



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 7-8/2018

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

Note critiche sull'adeguatezza della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (in occasione dello sciopero dei docenti universitari) di Rosario Santucci

(Professore Ordinario di Diritto del lavoro, Università del Sannio - Benevento)

Sommario

1. La questione; - 2. Focus sullo sciopero dei docenti e ricercatori delle università e degli enti di ricerca dell'autunno del 2017; - 3. Alcuni fondamenti del sistema di regolamentazione tra aporie e razionalizzazioni: a) ambito oggettivo dei servizi pubblici essenziali; - 4. b) L'individuazione del servizio pubblico e delle prestazioni indispensabili; - 4.1. Il superamento del tabù della tassatività della lista legislativa dei diritti fondamentali della persona: buone prassi...; - 4.2. ... e teorie giuridiche; - 5. c) Le fonti di disciplina degli scioperi: la valorizzazione della Commissione di garanzia e la rilevanza ridotta delle regolazioni sociali; - 6. Le strade per rafforzare la tutela degli utenti dei servizi pubblici: dubbi sulla rappresentatività sindacale per l'indizione e la promozione dello sciopero; - 7 (segue). Apertura per l'obbligo di dichiarazione preventiva del lavoratore di adesione allo sciopero; - 8. Uno sguardo ai profili sanzionatori ...; - 9 (segue). ... e alle azioni a tutela degli utenti; - 10. Bilancio conclusivo tra interpretazioni sistematiche e proposte minime de iure condendo.

Abstract

This paper, by taking inspiration from some apparent regulatory gaps (those related to the strike of the university professors), analyses some fundamental aspects of the legislation on the strike in essential public services. It focuses on the dilemma whether additional legislative reforms are needed or micro-regulatory measures are sufficient provided that the latter came along with an interpretation of the existing law inspired towards the extension, the balance and the effective enjoyment of the fundamental personal rights. The shifting of the rules towards the public sector, due to the law n. 83/2000, is highlighted and promoted. The paper encourages micro-regulatory measures and rules out the use of laws on representativeness and selection of collective subjects entitled to strike.

Articolo sottoposto a referaggio anonimo/*blind peer review*

1. La questione¹

Lo sciopero dei docenti universitari, proclamato da un movimento collettivo degli stessi, innescò la riflessione sull'adeguatezza della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge 12 giugno 1990, n. 146 e successive modifiche e integrazioni), confermando l'approccio pragmatico della scienza giuridica. Esso costituisce del resto la punta di un iceberg di conflittualità che si è formato nell'ambito dei servizi pubblici, avvalorando - se fosse necessario - la tesi della "terziarizzazione" del conflitto collettivo².

Il rilievo dello sciopero della docenza universitaria nasce dal fatto che questa è stata esclusa dalla privatizzazione del rapporto di impiego - come anche altre categorie di personale pubblico (v. art. 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) - laddove la legge n. 146/1990 sembra calibrata sullo standard della disciplina del lavoro pubblico privatizzato. Pertanto la combinazione regolamentare, prevista dalla normativa legislativa per affrontare il contemperamento tra diritto di sciopero e diritti costituzionali della persona - legge, contratto collettivo, poteri datoriali e poteri pubblicistici della Commissione di garanzia -, sembra un circuito in parte impraticabile. Muovendo da questa evidente e apparente lacuna, è opportuno riflettere su alcuni capisaldi del sistema regolativo. Si può verificare se esso abbia bisogno di modifiche radicali; ovvero se siano sufficienti minime integrazioni, rinvenendo adeguate e ragionevoli interpretazioni che conducano ad una disciplina efficace per affrontare le evenienze e tutelare, in modo effettivo, i diritti fondamentali del cittadino, che costituiscono il substrato dei servizi pubblici essenziali.

2. Focus sullo sciopero dei docenti e ricercatori delle università e degli enti di ricerca dell'autunno del 2017

Conviene focalizzare meglio i fatti, normativi e no, a disposizione, prendendo le mosse dallo sciopero dei docenti universitari, dalla configurazione giuridica del loro rapporto di impiego e dalla valutazione della Commissione di garanzia.

Nella proclamazione dello sciopero³, consistente nell'astensione dallo svolgimento degli esami di profitto nelle Università durante la sessione autunnale dell'anno accademico 2016-2017, tra il 28 agosto e il 31 ottobre 2017, sono individuate le relative motivazioni e modalità. Per quel che concerne le motivazioni, l'astensione è finalizzata ad ottenere una legge in base alla quale: 1) le classi e gli scatti stipendiali dei professori e dei ricercatori delle università e degli enti di

¹ L'articolo riproduce in forma ampia il saggio, pubblicato ridotto in Argomenti di Diritto del Lavoro n. 3/2018 - Efficacia o inadeguatezza della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (in margine allo sciopero dei docenti universitari) -, e costituisce una rielaborazione della relazione introduttiva al seminario del 15 novembre 2017, tenuto nell'Università del Sannio, su "Servizi pubblici essenziali: sciopero e rappresentatività delle organizzazioni sindacali".

