

CAPITOLO IV

CONTRATTO E CONFLITTO COLLETTIVO. MODELLI DELL'EUROPA CONTINENTALE A CONFRONTO

SEZIONE I

IL SISTEMA FRANCESE

SOMMARIO: 1. Il modello sindacale francese. – 2. Costituzione francese e libertà sindacale. – 3. Le fonti legislative in tema di contratto collettivo e rappresentatività sindacale. – 4. La struttura della contrattazione collettiva: dal sistema centralizzato al decentramento. – 5. Il regime del contratto collettivo. – 6. La procedura di estensione dell'ambito soggettivo di efficacia del contratto collettivo e il suo *élargissement*. – 7. Contrattazione collettiva e salario minimo legale. – 8. Il diritto di sciopero in Francia e la sua regolazione. – 8.1. Lo sciopero nei servizi pubblici. – 9. La serrata.

1. Il modello sindacale francese.

L'ordinamento inglese, per le sue caratteristiche, si presenta distante dai sistemi dell'Europa continentale (pur avendo assonanze, quanto all'assenza di interventi legislativi organici in materia di contrattazione collettiva, con il sistema italiano).

Tra i modelli classici dell'Europa continentale rileva, indubbiamente, quello francese che non si può certamente considerare ispirato, come quello del Regno Unito, al principio del *collective laissez-faire*.

Anzi, la Francia è un sistema fortemente giuridificato e tradizionalmente centralistico, anche se, come nel sistema politico, pure nel sistema sindacale assistiamo ad una certa tendenza al decentramento. In ge-

nerale si può osservare che restano sicuramente grandi differenze strutturali che affondano le loro radici in una tradizione difficile da cancellare, ma gli ultimi due decenni segnano un avvicinamento tra i differenti modelli del nord Europa e dei Paesi latini, specie con riguardo al concreto atteggiarsi della contrattazione collettiva nei suoi rapporti con la legge e tra i suoi diversi livelli¹.

Le ragioni di questa differenziazione rispetto, ad esempio, al modello inglese, sono di ordine storico, culturale e politico-sindacale. La Francia, tra tutti i Paesi della “vecchia” Europa, ha il più basso tasso di sindacalizzazione² (meno del 10% dei lavoratori subordinati è sindacalizzato e, se si considerano i soli lavoratori del settore privato, la percentuale è dell’8%³).

A fronte di questa storica debolezza del sindacalismo francese, lo Stato ha naturalmente acquisito uno spazio sempre più ampio⁴. Lo sviluppo di una tradizione “contrattuale” presuppone sindacati forti e un’attitudine dei sindacati dei datori di lavoro al compromesso; come, ad esempio, è sempre stato in Inghilterra.

¹ Cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2014, 1322 ss.

² V. *supra*, cap. I., par. 3.

³ Un tasso due volte più basso di 25 anni fa, e tre volte più basso del 1950, sottolineano G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 24. Giudicano allarmanti i dati della sindacalizzazione in Francia E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, Dalloz, 2014, 476. I dati attuali confermano quanto risultava dal rapporto Hadas-Lebel del 2006: cfr. R. HADAS-LEBEL (a cura di), *Pour un dialogue social efficace et légitime: Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, in <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>.

⁴ Non appartiene alla tradizione francese la “sovraposizione” fra potere politico e potere sindacale. Non si è fatto abitualmente ricorso né al coinvolgimento delle parti sociali nelle scelte fondamentali di politica economica e sociale, né al coinvolgimento dei pubblici poteri nella determinazione degli assetti contrattuali e delle relazioni industriali. In tempi recenti, tuttavia, vi è una certa inversione di tendenza e i poteri pubblici tendono ad acquisire, tramite il confronto con i sindacati, un consenso preventivo alle riforme introdotte (cfr. B. TEYSSIÉ, *À propos de la rénovation de la démocratie sociale*, in *DS*, 2009, 627 ss.). Ad es., la l. 20 agosto 2008, n. 2008-789 che, come si vedrà, ha modificato i criteri di rappresentatività sindacale, è stata una legge “negoziata”: cfr. A. LYON-CAEN, *Le recenti evoluzioni del diritto francese delle relazioni industriali*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Vol. III, *Le relazioni industriali*, Giappichelli, 2014, 279 ss.

In Francia vi è, inoltre, una situazione di pluralismo sindacale su base ideologica⁵ – come in Italia – e a differenza dell'Inghilterra e della Germania. Con riferimento ai datori di lavoro, a livello nazionale e interconfederale (*interprofessionnel*) vi è il MEDEF (*Mouvement des entreprises de France*), cui si affiancano la CGPME (*Confédération générale des petites et moyennes entreprises*) e l'UPA (*Union professionnelle artisanale*)⁶; con riferimento ai lavoratori, vi sono la CGT (*Confédération Générale du Travail*), la CFDT (*Confédération Française Démocratique du Travail*), la CFTC (*Confédération Française des Travailleurs Chrétiens*), la CGT-FO (*Force Ouvrière*) e la CFE-CGC (*Confédération Française de l'Encadrement*), che è un sindacato di mestiere⁷. La tendenza alla divisione sul fronte sindacale dei lavoratori è proseguita negli ultimi decenni se è vero che, accanto alle confederazioni sindacali storiche, sono nate due nuove organizzazioni sindacali importanti: UNSA (*Union nationale des syndicats autonomes*) e SUD (*Union syndicale solidaires*).

2. Costituzione francese e libertà sindacale.

Le fonti del diritto sindacale francese, con particolare riferimento al contratto collettivo e allo sciopero, vanno rintracciate nel preambolo della Costituzione del 1946, a cui rinvia il preambolo della vigente Costituzione del 1958.

Nel citato preambolo della Costituzione del 1946 si afferma, in particolare, che “ognuno ha il dovere di lavorare e il diritto di ottenere

⁵ Per una ricostruzione delle ragioni storiche di tale configurazione, cfr. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 473 ss. Cfr. anche G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1055.

⁶ Il fronte padronale si può dire unito, anche se questa unità è temperata dall'esistenza di organizzazioni sindacali di categoria, non aderenti a quelle citate. Le principali sono l'UNA (*Union professionnelle artisanale*), la FNSEA (*Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles*) e l'UNAPL (*Union national des professions libérales*): cfr. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 477.

⁷ Di antica tradizione: il sindacalismo dei quadri, segnato dalla creazione della *Confédération Générale des Cadres* nel 1944, è nato dal rifiuto della CGT di accogliere nel suo seno lavoratori detentori di una delega di potere del padronato. La categoria dei quadri è ora definita dall'art. L. 3111-2, *Code du travail*.

un'occupazione. Nessuno può essere danneggiato, nel suo lavoro o nel suo impiego, a causa delle sue origini, opinioni o credenze.

Ogni uomo può difendere i suoi diritti e i suoi interessi mediante l'azione sindacale e aderire al sindacato di sua scelta.

Il diritto di sciopero si esercita nel quadro delle leggi che lo regolano.

Ogni lavoratore partecipa, per mezzo dei suoi delegati, alla determinazione collettiva delle condizioni di lavoro, nonché alla gestione delle imprese [...].

La prima disposizione rilevante, ai nostri fini, è quella per cui “ogni uomo può difendere i suoi diritti e i suoi interessi mediante l'azione sindacale e aderire al sindacato di sua scelta”, in quanto essa sancisce il principio di *libertà sindacale* nella sua doppia forma: vale a dire come diritto individuale di aderire (o non aderire) ad un sindacato e come libertà collettiva di azione sindacale.

La “libertà sindacale”, oltre che essere prevista in diverse convenzioni internazionali ratificate dalla Francia (le Convenzioni nn. 87/1948 e 98/1949 dell'OIL) o atti dell'Unione europea (v. in particolare la Carta di Nizza), trova poi ulteriori specificazioni a livello codicistico. Nel *Code du travail* è precisato innanzitutto che i sindacati “peuvent se constituer librement” (art. L. 2131-2). Si tratta di una previsione interpretata in modo ampio, ritenendosi che consacri la libertà sindacale di tutte le “persone”, ai fini della difesa dei loro interessi professionali. Non solo dei lavoratori, dunque, ma anche dei datori di lavoro.

Ma, nell'impianto del *Code du travail*, vi è un nucleo di disposizioni che riguardano più precisamente la libertà sindacale dei lavoratori. Possiamo ricordare l'art. L. 2141-5, che impedisce al datore di lavoro di differenziare il trattamento dei dipendenti a seconda della loro affiliazione sindacale, e l'art. L. 2141-7 che impedisce allo stesso di effettuare pressioni sui lavoratori per favorire o per contrastare una associazione sindacale. Non meno rilevante, poi, è la previsione dell'art. L. 2261-22 che, in materia di estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi⁸, pone la regola che, per poter essere estesi, i contratti collettivi di catego-

⁸ V. *infra*, in questo stesso cap., par. 6.

ria (*de branche*) devono contenere disposizioni relative al libero esercizio dei diritti sindacali e della libertà d'opinione dei lavoratori.

Accanto alla consacrazione della libertà sindacale, vi è poi, nel preambolo della Costituzione francese del 1946, anche la consacrazione del diritto di sciopero. È previsto infatti che “il diritto di sciopero si esercita nel quadro delle leggi che lo regolano”. Si tratta di una formulazione su cui è stata ricalcata quella contenuta nell'art. 40 della Costituzione italiana con la quale, peraltro, condivide il medesimo destino. Come si dirà meglio *infra*, al pari del legislatore italiano, anche il legislatore francese non ha mai attuato la disposizione costituzionale, non regolando il diritto di sciopero, se non nel settore particolare dei servizi pubblici. Di conseguenza, i limiti dello sciopero sono stati scritti dalla giurisprudenza: la disciplina dello sciopero è il risultato di un *droit pré-torien*.

Per completezza, deve essere ricordata, infine, anche per la sua assonanza con la Costituzione italiana, la disposizione per cui “ogni lavoratore partecipa, per mezzo dei suoi delegati, alla determinazione collettiva delle condizioni di lavoro, nonché alla gestione delle imprese [...]. Una partecipazione alla gestione delle imprese che è stata fin qui sacrificata alla partecipazione ai risultati dell'impresa, sebbene la partecipazione alla gestione in senso forte – intesa come partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori negli organi delle società di capitali – sia oggi prevista nella Società europea⁹ e dunque suscettibile di essere realizzata nelle società europee con sede francese.

Riassumendo, il preambolo della Costituzione francese riconosce la libertà sindacale, nella quale si ritengono compresi la libertà di contrattazione collettiva e il diritto di sciopero. Nel testo costituzionale non compaiono, invece, né norme sulla rappresentanza e sulla rappresentatività sindacale né norme sulle condizioni per l'attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi. Ciò ha fatto sì che la materia della democrazia sindacale e della contrattazione collettiva potesse essere liberamente (e dettagliatamente) regolata dal legislatore francese, a differenza di quanto ha potuto fare il legislatore italiano¹⁰.

⁹ V. *supra*, cap. I, par. 10.3.

¹⁰ Analoga è l'impostazione del sistema tedesco ove, forte del riconoscimento della

3. Le fonti legislative in tema di contratto collettivo e rappresentatività sindacale.

Nonostante nella Costituzione non compaia una regolazione del contratto collettivo e della rappresentatività sindacale, vi è una cospicua legislazione ordinaria, che si occupa degli aspetti precedentemente indicati. Risale addirittura al 1919 la prima regolamentazione legislativa del contratto collettivo (l. 23 marzo 1919). Essa ne ha riconosciuto l'effetto normativo sui contratti individuali, stabilendo che le clausole individuali difformi (in senso peggiorativo) siano sostituite di diritto dalle disposizioni dei contratti collettivi¹¹.

Successivamente, è stata emanata la l. 24 giugno 1936, che ha sancito la possibilità di riconoscere l'efficacia normativa *erga omnes* ai contratti collettivi stipulati dai sindacati rappresentativi, mediante un decreto ministeriale.

La *ratio* sottesa a tale previsione era quella, da un lato, di garantire l'eguaglianza dei lavoratori, dall'altro, di evitare possibili distorsioni della concorrenza. Il legislatore non voleva limitare la libertà contrattuale dei soggetti collettivi. Simile libertà venne tuttavia meno con la successiva l. 23 dicembre 1946, n. 46-2964 con la quale (in armonia con il forte dirigismo dell'epoca), non solo era richiesta l'autorizzazione dell'autorità pubblica per la conclusione di contratti collettivi, ma alle parti sociali non era nemmeno riservata la libertà di determinare liberamente i contenuti dei contratti stessi (era la legge a determinarli), così come neppure il campo di applicazione¹².

libertà sindacale nella Costituzione, è la legge ordinaria a disciplinare la contrattazione collettiva ed il contratto collettivo (ivi compresa l'attribuzione di efficacia generale), sia pure in modo meno dettagliato rispetto all'ordinamento francese (non c'è ad es., e *pour cause*, una disciplina della rappresentatività sindacale): v. *infra*, in questo stesso cap., par. 10 e ss.

¹¹ Lo ricorda, tra gli altri, A. SUPIOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto*, in *DLRI*, 2005, 155 ss., che descrive gli sviluppi della disciplina del contratto collettivo e della contrattazione collettiva in Francia, dal sistema classico, centralizzato e gerarchizzato, al sistema parzialmente degerarchizzato sviluppatosi dagli anni '80 in poi.

¹² Anche in questo caso con una perfetta assonanza con la regolazione legislativa del contratto collettivo attuata in Italia nel periodo corporativo, nel quale era negata la

La parentesi autoritaria aperta con la l. 23 dicembre 1946, n. 46-2964 è stata chiusa con la l. 11 febbraio 1950, n. 50-205. Quest'ultima, sebbene abbia sancito il ritorno alla libertà contrattuale, ha conservato la procedura di estensione prevista dalla legge del 1936, delineando due tipi di contratto collettivo: la *convention collective ordinaire* e la *convention collective susceptible d'extension* (che acquisisce un'efficacia para-normativa per tutte le imprese di un determinato settore) ¹³.

Dal punto di vista terminologico, si distingue tra la “*convention collective*”, che è un contratto collettivo che riguarda l'insieme delle condizioni di lavoro, e l’“*accord collectif*”, che è un contratto collettivo inerente solo una o più materie determinate.

Tutto il materiale normativo che regola, non solo i rapporti collettivi, ma anche il contratto individuale di lavoro, è stato raccolto nel 1973 in un Codice del lavoro (*Code du travail*), che può essere visto come una sorta di Testo unico contenente i principi elaborati fino a quel momento (esempio di *codification à droit constant* ¹⁴), ora modificato, da ultimo, dalla l. 21 gennaio 2008, n. 2008-67 e dalla l. 14 giugno 2013, n. 2013-504.

La legiferazione – comunque sempre pervasiva e i cui prodotti sono raccolti nel *Code du travail* – in materia di rapporti di lavoro e di “rela-

libertà di determinazione della categoria di riferimento del contratto collettivo (v. l. 3 aprile 1926, n. 563).

¹³ Vi è stata, successivamente, una serie di altri provvedimenti legislativi in materia. Innanzitutto, la l. 13 luglio 1971 che ha previsto un diritto dei lavoratori ad avere una contrattazione collettiva (art. L. 2221-1). Tale diritto è stato reso, poi, effettivo dalla l. 13 novembre 1982 che ha introdotto un obbligo a trattare in capo al datore di lavoro: cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1325 ss.; J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 2008, 1305 ss.

¹⁴ La *codification à droit constant* mira a raggruppare e classificare in codici tematici leggi in vigore senza modifiche di sostanza, ma solo di forma. Lo scopo primario è quello della semplificazione dei testi normativi. Come precisato dal *Conseil Constitutionnel*, 16 novembre 1999, n. 421, “*les dispositions codifiées étant celles en viguer au moment de la publication des ordonnances*”, salve le modifiche che si rendessero necessarie per rispettare la gerarchia delle norme, la loro coerenza e l'esigenza di armonizzazione del diritto. Per un approfondimento dei limiti incontrati dal legislatore, v. N. MOLFESSIS, *L'avènement du droit de la codification à droit constant*, in *RTDciv*, 2002, 592 ss. Cfr. anche F. MELLERAY, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n. 19, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

tions collectives" in Francia ha seguito le diverse stagioni economico-sociali e naturalmente anche politiche.

Negli anni '80, l'insediamento del primo governo di sinistra, portatore di una ambizione di "cambiamento della società", ha condotto ad adottare diversi provvedimenti legislativi ispirati dal Rapporto Auroux (dal nome del Ministro del lavoro) che, per quanto riguarda la nostra materia, hanno segnato un rafforzamento delle istituzioni rappresentative nelle imprese ed hanno creato un vero e proprio diritto di contrattazione collettiva. La legge ha rinviato più largamente alla contrattazione collettiva, consentendo agli accordi collettivi di derogare a certe disposizioni legali (in materia di orario di lavoro) in senso anche sfavorevole ai lavoratori¹⁵.

Fin qui, però, la contrattazione aziendale non poteva derogare a quella di categoria (*branche*): in caso di conflitto tra i livelli si applicava la regola del *favor*, considerata dalla giurisprudenza come aente valore di principio generale di diritto del lavoro. Nel 2004, con la cd. legge Fillon (l. 4 maggio 2004, n. 2004-391)¹⁶, si è inciso profondamente sul sistema di contrattazione collettiva, consentendo, come vedremo più analiticamente, di stipulare contratti collettivi derogatori *in peius* a quelli di categoria.

