò non di meno essere qualificato di applicazione generale" in quanto "«in genere applicabile a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessata»". Né ci si trova "in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi" (Rüffert, 26, 28 e 27).

"Di conseguenza, una siffatta tariffa salariale non può essere considerata quale tariffa minima salariale" né "più favorevole ai sensi ai sensi dell'art. 3, n. 7, della direttiva 96/71" benché ivi si preveda che i paragrafi dell'art. 3 da n. 1 a n. 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori (Rüffert, 31 e 32).

La ragione sta tutta nel punto 33 della motivazione: "Più specificamente, detta disposizione (art. 3, n. 7, n.d.a.) non può essere interpretata nel senso che consenta allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione 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. Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), la direttiva 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione di cui lo

Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei lavoratori distaccati sul suo territorio. Peraltro, una tale interpretazione finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame (sentenza Laval un Partneri, cit., punto 80)" (Rüffert, 33).

È fatta salva la possibilità di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante un impegno rispetto al proprio personale distaccato, anche più favorevole, ma "il livello di protezione che deve essere garantito … è limitato, in linea di principio, a quello previsto ... a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste" (Rüffert, 34).

"Siffatta interpretazione della direttiva 96/71 è confermata da una lettura della stessa alla luce dell'art. 49 CE, in quanto la direttiva in parola è diretta, segnatamente, a realizzare la libera prestazione dei sevizi, che rientra nel novero delle libertà fondamentali garantite dal Trattato" (Rüffert, 36).

I punti essenziali sono quelli in cui si afferma che rispetto alla imposizione *ex lege* di "almeno il salario minimo vigente nel luogo dell'esecuzione in base al contratto collettivo denominato «Settore edilizio»" (10) la clausola sociale di cui al contratto di appalto (poi riferita al subappalto in Polonia) (11) non è conforme a quanto previsto dalla direttiva del 1996, poiché da un lato si tratterebbe di un obbligo che "farebbe perdere alle imprese in parola il vantaggio concorrenziale a loro favore costituito dal minor costo del lavoro" (14), e d'altro lato si sarebbe andati "al di là delle norme imperative di protezione minima" (33); e comunque una diversa interpretazione "finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame (33).

Qui in ultimo – negli appalti pubblici sopra soglia anzi subappalti - per la tariffa minima salariale non si giustificano limitazioni da clausola sociale, se non volontari.

32. LUXEMBOURG

Ancora, nella sequenza dei *leading case* sulla libera prestazione di servizi e il *social dumping* (anche se non promotori di azioni collettive), dopo Laval e Rüffert, segue Luxembourg[126].

La premessa è che la direttiva CE 96/71 all'art. 3 prevede che "Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese … garantiscono ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è

[126] CGE, Luxembourg (causa su ricorso per inadempimento C-319/06) fu decisa con sentenza 19 giugno 2008 nella controversia per inadempimento Commissione delle Comunità europee (ricorrente) contro Granducato di Lussemburgo (convenuto) – lingua processuale francese.

fornita la prestazione di lavoro, sono fissate: da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, …, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato" (Luxembourg, 2).

Trattasi delle materie interessate dalla direttiva CE 96/71, e si precisa al n. 10 dell'art 3 della Direttiva (primo trattino) che gli Stati membri hanno "la possibilità, nel rispetto del Trattato CE, di imporre in modo non discriminatorio alle imprese che distaccano lavoratori sul loro territorio condizioni d lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al n. 1, primo comma, del medesimo articolo, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico".

A seguire, la legge 20 dicembre 2002 del Granducato del Lussemburgo dispone che "Costituiscono disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale (*omissis*) e valgono come tali per tutti i lavoratori che esercitano un'attività nel Granducato di Lussemburgo, inclusi quelli ivi distaccati a titolo temporaneo, a prescindere dalla durata e dalla natura del loro distacco, tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, nonché tutte quelle derivanti da accordi collettivi dichiarati di applicazione generale o da decisioni arbitrali aventi un ambito di applicazione analogo a quello degli accordi collettivi di applicazione generale, riguardanti (*omissis*)": ma qui trattasi di un elenco di materie più ampio rispetto a quello della direttiva CE 76/71, comprendente in particolare "il salario sociale minimo e l'adeguamento automatico della retribuzione al costo della vita" (Luxembourg, 4).