² Un'analisi e un bilancio delle dinamiche sulla conflittualità sono presenti nella relazione del Presidente della Commissione di Garanzia GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI per l'anno 2016, pubblicata il 26 giugno 2017 e reperibile nel sito della Commissione. Sulla modifica delle tendenze del conflitto da industriale a terziario è doverosa la citazione di A. ACCORNERO, *Conflitto, "terziario" e terzi*, in *DLRI*, 1985, p. 17 ss. V. poi nel campo dei giuristi, da ultimo, tra altri, L. CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Milano, 2012; G. PINO, *Conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, in *ED - Annali X*, Milano, 2017, p. 265 ss.; AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, Milano, 2018; A. TOPO, *Strike in the essential services: Italy*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"* - 142/2018.

³ Reperibile nel sito del movimento, datata 27 giugno 2017 e "sottoscritta" da quasi 5.500 tra docenti e ricercatori.

ricerca, bloccati nel quinquennio 2011-2015, vengano sbloccati a partire dal 1° gennaio del 2015, anziché dal 1° gennaio 2016; 2) il quadriennio 2011-2014 sia riconosciuto ai fini giuridici, con conseguenti effetti economici solo a partire dallo sblocco delle classi e degli scatti dal 1° gennaio 2015. Quanto alle modalità dell'astensione, l'astensione si svolge in questa maniera: 1) nella sessione di esami di profitto autunnale, astensione dal primo degli appelli degli esami di profitto già programmati, per la durata massima di 24 ore corrispondenti alla giornata prefissata per il primo degli appelli ricadenti nel periodo 28 agosto-31 ottobre 2017; 2) slittamento di tutti gli esami corrispondenti all'appello successivo, da tenersi regolarmente; 3) in ogni caso tenuta di almeno un appello degli esami di profitto nell'arco temporale di riferimento. Pertanto, laddove si preveda un solo appello per gli esami di profitto, e questo cada nel periodo anzidetto, astensione dall'appello, per la durata massima di 24 ore corrispondenti alla giornata fissata, ma richiesta alle strutture degli atenei di fissare un appello straordinario dopo il quattordicesimo giorno dallo sciopero; 4) assicurazione di tutti gli esami di profitto al di fuori del periodo 28 agosto -31 ottobre; 5) assicurazione in tale periodo di tutte le altre attività istituzionali.

A fine agosto 2017, la Commissione di garanzia si pronuncia positivamente sulla legittimità dello sciopero, evidenziando, nell'iter istruttorio e preliminare alla decisione, taluni importanti aspetti.

Con riferimento al soggetto proclamante, i 5.444 professori, ricercatori universitari e degli enti di ricerca di 79 Università ed enti di ricerca, firmatari della proclamazione, sono considerati dalla Commissione "soggetto collettivo" legittimato alla proclamazione dello sciopero alla stregua della normativa di riferimento, "che non riserva tale iniziativa ai soli sindacati né la condiziona al possesso di requisiti minimi di rappresentatività". Con riguardo al fatto poi che lo sciopero sia proclamato in un settore che, pur riconducibile ai servizi pubblici essenziali, risulti ancora privo di regolamentazione contrattuale dichiarata idonea, la Commissione ritiene che lo sciopero debba comunque esercitarsi nel rispetto della l. n. 146/1990 e successive modificazioni. «Nella specie», per la Commissione «risultano rispettati da parte del soggetto proclamante gli obblighi relativi al preavviso minimo, alle procedure di raffreddamento e conciliazione, alle motivazioni, alle modalità di attuazione e alla durata massima dell'astensione, determinata in 24 ore coincidente con la giornata fissata per il primo degli appelli». Per l'organo di garanzia, le prestazioni indispensabili devono essere garantite in base ad un obbligo che discende direttamente dalla l. n. 146/1990, obbligo pertanto da rispettare pur in assenza di specifiche discipline di settore. Con riguardo al contemperamento del diritto di sciopero con il diritto all'istruzione universitaria, del quale deve essere assicurata l'effettività nel suo contenuto essenziale *ex art. 1, comma 2, l. n. 146, l'art. 1, comma 2, lett. d) della l. n. 146* ne individua il contenuto essenziale imponendo di assicurare «gli esami conclusivi dei cicli di istruzione». La Commissione ricorda che nella delibera n. 3 del 1996, contenente la Proposta sulle prestazioni minime da garantire in caso di sciopero da parte del personale docente dell'Università, erano state individuate, quali prestazioni indispensabili, la garanzia degli esami di profitto, di laurea o necessari per il conseguimento di diplomi universitari ai vari livelli⁴. Le parti sociali, nonostante fossero state sollecitate, non sono giunte ad un accordo