Ma la principale riforma intervenuta dal 2002, anno dell'insediamento della destra politica al governo, è stata quella della rappresentatività sindacale e della contrattazione collettiva datata 20 agosto 2008. Questa legge ha come effetto principale di far riposare, in parte, su una legittimazione elettorale la rappresentatività sindacale.

Il punto prioritario di partenza per comprendere questo aspetto è che, ai fini della stipulazione di un contratto collettivo – dotato di effetto normativo sul rapporto individuale – è necessaria una speciale legittimazione derivante dalla rappresentatività sindacale. In altre parole, *solo* sindacati rappresentativi possono stipulare contratti collettivi; anche le semplici *conventiones ordinaires*, non estese *erga omnes* (art. L. 2231-1).

¹⁵ Cfr. A. LYON-CAEN, *Le recenti evoluzioni del diritto francese delle relazioni industriali*, cit., 235.

¹⁶ Sulla quale cfr. G. BORENFREUND, A. LYON-CAEN, M.A. SOURIAC, I. VACARIE, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2004, *passim*.

I criteri di rappresentatività sindacale, in precedenza stabiliti dalla l. 11 febbraio 1950, sono oggi stabiliti dalla l. 20 agosto 2008, n. 2008-789¹⁷, largamente ispirata da una “posizione comune”, vale a dire un accordo sottoscritto il 9 aprile 2008 da CGT e da CFDT e dalle due principali organizzazioni datoriali, MEDEF e CGPME¹⁸.

Fino alla legge del 2008, la rappresentatività era l'unica condizione posta dal legislatore per l'esercizio da parte dei sindacati delle loro principali prerogative: i diritti di creare una sezione sindacale, di designare delegati e rappresentanti nei *comité d'entreprise*, di presentare candidati alle elezioni sindacali e, appunto, di negoziare e sottoscrivere le *conventions* e gli *accords collectifs* di lavoro.

Ormai alcune di queste prerogative non sono più loro riservate e i sindacati che non sono rappresentativi ma che aspirano ad esserlo possono pretenderle¹⁹.

Nel sistema previgente, certi sindacati beneficiavano di una presunzione irrefutabile di rappresentatività, mentre gli altri erano tenuti a provare la loro rappresentatività sulla base dei criteri enumerati dalla legge ed elaborati dalla giurisprudenza. Con la riforma, questa presunzione irrefutabile scompare e di conseguenza il sistema di rappresentatività “provata” è generalizzato. Fino alla l. 20 agosto 2008, ogni sindacato affiliato ad una confederazione rappresentativa sul piano nazionale

¹⁷ Cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1046 ss.; E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 481 ss.; J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, cit., 1060 ss.; F. FAVENNEC-HÉRY, *La représentativité syndicale*, in *DS*, 2009, 630 ss. Nella letteratura italiana, v. I. ALVINO, *Guida alla lettura della recente legge di riforma della democrazia sindacale in Francia: piena compatibilità fra regolamentazione della contrattazione collettiva e principio del pluralismo sindacale*, in *DLRI*, 2009, 365 ss.

¹⁸ Su questa posizione comune, cfr. G. BORENFREUND, *Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats: le défi de l'audience électorale*, in *RDT*, 2008, 360; M. GRÉVY, E. PESKINE, S. NADAL, *Regards sur la position commune du 9 avril 2008. À propos du devenir (incertain?) des syndicats dans l'entreprise*, in *RDT*, 2008, 431 ss.; P.H. ANTONMATTÉI, *Les critères de la représentativité: lecture critique de la position commune du 9 avril 2008*, in *DS*, 2008, 771 ss.

¹⁹ Ad esempio, è riconosciuto anche a tali sindacati il diritto di creare una *section syndicale*, di negoziare il protocollo preelettorale o, ancora, di presentare propri candidati al primo turno delle elezioni professionali relative all'unità produttiva: cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1046 ss.

e interprofessionale beneficiava di una presunzione di rappresentatività, non suscettibile di prova contraria (art. L. 2122-1) ²⁰.

A seguito del decreto del 31 marzo 1966, adottato sulla base della l. 11 febbraio 1950, n. 50-205, erano considerate maggiormente rappresentative CGT, CGT-FO, CFDT, CFTC e CFE-CGC ²¹.

Come si conveniva pressoché da tutti, anche dalle principali parti sociali, la rappresentatività presunta presentava grandi inconvenienti. Oltre a favorire la divisione sindacale, autorizzava anche le organizzazioni senza legittimazione sufficiente a negoziare con il datore di lavoro convenzioni e accordi collettivi anche a livello d'impresa di tipo “concessivo”. Di qui la legge del 2008, in base alla quale ciascun sindacato deve provare la propria rappresentatività ai fini delle prerogative previste dalla medesima ed in particolare ai fini della contrattazione collettiva ²². Va tuttavia sottolineato che nessun sindacato è mai rappresentativo in generale: la rappresentatività si apprezza al livello (categoria, impresa, stabilimento) per il quale il sindacato voglia agire (cd. regola di concordanza).

²⁰ Si parlava anche di rappresentatività *d'emprunt* o *par affiliation*. Sul punto, cfr. G. BORENFREUND, *Délégué syndical central, représentativité syndicale: observations sur un arrêt d'allure modeste*, in DS, 1993, 282 ss.

²¹ Più precisamente, il decreto del 31 marzo 1966 ha fotografato la situazione dell'epoca, dichiarando rappresentativi i cinque sindacati menzionati. La l. 28 ottobre 1982 ha precisato che ogni sindacato affiliato a una organizzazione rappresentativa a livello nazionale si presume rappresentativo (art. L. 2122-1, *Code du travail*, nella precedente formulazione). E la *Cour de Cassation* ha deciso che questa presunzione era assoluta (*présomption irréfragable*). La “fotografia” è divenuta così progressivamente “privilegio”: cfr. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 475. Certo, non è stata impedita la creazione di organizzazioni importanti: oltre all'*Union syndicale solidaires* (SUD), l'*Union nationale des syndicats autonomes* (UNSA), che è stata creata nel 1993 attraverso il raggruppamento di più sindacati autonomi e di una parte della *Fédération de l'éducation nationale* (FEN). Ma le nuove organizzazioni non hanno potuto accedere ai benefici riconosciuti ai sindacati designati dall'*arrêté* del 1966.

²² In precedenza, un sindacato che volesse provare la propria rappresentatività doveva rifarsi ai cinque criteri previsti dalla legge del 1950: numero degli iscritti, indipendenza, contributi, esperienza e anzianità, attitudine patriottica durante l'occupazione. Questi criteri, che non erano cumulativi, erano stati completati e ordinati dalla giurisprudenza: v., in proposito, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1049.

Se il primo elemento di novità è quello di aver eliminato la rappresentatività presunta o per affiliazione, la seconda novità sta nell'accento posto sull'*audience* elettorale (ovvero la percentuale dei voti ottenuti in occasione dell'elezione del *comité d'entreprise* o, in mancanza, dei delegati del personale) ai fini dell'accertamento della rappresentatività.

I criteri di rappresentatività sono in parte tradizionali, coincidendo con quelli già previsti dalla legge del 1950, in parte innovativi. Essi sono:

1) Rispetto dei valori repubblicani. Sostituisce il criterio stabilito nel '50 e consistente nell'"attitudine patriottica durante l'occupazione", ormai obsoleto. Si intende nel senso di necessario rispetto della libertà d'opinione, politica, filosofica, religiosa e di rifiuto di ogni discriminazione, integralismo o intolleranza, cui devono conformarsi sia le disposizioni dello statuto delle associazioni sindacali, sia la concreta attività sindacale²³.

2) Indipendenza nei confronti della controparte datoriale. Poiché la legge nulla precisa, si ritiene che le soluzioni giurisprudenziali elaborate precedentemente debbano essere mantenute²⁴.

3) Trasparenza finanziaria, che non è requisito logicamente scollegato dal requisito dell'indipendenza²⁵. Il legislatore non si occupa di individuare gli strumenti attraverso i quali debba essere eseguito il

²³ Cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1053, per i quali non sarebbe un vero e proprio criterio di misurazione della stessa ma una condizione d'accesso alla rappresentatività. Ricordano E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 485, che, in applicazione del criterio, è stata negata la condizione di sindacato rappresentativo a sindacati vicini al *Front National*, a causa delle posizioni razziste e discriminatorie che professavano.

²⁴ Secondo l'orientamento giurisprudenziale tradizionale, l'indipendenza dalla controparte datoriale può essere desunta, salvo prova contraria, dal fatto che il sindacato abbia un numero sufficientemente alto di iscritti e di contributi sindacali ed eserciti una reale attività sindacale nell'impresa. Al contrario, l'assenza di indipendenza può derivare da diversi indici, tra i quali il più categorico è che il sindacato riceva una sovvenzione dal datore di lavoro. Su tutto ciò, anche per i riferimenti giurisprudenziali, cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1054.

²⁵ Cfr. A. BEVORT, *De la position commune sur la représentativité au projet de loi: renouveau et continuité du modèle social français*, in DS, 2008, 826, in relazione alla "posizione comune" del 9 aprile 2008.

controllo sulla trasparenza finanziaria. È indubbio però che le modalità di tenuta del bilancio avranno un'importanza centrale: in virtù delle modifiche apportate dalla nuova legge all'art. L. 2135-1 del *Code du travail*, tutti i sindacati sono obbligati alla tenuta delle scritture contabili previste dall'art. L. 123-12 del *Code de commerce* (ossia registrazione dei movimenti, redazione annuale del bilancio e di altre scritture contabili).

4) Anzianità. Il criterio tradizionale è stato precisato dalla l. 20 agosto 2008: un sindacato non potrà essere riconosciuto come rappresentativo se non ha un'anzianità almeno biennale nel campo professionale e geografico che copre il livello di contrattazione. Il logico presupposto di questo criterio è che solo un sindacato che abbia una certa anzianità di impianto possa essere rappresentativo, per evitare che si tratti di un fenomeno effimero. Tuttavia qualcuno²⁶ sottolinea la rigidità del criterio, a fronte di un sindacato particolarmente attivo e che abbia riportato un importante successo alle elezioni professionali.

5) Seguito elettorale (*audience électorale*). Questa, senza dubbio, rappresenta la novità di maggiore interesse. Il sindacato deve ottenere determinate percentuali di voti espressi nelle elezioni dei *comités d'entreprise* o, in mancanza, dei delegati del personale²⁷.

6) Influenza. Il criterio era stato già enucleato dalla giurisprudenza. Oggi esso è consacrato legislativamente, con la previsione che l'influenza dovrà essere prioritariamente caratterizzata dall'attività e dall'esperienza (art. L. 2121-1). Lo svolgimento di attività sindacale si traduce, in particolare, nella stipulazione di contratti collettivi.

²⁶ Cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1055.

²⁷ Più precisamente, a livello di impresa o stabilimento sono rappresentativi i sindacati che, oltre a possedere i sette requisiti di rappresentatività che si stanno esaminando, abbiano ottenuto almeno il 10% dei voti espressi al primo turno delle votazioni per l'elezione del *comité d'entreprise* o della *délégation unique du personnel*. In mancanza di elezione di questi due organismi di rappresentanza si terrà conto delle elezioni dei *délégués du personnel* (cfr. art. L. 2122-1, *Code du travail*). A livello di categoria (*branche*) o intercategoriale (*interprofessionnel*), occorre aver ricevuto almeno l'8% dei voti per essere considerati rappresentativi. È stata creata un'autorità amministrativa indipendente per raccogliere i risultati elettorali e procedere al loro "consolidamento".

7) Numero di iscritti e contributi sindacali. Si tratta di criteri che dovrebbero assicurare che il sindacato non sia privo dei mezzi finanziari adeguati a condurre un'azione effettiva²⁸.

Tutti questi criteri sono valutati cumulativamente e la loro applicazione lascia, quindi, spazio a un certo grado di discrezionalità vuoi in capo all'autorità amministrativa, se si tratta di estensione del contratto collettivo, vuoi in capo al giudice²⁹, in caso di contestazione. Si può convenire con la valutazione che si tratta di criteri eterogenei, alcuni dei quali esprimono l'autenticità di un sindacato, più che la sua rappresentatività³⁰.

Quando la riforma è intervenuta, nel 2008, i pronostici annunciavano già la prossima e necessaria riduzione del numero dei sindacati rappresentativi.

A livello settoriale e di impresa questi pronostici si sono più o meno verificati. Ma, a livello intercategoriale, sono stati completamente disattesi. Poiché la misurazione dell'*audience électorale* si effettua ogni quattro anni, i risultati consolidati sono stati resi noti solo nel 2013 e sembrano fare emergere uno strano *status quo*: la soglia dell'8% è stata raggiunta dalle cinque confederazioni che, in precedenza, risultavano rappresentative secondo il diritto vigente prima del 2008³¹.

²⁸ Sui problemi di accertamento del numero degli iscritti, v. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1056.

²⁹ Ed in effetti, la *Cour de Cassation*, in una decisione del 2012 (Cass., Ch. Soc., 29 febbraio 2012, n. 11-13748) ha precisato il criterio della valutazione cumulativa, restringendone la portata. Essa ha affermato che anzianità, seguito elettorale, rispetto dei valori repubblicani, indipendenza e trasparenza finanziaria sono requisiti che debbono essere posseduti da tutti i sindacati rappresentativi, mentre gli altri criteri indicati dall'art. L. 2121-1 (ossia numero degli iscritti, contributi sindacali ed influenza), al contrario, possono essere valutati in maniera più flessibile e globale; sicché la mancanza di uno di essi può essere compensata, ad esempio, da un grande seguito elettorale o anche da una grande anzianità. Sul punto cfr. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 483.

³⁰ Cfr. A. LYON-CAEN, *Le recenti evoluzioni del diritto francese delle relazioni industriali*, cit., 209.

³¹ Cfr. *supra*, in questo stesso par., nt. 27.

4. La struttura della contrattazione collettiva: dal sistema centralizzato al decentramento.

Con riferimento alla disciplina dei livelli di contrattazione collettiva, in precedenza vi era un sistema gerarchizzato e centralizzato (si privilegiavano gli accordi di *branche*, ossia di categoria, o intercategoriali): gli accordi d'impresa (*accords d'entreprise*) venivano relegati a un ruolo marginale e strettamente subordinati ai contratti collettivi di categoria.

La valorizzazione della contrattazione collettiva aziendale si è avuta con la già menzionata legge Auroux del 1982, che ha consentito accordi in deroga ad alcune disposizioni di legge (in particolare in materia di orario di lavoro) subordinati all'esistenza di contropartite per i lavoratori³².

Successivamente la legge Fillon del 2004 (l. 4 maggio 2004, n. 2004-391), oltre ad introdurre il principio maggioritario nella stipulazione del contratto, ha soddisfatto anche la rivendicazione datoriale del “contratto collettivo di impresa”, consentendo all'accordo aziendale di derogare alle disposizioni del contratto collettivo di categoria. Ai sensi dell'attuale art. L. 2253-3 del *Code du travail*, su alcune materie specificamente indicate – tariffe minime salariali, classificazione dei lavoratori, regime dei fondi destinati alla formazione professionale e di previdenza complementare – gli accordi aziendali non possono derogare ai contratti di livello superiore (in particolare contratti di *branche*); nelle altre materie, il contratto collettivo (*convention collective* o *accord collectif*) di livello superiore è liberamente derogabile salvo che questo contratto disponga diversamente³³.

³² In generale, sui rapporti tra legge e contratto collettivo nell'ordinamento francese, cfr. G. BORENFREUND, M.A. SOURIAC, *Les rapports de la loi et de la convention collective: une mise en perspective*, in *DS*, 2003, 72 ss.; M.A. SOURIAC-ROTSCHILD, *Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs*, in *DS*, 1996, 395 ss.

³³ Diversamente nel sistema tedesco è il contratto di livello superiore a dover autorizzare la deroga: v. *infra*, in questo stesso cap., sez. II, par. 13.

5. Il regime del contratto collettivo.

Al di là della loro grande diversità, tutti i contratti collettivi si trovano sottoposti ad un certo numero di disposizioni comuni, relative alle condizioni di validità, alla revisione e alla loro applicazione.

Dalla parte dei lavoratori, il contratto collettivo deve essere concluso da una o più organizzazioni sindacali rappresentative nel campo d'applicazione della convenzione o dell'accordo (secondo il già ricordato principio di concordanza: cfr. art. L. 2231-1). Dunque, come già anticipato, solo i sindacati rappresentativi hanno la capacità di stipulare i contratti collettivi.

In un certo senso singolarmente, dalla parte dei datori di lavoro, non era previsto alcun requisito di rappresentatività per quanto concerneva le proprie organizzazioni sindacali³⁴. Ora la l. 6 marzo 2014, n. 2014-288 ha previsto il requisito e i criteri di rappresentatività dei sindacati dei datori (cfr. art. L. 2151-1)³⁵.