Il ricorso ha quindi riguardato quattro inadempimenti comunitari contestati dalla Commissione europea al Granducato di Lussemburgo, fra i quali il primo è particolarmente significativo poiché si focalizza sull'ampiezza della nozione di ordine pubblico, per comprendere se possa rientrarvi a discrezione dello Stato membro – in tutto o in parte – ciò che "ha come obiettivo la protezione dei lavoratori" (Luxembourg, 36).

Con particolare riferimento all'applicazione del sistema di adeguamento automatico dei salari diversi dai salari minimi all'evoluzione del costo della vita", la contestazione riguarda anche la dimostrazione che le misure in questione siano necessarie e proporzionate rispetto all'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico", essendo tale prescrizione "riconducibile ad una materia non menzionata nell'elenco di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, della direttiva 96/71", che include solo le "tariffe minime salariali" (Luxembourg, 55, 52 e 57).

La linea di ragionamento seguita dalla Corte di Giustizia UE è che gli obblighi derivanti dalla legge 20 dicembre 2002 "possono pregiudicare, in considerazione delle restrizioni che li accompagnano, l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi da parte delle imprese che intendono distaccare lavoratori in Lussemburgo" (Luxembourg, 58).

In sostanza "il salario sociale minimo e l'adeguamento automatico della retribuzione al costo della vita" 4) sarebbero eccessive rispetto alle "disposizioni di ordine pubblico" dell'art. 3.10 della direttiva; e, in prosieguo, né i contratti collettivi né la legge che ad essi

(implementando la direttiva) fa riferimento possono considerarsi "disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale", come invece previsto dalla legge interna, che faceva appello fra l'altro alla Convenzione di Roma (98 e 4).

Difatti, in motivazione si precisa che gli accordi collettivi dichiarati di applicazione generale non costituiscono, *ratione fontis*, "un'eccezione attinente all'ordine pubblico": "non possono rientrare, di per se stesse e senza ulteriori precisazioni, nella nozione di ordine pubblico", tanto più che si tratta, ai sensi della legge 20 dicembre 2002, di "semplici accordi collettivi di lavoro" (Luxembourg, 64, 65 e 67); e da questo esita la fondatezza della prima censura sollevata dalla Commissione (Luxembourg, 69).

Diversamente, per la legge 20 dicembre 2002, essi contenevano disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale anche ai sensi della legge interna di attuazione della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, per farli valere per tutti i lavoratori che esercitano un'attività nel Granducato di Lussemburgo, inclusi quelli distaccati a titolo temporaneo" (Luxembourg, 4).

E in conclusione, sul primo punto, "dichiarando che le disposizioni di cui all'art. 1, n. 1, punti 1, 2, 8 e 11, della legge 20 dicembre 2002, recante norme per la trasposizione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71 CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, nonché per la disciplina del controllo sull'applicazione del diritto del lavoro, costituiscono disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico nazionale … il Granducato di Lussemburgo è venuto meno agli obblighi … (comunitari, n.d.a.) (Luxembourg, 98)"

In sostanza la Corte di Giustizia UE non ammette a miglioramento di quanto richiesto dalla direttiva CE 96/71 né ampliamenti di materie (l'adeguamento automatico della retribuzione al costo della vita) né che le fonti interne (legge e per rinvio i contratti collettivi) producano norme di quell'ordine pubblico che la Convenzione di Roma ammette anche ai distaccati temporanei.

Qui dunque – negli appalti pubblici *tout court* - per l'adeguamento automatico al costo della vita non si giustificano limitazioni da clausola sociale.

33. BUNDESDRUCKEREI

E ancora, nella sequenza dei *leading case* sulla libera prestazione di servizi e il *social dumping* (anche se non promotori di azioni collettive), dopo Laval, Rüffert e Luxembourg, segue Bundesdruckerei[127].