⁴ La Proposta della Commissione è naturalmente più articolata. Richiamate le delibere del 28.1.1993, del 24.3.1994 e del 27.4.1995, con le quali ha più volte sollecitato la promozione di iniziative atte ad individuare le prestazioni

successivo finale e la Commissione auspica che l'astensione in questione costituisca "un incentivo alla rapida ripresa di dialogo per addivenire alla definizione di un quadro comune di regole". La Commissione pertanto stabilisce innanzitutto quali siano le prestazioni indispensabili. Sulla base anche di quanto considerato dalle parti sociali nel corso degli anni, essa ricostruisce la generale volontà di tutti di considerare tali lo svolgimento tanto degli esami finali di laurea, quanto degli esami di profitto in quanto strumentali al conseguimento del diploma finale di laurea. A quest'ultimo fine, la Commissione ritiene che il godimento del diritto all'istruzione universitaria nel suo contenuto essenziale (vale a dire nello specifico il diritto degli studenti universitari a sostenere gli esami di profitto al fine di conseguire il diploma di laurea nei tempi previsti, senza subire incolpevolmente alcun ritardo che ne pregiudichi l'inserimento nel mercato del lavoro) sia assicurato dalla garanzia di un numero di appelli proporzionato a tale obiettivo. Poiché nelle Università italiane si registra un numero elevato di appelli, per la Commissione la previsione che nel periodo di riferimento (28 agosto - 31 ottobre) sia sospeso il primo appello è ragionevole e legittima. Poiché è inammissibile, come condiviso da tutti, che le sessioni di esame vadano completamente deserte, qualora la sessione consista in un unico appello, per la Commissione deve essere garantito dalla struttura universitaria un appello straordinario come pure devono essere adottate tutte le misure necessarie ad evitare che detto appello straordinario pregiudichi la partecipazione degli studenti laureandi agli esami finali di laurea. Per questo motivo, integrando le linee guida dello sciopero elaborate dai soggetti proclamanti lo sciopero, *"invita espressamente gli Atenei, Scuole e Dipartimenti, nel rispetto dei propri regolamenti interni e della propria autonomia regolamentare, a organizzare un appello straordinario non prima del quattordicesimo giorno successivo alla data dello sciopero e, in ogni caso, ad adottare ogni misura necessaria a garantire agli studenti laureandi di poter sostenere l'esame in tempo utile per la partecipazione alla sessione di laurea autunnale anche, se necessario, differendo la data d'inizio di quest'ultima"*; *invita* inoltre i singoli Atenei "a garantire, ai sensi dell'art. 2, comma 6 della citata legge e cioè cinque giorni prima dell'inizio della sessione di esame presso le diverse strutture del singolo ateneo, la massima diffusione della comunicazione di tale astensione e delle relative modalità attuative, con particolare riferimento all'erogazione delle prestazioni indispensabili, facendo ricorso anche all'ausilio di strumenti informatici (siti web, posta

indispensabili da garantire, in caso di sciopero, da parte del personale docente delle Università e degli istituti universitari di istruzione, preso atto della mancanza di risultati di tal genere e richiamata la comunicazione con la quale il Rettore dell'Università di Genova chiede alla Commissione suggerimenti sul piano metodologico e/o di merito in ordine ai criteri da seguire per trovare soluzioni che consentano di adeguarsi alle prescrizioni della l. n. 146/1990, la Commissione individua le esigenze irrinunciabili nel caso di sciopero del personale docente universitario. Nel merito la proposta stabilisce innanzitutto che le università dovranno, attraverso i loro organi interni e con la partecipazione delle categorie interessate, regolare la materia tenendo conto delle indicazioni contenute nella proposta (art. 1 - Criteri metodologici). Per quanto riguarda l'individuazione delle prestazioni indispensabili stabilisce di rilevante che: - in ambito sanitario, per il personale docente universitario che svolge funzioni di assistenza sanitaria, valgono, in quanto applicabili, le prestazioni indispensabili previste per il settore della Sanità; - per le lezioni, le esercitazioni e i seminari, le astensioni non possono eccedere una quota superiore a un 1/3 del monte ore previsto per lo svolgimento delle attività didattiche nell'intero anno accademico e in ogni caso non possono pregiudicare il numero minimo legale di ore di insegnamento previsto per la validità del corso; - per gli esami di profitto, vanno salvaguardati gli appelli previsti per ogni sessione di esami di profitto, di laurea o necessari per il conseguimento di diplomi universitari ai vari livelli.