Al fine di favorire il pluralismo sindacale e l'egualanza di trattamento tra i sindacati, la legge ha ammesso per lungo tempo che un contratto collettivo potesse essere validamente concluso da un'organizzazione sindacale minoritaria nell'ambito di applicazione del contratto stesso. Questa facoltà di concludere degli accordi "minoritari" è diventata più difficile da giustificare quando, al fine della salvaguardia dell'occupazione e della competitività, si è sviluppata una contrattazione collettiva derogatoria sia di alcune disposizioni legali, sia dei contratti collettivi di categoria. Si è così progressivamente affermata l'idea che la validità dei contratti collettivi dovesse essere subordinata al consenso di una maggioranza dei lavoratori³⁶.

³⁴ Ad eccezione, come si vedrà *infra*, in questo stesso cap., par. 6, per quanto concerneva la contrattazione collettiva suscettibile di estensione: cfr. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 505. Cfr., per annotazioni critiche sul punto, N. MAGGI-GERMAIN, *La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs*, in *DS*, 2011, 1072 ss.

³⁵ V., in proposito, il dibattito promosso da *DS*, 2014, 196 ss., *Réformer la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs*, a cura di N. MAGGI-GERMAIN.

³⁶ Sull'opportunità dell'introduzione del principio maggioritario in materia di negoziazione collettiva, cfr. G. BORENFREUND, *L'idée majoritaire dans la négociation collective*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses Université Toulouse,

Come già anticipato, il riconoscimento di questo “principio maggioritario” è stato operato dalla l. 4 maggio 2004 (cd. legge Fillon) e confermato dalla l. 20 agosto 2008. Tale principio implica che, per essere valido, un accordo collettivo deve avere avuto l’adesione di una rappresentanza maggioritaria dei lavoratori. Innanzitutto, la l. 28 ottobre 1982 ha previsto per la prima volta la possibilità, per un sindacato maggioritario, di opporsi a certi accordi di impresa (gli accordi derogatori): una “maggioranza di opposizione” è stata così ammessa nel diritto della contrattazione collettiva.

In seguito, la l. 4 maggio 2004 ha introdotto una vera e propria “maggioranza di approvazione” ma a condizioni molto complesse e lasciando ampio spazio alle maggioranze di opposizione.

La l. 20 agosto 2008, ispirata alla posizione comune del 9 aprile 2008, ha introdotto un nuovo sistema. Essa ha consacrato la regola secondo la quale un contratto collettivo non può essere concluso validamente che da sindacati rappresentativi che abbiano raccolto almeno il 30% dei voti espressi in occasione delle elezioni professionali nel campo di applicazione del contratto collettivo. Il contratto così concluso può tuttavia entrare in vigore solo in assenza di opposizione di uno o più sindacati che hanno raccolto più del 50% dei voti espressi nelle elezioni di cui sopra.

Questa opposizione deve essere scritta, motivata e notificata in un breve termine. La “maggioranza di approvazione” è così del 30% e la “maggioranza di opposizione” del 50%³⁷.

2002, 429; Id., *La représentation des salariés et l'idée de représentation*, in *DS*, 1991, 685 ss.; J. PÉLISSIER, *Droit des conventions collectives: évolution ou transformations*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, 95 ss.; M. L. MORIN, *Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé*, in *DS*, 2000, 1080 ss.; A. SUPIOT, *Parité, égalité et majorité dans les relations collectives du travail*, in *Le droit collectif du travail, Études en hommage à Madame le professeur Hélène Sinay*, Lang, 1994, 59 ss.

³⁷ Per un approfondimento sulla declinazione del principio di maggioranza nei diversi livelli contrattuali, cfr. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 514 ss., i quali ricordano che la l. 14 giugno 2013 ha fatto un passo avanti verso l’esigenza maggioritaria. Gli accordi di “*maintien dans l’emploi*” devono essere sottoscritti dai sindacati che abbiano ottenuto il 50% dei voti espressi alle ultime elezioni professionali (art. L. 5125-4, *Code du travail*).

Come giustamente è stato sottolineato³⁸, il sistema è *ibrido*: l'assenza di opposizione non è sufficiente a rendere valido il contratto che deve essere sottoscritto da una “minoranza significativa” di sindacati rappresentativi. Ma il legislatore non ha osato fare dell'esigenza di una sottoscrizione dei sindacati rappresentanti la maggioranza del personale il requisito necessario per la validità degli accordi.

La nozione di “maggioranza”, a sua volta, può avere differenti significati. La l. 20 agosto 2008 fa prevalere per la contrattazione, quale che sia il livello di questa (impresa, categoria, interprofessionale), la maggioranza di *tipo elettorale*, mentre il numero di organizzazioni sindacali rappresentative che hanno sottoscritto o che si oppongono non ha importanza. Conta solo il numero di elettori rappresentati dalle organizzazioni firmatarie o che si oppongono.

Il contratto collettivo ha un effetto imperativo: ciò significa che si impone nel suo contenuto alle parti del contratto individuale. Tuttavia, se il contratto individuale di lavoro non può essere meno favorevole del contratto collettivo, esso può essere più favorevole. Conformemente al cd. principio di favore, posto dall'art. L. 2254-1³⁹, le clausole del contratto collettivo, come le disposizioni legali, non costituiscono che un minimo, al quale il contratto individuale può derogare in favore del lavoratore.

Quanto all'ambito soggettivo di efficacia, se si tratta di contratto di categoria (*branche*), l'iscrizione del datore di lavoro alla organizzazione firmataria gioca un ruolo decisivo. Se il datore di lavoro non è membro dell'associazione che ha firmato il contratto di categoria, non è vincolato dalle clausole di questo al di fuori del caso in cui il contratto abbia costituito oggetto di un *arrêté* di estensione.

Vi sono, tuttavia, anche altri meccanismi di estensione dell'ambito di efficacia soggettiva del contratto collettivo. Innanzitutto, il datore di lavoro che non è obbligato all'applicazione del contratto collettivo, vuoi perché non iscritto al sindacato firmatario, vuoi perché l'impresa non rientra nel campo di applicazione territoriale o professionale dello stes-

³⁸ Cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1340.

³⁹ In base all'art. L. 2254-1, quando un datore è vincolato dalle clausole di un contratto collettivo, queste clausole si applicano ai contratti di lavoro, salvo accordi più favorevoli: cfr. in generale G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1361.

so, può decidere di “aderire” individualmente allo stesso (art. L. 2261-3). L’adesione avviene mediante notifica alle parti firmatarie. Ciò è sufficiente per il caso in cui il contratto cui il datore di lavoro intende conformarsi sia quello applicato nella propria area geografica o professionale; in altre parole, ciò è sufficiente se l’unico requisito mancante è l’iscrizione al sindacato firmatario. Se invece il datore di lavoro intende applicare un contratto collettivo concernente un’altra area geografica o professionale, la sua adesione è, altresì, subordinata al benestare delle organizzazioni sindacali rappresentative presenti in azienda. Tale benestare è dato a seguito di una negoziazione sul punto.

In assenza di “adesione”, poi, il datore di lavoro può comunque decidere di applicare in tutto o in parte le disposizioni di un contratto collettivo. Deve risultare una volontà chiara e univoca dello stesso, manifestata espressamente nel contratto individuale, oppure derivante da un comportamento concludente, quale la menzione del contratto collettivo in un ordine di servizio o nel “bulletin de paie”⁴⁰.

L’affiliazione sindacale del lavoratore è indifferente, nel senso che il datore di lavoro, tenuto all’applicazione del contratto collettivo, deve applicarlo a tutto il personale della sua impresa, senza distinguere tra coloro che sono aderenti alle associazioni sindacali firmatarie e coloro che non lo sono: è l’efficacia *erga omnes* che si impone anche se questo contratto collettivo è sfavorevole per il lavoratore. È così assicurata l’unità dello statuto collettivo dei lavoratori dell’impresa, quale che sia la loro appartenenza sindacale⁴¹.

6. La procedura di estensione dell’ambito soggettivo di efficacia del contratto collettivo e il suo *élargissement*.

Come si è già anticipato, per evitare le distorsioni della concorrenza derivanti dall’applicazione limitata del contratto collettivo ed assicurare l’eguaglianza dei lavoratori, l’ordinamento francese, già dalla l. 24 giu-

⁴⁰ Cfr. Cass., Ch. Soc., 7 aprile 2004, n. 02-40761, in *DS*, 2004, 675; Cass., Ch. Soc., 16 maggio 2012, n. 11-11100.

⁴¹ Cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1387.

gno 1936, ha introdotto la tecnica dell'estensione dei contratti collettivi; in tal modo si impone il rispetto del contratto collettivo a tutte le imprese comprese nel suo campo di applicazione, incluse quelle che non aderiscono ad un'organizzazione datoriale firmataria⁴².

L'estensione è decisa dal Ministro del lavoro, che dispone di un ampio potere di apprezzamento circa la sua opportunità. La tecnica dell'estensione è stata ripresa dalla l. 11 febbraio 1950 (l. n. 1950-205) e il suo uso è stato facilitato dalla legge del 19 gennaio 1978 (l. n. 1978-48) e da quella del 13 novembre 1982 (l. n. 1982-957).

Per essere suscettibile di estensione, tuttavia, un contratto collettivo deve essere negoziato a condizioni sostanzialmente differenti rispetto a quelle ordinarie.

Innanzitutto, la negoziazione e la conclusione del contratto devono avvenire in seno ad una commissione paritaria, composta obbligatoriamente dalle organizzazioni datoriali e sindacali rappresentative nel campo di applicazione (art. L. 2261-19, *Code du travail*). Queste commissioni sono dette paritarie perché ne fanno parte rappresentanti dei sindacati e delle organizzazioni dei datori di lavoro.

Le commissioni paritarie possono essere organizzate e presiedute da un rappresentante del Ministero del lavoro. Le commissioni risultano così composte da rappresentanti di organizzazioni private e del pubblico potere: per queste ragioni sono dette "miste" (*Commissions mixtes paritaires*). Una commissione di negoziazione si istituisce molto facilmente: basta che due sindacati rappresentativi a livello di categoria lo domandino o che il Ministro lo decida.

In pratica la maggior parte delle contrattazioni di categoria ha luogo nell'ambito di una commissione mista paritaria. Molto spesso si troveranno almeno due organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro a domandare l'istituzione di questa commissione. L'esistenza di queste commissioni miste paritarie è tra le principali ragioni che spiegano la percentuale eccezionale di lavoratori coperti da contratti collettivi in Francia⁴³.

⁴² Cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1421.

⁴³ V. *infra*, in questo stesso par. Cfr. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 522.

Sebbene non sia richiesta la sottoscrizione di tutte le associazioni rappresentative, il contratto collettivo deve essere negoziato alla presenza di tutte queste. Deve però ricordarsi che, non essendo suscettibile di estensione il contratto collettivo che non possegga le condizioni di validità di un contratto collettivo ordinario, a partire dalla legge 4 maggio 2004 (cd. legge *Fillon*) ciò implica che deve essere rispettato il principio maggioritario, sopra esaminato. La particolarità dei contratti collettivi suscettibili di estensione sta nella necessità che siano sottoscritti non solo da sindacati rappresentativi ma anche da organizzazioni dei datori rappresentative.

Il campo di applicazione dei contratti estesi non è necessariamente nazionale: dipende da ciò che hanno stabilito le parti: può essere anche regionale, dipartimentale o locale.

Per essere suscettibili di estensione, è altresì necessario che i contratti collettivi contengano un certo numero di clausole, dette obbligatorie (art. L. 2261-22) ⁴⁴.

Il Ministro del lavoro può anche non estendere un contratto concluso secondo le regole legali. Non si tratta, tuttavia, di un potere insindacabile: il suo esercizio è soggetto al controllo del giudice amministrativo, il quale può censurare il rifiuto di estensione se questo non è giustificato da un interesse generale (individuato, in particolare, in relazione agli obiettivi di politica economica o sociale o alla protezione dei terzi).

Il Ministro ha anche il potere, a seguito di valutazione discrezionale soggetta al controllo del giudice amministrativo, di non estendere, se non parzialmente, le disposizioni di un contratto suscettibile di estensione.

Esso è stato pure dotato di uno strumento complementare: la facoltà di ampliare il campo di applicazione di un contratto di categoria già

⁴⁴ L'art. L. 2261-22 contiene un pervasivo elenco di materie che vanno dall'esercizio dei diritti sindacali e della libertà di opinione dei lavoratori, al salario minimo professionale, a tutte le condizioni relative all'assunzione dei lavoratori, al licenziamento, all'utilizzo dei contratti di lavoro non tipici, alle modalità di retribuzione dei lavoratori, alle condizioni dei lavoratori nei territori d'oltremare, alle procedure di conciliazione dei conflitti collettivi di lavoro, e così via. Sottolineano comunque la "relatività" del precezzo sul contenuto obbligatorio del contratto collettivo, E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 521.

esteso ad un ambito professionale o territoriale diverso, se è stata constatata una impossibilità persistente di concludere un contratto collettivo. A differenza dell'estensione, la tecnica dell'allargamento (*élargissement*) ha soprattutto una funzione di incentivo alla negoziazione: la minaccia di vedersi imporre un contratto negoziato da altri dovrebbe incentivare gli interlocutori sociali a dotarsi di uno proprio. Ed infatti gli effetti dell'*élargissement* vengono meno quando un contratto è concluso nell'ambito territoriale o professionale che ha costituito oggetto di un *arrêté d'élargissement*, almeno relativamente ai datori di lavoro vincolati da questo nuovo contratto (art. L. 2261-30).

L'uso di questi meccanismi di estensione o allargamento è comune, se non addirittura "pervasivo" ⁴⁵. Tali strumenti, frequentemente utilizzati, hanno concorso a determinare un'apparente contraddizione del sistema francese: sebbene la Francia abbia un tasso di sindacalizzazione molto basso (come visto, pari a circa l'8% dei lavoratori occupati), il contratto collettivo, secondo alcune stime, è applicato a quasi il 98% dei lavoratori ⁴⁶.

7. Contrattazione collettiva e salario minimo legale.

Nonostante le tecniche di intervento dello Stato, quali appunto l'estensione dell'ambito di efficacia del contratto collettivo, e comunque il buon grado di copertura della contrattazione collettiva, in Francia vige da tempo il salario minimo legale. Oggi, l'idea stessa di un'ingerenza dello Stato in materia di salari è vivamente contestata e l'istituzione dello SMIC (*salaire minimum interprofessionnel de croissance*) è regolarmente criticata da una parte dei datori di lavoro ⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. France, *industrial relations profile*, in <http://www.eurofound.europa.eu>.

⁴⁶ Cfr. *La couverture conventionnelle et les conventions collectives de branche du secteur concurrentiel non agricole. Dossier réalisé par la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (Dares)*, in http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Dossierno1_CouvertureConventionnelle_2004.pdf.

⁴⁷ Cfr. A. BÉGUÉ, *Le salaire minimum. Étude comparé des droits du travail allemand et français*, Séminaire de droit comparé par Monsieur Lockiec, giugno 2014.

La l. 11 febbraio 1950 prevedeva la fissazione di un salario minimo interprofessionale legale. La l. 2 gennaio 1970 ha introdotto lo SMIC, cioè un salario minimo, nazionale, interprofessionale, fissato dai poteri pubblici. Esso oggi è determinato in 9,53 euro lordi orari e riveste un carattere di generalità quanto al suo campo territoriale di applicazione e ai beneficiari (art. L. 3231-1), anche se l'ammontare è inferiore per alcune categorie: in particolare, per i minori e per i lavoratori impiegati con contratto d'apprendistato e con *contrat de professionalisation*⁴⁸.

Il sistema francese prevede un doppio meccanismo di adeguamento del salario minimo legale. In primo luogo, vi è il meccanismo di indicizzazione automatica: quando l'indice nominale dei prezzi al consumo cresce di almeno il 2%, lo SMIC è aumentato nella stessa proporzione a partire dal primo giorno del mese successivo alla pubblicazione dell'indice.

In secondo luogo, la legge prevede che ogni anno, con decorrenza dal 1° gennaio, previa consultazione e parere motivato della *Commission national de la négociation collective*⁴⁹, il Governo possa decidere, discrezionalmente, la fissazione di un nuovo livello minimo di salario al fine di garantire ai lavoratori una “*partecipation [...] au développement économique de la Nation*” (art. L. 3231-6). Nel 2008, con la l. 3 dicembre, n. 2008-1258, è stato previsto che la Commissione debba formulare al Governo il parere riguardante l'adeguamento della soglia salariale, previo esame di un rapporto predisposto da un gruppo di esperti. Le indicazioni della *Commission national de la négociation collective* assu-

⁴⁸ Il contratto di professionalizzazione (art. L. 6325-1, *Code du travail*) è funzionale ad acquisire una qualifica professionale o a completare la propria formazione. Può essere stipulato non solo con i giovani da 16 a 25 anni, ma anche con disoccupati ultraventicinquenni. Esso è, sì, un contratto a contenuti formativi, in quanto tende all'acquisizione di una qualifica, ma il contenuto formativo è ridotto rispetto all'apprendistato e gli insegnamenti sono molto più pratici e generali.