[127] CGE, Bundesdruckerei (procedimento su domanda di pronuncia pregiudiziale C-549/2013) fu decisa con sentenza 18 settembre 2014 nella controversia interpretativa Bundesdruckerei GmbH e Stadt Dortmund – lingua processuale tedesco.

Il caso è quello di un appalto pubblico alla cui gara partecipa una impresa del luogo che non può assicurare il salario minimo legale del Land perché intende avvalersi esclusivamente, tramite un subappaltatore, di dipendenti impiegati presso uno Stato membro diverso (la Polonia, rispetto alla Germania).

La Corte esclude che la clausola sociale possa giustificarsi per evitare il *dumping* sociale e ogni penalizzazione delle imprese concorrenti che corrispondono una congrua retribuzione, anche contro la direttiva CE 96/71, e rispetto a questa trova "sproporzionata" l'applicazione dei minimi salariali ad un appalto che viene eseguito grazie a dipendenti che lavorano esclusivamente in un altro Stato membro (Bundesdruckerei, 33).

Diventerebbe per la Corte, in sostanza, una applicazione di tutele della *lex loci laboris ultra fines*, con la conseguenza che il subappalto all'estero produrrebbe la fuoriuscita del Diritto del lavoro interno a chi di fatto in quel Paese non è distaccato neanche temporaneamente: ciò "va oltre quanto necessario" (34).

Ed "Infatti, tale normativa, imponendo, in una tale situazione, un salario minimo fisso che corrisponde a quello richiesto per assicurare una congrua retribuzione ai lavoratori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento al costo della vita esistente in tale Stato membro, ma che non ha alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni relative all'appalto pubblico di cui trattasi saranno effettuate e non consentirebbe, di conseguenza, ai subappaltatori stabiliti in quest'ultimo Stato membro di trarre un vantaggio concorrenziale dalle differenze esistenti tra le rispettive tariffe salariali, va oltre quanto è necessario per assicurare il raggiungimento dell'obiettivo della protezione dei lavoratori" (Bundesdruckerei, 34).

"In una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, nella quale un offerente intende eseguire un appalto pubblico avvalendosi esclusivamente di lavoratori impiegati da un subappaltatore stabilito in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice, l'articolo 56 TFUE osta all'applicazione di una normativa dello Stato membro a cui appartiene tale amministrazione aggiudicatrice che obblighi detto subappaltatore a versare ai lavoratori in parola un salario minimo fissato da tale normativa" (Bundesdruckerei, conclusione).

Ragionevolmente il costrutto che ruota intorno alla tutela dei lavoratori distaccati in modo temporaneo non avrebbe senso quando non si desse neanche il caso del distacco, con la conseguenza che la libera prestazione di servizi in effetti risulterebbe pregiudicata dalla imposizione del salario minimo di uno Stato a rapporti di lavoro che si svolgono completamente e fisicamente in un altro Stato.

34. REGIOPOST

Infine, a chiudere la sequenza dei *leading case* sulla libera prestazione di servizi e il *social dumping* (anche se non promotori di azioni collettive), dopo Laval e Rüffert e Luxembourg e Bundesdruckerei, è d'uso ricordare RegioPost[128].

Ancora sulla direttiva CE 96/71, e ancora sulla disciplina europea sugli appalti pubblici, qui cd. sopra soglia, la questione prende spunto dalla legislazione federale e da quella statale del Land Renania-Palatinato.

A livello federale, l'esecuzione dell'appalto può essere "assoggettata ad obblighi supplementari per l'aggiudicatario, attinenti, in particolare, ad aspetti sociali, ambientali o d'innovazione" (RegioPost, 9).

A livello statale, "La presente legge combatte le distorsioni della concorrenza che si verificano nell'aggiudicazione degli appalti pubblici per effetto dell'impiego di manodopera a buon mercato e attenua gli oneri che ne risultano per il sistema di protezione sociale. A tal fine essa dispone che le amministrazioni aggiudicatrici (…) possono designare come aggiudicatarie degli appalti pubblici, a norma della presente legge, solo imprese che versino ai propri dipendenti il salario minimo fissato nella presente legge e che rispettino i contratti collettivi" (RegioPost, 12).