elettronica e intranet, ecc.)". In conclusione, con deliberazione "additiva" l'Autorità ritiene legittima l'astensione alle seguenti condizioni: "1) è consentita la sospensione del primo appello laddove nello stesso periodo siano previsti più appelli; 2) deve essere garantita l'organizzazione di un appello straordinario non prima del 14° giorno successivo a quello dello sciopero solo laddove la sessione di esame consista in un unico appello; 3) devono essere adottate tutte le misure necessarie al fine di evitare che l'appello straordinario pregiudichi la partecipazione degli studenti laureandi alla sessione di laurea autunnale, ivi compreso l'eventuale differimento della data di inizio di quest'ultima; 4) deve essere garantita la massima diffusione della comunicazione di tale astensione e delle relative modalità attuative, con particolare riferimento all'erogazione delle prestazioni indispensabili, facendo ricorso anche all'ausilio di strumenti informatici (siti web, posta elettronica e intranet, ecc.)".

Nel bel mezzo del conflitto, a sciopero iniziato, si registra un'iniziativa del Presidente della CRUI, il Rettore dell'Università di Napoli Federico II Gaetano Manfredi, che scuote il mondo sindacale (associazioni e movimenti di docenti e ricercatori): questi convoca, per l'inizio di ottobre, le organizzazioni sindacali⁵ per regolamentare l'astensione collettiva dei docenti universitari. Ritiene di accogliere l'invito del Presidente della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (nota n. 12175 del 28 agosto 2017), riguardante le prescrizioni al rispetto delle quali è condizionata la legittimità dell'astensione collettiva dei docenti universitari in corso e, in particolare, l'auspicio del Presidente sulla ripresa del dialogo tra le parti sociali per definire le prestazioni indispensabili da garantire in caso di sciopero del personale docente delle università. Il Presidente della CRUI è dell'opinione che sia compito della Conferenza compiere il primo passo - vale a dire avviare immediatamente una fase di consultazione con le organizzazioni sindacali e i soggetti collettivi ritenuti comunque rappresentativi degli interessi dei docenti universitari - in quanto la stessa, sentito per le vie brevi il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, costituisce "l'organo rappresentativo dei "datori di lavoro" dei docenti universitari (artt. 1 e 2 dello Statuto CRUI) e il Comitato di settore nella contrattazione collettiva del personale tecnico-amministrativo (art. 47, c. 2, D.Lgs. 165/2001) (...) In tal modo si potrà definire un quadro condiviso di regole da applicare in caso di astensione collettiva dei docenti universitari per assicurare l'effettività, nel suo contenuto essenziale, del diritto all'istruzione superiore (art. 1, c. 2, lett. d), L. 146/1990 e s.m.i.). Tali regole saranno poi sottoposte alla valutazione di idoneità (art. 2, c. 4, L. 146/1990) della Commissione di garanzia". Interpretando fino in fondo il ruolo di rappresentante datoriale, il Presidente CRUI ricorda che "sino all'integrale definizione di regole condivise in materia di astensione collettiva dei docenti universitari, saranno applicate le prescrizioni individuate dalla Commissione nella seduta del 28 agosto u.s., le quali comunque costituiranno un punto di riferimento per le parti sociali coinvolte nel predetto processo". Ricorda inoltre che "le Università provvederanno agli adempimenti previsti in materia di astensione collettiva nella rilevazione delle adesioni allo sciopero e nella misura

⁵ Si tratta di un consistente mondo rappresentativo: AIDU, AIPAC, ANDU, ARTeD, Cisl-Università, CNU, CONFSAL Federazione SNALS/UNIVERSITÀ CISAPUNI (CONFSAL-CISAPUNI-SNALS), Coordinamento Nazionale Professori Associati (CoNPAss), CNRNS, Federazione UGL Università, Federazione Lavoratori della Conoscenza (FLC-CGIL), RETE29Aprile, Delegazione dei 5.444 professori e ricercatori universitari firmatari della lettera del 27 giugno 2017 di proclamazione dello sciopero 28 agosto-31 ottobre 2017, UIL RUA, USPUR.

delle trattenute correlate con le giornate di sciopero, effettuate ai sensi dell'art. 5, l. 146/1990 e della nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della funzione pubblica (n. 44721 del 1° agosto 2017), già trasmessa alle università italiane dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Alla riunione è altresì invitata a partecipare una rappresentanza del Ministero".

