

**Giovanni Pino**  
 Rilettura della nozione  
 di temperamento/bilanciamento  
 tra esercizio del diritto di sciopero  
 e diritti dei cittadini nella complessità sociale\*

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Il recente andamento del conflitto collettivo. **3.** L'erogazione del servizio pubblico e i suoi cambiamenti. **4.** L'interconnessione diritti costituzionali-servizi pubblici essenziali e la sua interpretazione. **5.** *Segue.* L'equazione cittadino-utente e il suo limite. **6.** *Segue.* La configurazione "ampia" del servizio pubblico nell'esperienza attuativa della legge 146. **7.** *Segue.* La fruizione del patrimonio artistico: la scoperta della "Grande bellezza". **8.** Il nodo della rappresentatività sindacale. **9.** *Segue.* La prospettiva dell'intervento legislativo. **10.** Rappresentatività sindacale e titolarità del diritto di sciopero. **11.** La questione dell'adesione preventiva del lavoratore allo sciopero. **12.** *Segue.* Sul fondamento giuridico della dichiarazione di adesione preventiva. **13.** Il potere di precettazione e la curiosa alchimia che pone in essere.

**I. Premessa**

Il tema del conflitto collettivo è stato, recentemente, oggetto di un rinnovato interesse da parte degli studiosi<sup>1</sup>, a conferma che, pur in un contesto segnato da recessioni internazionali che ne rende più problematica la mani-

\* La prima parte di questo saggio è destinata agli Studi in onore di Giuseppe Santoro-Passarelli.

<sup>1</sup> Tra gli studi, recentemente pubblicati, CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, FrancoAngeli, 2012; D'APONTE, *Autorità e indipendenza della Commissione di garanzia nei conflitti sindacali*, Giappichelli, 2014; HEPPLER, LE ROUX, SCIARRA, *Laws against strikes. The South African Experience in an international and Comparative Perspective*, FrancoAngeli, 2015; SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013; PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive*, Giuffrè, 2015; PINO, *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo*, Giappichelli, 2014.

festazione, il conflitto collettivo e lo sciopero rimangono espressioni fondamentali e insopprimibili di un sistema democratico di relazioni industriali. Il concetto stesso di relazioni industriali (nel quale il riferimento a *industry* indica i vari settori delle attività produttive, ivi compresi i servizi), deve ritenersi, infatti, strettamente collegato con il conflitto collettivo che ne costituisce un punto di riferimento irrinunciabile<sup>2</sup>.

Come ha scritto Mario Rusciano, se i lavoratori non avessero inventato lo sciopero quale strumento di pressione a sostegno dei loro bisogni, non ci sarebbe stata quell'aggregazione di interessi da cui nasce la nozione stessa di *interesse collettivo*<sup>3</sup>. Come dire, l'*interesse collettivo* non si è prodotto da solo, ma è frutto di un processo sociale e organizzativo nel quale il conflitto e lo sciopero hanno rappresentato le espressioni più significative.

L'esigenza rimane quella di adeguare le concezioni storico-ideologiche, che hanno caratterizzato il conflitto e lo sciopero, alla nuova complessità sociale e alla sua evoluzione. Una rinnovata ricostruzione teorica di tali fenomeni, tra Costituzione e ordinamento intersindacale, alla luce delle profonde trasformazioni della società che investono l'organizzazione produttiva, i regimi di impiego e le stesse regole di protezione sociale. Trasformazioni che, nella loro riconducibilità al ciclo economico (e le sue recessioni), possono anche rimettere in discussione degli assunti ritenuti, tradizionalmente, inamovibili.

Ponderare, dunque, le ragioni del conflitto e dello sciopero con la realtà e il sistema economico-produttivo che cambiano, ricercando nuovi possibili bilanciamenti tra interessi: dei lavoratori, dell'impresa, e quelli sociali dei cittadini. Ciò nella consapevolezza che, come evidenziava anche Gino Giugni, nel suo fondamentale contributo del 1960<sup>4</sup>, la ragion d'essere del giurista risiede proprio nel venir richiamato, costantemente, a qualificare la realtà in movimento.

<sup>2</sup> KAHN-FREUND, *I conflitti tra i gruppi e la loro composizione*, in *Politica sindacale*, 1960, p. 9 ss.; ID., *Labour and the law*, London 1983 (1972), p. 291 ss., ed. italiana *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, 1974; si rinvia anche a BORDOGNA, PROVASI, *La conflittualità*, in CELLA, TREU (a cura di), *Le nuove relazioni industriali. L'esperienza italiana nella prospettiva europea*, il Mulino, 1998, p. 331 ss.; CELLA, TREU *Relazioni industriali*, in *EDN*, Treccani, Vol. VIII, p. 887 ss.

<sup>3</sup> RUSCIANO, *Conflitto collettivo e sciopero tra Costituzione e ordinamento intersindacale*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 3.

<sup>4</sup> GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

## 2. *Il recente andamento del conflitto collettivo*

Indubbiamente, il secolo XX, con le grandi contrapposizioni tra lavoratori (con le loro organizzazioni di interessi) e imprenditori della società industriale, è stato il secolo degli scioperi; il secolo XXI, probabilmente, non lo sarà. Lo sciopero come indicatore non esaustivo, ma soddisfacente del conflitto, in una sorta di *full harmonisation* europea, mostra oggi un andamento diverso nei principali settori economici. È evidente una sua significativa riduzione nel settore industriale nel quale, in tempi di recessione economica, esso è diventato l'*extrema ratio* nelle ipotesi in cui i livelli di protezione occupazionale dei lavoratori siano soggetti a elevati rischi. Lo sciopero, dunque, non è più lo strumento di liberazione dal bisogno, di emancipazione sociale, o di miglioramento delle condizioni di lavoro, ma piuttosto la mobilitazione finale per la difesa dell'occupazione, di fronte alla prospettiva del licenziamento<sup>5</sup>.

Una situazione di controtendenza si registra, invece, nel settore cosiddetto terziario (e soprattutto nei servizi pubblici essenziali), nel quale, a seguito della perdita di *centralità della fabbrica*, le condizioni di conflitto e il ricorso allo sciopero si mantengono su livelli alquanto elevati. Secondo i dati forniti dall'Autorità di garanzia, le proclamazioni di sciopero nei servizi pubblici essenziali si aggirano intorno alle 2000 l'anno<sup>6</sup>, anche se poi, concretamente, a seguito di revoche e interventi della Commissione, ne vengono effettuati meno della metà. Si tratta, comunque, di un numero molto significativo che indica come il ricorso allo sciopero sia una sorta di passaggio fisiologico, una fase necessaria da espletare spesso ancor prima di dar corso qualsiasi ipotesi di composizione della vertenza. Più che sanzione dell'ordinamento intersindacale, esso si rivela spesso strumento di visibilità e legittimazione, specie per i soggetti collettivi meno rappresentativi e più spregiudicati.

Si pone, dunque, in tale contesto dei servizi, l'esigenza di arginare forme di abuso di tale diritto costituzionale, anche in funzione di non depotenziarne gli effetti e restituire ad esso serietà e rigore. Non solo, in un particolare momento storico contrassegnato da una certa crisi dei corpi intermedi

<sup>5</sup> CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009; CORAZZA, *Il nuovo conflitto*, cit.; PESSI, *Conflitto collettivo e mutamenti economico sociali*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 23; SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013.

<sup>6</sup> Le Relazioni annuali in [www.egsse.it](http://www.egsse.it).

e da fenomeni di *disintermediazione*<sup>7</sup> – alimentati anche da un'inquietante diffusione di cultura populista – è necessario far riguadagnare allo sciopero (e al sindacato stesso) una certa *empatia* che possa rendere, se non condivisibili, almeno comprensibili le ragioni che si pongono a fondamento.

Per riconsiderare le ragioni del conflitto e dello sciopero alla luce dell'attuale complessità sociale non si può fare a meno, nel settore dei servizi pubblici essenziali, di una rilettura del concetto di *contemperamento*, tra diritti costituzionali (di sciopero per i lavoratori e di usufruire dei servizi per i cittadini)<sup>8</sup>. Tale concetto, che costituisce la *ratio* della stessa legge 146, non può essere qualcosa di statico e cristallizzato nel tempo, ma, piuttosto, un processo dinamico da interpretare in linea con i mutamenti del contesto sociale e del sistema di fruibilità del servizio pubblico.

Ad una interpretazione dinamica della nozione di *contemperamento/bilanciamento* sono finalizzate le riflessioni che seguono.

### 3. *L'erogazione del servizio pubblico e i suoi cambiamenti*

La natura *pubblica* del servizio può essere ricercata, come affermava Massimo Severo Giannini, in virtù della sua eminente *rilevanza sociale*<sup>9</sup>, nozione questa che contiene in sé quella di interesse generale, oltre che il riferimento alle tutele dei diritti costituzionali. Così, l'attività stessa dell'impresa che eroga servizi pubblici essenziali e il potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro sono condizionati da un interesse qualificato e dalla prospettiva di un *fine* o *utilità sociale* (art. 41 della Costituzione), che attiene alla collettività e coincide con la garanzia dei diritti fondamentali della persona. In pratica, una forma di attuazione del principio costituzionale di solidarietà<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-326/2017.

<sup>8</sup> Di recente MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in ED, Annali, Vol. II, Giuffrè, 2008, p. 190; ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea*, Giappichelli, 2003; PASCUCCI, *Conflitto, libertà sindacale e diritto al lavoro nella complessità sociale*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte Costituzionale*, Giuffrè, 2017, p. 238; PASCUCCI, *Metamorfosi del conflitto e contemperamento dei diritti nella l. n. 146/1990*, in DLRI, 2017, p. 567; PINO, *Conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, in ED, Annali, Vol X, Giuffrè, 2017, p. 265.

<sup>9</sup> GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, II, 1993, p. 23 ss.; in senso analogo l'impostazione in MERUSI, *Servizio pubblico*, in NDI, p. 215 ss.

<sup>10</sup> GALGANO, *Sub art. 41*, in *Comm. Branca*, II, *Rapporti economici*, Zanichelli, 1982, p. I ss.;

Come è noto, inoltre, il servizio *pubblico* è tale indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro ed anche se svolto in regime di concessione o convenzione. Configurazione, questa (pienamente accolta anche dalla legge 146), che ha reso possibile il superamento, pur nella rilevata instabilità delle discipline regolatrici<sup>11</sup>, possibili luoghi comuni propensi ad individuare la pubblicità dei servizi con la loro erogazione da parte di enti pubblici<sup>12</sup>. Essa, inoltre si ricollega meglio ai processi di privatizzazione e liberalizzazione voluti dall'Unione europea per garantire la *fruibilità* dei servizi pubblici in condizioni di concorrenza, competitività dei mercati e libertà di circolazione di persone e merci<sup>13</sup>.

Se è vero, dunque, che i servizi pubblici hanno rappresentato un pilastro degli “Stati amministrativi sociali del ‘900”, è altrettanto vero che, come ha scritto Sandro Amorosino, i principi di una nuova costituzione europea “*hanno imposto paradigmi normativi prima sconosciuti: dalla regolazione proconcorrenziale, in funzione della creazione di mercati aperti (con l’eliminazione di riserve e privilegi per gli organismi di diritto pubblico operanti nei vari settori e l’ingresso di gestori privati e privato-sociali), all’applicazione della spending review alle gestioni ed ai gestori pubblici deficitari alla rimodulazione dei sistemi delle tariffe e dei contributi pubblici ...*”<sup>14</sup>. Si può fare riferimento, in proposito, all’ingresso dei nuovi *competitors* privati nel settore del trasporto ferroviario, tradizionalmente gestito in condizioni di monopolio<sup>15</sup>.

GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, il Mulino, 1985, pp. 142 ss.; C. Cost. n. 32/1991, ove la garanzia dei diritti fondamentali della persona come forme di attuazione dell’art. 40 della Costituzione: SANTONI, *Una prima verifica di costituzionalità della legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, in *MGL*, 1991, p. 165 ss.

<sup>11</sup> MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, il Mulino, 1990, p. 7.

<sup>12</sup> ALES, *Le finalità della legge e la nozione di diritto pubblico essenziale*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, IPSOA, 2000, p. 9 ss.

<sup>13</sup> Tale processo di liberalizzazione ha avuto, nel nostro Paese, il suo riconoscimento legislativo con l’entrata in vigore del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con legge 24 maggio 2012 n. 27 (c.d. Decreto “*Cresci Italia*”), che ha sancito l’apertura del sistema di erogazione dei servizi pubblici a nuove realtà imprenditoriali, comportando un ampliamento della nozione stessa di interesse collettivo, oltre che delle dimensioni del conflitto. Si veda GLINIANSKI, PINO (a cura di) *Decreto liberalizzazioni e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2013; NOVVELLA, *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, in *LD*, 2001, p. 207 ss.

<sup>14</sup> AMOROSINO, *I servizi pubblici: telenovela legislativa e sciarada per i giuristi*, in PASSALACQUA M. (a cura di), *Il “disordine” dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, 2015, p. 390.

<sup>15</sup> RANGONE, *Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario*, in AA.VV., *Il “disordine” dei servizi pubblici*, cit., p. 121.

Il processo di liberalizzazione ha, così, comportato il passaggio dal *welfare state* al *regulatory state*, in una prospettiva di superamento dei mercati nazionali e la creazione di un mercato unico europeo<sup>16</sup>. A fronte di tutto ciò non si può dire si sia riscontrata una riorganizzazione in termini di efficienza della gestione dei servizi pubblici, per lo meno non nella realtà del nostro Paese. Mentre, invece, è evidente come tali processi abbiano determinato un ampliamento della nozione stessa di interesse collettivo e delle dimensioni del conflitto collettivo, oltre che del contenzioso davanti ai giudici.

#### 4. *L'interconnessione diritti costituzionali-servizi pubblici essenziali e la sua interpretazione*

Nel contesto del mercato economico dei servizi pubblici su-delineato, il sistema di garanzie predisposto dalla legge 146 è fondato sull'interconnessione tra diritti costituzionalmente protetti e servizi pubblici *teleologicamente* essenziali per garantire il godimento di tali diritti<sup>17</sup>.

Secondo la ricostruzione tradizionale, obiettivo primario del legislatore sono i diritti costituzionali del cittadino, nella loro elencazione tassativa fornita dall'art. 1 della legge e non suscettibile di ampliamento. È evidente, tuttavia, come già nella stessa elencazione adottata dal legislatore del '90, si possano distinguere diritti di più assoluto rilievo primario (vita, salute, libertà); ed altri "meno assoluti" e spesso anche complementari ai primi (la previdenza e l'assistenza si ricollegano in fondo al diritto alla salute, così come la circolazione o l'istruzione e la comunicazione sono espressioni del generale diritto alla libertà)<sup>18</sup>.

I servizi pubblici, invece, altro non sono che il mezzo necessario al conseguimento del suindicato obiettivo.

Sulla base di questa ricostruzione si è ritenuto, in una sorta di indivi-

<sup>16</sup> AMMANNATI, *Presentazione*, in PASSALACQUA M. (a cura di), *op. cit.*, p. XI; ROSSI, *Regolazione e mercato nei servizi pubblici locali. Quale riordino*, in PASSALACQUA M. (a cura di), *op. cit.*, p. 2 ss.

<sup>17</sup> TREU, *Sub art. 1*, in TREU, GARILLI, PASCUCCI, ROCCELLA (a cura di), *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in NLCC, 1991, p. 5.

<sup>18</sup> BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, 1984; COLAPIETRO, RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Giappichelli, 2014; RUSCIANO, *Sub art. 1*, in RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, 1991, p. 15.

duazione gerarchica di valori, che la tutela legislativa sia rivolta, *primariamente*, ai diritti dei cittadini utenti dei servizi; *secondariamente*, ai servizi pubblici, la cui garanzia non sarebbe esigibile in via autonoma, ma solo in funzione di tutela dei diritti. Come dire che la nozione di servizio pubblico essenziale è sempre, immediatamente, collegata all'oggetto della tutela identificabile con i diritti, inviolabili dell'uomo (vita, salute, libertà e sicurezza, assistenza e precedenza, etc.), nella loro *unicità* (soltanto quelli) ed *essenzialità* (nel loro contenuto essenziale). Impostazione poi confermata nel successivo art. 8, in materia di precettazione, anch'esso finalizzato a prevenire il pregiudizio grave ed imminente *ai diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui all'art. 1*<sup>19</sup>.

Sempre con riferimento ad una scala di valori costituzionali, il diritto di sciopero deve ritenersi prevalente sui diritti di natura economico-patrimoniale dell'imprenditore: la legge 146 non pone limitazioni di tale diritto rispetto agli interessi dell'impresa o altri diritti patrimoniali, quali ad esempio la proprietà, o l'iniziativa economica. Le uniche possibili limitazioni del diritto di sciopero, con riferimento all'interesse dell'impresa, saranno quelle indicate dalla giurisprudenza di legittimità, con la ben nota distinzione tra limiti *interni* o *esterni* al diritto di sciopero e tra danno alla *produzione* e alla *produttività*<sup>20</sup>.

Riguardo ai servizi pubblici – rispetto ai quali, anche in Assemblea Costituente emersero delle difficoltà di ordine definitorio<sup>21</sup> – la norma di apertura della legge 146 reca un'elencazione esemplificativa, “*in particolare nei seguenti*”, e non tassativa (a differenza di quanto si è ora detto per i diritti). Elencazione che lascia, così, intendere la possibilità di ampliamento o inter-

<sup>19</sup> Coerentemente con tale impostazione la prima sentenza della Corte costituzionale sulla legge n. 146, la n. 32/1991, nella quale le finalità di interesse generale attraverso la garanzia dei diritti fondamentali della persona, vengono ricostruite nella considerazione che la legge n. 146 costituisce un'attuazione dell'art. 40 Cost. SANTONI, *Una prima verifica*, cit., p. 165 ss.

<sup>20</sup> Cassazione n. 711/1980, sulla quale, DI MAJO, *Tutela civile e diritto di sciopero*, in *RGL*, I, 1980, p. 302; più in generale, BORGOGELLI, *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, 1998, p. 45 ss.; DE FALCO, *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, Jovene, 2003; Anche successivamente alla emanazione della legge 146, la Corte Costituzionale con la sent. n. 317/1992, ha ribadito come le limitazioni dell'esercizio del diritto di sciopero riguardanti le esigenze di tutela degli interessi dell'impresa restano demandati alle regole elaborate dalla giurisprudenza relativamente alla salvaguardia della produttività dell'azienda.

<sup>21</sup> Ampio dibattito in Assemblea in merito ai servizi pubblici in senso stretto, servizi pubblici essenziali, tra i quali quelli fondamentali per garantire la continuità delle funzioni statali, servizi di pubblica utilità e servizi cc.dd. accessori. Cfr. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Cedam, 1964.

pretazione estensiva, in considerazione dell'offerta dei servizi sul mercato, strettamente collegata all'evoluzione tecnologica, e tutte le volte che ciò possa ritenersi funzionale agli scopi stessi della legge<sup>22</sup>.

All'interconnessione *diritti-servizi* si collega, poi, il concetto di *limite minimo*, come soglia di garanzia dei diritti costituzionali, nel loro contemperamento con il diritto di sciopero, al di sotto della quale si avrebbe una lesione, nel loro contenuto essenziale<sup>23</sup>. *Limite minimo* la cui determinazione è rimessa, in primo luogo, all'autonomia collettiva, in una logica di valorizzazione del ruolo del sindacato, oltre che a conferma della considerazione della riserva di legge, dell'art. 40 della Costituzione, come *relativa*<sup>24</sup>.

L'obiettivo di una interpretazione evoluta del concetto di *contemperamento/ bilanciamento*, oltre che, come vedremo, la stessa prassi applicativa della legge 146, ci conducono all'interrogativo se possa ritenersi, non tanto erronea, ma quantomeno ancora valida questa lettura tradizionale, basata sulla tassatività dei diritti costituzionali tutelati, e sulla subalternità, rispetto a questi, dei servizi pubblici da garantire.

##### 5. Segue. *L'equazione cittadino-utente e il suo limite*

Probabilmente, alla ricostruzione in termini tassativi dei diritti tutelati in caso di sciopero ha contribuito la tradizionale configurazione dei soggetti che ne sono titolari meramente come *utenti*: gli *utenti* dei servizi<sup>25</sup>.

La semplice nozione di *utente*, in verità, come rileva Cesare Pinelli, non

<sup>22</sup> VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2007, p. 55 ss.; Commissione di garanzia n. 1/110 del 4 ottobre 2001.

<sup>23</sup> ALES, *op cit.*, p. 8 ss.; BALLESTRERO, *Sub art. 1*, in ROMAGNOLI, BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 59; CURZIO, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali*, Cacucci, 1992, p. 71 ss.; GHEZZI, *Lo sciopero nei servizi pubblici: considerazioni sul testo approvato dal senato della Repubblica*, in *RGL*, I, 1989, p. 45; RUSCIANO, *Sub art. 1*, in RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit., p. 14 ss.; TREU, *Sub art. 1*, in TREU, GARILLI, PASCUCCI, ROCCELLA (a cura di), *Il diritto di sciopero*, cit., p. 4 ss. e p. 10.

<sup>24</sup> BALDUZZI, SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *ED*, Vol. X, Giuffrè, 1989, p. 1207 ss. Ciò, peraltro in linea con la giurisprudenza costituzionale, CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1971; GHERA, *La Corte costituzionale e il diritto sindacale*, in BORTONE (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e relazioni industriali*, Cacucci, 1990, p. 96 ss.

<sup>25</sup> COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, Giuffrè, 2005; STEFANELLI, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Cedam, 1994.

sembra collocarsi pienamente in quella di cittadinanza, ma rimane confinata in una provincia intermedia tra lo *status* del cittadino e quello del consumatore<sup>26</sup>. Essa, infatti, rischia di rivelarsi inadeguata, intanto, con riferimento all'evoluzione stessa del servizio pubblico, nel momento in cui riduce il cittadino a niente di più che un mero utilizzatore di servizi, per il quale si pone la necessità di individuare, come garanzia ed anche come limite, in modo chiaro quali diritti debbano essere, unicamente, tutelati.

Non solo, ma, a ben guardare, la concezione che riduce il cittadino esclusivamente a un mero *utilizzatore finale di servizi*, rivela i suoi limiti anche con riferimento alla rilevanza *etico-politica* del conflitto, nel momento in cui si finisce per considerare tale *utilizzatore* come un soggetto estraneo e indifferente a qualsiasi ragione sociale che sta alla base del conflitto collettivo. Con ciò non si vuole richiamare una forma di solidarietà *di classe* con le ragioni del conflitto, ma, piuttosto, profilare l'eventualità di una possibile non totale indifferenza del cittadino verso tali ragioni.

