



Lo sciopero (nei servizi pubblici) in Germania: uno sguardo critico dall'Italia

WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 117/2015

© Edoardo Ales 2015
Università di Cassino e del Lazio Meridionale
e.ales@unicas.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Lo sciopero (nei servizi pubblici) in Germania: uno sguardo critico dall'Italia^α

Edoardo Ales
Università di Cassino e del Lazio Meridionale

1. La regolamentazione del conflitto collettivo (Arbeitskampf) nell'ordinamento tedesco.	3
1.1 Il quadro regolativo originario.	3
1.2 Il quadro regolativo più recente.	9
a) Lo sciopero di preavviso (<i>Warnstreik</i>).	9
b) Lo sciopero di solidarietà (<i>Solidaritäts- Sympathie-Unterstützungstreik</i>).	11
c) Ancora 'contro chi': il datore di lavoro non iscritto all'organizzazione stipulante (<i>Außenseiter Arbeitgeber</i>) ma che applica, per rinvio dinamico, il contratto collettivo per il cui rinnovo si sciopera.	12
d) Il <i>Flashmob</i> quale strumento conflittuale.	13
e) La fine della <i>Tarifeinheit</i> : i suoi presupposti e le sue conseguenze.	14
f) Gli sviluppi sul versante datoriale.	18
(1 - 2) La serrata difensiva (<i>Abwehraussperrung</i>) e la <i>Betriebsstilllegung</i>	18
(3) L'utilizzo dei <i>Beamten</i> in sostituzione di lavoratori scioperanti (<i>Streikeinsatz von Beamten</i>).	20

^α Il saggio è destinato al volume curato da Giovanni Pino per la Commissione di Garanzia sullo sciopero nei servizi essenziali, dal titolo *Diritti costituzionali, conflitto collettivo e regole. Lineamenti per il nuovo secolo*, in corso di pubblicazione presso Giappichelli Editore.

(4) Le prestazioni (servizi) di emergenza e di mantenimento (<i>Not- und Erhaltungsarbeiten oder Dienst</i>).....	23
(5) Il passaggio di un'impresa da un'iscrizione piena (<i>Vollmitgliedschaft</i>) all'associazione datoriale di categoria a un'iscrizione senza vincolo di applicazione del contratto collettivo (<i>Mitgliedschaft-ohne-Tarifbindung – OT Mitgliedschaft</i>).....	26
2. Lo sciopero nei servizi essenziali.....	28
3. Conclusioni.....	33
Bibliografia essenziale.....	34

1. La regolamentazione del conflitto collettivo (Arbeitskampf) nell'ordinamento tedesco.

1.1 Il quadro regolativo originario.

La considerazione, in termini di politica del diritto e di diritto positivo, del conflitto collettivo in Germania, differisce di molto da quella italiana. Una simile affermazione emerge confermata dalla diversa impostazione costituzionale dei due ordinamenti in materia. La Costituzione italiana del 1948 riconosce esplicitamente la libertà di organizzazione sindacale (art. 39 comma 1) e il diritto di sciopero (art. 40), mentre quella tedesca del 1949 (*Bonner Grundgesetz - GG*) riconosce il diritto fondamentale di ciascuno, quale che sia la sua professione (*Beruf*), a costituire associazioni che abbiano come scopo la tutela e la promozione delle condizioni economiche e di lavoro (art. 9 par. 3 GG).

Quest'ultima disposizione è stata interpretata dal Tribunale Costituzionale Federale (*Bundesverfassungsgericht*¹) in termini di libertà di coalizione (*Koalitionsfreiheit*), da riconoscere specularmente e, dunque, paritariamente, ai lavoratori e ai datori di lavoro. Si tratta, quindi, in primo luogo, di un diritto individuale fondamentale di libertà, positivo e negativo. Tuttavia, lo stesso *Bundesverfassungsgericht* ha contestualmente posto l'enfasi sulla natura anche collettiva della *Koalitionsfreiheit*, da intendersi come diritto fondamentale a duplice valenza (*Doppelgrundrecht*). Esso garantisce, infatti, oltre all'individuo, la coalizione, nella sua esistenza (*Bestand*), nella sua (auto)conformazione (*Ausgestaltung*) e nella sua azione (*Betätigung*)².

L'obiettivo essenziale delle coalizioni protette dall'art. 9 par. 3 GG è la conclusione di contratti collettivi. In questo ambito, esse sono libere di agire senza condizionamenti esterni. La scelta dei mezzi dell'azione collettiva è, dunque, rimessa alle stesse coalizioni, non avendo ritenuto il legislatore tedesco di dover intervenire a disciplinare il conflitto collettivo, così come, invece, avvenuto per il contratto collettivo con il *Tarifvertragsgesetz (TVG)* e per gli accordi aziendali (*Betriebsvereinbarungen*) con il *Betriebsverfassungsgesetz (BetriebVerfG)*.

Ciò comporta che, laddove il perseguimento degli scopi associativi dipenda dall'utilizzo di determinati mezzi d'azione, questi ultimi ricadono nell'ambito di protezione del diritto fondamentale di coalizione,

¹ La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* verrà citata nel saggio con la sigla BVerfG: essa è reperibile on-line su www.dejure.org

² BVerfG 18.11.1954, 1 BvR 629/52 e BVerfG 28.02.1979, 2 BvR 84/79.

acquistando, dunque, rilievo costituzionale. Al loro novero appartengono, a maggior ragione, gli strumenti di lotta (*Arbeitskampfmaßnahmen*), finalizzati alla sottoscrizione di un contratto collettivo. Più nello specifico, detti strumenti godono della copertura costituzionale fintanto che necessari a garantire la funzionalità dell'autonomia collettiva e la conclusione di contratti collettivi. Da ciò deriva l'illegittimità dell'azione collettiva a fini non contrattuali (sciopero politico, per esempio).

In linea di principio, la copertura costituzionale derivante dalla *Koalitionsfreiheit* non è riconosciuta alle coalizioni spontanee dei lavoratori, mentre è garantita al singolo datore di lavoro. Di conseguenza, se, da un lato, la serrata di una singola impresa risulta legittima, non lo è uno sciopero spontaneo non organizzato da una organizzazione sindacale già costituita (*Wildstreik* – sciopero selvaggio)³.

Dalla concezione speculare e paritaria della *Koalitionsfreiheit*, la giurisprudenza costituzionale e quella del Tribunale Federale del Lavoro (*Bundesarbeitsgericht*), hanno derivato il principio di parità delle parti nel conflitto (*Kampfparitätprinzip* o *Paritätsgebot* – criterio di parità), principio che, ovviamente, trova la sua più rilevante esplicazione in termini di parità di strumenti di lotta (*Waffengleichheit*). La conseguenza più evidente di tale ricostruzione è stata la tematizzazione della serrata (*Aussperrung*).

Nonostante i datori di lavoro tedeschi non ricorrano con particolare frequenza alla serrata, la rilevanza di questo strumento di lotta per la formazione del diritto del conflitto collettivo (*Arbeitskampfrecht*) in Germania non deve essere sottovalutata. Anzi, si può ragionevolmente sostenere che la costruzione giurisprudenziale dell'*Arbeitskampfrecht* sia stata fortemente influenzata dalle posizioni, di volta in volta, assunte dal *Bundesarbeitsgericht* proprio in materia di serrata.

Il pensiero va, primariamente, alle due pronunce di quelle che potremmo definire le Sezioni Unite (*Großer Senat*) del *Bundesarbeitsgericht* rispettivamente del 1955⁴ e del 1971⁵ e che costituiscono tuttora il riferimento regolativo imprescindibile del diritto all'azione collettiva in Germania. In entrambi i casi, oggetto delle decisioni risulta essere la legittimità della cosiddetta serrata a scopo difensivo (*Abwehraussperrung*), vista quale strumento conflittuale datoriale attraverso cui garantire la *Waffengleichheit* tra le parti.

³ Così fin da BAG 20.12.1963, 1 AZR 428/62. La giurisprudenza del *Bundesarbeitsgericht* verrà citata nel saggio con la sigla BAG: dove non diversamente indicato, essa è reperibile su www.dejure.org.

⁴ BAG 28.01.1955, GS 1/54.

⁵ BAG 21.04.1971, GS 1/68.

Come da giurisprudenza costante del *Bundesverfassungsgericht*⁶, nonostante la regolamentazione del conflitto collettivo sia, almeno in linea teorica, compito primario del legislatore, l'inerzia dello stesso impone alla giurisprudenza di intervenire, ricercando nell'ordinamento giuridico i parametri di regolazione del conflitto (*Methode der Rechtsfindung*). Questa ricerca è tanto più necessaria, se si tiene conto del fatto che il *Kampfparitätprinzip* porta a riconoscere a soggetti portatori di interessi contrapposti la titolarità del medesimo diritto fondamentale alla *Koalitionsfreiheit* e alla *Betätigungsfreiheit* affermate dall'art. 9 par. 3 GG, richiedendo, dunque, un attento bilanciamento (*Abwägung*) che non comprometta la posizione di diritto di alcuna delle due parti.

Cercando di sintetizzare al meglio le due complesse pronunce, si può dire che, nella prima, il *Bundesarbeitsgericht*, dopo aver negato l'effetto risolutivo sul rapporto di lavoro dell'astensione dallo stesso non preceduta da una *Kündigung* (da intendersi sia come preavviso che come dimissioni temporanee dal rapporto da parte dello scioperante) nei confronti del datore, riconosce detto effetto, invece, alla *Abwehraussperrung*, annullando, di fatto, i benefici prodotti dalla prima affermazione. L'astensione dal lavoro non preceduta dalla *Kündigung* non consente il licenziamento in tronco (*Entlassung*) dello scioperante, potendosi, dunque, formalmente parlare di riconoscimento dello sciopero come diritto: l'effetto risolutivo viene legittimamente prodotto, tuttavia, dalla serrata decisa dal datore di lavoro in risposta allo sciopero stesso.

Starà, poi, al contratto collettivo eventualmente concluso all'esito del conflitto, prevedere la riassunzione (*Wiedereinstellung*) di tutti o parte dei lavoratori, senza, però, che questa costituisca un obbligo per il datore, il quale può opporre ragioni di opportunità economica e organizzativa.

La seconda pronuncia del *Großer Senat*, quella del 1971, anche sulla scorta delle critiche provenienti dalla dottrina progressista del tempo, rimette in discussione la posizione assunta nel 1955, indicata, con felice espressione di sintesi, come *Lösungstheorie* (teoria dell'effetto risolutivo). Lo fa attaccando frontalmente proprio l'effetto risolutivo della *Abwehraussperrung* sulla base della considerazione che scopo del conflitto è la conclusione del contratto collettivo: una volta raggiunto o fallito l'obiettivo, il conflitto termina e il lavoro riprende, pacificamente, alle nuove o, anche, alle originarie condizioni. Consustanziale al conflitto collettivo è, infatti, la sospensione temporanea dei diritti e dei doveri delle parti, di modo che un effetto risolutivo non può essere mai

⁶ BVerfG 26.06.1991, 1 BvR 779/85.

ammesso, dovendosi, invece, ritenere fisiologica la prosecuzione del lavoro, alla quale il conflitto deve contribuire e non andare a detrimento.

Così come l'elaborazione della *Lösungstheorie*, chiaro disincentivo all'esercizio dello sciopero, aveva reso superflua la regolamentazione dell'*Arbeitskampf*, il suo abbandono, ripropone la questione. La sospensione reciproca dei diritti e dei doveri, infatti, se risolve il problema 'interno' al rapporto di lavoro, ripristinando la *Waffengleichheit* posta alla base della *Kampfparität*, non tiene in alcuna considerazione il fatto che "nella nostra società, interconnessa e reciprocamente dipendente, sciopero e serrata toccano non soltanto le parti in conflitto ma anche, spesso in maniera notevole, i non scioperanti e la collettività nel suo insieme.". Per questo motivo, i conflitti collettivi devono sottostare al criterio superiore (*Gebot* – criterio e non *Prinzip*, trattandosi di misura della legittimità dell'azione conflittuale) della proporzionalità in senso ampio (*Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn*) tra danno provocato e beneficio prodotto.

Come avremo modo di vedere più avanti, il promettente (nella prospettiva dei servizi essenziali) riferimento alla garanzia di soggetti terzi, non deve trarre in inganno. Il criterio di proporzionalità viene prevalentemente utilizzato nella prospettiva 'interna' per evitare che sia violata la *Kampfparität* o che siano pregiudicati gli interessi dei non scioperanti.