Le organizzazioni sindacali reagiscono negativamente alla "mossa" della CRUI. In modo unitario, la gran parte⁶ risponde al Presidente della CRUI (il 22 settembre 2017), sottolineando diversi aspetti negativi della convocazione e proponendo di modificare l'ordine del giorno della riunione. Le organizzazioni osservano che: - la CRUI non ha alcun titolo giuridico per "convocare" i rappresentanti dei docenti, essendo essa un'associazione privata; - i Rettori non sono i "datori di lavoro" dei docenti universitari che invece dipendono dalle Università di appartenenza alla stessa stregua dei Rettori stessi; - avere prima "sentito per vie brevi il MIUR" (la Ministra o chi altro?) non può costituire titolo per alcuna "convocazione", ma lascia piuttosto pensare a una preoccupante informalità di rapporti tra il Ministero e chi, come la CRUI, ha spesso ritenuto impropriamente di rappresentare il Sistema nazionale delle Università; - la Commissione di garanzia non ha affatto invitato la CRUI a "convocare" le Organizzazioni della docenza; - porre la questione della regolamentazione degli scioperi nel momento in cui è ancora in corso uno sciopero, peraltro appena dichiarato legittimo dalla Commissione di garanzia, costituisce di fatto una grave interferenza con la protesta in corso. Se si trasformassero natura e argomenti della riunione, le organizzazioni parteciperebbero all'incontro; in caso contrario - come poi è avvenuto -, no. Un'analogia dura reazione è assunta dal Movimento per la Dignità della Docenza Universitaria, protagonista della proclamazione dello sciopero⁷. Ritene che la posizione nella vicenda della CRUI, "organo rappresentativo dei datori di lavoro", oltretutto non appropriata sul piano "politico", non ha nessun fondamento sul piano "giuridico". Pertanto non si riconosce la CRUI come soggetto istituzionalmente deputato a concordare le regole dello sciopero in sede di autoregolamentazione. Regole che d'altronde esistono già: dalla più remota delibera della Commissione di garanzia del 1996, tuttora valida e riconosciuta pilastro della regolamentazione dello sciopero nelle Università, alla recentissima autoregolamentazione proposta dal Movimento per la Dignità della Docenza Universitaria e dichiarata valida e legittima dalla Commissione di Garanzia il 28 agosto scorso. I Rettori sono colleghi degli scioperanti e non datori di lavoro, autorevoli ma primi tra pari e nulla di più. La controparte non può essere la CRUI, né in questa né in altre occasioni, bensì il MIUR. Il movimento non accetta che siano state date alla CRUI eventuali deleghe ministeriali (ove ciò sia avvenuto): della regolamentazione delle astensioni, se necessario, si discuterà solo con il MIUR e soltanto a sciopero concluso.

Un ulteriore elemento di polemica tra i docenti, alla vigilia dello sciopero, si registra nella proposta di "contrattualizzazione" della docenza universitaria, lanciata dal segretario generale della Federazione dei lavoratori della Conoscenza della Cgil⁸, secondo cui inglobando i docenti

⁶ ADI, AIDU, AIPAC, ANDU, ARTeD, CIPUR, CISL Università, CNU, CONFSAL-CISAPUNI-SNALS, CoNPAss, CRNSU, Federazione UGL Università, FLC CGIL, LINK, RETE29Aprile, SNALS Docenti Università, UDU, UIL RUA.

⁷ V. la lettera ai docenti del 19 settembre 2017, reperibile nel sito <https://docentipreoccupatisite.wordpress.com/>.

⁸ V. *Università: contrattualizzare i docenti universitari. Il momento è giunto*, comunicato stampa del 28 agosto 2017 (reperibile nel sito web dell'associazione sindacale). Per il dibattito cfr. il sito www.roars.it; per le repliche alla Cgil

universitari nella disciplina del pubblico impiego privatizzato si rafforzerebbe la capacità di incidere sulle loro condizioni di lavoro e si tutelerebbero più ampiamente i diritti degli stessi. Le cose però non cambiano, anche se il dibattito che nasce evidenzia un'evidente sintonia sui mali che affliggono il sistema universitario e si ripercuotono sulle condizioni di lavoro dei docenti⁹. Ma questi mali si perpetuano, se non si aggravano con la "contrattualizzazione". Lo sciopero si svolge e coinvolge un altissimo numero di docenti e ricercatori. Nella finanziaria per il 2018 (legge 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, comma 629) si fa strada una nuova disciplina degli scatti, che lascia parzialmente soddisfatto il movimento che ha proclamato lo sciopero degli esami della sessione autunnale¹⁰. Lo stato giuridico dei docenti universitari resta intatto mentre per i ricercatori degli enti di ricerca continua a permanere la configurazione privatistica del loro rapporto di impiego. Si tenta la modifica anche delle regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, prescrivendo l'obbligo della preventiva adesione, e comunicazione, dello sciopero da parte dei docenti. Ma l'integrazione della disciplina non passa, mentre si discute nuovamente dell'esigenza di circoscrivere il diritto di proclamazione e di promozione dello sciopero ai soggetti dotati di rappresentatività¹¹.