Il superamento della considerazione predominante del cittadino come mero *utente* potrebbe, probabilmente, rivelarsi più rispondente ad una visione più evoluta dei servizi pubblici che tende a privilegiare, soprattutto l'elemento della loro *fruizione*. Se si guarda, infatti, più in generale, alla figura del cittadino (rispetto a quella dell'utente), come posizione giuridica meritevole di tutela, saranno ammissibili forme di garanzia del servizio pubblico più consone ad una configurazione dinamica dei diritti costituzionali e non limitata ad una tassativa elencazione di questi. Si potrà, inoltre, cominciare a guardare al servizio pubblico non in termini di subalternità rispetto ai diritti costituzionali, ma in termini di autonoma esigenza di tutela e garanzia.

#### 6. Segue. *La configurazione "ampia" del servizio pubblico nell'esperienza attuativa della legge 146*

L'esperienza attuativa della legge ha visto l'affermazione di una configurazione in senso ampio dei servizi pubblici essenziali, modulata a seconda che il legislatore usi l'espressione più restrittiva "*limitatamente a*"; ovvero quella più ampia "*con particolare riferimento a*". Basti pensare, ad esempio, che,

<sup>26</sup> PINELLI, *Individuazione e tutela dei diritti fondamentali degli utenti dei servizi pubblici essenziali*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 225.

a garanzia del diritto alla mobilità dei cittadini, la legge si limitava ad indicare i servizi di trasporto pubblico (urbano, ferroviario, aereo e marittimo), mentre ad essi sono stati aggiunti, in via interpretativa, il servizio taxi, la distribuzione di carburante, il soccorso autostradale, l'autonoleggio con conducente<sup>27</sup>; o ancora, che per la tutela della salute la legge faceva un generico riferimento alla sanità, la Commissione ha, poi, ricondotto tale riferimento non solo alla sanità pubblica, ma anche alla sanità privata, fino a ricomprendervi anche le terme a fini terapeutici<sup>28</sup>.

Non solo, ma può essere significativo come l'esclusione dello sciopero in particolari servizi è stata richiesta con riferimento alla realizzazione di particolari eventi ritenuti alla stregua di servizi pubblici essenziali. Ci si riferisce al trasporto pubblico locale, con riferimento al quale la disciplina di settore prevede che le organizzazioni sindacali nazionali o aziendali “*non effettueranno astensioni dal lavoro in concomitanza con manifestazioni di rilevante importanza...*”<sup>29</sup>. Nell'ambito di tali eventi di rilevanza nazionale ed internazionale, allo stato, sono rientrati: il *G-8 Esteri*, l'*Ostensione della Sacra Sindone* a Torino, il *Motorshow* di Bologna, l'*Eurochocolate* di Perugia, *Pitti Immagine Uomo* di Firenze, Milano *Moda Donna*, il *Salone Internazionale del Libro* di Torino, il *Salone del Mobile* a Rho, il *Salone Internazionale del Gusto e Terra Madre*, il *Festival di Spoleto*, il *Raduno degli Alpini e Friuli Doc*.

Dunque, un'ampia garanzia di *manifestazioni di rilevante importanza*, di fronte ai quali si può ritenere che la garanzia del servizio di trasporto non sia giustificata da ragioni di ordine pubblico, o di sicurezza o di tutela dell'incolumità personale, bensì proprio dall'esigenza di assicurare, attraverso la salvaguardia della libertà di movimento, la riuscita di eventi che hanno una loro rilevanza soprattutto sul piano dell'immagine del Paese.

Questa ampia configurazione dei servizi pubblici essenziali non potrebbe più giustificarsi alla luce di una lettura tassativa dei diritti della persona. Essa ha finito, giocoforza, per ampliare anche la nozione stessa di diritto costituzionale garantito, non più riconducibile solamente quelli definiti “pri-

<sup>27</sup> Si veda la delibera n. 1/100 del 4 ottobre 2001. Sul tema, VALLEBONA, *Le regole dello sciopero*, cit., p. 55 ss.

<sup>28</sup> Si vedano le delibere n. 5/134 del 16 marzo 2005, n. 4/214 del 1 aprile 2004; nonché la n. 4/612 dell'11 novembre 2004 e il Verb. 22-23 novembre 2003 n. 519, punto 10.1.

<sup>29</sup> Art. 5 della Regolamentazione provvisoria delle prestazioni indispensabili nel settore del trasporto locale, approvata dalla Commissione con delibera del 31 gennaio 2002, n. 2/13, e pubblicata nella G.U. del 23 marzo 2002, n. 70.

mari” della persona, per i quali l’erogazione del servizio pubblico assume un ruolo *salvavita*, ma più in generale ai diritti di *libertà*, difficilmente declinabili in termini di tassatività. Così, ad esempio, attraverso la garanzia del servizio elettorale è stata riconosciuta la necessità di contemperare l’esercizio del diritto di sciopero, con quello del cittadino di votare<sup>30</sup>. Tale diritto, attraverso il quale si esercita la sovranità popolare, non rientrava tra quelli indicati nel comma 1 dell’art. 1 della legge<sup>31</sup>.

A ben guardare, la soluzione che propende per una configurazione non tassativa dei diritti indicati dal suddetto art. 1, può essere anche sorretta da una lettura correlata della norma, con il successivo art. 8, in materia di pre-cettazione. In entrambe si fa riferimento a diritti costituzionali da tutelare, tuttavia, l’art. 8 opera un distinguo nel momento in cui richiama, per la pre-cettazione, solo i diritti costituzionali *della persona*, di cui all’art. 1, co. 1, senza far riferimento all’intera elencazione in esso prevista.

Sulla base di tale distinguo, già Massimo D’Antona riteneva *costituzionalizzata* solo la previsione dell’art. 8, perché riferita propriamente a diritti fondamentali della persona, di fronte ai quali i servizi e le prestazioni assumono un ruolo *salvavita*. Mentre gli altri diritti di cui all’art. 1, garantiti con i servizi di trasporto, di telecomunicazioni, pagamento di stipendi, etc., per i quali vengono considerati possibili disagi dei cittadini e/o degli interessi di impresa, potevano, addirittura, essere considerati come *decostituzionalizzati*<sup>32</sup>.

### 7. Segue. *La fruizione del patrimonio artistico: la scoperta della “Grande bellezza”*

Una conferma dell’impostazione sin qui sostenuta e ulteriori riflessioni sul sinallagma diritti/servizi possono trarsi dal d.l. 20 settembre 2015 n. 146, convertito in legge 12 novembre 2015 n. 182. Con tale intervento normativo la “*fruizione del patrimonio storico ed artistico della Nazione*” rientra, a pieno titolo, nel novero dei diritti costituzionali dei cittadini, da contemperare con

<sup>30</sup> Art. 2, lett. h), ccnc Ministeri 8 marzo 2005, valutato idoneo dalla Commissione con delibera n. 96 del 27 aprile 2005.

<sup>31</sup> PINELLI, *Individuazione e tutela*, cit., p. 235.

<sup>32</sup> D’ANTONA, *Crisi e prospettive della regolamentazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RGL*, 1991, p. 428.

il diritto di sciopero, attraverso l'apertura regolamentata al pubblico di musei e luoghi della cultura, di cui all'art. 101 del Codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42)<sup>33</sup>.

La normativa – rivolta alle pubbliche amministrazioni, o società affidatarie che gestiscono beni culturali, compresi i servizi strumentali e accessori, funzionali all'erogazione del servizio (con esclusione dei servizi di *bookshop*, caffetteria, ristorazione e audio guide) – ha ampliato quanto, già, previsto nell'art. 1 della legge 146, nel quale il patrimonio artistico era preso in considerazione solamente sotto il profilo della sua *messa in sicurezza* (salvaguardia e conservazione). Il legislatore, in pratica, ha voluto non disgiungere il concetto di salvaguardia da quello di *fruizione*: non vi è conservazione del patrimonio artistico, senza che, nel contempo, ne sia garantito l'effettivo godimento: “*il patrimonio culturale è conservato proprio per essere fruito*”<sup>34</sup>.

La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali scopre così (volendo richiamare il bel film di Paolo Sorrentino) *La grande bellezza* del patrimonio artistico come un valore assoluto da tutelare. Il legislatore si adopera, concretamente, a salvaguardare il patrimonio culturale, che nel nostro Paese ha una rilevanza unica, come un valore essenziale, con il quale il Paese stesso si identifica. Impostazione recepita dalla Commissione di garanzia, sul presupposto che l'art. 9 della Costituzione assegna al patrimonio artistico “*un ruolo che non è di pura conservazione, ma diviene mezzo per la crescita della società attraverso la pubblica fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale nazionale*”<sup>35</sup>.

In verità, nei lavori dell'Assemblea Costituente, l'art. 9 non ebbe un'approvazione, *de plano*. Qualche componente, infatti, non nascondeva le perplessità in ordine a una fattispecie normativa ritenuta, in qualche modo futile, o quantomeno, non all'altezza di diventare, addirittura, oggetto di previsione costituzionale. La norma, invece, fortemente sostenuta da un padre costituente, grande esegeta della cultura classica, Concetto Marchesi, riuscì a mantenere la sua rilevanza, fino ad essere inserita tra i principi fondamentali della Carta, consacrando, in tal modo, il valore fondamentale della cultura per il nostro Ordinamento giuridico-costituzionale.

<sup>33</sup> RUSCIANO, *I servizi essenziali nei beni culturali: reprimere o prevenire il conflitto?*, in questa rivista, 2015, p. 457 ss.; ZOLI, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale* in WP C.S.D.L.E. “*Massimo D'Antona*” – 277/2015.

<sup>34</sup> Così nella relazione della legge di conversione del d.l. 20 settembre 2015 n. 146.

<sup>35</sup> Delibere n.16/01 e n. 16/92 dell'11 gennaio 2016.

L'art. 9 diventa una norma tipicamente *identitaria* per il nostro Paese<sup>36</sup>, nel senso che in essa si presuppone un'identificazione dello Stato con il suo patrimonio storico-culturale e artistico: con la tutela di tale patrimonio, lo Stato italiano tutela se stesso.

L'intervento legislativo sulla fruizione dei beni culturali, in fondo, altro non è che un profilo attuativo di tale norma costituzionale. Esso, inoltre, consente una più evoluta interpretazione del tema relativo all'interconnessione diritti-servizi, nel momento in cui lo si può considerare finalizzato all'esigenza di garantire in modo autonomo, il servizio essenziale per la fruizione del patrimonio artistico-culturale. La garanzia di questo servizio, si può dire, concepita dal legislatore in modo diretto, *ex sé* e indipendentemente dal suo collegamento con diritti inviolabili dell'uomo, per l'importanza riconosciuta al patrimonio artistico come strumento di crescita della società e dell'immagine del Paese.

Naturalmente, siamo di fronte ad una manifestazione di tutela del *diritto di libertà* ribadito, nel suo significato più ampio, dalla Costituzione e recepito nel primo articolo della stessa legge 146, appunto, come diritto della persona *alla libertà*. Si deve però rilevare come, il riconoscimento della fruizione del patrimonio culturale quale servizio pubblico essenziale, rimanga, in sé, un'esigenza di tutela prioritaria, anche al di là del diritto di libertà al quale è pur collegato. Diritto, quest'ultimo, da intendere in un'accezione ancora più ampia in quanto riferibile non solo al *social-tipo* del nostro utente dei servizi, ma anche ai cittadini non italiani, visitatori stranieri. La scelta legislativa è basata, dunque, su una considerazione rivolta esclusivamente al bene bene e al servizio essenziale che consente di fruirne.

In altre parole, se si volesse far riferimento ad una sorta di rilevanza gerarchica, il punto di partenza non è, qui, il diritto della persona da tutelare, attraverso un servizio pubblico essenziale, ma il servizio stesso e la sua importanza nel contesto sociale e nell'immagine pubblica del Paese. Questa esigenza di tutela autonoma del bene, come prospettata dall'intervento del legislatore per il patrimonio culturale, appare ancora più evidente nel momento in cui si afferma che la fruizione di detto bene non può essere disgiunta dalla sua salvaguardia e custodia: non ci sarebbe tutela del bene, senza la sua fruizione.