Premesso che l'appalto in questione "presenta un interesse transfrontaliero certo" perché supera la soglia che rende applicabile il diritto europeo sugli appalti pubblici (a prescindere dal fatto che la domanda provenga da un candidato del medesimo Stato membro) e che si tratta di una "«condizione particolare in merito all'esecuzione dell'appalto» basata su «considerazioni sociali» ai sensi dell'articolo 26 di tale direttiva (2014/18), poiché vi si prevede che "possono essere imposte condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto «purché siano compatibili con il diritto comunitario»", "la normativa controversa nel procedimento principale può essere valutata alla luce del diritto primario dell'Unione" (RegioPost, 51, 53, 58 e 59).

Prima di porre la differenza con Rüffert (RegioPost, 74), poiché invece trattasi di una legge di applicazione generale (a tutti e non settoriale) e nell'ambito di un appalto pubblico (perciò sotto la disciplina della direttiva 2014/18 che ne norma il coordinamento fra Stati membri), la conclusione in RegioPost è nel senso che l'art. 26 è compatibile con l'art. 56 TFUE, per le motivazioni racchiuse in una serie stringente di passaggi e a prescindere dal fatto che nella controversia principale sia ipotetica e anticipata l'esclusione dalla partecipazione al bando da parte di imprese che possono, o avrebbero potuto, trovare nell'applicazione del salario minimo legale un ostacolo rispetto all'esercizio della libera prestazione di servizi.

[128] CGE, RegioPost (procedimento su domanda di pronuncia pregiudiziale C-115/2014) fu decisa con sentenza 17 novembre 2015 nella controversia interpretativa RegioPost GmbH & Co. KG e Stadt Landau in der Pfalz, Germania – lingua processuale tedesco.

"La limitazione … agli appalti pubblici è la mera conseguenza del fatto che esistono norme del diritto dell'Unione che sono specifiche per tale settore, nella fattispecie le norme previste dalla direttiva 2004/18" (RegioPost, 65).

"Da ciò consegue che l'articolo 26 della direttiva 2004/18, in combinato disposto con la direttiva 96/71, consente allo Stato membro ospitante di prevedere, nell'ambito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, una norma vincolante ai fini della protezione minima di cui all'articolo 3, paragrafo 1, primo comma lettera c), di tale direttiva, come quella controversa nel procedimento principale, che impone il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri di una tariffa minima salariale a vantaggio dei loro lavoratori distaccati nel territorio dello Stato membro ospitante per l'esecuzione di tale appalto pubblico. Una norma siffatta, rientra infatti nel livello di protezione che deve essere garantito a tali lavoratori" (con riferimento a Laval) (RegioPost, 66).

"Siffatta interpretazione dell'articolo 26 … è inoltre confermata da una lettura di tale disposizione alla luce dell'articolo 56 TFUE, in quanto la direttiva in parola mira, segnatamente, a realizzare la libera prestazione dei servizi, la quale rientra nel novero delle libertà fondamentali garantite dal Trattato" (con rif. a Rüffert) (RegioPost, 67).

E poi, "… le disposizioni di coordinamento contenute nella stessa direttiva riguardo agli appalti pubblici che superano un determinato importo devono essere interpretate conformemente alle norme e ai principi del Trattato, tra cui quelli relativi alla libera prestazione dei servizi" (RegioPost, 68).

"A tal proposito … l'imposizione … di un salario minimo … costituisce un onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Pertanto, un provvedimento come quello in discussione … è idoneo a costituire una restrizione ai sensi dell'articolo 56 TFUE" (riferimento a Bundesdruckerei) (RegioPost, 69).

Ma, e questa è la conclusione, "Una misura nazionale del genere può, in linea di principio, essere giustificata dall'obiettivo della tutela dei lavoratori" (RegioPost, 70).

Qui allora – negli appalti pubblici sopra soglia - per la tariffa minima salariale si giustificano limitazioni da clausola sociale.