Il conflitto nel settore pertanto sembra non archiviato, almeno per quel che concerne il trattamento economico di docenti e ricercatori¹², e torna alla ribalta la questione della regolamentazione dello sciopero, che aveva già visto una recente puntata con riguardo ai musei e agli istituti e luoghi della cultura (v. art. 101, comma 3, del d.lgs. n. 42/2004, codice dei beni culturali e del paesaggio). «In attuazione dell'articolo 9 della Costituzione», l'art. 01 del d.l. n. 146/2015 conv., con modificazioni dalla l. n. 182/2015, ha disposto che «la tutela, la fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale sono attività che rientrano tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, nel rispetto degli statuti delle regioni ad autonomia speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano e delle relative norme di attuazione»; inoltre che l'«apertura al pubblico regolamentata» di questi beni museali e culturali è inserita nell'elenco esemplificativo dei servizi pubblici essenziali di cui all'art. 2, comma 2, lett. a, l. n. 146/1990 (v. art. 1, comma 1, del d.l. n. 146/2015 conv., con modificazioni, dalla l. n. 182/2015)¹³.

v. R. CALVANO, *Siamo sicuri che "il momento è giunto"? Cinque domande sulla contrattualizzazione dei professori universitari*, in *Roars* n. 3/2017, e, successivamente, sia consentito il rinvio all'intervento di R. SANTUCCI, *Lo stato giuridico dei docenti universitari: da conservare, rafforzare ed estendere (almeno) all'intero comparto pubblico della ricerca e dell'alta formazione*, in *Roars* n. 4/2017, nonché, rielaborato e corredato di note bibliografiche, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 12/2017, p. 889 ss.

⁹ Sull'importanza della configurazione giuridica "pubblicistica" del lavoro di docenti e ricercatori (non solo delle università), che in prospettiva si avvalga dell'apporto della contrattazione privatistica nelle materie economiche come fase del procedimento di emanazione di fonti unilaterali, si permetta il rinvio a R. SANTUCCI, *Libertà di ricerca e rapporto di impiego di ricercatori e docenti*, Napoli, 2017, almeno per i riferimenti bibliografici sulla questione.

¹⁰ V. il commento nella pagina Facebook @novqr.

¹¹ V. il convegno organizzato dall'AIDLASS il 30 novembre 2017 su "Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale" presso l'Università di Roma "La Sapienza" (gli atti sono stati pubblicati di recente e la pubblicazione è citata nella nota 2). In ogni caso cfr. G. PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, Milano, 2015.

¹² Successivamente tra giugno e luglio 2018 si è ripetuto lo sciopero di docenti e ricercatori delle Università tenuto conto dell'insoddisfacente risposta ottenuta dal legislatore: v. le ragioni e le modalità nel sito del movimento per la dignità dei docenti.

¹³ Su cui cfr. C. ZOLI, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il decreto legge 20 settembre 2015, n. 146 in tema di sciopero*, in *Aedon* n. 3/2015, nonché G. PIPERATA, *Sciopero e musei: una prima lettura del d.l. n. 146/2015*,

3. Alcuni fondamenti del sistema di regolamentazione tra aporie e razionalizzazioni: a) l'ambito oggettivo dei servizi pubblici essenziali

Nella legge n. 146 del 1990 si adotta una tecnica flessibile di individuazione dei servizi pubblici essenziali. Essa consente di adattare l'ambito di applicazione delle regole sullo sciopero alle esigenze, individuate o individuabili, del cittadino, fruitore di servizi pubblici, in quanto i servizi pubblici essenziali sono quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati «alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione» (art. 1, comma 1)¹⁴ e sono indipendenti sia dalla natura giuridica dell'erogazione del servizio pubblico (convenzione o concessione), sia dal rapporto di lavoro degli addetti al servizio. Per contemperare l'esercizio del diritto di sciopero con il godimento di tali diritti, la legge fissa le regole e le procedure per assicurare l'effettività di tali diritti, nel loro contenuto essenziale e limitatamente alle prestazioni indispensabili, che sono individuate in parte dallo stesso legislatore (insieme ad alcuni servizi essenziali), in parte da circuiti normativi che vedono come protagonista la Commissione di garanzia con il supporto di regolamentazioni sociali e di regole dettate dai responsabili dei servizi (artt. 1, comma 2, e 2 della l. n. 146).