<sup>36</sup> AINIS, Sub art. 9, in AINIS, SGARBI, *La Costituzione e la bellezza*, La nave di Teseo, 2016, p. 167 ss., anche sulle vicende attuative dell'art. 9, nei lavori dell'assemblea costituente.

Tale impostazione, peraltro, pur se individuata originariamente dal legislatore (addirittura in termini di necessità e urgenza, vista la scelta di intervento tramite decreto legge) è entrata nella cultura delle relazioni industriali nei servizi pubblici. Essa, infatti, è stata pienamente recepita dall'autonomia collettiva, attraverso la stipula, in sede ARAN, degli accordi sulle prestazioni indispensabili per i beni culturali di appartenenza statale, e regionale o territoriale (23 febbraio e 8 marzo 2016)<sup>37</sup>, in seguito valutati idonei dalla Commissione di garanzia<sup>38</sup>.

Si può allora concludere sostenendo che le garanzie di tutela previste dalla legge 146 non riguardino, esclusivamente, diritti inviolabili dell'uomo, intesi in senso "primario" (vita, salute, incolumità, etc.) e previsti tassativamente e unicamente dall'art. 1 della legge. Ai fini di un'interpretazione evolutiva del concetto di *contemperamento*, si deve guardare in modo più ampio all'esigenza di tutela dei *diritti di libertà* della persona che, per loro stessa definizione, non possono essere ristretti in criteri di tassatività, ferma restando, comunque, come già detto, l'esclusione da questi dei diritti di libertà di natura economico-patrimoniale, rispetto alle quali il diritto di sciopero deve ritenersi prevalente.

Inoltre, con riferimento all'individuata esigenza di tutela dei diritti di libertà, l'intervento del legislatore può ritenersi mirato, in prima battuta, non tanto al diritto che si protegge, ma proprio al servizio pubblico essenziale, di per sé, ritenuto meritevole di tutela dall'Ordinamento per la sua rilevanza nel contesto sociale e per l'immagine del Paese.

Certo, si tratta di un'impostazione che deve essere usata con adeguata ponderazione ed equilibrio, dal momento che nell'ambito di una generica esigenza di tutela del diritto costituzionale di libertà potrebbero, genericamente, essere ricondotte varie attività (ad esempio, concerti, prime teatrali, festival, mostre, etc.). L'individuazione di nuovi servizi pubblici essenziali meritevoli di tutela, ai sensi della legge 146, anche in via diretta, non può, dunque, che essere giustificata da una reale esigenza di adeguamento della

<sup>37</sup> Ad integrazione del precedente ccnc Ministeri 2005.

<sup>38</sup> Delibere n. 16/115 del 14 marzo 2016 e n. 16/129 del 21 marzo 2016. Si deve dire, per completezza di informazione che il principio che i beni culturali e le attività di servizio preordinate alla loro fruizione potesse essere oggetto di tutela da parte della legge 146 era già accettato dal ccnc Ministeri 2005, il quale, però ne garantiva la fruizione solamente in determinati periodi dell'anno, coincidenti con le franchigie, nelle quali, verosimilmente, vi era una maggiore richiesta da parte dei visitatori.

*ratio legis* (contemperamento/bilanciamento tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini) all'evoluzione della complessità sociale. E l'accertamento di tale esigenza, deve essere rimesso non tanto al legislatore, per il quale la legge non ha inteso riservare forme invasive di intervento diretto, ma soprattutto alla saggezza dell'autonomia collettiva ed eventualmente, dell'Autorità di garanzia preposta dalla legge 146 a vigilare sul suddetto contemperamento.

#### 8. *Il nodo della rappresentatività sindacale*

Una riflessione sull'evoluzione del concetto di contemperamento, tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini, non può non confrontarsi con una tematica centrale del nostro diritto sindacale: quella relativa alla verifica della rappresentatività sindacale.

Tale confronto rivela la sua necessità se si considera che l'andamento del conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali, a seguito del consolidamento del modello normativo della legge 146, si svolge senza dubbio nell'ambito di un soddisfacente rispetto della legalità. Quasi tutte le astensioni sono proclamate nel rispetto delle regole, e su quelle poste in essere in violazione si registra un'altissima percentuale di riscontro delle indicazioni immediate inviate ai soggetti proclamanti dalla Commissione di garanzia, ai sensi dell'art. 13 lett. d) della legge 146, per segnalare appunto le irregolarità<sup>39</sup>.

Ciò che rimane *patologico* è, piuttosto, la frequenza degli scioperi, soprattutto in particolari e delicati servizi (ad esempio, il trasporto pubblico locale), per lo più ad opera di organizzazioni sindacali dall'incerta rappresentatività, ma dalla certa spregiudicatezza, che vi ricorrono per avere una propria legittimazione. Si tratta dei cosiddetti scioperi di *accreditamento*, spesso dal forte potere vulnerante, posti in essere più per esigenze di visibilità dell'organizzazione sindacale proclamante, che per la tutela degli interessi dei lavoratori<sup>40</sup>. Scioperi il cui impatto si rivela superiore al numero dei partecipanti, che determinano una frammentazione del conflitto collettivo e al-

<sup>39</sup> Si rinvia alle Relazioni annuali della Commissione, consultabili sul sito [www.cgsse.it](http://www.cgsse.it), dalle quali si vince un tasso di adeguamento a quanto segnalato dall'Autorità, pari quasi al 90%.

<sup>40</sup> SECHI, *Conflitto di accreditamento: ragioni ed evidenze empiriche di una patologia*, in *DLRI*, 2017, p. 605.

zano un vero e proprio steccato tra lavoratori e cittadini utenti dei servizi (per effetto della loro *terziarizzazione*<sup>41</sup>), ponendo il sindacato più strutturato e responsabilizzato nell'oggettiva difficoltà di svolgere la sua tradizionale funzione di aggregazione<sup>42</sup>.

È evidente, dunque, come di fronte a tale *patologia*, l'evoluzione delle regole non possa più prescindere dal ricercare nuove soluzioni per una migliore realizzazione del contemperamento tra i richiamati diritti costituzionali.

Recentemente, Mario Rusciano ha richiamato la possibilità che la proclamazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali venga sottoposta ad un arbitrato obbligatorio dinanzi a un autorevole soggetto imparziale, che accerti e comunichi alla collettività le ragioni del conflitto, facendosi anche carico di indicare, ai soggetti preposti, una soluzione istituzionale<sup>43</sup>. Si tratterebbe, dunque, di una ulteriore fase procedimentale di consultazione a conclusione della quale si deve ritenere che l'arbitro non abbia il potere di impedire l'astensione, ma, quantomeno, di rendere pubblico un giudizio autorevole sulla sua fondatezza e opportunità. La prospettiva, che punta soprattutto sul senso di responsabilità delle organizzazioni sindacali, potrebbe rivelarsi interessante specialmente per smascherare e denunciare, dinanzi al contesto sociale, quelli che sono meri *scioperi di accreditamento*<sup>44</sup>.

Ma forse in modo ancora più pressante, si avverte la necessità di una soluzione che colleghi il governo del conflitto ai principi della democrazia

<sup>41</sup> ACCORNERO, *Conflitto "terziario" e terzi*, in *DLRI*, 1985, p. 17.; ACCORNERO, *La "terziarizzazione" del conflitto e i suoi effetti*, in CELLA e REGINI (a cura di), *Il conflitto industriale in Italia. Stato della ricerca e ipotesi di tendenze*, il Mulino, 1985, p. 279.

<sup>42</sup> CARRIERI, *Conflitti in movimento, verso un rebus quadrangolare?*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 53 ss.; CARRIERI, *Lo sciopero polverone: si può contenere?*, in Scritti in onore di Giuseppe Santoro Passarelli, di prossima pubblicazione; CARRIERI, FELTRIN, *Al bivio. Lavoro, sindacato e rappresentanza nell'Italia d'oggi*, Donzelli 2016; SANTORO, PASSARELLI G., *Rappresentatività sindacale e legittimazione al conflitto*, in *DLRI*, 2017, p. 81; precedentemente, TREU, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *QDLRI*, 1992, p. 24.

<sup>43</sup> Si tratta di un editoriale di RUSCIANO sul *Corriere del mezzogiorno*, 11 luglio 2017. Si veda in precedenza, D'ANTONA, *La Commissione di garanzia come arbitro*, in *QDLRI*, 1993, p. 61.

<sup>44</sup> Si consideri, ad esempio, che nel mese di giugno 2017, sono stati proclamati ben tre scioperi nazionali del trasporto pubblico locale, in tre diverse giornate, da sigle sindacali scarsamente rappresentative, tutti e tre per gli stessi motivi (stabilità, privatizzazione, politiche del lavoro, etc.). Certamente, avrebbero potuto essere concentrati in una sola, se proclamati insieme dalle suddette sigle sindacali raggruppate.

rappresentativa e che riservi la possibilità di poter proclamare lo sciopero ai soggetti collettivi che raggiungano di un certo livello di rappresentatività<sup>45</sup>.

In tale prospettiva, regole generali, provengono dall'ordinamento inter-sindacale. Il riferimento principale è il Testo Unico sulla rappresentanza del 2014, ma non solo, in alcuni settori particolari sono stati raggiunti accordi proprio in tema di titolarità a proclamare lo sciopero: ad esempio tra il Gruppo delle ferrovie dello Stato e le organizzazioni sindacali più rappresentative nel settore (31 luglio 2015), per il rinnovo ed il funzionamento delle rappresentanze sindacali aziendali unitarie. In tale accordo (punto 1 dell'Allegato 2) si stabilisce che “*la Rsu può proclamare un'azione di sciopero purché essa sia dichiarata congiuntamente a una o più delle organizzazioni sindacali stipulanti il Ccnl e la decisione sia assunta dalla maggioranza qualificata del 50% + 1 dei componenti la Rsu*”. La legittimazione a proclamare lo sciopero viene riconosciuta, dunque, ad un soggetto collettivo in quanto ritenuto oggettivamente rappresentativo.

Inoltre, indici di riferimento, circa l'individuazione di soggetti collettivi ai quali riconoscere la titolarità di poter proclamare lo sciopero, possono trarsi anche dalla sentenza n. 231/2013 della Corte Costituzionale, in tema di costituzione di rappresentanze sindacali in azienda. Con tale intervento, la Corte ha riconosciuto la possibilità di costituire rappresentanze sindacali aziendali alle organizzazioni che abbiano effettivamente partecipato alla trattativa contrattuale (ritenendo, dunque, una loro rappresentatività), anche se non hanno poi sottoscritto il contratto collettivo<sup>46</sup>.

Per quel che riguarda le fonti provenienti dall'autonomia collettiva è evidente che, in quanto tali, allo stato, rimangono vincolanti solo per i soggetti che le sottoscrivano. La Commissione, infatti, non potrebbe estenderli *erga omnes* con la propria valutazione di idoneità, come avviene per gli accordi sulle prestazioni indispensabili, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale con la ben nota sentenza n. 344 del 1996<sup>47</sup>. Con riferimento,

<sup>45</sup> Anche nella *Relazione 2017* della Commissione di garanzia ai Presidenti delle Camere sull'attività svolta nel 2016, Roma 22 giugno; CARRIERI, *Lo sciopero polverone*, cit.