35. SOGLIE, COORDINAMENTO E PROTEZIONI

Una "concorrenza aperta ed effettiva" come "obiettivo delle norme in materia di appalti pubblici" è dichiarata in un documento della Commissione UE nell'ambito degli obiettivi 2020[129], cui è collegata l'adozione della terna di Direttive del 2014 (nn. 23-24-25), fra cui la

[129] Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM/2011/15 (definitivo – 27/01/2011), IT, p. 32; e in proposito

principale UE 2014/24 ("del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE"), che impone un coordinamento delle procedure nazionali di affido degli appalti pubblici che superano la c.d. soglia europea.

Sono gli appalti, in fin dei conti, a racchiudere il cuore della questione transfrontaliera applicata alle libertà economiche *vs*. il sociale, e il mercato suggerisce che gli appalti pubblici, specie c.d. sopra-soglia, siano una frontiera ricca tanto quanto quella degli appalti privati, sui quali l'UE può dire qualcosa di più.

In UE la regolazione degli appalti pubblici (a parte i settori speciali e le concessioni) si basa (salve le successive modifiche delle soglie) sulla direttiva UE 2014/24 (che abrogava la direttiva CE 2004/18), sugli appalti di forniture, servizi e lavori e dei concorsi di progettazione c.d. pubblici.

Si tratta delle misure adeguate previste per la fase di aggiudicazione dall'art. 18; e delle condizioni particolari previste per la fase di esecuzione dall'art. 70; disposizioni che costituiscono (seppur limitatamente agli appalti pubblici sopra-soglia) la versione aggiornata del tema (risalente) dell'equo trattamento dei lavoratori negli appalti[130].

È chiaro che sorge subito la questione dei rapporti con la direttiva 96/71, che però sono definiti *ex ante* nel diritto UE, visto che "il considerando n. 98 della dir. 2014/24/UE si premura di precisare che «le condizioni di lavoro fondamentali disciplinate dalla direttiva 96/71/CE devono rimanere al livello stabilito dalla legislazione nazionale o da contratti collettivi applicati in conformità del diritto dell'Unione nel contesto di tale direttiva»"; considerando che sembra auto-limitare la sua stessa portata alle materie dell'art. 3 della direttiva 96/71[131].

Le parole dell'art. 18 sono troppo preziose per poterle tralasciare, trattando d'insieme i "Principi per l'aggiudicazione degli appalti.

Sul lato 'economico', è interessante il disposto del primo paragrafo, per il quale "Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata. La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici".

M. Forlivesi, Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 275/2015, 2.

[130] I. Santoro, 'A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici * WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 467/2023, spec. 2-3.

[131] I. Santoro, 'A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici * WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 467/2023, *passim*, spec. 3; v. anche M. Corti, Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta, in Gior. Dir. Lav. Rel. Ind., 2016, 505-523.

E poi, sul lato 'sociale', fa da contraltare il disposto del secondo paragrafo, secondo cui "Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X".

Quest'ultimo rinvio è molto significativo, perché denota un coordinamento specifico fra il sistema UE e il Diritto internazionale del lavoro frutto delle attività dell'ILO: esso infatti va a quattro Convenzioni internazionali settoriali e soprattutto ai *core labour standards* dell'ILO, con specifico riferimento alle Convenzioni nn. 87 sulla libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione e 98 sul diritto di organizzazione e di negoziato collettivo[132].

Infine, ma non ultima, vale poi la disposizione dell'art. 70, che completa una apertura - ispirata al *favor* lavoristico - la materia delle "Condizioni di esecuzione dell'appalto", tra le quali sono ammesse "condizioni particolari" che possono essere esatte dalle amministrazioni in fase di aggiudicazione; e - quel che più conta - è espressamente previsto che tali condizioni possano comprendere "considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione"[133].

Ciò significa che considerazioni economiche di ordine innovativo, ambientale, sociale e occupazionale autorizzano le aggiudicatrici a inserire nei contratti di appalto pubblici sopra-soglia "condizioni" che saranno anche "particolari", ma appunto sono da intendersi come volte a contemperare nel concreto l'equilibrio sostanzialmente *anti social dumping* che fuoriesce da tutto l'insieme della normativa UE (disposizioni e interpretazioni incluse).