⁴⁹ La *Commission nationale de la négociation collective* è composta dai Ministri del lavoro, dell'agricoltura e dell'economia, dal Presidente della Sezione Sociale del Consiglio di Stato e da un numero eguale di rappresentanti delle parti sociali. Oltre al compito di fornire pareri motivati al Governo sull'adeguamento del minimo legale, ad essa competono diverse funzioni in tema di contrattazione collettiva tra cui quella di rendere, al Ministro del lavoro, pareri circa l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi (art. L. 2271-1).

mono quindi oggi maggiore autorevolezza tecnica; fermo restando che l'ultima decisione riguardo all'adeguamento del minimo salariale spetta pur sempre al Governo.

Nonostante la pervasività della procedura di estensione dei contratti collettivi, non si può dire che l'ambito di copertura del salario minimo sia trascurabile, se è vero che oggi in Francia circa 2 milioni di lavoratori, pari al 13% della forza lavoro dipendente, gode dello SMIC: ed è questo un tasso sensibilmente più alto di quello riscontrato altrove⁵⁰.

8. Il diritto di sciopero in Francia e la sua regolazione.

Lo sciopero è riconosciuto nel preambolo della Costituzione francese con una formulazione identica a quella contenuta nella Costituzione italiana⁵¹.

C'è una grande affinità, per quanto riguarda il conflitto collettivo, tra Francia ed Italia e la vicenda della regolazione dello sciopero è sostanzialmente analoga.

Anche in Francia, nonostante il rimando del preambolo della Costituzione a leggi che ne regolassero l'esercizio, queste leggi non sono state emanate. Esistono disposizioni che hanno escluso alcune categorie di lavoratori dalla titolarità del diritto di sciopero: ad es. la polizia, la magistratura e il personale del Ministero dell'Interno. Esistono, inoltre, particolari discipline in materia di sciopero nei servizi pubblici⁵².

La regolazione del diritto di sciopero è, come si è già anticipato, essenzialmente frutto dell'elaborazione giurisprudenziale.

Diritto costituzionalmente riconosciuto al lavoratore di sospendere le sue obbligazioni, lo sciopero pone al giudice un problema di inquadramento giuridico: da un lato, egli è garante di questo diritto costituzionale, dall'altro, gli compete di regolare il suo esercizio per conciliarlo

⁵⁰ Cfr. S. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *LD*, 2014, 199; L. ELDRING, K. ALSOS, *European Minimum Wage: A Nordic Outlook*, *Fafo-report*, 2012:16, 49.

⁵¹ Il cui art. 40 dispone: "il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano".

⁵² Su cui v. *infra*, in questo stesso cap., par. 8.1.

con i diritti di eguale valore. Così, chiamata a tracciare il confine tra lecito ed illecito, la giurisprudenza usa due metodi: il primo consiste nel basarsi sulla definizione giuridica di sciopero per distinguere, tra le azioni collettive, quelle che si possono definire tali rispetto a quelle che non lo sono. Questo *primo* metodo permette al giudice di qualificare alcune forme di lotta sindacale, non come sciopero, ma come inadempimento contrattuale. La definizione del diritto di sciopero, con una vicenda parallela nella giurisprudenza italiana, ha fluttuato nella giurisprudenza francese. La giurisprudenza più recente tuttavia precisa che l'esercizio del diritto di sciopero risulta "obiettivamente" da una sospensione collettiva e concertata del lavoro, al fine di sostenere rivendicazioni professionali⁵³.

Il *secondo* metodo consiste nel mettersi sul terreno, non della definizione, ma dell'esercizio del diritto di sciopero: di fronte ad un'azione collettiva che ha la natura giuridica di uno sciopero, ci si domanda se essa comporta un uso normale o, al contrario, anomalo del diritto di sciopero. Va in sostanza evitato un uso abusivo (*abusif*) o contrario all'ordine pubblico.

A quanto pare, la giurisprudenza più recente tende a privilegiare la prima tecnica⁵⁴.

Come si è detto, sciopero è ogni sospensione collettiva e concertata del lavoro, al fine di sostenere rivendicazioni professionali: poco importano il momento in cui viene posto in essere, la sua durata, la sua spontaneità, la sua ampiezza, il luogo della sua attuazione. In particolare, lo sciopero spontaneo non è affatto raro. I lavoratori possono sospendere il lavoro in assenza di qualsiasi iniziativa sindacale⁵⁵.

Poco importa l'oggetto delle rivendicazioni: tutto quello che richiede la giurisprudenza è che esistano rivendicazioni professionali non soddisfatte.

Lo sciopero professionale lecito non è solo quello che tende ad otte-

⁵³ Cass., Ch. Soc., 23 ottobre 2007, n. 06-17802, in *D*, 2008, 662.

⁵⁴ O della "disqualification": cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1447.

⁵⁵ Si vede qui la differenza tra i sistemi francese e italiano, da una parte, e quello tedesco, dall'altra parte: sul sistema tedesco, v. *infra*, in questo stesso cap., sez. II, par. 17.

nere il soddisfacimento di rivendicazioni da parte del datore di lavoro⁵⁶. Lo sciopero generale è lecito e, se si tratta di uno sciopero, ad esempio, di protesta per ragioni di carattere economico, poco importa che si diriga contro la politica economica del governo⁵⁷.

Lo sciopero generale è uno sciopero cd. politico, essendo diretto nei confronti del Governo o del Parlamento. Sul tema si assiste ad una evoluzione dell'atteggiamento della giurisprudenza che oggi considera lecite delle azioni di protesta contro scelte governative purché queste abbiano attinenza con le condizioni dei lavoratori. Sono così stati riconosciuti leciti gli scioperi contro la politica economica del Governo, o, ancora, contro i progetti governativi in materia di pensioni⁵⁸. Il novero degli scioperi considerati puramente politici è stato dunque ridotto.

Tuttavia talora la giurisprudenza ha riconosciuto come leciti anche scioperi meramente politici⁵⁹. Deve però escludersi la liceità dello sciopero che falsa il gioco delle istituzioni costituzionali⁶⁰. La linea di demarcazione è poco chiara e alcuni autori fondano l'illiceità dello sciopero politico sulla tecnica della *“disqualification”*: non avendo per oggetto rivendicazioni professionali, esso non risponde alla nozione giuridica di sciopero. Altri autori preferiscono mantenere l'analisi sul terreno dell'abuso del diritto, che avrebbe il vantaggio di non negare l'evidenza: lo sciopero politico è pur sempre uno sciopero.

Va notata l'utilizzazione della categoria dell'abuso del diritto, che in alcuni ordinamenti è categoria controversa. Ad es., nell'ordinamento italiano, al di fuori delle ipotesi espressamente previste (divieto di atti emulativi: art. 833 c.c.) è discussa l'utilizzazione della categoria dell'abuso del diritto per introdurre limiti ulteriori rispetto a quelli che risultano dalle norme di legge. Nell'ordinamento francese, la categoria

⁵⁶ Contrariamente a quanto avviene, ad esempio, nel sistema tedesco: v. *infra*, in questo stesso cap., sez. II, par. 15.

⁵⁷ Analogamente, in Italia, lo sciopero economico politico è considerato una forma lecita di esercizio del diritto di sciopero, mentre lo sciopero politico *tout court* è considerato una semplice libertà.

⁵⁸ Per l'evoluzione storica della nozione di sciopero politico, cfr. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 447.

⁵⁹ Cfr., per la casistica, E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 447.

⁶⁰ Cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1469.

dell'abuso del diritto, come limite all'autonomia individuale, è spesso utilizzata. E lo è anche, come abbiamo visto, in materia di esercizio del diritto di sciopero⁶¹.

Avendo definito lo sciopero nei termini appena descritti, la giurisprudenza poi esclude la liceità di forme di azione sindacale che consistano, non in una sospensione del lavoro, ma in un'esecuzione dello stesso a condizioni diverse da quelle previste dal contratto. Non dovrebbe parlarsi, in questo caso, di abuso del diritto di sciopero perché non c'è sciopero, ma di un inadempimento, da parte del lavoratore, delle sue obbligazioni. Tuttavia, alcune decisioni parlano, in simili ipotesi, di sciopero abusivo o illecito, a conferma del fatto che le due tecniche sopra menzionate – quella della *disqualification* e dell'abuso del diritto – per tracciare il confine del lecito e dell'illecito in materia di sciopero, sovente si mischiano e si confondono. Così, la giurisprudenza francese qualifica quale abuso del diritto di sciopero le forme di astensione dal lavoro che provocano una disorganizzazione dell'impresa e quindi un danno all'attività produttiva ulteriore rispetto al danno che normalmente deriva dallo sciopero⁶².

Nonostante l'utilizzazione di categorie giuridiche diverse – limiti interni ed esterni del diritto di sciopero, per quanto riguarda la giurisprudenza italiana; *disqualification* e *abuse de droit*, per quanto riguarda la giurisprudenza francese – i risultati cui arrivano le pronunce sono sostanzialmente gli stessi. Si dà una definizione dello sciopero per escludere le forme di azione sindacale che non vi rientrano e, nello stesso tempo, si effettua una comparazione con gli altri diritti di eguale o superiore valore previsti dall'ordinamento che non possono venire pregiudicati dall'esercizio del diritto di sciopero. Se la giurisprudenza italiana parla in questo caso di limiti esterni, la giurisprudenza francese parla di abuso del diritto.

⁶¹ Cfr., *amplius*, con riferimento allo sciopero E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 450.

⁶² V., anche per annotazioni critiche in ordine alla chiarezza della distinzione, E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 451.

8.1. *Lo sciopero nei servizi pubblici.*

Come si è accennato, la situazione è totalmente diversa nel settore dei servizi pubblici. Il diritto di sciopero dei dipendenti pubblici è stato riconosciuto dal *Conseil d'État* a partire dalla sentenza *Dehaene*⁶³ come conseguenza del riconoscimento costituzionale di questo diritto. Il *Conseil d'État*, in questa decisione, ha anche stabilito che il legislatore, in nome del pubblico interesse, possa limitare il diritto di sciopero e ha riconosciuto che la competenza a regolare lo sciopero nei pubblici servizi, in assenza di una regolamentazione legislativa, si estenda al governo, a dispetto dell'espresso riferimento alla legge (riserva di legge) nel preambolo della Costituzione del 1946.

La l. n. 63-777 del 1963 ha fissato le regole da applicare nel settore pubblico. Esse riguardano il personale civile dello Stato, dei dipartimenti e degli enti pubblici e privati incaricati della gestione di un servizio pubblico⁶⁴. La principale differenza, rispetto al settore privato, è che un sindacato rappresentativo⁶⁵ deve dare un preavviso di almeno cinque giorni, includendo le informazioni relative alle ragioni dello sciopero, alla sua durata ed al luogo in cui si effettuerà. E i sindacati devono essere pronti a negoziare durante il periodo di preavviso (art. L. 2512-2, *Code du travail*).

Tuttavia, non sono state adottate specifiche regolamentazioni in relazione alla definizione dei servizi minimi. Un servizio minimo è previsto dalla legge solo in alcuni settori, come quello dei controllori di volo. Dove non dispone la legge, i dirigenti sono competenti, sotto il controllo dei giudici amministrativi, a stabilire le regole necessarie per il mantenimento di un servizio minimo. In questo caso, di nuovo, la giuri-

⁶³ Cfr. Cons. Ét., 7 luglio 1950, n. 01645, in *D*, 1950, 538 ss., con nt. di A. GERVAIS.

⁶⁴ Va precisato che il legislatore ha privato certe categorie del diritto di sciopero: tra queste, in particolare, militari, funzionari di polizia, magistrati: cfr. G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1443.

⁶⁵ È da notare che, nell'ordinamento italiano, neppure nei servizi pubblici essenziali è previsto il diritto di proclamare lo sciopero solo in capo ai sindacati rappresentativi. Anzi, il legislatore, nella l. n. 146 del 1990, pone un obbligo di proclamare lo sciopero in capo alle "organizzazioni sindacali", facendo così sorgere il problema dei cd. scioperi spontanei, cioè proclamati non da associazioni sindacali ma da semplici coalizioni *ad hoc*; cfr., sull'argomento, M. MAGNANI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *EGT*, XVI, aggiornamento, 2007, 5.

sprudenza è un mezzo importante di disciplina del diritto di sciopero.

Recentemente, si è sviluppata una regolazione speciale di nuova generazione.

A seguito di un lungo dibattito, è stata emanata una legge, nel 2007, che si applica ai servizi pubblici di trasporto terrestre. Essa ha introdotto nuovi requisiti procedurali dello sciopero, con l'allungamento del termine di preavviso al fine di consentire che si svolga una negoziazione. Inoltre, le autorità preposte ai servizi di trasporto (*collectivités publiques, groupements de collectivités ou établissements publics*) fissano il livello delle prestazioni minime. Sulla base di tale livello, in ogni azienda è elaborato un piano di trasporto e di informazione ai passeggeri. Per rendere tale piano operativo, deve essere raggiunto con i sindacati un accordo sui servizi minimi che saranno mantenuti in caso di sciopero (*accord de prévisibilité du service applicable en cas de grève*).

Un punto veramente importante di questa legge riguarda la dichiarazione individuale di sciopero⁶⁶: i lavoratori devono informare il datore di lavoro della loro intenzione di aderire allo sciopero almeno 48 ore prima. Questa previsione è stata la più controversa e dibattuta dal momento che essa potrebbe determinare una restrizione del diritto di sciopero. E, secondo qualcuno, anche grazie alla necessaria proclamazione sindacale dello sciopero, starebbe cambiando la natura stessa del diritto: da diritto individuale si trasformerebbe in un diritto collettivo, che i lavoratori esercitano individualmente dichiarando la loro intenzione di scioperare⁶⁷. Va comunque precisato che il *Conseil Constitutionnel* ha

⁶⁶ Cfr. E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, cit., 453 ss.

⁶⁷ Cfr. E. PESKINE, G. BORENFREUND, O. LECLERC, *Le droit de grève dans les services publics de transport: regards sur la loi du 21 août 2007*, in *RDT*, 2007, 664 ss. Analogamente si è sviluppato in Italia a seguito dalla l. n. 146 del 1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. La proposta di introdurre nella legge italiana sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (l. n. 146 del 1990) un obbligo di dichiarazione di adesione individuale allo sciopero è stata dibattuta. Essa è rimasta controversa per problemi di opportunità, se non addirittura di legittimità costituzionale, a causa di una possibile limitazione della libertà dei singoli di scioperare: cfr. M. MAGNANI, *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dei fatti*, in *RIDL*, 2005, I, 69 ss. L'obbligo di dichiarazione individuale di adesione allo sciopero è stato previsto da un disegno di legge del 2009 (A.S. n. 1472 presentato il 23 marzo 2009) che, tuttavia, non ha mai avuto l'approvazione del Parlamento: cfr. *supra*, cap. III, par. 7.

ammesso la legittimità costituzionale di questa norma⁶⁸.

Può essere inoltre indetto un *referendum* consultivo tra i lavoratori decorsi otto giorni dall'inizio dello sciopero per verificare l'opportunità della sua prosecuzione. Gli utenti hanno diritto ad una piena informazione, almeno 24 ore prima dell'inizio dello sciopero; ed è interessante che sia previsto espressamente il rimborso dei biglietti in caso di mancata utilizzazione del servizio a causa dello sciopero.

La legge ha concretizzato una promessa elettorale dell'allora Presidente Sarkozy⁶⁹. E si ritiene che potrebbe preparare la strada per altre regolazioni⁷⁰.

Ed invero, nel 2008, è stata emanata una legge specifica per quanto riguarda le scuole materne ed elementari. Queste due leggi possono prefigurare i caratteri di una generale regolamentazione dello sciopero, almeno nel settore dei servizi pubblici: entrambe pongono l'accento sul ruolo del sindacato, aumentando la lunghezza del periodo di negoziazione prima dello sciopero, e pongono in capo ai lavoratori l'obbligo di comunicare la propria intenzione di aderire ad uno sciopero almeno 48 ore prima del suo inizio. La particolarità della disciplina dello sciopero nel settore delle scuole materne ed elementari è che non è propriamente previsto un "servizio minimo". È prevista solo una sorta di servizio di custodia dei minori: il servizio educativo è interrotto, ma è salvaguardata la posizione di questi.

Regole specifiche sono state poi previste da una legge del 19 marzo 2012 nel settore del trasporto aereo dei passeggeri, confluita nel *Code des transports* (v. artt. L. 1114-1 ss.): tra esse, l'obbligazione di negoziazione e di comunicazione preventiva di adesione allo sciopero in capo ai lavoratori.

⁶⁸ Cons. Const., 16 agosto 2007, n. 2007-556, in *DS*, 2007, 1221 ss., con nota di V. BERNAUD.

⁶⁹ Cfr. R. VATINET, *Les enjeux du service minimum dans le transports publics*, in *JCP*, 2007, 270 ss. Dello stesso A. cfr. *Un nouveau droit des conflits du travail?*, in *DS*, 2008, 671 ss.

⁷⁰ Cfr. S. LAULOM, *Collective Action in France. Towards a Restriction of the Right to Strike?*, in E. ALES, T. NOVITZ (eds.), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe*, cit., 42.