<sup>46</sup> CARINCI F., *Il buio oltre la siepe. Corte costituzionale 23 luglio 2013*, in *DLRI*, 2013, p. 4.; si rinvia ai contributi di MARESCA, MAGNANI, PROIA, TOSI, ZOPPOLI L., in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale*, Jovene, 2014.

<sup>47</sup> La Corte ha riconosciuto come fonte di obblighi *erga omnes* il regolamento di servizio che recepisce, senza possibilità di discostarsene, i contenuti degli accordi sulle prestazioni indispensabili, C. Cost. n. 344/1996, in *MGL*, 1996, p. 691.

ad esempio, al su-menzionato accordo del Gruppo ferrovie dello Stato, pur regolarmente inviato dalle parti alla Commissione di garanzia per la valutazione di competenza, la Commissione non ha adottato la relativa delibera, ai sensi dell'art. 13 lett. A) della legge, che avrebbe comportato, come anzidetto, una validità dell'accordo *erga omnes*. Essa si è limitata all'adozione di una delibera "di apprezzamento" sui contenuti, ritenuti un importante contributo sull'auspicio collegamento tra proclamazione di sciopero e rappresentatività sindacale<sup>48</sup>.

Certo, su un piano di mera ricostruzione teorica, si potrebbe anche argomentare in favore di una soluzione che veda l'estensione *iure praetorio*, da parte della Commissione, di tali regole contrattuali in materia di legittimazione a proclamare lo sciopero. Ciò, invocando proprio la fondamentale funzione che la legge demanda a tale Autorità, vale a dire la garanzia del contemperamento, che sarebbe di più efficace realizzazione se sostenuta da regole, provenienti da soggetti rappresentativi e, in quanto tali, portatori di interessi più generali<sup>49</sup>. Non v'è dubbio, infatti, che la proclamazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali "è un atto rilevante di politica sindacale che, se usato in modo incontrollato, non contempera l'esercizio del diritto di sciopero con quello dei diritti degli utenti ... contemperamento che costituisce la ratio dell'intervento legislativo"<sup>50</sup>.

Pertanto, in una configurazione *forte* dell'ordinamento intersindacale e della rilevanza delle sue fonti normative (in questo caso ancora più rinsaldate dalla valutazione di idoneità dell'Autorità di garanzia) si potrebbero sostenere forme di efficacia oggettiva degli accordi, anche nella parte in cui prevedono regole sulla titolarità, oltre che sullo svolgimento del conflitto. Ciò sul riconoscimento di un ruolo *oggettivo* del sindacato come rappresentante degli interessi dei lavoratori nella loro generalità e, in quanto tale, protagonista di un sistema contrattuale autolegittimato<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Delibera n. 16/373 del 6 ottobre 2016, sulla quale ZOPPOLI A., *La Commissione di garanzia alle prese con la titolarità dei diritti di sciopero (riflessioni sull'accordo Gruppo Ferrovia dello Stato del 2015)* in *DLRI*, 2017, p. 591.

<sup>49</sup> Si rinvia a D'ANTONA, *Il quarto comma della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, p. 665 ss., oggi in *Opere*, Vol. II (Scritti di diritto sindacale), Giuffrè, 2000, p. 394 ss., sp. P. 402; PINO, *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, p. 104 ss.

<sup>50</sup> SANTORO PASSARELLI G., *Rappresentatività sindacale e legittimazione*, cit., p. 87.

<sup>51</sup> Ancora, D'ANTONA, *Il quarto comma*, cit., p. 665 ss.

9. Segue. *La prospettiva dell'intervento legislativo*

Nella consapevolezza della difficoltà attuativa della prospettiva sopra delineata, l'auspicio non può che essere quello di un intervento del legislatore, mirato all'introduzione di regole chiare in materia di governo del conflitto e di criteri selettivi sui soggetti legittimati a proclamare lo sciopero.

L'individuazione legislativa di criteri selettivi della rappresentatività sindacale, anche ai fini del riconoscimento di diritti costituzionali, non è, peraltro, estranea ai principi del nostro Ordinamento costituzionale. A parte l'art. 39 della Costituzione, i cui contenuti sono informati su un principio di democrazia rappresentativa<sup>52</sup>, lo Statuto dei lavoratori, che di tale norma costituzionale costituisce la proiezione più efficace nei luoghi di lavoro, accoglie un principio di selezione, per la formazione delle R.S.A. e per la titolarità dei diritti previsti nel Titolo III, basato su criteri di rappresentatività<sup>53</sup>. Principio, peraltro, mantenuto anche a seguito del Referendum del 1995 e mai smentito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>54</sup>.

Non solo, criteri selettivi della rappresentatività sindacalesi rinvergono stabilmente nella legislazione del lavoro: dal richiamo della nozione di sindacato *maggiormente o comparativamente più rappresentativo*, accolta in materia di contratti di solidarietà (art. 2 l. 19 dicembre 1984 n. 863), in talune ipotesi di ricorso al contratto a termine (art. 23 l. 28 febbraio 1987 n. 56), in tema di designazione dei rappresentanti dei lavoratori per le Commissioni provinciali per le politiche del lavoro (art. 6 l. 12 marzo 1999 n. 68)<sup>55</sup>, fino al richiamo dell'art. 52 del *Jobs act* (d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81), appunto, al sindacato *comparativamente più rappresentativo*. Si pensi, inoltre, all'assetto della rappresentanza sindacale nel pubblico impiego (soggetti, funzioni, meccani-

<sup>52</sup> GIUGNI, *Commento all'art. 39*, in *Comm. Branca*, Zanichelli, Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 280.

<sup>53</sup> GHERA, *L'art. 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 157; SANTORO PASSARELLI G., *op. ult. cit.*, p. 88.

<sup>54</sup> Dalle sentenze n. 54/1974, n. 334/1988, n. 30/1990, n. 1/1994, n. 89/1995, n. 492/1995, fino alla recente n. 231/2013.

<sup>55</sup> Si rinvia a D'ANTONA, *Il quarto comma*, cit., p. 411 ove una disamina della legislazione; NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa*, in ID., *Occupazione, rappresentatività, conflitto. Note di legislazione del lavoro (1987-1991)*, Giappichelli, 1992; SANTORO PASSARELLI G., *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, in *DLRI*, 1989, p. 329 ss.

smi di rilevazione della rappresentatività), costruito su criteri di misurazione della rappresentatività per l'ammissione alle trattative con l'ARAN e la validità generale degli accordi collettivi<sup>56</sup>.

E in effetti, nel recente dibattito parlamentare, si è più volte profilata la possibilità di modificare l'attuale normativa, riconoscendo la possibilità di proclamare lo sciopero ai soli soggetti collettivi in grado di ottenere il consenso maggioritario dei lavoratori. Le proposte di modifica hanno ipotizzato anche il possibile ricorso al *referendum* tra i lavoratori per le proclamazioni da parte di soggetti collettivi che non rientrano nei parametri di rappresentatività richiesti<sup>57</sup>.

La soluzione del *referendum*, potrebbe porre problemi di ordine logistico circa la collocazione, i luoghi e i tempi della consultazione, i controlli di regolarità del voto. Mentre qualche problema di merito potrebbe porsi con riferimento alle procedure di raffreddamento e conciliazione, richieste obbligatoriamente dalla legge per poter proclamare lo sciopero. Se queste, infatti, dovessero essere esperite prima dell'esito del *referendum*, rischiano di rivelarsi inutili, non essendo certo che, una volta concluse con esito negativo, il soggetto collettivo avrà, poi, il consenso dei lavoratori per poter proclamare lo sciopero. Se invece si dovessero esperire dopo aver superato la prova del *referendum*, sarà questo stesso a rivelarsi inutile (un dispendio di energie e di tempo, oltre che economico), se le procedure dovessero concludersi con esito positivo, realizzando il loro obiettivo che è, appunto, evitare il ricorso all'astensione.

Sarebbe più opportuno, dunque, mantenere una soglia minima (*di sbarramento*) per le organizzazioni sindacali, che potrebbe essere raggiunta anche attraverso l'associazione di più sigle proclamanti. Né, d'altro canto, l'utilità del *referendum* potrebbe riconoscersi al fine di garantire la possibilità di proclamare scioperi anche a soggetti collettivi non organizzati in sindacati: ad esempio, un'assemblea di lavoratori o un comitato spontaneo che si coalizzi nel corso di una determinata vertenza. In tal caso, infatti, si potrebbe evitare

<sup>56</sup> CARUSO, *Rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego riformato: l'interramento del "cratere"*, in *LPA*, 1999, I, p. 225; CASSESE, *La riforma della pubblica amministrazione italiana*, in *LPA*, 2000, p. 1007; su tali profili, il contributo di BARBIERI, GAROFALO, *La contrattazione collettiva, in Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario al D.lgs. 29/1993*, diretto da CARINCI, Giuffrè, 1995, p. 749 ss.

<sup>57</sup> Ci si riferisce, in particolare, ai d.d.l. della XVII legislatura, nn. 550 (Sen. Di Biagio); 1286 (Sen. Sacconi ed altri); 2006 (Sen. Ichino ed altri).

la consultazione referendaria, con tutte le difficoltà su accennate, richiedendo che la proclamazione di sciopero sia sottoscritta da una data percentuale di lavoratori, che integri la soglia richiesta per le organizzazioni sindacali.

#### 10. *Rappresentatività sindacale e titolarità del diritto di sciopero*

Il tema della verifica della rappresentatività ai fini della proclamazione ripropone, inevitabilmente, il tema della titolarità del diritto di sciopero, sulla trattazione generale del quale non ci si soffermerà in questa sede, rinviando al ricco dibattito dottrinale<sup>58</sup>. Non si può, tuttavia, non rilevare come nel modello normativo disegnato dal legislatore per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, l'organizzazione collettiva dei lavoratori sia il costante soggetto di riferimento dell'intero sistema. L'art. 2 della legge appare formulato con la chiara intenzione di distinguere il soggetto che proclama ed attua lo sciopero, individuato come collettivo, al quale è rimessa la valutazione dell'interesse collettivo, e il lavoratore che esercita il relativo diritto. Tale distinzione, "i soggetti che promuovono lo sciopero ... i lavoratori che esercitano il diritto di sciopero", è ulteriormente ribadita nel successivo comma 3 della norma.

Nella legge 146, inoltre, i soggetti collettivi non solo *proclamano lo sciopero*, ma stipulano anche gli accordi sulle prestazioni indispensabili, che costituiscono la principale fonte di regolamentazione del conflitto. Attraverso tali accordi si dispone del diritto di sciopero e se ne stabiliscono i limiti, per contemperarlo con i diritti costituzionali dei cittadini. Ai soggetti collettivi

<sup>58</sup> Senza pretesa esaustiva, BALLESTRERO, *A proposito della titolarità del diritto di sciopero*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*. Giapichelli, 2013, p. 383; CALAMANDREI, *Il significato costituzionale del diritto di sciopero*, in RGL, 1952, I, p. 226; CARINCI E., *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in DLRI, 2009, p. 423 ss.; GHERA, *Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale*, in questa rivista, 2012, p. 243; GHERA, *Lo sciopero nei servizi essenziali: diritto individuale o potere collettivo*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 276; LAMBERTUCCI, *La titolarità del diritto di sciopero nelle ricostruzioni dottrinali e negli orientamenti giurisprudenziali: riesame critico*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 65; LOFFREDO (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, 2008; NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 183/2013; PINO, *Conflitto e autonomia*, cit., p. 129; ROMAGNOLI, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in DLRI, 1988; RUSCIANO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in DLRI, 1988, p. 415; SANTONI, *La libertà e il diritto di sciopero*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI e CARINCI F., III, Cedam, 2011, 3; SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, 2001; ZOPPOLI A., *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, 2006.

che proclamano lo sciopero la legge pone, altresì, l'obbligo di espletare, preventivamente, le procedure di raffreddamento e di conciliazione, senza le quali la proclamazione è illegittima. Ciò vuol dire che solo a questi ultimi, il legislatore ha inteso riconoscere la titolarità del diritto. Ai singoli lavoratori rimarrà, infatti, semplicemente, la prerogativa di esercizio di tale diritto, che si esprimerà con la partecipazione o meno allo sciopero.