E' necessaria già in queste prime battute un'interpretazione sistematica.

Quanto al regime di erogazione dei servizi, la legge cita "anche" il regime di concessione o convenzione, presumendo l'applicazione delle regole a quelli erogati direttamente da amministrazioni o imprese pubbliche. L'ambito si deve estendere ulteriormente al regime privato dei servizi pubblici e non emergono ostacoli legislativi formali. I più rilevanti servizi pubblici (energia elettrica e gas, acqua, trasporti di linea e comunicazioni elettroniche) sono diventati, infatti, oggetto dell'iniziativa economica dei privati, in quanto il diritto dell'Unione europea non tollera limitazioni alla libertà di concorrenza e di circolazione; i pubblici poteri attualmente mantengono, di norma, solo la responsabilità di garantire la fruizione diffusa di tali servizi, assicurando il funzionamento del mercato e intervenendo per correggere i risultati¹⁵. La legge, ai fini della qualificazione come pubblico servizio essenziale, esalta pertanto l'incidenza oggettiva delle prestazioni indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto erogatore. Non solo. Rende indipendente l'attività "dall'imposizione di

ibidem; M. RUSCIANO, *I servizi essenziali nei beni culturali: reprimere o prevenire il conflitto?*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 3/2015, p. 457 ss. Di recente, anche con taglio ricostruttivo generale della disciplina dello sciopero nei servizi essenziali, v. G. PINO, *op. cit.*, p. 265 ss.

¹⁴ V. per la sottolineatura F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Napoli, 2014, p. 223.

¹⁵ V. G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, pp. 33 e 63; nonché G. P. CIRILLO, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *Atti dei convegni di Varenna*, Milano, 2016; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 229 ss., spec. p. 231; L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna (ebook), 2011, p. 176 ss. Per un approfondimento tematico v. F. CAPORALE, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, Milano, 2017 e per un approccio giurisprudenziale che tiene conto della nozione ma anche di vincoli europei, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, (sent.) 10 maggio 2017, n. 2140 (le sentenze citate in quest'articolo sono reperibili, oltre che nei siti istituzionali delle Corti, nelle banche dati *leggiditaliaprofessionale.it* oppure *DeJure*). Sull'ampiezza della nozione v. anche F. SANTONI, *op. cit.*, p. 223 ss.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, Torino, 2016, p. 202, che sottolinea come, grazie alla formulazione legislativa, siano compresi, nell'ambito di applicazione della normativa, servizi pubblici gestiti da privati; G. PINO, *op. cit.*, p. 269.

fini operativi, dalle modalità di organizzazione, dai modi di svolgimento dell'attività che, pur nella varietà dei concreti modelli di disciplina pubblica o privata, possono caratterizzarne la gestione, ora anche da parte di professionisti, lavoratori autonomi e piccoli imprenditori"¹⁶. Per quel che concerne l'individuazione dei servizi pubblici essenziali, la legge quindi adotta l'accezione di essenzialità del servizio in senso oggettivo¹⁷.

4. b) L'individuazione del servizio pubblico e delle prestazioni indispensabili

La legge identifica il servizio pubblico e le prestazioni indispensabili ricorrendo innanzitutto al metodo teleologico dell'attività, sia mediante un'enunciazione, considerata *tassativa*, dei diritti personali costituzionalizzati (art. 1, comma 1), sia, indirettamente, mediante un'indicazione *esemplificativa* dei servizi da assicurarsi in concreto (art. 1, comma 2)¹⁸.

Nel sostenere la tassatività, si considera criticamente¹⁹ che l'elenco dei diritti della persona costituisca già un ampliamento dei diritti ritenuti preminenti o equiordinati dalla Corte costituzionale rispetto allo sciopero²⁰: oltre a vita, salute, libertà e sicurezza sono richiamati la

¹⁶ F. SANTONI, *op. cit.*, p. 224.