9. La serrata.

La lingua giuridica francese non possiede un termine specifico per indicare la chiusura dell'azienda da parte del datore di lavoro nel contesto di un conflitto collettivo che coinvolga tutto o parte del suo personale: viene usato il termine inglese *lock-out*⁷¹.

A differenza di quanto avviene in altri Paesi (ad esempio, nella Repubblica Federale Tedesca), la serrata non è, nell'ordinamento francese, un diritto riconosciuto ai datori di lavoro. Non costituendo l'esercizio di un diritto, essa è considerata un inadempimento colpevole delle obbligazioni contrattuali, con la conseguenza che devono comunque essere corrisposte ai lavoratori le retribuzioni⁷². Va da sé che, se il rifiuto delle prestazioni offerte dai lavoratori è causato dall'impossibilità assoluta di continuare la gestione dell'impresa, o se si versa in un caso di forza maggiore, il datore è liberato dal suo obbligo retributivo; per contro, il semplice fatto che la continuazione della gestione dell'impresa sia divenuta più difficile o onerosa non libera il datore da quell'obbligo. È su questa distinzione che la giurisprudenza si è oggi attestata; senza ricorrere alla nozione di *lock-out*, essa contrappone la chiusura illecita dell'azienda alle situazioni che costringono il datore a questa chiusura⁷³.

⁷¹ V., sulle sentenze specifiche in tema di serrata nell'ordinamento francese, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2004, 721 ss., spec. 753.

⁷² Cfr. G AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, cit., 1488 ss.

⁷³ Analoga è la conclusione cui si giunge nell'ordinamento italiano, ove si ritiene che il datore di lavoro sia esonerato dall'obbligo retributivo solo in presenza di una impossibilità, in ipotesi a causa di modalità abnormi dello sciopero, di continuare la gestione dell'impresa: cfr. M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, cit., 201 ss.

SEZIONE II

IL SISTEMA TEDESCO

SOMMARIO: 10. Il modello sindacale tedesco e la sua base nell'art. 9, 3° co., del *Grundgesetz*. – 11. Il riconoscimento della libertà di associazione sindacale e le sue implicazioni. – 12. Il regime della contrattazione collettiva. – 13. Struttura e livelli della contrattazione collettiva. – 14. Contrattazione collettiva e salario minimo legale. – 15. La complementarietà tra contrattazione collettiva e diritto di sciopero. – 16. I limiti dello sciopero contrattuale. – 17. Le conseguenze dello sciopero illegittimo. – 18. La serrata. – 19. Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. – 20. La codeterminazione. – 21. La relazione tra la contrattazione collettiva e le competenze dei consigli d'azienda. – 22. La cogestione.

10. Il modello sindacale tedesco e la sua base nell'art. 9, 3° co., del *Grundgesetz*.

Un altro esempio di modello dell'Europa continentale che si presenta giuridificato sul piano dei rapporti collettivi è quello tedesco.

Sul piano delle fonti, di fondamentale rilevanza è l'art. 9 della Costituzione tedesca (*Grundgesetz*), concernente la libertà di associazione sindacale.

In esso si dispone, al 3° co., che “il diritto di formare associazioni per la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni economiche e del lavoro è garantito a ognuno e in ogni professione. I patti diretti a limitare o escludere tale diritto sono nulli e sono illegali le misure indirizzate a tale scopo. I provvedimenti adottati in forza degli articoli 12 a, 35, 2° e 3° comma, 87 a, 4° comma e 91 non possono essere diretti contro i conflitti di lavoro condotti dalle associazioni di cui al primo periodo (del presente comma) al fine di salvaguardare e migliorare le condizioni economiche e del lavoro”.

Da questa disposizione sono state desunte alcune importanti conseguenze, attraverso un “diritto pretorio”⁷⁴. Innanzitutto, nel sistema te-

⁷⁴ Costruito dal *Bundesarbeitsgericht* (BAG) (il Tribunale federale per le controversie di lavoro).

desco non esiste una legislazione sulla rappresentatività sindacale, quale esiste invece in Francia. La garanzia giuridica dei diritti sindacali e la loro tipologia sono stati frutto della elaborazione giurisprudenziale a partire proprio dall'art. 9, 3° co., della Costituzione tedesca. Sotto questo profilo, vi è un'analogia con l'Italia, ove vi è stata una rilevantissima elaborazione scientifica e giurisprudenziale, sulla base del 1° co. dell'art. 39 Cost. ("l'organizzazione sindacale è libera"). Le analogie tuttavia si arrestano qui, perché manca nel *Grundgesetz* un equivalente della parte II dell'art. 39 della nostra Costituzione, relativa alla acquisizione di personalità giuridica dei sindacati e alla attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, che è una peculiarità tutta italiana. Nella Costituzione italiana vi è poi una norma esplicita dedicata alla protezione giuridica dello sciopero⁷⁵, che manca nella Costituzione tedesca. Inoltre i sindacati italiani, per quanto riguarda i diritti sindacali, hanno potuto fare riferimento anche alla l. n. 300 del 1970, che non ha equivalente in Germania.

Per contro, il sistema tedesco è regolato per quanto attiene alla contrattazione collettiva, e conosce due istituti peculiari del sistema di relazioni industriali: la codeterminazione e la cogestione.

11. Il riconoscimento della libertà di associazione sindacale e le sue implicazioni.

Si riconosce che la Costituzione tedesca, non solo garantisce la libertà individuale di associazione, ma protegge anche i gruppi organizzati allo scopo di tutelare e promuovere le condizioni di lavoro dei loro membri⁷⁶. Quindi è riconosciuto che l'art. 9, 3° co., *Grundgesetz* garan-

⁷⁵ Cfr. l'art. 40 Cost., ai sensi del quale, "il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano".

⁷⁶ È, questa, una impostazione comune nei diversi ordinamenti in cui è previsto l'espresso riconoscimento legislativo della libertà sindacale: la garanzia concerne i singoli e i gruppi organizzati. Inoltre si ritiene tutelata la libertà sindacale positiva e quella negativa (per ciò che concerne la RFT v., in particolare, M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 163 ss.; M. FUCHS, *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004. National Report Germany*, 2 ss., in <http://eprints.unifi.it/archive/00001160/>).

tisce anche la libertà di contrattazione collettiva o l'autonomia collettiva (*Tarifautonomie*)⁷⁷. È tuttavia controverso in quale misura questa autonomia sia esattamente protetta dalle interferenze da parte del legislatore⁷⁸. Questo emergerà quando si tratterà di specifici aspetti della disciplina dei contratti collettivi, del conflitto collettivo e delle forme di partecipazione dei lavoratori.

Dal momento che non esiste una definizione legislativa di sindacato, questa nozione centrale del diritto sindacale è stata fornita dalla giurisprudenza, in particolare della Corte federale del lavoro, che ha dovuto contemperare due confliggenti interessi: da una parte, quello di avere organizzazioni sufficientemente forti da garantire risultati nella contrattazione collettiva, d'altra parte, quello di consentire anche alle nuove organizzazioni sindacali di operare.

Di qui l'elaborazione di alcuni criteri ad opera della giurisprudenza. L'associazione deve essere costituita per una durata indeterminata; un'associazione *ad hoc* non è sufficiente, per la semplice ragione che si deve garantire che l'associazione continuerà ad esistere almeno per la durata per la quale il contratto collettivo è stato concluso. Deve essere garantita una struttura associativa. Le associazioni sindacali di cui all'art. 9, 3° co., *Grundgesetz* devono conformarsi a principi democratici: si tratta di un criterio che costituisce una reazione all'esperienza del III Reich. Il criterio si traduce poi nella necessità che ricorrono alcuni elementi, quali l'incarico a tempo determinato dei funzionari dell'associazione e l'eguale partecipazione di tutti i soci al potere decisionale. L'associazione può solo consistere di membri che appartengano o alla categoria dei lavoratori o alla categoria dei datori di lavoro al fine di garantire genuinità ed

⁷⁷ Cfr. BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02, in *AP*, 163, art. 9 GG *Arbeitskampf*.

⁷⁸ Cfr. BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, in *ILLR*, 21, 413 ss. in relazione ai limiti dell'intervento legislativo sulle previsioni dei contratti collettivi. La Corte statuisce che, pur essendo la contrattazione collettiva protetta dall'art. 9 *Grundgesetz*, ciò non significa che il legislatore non possa regolare le materie attinenti al lavoro. L'intervento legislativo deve tuttavia essere giustificato dall'esigenza di proteggere un interesse pubblico che rivesta egualmente un rango costituzionale e deve rispondere al (consueto) principio di proporzionalità. Analogo problema è sorto nell'ordinamento italiano: cfr. Corte cost. 7 febbraio 1985, n. 34, Corte cost. 23 giugno 1988, n. 697, Corte cost. 26 marzo 1991, n. 124.

indipendenza. Il quinto criterio è basato sulla stessa idea del terzo e del quarto: un'associazione sindacale non può essere limitata a un solo stabilimento ma deve raggruppare i lavoratori di più imprese: ciò è visto, di nuovo, come la migliore garanzia di indipendenza. Ancora, ai sensi dell'art. 9, 3° co., *Grundgesetz*, un'associazione sindacale dev'essere indipendente dal suo antagonista sociale. Infine, essa deve essere indipendente dai terzi, in particolare dallo Stato e dai partiti politici, anche se separazione, in particolare dai partiti politici, non significa neutralità. Infatti i sindacati aderenti al DGB (*Deutscher Gewerkschaftsbund*) sono politicamente vicini all'SPD, più che ad ogni altro partito.

Una caratteristica fondamentale della struttura sindacale in Germania è che vi è un sindacalismo unitario, nel quale confluiscono le differenti componenti politiche ed ideologiche. La seconda importante caratteristica è che i sindacati sono organizzati soprattutto per ramo d'industria. Le più importanti organizzazioni sindacali sono quelle organizzate nel DGB (*Deutscher Gewerkschaftsbund*). Tuttavia, recentemente, sono nati sindacati di mestiere che giocano un ruolo importante, in particolare nell'area dell'aviazione civile e nel settore ferroviario.

Il DGB, pur avendo la capacità di stipularli in base al *Tarifvertragsgesetz*, art. 2, 3° co. (v. *infra*), non stipula contratti collettivi; in base all'ordinamento interno, questa competenza spetta alle associazioni aderenti. Esso coordina le politiche dei sindacati membri e può anche mediare conflitti sindacali, se richiesto di farlo.

Il tasso di sindacalizzazione, rimasto a lungo piuttosto stabile (tra il 30 e il 40%), alla fine del 2006 era del 21% ⁷⁹ e nel 2011 del 18% ⁸⁰.

Neppure la confederazione sindacale dei datori di lavoro tedeschi, la BDA (*Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände*), partecipa alla contrattazione collettiva, che ricade nella competenza dei sindacati associati. Come per i lavoratori, anche per i datori di lavoro il grado di sindacalizzazione è rapidamente calato dalla fine degli anni '90. La ragione principale consiste nella emersione di divergenze di interessi tra le piccole/medie imprese e le grandi imprese, sulle cui esigenze si ritene-

⁷⁹ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 174.

⁸⁰ ICTWSS database, AIAS-Institute, Università di Amsterdam: v. <http://www.uva-aias.net/208>.

vano calibrati i contratti collettivi nella regolazione di condizioni di lavoro centrali, quali orari di lavoro e retribuzioni⁸¹. Alcune associazioni sindacali di datori di lavoro hanno cercato di reagire a questa tendenza offrendo due tipi di iscrizione: quella ordinaria e quella, per così dire, straordinaria, che implica che l'associato goda di tutti i servizi offerti dall'associazione ma non sia vincolato all'applicazione del contratto collettivo. La Corte federale del lavoro nel 2006 ha affermato la legittimità di questa pratica, sulla base dell'art. 9, 3° co., *Grundgesetz*, che garantisce il diritto dell'associazione sindacale di determinare il suo tipo di organizzazione e le procedure decisionali⁸².

12. Il regime della contrattazione collettiva.

La contrattazione collettiva, oltre a trovare riconoscimento nell'art. 9, 3° co., *Grundgesetz* quale forma della libertà sindacale, trova disciplina nel *Tarifvertragsgesetz* (TVG) del 1949, novellato nel 1969, nel 1974 e da ultimo nel 2010 e nel 2014. Esso si compone di soli tredici articoli e il suo impianto è rimasto sostanzialmente stabile nel tempo; da segnalare, comunque, l'emendamento del 1974, quando l'art. 12 a) TVG è stato aggiornato al fine di consentire contratti collettivi per i lavoratori para-subordinati.

È chiaro che, in certa misura, una regolazione della contrattazione introduce qualche limite alla autonomia collettiva. Ed è per questo che sia i sindacati dei lavoratori sia le associazioni dei datori di lavoro hanno fatto ricorso alla Corte costituzionale, invocando l'art. 9, 3° co., *Grundgesetz*. Ma la Corte costituzionale federale ha dichiarato che il quadro tracciato nel TVG non contrasta con l'art. 9, 3° co., *Grundgesetz*⁸³.

Più in particolare, questa legge disciplina: il contenuto, la forma, i

⁸¹ Cfr. M. FUCHS, *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004. National Report Germany*, cit., 22.

⁸² BAG 18.7.2006 – 5 AZR 303/03, in *ILLR*, 26, 401 ss.

⁸³ Cfr. BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, in *BVerfGE*, 44, 322 e, più recentemente, BVerfG 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, in *NJW*, 1993, 1379.

soggetti e l'efficacia normativa del contratto collettivo. Secondo l'art. 2 del TVG, i contratti collettivi devono essere conclusi, dalla parte dei lavoratori, da associazioni sindacali e, dalla parte dei datori di lavoro, sia da un singolo datore di lavoro sia da associazioni sindacali. Non esiste però una definizione legislativa di associazione sindacale, sicché nasce il problema se ogni gruppo di lavoratori o di datori di lavoro possa essere legittimato come parte nella stipulazione di un contratto collettivo o se certi requisiti debbano essere attinti per la conclusione del medesimo.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, è proprio questa la soluzione, anche alla luce dell'art. 9, 3° co., *Grundgesetz*⁸⁴. Oltre ai criteri per essere qualificati associazione sindacale di cui si è sopra detto, un sindacato, al fine di essere parte della contrattazione collettiva, ai sensi dell'art. 2 del TVG, deve avere tre ulteriori requisiti: la volontà di stipulare contratti collettivi, espressa nello statuto come principale compito dei sindacati; un sufficiente "potere sociale" per esercitare pressione sui datori di lavoro: la necessità di una sufficiente forza contrattuale è basata sull'assunto che il funzionamento del sistema di contrattazione collettiva potrebbe essere minato se ad associazioni sindacali prive di forza contrattuale fosse consentito di partecipare alla contrattazione collettiva⁸⁵; la capacità di assolvere ai suoi compiti, che comprendono il controllo dell'attuazione del contratto collettivo. Un criterio, quest'ultimo, alquanto generico, la cui traduzione dipende anche dall'ampiezza della categoria che il sindacato autonomamente intende organizzare⁸⁶.

Secondo quanto disposto nell'art. 1 del TVG, nei contratti collettivi devono essere distinte due parti: la parte obbligatoria e la parte norma-

⁸⁴ Cfr. M. WEISS, M. SCHIMDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 183, ove ulteriori riferimenti.

⁸⁵ Cfr. M. FUCHS, *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004. National Report Germany*, cit., 4 ss. Si ritiene che un criterio, in ipotesi decisivo per giudicare del potere sociale dell'associazione, sia il numero degli associati. Nella sentenza del 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, il BAG ha sottolineato che, se l'associazione ha un numero limitato di iscritti, non potrà avere quella forza necessaria per condurre la trattativa per la stipulazione del contratto collettivo.

⁸⁶ Cfr. M. WEISS, M. SCHIMDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 185.

tiva. I diritti e gli obblighi delle parti del contratto collettivo possono essere fissati da clausole esplicite. Due obblighi tuttavia gravano sulle parti di un contratto collettivo anche se non sono espressamente menzionati: l'obbligo di pace (*Friedenspflicht*) e l'obbligo di esercitare influenza (*Einwirkungspflicht*). Queste obbligazioni sono considerate insieme nella stessa esistenza del contratto collettivo⁸⁷.

L'obbligazione di pace implica che le parti non possono cercare di modificare il contenuto del contratto attraverso qualche forma di azione collettiva nel periodo di validità dello stesso. Poiché l'obbligazione è limitata al contenuto del contratto collettivo si parla, in questo caso, di obbligazione di pace relativa⁸⁸. Sebbene non si escluda la previsione di un'obbligazione di pace assoluta – comportante l'astensione da ogni azione collettiva per la durata del contratto collettivo –, sulla base di uno specifico accordo, in pratica questo non avviene mai.

Il dovere delle parti di esercitare la loro influenza implica che esse devono usare tutti i mezzi a loro disposizione, secondo le regole che governano l'associazione sindacale, per assicurare che i propri membri rispettino le previsioni del contratto collettivo. Si ritiene tuttavia che il dovere di influenza non le obblighi a prendere iniziative di fronte a qualsiasi inadempimento contrattuale, per esempio se un datore viene meno alla obbligazione di corrispondere le retribuzioni collettivamente stabilite in presenza di difficoltà finanziarie. Si ritiene che la sua finalità sia piuttosto di assicurare che le previsioni del contratto siano general-

⁸⁷ In proposito, v. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 196; O. DEINERT, *Collective action in Germany. A union-based system*, cit., spec. 66 ss.