Che cosa vuol dire, però, *Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn*? La domanda ha impegnato e tutt'ora impegna la dottrina e la giurisprudenza tedesche. Non è, dunque, semplice tentare di fornire una risposta di sintesi. Certo è che, per il *Großer Senat*, le prospettive da assumere nell'interpretare il criterio sono quella 'interna' delle conseguenze economiche e sociali sulle parti direttamente o indirettamente coinvolte nel conflitto e quella 'esterna' del bene comune ("das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden" - "il bene comune non deve subire un evidente pregiudizio").

Nella sentenza del 1971, peraltro in maniera poco strutturata, il *Großer Senat* riconduce la proporzionalità in senso ampio alla legittimità (*Rechtmäßigkeit*) dello scopo perseguito attraverso il conflitto (*Kampfziel*) e al fatto che esso sia idoneo (*geeignet*) e oggettivamente necessario (*sachlich erforderlich*) al raggiungimento di una condizione di pace sociale. L'azione conflittuale può, dunque, ritenersi legittima solo se posta in essere all'esito dell'esaurimento di ogni possibilità di reciproca comprensione ("nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten") ovvero quale *ultima ratio*. Secondo la sentenza del 1971, ciò richiederebbe l'espletamento obbligatorio di una procedura di

conciliazione (*Schlichtungsverfahren*), la cui strutturazione concreta è, però, rimessa alle parti stesse.

Al criterio di proporzionalità in senso ampio deve conformarsi anche l'attuazione dell'azione conflittuale. Su questo punto, tuttavia, la pronuncia del 1971 rimane decisamente nel vago, limitandosi a invocare un generale principio di *fairness* nella conduzione dell'azione che trova la sua più concreta espressione nel divieto di annientamento della parte avversa (*Vernichtungsvebot*).

Il criterio della *Verhältnismäßigkeit*, così come il suo quasi omologo di *Übermaßverbot*⁷, non rappresenta una novità nell'ordinamento tedesco. Esso era stato elaborato ben prima del 1971 dalla giurisprudenza costituzionale quale metro di valutazione della legittimità di interventi legislativi che, nel garantire l'esercizio di determinati diritti fondamentali, ne pregiudicano altri⁸.

La giustificazione per l'applicazione del criterio di proporzionalità quale parametro di valutazione della legittimità di una azione collettiva e, quindi, a un rapporto tra privati, viene fornita, *ex post*⁹, dal *Bundesverfassungsgericht*, e si basa sulla considerazione che "nell'esercizio della libertà di azione costituzionalmente garantita, si incide su posizioni di diritto del medesimo rango di cui sono portatori la controparte e i terzi eventualmente coinvolti nel conflitto."

Nel corso degli anni, la giurisprudenza del *Bundesarbeitsgericht*, in (quasi sempre) armonioso dialogo con quella del *Bundesverfassungsgericht* (di fronte al quale si possono 'appellare', per motivi connessi alla violazione dei diritti fondamentali, le pronunce del *Bundesarbeitsgericht*), ha raffinato il criterio della *Verhältnismäßigkeit*, razionalizzandone i tre elementi costitutivi.

Riprendendo l'efficace ricostruzione offerta da una fondamentale pronuncia del 2007 del *Bundesarbeitsgericht*, resa in materia di sciopero di solidarietà¹⁰, un mezzo di lotta (*Kampfmittel*), datoriale o di parte lavoratrice che sia, per risultare proporzionato e, quindi, legittimo, deve essere:

a) Idoneo (*geeignet*) a porre pressione sulla controparte affinché accetti le rivendicazioni, nel caso di sciopero, o ponga fine al

⁷ BAG 10.06.1980, 1 AZR 822/79, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1980, 1642 - 1652.

⁸ Con riferimento alla *Koalitionsfreiheit*, v., almeno, BVerfG 18.12.1974, 1 BvR 430/65 e 259/66 *Arbeitnehmerkammer*; BVerfG 01.03.1979, 1 BvR 532/77, 533/77, 419/78 e BvL 21/78 *Mitbestimmung*; BVerfG 04.07.1995, 1 BvF 2/86 *Kurzarbeitergeld*; BVerfG 27.04.1999, 1 BvR 2203/93 *Lohnabstandsklauseln*; BVerfG 06.02.2007 1 BvR 978/05 "5000 plus".

⁹ BVerfG 26.06.1991, 1 BvR 779/85.

¹⁰ Sul punto v. *infra*.

conflitto, nel caso di serrata difensiva. La valutazione di idoneità dello strumento rispetto al fine, è una prerogativa della coalizione che porta avanti il conflitto. Detta prerogativa è espressione della libertà di scelta dello strumento conflittuale che deriva dall'art. 9 par. 3 GG. Solo se lo strumento conflittuale si dimostra palesemente inidoneo a porre pressione sulla controparte, allora può considerarsi illegittimo.

b) Necessario (*erforderlich*, ma verrebbe da dire indispensabile), nel senso che non devono essere disponibili, ancora una volta a giudizio della coalizione che porta avanti il conflitto, strumenti più 'morbidi' per raggiungere l'obiettivo prefissato (si tratta di una interpretazione evolutiva dell'*ultima ratio Prinzip*¹¹).

c) Proporzionale in senso stretto o, semplicemente, proporzionale (*verhältnismäßig im engeren Sinn - proportional*), nel senso che lo strumento conflittuale venga ritenuto adeguato (*angemessen*) al raggiungimento dell'obiettivo rispetto agli effetti negativi prodotti alla controparte o ai terzi, all'esito di una valutazione (*Würdigung*) della libertà di azione nel conflitto costituzionalmente protetta, da effettuarsi, però, nella prospettiva della garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti colpiti, direttamente e indirettamente, dallo stesso. La valutazione di adeguatezza o di proporzionalità in senso stretto non è, tuttavia, prerogativa della coalizione che porta avanti il conflitto, ma del giudice che lo valuta, *ex ante* o *ex post*. Non si tratta, infatti, di una valutazione di fatto (*tatsächliche Einschätzung*), ma di un bilanciamento di diritto (*rechtliche Abwägung*). Un simile bilanciamento deve avvenire, però, tenendo conto che l'essenza stessa del conflitto è quella di esercitare pressione sulla controparte attraverso la produzione di svantaggi economici, al fine di raggiungere l'obiettivo prefissato. Non proporzionata è, dunque, un'azione che produca pregiudizi non adeguati (sproporzionati) a diritti anch'essi costituzionalmente protetti rispetto ai benefici che derivano alla parte che porta avanti il conflitto (cosiddetta *Praktische Konkordanz*).

Un secondo criterio generale di legittimità del ricorso agli strumenti del conflitto, è il rispetto dell'obbligo di pace (*Friedenspflicht*), obbligo che la giurisprudenza tedesca ritiene immanente nel contratto collettivo¹². A meno che non espressamente e diversamente disposto nel contratto stesso, l'obbligo è relativo e non assoluto, nel senso che si riferisce esclusivamente alle materie ivi disciplinate. La sua estensione oggettiva si determina attraverso l'interpretazione delle disposizioni contrattuali. Qualora le parti abbiano disciplinato esaustivamente una

¹¹ Sul punto v. *infra*.

¹² BAG 21.12.1982, 1 AZR 411/80; BAG 27.06.1989, 1 AZR 404/88.

determinata materia, se ne deve derivare che questa sia sottoposta all'obbligo di pace, e che, per la durata del contratto collettivo, le parti abbiano voluto escludere la ricerca conflittuale dell'ulteriore regolazione anche di materie intimamente connesse con l'ambito escluso dal conflitto. Nel caso in cui, invece, le parti del contratto collettivo si siano limitate a definire una disciplina di massima, che non rappresenta una regolamentazione esaustiva della materia, il ricorso a strumenti conflittuali, sempre a fini regolativi, rimane legittimo¹³.

1.2 Il quadro regolativo più recente.

a) Lo sciopero di preavviso (*Warnstreik*).

L'assetto appena descritto, dai tratti decisamente monolitici, ha cominciato ad essere messo in discussione già dalla seconda metà degli anni Ottanta dalla risposta alquanto permissiva fornita dalla giurisprudenza alla cosiddetta *Neue Beweglichkeit*, una strategia di lotta adottata dal sindacato dei lavoratori metalmeccanici (*IG Metall*), basata sul cosiddetto sciopero di preavviso (*Warnstreik*). In realtà, le pronunce del *Bundesarbeitsgericht* del biennio 1984 – 1985¹⁴, erano state precedute da una sentenza del 1976¹⁵ che aveva riconosciuto la legittimità degli scioperi di preavviso purché (a) di breve durata (massimo tre ore), (b) proclamati da una organizzazione sindacale e (c) rispettosi della *Friedenspflicht*.

Le pronunce sulla *Neue Beweglichkeit* considerano legittimo anche l'utilizzo reiterato del *Warnstreik* nell'ambito di una strategia pianificata posta in essere durante lo svolgimento delle trattative ovvero in un momento in cui esse non sono state dichiarate fallite e, dunque, secondo la giurisprudenza sopra richiamata del *Großer Senat*, sussistono ancora condizioni di reciproca comprensione. Così facendo il *Bundesarbeitsgericht* riconosce al *Warnstreik* una sorta di privilegio rispetto all'*ultima ratio Prinzip* che non troverebbe applicazione in quanto "da interruzioni del lavoro, di durata ridotta e predeterminate nel tempo non deriva una pressione economica paragonabile a quella esercitata mediante il ricorso ad azioni di lotta di durata lunga e indeterminata [*Erzwingungsstreik*]." Gli stessi interessi delle parti non direttamente coinvolge nel conflitto, quali i lavoratori non scioperanti e gli eventuali terzi, vengono assai meno pregiudicati da azioni della prima specie. Limitate nel senso di cui sopra possono essere considerate (come già

¹³ BAG 25.01.2006, 4 AZR 552/04.

¹⁴ BAG 12.09.1984, 1 AZR 342/83; BAG 29.01.1985, 1 AZR 179/84.

¹⁵ BAG 17.12.1976, 1 AZR 605/75.

nella pronuncia del 1976) interruzioni del lavoro che non superino le tre ore di durata.

La legittimità del *Warnstreik* non sembra essere stata messa in discussione neppure da una controversa pronuncia del 1988¹⁶, la quale, se, da un lato, abbandona esplicitamente la dottrina del privilegio, ritenendo arbitraria (*willkürlich*) la distinzione tra *Warnstreik* ed *Erzwingungsstreik*, sottoponendo, dunque, il *Warnstreik* alla verifica del rispetto dell'*ultima ratio Prinzip* ai fini della sua proporzionalità/legittimità, dall'altro, fornisce una interpretazione evolutiva del principio stesso, escludendo che esso imponga, al fine di essere rispettato, la proclamazione dello sciopero all'esito di una dichiarazione formale di fallimento delle trattative (*förmliches Scheitern der Tarifverhandlungen*), che certifichi la "Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten", la cui valutazione è rimessa, invece, all'apprezzamento (*Einschätzung*) delle parti. L'intervento del giudice volto a determinare il momento preciso nel quale tutte le possibilità di reciproca comprensione siano state esaurite produrrebbe, infatti, un'interferenza esterna incompatibile con la *Betätigungsfreiheit*, configurando un'ipotesi di *Tarifzensur*.

Nella prospettazione della pronuncia del 1988, l'*ultima ratio Prinzip*, in quanto espressione del criterio di necessità (*Erforderlichkeit*), consente il ricorso allo strumento conflittuale quando, a giudizio delle parti, la conclusione del contratto collettivo non sia più ottenibile (soltanto) in via negoziale. Ciò presuppone, tuttavia, almeno, che le rivendicazioni siano state rese note alla controparte e che si sia iniziato a negoziarle. Risulterebbe, dunque, contrario all'*ultima ratio Prinzip* esclusivamente uno sciopero condotto per mera dimostrazione di forza o in un momento nel quale la controparte sia ancora ignara delle rivendicazioni. Si tratterebbe, dunque, di fatto, di un requisito meramente formale, da sottoporre al vaglio contenutistico minimale dell'abuso di diritto.

Alla prospettazione del 1988, una pronuncia del 2003¹⁷ aggiunge l'ulteriore elemento della libertà di scelta dello strumento conflittuale idoneo a porre pressione nei confronti della controparte, libertà sulla quale ci soffermeremo subito oltre.

¹⁶ BAG 21.06.1988, 1 AZR 651/86.

¹⁷ BAG 18.02.2003, 1 AZR 142/02.

b) Lo sciopero di solidarietà (Solidaritäts- Sympathie-Unterstützungstreik).