36. GARE, OPERATORI E PARITÀ

In Italia, in tema di appalti - pubblici, anche sotto-soglia, e privati, tutti - è da considerarsi innanzitutto la disciplina generale; e ciò al netto del fatto che nel 1960, con disposizione oggi non più vigente, il principio della parità di trattamento fra dipendenti del committente e dell'appaltatore (con il *distinguo* dei cd. appalti interni) era già stato previsto (dalla legge 1369), prima degli sviluppi relativi alla libera prestazione di servizi nell'allora CEE, e

[132] Sono anche richiamate le Convenzioni nn. 29 sul lavoro forzato, 105 sull'abolizione del lavoro forzato, 138 sull'età minima, 111 sulla discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione, 100 sulla parità di retribuzione, 182 sulle peggiori forme di lavoro infantile.

[133] - Il testo completo recita "Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione".

soprattutto della successiva produzione di diritto UE vincolante derivato, e da ultimo della direttiva 2014/24[134].

La disciplina generale dipende dall'attuale testo dell'art. 29 d. lgs. 276/2003, di cui vale la pena riprendere per esteso il comma 1-*bis*[135], secondo cui "Al personale impiegato nell'appalto di opere o servizi e nel subappalto spetta un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto"[136].

Inoltre, per aggiornamento, va considerato che il D.L. 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 99, ha disposto (con l'art. 9, comma 1) che "Le disposizioni di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, trovano applicazione anche in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo. Le medesime disposizioni non trovano applicazione in relazione ai

---

[134] A. Bellavista, Appalti e tutela dei lavoratori WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 454/2022, spec. 7-11.

[135] Per il comma 1, si annota che il testo vigente prevede che "1. Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".

[136] Seguono – come è noto - i commi 2, 3, 3-*bis* e 3-*ter*, coi testi seguenti: "2. In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali. Il presente comma si applica anche nelle ipotesi dell'utilizzatore che ricorra alla somministrazione di prestatori di lavoro nei casi di cui all'articolo 18, comma 2, nonché ai casi di appalto e di distacco di cui all'articolo 18, comma 5-bis". "3. L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda". "3-*bis*. Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2". "3-ter. Fermo restando quando previsto dagli articoli 18 e 19, le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale".

contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Le disposizioni dei contratti collettivi di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, hanno effetto esclusivamente in relazione ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto con esclusione di qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali e assicurativi".

Ciò vale in generale per gli appalti, mentre, similmente alla disciplina UE, una normativa speciale ha sempre riguardato anche in Italia i soli appalti pubblici, fin dal 1970, quando, con disposizione ancora oggi vigente, l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori ("Obblighi di titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche"), prevedeva al primo (dei cinque commi) che "Nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dello Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona".

Per la dottrina l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori resta un modello, nel senso che nonostante l'avvicendarsi di disposizioni che si sono espresse in modalità differenti (in relazione ai destinatari, al contenuto e alla tecnica normativa), rimane ferma l'idea che negli appalti pubblici (e a maggior ragione sopra-soglia), sia in appalto sia in sub appalto, l'aggiudicazione dà diritto ai lavoratori di godere di condizioni non inferiori a quelle dei contratti collettivi di categoria e zona, resi indirettamente *erga omnes*[137].

Si aggiunge ora, come è naturale, la disciplina di implementazione della direttiva 2014/24 sugli appalti pubblici sopra-soglia, di cui al c.d. Codice degli appalti (D. lgs. n. 36/2023): specialmente collocata nel libro I per l'art. 11 e nel libro II (dedicato all'appalto), qui con gli artt. 57 e 102.

In particolare il Codice risponde a queste indicazioni: D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 recante "*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della* legge 21 giugno 2022, n. 78*, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*", aggiornato con le modifiche introdotte, da ultimo, dal D. L. 2 marzo 2024, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 aprile 2024, n. 56 (sostituisce il d. lgs. 50/2016)[138].

[137] I. Santoro, 'A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 467/2023, 5-6; con riferimento, fra gli altri, a I. Alvino, Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori, in U. Carabelli - M.T. Carinci (a cura di), Il lavoro pubblico in Italia, Cacucci, 2010, 277-285 (spec. 282).