⁸⁸ Analoga terminologia è utilizzata nell'ordinamento italiano, ove tuttavia si tende a negare, seppure con argomentazione non sempre pertinente, che dalla semplice stipulazione del contratto collettivo discenda un obbligo di tregua sindacale, neppure relativo, in mancanza di una clausola esplicita: cfr. M. MAGNANI, *Tregua sindacale*, in *DDP Comm.*, Utet, 1999, 136 ss.; M.L. CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, F. Angeli, 2013; per una (opportuna) rivisitazione del tema cfr. M. FALSONE, *Contratto collettivo e diritto sindacale: le clausole di tregua e il diritto di sciopero*, tesi di dottorato scaricabile in <http://www.boa.unimib.it>. Alla stessa conclusione si è arrivati anche in relazione all'ordinamento francese: v. *supra*, in questo stesso cap., sez. I, par. 8. Per uno sguardo comparato sulle clausole di tregua sindacale, cfr. G. GIUGNI, *L'obbligo di tregua: valutazioni di diritto comparato*, in *RDL*, 1973, I, 23 ss.

mente osservate tra gli iscritti al sindacato e, principalmente, di prevenire ogni azione collettiva che ne mini la stabilità contravvenendo alla obbligazione di pace⁸⁹.

Quanto alla parte normativa, in base all'art. 4 del TVG, le disposizioni del contratto collettivo hanno un'efficacia diretta e cogente tra le parti, reciprocamente vincolate all'osservanza dello stesso. Viene sancito lo stesso principio contenuto nel nostro ordinamento nell'art. 2077 c.c. (e in quello francese nella legge del 1919⁹⁰), ossia l'effetto cd. impreettivo, vale a dire l'inderogabilità *in peius* del contratto collettivo da parte del contratto individuale⁹¹.

La legge disciplina, inoltre, la possibilità di attribuzione di efficacia generale al contratto collettivo. I contratti collettivi hanno di norma un'efficacia che è limitata agli iscritti alle associazioni stipulanti, ma l'art. 5 del TVG prevede la possibilità di estendere l'ambito di efficacia del contratto collettivo al di là della cerchia degli associati, nella regione e nelle categorie coperte dal contratto collettivo. Si tratta di una dichiarazione di efficacia generale (*Allgemeinverbindlicherklärung*) particolarmente usata in settori dove c'è un grande numero di datori di lavoro piccoli e non sindacalizzati (ad esempio l'industria delle costruzioni⁹²).

La dichiarazione di efficacia generale è adottata dal Ministro del la-

⁸⁹ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 182.

⁹⁰ V. *supra*, in questo stesso cap., sez. I, par. 3.

⁹¹ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 187; M. FUCHS, *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004. National Report Germany*, cit., *passim*; U. ZACHERT, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Università degli Studi di Trento, 1995, 55.

⁹² Per i dati circa la frequenza del ricorso alla procedura di estensione, cfr. *table 1*, in M. FUCHS, *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004. National Report Germany*, cit., 61; A. SEIFERT, *Employment Protection and Employment Promotion as Goals of Collective Bargaining in the Federal Republic of Germany*, in *IJCLLR*, 1999, 342 ss. Per dati più aggiornati, cfr. R. BISPINCK, T. SCHULTEN, *Sector-level Bargaining and Possibilities for Deviations at Company Level: Germany*, 2011, in <http://www.boeckler.de>, i quali sottolineano che in pratica oggi la Germania ha uno dei più bassi tassi di copertura della contrattazione collettiva nell'Europa occidentale, anche perché la procedura di estensione dei contratti collettivi è applicata solo per l'1,5% dei contratti collettivi.

voro, su richiesta delle parti stipulanti il contratto collettivo e con il consenso di una commissione (*Tarifausschuss*) composta da tre rappresentanti ciascuno provenienti dalle confederazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori⁹³.

Per l'industria delle costruzioni un modo aggiuntivo di estensione del contratto collettivo è previsto dalla legge sui lavoratori distaccati del 1996 (*Arbeitnehmerentsendegesetz – AEntG*). Dal gennaio 1999 l'estensione di un contratto collettivo può avvenire anche attraverso un decreto del Ministro del lavoro, che non richiede il consenso della Commissione dei rappresentanti delle contrapposte confederazioni sindacali. Questa procedura è stata stabilita per le difficoltà di ottenere il consenso della Commissione intersindacale all'estensione dei contratti collettivi che prevedono le tariffe minime applicabili anche ai lavoratori distaccati. Nell'agosto del 1999 il Ministro del lavoro ha esercitato per la prima volta questa nuova competenza ed adottato un decreto di estensione di un contratto collettivo sul salario minimo pari a 18,50 DM nella ex Repubblica federale tedesca e di 16,28 DM nella ex Repubblica democratica tedesca. Con una modifica alla legge nel 2009 si è portata avanti questa impostazione, estendendo l'applicazione della normativa a settori di servizi in cui il sindacato è debole per mancanza di un numero adeguato di iscritti e, di conseguenza, il livello dei salari molto basso (ad esempio servizi di pulizia, imbianchini e vernicatori, lavanderie, ecc.). Proprio in materia di estensione dei minimi salariali, non si applicava la regola del tetto del 50% dei lavoratori occupati nel campo di applicazione del contratto collettivo che prevede i minimi retributivi da estendere: ebbene, il Ministro del lavoro era autorizzato ad emanare un decreto di estensione su richiesta delle parti stipulanti il contratto stesso⁹⁴.

La Corte costituzionale tedesca, investita della questione della com-

⁹³ L'ulteriore condizione che i datori di lavoro per i quali il contratto collettivo fosse già vincolante impiegassero almeno il 50% dei lavoratori nel suo campo di applicazione occupazionale o geografico è stata abrogata dalla l. 11 agosto 2014 (*Tarifautonomiestärkungsgesetz*).

⁹⁴ Cfr. M. FUCHS, *Il ruolo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella crisi economica: l'esperienza tedesca*, in *DLRI*, 2013, 741 ss., che rileva come il livello dei salari minimi stabiliti secondo questa procedura si sia attestato tra gli euro 7,50 e gli euro 12,50.

patibilità della normativa sull'estensione dell'ambito di applicazione del contratto collettivo con la libertà sindacale negativa, ne ha escluso la fondatezza⁹⁵.

13. Struttura e livelli della contrattazione collettiva.

Quanto ai livelli della contrattazione collettiva, dominano i contratti collettivi a livello di *Land*; nei grandi *Länder* vi possono essere contratti collettivi anche a livello di distretto, mentre più rari sono i contratti collettivi che coprono l'intero territorio nazionale, tranne che nei settori sindacalmente deboli, come l'edilizia⁹⁶.

Rilevante è che, in Germania, la struttura della contrattazione collettiva si presenti tradizionalmente accentrata, nel senso della prevalenza del contratto di categoria, per quanto a livello di *Land* o distretto. Ed è interessante anche il fatto che i contratti dei *Länder* dell'ex Germania dell'Est presentino contenuti differenziati ed "inferiori" sia per quanto riguarda le condizioni normative, sia per quanto riguarda i trattamenti retributivi, rispetto all'ex Germania dell'Ovest.

Verso la metà degli anni '90, nella Germania dell'Est come in quella dell'Ovest, molte imprese incontrarono difficoltà nel rispettare le condizioni minime stabilite dai contratti collettivi. Questo è stato il punto di partenza di differenti sviluppi per quanto riguarda la centralizzazione della contrattazione collettiva. I consigli di azienda (v. *infra*, par. 21) sono stati legittimati, a certe condizioni, a regolare specifiche materie in modo diverso rispetto a quanto previsto da un contratto collettivo.

Questo è stato fatto inserendo le cd. clausole di apertura (*Öffnungsklauseln*), la cui base giuridica è contenuta nell'art. 4, 3° co., *Tarifvertragsgesetz* (TVG) nei contratti collettivi. Va ricordato che, in base all'art. 77, 3° co., *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG), accordi aziendali

⁹⁵ BVerfG 24.5.1977 – 2BvL 11/74, in *BVerfGE*, 44, 322-353.

⁹⁶ Il fatto che il *Tarifvertragsgesetz* (TVG) preveda, all'art. 6, un registro dei contratti collettivi, istituito presso il Ministero del lavoro, in cui vengono registrate le stipulazioni e le modifiche dei contratti collettivi, così come l'arco temporale della loro validità, consente di avere un quadro aggiornato dei medesimi, reperibile nel sito del Ministero federale del lavoro (<http://www.bmwa.bund.de>).

stipulati dai consigli di azienda relativi alla retribuzione o ad altre condizioni di lavoro sono permessi solo se la stessa materia non è regolata in un contratto collettivo, anche se in ipotesi non applicato allo specifico rapporto di lavoro. Si tratta di una regola molto rigida, determinata dall'esigenza di prevenire la concorrenza dei consigli di azienda con le associazioni sindacali. Questa concorrenza è considerata pericolosa per la tenuta del sistema di contrattazione collettiva tra sindacati e associazioni di datori di lavoro o singolo datore di lavoro.

Naturalmente, secondo l'art. 77, 3° co., 2° periodo, *Betriebsverfassungsgesetz*, dipende dalle parti di un contratto collettivo decidere se siano consentiti o meno accordi aziendali in materie regolate dal contratto collettivo stesso⁹⁷. Le cd. clausole di apertura, previste raramente negli anni precedenti, hanno avuto una diffusione, come detto, verso la fine degli anni '90, quando fu chiaro che i contratti collettivi a livello regionale o nazionale avrebbero potuto solamente fornire un quadro di regolamentazione generale, da adattarsi alle condizioni delle singole imprese.

In realtà, se si vuole rappresentare il *trend* della contrattazione collettiva dagli anni '90 in poi, bisogna porre l'accento sul suo decentramento, che è avvenuto attraverso vie diverse: in primo luogo, attraverso una chiara tendenza a passare da contratti collettivi *multi-employer* (o di categoria) a contratti *single-employer* (o di azienda); in secondo luogo, attraverso l'enorme incremento delle clausole di apertura nei contratti collettivi. Ma non va neppure dimenticato il fenomeno della stipulazione di accordi aziendali in chiara violazione dell'art. 77, 3° co., *BetrVG*.

⁹⁷ Dall'inizio degli anni '90 si sono levate voci critiche nei confronti dell'impostazione dell'art. 77 del *BetrVG*. È stato proposto un disegno di legge dai cristiano-democratici e dai liberali per consentire la facoltà di deroga, anche in mancanza di clausola di apertura, a condizione che i 2/3 del personale interessato aderissero all'accordo aziendale, l'accordo aziendale fosse notificato alle parti del contratto collettivo e nessuna delle stesse vi si opponesse nel termine di quattro settimane. Il progetto non ha avuto la maggioranza necessaria. Secondo alcuni (M. FUCHS, *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004. National Report Germany*, cit., 29 ss., ove ulteriori riferimenti) vi sarebbero buone ragioni per ritenere che il "trasferimento" della capacità regolativa del sindacato al livello di impresa o stabilimento sarebbe in contrasto con la garanzia costituzionale dell'autonomia collettiva in base all'art. 9, 3° co., *Grundgesetz*.

I contratti collettivi aziendali, stipulati cioè da un sindacato e un singolo imprenditore, prima presenti quasi esclusivamente in poche imprese di grandi dimensioni (come Volkswagen e Lufthansa) e, a seguito della privatizzazione, in alcune imprese come Deutsche Post e Deutsche Bahn, hanno cominciato ad interessare anche imprese di più modeste dimensioni. E ciò specie nei *Länder* dell'ex Repubblica democratica tedesca⁹⁸.

14. Contrattazione collettiva e salario minimo legale.

Il calo della copertura della contrattazione collettiva può spiegare la recentissima approvazione, da parte del *Bundestag*, di una legge (*Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns – Mindestlohnsgesetz*), datata 11 agosto 2014, che introduce il salario minimo legale in Germania, a partire dal 1° gennaio 2015.

Come reazione all'autoritarismo del periodo nazista, con la determinazione della politica salariale da parte del governo, i sindacati dei lavoratori e le associazioni datoriali furono concordi nel non lasciare allo Stato il compito di fissare i salari, da considerare quale esclusiva prerogativa della contrattazione collettiva. Proprio questa esperienza storica spiega perché fino a tempi recenti i sindacati dei lavoratori siano stati contrari ad un salario minimo legale. Il loro atteggiamento è cambiato solo quando, a seguito della “erosione” della contrattazione collettiva,

⁹⁸ Cfr. M. FUCHS, *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004. National Report Germany*, cit., ed ivi specialmente le tabelle 6 e 7. I dati del 2012, tratti dal WSI Tarifarchiv, mostrano che alla diminuzione della percentuale di lavoratori coperti dalla contrattazione collettiva si affianca una marcata tendenza alla decentralizzazione (cfr. anche R. BISPINCK, T. SCHULTEN, *Sector-level Bargaining and Possibilities for Deviations at Company Level: Germany*, cit.). V. in generale sul *trend* della contrattazione collettiva, alterata nonostante il quadro legale sia rimasto stabile, A. HASSEL, *Twenty Years after German Unification. The Restructuring of the German Welfare and Employment Regime*, in *GP&S*, 2010, 102 ss.; W. STREECK, A. HASSEL, *The Crumbling Pillars of Social Partnership*, in H. KITSCHELT, W. STREECK (eds.), *Germany. Beyond the Stable State*, Routledge, 2004, 101 ss. Nella letteratura italiana, cfr. M. BORGZAGA, *Luci e ombre delle più recenti riforme del mercato del lavoro tedesco agli occhi del giuslavorista italiano*, in *LD*, 2014, 37 ss.

in un certo numero di settori produttivi, salari adeguati non potevano più essere garantiti⁹⁹.

Il salario minimo è oggi stabilito in 8,50 euro lordi per ora, come si è detto, a partire dal 1° gennaio 2015. Tuttavia fino al 31 dicembre 2017 sono fatte salve le clausole dei contratti collettivi, dichiarati di applicazione generalizzata, nelle quali è fissato un salario più basso. Questo è ancora il caso di alcuni settori.

La legge ha previsto l'istituzione di una commissione (*Mindestlohnkommission*) con il compito di proporre l'ammontare del salario minimo per adeguarlo via via alle nuove condizioni. La Commissione consiste di tre membri designati dai sindacati dei lavoratori, tre membri designati dai sindacati dei datori di lavoro e da un Presidente. Il Presidente è designato su proposta congiunta delle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro. Se non vi è una proposta congiunta, il Governo federale designa due persone, una proposta dalla confederazione dei sindacati e una proposta dalla confederazione delle associazioni dei datori di lavoro, che esercitano a turno la funzione di Presidente. Nel loro operato i membri della Commissione – che decidono a maggioranza – devono tenere conto dei risultati della contrattazione collettiva nell'anno di riferimento. In aggiunta ai membri ordinari della Commissione il governo federale designa due persone provenienti dal mondo accademico, una proposta dalla confederazione dei sindacati e un'altra dalla confederazione delle associazioni datoriali. Questi membri accademici devono essere indipendenti e hanno solo una funzione consultiva; vale a dire, non hanno diritto di voto.

Sulla base della proposta della Commissione il Governo federale fissa l'ammontare del salario minimo con un decreto e, quanto al suo ammontare, la proposta della Commissione è vincolante. Tuttavia, l'emanazione del decreto da parte del Governo non costituisce un obbligo: come chiarisce la relazione ministeriale di accompagnamento alla legge, il Governo può rigettare la proposta della Commissione laddove non ne condivida le motivazioni.

La legge, avversata dalle organizzazioni datoriali, si applica a tutti i la-

⁹⁹ Cfr. M. WEISS, *Statutory minimum wage in Germany*, Adapt Bulletin, 16 luglio 2014, in <http://www.adaptinternational.it>.

voratori dipendenti con alcune eccezioni, tra cui i giovani fino a diciotto anni senza diploma professionale, gli apprendisti, nonché i disoccupati da più di un anno limitatamente ai primi sei mesi dall'assunzione. La prima e la terza eccezione sono state molto controverse. Per quanto riguarda la prima, per la ragione che potrebbe rappresentare una forma di ingiustificata discriminazione per età; per quanto riguarda la seconda, per il timore che i datori di lavoro potessero essere tentati di far ruotare i disoccupati di lungo termine, al fine di non applicare il salario minimo¹⁰⁰.

A dispetto della gradualità con cui entrerà in vigore la norma e delle molte eccezioni introdotte, l'istituzione del salario minimo legale è vista come un importante aspetto del nuovo sistema del diritto del lavoro e delle relazioni industriali in Germania. L'impatto sul mercato del lavoro, però, non può essere ancora previsto.

È stato stimato, tuttavia, dal Ministero del lavoro tedesco che la riforma interesserà circa 3,7 milioni di lavoratori con bassa professionalità e occupati soprattutto nei *Länder* dell'Est¹⁰¹.