Nella seconda metà degli anni Ottanta, in due pronunce rese a distanza di tre anni l'una dall'altra, il *Bundesarbeitsgericht* ha avuto modo di prendere posizione sul tema dello sciopero di solidarietà. Se nella prima, del 1985¹⁸, pur affermandone la tendenziale illegittimità, aveva mostrato una non totale chiusura nei confronti di particolari casi da considerarsi legittimi, nella seconda, resa nel 1988¹⁹, anche, sembrerebbe di capire, in risposta alle aspre e, forse, ingenerose, critiche mosse in dottrina alla prima, il *Bundesarbeitsgericht* aveva eliminato qualsiasi margine di incertezza, confermando e assolutizzando la posizione negativa assunta nella prima.

Il *Solidaritätstreik* veniva considerato illegittimo in quanto non indirizzato verso una potenziale controparte contrattuale (*Tarifpartner*), ma nei confronti di un soggetto impossibilitato, anche volendo, a esaudire le rivendicazioni contrattuali del sindacato scioperante e, dunque, a mitigare o a porre fine al conflitto. In questa prospettiva, il datore di lavoro contro il quale è rivolto lo sciopero di solidarietà necessita di una protezione ulteriore rispetto a quella di cui gode nel caso in cui sia controparte contrattuale. Ciò legittima, sul versante costituzionale, la limitazione dell'esercizio del diritto di sciopero esclusivamente nei confronti della controparte contrattuale effettiva. Rifacendosi alla teoria del nucleo essenziale del diritto fondamentale (*Kernbereichsformel*), affermata negli anni Sessanta²⁰ e di lì a poco²¹ abbandonata, dal *Bundesverfassungsgericht*, il *Bundesarbeitsgericht* riteneva, infatti, che una simile limitazione non pregiudicasse il nucleo essenziale del diritto di sciopero.

Nel 2007 si assiste a un deciso cambio di giurisprudenza da parte del *Bundesarbeitsgericht*, cambio che rispecchia la posizione di maggior favore nei confronti dell'azione sindacale assunta, sin dalla prima metà degli anni novanta²², dal *Bundesverfassungsgericht*. Nella pronuncia del 2007²³, infatti, il punto di partenza è costituito dalla presa d'atto dell'avvenuto, abbandono da parte del *Bundesverfassungsgericht* della *Kernbereichsformel*, e dall'affermazione che la *Koalitionsfreiheit*, nella sua espressione di *Betätigungsfreiheit*, si estende a tutte le modalità relazionali specifiche della coalizione (*koalitionsspezifischen*

¹⁸ BAG 05.03.1985, 1 AZR 468/83.

¹⁹ BAG 12.01.1988, 1 AZR 219/86.

²⁰ BVerfG 30.11.1965, 2 BvR 54/62.

²¹ BVerfG 14.11.1995, 1 BvR 601/92.

²² V., tra le altre, BVerfG 04.07.1995, 1 BvF 2/86.

²³ BAG 19.06.2007, 1 AZR 396/06.

Verhaltensweisen) ovvero tutte quelle che consentono il perseguimento dei suoi scopi. Ciò significa che l'art. 9 par. 3 GG lascia alle parti ampia libertà nella scelta degli strumenti d'azione, non essendo questa più limitata all'indispensabile (*Unerlässlich*) proprio a seguito dell'abbandono della *Kernbereichsformel*. Di conseguenza, lo sciopero di solidarietà gode della medesima protezione costituzionale già riconosciuta allo sciopero rivolto contro il *Tarifpartner*.

Ciò non vuol dire, tuttavia, che qualsiasi sciopero di solidarietà sia legittimo. La legittimità dipende, infatti, come per lo sciopero in generale, dalla disciplina che del diritto fondamentale fornisce l'ordinamento giuridico vigente, consistente, come già più volte ribadito, nell'applicazione del criterio della *Verhältnismäßigkeit* e nel rispetto della *Friedenspflicht*.

c) Ancora 'contro chi': il datore di lavoro non iscritto all'organizzazione stipulante (*Außenseiter Arbeitgeber*) ma che applica, per rinvio dinamico, il contratto collettivo per il cui rinnovo si sciopera.

Nel 2003, peraltro, il *Bundesarbeitsgericht* aveva già avuto modo di decidere una questione collegata allo sciopero di solidarietà, quella relativa alla legittimità di una sanzione disciplinare inflitta a un lavoratore a causa della sua partecipazione a uno sciopero proclamato durante la vigenza del contratto collettivo aziendale al fine di porre pressione sull'organizzazione datoriale stipulante il contratto collettivo di categoria al quale il contratto aziendale operava un rinvio dinamico. Ciò in assenza di iscrizione del datore di lavoro a quella associazione (*Außenseiter Arbeitgeber*)²⁴.

Il *Bundesarbeitsgericht* aveva, anzitutto, escluso che si trattasse di uno sciopero di solidarietà, dato che, in presenza di un rinvio dinamico al contratto di categoria, operato dal contratto collettivo aziendale, i lavoratori scioperano per le proprie condizioni di lavoro e il datore di lavoro non può dirsi terzo rispetto all'azione conflittuale, in quanto il beneficio comunque derivante dalla stipula del contratto collettivo di categoria giustifica il suo coinvolgimento nella stessa, pur in assenza di iscrizione all'organizzazione datoriale stipulante. In secondo luogo, lo sciopero doveva ritenersi legittimo in quanto (i) non risultava proclamato in violazione dell'*ultima ratio Prinzip*, non incombando, sul sindacato proclamante, l'obbligo di rendere preventivamente note le rivendicazioni a un datore che non avrebbe potuto esaudirle non essendo il *Tarifpartner* del contratto collettivo di categoria; (ii) al contrario, l'assenza di iscrizione

²⁴ BAG 18.02.2003, 1 AZR 142/02.

all'organizzazione datoriale stipulante, non poteva far ritenere lo sciopero inidoneo a porre pressione nei confronti della stessa, esistendo, nella realtà delle relazioni industriali, altre forme di collegamento effettivo tra singolo datore e associazione di categoria che possono utilmente sostituirsi all'iscrizione; (iii) il coinvolgimento nel conflitto non viola la libertà negativa di colazione del datore di lavoro non iscritto²⁵, dovendosi considerare che detto coinvolgimento costituisce, al più, un incentivo ad iscriversi all'organizzazione datoriale al fine di poterne indirizzare i comportamenti, incentivo che, a sua volta, di per se stesso, non può considerarsi illegittimo.

d) Il *Flashmob* quale strumento conflittuale.

Un interessante portato dell'abbandono della *Kernbereichformel* e dell'affermazione, quale postulato centrale della regolamentazione della *Kampffreiheit*, della libertà di scelta degli strumenti conflittuali riconosciuta alle parti, soprattutto a quella lavoratrice, è rappresentato dalla recente giurisprudenza del *Bundesarbeitsgericht* e del *Bundesverfassungsgericht* sul cosiddetto *Flashmob*. Il *Flashmob* è una tecnica di mobilitazione in voga da più di un decennio, che utilizza strumenti informatici o telefonici (principalmente messaggi inviati da vari supporti) per far convergere in pochi minuti una quantità notevole di persone in un determinato luogo fisico, al fine di porre in essere simultaneamente lo stesso comportamento. In Germania, il *Flashmob* è stato utilizzato, quale strumento conflittuale, a partire dal 2007, da *ver.di* (*Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft*), organizzazione sindacale nata all'inizio di questo secolo dalla fusione di cinque sigle storiche operanti nel settore dei servizi ai privati e alla collettività²⁶ e divenuto, in brevissimo tempo, la seconda anima (spesso critica e criticata) del *Deutscher Gewerkschaftsbund*, la prima rimanendo, per dimensioni, tradizione e peso politico la *IG Metal*.

Nel caso di specie, che ha impegnato nel corso di ben sette anni l'intera giurisdizione civile tedesca²⁷, *ver.di* ha utilizzato il *Flashmob* nell'ambito di un conflitto istaurato contro l'*Hauptverband des Deutschen*

²⁵ Conclusione confermata da BVerfG 10.09.2004, 1 BvR 1191/03.

²⁶ *Deutsche Angestellten-Gewerkschaft (DAG)*, sindacato degli impiegati statali; *Deutsche Postgewerkschaft (DPG)*, sindacato degli impiegati nel settore postale; *Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen (HBV)*, sindacato del settore commercio, banche e assicurazioni; *IG Medien - Druck und Papier, Publizistik und Kunst (IG Medien)*, sindacato del settore media: stampa, pubblicistica e arte; *Gewerkschaft Öffentliche Dienste Transport und Verkehr (ÖTV)*, sindacato dei lavoratori del settore pubblico e dei trasporti.

²⁷ ArbG Berlin 01.04.2008, 34 Ca 2402/08; LAG Berlin-Brandenburg 29.09.2008, 5 Sa 967/08; BAG 22.09.2009, 1 AZR 972/08, confermata da BVerfG 26.03.2014 1 BvR 3185/09.

Einzelhandels - *HDE* (Confederazione del Commercio al Dettaglio Tedesco), al fine di contrastare l'utilizzo da parte di imprese a questa associate di crumiri (*Streikbrächern*) durante uno sciopero. Il comportamento richiesto agli iscritti, ma anche a semplici cittadini sensibilizzati a mezzo stampa e volantaggio nella prospettiva di un boicottaggio 'non qualificato', era quello di presentarsi simultaneamente presso la filiale indicata nel messaggio per acquistare un prodotto dal prezzo irrisorio o di riempire carrelli di tali prodotti, lasciandoli poi incustoditi in prossimità delle casse o fingendo, all'esito del conto, di aver dimenticato il portafogli. Ciò con l'effetto di creare un malfunzionamento dell'attività dell'impresa, irritazione nei clienti 'normali' e conseguente danno economico e di immagine.

Occorre subito chiarire che la *HDE* ha avuto torto in tutti i gradi del giudizio che ha preso le mosse dalla richiesta, nell'ambito di una procedura d'urgenza *ex* § 253 *ZPO*, di un provvedimento inibitorio (*Unterlassungsverfügung*)²⁸ della reiterazione dell'azione.

Le motivazioni sono quelle in parte già approfondite in precedenza (abbandono della *Kernbereichstheorie* e libertà di scelta degli strumenti conflittuali), ma anche la considerazione della breve durata del disagio arrecato e della possibilità dell'impresa di adottare provvedimenti difensivi adeguati, quali la chiusura temporanea della filiale presa di mira o il divieto di accesso agli aderenti all'azione. Da quest'ultimo punto di vista, quindi, nel giudizio di tutti i tribunali coinvolti, l'azione è risultata legittima in quanto rispettosa sia del criterio di *Verhältnismäßigkeit* che della *Friedenspflicht*.

e) La fine della *Tarifeinheit*: i suoi presupposti e le sue conseguenze.

Il colpo più significativo e, forse, decisivo, alla monoliticità del sistema delineato dal *Großer Senat*, lo ha, però, indirettamente assestato l'abbandono, nel 2010, da parte del *Vierter Senat* del *Bundesarbeitsgericht* del controverso principio della *Tarifeinheit*, da questi affermato già sul finire degli anni Ottanta²⁹, sulla scorta di una giurisprudenza risalente dell'*Erster Senat*³⁰, e confermato nel 2001 anche dal *Zehnter Senat*³¹. Abbandono che, stante l'accordo tra le due Sezioni³²,

²⁸ Sul ruolo della *Unterlassungsverfügung* nella vicenda dello sciopero nei servizi essenziali, v. *infra*.

²⁹ BAG 14.06.1989, 4 AZR 201/89.

³⁰ BAG 29.03.1957, 1 AZR 208/55.

³¹ BAG 25.07.2001, 10 AZR 599/00, confermata da BAG 18.10.2006, 10 AZR 576/05.

³² BAG 27.01.2010, 4 AZR 537/08; BAG 07.07.2010, 4 AZR 537/08; BAG 07.07.2010, 4 AZR 549/08; BAG 27.01.2010, 4 AZR 549/08.

rappresenta attualmente la posizione unitaria del *Bundesarbeitsgericht*, con la conseguente affermazione, quale legittima, della *Tarifpluralität* nella stessa unità produttiva (*Betrieb*). Si tratta di un passaggio estremamente delicato, in quanto tematizza, anche nell'ordinamento tedesco, il pluralismo sindacale quale moltiplicatore del conflitto collettivo.

In questo caso, sarebbe temerario avventurarsi in ricostruzioni di dettaglio, peraltro, non particolarmente riuscite alla stessa dottrina tedesca, data la disorganicità della trama argomentativa giurisprudenziale, fatta spesso di riproposizione tralaticia di massime decontestualizzate, e le notevoli implicazioni di politica del diritto della materia nel suo insieme. Rimanendo agli effetti del cambio di giurisprudenza, l'abbandono della teoria della *Tarifeinheit*, ovvero del principio secondo il quale in ogni unità produttiva, a tutti i rapporti di lavoro esistenti, si deve applicare, in linea di principio, un solo contratto collettivo ("dass in jedem Betrieb grundsätzlich für alle in diesem Betrieb begründeten Arbeitsverhältnisse nur ein Tarifvertrag anzuwenden ist"), essi consistono, ovviamente, nell'affermazione del suo contrario, la già citata *Tarifpluralität*. In ogni unità produttiva possono, dunque, trovare applicazione più contratti collettivi per lavoratori appartenenti al medesimo gruppo professionale.