[138] In base alla disciplina precedente, F. Pantano, Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti, Pacini Giuridica, 2020.

Erede diretto dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori, e nuova disposizione di carattere di 'principio' nella complessa disciplina sugli appalti, l'art. 11 determina lo stato attuale della legislazione in materia di c.d. 'equo trattamento', facendo leva nel nostro ordinamento (e non può essere diversamente) sulla contrattazione collettiva e in particolare (in discontinuità con la giurisprudenza amministrativa che si era correttamente formata su di una versione precedente) impone al comma 2 che "Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1", cioè impone l'indicazione (e quindi l'applicazione) del contratto collettivo[139].

L'art. 11 merita una considerazione particolare. Intanto al comma 1 - "Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti" - prevede in esordio che è applicato il contratto collettivo (nazionale e territoriale, *sic*) del settore e della zona dove si svolgono le prestazioni di lavoro, stipulato sia lato lavoratori sia lato datori dalle associazioni "comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" e inoltre "quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente"[140].

Seguono previsioni che servono a garantire la trasparenza di come si arrivi al risultato applicativo di un certo trattamento da contratti collettivi (comma 2)[141], ma anche a permettere l'applicazione di un contratto collettivo diverso, purché siano assicurate "le stesse tutele" (comma 3) e in tal caso sia acquisita una dichiarazione espressa sulla "equivalenza delle tutele" (comma 4)[142].

---

[139] I. Santoro, 'A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 467/2023, 9.

[140] Il testo completo del comma 1 recita che "Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente".

[141] Segue che: "2. Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1".

[142] I testi dei commi 3 e 4 sono i seguenti: "3. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente". "4. Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110".

Il concetto delle "stesse tutele", in realtà equivalenti, è una ipotesi che si presta ad essere utilizzata sia da un operatore nazionale che opti per una fonte contrattuale diversa da quella prevista di *default*, sia - come qui rileva specificamente – da un operatore estero che eserciti la libera prestazione di servizi varcando i confini con dipendenti distaccati che non lo siano così 'abitualmente' da spostare sul Diritto del lavoro italiano la *lex loci laboris*.

E così il caso va a intersecarsi con le vicende sopra descritte relative alle clausole sociali, in un modello di relazioni industriali – come quello italiano – sostanzialmente anomico (almeno *ex lege*) e privo di meccanismi rigidi di tregua sindacale; l'ipotesi non è peregrina, se si considera che al comma 5 la disposizione prevede l'estensione delle "medesime tutele" in caso di subappalto[143], e che non specifica alcunché – come è naturale – per il caso di operatori transfrontalieri.

In effetti, a livello di disciplina generale per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture, la regolazione è poi dettagliata con differenze che dipendono dal superamento delle soglie di rilevanza europea e in ogni caso quando la stazione appaltante accerti l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo (art. 48).

Questa linea, anche dettata dal principio di contenimento della spesa, porta in modo naturale, a parità di condizioni, all'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso, all'interno di una selva di disposizioni di natura tecnica nella quale non è possibile addentrarsi in questa sede; e in realtà, tra affidamenti diretti, procedure negoziate senza bando e con bando, al Diritto del lavoro, nell'ottica di considerare le azioni collettive che ne possono derivare, interessa essenzialmente la questione salariale e più in generale delle condizioni di lavoro.

Intanto il criterio del prezzo più basso (senza superamento delle soglie di rilevanza europea e senza interesse transfrontaliero certo accertato dalla stazione appaltante) comporta l'esclusione automatica negli atti di gara delle offerte che risultano anomale, fatto salvo che la stazione appaltante può valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (art. 54, comma 1); e le disposizioni relative ai settori ordinari non si applicano agli appalti pubblici (fra l'altro) concernenti i contratti di lavoro (art. 56, comma 1).

E poi occorre considerare specificamente gli artt. 57 e 102, che racchiudono la disciplina applicativa del principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore già indicato dall'art. 11.