15. La complementarietà tra contrattazione collettiva e diritto di sciopero.

Sebbene le statistiche mostrino che il conflitto collettivo non sia tanto frequente in Germania, la sua disciplina è non di meno di notevole importanza per comprendere il diritto del lavoro tedesco.

Anche se, nell'ordinamento tedesco, nessuna previsione di legge si riferisce espressamente al conflitto collettivo, questa materia è comunque – ed indirettamente – regolata in dettaglio. Nell'inerzia legislativa, le regole del conflitto collettivo sono state scritte pressoché esclusivamente dai giudici.

Nell'ordinamento tedesco non esiste una norma come quella contenuta nell'art. 40 della Costituzione italiana e nel preambolo della Costituzione francese, che riconoscono esplicitamente e definiscono lo sciopero.

¹⁰⁰ Cfr. M. WEISS, *Statutory minimum wage in Germany*, cit.

¹⁰¹ Cfr. S. SPATTINI, *Germania: le perplessità sul salario minimo*, Bollettino ordinario Adapt, 15 aprile 2014, in <http://www.bollettinoadapt.it>.

pero come diritto. Ancora una volta la giurisprudenza ha estratto la regola di giudizio dall'art. 9, 3° co., *Grundgesetz* (GG). Come già ricordato, l'art. 9, 3° co., GG tratta solo della libertà di associazione sindacale.

Originariamente il termine “conflitti di lavoro” non era neppure incluso in questo articolo. Nel 1968 l'art. 9, 3° co., GG è stato modificato per chiarire che certe misure “di emergenza”¹⁰² non possono essere dirette contro un’azione collettiva condotta dalle associazioni sindacali al fine di salvaguardare e migliorare le condizioni di lavoro ed economiche. È perfettamente chiaro che questo emendamento non definisce i limiti legali dello sciopero; ma se ne può ricavare che lo sciopero è costituzionalmente protetto. Peraltro, il principio era già saldamente affermato dalla giurisprudenza¹⁰³.

Secondo il consolidato orientamento della Corte federale tedesca, l’azione industriale è esclusivamente complementare alla contrattazione collettiva. In altri termini, il conflitto collettivo è consentito solo se il suo obiettivo è la stipulazione di un contratto collettivo. L’importante implicazione di questa interrelazione tra contrattazione collettiva e conflitto collettivo è la seguente: il conflitto collettivo può essere legalmente posto in essere solo dalle parti legittime a concludere un contratto collettivo. Dalla parte dei lavoratori questo significa che uno sciopero può essere proclamato solo da un sindacato.

La conseguenza è che scioperi proclamati da gruppi di lavoratori che non sono sostenuti dal sindacato – i cd. scioperi spontanei o a gatto selvaggio – sono illegali. Per questo motivo si suole dire che in Germania il diritto di sciopero è un diritto del sindacato funzionale alla contrattazione collettiva e non un diritto del singolo, anche se si tratta di una formula ovviamente sintetica, dal momento che i sindacati sono esclusivamente legittimati a proclamare uno sciopero e tutti i lavoratori – anche i non iscritti – possono partecipare allo stesso¹⁰⁴.

¹⁰² E precisamente quelle di cui agli artt. 12 a, 35, 2° e 3° co., 87 a, 4° co., e 91, GG.

¹⁰³ La decisione fondamentale è ancora quella del *Grosser Senat* della Corte federale del lavoro: BAG 28.1.1955 – GS 1/54, in AP, 1, art. 9 GG *Arbeitskampf*. Cfr., sul punto, M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 203.

¹⁰⁴ V., da ultimo, L. NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in L. CO-RAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, 2014, 97 ss., che precisa trattarsi di doppia titolarità o titolarità congiunta.

Naturalmente, la complementarità dello sciopero rispetto alla contrattazione collettiva implica che sia ammesso esclusivamente lo sciopero economico-contrattuale e non quello politico.

Anzi, lo sciopero politico viene visto addirittura come un attentato alle prerogative del Parlamento: dal momento che i protagonisti di uno sciopero politico cercano di porre il Parlamento sotto pressione, si ritiene che sia violata la garanzia costituzionale della libertà dei membri del Parlamento¹⁰⁵.

In Italia – come così del resto avviene in Francia – lo sciopero per fine politico è ammesso, quale semplice libertà, in base all'interpretazione dell'art. 3, 2° co., Cost., perché si tratterebbe di un mezzo per garantire l'uguaglianza sostanziale di una classe sottoprotetta. In Germania, invece, questa conclusione non è accettata, giacché si ritiene che, così argomentando, la categoria dei lavoratori subordinati sarebbe privilegiata rispetto agli altri cittadini, avendo un mezzo in più, oltre al diritto di voto, per incidere sulla politica del Paese¹⁰⁶.

Nel 2007 tuttavia il BAG¹⁰⁷, sancendo la generale ammissibilità dello sciopero di solidarietà, ha introdotto una parziale modifica agli orientamenti tradizionali. Fino al 2007, infatti, la funzionalizzazione del conflitto sindacale alla contrattazione aveva portato la giurisprudenza tedesca ad escludere di norma la legittimità degli scioperi cd. secondari. Si tratta di azioni rivolte, non nei confronti della controparte contrattuale (datori di lavoro o relative associazioni), al fine di esercitare pressione in funzione della stipulazione o del rinnovo del contratto collettivo, ma verso terzi che non possono soddisfare le relative rivendicazioni. Nel

¹⁰⁵ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 207 ss.

¹⁰⁶ Questa è l'opinione tradizionalmente sostenuta da molti studiosi, ma parte della dottrina ha messo in discussione tale assunto, sul presupposto che le condizioni economiche e di lavoro sono in larga misura regolate dall'intervento dello Stato e la contrattazione collettiva è solo uno dei meccanismi tra gli altri, che sta divenendo meno importante della regolazione da parte dello Stato. Per questo si pone la questione se l'art. 9, 3° co., GG non possa "coprire" in certa misura i cd. scioperi politici. Naturalmente, la protezione dovrebbe essere limitata ai casi che concernono le condizioni economiche dei lavoratori: v., in proposito, W. DÄUBLER, *Diritto sindacale e cogestione nella Germania federale*, ed. italiana a cura di M. PEDRAZZOLI, F. Angeli, 1981, 220.

¹⁰⁷ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, in *AP*, 173, art. 9 GG *Arbeitskampf*.

2007 la Corte federale del lavoro (BAG) ha sancito che, dalla libertà di scelta dei mezzi di lotta sindacale, quale oggetto di tutela costituzionale *ex art. 9, 3° co., GG*, deriva la garanzia costituzionale dello sciopero di solidarietà finalizzato ad offrire sostegno ad un'azione primaria diretta alla stipulazione di un contratto collettivo (anche nel caso in cui non vi sia identità dei soggetti sindacali stipulanti).

Secondo il BAG, dalla concezione contrattualistica del conflitto industriale non può derivare l'illegittimità degli scioperi di solidarietà per il solo fatto che si fuoriesce dal campo di applicazione del contratto collettivo alla cui osservanza è tenuto il datore di lavoro, soggetto passivo dell'agitazione. Nella decisione in questione, tale conclusione è rafforzata dal richiamo alla garanzia del diritto di sciopero di cui alla Parte II, art. 6, n. 4, della Carta sociale europea¹⁰⁸, garanzia che non potrebbe tollerare una limitazione di carattere generale dello sciopero al campo di applicazione del contratto collettivo.

Le argomentazioni tradizionali con cui il BAG in passato ha (salvo ipotesi residuali) negato la legittimità dello sciopero secondario vengono tuttavia recuperate in sede di sindacato di proporzionalità (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*) nella tradizionale articolazione trifasica di giudizio di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto¹⁰⁹, alla luce del quale devono essere vagliati anche gli scioperi di solidarietà. Così, ad esempio, ai fini del giudizio di proporzionalità in senso stretto, occorre prendere in considerazione la vicinanza o lontananza del conflitto secondario rispetto al conflitto primario, valutando il nesso economico esistente tra il datore di lavoro interessato dallo sciopero primario e quello interessato dall'azione secondaria. Tale connessione si avrà in particolare nell'ipotesi di collegamento societario tra le imprese di un gruppo o nel caso della presenza di rapporti di collaborazione, servizio o di fornitura¹¹⁰.

¹⁰⁸ L'art. 6, n. 4, della Carta sociale europea (Trattato del Consiglio d'Europa, adottato nel 1961 e riveduto nel 1996, che, concepito quale completamento della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sancisce diritti civili e politici, riconosce diritti di natura sociale) stabilisce: "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".

¹⁰⁹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 11.

¹¹⁰ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 206-207; O. DEINERT, *Collective Action in Germany. A union-based system*, cit., 60.

16. I limiti dello sciopero contrattuale.

Oltre al principio della complementarità dello sciopero rispetto alla contrattazione collettiva, la Corte federale del lavoro ha stabilito dei requisiti affinché uno sciopero sia considerato lecito.

Originariamente, in base alla decisione della Corte federale del 1955, il più importante criterio per la valutazione di legittimità dello sciopero era il principio di adeguatezza sociale (*Sozialadäquanz*). Sembra che con ciò ci si volesse riferire a quanto è socialmente accettato da una società come legale. Tuttavia, poiché è proprio questa la questione controversa, il principio non è riuscito a risolvere il problema ed è servito unicamente come base per l'individuazione del reale criterio. Ed infatti, a partire dal 1971, la Corte federale del lavoro ha applicato un altro criterio, quale cardine della disciplina dello sciopero: il principio di *proporzionalità* (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*). Secondo questo principio, l'uso dell'azione industriale dev'essere idoneo, appropriato e necessario per raggiungere l'obiettivo proposto. In altre parole, il principio di proporzionalità tende a prevenire l'abuso di scioperi.

Ma resta il problema di tracciare la linea tra un corretto uso e l'abuso. A causa della vaghezza del principio in parola, la discrezionalità delle Corti nello specificare i limiti del diritto di sciopero è ritenuta piuttosto vasta¹¹¹. In ogni caso, dal principio di proporzionalità la Corte federale del lavoro ha ricavato soprattutto i seguenti limiti: uno sciopero deve rispettare l'obbligo di pace sindacale¹¹², deve essere condotto in maniera *equa*¹¹³, ma soprattutto deve essere *l'ultima ratio*, il che implica che tutti i mezzi di negoziazione devono essere esauriti e i meccanismi di risoluzione delle controversie devono essere stati esperiti prima che esso venga proclamato.

Se il principio del ricorso allo sciopero quale *ultima ratio* subordina

¹¹¹ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 203.

¹¹² BAG 31.10.1958 – 1 AZR 632/57, in *AP*, 2, § 1 TVG *Friedenspflicht*.

¹¹³ Non deve cioè tendere ad arrecare danno irreparabile all'impresa: ma la Corte federale del lavoro ha indicato che questo requisito di "fairness" può essere violato anche se lo sciopero raggiunge un certo grado di intensità, ad esempio per la sua lunghezza. Sull'articolazione di tale principio, cfr. *infra*, in questo stesso cap., par. 19.

la possibilità di intraprendere un'azione collettiva all'avvenuto fallimento del processo di negoziazione collettiva¹¹⁴, deve osservarsi che tale principio è stato tuttavia praticamente svuotato dalla giurisprudenza del BAG, il quale ha chiarito che esso non richiede una formale dichiarazione di fallimento delle trattative. La decisione in merito al fallimento delle trattative compete al sindacato ed essa non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale¹¹⁵.

17. Le conseguenze dello sciopero illegittimo.

Nel caso in cui l'astensione collettiva dal lavoro sia frutto di uno sciopero illegittimo, in quanto realizzato al di fuori dei limiti sopra descritti, si verificano conseguenze a carico del sindacato che lo ha indetto e, in alcuni casi, dei lavoratori che vi hanno aderito. Il sindacato che abbia proclamato uno sciopero illegittimo è infatti responsabile per ogni danno economico subito dal datore di lavoro a causa dello sciopero stesso. I lavoratori che rifiutino di prestare la propria attività lavorativa aderendo ad uno sciopero illegittimo saranno invece responsabili di un inadempimento del contratto individuale di lavoro, a condizione che fossero consapevoli della illegittimità dell'azione collettiva a cui hanno partecipato¹¹⁶.

Per altro verso, conseguenza fisiologica dello sciopero legittimamente indetto e attuato è la sospensione delle obbligazioni principali del rapporto di lavoro. L'adesione allo sciopero è espressione di un diritto fondamentale del lavoratore e determina la sospensione del suo obbligo di prestare la propria attività lavorativa¹¹⁷: pertanto, lo stesso non sarà disciplinarmente responsabile di alcun inadempimento del contratto di lavoro. Alla sospensione dell'obbligo di prestare l'attività lavorativa corrisponde il venir meno dell'obbligo retributivo in capo al datore di la-

¹¹⁴ Cfr. O. DEINERT, *Collective action in Germany. A union-based system*, cit., 68.

¹¹⁵ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 204.

¹¹⁶ Cfr. O. DEINERT, *Collective action in Germany. A union-based system*, cit., 59.

¹¹⁷ Cfr. O. DEINERT, *Collective action in Germany. A union-based system*, cit., 57.

voro. Peraltro, il sistema sindacale tedesco garantisce che i lavoratori scioperanti, aderenti ad un sindacato, ricevano dall'organizzazione sindacale a cui sono affiliati dei contributi economici (le cd. indennità di sciopero).

18. La serrata.

L'approccio originario della Corte federale tedesca risalente al 1955, ritenuto molto formalistico¹¹⁸, è che entrambe le parti, sindacato dei lavoratori e dei datori di lavoro, devono essere trattate allo stesso modo. Secondo questa concezione, della cd. parità delle armi, la serrata avrebbe dovuto considerarsi legittima alle stesse condizioni dello sciopero: e ciò sulla base dell'art. 9, 3° co., GG. Sennonché il trattamento paritario di sciopero e serrata, negli anni '70, ha cominciato ad essere posto in discussione e nel 1980 la Corte federale del lavoro ha rivisto la dottrina della parità delle armi, ponendo piuttosto l'accento sull'equilibrio di potere contrattuale: secondo questa veduta, lo sciopero è una leva indispensabile nella contrattazione collettiva, mentre la serrata generalmente non è richiesta per mantenere l'equilibrio di potere contrattuale. Di qui le limitazioni alla liceità della serrata: essa è consentita in presenza di alcune condizioni, fissate dalla giurisprudenza, quando lo sciopero può creare uno squilibrio in favore del sindacato. Ciò accade, ad esempio, quando lo sciopero concerne solo una piccola porzione di lavoratori occupati in imprese particolarmente vulnerabili per esercitare una pressione su tutte le imprese del settore; in questo caso il potere contrattuale può venire alterato al punto da consentire una serrata *multi-employer*, da parte dei datori di lavoro del settore. Se solo un piccolo numero di lavoratori coperti dal contratto collettivo è in sciopero, la concorrenza tra datori può essere alterata. In tal caso la serrata è consentita¹¹⁹. Come si può desumere dai casi discussi in giurisprudenza, la serrata assume in concreto le sembianze di uno strumento di difesa con-

¹¹⁸ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 211.

¹¹⁹ Per l'analisi dei problemi posti da questa regola cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 212.

tro uno sciopero (cd. serrata difensiva). Ma ulteriori limitazioni sono poste sulla serrata cd. difensiva. Essa non deve violare l'obbligo di pace, deve essere l'*extrema ratio* ed è soggetta alla regola della proporzionalità che governa tutte le forme di azione industriale (la risposta allo sciopero non deve essere così forte da apparire sproporzionata rispetto allo sciopero). La Corte federale del lavoro ha posto specifici limiti numerici: se prende parte allo sciopero fino al 25% dei lavoratori nell'area coperta dal contratto collettivo, può essere sospeso dal lavoro un ulteriore 25%; se è in sciopero una percentuale tra il 25% e il 50%, può essere sospeso fino al 50% di lavoratori. Se, infine, è in sciopero il 50% dei lavoratori, non è consentita una ulteriore sospensione.

La cd. serrata offensiva è di interesse meramente teorico.

19. Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Un divieto di sciopero vige per gli impiegati pubblici di carriera (*Beamten*), una nozione non definibile in termini funzionali¹²⁰, tra cui si annoverano ad esempio insegnanti, professori universitari, appartenenti alla polizia o ai vigili del fuoco, lavoratori del settore pubblico sanitario. Le ragioni del divieto, supportato dal Tribunale amministrativo federale e dalla dottrina maggioritaria, sono molteplici. Si ritiene che, poiché le condizioni di lavoro degli impiegati pubblici di carriera sono disciplinate in via legislativa, uno sciopero volto alla modifica delle stesse sarebbe necessariamente diretto contro l'organo legislativo: esso costituirebbe sciopero politico e, come tale, illegittimo per le ragioni sussunte.

Il diritto di sciopero sarebbe inoltre incompatibile con l'obbligo di fedeltà degli impiegati pubblici sancito all'art. 33, 4° co., GG. L'esclusione del diritto di sciopero è considerata parte dei principi tralatizi che regolano lo *status* degli impiegati pubblici di carriera. Infine, il divieto di sciopero è considerato quale compensazione per i privilegi goduti da tale classe di impiegati pubblici¹²¹.

¹²⁰ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 208 ss.

¹²¹ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 208 ss.