In un contesto di unità sindacale o di unità d'azione sindacale, il *revirement* non avrebbe prodotto effetti apprezzabili. Tale, tuttavia, non è più, peraltro da molti anni, il contesto tedesco. Anzi, si può sostenere che l'abbandono della *Tarifeinheit* sia in larga parte stato dovuto dalle spinte provenienti dalla giurisprudenza di merito³³ impegnata in una difesa sempre meno convinta e sempre più d'ufficio del principio elaborato da quella di legittimità, principio difeso, anche da quest'ultima, più per inerzia che per convinzione. D'altro canto, la *Tarifeinheit* è da sempre risultata difficilmente difendibile nella prospettiva della *Koalitionsfreiheit*, della quale risulta essere la palese negazione. Ovviamente, la *Tarifeinheit* si pone nella logica monolitica delle relazioni collettive, secondo la quale, una volta concluso un contratto collettivo applicabile e applicato ai lavoratori di un determinato *Betrieb*, scatta per questi l'obbligo di pace, con conseguente esclusione del conflitto per l'intera vigenza del contratto.

Tuttavia, a ben vedere, è la stessa natura relativa della *Freidenspflicht* a evidenziare la debolezza intrinseca della *Tarifeinheit* sul versante del conflitto collettivo, non essendosi mai escluso che un sindacato non firmatario del contratto collettivo applicato o applicabile nell'unità produttiva, potesse raccogliere iscritti nella stessa e li potesse

³³ Per tutte, v. LAG Sachsen 02.11.2007, SaGa 19/07.

indurre, legittimamente, a partecipare a uno sciopero finalizzato al raggiungimento di un diverso assetto negoziale. D'altronde, la stessa legge sul contratto collettivo (*Tarifvertragsgesetz*) ne riferisce la vincolatività (*Tarifgebundenheit*) alle parti stipulanti (compreso il singolo datore di lavoro) e ai loro iscritti, di modo che il contratto collettivo produce i suoi effetti direttamente e in maniera vincolante solo su questi. Ciò vuol dire, non solo che i non iscritti al sindacato stipulante possono, a determinate condizioni³⁴, essere legittimamente esclusi da alcuni dei benefici prodotti dal contratto collettivo³⁵, ma anche che essi possono volontariamente decidere di non usufruirne, nella speranza di ottenere, attraverso l'azione conflittuale promossa dal sindacato concorrente cui appartengono, un contratto collettivo diverso da quello applicato nell'impresa.

Ovviamente, l'abbandono da parte del *Bundesarbeitsgericht* della *Tarifeinheit* ha determinato un rafforzamento notevole dei (peraltro già esistenti) sindacati autonomi (*Spartengewerkschaften*) ovvero legati a determinati gruppi professionali (soprattutto nei servizi: macchinisti, piloti, controllori di volo, personale di terra ecc.) che, da tempo, non si sentono più adeguatamente rappresentati dalle federazioni tradizionali aderenti al *DGB* o dalla stessa *ver.di*, comunque erede, anche, degli altrettanto tradizionali sindacati del pubblico impiego.

Due ulteriori elementi avevano, però, già contribuito a rafforzare il sindacalismo autonomo soprattutto nei servizi: (i) la convinta presa di posizione da parte del *Bundesarbeitsgericht* in favore della legittimità dello sciopero a fini di stipula di un contratto collettivo aziendale (*Haus- oder Firmentarifvertrag*), anche qualora esso sia rivolto contro un datore di lavoro affiliato ad una associazione datoriale il cui statuto proibisce agli iscritti di stipulare contratti collettivi aziendali, a condizione che la materia che si intende regolare attraverso il contratto collettivo aziendale non sia già stata oggetto di regolazione da parte del contratto di categoria applicato dall'azienda, circostanza che farebbe risultare lo sciopero illegittimo per violazione della *Friedenspflicht*³⁶; (ii) il riconoscimento della capacità negoziale (*Tariffähigkeit*) agli *Spartengewerkschaften*, che prende le mosse da un contenzioso aperto da *UFO* (*Unabhängige Flugbegleiter Organisation*), all'epoca semplice

³⁴ Ovvero a condizione che non si tratti di una *Spannensicherungsklausel*, in forza della quale qualsiasi attribuzione economica corrisposta ai non iscritti a compensazione di un beneficio previsto dal contratto collettivo esclusivamente in favore degli iscritti al sindacato stipulante debba essere corrisposta anche a questi ultimi, determinando, dunque, sempre, una loro situazione di miglior favore rispetto ai non iscritti: BAG 23.03.2011, 4 AZR 366/09.

³⁵ BAG 18.03.2009, 4 AZR 64/08.

³⁶ BAG 10.12.2002, 1 AZR 96/02.

associazione (*Verein*) di lavoratori operanti con la qualifica di assistenti di volo.

Su questo secondo aspetto, il *Bundesarbeitsgericht* ha avuto modo di prendere posizione nel 2004³⁷. La vicenda della *UFO* è interessante e, al tempo stesso, rivelatrice dei mutamenti che hanno interessato il comparto trasporti in Germania dagli anni Novanta e che, ovviamente, sono andati di pari passo con la privatizzazione degli operatori e delle infrastrutture del settore (compagnie aeree, ferrovie, aeroporti, stazioni, rete ferroviaria, controllo del traffico aereo e terrestre), cui ha fatto seguito la privatizzazione/contrattualizzazione dei rapporti di lavoro di addetti prima inquadrati come *Beamten* o come *Angestellten* e *Arbeitern* dell'*Öffentlichen Dienst*. Al di là della costituzione di *ver.di*, questa vicenda ha portato alla (ri)emersione di rivendicazioni identitarie a livello di singolo gruppo professionale, insofferente rispetto all'egualitarismo tipico della *Tarifeinheit* e degli apparentamenti forzosi che essa aveva determinato.

Già nel 1999 *UFO* aveva preso atto della crisi della vecchia rappresentanza sindacale degli assistenti di volo (divisi tra *Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV)* e *Deutsche Angestelltengewerkschaft (DAG)*), decidendo di proporsi come organizzazione sindacale di mestiere, mossa dall'intento di stipulare un contratto collettivo separato per i propri iscritti, rivendicando, dunque, un'autonoma *Tariffähigkeit* che i sindacati tradizionali non gli avevano riconosciuto, citandola in giudizio.

Secondo la giurisprudenza costante del *Bundesarbeitsgericht*³⁸, per essere riconosciuta dotata di legittimazione negoziale (*Tariffähigkeit*) e, quindi, sindacato in senso giuslavoristico (*Gewerkschaft im arbeitsrechtlichen Sinne*), un'associazione di lavoratori deve possedere alcuni requisiti minimi. Anzitutto, deve dichiarare, quale obiettivo statutario, la tutela degli interessi dei propri iscritti nella loro qualità di lavoratori ed essere disponibile a concludere contratti collettivi (*tarifwillig*). In secondo luogo, deve essere stata costituita liberamente, deve risultare priva di commistioni strutturali con la controparte (*gegnerfrei*), deve essere finanziariamente indipendente dalla stessa ed essere organizzata in maniera tale da insistere su più unità produttive (*auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein*). Deve riconoscere, inoltre, come vincolante, la normativa vigente in materia di contratto collettivo. Deve, infine, essere in grado di svolgere efficacemente il proprio ruolo di parte negoziale (*Tarifpartner*), nel senso sia di riuscire a

³⁷ BAG 14.12.2004, 1 ABR 51/03.

³⁸ Vedila richiamata in BAG 14.12.2004, 1 ABR 51/03.

incidere sulla controparte sia di possedere una certa capacità organizzativa dei propri iscritti (in sintesi, possedere la *soziale Mächtigkeit*).

Secondo il *Bundesarbeitsgericht, UFO*, risultava essere in possesso di quei requisiti, in particolare, nonostante la vocazione di mestiere, l'insistere su più unità produttive, e, quindi, ben poteva essere considerata *Gewerkschaft*. Il che, da quel momento in avanti, si è affermato di tutti gli *Spartengewerkshaftern*, con conseguente moltiplicazione degli attori negoziali e conflittuali, ulteriormente legittimati dall'abbandono della *Tarifeinheit*.

Non è un caso, quindi, che la riaffermazione, per legge, della *Tarifeinheit* abbia costituito un esplicito punto dell'accordo alla base della *Große Koalition* che governa la Germania dal 2013³⁹ e che, sul finire del 2014, il Governo Federale, sia pure suscitando aspre critiche, abbia presentato una proposta di legge in tal senso⁴⁰.

f) Gli sviluppi sul versante datoriale.

Per completezza espositiva, occorre domandarsi se la giurisprudenza abbia adottato, in nome della *Waffengleichheit*, lo stesso approccio (permissivo) rispetto all'utilizzo degli strumenti conflittuali da parte dei datori di lavoro.

Premettendo una risposta quantomeno dubitativa alla domanda, a nostro avviso, cinque aspetti possono essere ritenuti significativi nella valutazione di detto approccio. Si tratta: (1-2) della serrata difensiva (*Abwehraussperrung*) e del fermo (di parte) dell'attività aziendale (*Betriebsstilllegung*); (3) dell'utilizzo dei *Beamten* in sostituzione degli scioperanti (*Streikeinsatz von Beamten*); (4) delle prestazioni di emergenza (*Notdienst*); (5) del passaggio da un'iscrizione piena all'associazione datoriale di categoria (*Vollmitgliedschaft*) a una senza vincolo di applicazione del contratto collettivo (*Mitgliedschaft-ohne-Tarifbindung – OT Mitgliedschaften*).

(1 - 2) La serrata difensiva (*Abwehraussperrung*) e la *Betriebsstilllegung*.

Come abbiamo avuto modo di sottolineare all'inizio di questo scritto, la serrata ha svolto un ruolo centrale nella formazione del diritto giurisprudenziale del conflitto collettivo (*richterrechtliches Arbeitskampfrecht*). Proprio per compensare l'abbandono della

³⁹ Il cosiddetto *Koalitionsvertrag*: vedilo su <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatistischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html> (ultimo accesso 03.20.2015).

⁴⁰ Vedila su <http://taz.de/static/pdf/ReferentenentwurfTarifeinheit.pdf> (ultimo accesso 03.20.2015).

Lösungstheorie, elaborata con riferimento alla *Abwehraussperrung*, il *Bundesarbeitsgericht* ha, infatti, affermato, nel 1971, e raffinato, nel 1980⁴¹, il criterio della *Verhältnismäßigkeit* che costituisce, tuttora, il metro di valutazione della legittimità del ricorso a qualsiasi strumento conflittuale, di parte lavoratrice o datoriale. Coerentemente all'affermazione di principio, fin dalla pronuncia del 1980⁴², il *Bundesarbeitsgericht* ha giudicato contraria al principio di proporzionalità e, quindi, illegittima, la serrata totale di settore produttivo in risposta a scioperi parziali (*Teil- Schwerpunktstreiken*), imponendo ai datori di lavoro un utilizzo meno agevole dello strumento.

In realtà, però, a questo approccio restrittivo nei confronti della serrata è corrisposta un'apertura⁴³ rispetto alla cosiddetta *Betriebsstilllegung* ovvero la chiusura selettiva di parte dell'attività di impresa in risposta a uno sciopero che riguardi, appunto, solo quella parte. Ciò proprio per evitare l'effetto indesiderato delle grandi serrate degli anni Ottanta ovvero quello di allargare il conflitto anche a imprese non direttamente colpite dallo sciopero con l'obiettivo di porre pressione sugli scioperanti e farli desistere dall'azione (una sorta di serrata di solidarietà, si potrebbe dire).

Secondo la giurisprudenza ormai costante del *Bundesarbeitsgericht*⁴⁴, il datore di lavoro non è più obbligato a proseguire ad ogni costo l'attività produttiva o la parte di essa interessate dallo sciopero. Può, invece, legittimamente sospendere l'attività, con conseguente venir meno dell'obbligo retributivo anche nei confronti dei non scioperanti. Il servizio normalmente erogato dall'unità produttiva interessata dalla *Stilllegung* non può essere fornito da altre unità

⁴¹ BAG 10.06.1980, 1 AZR 822/79.

⁴² Confermata da BAG 12.03.1985, 1 AZR 636/82, da BAG 26.04.1988, 1 AZR 399/86 e da BVerfG 26.06.1991, 1 BvR 779/85.