Anche le norme in materia di sanzioni per scioperi effettuati in violazione della normativa, appaiono concepite, in una logica che guarda alla titolarità collettiva del diritto. La Commissione di garanzia, infatti (e ciò è sicuramente tra i contenuti più originali della legge) ha il potere di valutare il comportamento delle organizzazioni sindacali che hanno proclamato l'astensione nei confronti dei qualisono concepite le sanzioni<sup>59</sup>. A tali soggetti, proprio in quanto titolari del diritto, è poi riconosciuta la legittimazione ad impugnare, davanti al giudice del lavoro, le sanzioni irrogate dalla Commissione.

Non solo, un riferimento appare opportuno all'ampliamento della nozione stessa di conflitto nel settore dei servizi pubblici, nella quale rientrano diversificate forme di azione collettiva<sup>60</sup>, non limitate esclusivamente alla figura tradizionale dello sciopero (più riconducibile al lavoro dipendente). La Commissione di garanzia, peraltro, ha più volte ribadito la propria competenza a valutare azioni collettive diverse dallo sciopero che possano costituire un aggiramento della normativa<sup>61</sup>, determinando, comunque, in quanto incidenti sull'erogazione e organizzazione dei servizi, un pregiudizio dei diritti della persona costituzionalmente garantiti. Il caso più eclatante è quello dell'assemblea in orario di servizio, anche legittimamente richiesta, ma che però si svolga con modalità difformi da quelle previste dalla normativa che la regola (art. 20, l. n. 300/1970, come recepito nei vari contratti collettivi)<sup>62</sup>.

Orbene, appare evidente che una simile raffigurazione in senso ampio

<sup>59</sup> ZOPPOLI A., *Responsabilità per sciopero illegittimo e potere sanzionatorio della Commissione di garanzia*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 389 ss.

<sup>60</sup> Il conflitto come espressione del potere di coalizione del gruppo professionale organizzato, anche ad opera di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, in CARUSO, *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2002, p. 1.

<sup>61</sup> Si veda anche la *Relazione ai Presidenti delle Camere sull'attività svolta nel 2016*, Roma 22 giugno 2017.

<sup>62</sup> Si vedano, in particolare, le delibere di orientamento n. 04/212 del 2004 e n. 17/108 del 2017.

mal si adatterebbe ad una ricostruzione della titolarità dello sciopero in termini esclusivamente individualistici<sup>63</sup>. Si può, invece, dedurre che, nella legge 146, lo sciopero integri, più che mai, quella definizione, già fornita da Luigi Mengoni, di “atto unitario di natura collettiva”<sup>64</sup> e che il legislatore abbia individuato, nella titolarità del soggetto collettivo, il requisito di legittimità dello sciopero, riconducendo proprio nella dimensione collettiva l’interrelazione sciopero-diritto<sup>65</sup>.

### 11. La questione dell’adesione preventiva del lavoratore allo sciopero

Collegata (e non alternativa) alle richiamate esigenze di verifica della rappresentatività dei soggetti legittimati a proclamare lo sciopero nel contesto dei servizi pubblici essenziali è la possibilità di introdurre, per il lavoratore, un dovere di comunicare preventivamente la sua partecipazione allo sciopero.

Su tale prospettiva – a differenza di quanto avviene sull’anzidetta esigenza di verifica della rappresentatività e proclamazione di sciopero, sulla quale, pur con diversi approcci, si raccoglie una certa attenzione delle maggiori organizzazioni sindacali – si riscontra una diffusa contrarietà da parte sindacale. Contrarietà che, in verità, risulta meno comprensibile se si pensa che la previsione di un dovere di comunicazione preventiva (a differenza della verifica della rappresentatività) non inciderebbe in alcun modo sulla titolarità del diritto di sciopero (sia essa individuale o collettiva), quanto, piuttosto, sul *quomodo*, vale a dire su un profilo procedurale dell’esercizio di esso da parte del lavoratore.

Indubbiamente, contare sulla certezza del numero effettivo dei lavoratori che si asterranno dal servizio costituirebbe un elemento di estrema importanza ai fini della predisposizione delle soglie di servizio minimo da garantire. Sarebbe, dunque, uno strumento in più per realizzare in modo più adeguato il contemperamento tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini, tramite un

<sup>63</sup> Si rinvia a Ghera, secondo il quale titolarità individuale e titolarità collettiva non entrano in contrapposizione ma, pur collocandosi a livelli diversi, si completano nell’esercizio del diritto di sciopero, in *Lo sciopero nei servizi essenziali: diritto individuale o potere collettivo*, in PINO (a cura di) *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 276.

<sup>64</sup> MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Atti del I convegno di diritto e procedura penale*.

<sup>65</sup> RUSCIANO, *L’iter formativo della legge 83 del 2000*, in *DLRI*, 2002, p. 173.

più efficace collegamento funzionale dei commi 2 e 6 dell'art. 2 della legge. Tali norme, come è noto, oltre alla predisposizione delle prestazioni indispensabili, pongono a carico delle aziende e amministrazioni il preciso dovere di dare comunicazione agli utenti, dei tempi e modi di erogazione del servizio, nelle sue forme minime, nonché della riattivazione, nella sua interezza, a conclusione dello sciopero.

L'esatta commisurazione delle prestazioni indispensabili determina ancora, a quasi 30 anni dall'entrata in vigore della legge, qualche motivo di incertezza, soprattutto sotto il profilo della loro commisurazione all'effettiva incidenza dello sciopero. Le aziende finiscono per adottare la scelta più semplice e meno impegnativa, predisponendo i servizi minimi nella misura stabilita dalla disciplina di riferimento, indipendentemente dalla rappresentatività del soggetto proclamante e dell'effettivo impatto dello sciopero, in termini di adesione.

L'esempio di scuola si ritrova nel servizio del trasporto pubblico, nel quale, soprattutto in alcune aree metropolitane, anche a seguito di scioperi che pur registrano l'adesione del 5 o 6%, vengono garantite solamente le fasce protette che, come è noto, rappresentano il 50% del servizio. In tal modo, dunque, un'astensione posta in essere, anche per generiche motivazioni economico e/o politiche, da un sindacato scarsamente rappresentativo e alla quale aderisca una percentuale minima di lavoratori, comporta gli stessi effetti di uno sciopero indetto dai sindacati nei quali si riconosce la maggioranza dei lavoratori, a conclusione di una rilevante vertenza e dopo aver dato luogo a tutti i tentativi per scongiurare la proclamazione.

Si delinea, dunque, in tutta la sua evidenza, la necessità che il concetto di *contemperamento/bilanciamento* tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini, non possa più fare a meno di considerare al proprio interno un criterio di proporzionalità tra effettiva consistenza dello sciopero (in termini di adesione) e conseguenze che esso produce sul servizio.

Tale esigenza è, già di per sé, sufficiente a destituire di fondamento uno dei maggiori argomenti critici verso la previsione del dovere di dichiarazione preventiva di adesione, vale a dire la ritenuta superfluità di tale previsione, dal momento che, nel settore dei servizi pubblici essenziali, è sempre e comunque garantita una soglia minima di servizio. Argomento che, peraltro, rischia di non tenere in adeguata considerazione la circostanza che la legge individua, sì, una previsione minima, al di sotto della quale non si può scendere (indipendentemente dall'adesione allo sciopero), ciò però non vuol dire

che in occasioni di astensioni dal valore meramente simbolico non si possano garantire soglie di servizio superiori a quelle minime.

La dichiarazione preventiva di adesione allo sciopero è stata prevista in alcuni accordi, valutati idonei dalla Commissione, ma su base meramente volontaria, al fine di poter adibire alle prestazioni indispensabili i lavoratori che non intendono partecipare allo sciopero<sup>66</sup>. Inoltre, la Commissione, con un proprio orientamento consolidato, ha ammesso la possibilità di predisporre i servizi da garantire, all'effettiva incidenza dello sciopero, rimettendo interamente alla responsabilità dell'azienda tale valutazione, da effettuare, sia sotto il profilo dell'informazione all'utenza, che della previsione del contingente di personale. In pratica, un giudizio prognostico sull'incidenza dello sciopero che può spingersi fino a non darne comunicazione, qualora si preveda che esso non incida sull'erogazione del servizio<sup>67</sup>.

Non si può dire che tale indicazione abbia avuto uno sviluppo adeguato nell'esperienza attuativa della legge, anche perché le aziende raramente sono state disponibili ad effettuare una valutazione prognostica, sotto la propria responsabilità, con il rischio di errare ed essere sanzionate per violazione degli obblighi di informazione, o di predisposizione dei servizi. Piuttosto, di fronte al dubbio di una imprevedibile adesione, anche a scioperi proclamati da organizzazioni sindacali poco rappresentative, esse hanno ritenuto più conveniente (spesso anche sotto il profilo economico) garantire, comunque, le soglie di servizio previste nelle discipline del settore.

Si tratta di una prassi che potrebbe essere invertita da un'attendibile informazione sui lavoratori aderenti allo sciopero. Anzi, diventerebbe censurabile (e sanzionabile) il comportamento delle aziende che, a fronte di scioperi che raccolgono l'adesione del 5%, riducano il servizio del 50% (per-

<sup>66</sup> Gli accordi del Comparto Scuola (art. 2, co. 3, dell'accordo nazionale di settore del 3 marzo 1999) e del Comparto Regioni ed Autonomie Locali (art. 3 e 4, disciplina particolare per il personale educativo degli asili nido e il personale docente delle scuole materne), prevedono che i Capi d'istituto, ricevuta la proclamazione dello sciopero, *invitano* il personale docente, educativo e ATA a rendere comunicazione volontaria circa l'adesione allo sciopero, decorso il quale Decorso tale termine, sulla base dei dati conoscitivi disponibili (numero degli iscritti al sindacato, percentuale adesione scioperi precedenti, comunicazione volontaria – è qui la valutazione dell'impatto), i Capi d'istituto valutano l'entità della riduzione del servizio scolastico e comunicano alle famiglie le modalità di funzionamento o la sospensione del servizio.

<sup>67</sup> Si vedano la delibera n. 4/285 del 22 aprile 2004; il Verb. n. 564 del 14 ottobre 2004; il Verb. n. 947 del 7 maggio 2012.

centuale minima generalmente adottata nelle singole discipline), senza adeguarlo all'effettiva portata dell'astensione<sup>68</sup>.

Contro la previsione del dovere di comunicazione preventiva di adesione allo sciopero, si è argomentato anche indicando il pericolo di una trasformazione di questa in una forma di schedatura del lavoratore<sup>69</sup>. Tale rilievo potrebbe essere fondato, anche se la partecipazione del lavoratore all'astensione sarebbe comunque nota dopo l'effettuazione dello sciopero, ma potrebbe essere superato facendo ricorso a sistemi, da demandare interamente all'autonomia collettiva, che garantiscano, nella fase *ex ante* dello sciopero, la riservatezza del lavoratore. Si pensi, ad esempio, a meccanismi di anonimato simili a quelli che erano stati previsti nella prima stesura dell'art. 26 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970), riguardo al diritto delle associazioni sindacali di percepire i contributi sindacali versati dai lavoratori. La disposizione prevedeva il versamento del contributo "*con modalità stabilite dai contratti collettivi di lavoro, che garantiscono la segretezza del versamento effettuato dal lavoratore a ciascuna organizzazione sindacale*"<sup>70</sup>.