Già da tempo la dottrina ritiene che il divieto sia di dubbia compatibilità, non solo con l'art. 6, n. 4, della Carta sociale europea¹²² (che tutela “il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro d'intraprendere azioni collettive in caso di conflitti d'interesse, compreso il diritto di sciopero” a garanzia dell'effettività del “diritto di negoziazione collettiva”), ma anche con le Convenzioni OIL n. 87 sulla libertà sindacale e n. 98 sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, entrambe ratificate dalla Germania¹²³.

Nell'ordinamento tedesco è assente una normativa specifica sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Tuttavia dal principio di proporzionalità dell'azione sindacale discende la necessità che lo sciopero venga attuato in maniera “equa”. Una delle articolazioni di tale principio è l'obbligo di effettuare i lavori urgenti (*Notstandsarbeiten*), in costanza di sciopero, al fine di garantire i diritti dei terzi non coinvolti nel conflitto sindacale. I lavori urgenti sono diretti ad assicurare l'assistenza minima necessaria al soddisfacimento dei bisogni elementari di tipo personale, sociale e pubblico. Tale è il caso, ad esempio, dell'assistenza sanitaria.

Un'altra articolazione del principio della conduzione dell'azione sindacale in maniera equa è l'obbligo di effettuare i lavori di mantenimento (*Erhaltungsarbeiten*), diretti a garantire la funzionalità dell'azienda al termine dello sciopero e la sicurezza degli impianti nel corso dello stesso (si pensi ai controlli e alla sorveglianza necessari in un'azienda chimica).

20. La codeterminazione.

Come si è già anticipato, e come si è già compreso da alcuni riferimenti effettuati a proposito della struttura della contrattazione collettiva, il sistema tedesco ed il suo funzionamento non possono essere compresi se non si tiene conto delle forme di partecipazione dei lavoratori nell'impresa, che hanno radici profonde e che ne condizionano le dinamiche.

¹²² Cfr. *supra*, in questo stesso cap., par. 15.

¹²³ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 210.

In primo luogo, va ricordato il sistema dei consigli di azienda (*Betriebsräte*), che è stato ritenuto il carattere probabilmente più importante del diritto del lavoro tedesco¹²⁴. Per comprendere il sistema attuale bisogna tenere a mente che esso non è un'invenzione del movimento dei lavoratori: durante il XIX secolo, come reazione alla crescita del movimento operaio, i datori di lavoro volontariamente stabilirono alcune forme di partecipazione dei lavoratori. E ciò essenzialmente per due ragioni: per tenere i sindacati fuori dalle imprese e per dotare le proprie politiche a livello d'impresa di maggiore legittimazione. Nel 1891 i gruppi conservatori approvarono in Parlamento, contro la forte opposizione del partito social-democratico e dei sindacati, una legge che governava la partecipazione dei lavoratori.

Più tardi, a causa dei cambiamenti delle strategie sindacali, i sindacati cominciarono a supportare l'idea della partecipazione dei lavoratori al livello dell'impresa. E ovviamente la loro concezione era quella di una partecipazione controllata dai sindacati.

Non si possono qui ripercorrere tutte le vicende storiche che hanno portato alla disciplina attuale, rappresentata dal *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG) (legge sulla costituzione aziendale) del 1952, modificato sostanzialmente nel 1972¹²⁵.

In principio, secondo la legge, i consigli di azienda sono istituzioni separate dai sindacati. Essi rappresentano tutti i lavoratori di uno stabilimento, siano essi iscritti o non iscritti a un sindacato. Ma, a dispetto della separazione istituzionale tra sindacati e consigli d'azienda, ci sono degli stretti legami. I sindacati sono stati in grado di influenzare la composizione dei consigli d'azienda: la vasta maggioranza dei membri dei consigli d'azienda sono anche membri dei sindacati.

La modifica intervenuta nel 1989 ha reso più facile per i sindacati presentare liste di candidati: non solo quando, com'era previsto prima, un consiglio d'azienda non esisteva ancora, ma in ogni stabilimento dove il sindacato è rappresentato da almeno un membro (art. 14, 3° co.,

¹²⁴ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 222.

¹²⁵ Per una sintetica, ma illuminante, ricostruzione dell'evoluzione storica, cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 222-223.

BetrVG) ¹²⁶ il sindacato può presentare una lista di candidati.

I consigli d'azienda devono cooperare in base agli artt. 2, 1° co., e 74, 1° co., BetrVG con il datore di lavoro in buona fede. Conseguentemente, la proclamazione e conduzione di uno sciopero da parte del consiglio di azienda come mezzo di risoluzione dei conflitti è espressamente vietata dall'art. 74, 2° co., BetrVG ¹²⁷.

In base al BetrVG, ai consigli d'azienda è garantito un ampio spettro di specifici diritti di partecipazione, che vanno dal mero diritto di informazione e consultazione, fino al diritto di controllo e di voto e al più importante di tutti: il diritto di codeterminazione.

Codeterminazione, in questo contesto, significa che il *management* non può prendere alcuna decisione senza il consenso del consiglio d'azienda. In assenza di consenso, ogni decisione del *management* dovrebbe essere considerata illegale. Ma la codeterminazione significa anche di più: dà a entrambe le parti una eguale voce nel processo decisionale. Quindi, almeno in via di principio, ciascuna parte può prendere l'iniziativa e richiedere un nuovo accordo. Nelle materie oggetto di codeterminazione, se non si raggiunge un accordo, la controversia è portata innanzi a un comitato arbitrale (*Einigungsstelle*), la cui decisione è appellabile davanti al giudice del lavoro.

I diritti di partecipazione dei consigli d'azienda sono suddivisi in tre aree, che coprono materie sociali, materie relative alla gestione del personale e materie economiche. È l'area delle materie sociali quella nella quale il consiglio d'azienda ha il più ampio diritto di codeterminazione. I casi in cui esso gode di questa forte posizione sono enumerati nell'art.

¹²⁶ Secondo l'art. 9 del *Betriebsverfassungsgesetz*, il numero dei componenti del consiglio d'azienda dipende dal numero dei dipendenti dello stabilimento: ad es., negli stabilimenti da 5 a 20 dipendenti esso ha solo un membro; negli stabilimenti da 21 a 50 ne ha 3 e così via. Negli stabilimenti con più di 7000 dipendenti e fino a 9000, il numero dei componenti raggiunge i 35 lavoratori.

¹²⁷ Questo non vuol dire che ai membri del consiglio d'azienda non sia concesso di partecipare a scioperi proclamati dal sindacato al fine di raggiungere un certo risultato nella contrattazione collettiva. Ma, secondo la visione prevalente tra gli studiosi, il consiglio d'azienda come istituzione rappresentativa deve rimanere neutrale anche durante uno sciopero legittimo.

87 del BetrVG, che è la più importante previsione della legge ¹²⁸.

La lista di materie sociali enumerate nell'art. 87 mostra che l'introduzione e l'uso di nuove tecnologie è coperto dal diritto di codeterminazione solo se le apparecchiature tecniche sono destinate a monitorare il comportamento o la *performance* dei lavoratori. Ma deve essere sottolineato che la Corte federale del lavoro ha gradualmente esteso l'ambito di queste previsioni ¹²⁹.

21. La relazione tra la contrattazione collettiva e le competenze dei consigli d'azienda.

In via di principio v'è una netta separazione tra competenza dei *partner* sociali e di quelli aziendali.

Datore di lavoro e consigli d'azienda possono concludere cd. accordi aziendali, non solo nelle materie nelle quali essi hanno un diritto di codeterminazione, ma in tutte le materie relative alle relazioni tra lavoratori e *management* nello stabilimento.

¹²⁸ I casi sono: 1) materie relative all'organizzazione dell'impresa e alla condotta dei lavoratori nell'impresa; 2) orario di lavoro giornaliero, incluse le pause, e distribuzione delle ore di lavoro nei vari giorni della settimana; 3) temporanee riduzioni o incrementi dell'orario normale di lavoro; 4) momento, luogo e tipo di pagamento delle retribuzioni; 5) redazione dei principi generali in tema di ferie e pianificazione delle stesse; 6) introduzione di dispositivi per controllare la condotta o il rendimento dei lavoratori; 7) misure per prevenire gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e per la protezione della salute, sulla base di leggi o disposizioni in tema di sicurezza; 8) tipo, organizzazione e amministrazione delle misure sociali destinate allo stabilimento, all'impresa o al gruppo; 9) assegnazione di alloggi messi a disposizione dei lavoratori e individuazione delle condizioni disciplinanti l'uso di detti alloggi; 10) questioni relative alla struttura salariale nello stabilimento, in particolare per l'individuazione di principi regolanti la retribuzione e per l'introduzione di nuovi metodi di remunerazione e loro modifica; 11) fissazione delle tariffe di cottimo e dei principi della retribuzione incentivante; 12) principi relativi al sistema aziendale per raccogliere suggerimenti dei dipendenti; 13) principi in tema di effettuazione di lavoro di gruppo. Cfr., in generale, su costituzione e poteri del *Betriebsrat*, M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, cit., 127 ss.

¹²⁹ BAG 14.9.1984 – 1 ABR 23/82, in *AP*, 9, § 87 BetrVG 1972 *Überwachung*; BAG 22.3.1986 – 1 ABR 12/84, in *AP*, 14, § 87 BetrVG 1972 *Überwachung*.

In base all'art. 77, 3° co., BetrVG, gli accordi aziendali relativi alla retribuzione o ad altre condizioni di lavoro sono però consentiti solo a condizione che la stessa materia non sia disciplinata da un contratto collettivo. Ma, come già ricordato, dipende dalle parti della contrattazione collettiva decidere se attribuire agli accordi aziendali un potere di integrazione o di specificazione dei contratti collettivi. E questo può essere fatto, ed è stato fatto, con le cd. clausole di apertura¹³⁰.

Tuttavia, v'è ancora un largo numero di contratti collettivi che non inseriscono una clausola di apertura: in questi casi gli accordi derogatori rispetto agli *standard* collettivi sono in chiara violazione dell'art. 77, 3° co., BetrVG. Ma un considerevole numero di accordi aziendali è stato, ciononostante, stipulato. Si tratta di accordi aziendali "informali": i sindacati spesso ne sono a conoscenza e li accettano o, se sono forti, se ne appropriano, stipulando un vero e proprio contratto collettivo¹³¹.

22. La cogestione.

La democraticizzazione dell'economia interna era il modello ideato nell'epoca della Repubblica di Weimar. Secondo questo modello, doveva essere stabilita la partecipazione dei lavoratori ad ogni livello (impresa, Regioni e Stato). Questo rimase tuttavia un mero programma durante l'epoca di Weimar.

La rappresentanza dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*) delle società di capitali, caratterizzate dal sistema dualistico di *governance*, è stata vista come il primo passo verso l'obiettivo di cambiare la struttura di potere nel campo economico. I primi successi nel realizzare questo programma furono raggiunti nell'industria mineraria, del ferro e dell'acciaio, dopo la seconda guerra mondiale, con l'accordo delle imprese, timorose di essere smembrate dalle forze alleate. Esse sostinsero così il programma dei sindacati, offrendo loro una rappresentanza paritaria nel consiglio di sorveglianza delle società. Questo modello fu recepito dal legislatore nel 1951 con il *Montan-Mitbestimmungs-*

¹³⁰ V. *supra*, in questo stesso cap., par. 13.

¹³¹ Cfr. M. FUCHS, *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004. National Report Germany*, cit., 28 ss.

gesetz (MontanMitbestG). Le origini storiche spiegano perché fino ad oggi la situazione nelle imprese minerarie, del ferro e dell'acciaio differisce da quella di tutte le altre imprese tedesche¹³².

Nel 1952 le circostanze politiche erano già cambiate: è per questo che il BetrVG – che non solo ha disciplinato le forme di rappresentanza sindacale dei lavoratori a livello dell'unità produttiva ma ha anche introdotto un secondo modello di partecipazione dei lavoratori negli organi societari applicabile alle imprese con più di 500 dipendenti e non operanti nel settore minerario, del ferro e dell'acciaio – ha introdotto un modello di rappresentanza dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza molto lontano dal livello di rappresentanza nell'industria mineraria¹³³.

Negli anni seguenti, i sindacati fecero grandi sforzi per estendere il “modello minerario” del 1951. E da ultimo un compromesso è stato raggiunto nel 1976 con il *Mitbestimmungsgesetz* (MitbestG), che ha introdotto un terzo modello, definito quasi paritario, applicabile alle imprese (o ai gruppi di imprese) con almeno 2000 dipendenti e non operanti nel settore minerario, del ferro e dell'acciaio. Questo breve *excursus* storico spiega perché siano ancora oggi operanti tre modelli¹³⁴.

Nelle imprese, come si è detto con più di 2000 dipendenti, rientranti nel campo di applicazione del MitbestG, il consiglio di sorveglianza, le cui dimensioni dipendono dal numero di lavoratori impiegati nell'impresa (o nel gruppo), è composto da un numero eguale di rappresentanti dei lavoratori e degli azionisti; inoltre, almeno due (o tre, nel caso in cui l'organo sia composto in totale da venti membri) dei rappresentanti dei lavoratori in seno al consiglio di sorveglianza devono essere appar-

¹³² Il modello si applica alle *sole* imprese con più di 1.000 dipendenti del *solo* settore carbossiderurgico. L'aspetto prevalente dell'impresa deve essere l'estrazione del carbone fossile, lignite o minerali di ferro e la loro preparazione per utilizzi successivi, nonché la produzione di ferro e acciaio: v., per ulteriori riferimenti bibliografici, M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, cit., 147 ss.

¹³³ Oggi regolato dal *Drittelparteiengesetz* del 2004. Esso prevede una rappresentanza dei lavoratori pari ad un terzo dei membri: cfr. M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, cit., 146 ss.; M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, cit., 111 ss.

¹³⁴ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 248 ss.

tenenti al sindacato rappresentato nell'impresa (o nel gruppo di imprese), mentre gli altri rappresentanti dei lavoratori devono essere dipendenti dell'impresa, uno dei quali eletto su proposta dei dirigenti.

La particolarità del modello sta nelle modalità della scelta del Presidente e del vice Presidente del consiglio di sorveglianza, eletti a maggioranza dei 2/3; se non è possibile raggiungere tale maggioranza qualificata, spetta agli azionisti la scelta del Presidente e ai lavoratori la scelta del vice Presidente. L'importanza di tale modalità di scelta emerge chiaramente se si considera che al Presidente spetta, in caso di parità, il voto decisivo (il "doppio voto"); il che garantisce, comunque, una prevalenza degli azionisti sui lavoratori, giacché essi in ultima analisi finiscono per scegliere il Presidente, figura dirimente per le decisioni del consiglio.

Anche questa circostanza ha indotto la Corte costituzionale ad affermare la legittimità costituzionale del sistema di cogestione. A dispetto del fatto che il MitbestG del 1976 è stato approvato dal Parlamento con un'ampia maggioranza, alla Corte costituzionale federale è stato richiesto, su iniziativa di nove imprese e ventinove associazioni di datori di lavoro, di esaminarne la costituzionalità. Secondo la prospettazione dei datori di lavoro, il MitbestG, nella sua versione del 1976, sarebbe stato incompatibile con la garanzia costituzionale della proprietà privata (art. 14 GG), impedendo agli azionisti di gestire liberamente l'impresa, nonché di prendere le relative decisioni in autonomia. Inoltre, avrebbe violato la libertà di associazione sindacale come garantita dall'art. 9, 3° co., GG, mettendo a repentaglio la netta separazione tra datore di lavoro e lavoratori, che è vista come una condizione del sistema di libera contrattazione collettiva (protetta dall'art. 9, 3° co., GG). In un'importante decisione del 1° marzo 1979, la Corte costituzionale federale¹³⁵ ha rigettato l'eccezione di incostituzionalità: poiché le decisioni finali nel consiglio di sorveglianza restano ancora nelle mani degli azionisti – per i motivi detti sopra – non ne viene violata la garanzia della proprietà privata, né si può rilevare un pericolo per la contrattazione collettiva.

Sebbene ormai introiettata nell'assetto istituzionale e nella cultura giuridica tedesca, la cogestione torna di tanto in tanto ad essere oggetto di riflessione, specie a fronte dell'avanzata, più forte nello scorso de-

¹³⁵ BVerfG 1.3.1979, in *Betriebs-Berater*, 1979, 2. V. sulla sentenza, tra i tanti, S. STITIS, *La Corte costituzionale federale e la cogestione*, in *DLRI*, 1979, 619 ss.

cennio, del modello neoliberista di stampo anglosassone. Stimolate dalla discussione sulla Società europea, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sul diritto di stabilimento e dal fatto che il livello tedesco di codeterminazione è sostanzialmente unico nell'Unione europea, ci sono forze politiche che premono per una generale restrizione del livello di rappresentanza dei lavoratori ad un terzo dei membri del consiglio di sorveglianza. La commissione Biedenkopf, istituita da Schröeder, che ha terminato i suoi lavori nel 2006, non ha trovato ragioni fondamentali per una sostanziale modifica della legge sulla cogestione¹³⁶.

¹³⁶ Cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, cit., 257; M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia*, cit., 122 ss.