⁴³ Una posizione indirettamente negativa rispetto alla legittimità della *Betriebsstilllegung* era stata, infatti, assunta dal *Bundesarbeitsgericht* nella valutazione negativa del rifiuto da parte del datore di lavoro della prestazione di un lavoratore non scioperante sul presupposto dell'esistenza di un accordo sulle prestazioni di emergenza (*Notdienstvereinbarung*) nel quale il datore si era impegnato con l'organizzazione sindacale stipulante a non impiegare altri lavoratori al di fuori di quelli indicati nell'accordo (tra quei lavoratori non rientrava il non scioperante in questione). Il *Bundesarbeitsgericht* aveva ritenuto che la *Notdienstvereinbarung* non avrebbe potuto legittimamente produrre effetti sul contratto individuale di quel non scioperante, altrimenti configurandosi come contratto in sfavore di terzo, e che, di conseguenza, il principio della ripartizione del rischio economico nel conflitto non avrebbe sollevato il datore di lavoro dall'obbligo retributivo nel caso in cui il lavoratore non scioperante avesse ritualmente offerto la propria prestazione (*mora credendi* – *Annahmeverzug*): v. BAG 14.12.1993, 1 AZR 550/93.

⁴⁴ BAG 22.03.1994, 1 AZR 622/93; BAG 31.01.1995, 1 AZR 142/94; BAG 11.07.1995, 1 AZR 161/95; BAG 13.12.2011, 1 AZR 495/10.

produttive della stessa impresa né da soggetti terzi all'uopo incaricati, a meno che non si tratti di lavori di mantenimento o di emergenza (*Erhaltungs- oder Notstandsarbeiten*)⁴⁵. Sul punto si tornerà più avanti.

(3) L'utilizzo dei *Beamten* in sostituzione di lavoratori scioperanti (*Streikeinsatz von Beamten*).

Da sempre controversa risulta essere la legittimità dell'utilizzo dei *Beamten* in sostituzione di lavoratori contrattualizzati (*Angestellten e Arbeitern*) scioperanti (*Streikeinsatz von Beamten*), utilizzo che, ovviamente, presuppone, l'essere (o l'essere stato) il datore di lavoro un ente pubblico. In Germania, infatti, come noto, le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di dipendenti assunti in entrambi i regimi giuridici, di diritto pubblico o contrattualizzato, la cui scelta risulta motivata dal grado di fiduciarità attribuito alla singola posizione lavorativa piuttosto che dal livello di professionalità richiesto dalla prestazione. Il dipendente *Beamte* abbina a una stabilità quasi assoluta del posto di lavoro la non titolarità del diritto alla contrattazione collettiva e allo sciopero⁴⁶.

Il caso, emblematico, che ha impegnato la giurisprudenza tedesca, sia amministrativa che lavoristica (con intervento finale ma non definitivo di quella costituzionale) per quasi un decennio, è scaturito da uno sciopero proclamato contro *Bundespost* nel 1980, al quale l'erogatore del servizio postale, allora ancora ente di diritto pubblico, aveva risposto con l'utilizzo di *Beamten* in sostituzione dei lavoratori contrattualizzati scioperanti.

La controversia aveva seguito il duplice canale della giustizia amministrativa e del lavoro, in considerazione del fatto che, per un verso, ai *Beamten* era stato ordinato di sostituire lavoratori scioperanti in compiti non direttamente connessi alla loro *status* professionale, facendo così scattare una impugnazione dell'ordine di fronte al giudice amministrativo competente, e, per l'altro, che l'organizzazione sindacale scioperante aveva ritenuto violata la *Koalitionsfreiheit* dall'impiego dei *Beamten* in sostituzione dei propri iscritti, rivolgendosi, dunque, al giudice del lavoro al fine di ottenere dallo stesso un provvedimento inibitorio della reiterazione di quello che riteneva essere un comportamento antisindacale. Contro la pronuncia negativa del *Bundesarbeitsgericht*, l'organizzazione sindacale scioperante aveva, poi, adito il

⁴⁵ BAG 13.12.2011, 1 AZR 495/10.

⁴⁶ Sulla legittimità del divieto di sciopero anche rispetto alla Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, v. *Oberverwaltungsgericht* (OVG) Nordrhein-Westfalen 07 03 2012, 3d A 317 11.O.

Bundesverfassungsgericht, lamentando la violazione del diritto fondamentale di cui all'art. 9 par. 3 GG.

All'esito dei vari gradi del giudizio amministrativo, il Tribunale Amministrativo Federale (*Bundesverwaltungsgericht*) aveva rigettato il ricorso, ammettendo la legittimità dello *Streikeinsatz* dei *Beamten* in sostituzione dei lavoratori contrattualizzati scioperanti⁴⁷. Lo aveva fatto sulla base di tre considerazioni, riguardanti (a) l'assenza di violazione delle norme a disciplina del rapporto di lavoro (*Beamtenrecht*), (b) l'assenza di un diritto dei *Beamten* ad esprimere solidarietà nei confronti dei colleghi scioperanti, (c) l'assenza di violazione della *Koalitionsfreiheit*.

Quanto alla prima considerazione, il *Bundesverwaltungsgericht* aveva sostenuto che, anche se i compiti affidati ai *Beamten* in sostituzione degli scioperanti non rientravano tra quelli loro normalmente attribuiti, l'adibizione temporanea risultava legittima in quanto disposta in presenza di una situazione eccezionale (lo sciopero), tale da poter impedire all'amministrazione di adempiere correttamente i propri compiti in favore della collettività.

Quanto alla seconda, proprio l'essere *Beamte* non consentirebbe di rifiutarsi di rispettare un provvedimento di sostituzione legittimo sulla base di una espressione di solidarietà nei confronti dei colleghi scioperanti né la presenza dell'obbligo di cura dei propri dipendenti (*Fürsorgepflicht*) impedirebbe al datore di lavoro di procedere alla sostituzione per rispetto di quel sentimento.

Quanto alla terza e più pregnante ragione, il *Bundesverwaltungsgericht* aveva ritenuto che, con l'utilizzo dei *Beamten*, *Bundespost* non agisse nella sua qualità di datore di lavoro, con l'obiettivo, dunque, di opporsi allo sciopero, ma nella sua veste di ente pubblico che cerca di ridurre il più possibile gli effetti negativi dello sciopero sull'erogazione del servizio alla collettività, erogazione che costituisce un obbligo dal quale l'ente pubblico non è sollevato in caso di sciopero.

La stessa valutazione di legittimità era stata fatta propria, appena un anno dopo⁴⁸, dal *Bundesarbeitsgericht* sul versante della *Koalitionsfreiheit*, sulla base del presupposto che al datore di lavoro sia comunque consentito di mitigare gli effetti dello sciopero sulla propria attività. In ogni caso, l'utilizzo dei *Beamten* non farebbe acquisire al datore di lavoro una ingiustificata posizione di forza nel conflitto, trattandosi di una scelta che comporta, comunque, un funzionamento non

⁴⁷ BVerwG 10.05.1984, BVerwG 2 C 18.82.

⁴⁸ BAG 10.09.1985, 1 AZR 262/84.

a regime dell'attività stessa, non potendo i *Beamten* svolgere i propri compiti consueti.

Rispetto a tanto autorevoli posizioni favorevoli, ancor più autorevolmente, il *Bundesverfassungsgericht* ha assunto, nel 1993, un atteggiamento negativo rispetto allo *Streikeinsatz*, subordinandone la legittimità alla presenza di una disposizione di legge che ne autorizzi l'utilizzo⁴⁹. Ciò, nonostante l'affermazione generalissima secondo la quale la regolamentazione (*Ausgestaltung*) dei conflitti di lavoro è sempre consentita alla giurisprudenza, a fronte della perdurante inerzia del legislatore in materia. Affermazione generalissima che, però, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, trova eccezione per l'impiego dei *Beamten* in sostituzione dei lavoratori scioperanti.

La decisione del 1993 si inquadra nell'atteggiamento di maggior favore nei confronti delle organizzazioni sindacali inaugurato dal *Bundesverfassungsgericht* nel 1991 e già evidenziato in precedenza. In questo caso particolare, il ragionamento si basa sulla constatazione che lo Stato (ovvero *Bundespost*) svolge il doppio ruolo di portatore dell'interesse pubblico e di datore di lavoro, controparte contrattuale/conflittuale del sindacato scioperante. Il primo ruolo gli consente, dunque, di usufruire di un vantaggio unico ovvero quello di poter costringere propri lavoratori a sostituirne altri in sciopero. L'attribuzione di un simile vantaggio non può avvenire da parte del giudice ma deve essere frutto di una ponderata scelta di politica del diritto operata dal legislatore.

Tuttavia, in una pronuncia resa nel 1994⁵⁰, il *Bundesverfassungsgericht*, chiamato a valutare della legittimità di una sanzione disciplinare inflitta, prima della pronuncia del 1993, da *Bundespost* a un *Beamte* che si era rifiutato di eseguire l'ordine di sostituzione, l'aveva avallata, affermando che, nel caso in cui l'ordine ritenuto illegittimo non imponga al *Beamte* la violazione di norme penali, sull'istanza di sottrarsi deve prevalere l'obbligo di obbedienza (*Gehorsampflicht*), rimanendo, comunque, a disposizione del *Beamte* la procedura amministrativa di reclamo (*Remonstrationsverfahren*), il cui esito positivo soltanto legittima il rifiuto.

La timidezza della pronuncia del 1994, unita alla perdurante attitudine positiva nei confronti dello *Streikeinsatz* da parte dei tribunali sia amministrativi che del lavoro, ha determinato una sostanziale ininfluenza della pronuncia del 1993, inducendo i datori di lavoro a perseverare nell'utilizzo dello strumento e i *Beamten* ad obbedire agli

⁴⁹ BVerfG 02.03.1993, 1 BvR 1213/85.

⁵⁰ BVerfG 07.11.1994, 2 BvR 1117/94.

ordini di sostituzione, soprattutto se adottati al fine di garantire prestazioni di emergenza (*Notdienst*) in favore della collettività.

(4) Le prestazioni (servizi) di emergenza e di mantenimento (*Not- und Erhaltungsarbeiten oder Dienst*).

La giurisprudenza del *Bundesarbeitsgericht* in materia di prestazioni (servizi) di emergenza e di mantenimento (*Not- und Erhaltungsarbeiten oder Dienst*) deve essere affrontata con estrema cautela. Essa può essere ricondotta, fondamentalmente, a quattro pronunce, di cui una risalente, spesso richiamate tralaticciamente dalla giurisprudenza di merito che si occupa di sciopero nei servizi essenziali.

La prima, quella del 1982⁵¹, è stata resa in un caso di *Warnstreik* nel settore della grande distribuzione, nel quale, il datore di lavoro, per garantire l'apertura della filiale anche durante lo sciopero, aveva comandato un numero consistente di lavoratori appartenenti a vari reparti. In particolare, una di questi era stata comandata per l'attività di primo soccorso, peraltro richiesta dalla disciplina in materia di sicurezza sul lavoro (*Unfallverhütungsvorschrift Erste Hilfe (VBG 109)*). La lavoratrice si era rifiutata di svolgere detta attività, adducendo di essere carente di formazione specifica, e aveva preso parte allo sciopero di preavviso. In risposta, l'azienda l'aveva sanzionata con un richiamo scritto, minacciandola di licenziamento senza preavviso in caso di recidiva. L'impugnazione della sanzione con richiesta di cancellazione della stessa dal fascicolo personale, determina la pronuncia del *Bundesarbeitsgericht* al quale si offre l'occasione per fare un primo punto della situazione con riferimento a quello che il datore chiama *Notdienst* (servizio di emergenza) e che, invece, nel linguaggio della corte viene, più correttamente, definito *Erhaltungsarbeit* (prestazione di mantenimento).

Il punto di partenza del ragionamento è costituito dalla considerazione che già nelle due pronunce del *Großer Senat* del 1955 e del 1971, si era affermata, seppur per *obiter dictum*, la necessità di garantire in caso di sciopero prestazioni e emergenza e/o di mantenimento. Questa necessità viene espressamente (ri)affermata nella pronuncia del 1982⁵², nella consapevolezza del fatto che le domande successive riguardano il chi sia responsabile della definizione, organizzazione e conduzione di quelle prestazioni e quali prestazioni siano da considerarsi rientranti nei *Not- und Erhaltungsarbeiten oder Dienst*.