In primo luogo rileva l'art. 57, per il quale i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti (tranne che per i lavori e servizi aventi natura intellettuale) "devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa perle

[143] Per il comma 5 "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto".

persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare" (art. 57, comma 1).

Il tema tocca direttamente la competitività delle imprese in ragione della spesa per il personale preventivabile, potendo però anche innescare un processo di stimolo a investimenti tecnologici utili a ridurla, anche se solo apparentemente, in ragione della perdita di posizioni lavorative sostituibili; ma in realtà l'effetto potrebbe essere quello di migliorare le potenzialità competitive, in un circolo dove possono rientrare virtuosamente nuove professionalità, e ciò perché - fissando un limite minimo alla spesa – potrebbe non valere la pena puntare al ribasso dei salari quanto piuttosto seguire la strada che porta alla elevazione degli *standard* di professionalità, ben oltre la mera esclusione dal mercato delle imprese che operano nel breve periodo secondo criteri di *social dumping*[144].

Per inciso, qui ha rilievo richiamare anche la previsione dell'art. 64, comma 1, per cui le stazioni appaltanti possono rivolgersi a centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro dell'Unione europea che svolgono la propria attività in conformità alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui sono ubicate, e ciò per il principio della libera circolazione, applicata agli appalti, e quindi del mutuo riconoscimento fra le discipline dei diversi Stati membri.

Ora, la giurisprudenza amministrativa tende a interpretare la disposizione dell'art. 57 alla luce dell'art. 41 della Costituzione, desumendo il principio di autodeterminazione dell'imprenditore riguardo al contratto collettivo applicabile e pertanto mette in dubbio l'esclusione dalla gara delle imprese che non soddisfano il requisito dell'art. 57 in termini di scelta del contratto collettivo; criticità sulla quale è previsto l'intervento di un prossimo correttivo legislativo al Codice degli appalti.

In secondo luogo, rileva l'art. 102, con una previsione iniziale attenuata dal finale[145].

Si prevede *in primis* che "Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni: a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo

[144] P. Tullini, Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro, in RIDL, 2018, I, 199-232.

[145] I. Santoro, 'A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 467/2023, 10-12 sugli artt. 57 e 102 del Codice degli appalti.

conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare; c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate" (art. 102, comma 1).

Ma poi si aggiunge che "Per i fini di cui al comma 1 l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni. La stazione appaltante verifica l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario" (art. 102, comma 2).

E da ultimo, in stretta coerenza con il modello di relazioni industriali italiano, l'art. 119, comma 7, racchiude la disposizione che - salvaguardando la compatibilità con la mancata attuazione dell'art. 39 Cost. - rinsalda la posizione del lavoratore come diritto soggettivo perfetto, in base a quanto previsto in fase di aggiudicazione e di esecuzione, in continuità, si direbbe, con l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori; mentre l'applicazione per i subappalti – linearmente – è confermata dall'art. 119, comma 12[146].

37. CONCLUSIONI

Nelle pieghe della disciplina sugli appalti, di matrice europea e poi nazionale, specialmente là dove si tratti di appalti pubblici, si rinviene traccia scritta di un equilibrio, magari non definitivo, ma promosso e progressivo, come è tipico dei diritti sociali fondamentali.

Viene utile a favorire un dinamismo virtuoso, e non astratto, grazie al quale l'imposizione di trattamenti minimi (*standard*, equi, sociali - come dir si voglia) a persone impegnate sì negli appalti ma prive, per Diritto internazionale privato, delle tutele del posto, possa introdurre con efficacia anche una regola di 'concorrenza' sociale non scritta ma rilevante.

È la regola che esclude *ex ante* – o quanto meno riduce - i vantaggi del *dumping* sociale, e che si fa portatrice di un risultato centralissimo nella logica integrata delle ragioni del lavoro e di quelle dell'impresa: prevenire un disagio - che si fa interesse collettivo – legato a esperienze concrete di iniquità percepita, con una saggia tecnica normativa volta a indirizzare i mercati verso competitività giocate su altro. Se si vuole anche sul risparmio dei costi – e non è ideale - ma non semplicemente dei costi del lavoro.

[146] I. Santoro, 'A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 467/2023, 12-15.