Rimane ferma, inoltre, la tutela prevista dall'art. 28 dello Statuto del lavoratore, la cui *ratio*, è bene ricordarlo, è anche quella di assicurare una *tutela effettiva* del diritto di sciopero verso eventuali comportamenti del datore di lavoro<sup>71</sup>.

Non del tutto convincente appare, altresì, l'argomentazione che richiama un diritto di autodeterminazione, pieno e incondizionato, del lavoratore di decidere se aderire o meno, fino a poco prima dell'inizio dello sciopero. Tale diritto è stato assimilato ad un profilo della *libertà sindacale negativa*, vale a dire di decidere di non far parte di alcun sindacato<sup>72</sup>. Certamente non è qui in discussione la libertà di scelta se aderire o meno ad uno sciopero che deve rimanere integra e incondizionata, quanto, piuttosto, di rendere nota, in tempo utile, tale scelta, attesa la rilevanza *ultra partes* degli effetti dello

<sup>68</sup> Un'apertura in tal senso nella Relazione sull'attività del 2016, ai Presidenti della Camere, Roma, 22 giugno 2017.

<sup>69</sup> GARILLI, *Diritto di sciopero e libertà di circolazione: il disegno di legge delega del governo Berlusconi*, in *ADL*, 2009, p. 990.

<sup>70</sup> SANTORO PASSARELLI G., *Sub Art. 26, in Lo Statuto dei Lavoratori. Commentario diretto da Gino Giugni, Giuffrè*, 1979, p. 435.

<sup>71</sup> V. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, 1979, p. 340 ss.

<sup>72</sup> MARIUCCI, *Parere sul d.d.l.n. 1473 del 2009 rubricato "Disegno di legge per la regolamentazione dei conflitti collettivi di lavoro con riferimento alla libera circolazione delle persone" e sul d.d.l.n. 1409 del 2009*, disponibile online.

sciopero nei servizi pubblici essenziali. Una simile esigenza non può essere considerata come un'ingiustificabile compressione della sua libertà di autodeterminazione se si considera, oltretutto, che le ragioni del conflitto si fondano, generalmente, su motivazioni (economico-contrattuali o politiche) non improvvise o mutevoli, ma ben note da tempo al lavoratore.

## 12. Segue. *Sul fondamento giuridico della dichiarazione di adesione preventiva*

Probabilmente, le ragioni di un rifiuto aprioristico di qualsiasi dovere di comunicazione preventiva si ritrovano in una subliminale cultura ideologica del '900 che assume l'idea che lo sciopero debba procurare il maggior danno, con il minor sacrificio di chi lo pone in essere e, comunque, debba rendere difficile la *difesa* del datore. Una concezione che, appunto, poteva avere un senso in un contesto storico di conflittualità permanente e, soprattutto, nel settore industriale, ma che appare difficilmente riproponibile nell'attuale contesto dei servizi pubblici essenziali, nel quale la *terziarizzazione* del conflitto ha ormai rinsaldato la logica del *bilanciamento* dei diritti, dei lavoratori a scioperare e dei cittadini ad usufruire dei servizi<sup>73</sup>.

A ben guardare, anzi, una situazione di certezza circa l'adesione dei lavoratori ad uno sciopero, potrebbe rivelarsi più favorevole al buon esito dello stesso, nel momento in cui l'azienda sarebbe messa in condizione di poter operare le comandate di personale, per garantire il servizio minimo, solamente tra i lavoratori che non hanno manifestato la propria adesione. Si potrebbe, comunque, ipotizzare un obbligo per l'azienda di non modificare, in prossimità dello sciopero, l'ordinaria assegnazione dei lavoratori ai turni di servizio, onde impedire rimodulazioni in funzione anti sciopero.

In questo senso, peraltro, sembra essersi orientata la Commissione di garanzia, auspicando, ad esempio, nel settore del trasporto aereo, da un lato la previsione di regole contrattuali che consentano al personale comandato di essere sostituito, qualora esso esprima l'intenzione di aderire allo sciopero; invitando, dall'altro, l'azienda a disporre esclusivamente del personale che

<sup>73</sup> DEL CONTE, *La dichiarazione preventiva di adesione allo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *DRI*, 2003, p. 15 ss.; PROIA, *Servizi pubblici essenziali e la dichiarazione preventiva della volontà individuale di sciopero*, in *ADL*, 2007, p. 620; VALLEBONA, *Sciopero nei servizi essenziali e posizione dei singoli lavoratori*, in *DL*, 2004, p. 339.

non manifesti la volontà di partecipare all'astensione<sup>74</sup>. Si tratta di interventi mirati su situazioni specifiche, ma che, seppur indirettamente, possono essere interpretati in favore di una previsione di adesione preventiva.

Quale potrebbe essere, nell'attuale quadro normativo e del diritto vivente, il riferimento utile per affermare la possibilità di un dovere per il lavoratore di dichiarare preventivamente la propria adesione ad uno sciopero proclamato?

La risposta può essere ritrovata proprio nell'importanza che il legislatore ha inteso attribuire all'azione di sciopero, nel contesto servizi pubblici essenziali.

La legge 146, nella sua *ratio* fondamentale, vuole rappresentare un modello evoluto di procedimentalizzazione del conflitto che guarda all'astensione collettiva come una un'azione estrema ed eventuale, alla quale ricorrere solo alla conclusione di un infruttuoso *iter* procedurale, nel cui ambito si articola il conflitto e all'interno del quale lo stesso dovrebbe trovare anche la sua composizione. Da questo punto di vista, si può ritenere che la legge 146, soprattutto ad opera della sua riforma, intervenuta con la legge 83/2000, abbia colmato un certo vuoto del nostro ordinamento, più volte richiamato dagli studiosi di relazioni industriali, in materia di tecniche procedurali di raffreddamento del conflitto (il cosiddetto *coolingoff*, negli ordinamenti anglosassoni)<sup>75</sup>. Essa ha, infatti, istituito gli istituti del *raffreddamento* e della *conciliazione* considerati, al pari delle prestazioni indispensabili, come misure necessarie a garantire il contemperamento dell'esercizio del diritto di scio-

<sup>74</sup> Si veda la delibera (senza numero) del 12 gennaio 2017, interpretativa dell'art. 28 della Regolamentazione del Trasporto aereo (del. n. 250 del 27 ottobre 2014); nonché la delibera n. 17/194, del 22 giugno 2017; anche nel trasporto ferroviario, anche non espressamente previsto dalla disciplina di settore (...), per prassi viene assegnato al turno ordinario chi ha manifestato la propria intenzione di *non aderire* allo sciopero.

<sup>75</sup> Si veda BELLARDI, *Principi e realtà della composizione delle controversie collettive nella recente esperienza contrattuale italiana*, Relazione al Convegno organizzato dalla Commissione di garanzia dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, *Conciliare per prevenire. Le procedure di raffreddamento e di conciliazione dei conflitti collettivi*, CNEL Roma 21 settembre 2001, pubblicata, in parte in *Newsletter Cgs*, n. 1 2002, p. 17 ss.; BORDOGNA, *La composizione delle controversie nelle altre esperienze di relazioni industriali*, Relazione al Convegno organizzato dalla Commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali *Conciliare per prevenire. Le procedure di raffreddamento e di conciliazione dei conflitti collettivi*, CNEL, 21 settembre 2001, pubblicata, in parte in *Newsletter Cgs*, 2002 n. 1; CELLA, *Criteri di regolazione delle relazioni industriali italiane: le istituzioni deboli*, in LANGE, REGINI (a cura di), *Stato e regolazione sociale*, il Mulino, 1987, p. 205 ss.; PINO, *Manuale sul conflitto nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2009, p. 57 ss.

pero con il godimento dei diritti costituzionali della persona<sup>76</sup>. Procedure, dunque, finalizzate a scongiurare che il conflitto sfoci nella sua fase acuta.

Il ricorso allo sciopero, pertanto, deve considerarsi come un'eventualità finale di estrema importanza che, in quanto tale, carica di responsabilità i soggetti che vi ricorrono e che lo effettuano.

Qui si può cogliere una funzione *pedagogica* della legge 146 rivolta a favorire lo svolgimento di corrette relazioni industriali<sup>77</sup>, esigenza questa auspicabile in qualsiasi sistema di pluralismo sindacale e, più che mai, nel settore dei servizi pubblici essenziali, per le richiamate conseguenze del conflitto verso i cittadini utenti. In tale chiave di lettura deve essere interpretato il comma 6 dell'art. 2, nel suo obiettivo di scoraggiare forme sleali di azioni sindacali, facendo, ad esempio, obbligo ai soggetti proclamanti di comunicare con largo anticipo la propria libera volontà di revocare lo sciopero, per non arrecare il pregiudizio ai diritti dei cittadini con il cosiddetto *effetto annuncio*<sup>78</sup>.

In definitiva, si può ritenere che la rilevanza attribuita dal legislatore allo sciopero nei servizi pubblici essenziali, ponga in capo al soggetto collettivo proclamante e, per converso, ai soggetti individuali che vi aderiranno, delle responsabilità, già indipendentemente dalla sua attuazione. Tali obblighi sono, giocoforza, destinati ad incidere sulla libertà di autodeterminazione di tali soggetti: per il sindacato, limitando la possibilità di revocare l'astensione in qualsiasi momento; per il lavoratore, rendendo possibile una previsione che possa incidere sulla sua libertà di dichiarare, o meno, la volontà di aderire allo sciopero.

Il comma 6 dell'art. 2, può dunque costituire il riferimento normativo di un dovere di dichiarazione di adesione allo sciopero, la cui articolazione concreta potrebbe essere demandata all'autonomia collettiva. Non sarebbe necessario neanche un ulteriore e specifico intervento del legislatore, attesa la non incidenza dell'adesione preventiva sulla titolarità e, una volta dichiarata, sull'esercizio stesso del diritto che rimane assolutamente integro sotto il profilo delle tutele costituzionali.

L'autonomia collettiva, peraltro, nell'esperienza attuativa della legge 146, ha conosciuto clausole che hanno inciso in modo importante sul *quomodo*

<sup>76</sup> Si veda RUSCIANO, *L'iter formativo*, cit., p. 173 ss.; SANTONI, *Continuità e innovazione nella disciplina degli scioperi nei servizi pubblici essenziali*, in *RIDL*, 2000, p. 376.

<sup>77</sup> TREU, *Il conflitto e le regole*, in *DLRI*, 2000, p. 285 ss.

<sup>78</sup> PINO, *L'istituto della revoca dello sciopero e il c.d. effetto annuncio*, in *DRI*, 2008, p. 18 ss.

dell'esercizio del diritto: basti pensare agli accordi che hanno introdotto, in particolari delicati settori, la possibilità di ricorrere allo *sciopero virtuale* come possibile alternativa idonea a salvaguardare i diritti dell'utenza<sup>79</sup>. Per converso, anche regolamentazioni provvisorie adottate in rilevanti servizi, rinviano agli accordi la previsione di forme di azione collettiva, alternative allo sciopero<sup>80</sup>.

Dunque, la clausola relativa al dovere di comunicazione preventiva del lavoratore di adesione allo sciopero, prevista negli accordi sulle prestazioni indispensabili, potrebbe costituire, di conseguenza, un requisito di congruità degli stessi ai fini della valutazione da parte della Commissione di garanzia, a seguito della quale essi acquistano efficacia *erga omnes*. Se così è, si dovrebbe coerentemente ritenere che anche la Commissione possa configurare il dovere in questione nelle proprie regolamentazioni provvisorie, adottate in caso di mancato o inidoneo accordo tra le parti.