⁵¹ BAG 30.03.1982, 1 AZR 265/80, <http://www.urteile-im-internet.de/archives/BAG-1-AZR-265-80.html>

⁵² BAG 30.03.1982, 1 AZR 265/80, <http://www.urteile-im-internet.de/archives/BAG-1-AZR-265-80.html>

Alla prima domanda, il *Bundesarbeitsgericht* non ritiene di dover rispondere, limitandosi a ricostruire, con dovizia di particolari, le tre posizioni allora emerse in dottrina, secondo le quali la responsabilità sarebbe, alternativamente, del datore di lavoro, del sindacato che proclama lo sciopero, di entrambi le parti che devono regolare in via negoziale la materia. In ogni caso, per il *Bundesarbeitsgericht*, il datore di lavoro risulta, anche in assenza di determinazione sindacale o di accordo, legittimato a comandare i lavoratori in caso di sciopero per lo svolgimento di dette prestazioni. Tra queste, il *Bundesarbeitsgericht* distingue gli *Erhaltungsarbeiten* dai *Notstandarbeiten*, riconducendo, i primi, al mantenimento dei beni dell'impresa in vista di una ripresa della sua attività dopo la conclusione del conflitto, i secondi, alla fornitura di servizi e beni vitali (*lebensnotwendigen*) per la popolazione durante il conflitto. Nella logica dei servizi essenziali, solo i secondi rilevano. La pronuncia, tuttavia, mentre, in considerazione del caso da decidere, si dilunga sui primi, sui secondi non va oltre la definizione appena enunciata. Ed è a questa definizione che, tralasciamente, la giurisprudenza di merito continua a far riferimento.

Un aspetto comune a *Erhaltungsarbeiten* e *Notstandarbeiten*, viene, tuttavia, posto in evidenza dal *Bundesarbeitsgericht*. Si tratta della non invocabilità del principio di necessità sotteso a entrambi per giustificare l'impiego dei lavoratori non scioperanti durante il conflitto. La necessità di impiegare i lavoratori non scioperanti (per evitare di dover pagare loro la retribuzione anche in assenza di svolgimento della prestazione) non legittima, dunque, la scelta datoriale di organizzare *Erhaltungsarbeiten* e *Notstandarbeiten*, i quali, inevitabilmente, finirebbero per coinvolgere anche gli scioperanti, impedendo loro di esercitare il proprio diritto e consentendo all'impresa di proseguire nella propria attività.

La condizione dei non scioperanti che offrono la propria prestazione durante il conflitto e il rapporto, controverso, tra la loro disponibilità e l'organizzazione dei *Notstandarbeiten*, costituisce l'elemento comune delle tre pronunce che seguono quella del 1982 e che si collocano tra il 1993 e il 1995, a meno di un anno di distanza le une dalle altre⁵³.

Secondo la prima delle tre⁵⁴, il lavoratore non scioperante che offre ritualmente la propria prestazione, pone il datore di lavoro che la rifiuta in una condizione di *mora credendi*, condizione alla quale il datore

⁵³ BAG 14.12.1993, 1 AZR 550/93; BAG 22.03.1994, 1 AZR 622/93; BAG 31.01.1995, 1 AZR 142/94.

⁵⁴ BAG 14.12.1993, 1 AZR 550/93.

di lavoro può sottrarsi solo dimostrando che l'utilizzo della prestazione è tecnicamente impossibile ed economicamente irragionevole. L'aver firmato un accordo sui servizi di emergenza (*Notdienstvereinbarung*) con un'organizzazione sindacale la quale ha subordinato la propria sottoscrizione alla condizione che durante lo sciopero vengano impiegati solo i lavoratori indicati nell'accordo non sottrae il datore alla condizione di *mora credendi*, rimanendo questi, di conseguenza, soggetto all'obbligo di retribuire i lavoratori non scioperanti (e non partecipanti al *Notdienst*), in applicazione del principio del rischio d'impresa (*Betriebsrisiko*) del quale il rischio rappresentato dal conflitto collettivo (*Arbeitskampfrisiko*) costituisce una *species*.

Nella seconda pronuncia⁵⁵, già richiamata e commentata in precedenza trattando di *Betriebsstilllegung*, il *Bundesarbeitsgericht* muta radicalmente indirizzo, affermando che il datore di lavoro che subisce lo sciopero può, appunto, legittimamente procedere al fermo dell'unità produttiva o di parte di essa, non sussistendo un obbligo a garantire comunque il funzionamento dell'impresa, ma solo una possibilità che il datore stesso può eventualmente sfruttare utilizzando i non scioperanti, i quali, quindi, non vantano un diritto all'impiego e tantomeno un diritto alla retribuzione nel caso in cui il datore opti, invece, per la *Stilllegung*. In questa ottica, l'accordo sui servizi di emergenza, la cui stipula sia condizionata all'impegno del datore di lavoro a non impiegare durante lo sciopero lavoratori altri rispetto a quelli indicati nell'accordo stesso, risulta totalmente legittimo, rientrando nella disponibilità delle parti e, anzi, costituendo un elemento positivo, alla luce del criterio di *Verhältnismäßigkeit*, l'organizzazione e la regolazione pattizia di *Notstandarbeiten* in favore della collettività.

Nella terza pronuncia⁵⁶, il *Bundesarbeitsgericht* chiude il cerchio, affermando che il lavoratore non scioperante che offre la propria prestazione non ha diritto a essere inserito nella lista di coloro che saranno chiamati a svolgere i *Notstandarbeiten*, risultando detta indicazione prerogativa delle parti che stipulano l'accordo o, meglio ancora, della direzione dello sciopero (*Streikleitung*) che sottopone al datore la proposta di organizzare i servizi di emergenza.

Questa conclusione risulta di cruciale importanza, in quanto conferma la primazia dello strumento negoziale nella regolamentazione del conflitto e, quindi, nella definizione delle prestazioni di emergenza nonché la centralità delle parti nella valutazione della loro effettiva indispensabilità per la collettività. Nel caso di specie, infatti, il

⁵⁵ BAG 22.03.1994, 1 AZR 622/93.

⁵⁶ BAG 31.01.1995, 1 AZR 142/94.

Bundesarbeitsgericht afferma con chiarezza che la decisione di considerare prestazione di emergenza l'apertura parziale di un asilo nido durante lo sciopero in favore dei soli bambini i cui genitori siano assolutamente impossibilitati a prendersene cura, rientra nella disponibilità delle parti in conflitto.

(5) Il passaggio di un'impresa da un'iscrizione piena (*Vollmitgliedschaft*) all'associazione datoriale di categoria a un'iscrizione senza vincolo di applicazione del contratto collettivo (*Mitgliedschaft-ohne-Tarifbindung – OT Mitgliedschaft*).

Un ultimo elemento da valutare con attenzione per quanto riguarda la condizione della parte datoriale nelle relazioni collettive, è il passaggio di un'impresa da un'iscrizione piena (*Vollmitgliedschaft*) all'associazione datoriale di categoria a una senza vincolo di applicazione del contratto collettivo (*Mitgliedschaft-ohne-Tarifbindung – OT Mitgliedschaft*).

In Germania, infatti, dal punto di vista delle relazioni industriali, la fine del secolo è stata caratterizzata dalla minaccia (spesso realizzata) da parte di molte imprese di uscire dall'associazione datoriale cui storicamente appartenevano, in considerazione della insostenibilità dell'applicazione del contratto collettivo di categoria in presenza di un numero sempre maggiore di concorrenti che non lo applicavano in quanto già fuoriuscite dall'associazione stessa e, quindi, non più *tarifgebunden*.

Al fine di porre un argine all'emorragia di iscritti, molte associazioni datoriali di categoria⁵⁷ hanno modificato i propri statuti, introducendo una modalità di iscrizione articolata su due livelli, quella piena (*Vollmitgliedschaft*), con applicazione del contratto collettivo, e quella senza (*Mitgliedschaft-ohne-Tarifbindung – OT Mitgliedschaft*), che dà diritto, almeno in apparenza, nella sola erogazione di servizi amministrativi.

Il *Bundesarbeitsgericht* è stato chiamato ad occuparsi della questione sotto il delicato profilo della legittimità del passaggio, mantenuto segreto, di una impresa dalla *Vollmitgliedschaft* alla *OT Mitgliedschaft* nel corso delle trattative per il rinnovo del contratto di categoria. Una simile pratica determina, infatti, una condizione di incertezza circa il reale numero di imprese vincolate dal contratto in corso di negoziazione per la controparte sindacale nel momento in cui deve decidere se e a quali condizioni procedere alla sottoscrizione⁵⁸.

⁵⁷ Emblematico il caso del *Verband Druck & Medien Bayern e.V. (vdmb)* – Unione delle imprese bavaresi della carta stampata e del settore media, che ha dato luogo alla pronuncia del *Bundesarbeitsgericht* di cui di seguito.

⁵⁸ BAG 04.06.2008, 4 AZR 419/07.

Il *Bundesarbeitsgericht* ha anzitutto affermato che la modalità di iscrizione articolata sui due livelli, di per sé, non risulta problematica sul piano giuridico, inquadrandosi nella libertà di organizzazione interna dell'associazione datoriale, protetta dalla *Koalitinsfreiheit*. Tuttavia, per essere legittima, l'articolazione necessita di una chiara distinzione, quanto a prerogative, tra *Vollmitglieder* e *OT Mitglieder*, nel senso di escludere questi ultimi da qualsiasi ruolo attivo nella definizione delle strategie negoziali, proprio in considerazione del fatto che essi, al contrario dei *Vollmitglieder*, non saranno vincolati dal contratto collettivo.

In secondo luogo, un simile cambiamento di *status* effettuato durante le trattative per il rinnovo del contratto collettivo, seppure efficace sul piano endo-associativo, per produrre i propri effetti sul quello negoziale ovvero in termini di non vincolatività del contratto collettivo che si sta negoziando per l'impresa che ha cambiato modalità associativa, deve essere effettuato in maniera tale da garantire la massima trasparenza nei confronti dell'organizzazione sindacale coinvolta nelle trattative.

A tal fine, si rende necessaria, di regola, una comunicazione da parte dell'organizzazione datoriale o della stessa impresa al sindacato in questione, effettuata in tempo utile a consentire a quest'ultimo di reagire al cambiamento di *status* con riferimento sia al contenuto del contratto collettivo sia, eventualmente, alla sua stessa sottoscrizione. Qualora, infatti, il cambio di *status* riguardi un'impresa di grande rilevanza per il settore, l'organizzazione sindacale potrebbe adottare tempestivamente una strategia conflittuale mirata, finalizzata a imporre all'impresa la conclusione di un contratto collettivo aziendale (*Haus- oder Frimentarifvertrag*). Così, peraltro, è avvenuto nel caso oggetto della pronuncia del *Bundesarbeitsgericht*, nel quale, tuttavia, lo sciopero proclamato da *ver.di* nei confronti dell'impresa che aveva optato per la *OT Mitgliedschaft*, ha determinato non la conclusione di un contratto collettivo aziendale ma il ritorno dell'impresa stessa alla *Vollmitgliedschaft* con conseguente applicazione del contratto collettivo di categoria nel frattempo concluso tra l'associazione datoriale di appartenenza e *ver.di*.

Nel caso in cui la comunicazione non sia stata effettuata nei termini sopra indicati, il cambio di *status* non è destinato a produrre effetti sulla *Tarifgebundenheit* dell'impresa che lo ha posto in essere e questa, nonostante l'*OT Mitgliedschaft*, sarà costretta a garantire ai lavoratori l'applicazione *ex tunc* del contratto collettivo stipulato dall'associazione di appartenenza.

2. Lo sciopero nei servizi essenziali.

La lunga analisi che precede e che riguarda chiaramente la regolamentazione dello sciopero in generale, trova la sua ragion d'essere, con riferimento all'ordinamento tedesco, nell'assenza di una disciplina legislativa specifica del conflitto nei servizi essenziali. Lo stesso concetto di servizio essenziale (*Daseinvorsorge*), risulta di elaborazione dottrinale e trova raramente riscontro nella giurisprudenza di merito che si è dovuta occupare negli ultimi anni di un numero sempre crescente di conflitti che hanno interessato settori nei quali vengono erogati servizi in favore della collettività. Trasporto ferroviario e aereo, sanità e istruzione costituiscono gli esempi più ricorrenti.

La presenza di un livello relativamente elevato di scioperi in questi settori e l'assenza di una disciplina legislativa specifica, hanno persino spinto alcuni autorevoli docenti di diritto del lavoro a elaborare una proposta di legge che la Politica non ha, però, ritenuto di dover far propria.

Nonostante, infatti, il criterio della *Verhältnismäßigkeit* imponga al giudice di tener conto nella valutazione della legittimità dello sciopero degli interessi dei terzi rispetto al conflitto, l'impressione che emerge dall'analisi dell'ormai copiosa giurisprudenza di merito in materia, è quella di una sostanziale postergazione dei diritti degli utenti, prevalendo, nella considerazione dei giudici, l'idea che il conflitto rimanga, comunque, un 'affare' tra le parti, le quali lo devono sì gestire responsabilmente, ma senza privarlo di quella funzione catartica, sola in grado di generare una nuova pace sociale.