### 13. *Il potere di precettazione e la curiosa alchimia che pone in essere*

A conclusione di questa riflessione intorno al concetto di contemperamento e le sue possibili letture evolutive, appare opportuno soffermarsi sul più tradizionale istituto di limitazione del diritto di sciopero: la precettazione, la cui titolarità è riconosciuta al Governo o ai Prefetti (a seconda della rilevanza dello sciopero, nazionale o territoriale) con apposito potere di ordinanza.

A ben guardare, la precettazione, nel suo significato tradizionale, non avrebbe nulla a che vedere con il contemperamento tra diritto di sciopero e

<sup>79</sup> Anche se successivamente superato, significativo l'accordo sul servizio di elisoccorso del 21 maggio 2002 (artt. 8 ss.), siglato da FISE e Anpac, UP, Uilt e Cisl (valutato idoneo con delibera n. 2/170 del 25 luglio 2002), prevedeva il ricorso allo sciopero virtuale; nonché, la Regolamentazione provvisoria della Commissione relativa agli Appalti Ferroviari, delibera n. 4/590 del 29 ottobre 2004, relativamente alla custodia dei passaggi a livello (art. 1 punto C) che, non consente l'attuazione di sciopero della durata superiore ai 15 minuti, se non nei termini virtuali, con sacrifici economici di lavoratori e azienda devoluti in beneficenza. Sul tema, PROSPERETTI, *Forme alternative di azione sindacale: lo "sciopero virtuale"*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 431 ss.; Atti del Convegno di studio organizzato dalla Fondazione Bachelet alla LUISS di Roma, il 4 aprile 2001, *Servizi pubblici essenziali e sciopero virtuale*, con interventi di Treu, Ales, Gianfrancesco, Prosperetti, Cella, Dell'Aringa, De Paoli, Schiavone, Del Mese, Spaziani, Cerfeda, Bonfanti, Pessi, inediti a quanto consta.

<sup>80</sup> Per tutte, la Regolamentazione del Trasporto aereo (n. 250 del 27 ottobre 2014).

diritti dell'utenza, essendo essa un istituto finalizzato al differimento o riduzione (*tout court*) del primo, a fronte di un *fondato pericolo di un pregiudizio grave ed imminente ai diritti della persona* (art. 20 del Testo Unico delle Leggi Comunali e Provinciali n. 383/1934<sup>81</sup>).

Come si può allora ricondurre questo istituto giuridico al tema oggetto della nostra indagine?

Si potrebbe affermare subito che la soluzione migliore sarebbe quella di abrogare, completamente, l'istituto della precettazione, proprio come espressione lessicale, che si ricollega ad una cultura di repressione penale del diritto di sciopero, non più rispondente ai principi dell'Ordinamento costituzionale. Il mantenimento di un potere di differimento, nel contesto dei servizi pubblici essenziali, andrebbe conferito alla Commissione di garanzia, in quanto Autorità indipendente dal potere esecutivo e, sicuramente, più titolata a conoscere, nel campo di sua competenza, dell'andamento e dell'evoluzione dei vari conflitti collettivi.

Oltretutto, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento intersindacale e dell'accresciuta responsabilità delle organizzazioni sindacali nella gestione del conflitto, ci sarebbe da chiedersi se sia configurabile oggi, concretamente, uno sciopero che ponga in essere il *fondato pericolo* di pregiudizi gravi ed imminenti ai diritti della persona. Nella realtà odierna del conflitto collettivo vi sono, piuttosto, delle astensioni (più o meno frequenti) che, se effettuate senza regole, pregiudicano alcuni diritti e/o libertà dei cittadini utenti dei servizi pubblici. Il rispetto di tali regole può essere demandato, unicamente, all'Autorità di garanzia, magari riconoscendo ad essa più penetranti poteri in materia di differimento dello sciopero. Un ruolo che la Commissione può ben interpretare, nella sua consapevolezza di custodire valori di rango costituzionale secondo un congruente indirizzo politico-costituzionale<sup>82</sup>.

La soluzione, peraltro, era stata prospettata, nella sua lungimiranza, da Gino Giugni durante la lavorazione del testo di legge, nelle Commissioni Lavoro di Camera e Senato, ma non andò in porto per la strenua resistenza

<sup>81</sup> Fuori dal campo di applicazione della legge 146, la normativa di riferimento, dopo la dichiarata incostituzionalità dell'art. 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza n. 773/1931 (C. Cost. n. 26/1961) rimane l'art. 20 del Testo Unico delle Leggi Comunali e Provinciali n. 383/1934 e l'art. 66 della legge n. 142 del 1990, sull'ordinamento delle autonomie locali.

<sup>82</sup> MORRONE, CARUSO C., *La Commissione sullo sciopero come organo di garanzia politico-costituzionale*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 339.

del Ministero degli Interni e delle sue diramazioni territoriali (le Prefetture), naturalmente restii a cedere qualsiasi forma di potere<sup>83</sup>.

Ne venne fuori una soluzione di compromesso, nel senso che gli artt. 8 e 9 della l. 146 cercarono di rivisitare l'istituto della precettazione nel settore dei servizi pubblici essenziali<sup>84</sup>, sottoponendolo, intanto, a regole procedurali<sup>85</sup> (un tentativo di conciliazione prima dell'adozione del provvedimento). Inoltre, subordinando l'adozione dell'ordinanza di precettazione alla segnalazione della Commissione di garanzia, la quale può formulare proposte relativamente agli stessi contenuti di essa<sup>86</sup>. Solo nei casi di necessità e urgenza, il Governo o il Prefetto (se lo sciopero ha rilevanza locale) possono agire di propria iniziativa.

Nella prassi, il potere di precettazione è stato spesso esercitato senza segnalazione della Commissione, direttamente dal Governo, nella persona del Ministro delegato, il quale, non trovandosi quasi mai, concretamente, di fronte a *pericoli gravi ed imminenti* per i diritti della persona, ha fatto ricorso a valutazioni che guardano precipuamente alla garanzia del contemperamento tra diritto di sciopero e quelli degli utenti, materia che, come si è detto, sarebbe di competenza dell'Autorità di garanzia<sup>87</sup>.

Si viene così a conferire un'ulteriore funzione di interpretazione dei limiti all'esercizio del diritto di sciopero, al potere esecutivo; una sorta di intervento aggiuntivo, quelle volte in cui quest'ultimo ritenga insoddisfacente la valutazione della Commissione.

Vale ricordare, a tal proposito, come ad esempio il Ministro dei Trasporti di turno, nelle proprie ordinanze di precettazione, adottate in occasione di scioperi del trasporto aereo, abbia fatto ricorso a motivazioni quali il *Load-factor* (che sarebbe un criterio di economicità del volo per le compagnie aeree); oppure alla circostanza che l'astensione fosse programmata, non all'interno, ma in prossimità di una franchigia stabilita dalla disciplina di rife-

<sup>83</sup> Si rinvia a PINO, *Uno studio su Gino Giugni*, cit., p. 77 ss.

<sup>84</sup> ORLANDINI, *Il procedimento di precettazione*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., p. 171 ss.; VALLEBONA, *La Precettazione*, in ID., *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 141 ss.

<sup>85</sup> Cassazione n. 5797/1999 e n. 4634/1999, in *NGL*, 1999, p. 457 ss.

<sup>86</sup> C. Cost. n. 344/1996, in *FI*, 1997, I, p. 381; Cass. n. 10889/1997, in *MGL*, 1998, p. 35; PERULLI, *Profili interpretativi della precettazione rivisitata*, in *RIDL*, 2002, p. 519 ss.; ROMAGNOLI, *Sub art. 8*, in ROMAGNOLI, BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio*, cit., p. 232.

<sup>87</sup> BALLESTRERO, *La precettazione tra disciplina legale e prassi applicativa. Questioni aperte*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 425 ss.

rimento (quindi in franchigia lo sciopero non può essere effettuato, in prossimità di questa può essere oggetto di precettazione); o in una giornata valutata, unilateralmente, di particolare importanza per lo spostamento dei passeggeri. Insomma, valutazioni, pur rilevanti, ma che dovrebbero essere demandate alla Commissione e che, comunque, non integrano e rendono ormai inattuali i presupposti del provvedimento *contingibile e urgente*, quale la precettazione, che per sua natura dovrebbe rimanere eccezionale.

Tutto ciò, peraltro, ha finito per generare uno stato di confusione e di sovrapposizione delle competenze tra Commissione di garanzia e Autorità precettanti, con l'imbarazzante situazione di scioperi ritenuti legittimi dalla prima e, successivamente, oggetto di precettazione da parte del Governo. La conseguenza è anche un considerevole aumento del contenzioso, con numerosi ricorsi al giudice amministrativo per l'annullamento e la sospensione delle ordinanze di precettazione.

E qui si realizza quella che può essere definita una curiosa *alchimia*, vale a dire la trasformazione del giudice amministrativo, in giudice del conflitto. Il TAR, investito del ricorso deve, in pratica, procedere ad una valutazione delle motivazioni che sottendono all'ordinanza di precettazione e, di conseguenza, decidere se autorizzare o meno lo sciopero.

Pur nel pieno rispetto della cultura giuridica e delle competenze dei giudici amministrativi (che ultimamente hanno conosciuto un ampliamento su svariate materie: si pensi alla vicenda delle nomine dei Direttori dei Musei, o ai permessi alle grandi navi da crociera di entrare nel Canal Grande di Venezia, o all'autorizzazione ad individui vestiti da *centurioni* di presidiare monumenti della Roma imperiale, etc.), la loro trasformazione, da Tribunale di legittimità degli atti amministrativi in giudice che conosce e decide in materia di conflitto collettivo, si potrebbe, francamente, evitare.

## Abstract

Il saggio propone un'interpretazione dinamica del principio del *contemperamento/bilanciamento* tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini alla fruizione dei servizi essenziali (fondamentale *ratio* della legge 146/1990), più adeguata alle nuove esigenze della complessità sociale.

Tale interpretazione dinamica viene rappresentata, innanzitutto, con una rilettura dell'interconnessione *diritti costituzionali-servizi essenziali*, rivolta a superare la tradizionale configurazione dei primi in termini di tassatività.

È, inoltre, richiamata l'esigenza che nel concetto di bilanciamento rientri un criterio di proporzionalità tra effettiva consistenza dello sciopero (in termini di adesioni) e conseguenze che questo produce sul servizio pubblico essenziale: dunque, i temi della rappresentatività sindacale nella governance del conflitto, e della dichiarazione di adesione preventiva del lavoratore allo sciopero.

Viene, infine, riproposta una prospettiva di superamento dell'attuale potere governativo di precettazione.

This study intends to give a dynamic interpretation of the principle of the need to *reconcile/balance* the workers' right to strike and the citizens' right to enjoy the essential utilities (this being the inspiring ratio of the L. 146/90); interpretation that would be more appropriate in terms of response to the new requirements of the social complexities.

This aim shall be met by means of a reviewing of the *constitutional rights-essential utilities* interconnection, aimed at overcome the traditional configuration of the constitutional rights as unmovable.

It is also highlighted the need for this balancing to enshrine a proportionality test, that could counterbalance the effective entity of the strike (in terms of actual support) and the consequences that it has on the enjoyment of the public essential utilities; which draws to the subject of trade unions' representativeness in the *governance* of the conflict and to the subject of the workers' preventive declaration to join the strike.

It's eventually submitted a prospect for overcoming the present governmental power of requisition of strikes.

## Key words

Sciopero, servizi essenziali, contemperamento, diritti costituzionali.

Strike, essential utilities, balancing, constitutional rights.