Si tratta, si badi bene, non di spregio nei confronti degli utenti, ma di alta considerazione nei confronti della libertà di coalizione e d'azione, affiancata dalla convinzione che solo la messa in discussione di interessi vitali della collettività possa giustificare una compressione di quelli delle parti. E, così, come vedremo, l'approvvigionamento di riserve di sangue non può essere pregiudicato da uno sciopero, mentre può (abbastanza) tranquillamente esserlo la libertà di circolazione.

Da ciò deriva che sono le parti in conflitto, nella maggior parte dei casi mediante i già richiamati *Notdienstvereinbarungen*, a poter individuare delle modalità di svolgimento del conflitto che determinino un pregiudizio ridotto (alla controparte e) ai terzi indirettamente coinvolti. La presenza di simili accordi, però, non costituisce condizione di legittimità dell'azione conflittuale, ma, tutt'al più, un elemento utile e positivo nella valutazione della *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn*. Ciò determina la presenza frequente di tali accordi, soprattutto nel settore del trasporto aereo. Certo, il loro contenuto è spesso minimale, limitandosi a un

brevissimo periodo di preavviso (24 ore) e alla garanzia di voli governativi e di sicurezza nazionale.

I tentativi fatti dagli erogatori del servizio e dalle imprese indirettamente colpite dagli scioperi (vedi compagnie aeree in caso di astensione dal lavoro dei controllori di volo e del personale di terra), di ottenere da parte dei giudici l'elaborazione di un diritto del conflitto collettivo specifico dei servizi essenziali (*richterrechtliches Arbeitskampfrecht in Daseinvorsorge*), si sono scontrati con la 'pregiudiziale', sollevata dagli stessi giudici, rappresentata dall'essere state le questioni esaminate sempre ed esclusivamente nell'ambito di procedimenti d'urgenza, i quali, data la tempistica strettissima (normalmente da poche ore a un giorno), effettivamente non lasciano ai tribunali locali (*Arbeitsgerichte*) e regionali (*Landesgerichte*) la possibilità di elaborare principi di diritto generali, in grado di reggere al vaglio della giurisprudenza di legittimità e costituzionale.

C'è anche da dire che, al momento, nessuna delle controversie in materia ha superato il livello di *Landesarbeitsgericht*, quale istanza di riesame dei provvedimenti cautelari adottati o negati da un *Arbeitsgericht*, per approdare, sotto forma di questione di legittimità, magari relativa all'ammissibilità del risarcimento del danno derivante dall'illegittimità dello sciopero⁵⁹, al *Bundesarbeitsgericht* e, di conseguenza, eventualmente, al *Bundesverfassungsgericht*.

L'assenza di pronunce di legittimità o, ancor più utili, di costituzionalità, ha privato la copiosa giurisprudenza di merito dei necessari riferimenti sistematici, generando anche, in alcuni casi, un vero e proprio *forum shopping*, con datori di lavoro alla ricerca dell'*Arbeitsgericht* disposto a concedere loro un provvedimento cautelare inibitorio di uno sciopero nazionale. Ciò ha messo a rischio la credibilità dello strumento e l'efficacia della giurisdizione, spingendo gli stessi tribunali territoriali verso una sorta di coordinamento spontaneo dell'ammissibilità dei ricorsi in sede cautelare.

Un interessante esempio di questa giurisprudenza di merito è costituito da una recente pronuncia del Tribunale Regionale del Lavoro dell'Assia (*Hessisches Landesarbeitsgericht – LAG Hessen*), resa in occasione di un reclamo avverso al rifiuto dell'*Arbeitsgericht* Frankfurt am Main di adottare, su richiesta di tre imprese del trasporto persone e merci su ferro operanti a livello nazionale e dai gestori del servizio trasporto locale su ferro di Berlino e Amburgo, un provvedimento d'urgenza

⁵⁹ Richieste, peraltro, di recente, sempre rigettate dai *Landesarbeitsgerichte*, spesso sulla base di ragionamenti piuttosto discutibili: v. LAG Hessen 25.04.2013, 9 Sa 561/12; LAG Hessen 27.06.2013, 9 Sa 1387/12; LAG Hessen 05.12.2013, 9 Sa 592/13.

(*einstweilige Verfügung*) contro uno sciopero proclamato dal sindacato autonomo dei ferrovieri (*Gewerkschaft der Lokomotivführer – GdL*)⁶⁰. Obiettivo specifico del ricorso quello di ottenere un provvedimento inibitorio (*Untersagungsverfügung*) dello sciopero di 5 giorni programmato nel settore di lì a poco. La disputa, che, peraltro, al momento in cui si scrive, ancora si trascina, è figlia dell'abbandono del principio di *Tarifeinheit*, con la *GdL* che cerca di ottenere un proprio contratto collettivo da applicarsi sia ai macchinisti che al personale viaggiante, in competizione al rialzo (*Überbietungswettbewerb*) con l'altro sindacato TRANSNET/GDBA affiliato al *DGB* che ha già stipulato un contratto collettivo con le imprese sopra citate.

Il *LAG Hessen*, confermando una giurisprudenza ormai costante dei tribunali di merito⁶¹, ha affermato la possibilità di adottare la *Untersagungsverfügung* anche nel caso di sciopero, sottolineando, però, la necessità di analizzare con attenzione il ricorrere delle condizioni normalmente previste, dato che il provvedimento produce un effetto soddisfacente in favore del richiedente (*Befriedigungsverfügung*), con la conseguenza di incidere profondamente sulla questione principale. Condizioni previste per l'adozione della *Untersagungsverfügung* sono, come usuale, il *fumus boni juris* (*Verfügungsanspruch*) e il *periculum in mora* (*Verfügungsgrund*).

In caso di sciopero, tuttavia, la *Untersagungsverfügung* può essere concessa solo qualora questo sia non solo ritenuto illegittimo ma anche dimostrato come tale dal richiedente il provvedimento cautelare. Peraltro, nel valutare il ricorrere delle condizioni necessarie alla concessione del provvedimento, un ruolo importante gioca anche il contenuto richiesto, dato che una proibizione totale dell'azione inciderebbe in maniera intollerabile sul diritto d'azione dell'organizzazione sindacale (*Koalitionsbetätigungsgarantie*), mentre una inibizione parziale consentirebbe un bilanciamento degli interessi in gioco.

In ogni caso, l'illegittimità dello sciopero deve essere valutata secondo i criteri enunciati e analizzati nei paragrafi precedenti: la *Verhältnismäßigkeit* e il rispetto della *Friedenspflicht*. Non si può, infatti, affermare l'illegittimità di uno sciopero e inibire la sua effettuazione, solo perché si svolge in un settore nel quale vengono erogati servizi in favore della collettività⁶². Una simile affermazione implicherebbe un divieto di sciopero nei servizi essenziali (*Daseinvorsorge*), con conseguente violazione della *Kampffreiheit* derivante dalla *Koalitionsfreiheit*.

⁶⁰ LAG Hessen 07.11.2014, 9 SaGa 1496/14.

⁶¹ Sul punto v., almeno LAG Baden-Württemberg 31.03.2009, 2 SaGa 1/09 e LAG Berlin-Brandenburg 14.08.2012, 22 SaGa 1131/12.

⁶² Così, per il trasporto aereo, già LAG Baden-Württemberg 31.03.2009, 2 SaGa 1/09.

L'aspetto più importante della pronuncia è, dunque, quello relativo all'applicazione del criterio della *Verhältnismäßigkeit* a un conflitto che minacciava di bloccare (e ha, di fatto, bloccato) il trasporto ferroviario nel Paese per 5 giorni consecutivi. Ovvero stabilire se un simile sciopero costituisce una interferenza sproporzionata nei diritti costituzionalmente garantiti di terzi.

La risposta del *LAG Hessen* è negativa e la *Untersagungsverfügung* non viene concessa sulla base delle considerazioni, non particolarmente organiche, che seguono.

In primo luogo, anche se si potrebbe pensare che un simile sciopero sia sproporzionato data la sua capacità di pregiudicare un numero imprecisato di utenti e di imprese sul territorio nazionale, una sua limitazione territoriale da parte del giudice costituirebbe un'interferenza indebita nella scelta degli strumenti del conflitto, scelta che rientra, come visto, tra le prerogative delle parti. Una simile interferenza risulta giustificata solo nel caso in cui siano a rischio bisogni vitali della persona⁶³, tra i quali, ad avviso della giurisprudenza tedesca, non rientra la libertà di circolazione.

Peraltro, secondo il *LAG Hessen*, in favore della proporzionalità dello sciopero milita il fatto che esso sia stato preceduto da un preavviso di 24 ore che ha consentito alle imprese erogatrici del servizio di predisporre un piano di emergenza (*Notplan*), il quale, a sua volta, ha permesso di garantire il funzionamento di circa il 30% del normale servizio, anche attraverso l'impiego dei *Beamten* ancora operativi presso molte delle imprese coinvolte nel conflitto⁶⁴.

In secondo luogo, ad avviso del *LAG Hessen*, il fatto che il sindacato scioperante sia un'organizzazione di mestiere (*Sparten- oder Spezialistengewerkschaft*), dotata di un potere di incidenza sul corretto funzionamento del servizio di gran lunga superiore alla propria dimensione numerica relativamente esigua, non pregiudica la parità delle parti in conflitto (*Arbeitskampfparität*). La sproporzione tra numero dei lavoratori coinvolti nello sciopero (e, quindi, tra costi, relativamente ridotti, sostenuti dall'organizzazione sindacale in termini di indennità di sciopero), danno economico e d'immagine provocato all'azienda e pregiudizio inflitto alla collettività, non legittima un intervento limitativo da parte del giudice della capacità conflittuale del sindacato in questione. Esso, infatti, risultando motivato esclusivamente dalle esigue dimensioni

⁶³ Così, con riferimento all'approvvigionamento di sangue negli ospedali, *LAG Sachsen* 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07.

⁶⁴ Peraltro, *LAG Berlin-Brandenburg* 24.10.2007, 7 SaGa 2044/07, ha valutato illegittimo un orario sostitutivo (*Ersatzfahrplan*) unilateralmente deciso e attuato da *Deutsche Bahn* in risposta a uno sciopero, in quanto volto a garantire il 50% del servizio ordinario.

di quest'ultimo, produrrebbe una compressione della libertà di azione e di coalizione di quell'organizzazione, favorendo, indirettamente ma immotivatamente, le organizzazioni sindacali 'maggiori', le quali, sole, risulterebbero legittimate a porre in essere un conflitto rispettoso della *Arbeitskampfpazität*.

Peraltro, la durata limitata e predeterminata dello sciopero e il preavviso che lo ha preceduto, con conseguente possibilità offerta agli erogatori del servizio di predisporre un piano d'emergenza, rendono impraticabile l'argomento addotto dagli stessi, secondo il quale la *Arbeitskampfpazität* risulterebbe, comunque, violata in considerazione della loro impossibilità di ricorrere a una serrata difensiva in presenza del combinato disposto dell'Art. 87e par. 4 GG e del § 10 della Legge Generale sul Trasporto Ferroviario (*Allgemeinen Eisenbahngesetzes - AEG*), in forza del quale gli erogatori del servizio devono fare di tutto per garantirne la continuità⁶⁵.

Infine, ma non da ultimo, a giudizio del LAG Hessen, lo sciopero risulta legittimo in quanto la presenza di un contratto collettivo già concluso tra le imprese richiedenti il provvedimento inibitorio e il sindacato TRANSNET/GDBA affiliato al DGB, a maggior ragione a seguito dell'abbandono del principio di *Tarifeinheit* da parte del *Bundesarbeitsgericht*, non viola la *Friedenspflicht*, ben potendo il sindacato non firmatario proseguire nella sua strategia negoziale, anche laddove questa comporti momenti conflittuali ulteriori rispetto a quelli eventualmente già sperimentati per la conclusione del contratto collettivo vigente.

Trattandosi, dunque, di uno sciopero legittimo, neppure le richieste di sua limitazione territoriale e di suo differimento temporale possono ritenersi accoglibili. Infatti, che nei *Länder* dell'Est gli erogatori del servizio non abbiano a disposizione *Beamten* per sostituire i macchinisti in sciopero, non esclude la possibilità di utilizzare temporaneamente, in quegli stessi *Länder*, i *Beamten* normalmente di stanza nei *Länder* dell'Ovest. Inoltre, che lo sciopero coincida con le celebrazioni per il venticinquennale della caduta del Muro di Berlino, non costituisce, evidentemente, un evento tale da pregiudicare i bisogni vitali della popolazione⁶⁶.

⁶⁵ Sull'irrelevanza di detti riferimenti legislativi per la legittimità dello sciopero v. LAG Sachsen 02.11.2007, SaGa 19/07.

⁶⁶ Solo come nota di colore: in Belgio, nel dicembre 1999, la coincidenza di uno sciopero nel trasporto ferroviario con il matrimonio dei Principi Matilde e Filippo aveva determinato i tribunali a dichiararne l'illegittimità e ad adottare provvedimenti inibitori dello stesso (sciopero, ovviamente).

3. Conclusioni.

L'analisi condotta nei paragrafi precedenti, risulta rivelatrice delle profonde modificazioni alle quali sono andati incontro il sistema regolativo giurisprudenziale del diritto collettivo e le relazioni industriali in Germania nell'ultimo ventennio. La valutazione positiva, in termini di garanzia dei diritti degli utenti, che, pur in assenza di una regolazione legislativa specifica del conflitto nei servizi essenziali, del modello tedesco avevamo dato nel 1995, in presenza di una disciplina generale fortemente limitativa dello sciopero, tale, di per sé, da tutelare l'interesse generale, una simile valutazione positiva, dicevamo, non risulta, più possibile.

La 'ristrutturazione' del sistema regolativo delle relazioni collettive portata avanti con sistematicità, nell'ultimo ventennio, dal *Bundesverfassungsgericht* e dal *Bundesarbeitsgericht* in favore della parte sindacale, comprensiva di ridimensionamento degli strumenti datoriali di lotta, vecchi e nuovi, figlia di una interpretazione della *Koalitionsfreiheit* maggiormente attenta alle ragioni del diritto di sciopero, ha prodotto scompensi, difficilmente immaginabili fino a qualche anno fa, nei servizi essenziali. La peculiarità di questi ultimi rispetto al conflitto collettivo stenta, infatti, ad essere tematizzata in Germania, soprattutto dalla giurisprudenza, che non accetta di individuare nel bene comune (*Gemeinwohl*) inteso in senso ampio, un limite all'esercizio del diritto di sciopero, ritenendo rispondente al criterio di proporzionalità un'autoregolamentazione minimalista del conflitto, fatta di preavvisi brevi e di prestazioni di emergenza esigue.

In questo quadro, l'unica alternativa all'indifferenza al problema o alla stoica sopportazione da parte degli utenti, è rappresentata dall'intervento del legislatore che, però, come anticipato, pur autorevolmente auspicato e stimolato dalla dottrina, con proposte articolate e comparatisticamente consapevoli, non ha trovato riscontro nel programma della *Große Koalition* che attualmente governa la Germania. Il Governo tedesco ha preferito, invece, presentare una proposta di legge volta a ripristinare il principio di *Tarifeinheit*, abbandonato dal *Bundesarbeitsgericht* in considerazione del suo sufficientemente palese contrasto con la *Koalitionsfreiheit*, contrasto che la dottrina quasi unanime vede destinato ad amplificarsi a seguito dell'affermazione del principio di *Tarifeinheit* per via legislativa.

Nel frattempo, il conflitto nei servizi essenziali, pur permanendo su livelli non paragonabili a quelli nostrani, per le ragioni che abbiamo illustrato in questo saggio, è diventato sistemico, tanto da spingere gli stessi erogatori del servizio a parlare di *Dauerarbeitskämpfen* che, con

espressione inconcepibile, fino a qualche anno fa, per l'ordinamento tedesco, potremmo tradurre 'conflittualità permanente' che, come visto, neppure il venticinquennale della caduta del Muro di Berlino è stato in grado di placare...

Bibliografia essenziale.

- Ales Edoardo, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generale e autotutela. Spunti comparatistici*, 1995, Giappichelli, Torino.
- Badura Peter, *Die Rechtmäßigkeit des dienstlichen Einsatzes von Beamten während eines Streiks von Tarifkräften im öffentlichen Dienst aus verfassungsrechtlicher und beamtenrechtlicher Sicht*, in *Jahrbuch der Deutschen Bundespost*, 1983, 9 - 53.
- Bayreuther Frank, *Der Arbeitskampf des Marburger Bundes - Ein Lehrstück zur Tarifeinheit im Betrieb*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2006, 642 - 646.
- Beyreuther Frank, *Tarif- und Arbeitskampfrecht in der Neuorientierung*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2008, 12 - 18.
- Bepler Klaus, *Tarifeinheit im Betrieb - Eine Skizze der bisherige Rechtsprechung*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, Beil. 2010, 99 - 104.
- Bsirske Frank, *Vielfalt verbinden, miteinander geht es besser - Gute Beteiligungsmöglichkeiten stärken die Einheitsgewerkschaft*, in *Industrielle Beziehungen*, 2008, 414 - 417.
- Däubler Wolfgang (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht. Handbuch für die Rechtspraxis*, 3. Auflage, 2011, Nomos, Baden Baden.
- Däubler Wolfgang (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, 3. Auflage 2012, Nomos, Baden-Baden.
- Däubler Wolfgang, Heuschmid Johannes, *Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?* in *Recht der Arbeit (RdA)*, 2013, 1 - 9.
- Deinert Olaf, *Zur Zulässigkeit von OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden*, in *Arbeit und Recht (AuR)*, 2006, 217 - 224.
- Deinert Olaf, *Schranken der Satzungsgestaltung beim Abstreifen der Verbandstarifbindung durch OT-Mitgliedschaften*, in *Recht der Arbeit (RdA)*, 2007, 83 - 91.
- Dieterich Thomas, Linsenmaier Wolfgang, *Art. 9 GG*, in Dieterich Thomas, Hanau Peter, Schaub Günter (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Auflage, 2014, C. H. Beck, München.

- Dorssemont Filip, *Rechterlijke tussenkomst in versus paritair beheer van collectieve conflicten in de publieke of semi-publieke sector*, in Rigaux Marc, Dorssemont Filip (eds.), *Vitale behoeften, essentiële diensten, minimumprestaties en stakingsrecht*, 2003, Intersetia, Antwerpen – Groningen, 173 – 206.
- Ehl Armin, *Antworten des Marburger Bundes*, in *Industrielle Beziehungen*, 2008, 406 – 410.
- Franzen Martin, § 1 TVG, in Dieterich Thomas, Hanau Peter, Schaub Günter (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Auflage, 2014, C. H. Beck, München.
- Franzen Martin, *Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen*, in *Recht der Arbeit*, 2008, 193 - 205.
- Franzen Martin, Gregor Thüsing, Christian Waldhoff, *Arbeitskampf in der Daseinvorsorge*, 2012, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Gamillscheg Franz, *Kollektives Arbeitsrecht*, Band 1, 1997, C. H. Beck, München.
- Greiner Stefan, *Der Arbeitskampf der GDL - Überlegungen zur Parität im Sparten- und Spezialistenarbeitskampf*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2007, 1023 - 1029.
- Greiner Stefan, *Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfppluralität*, 2. Auflage, 2012, C. H. Beck, München.
- Greiner Stefan, *Die Ausgestaltung eines „Tarifeinheitsgesetzes“ und der Streik am Frankfurter Flughafen*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2012, 529 – 535.
- Hanau Peter, *Verbands-, Tarif- und Gerichtspluralismus*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2003, 128 – 132.
- Isensee Josef, *Streikeinsatz unter Gesetzesvorbehalt - Gesetzesvollzug unter Streikvorbehalt*, in *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 1994, 309 - 315.
- Hoffmann Jürgen, Schmidt Rudi, *The train drivers' strike in Germany 2007–2008: warnings for the future of the German trade union movement?* in *Industrial Relations Journal*, 2009, 524 - 533.
- Jakobs Matthias, *Tarifpluralität statt Tarifeinheit. Aufgeschoben ist nicht aufgehoben*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2008, 326 – 333.
- Kamanabrou Sudabeh, *Der Streik durch Spartengewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)*, 2008, 241 – 281.

- Kerber-Clasen Stefan, *Gewerkschaftliches Interessenhandeln im Bereich kommunaler Kindertagesstätten – Voraussetzungen, Formen, Ergebnisse*, in *Industrielle Beziehungen*, 2014, 238 – 256.
- Kissel Otto Rudolf, *Arbeitskampfrecht. Ein Leitfaden*, 2002, C. H. Beck, München.
- Lesch Hagen, *Spartengewerkschaften – Entstehungsmotive und ökonomische Wirkung*, in *Industrielle Beziehungen*, 2008, 303 – 328.
- Löwisch Manfred, Rieble Volker, *Tarifvertragsgesetz. Kommentar*, 3. Auflage, 2012, C. H. Beck, München.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 3. Auflage, Band. 2 (*Kollektivarbeitsrecht*), 2009, C. H. Beck, München.
- Mayer Udo, *Beamte als Streikbrecher?*, in *Das Recht in Amt (RiA)*, 1984, 241 – 248.
- Meyer Cord, *Aktuelle Fragen zum Grundsatz der Tarifeinheit*, in *Der Betrieb (DB)*, 2006, 1271 – 1273.
- Müller Gerhard, *Der Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmerarbeitsplätzen bei einem legitimen Tarifstreik im öffentlichen Dienst*, in *Recht der Arbeit (RdA)*, 1982, 86 - 101.
- Müller Gerhard, *Beamteneinsatz bei Streik im öffentlichen Dienst?*, in *Der Betrieb (DB)*, 1985, 867 – 870.
- Müller Hans-Peter, Wilke Manfred, *Verdrängte Beruflichkeit – Renaissance des Berufsprinzips?* In *Industrielle Beziehungen*, 2008, 376 – 401.
- Maunz Theodor, Dürig Günter, Herzog Roman, *Grundgesetz. Loseblatt Kommentar, Art. 9*, 72. Auflage 2014, C. H. Beck, München.
- Nogler Luca, *La controversa storia giuridica del fenomeno del "conflitto collettivo" (a proposito di Arbeitskampf: Geschichte, Recht, Gegenwart di Michael Kittner)*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 2006, 1059 – 1072.
- Nogler Luca, *Ripensare il diritto di sciopero?* in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 315 – 329.
- Romagnoli Umberto, Ballestrero Maria Vittoria, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali - art. 40 Supplemento. Legge 12 giugno 1990 n. 146*, 1994, Bologna Zanichelli.
- Rudkowski Lena, *Der Streik in der Daseinvorsorge*, 2010, C. H. Beck, München.
- Schneider Hans-Peter, *Beamte im Streikeinsatz*, in *Recht der Arbeit (RdA)*, 1982, 104 – 114.
- Schroeder Wolfgang, Greef Samuel, *Industrie- und Spartengewerkschaften im Konflikt. Organisatorische*

- Voraussetzungen und realisierte Gelegenheitsstrukturen, in Industrielle Beziehungen, 2008, 330 – 355.*
- Sittard Ulrich, *Die Bedeutung der Daseinsvorsorge und des Grundsatzes der Tarifeinheit für das Arbeitskampfrecht am Beispiel des Bahnstreiks, in Zeitschrift für Tarifrecht (ZTR), 2008, 178 – 184.*
- Söllner Albert, *„Streikarbeit“ von Beamten?, in Arbeit und Recht (AuR), 1982, 233 – 245.*
- Steinau-Steinrück Robert v., Glanz Peter, *Dauerarbeitskämpfe durch Spartenstreiks – Die verbliebenen Kampfmittel der Arbeitsgeber, in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2009, 113 - 118.*
- Tarp Michael, *Antworten der Vereinigung Cockpit e.V., in Industrielle Beziehungen, 2008, 402 – 405.*
- Thüsing Gregor, *Tarifautonomie im Wandel: Beiträge zum Tarif-, Arbeitskampf- und Koalitionsrecht, 2003, Karl Heymanns, Köln.*
- Waas Bernd, *The Right to Strike: a Comparative View, in Waas Bernd (ed.), The Right to Strike: a Comparative View, 2014, Kluwer Law International, Alphen an den Rijn, 3 – 76.*
- Waas Bernd, *The Right to Strike: Germany, in Waas Bernd (ed.), The Right to Strike: a Comparative View, 2014, Kluwer Law International, Alphen an den Rijn, 235 – 258.*
- Waas Bernd, *Germany, in Freedland Mark, Prassl Jeremias, Viking, Laval and Beyond, 2014, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 155 – 170.*
- Wienbracke Mike, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) - www.zjs-online.com*
- Wiedemann Herbert, Wank Rolf, *TVG § 4, in Wiedemann Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Auflage, 2007, C. H. Beck, München.*
- Willemsen Heinz Josef, Mehrens Christian, *Das Ende der Tarifeinheit - Folgen und Lösungsansätze, in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2010, 1313 – 1323.*