¹⁷ Sull'evoluzione oggettiva della nozione di servizio pubblico cfr., oltre gli autori citati nella nota 15, anche la giurisprudenza amministrativa: ad esempio Consiglio di Stato sez. VI, (sent.) 12 ottobre 2012, n. 5268 secondo cui "per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)"; Consiglio di Stato 18 giugno 2015, sez. V, (sent.), n. 3120. In quest'ottica anche Consiglio di Stato 10 maggio 2017, sez. VI, (sent.), n. 2140 che, nel ribadire la liberalizzazione dei servizi intrapresa dalle istituzioni europee, ne individua una nozione europea, corrispondente all'insieme delle prestazioni che devono essere rese disponibili sull'intero territorio, a condizioni di prezzo accessibili a tutti, secondo caratteristiche che debbono essere armonizzate negli ordinamenti interni dei diversi Stati membri. Sul carattere oggettivo della nozione di servizio pubblico si è espressa anche la dottrina giuslavoristica: v. per tutti M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 200 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, Torino, 2016, p. 404; F. SANTONI, *op. cit.*, p. 223; P. PASCUCCHI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Torino, 1999, p. 76 ss.

¹⁸ V. M. V. BALLESTRERO - G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Torino, 2017, p. 97; G. PINO, *Conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 268; e ancora M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 201 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, p. 403; F. SANTONI, *op. cit.*, p. 224; G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea*, Torino, 2003, p. 66.

¹⁹ Ancora cfr. F. SANTONI, *op. cit.*, p. 224.

²⁰ Fondamentale, nell'individuazione di tali diritti, è la sent. 17 marzo 1969, n. 31 con la quale la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 330, primo e secondo comma, cod. pen. - che, come noto, puniva come reato l'abbandono collettivo di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavori da parte di almeno tre dipendenti -, limitatamente all'applicabilità allo sciopero economico che non comprometta funzioni o servizi pubblici essenziali, aventi caratteri di preminente interesse generale ai sensi della Costituzione. Un'anticipazione è contenuta nella sent. 28 dicembre 1962, n. 124 con riguardo alla dichiarazione della legittimità costituzionale dell'art. 1105, n. 1, del codice della navigazione e nella sent. 28 dicembre 1962, n. 123 (interpretativa di rigetto) con la quale è stato dichiarato costituzionalmente legittimo l'art. 330 cod. pen. La sentenza 3 agosto 1976, n. 222 (interpretativa di rigetto con riguardo ad uno sciopero posto in essere in un ospedale psichiatrico) apre la strada poi alla distinzione tra prestazioni *essenziali* e *non essenziali* nell'ambito di servizi pubblici, preconizzando una distinzione tra titolarità del diritto e limiti al suo esercizio per garantire la soddisfazione di diritti fondamentali (nel caso di specie integrità

libertà di circolazione, l'assistenza e la previdenza sociale, l'istruzione e la libertà di comunicazione²¹. L'art. 1 della legge «identifica nei diritti costituzionali, oggetto della tutela, quelli inviolabili dell'uomo — vita, salute, libertà — e quelli cosiddetti sociali — assistenza, previdenza, istruzione ecc. — considerati nel loro contenuto essenziale. Come tali essi giustificano sì l'eventuale restrizione del diritto di sciopero, ma proprio per questo la loro indicazione deve ritenersi tassativa, cioè non suscettibile di ulteriore ampliamento»²².

Con riguardo al richiamo della legge di una serie di servizi e di prestazioni, si è giustamente sottolineata la coerenza dell'elencazione esemplificativa tanto con la definizione teleologica dei servizi, quanto con il carattere mobile di servizio pubblico essenziale, che varia in relazione all'organizzazione della società: «negli ordinamenti in cui esiste una nozione tassativa dei servizi che devono ritenersi essenziali, si attribuisce al Governo o a una pubblica autorità il potere di adeguare la lista attraverso procedure rapide, e siffatto meccanismo non è previsto nel nostro sistema»²³.

Tuttavia si riconosce che il legislatore non mantiene fede a tale proponimento e a tale metodologia sia perché ha integrato la lista dei servizi pubblici essenziali con l'inclusione

fisica dei malati e di coloro che li assistono) nell'ambito dei predetti servizi. L'orientamento è ribadito dalla sent. 4 gennaio 1977, n. 4 (che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 20 del regio decreto 3 marzo 1934, n. 383, testo unico della legge comunale e provinciale, sollevata, in riferimento all'art. 40 Cost.) nella quale si sottolinea: "Sempre alla stregua dei criteri in precedenza enunciati dalla Corte in numerose decisioni, la tutela della salute e dell'incolumità delle persone non può non limitare il concreto esercizio del diritto di sciopero, così come avviene per altri interessi, che trovano del pari riconoscimento nel testo costituzionale" e "la cui salvaguardia, insieme a quella della sicurezza verso l'esterno, costituisce la prima ed essenziale ragion d'essere dello Stato" (sentenza da ultimo cit. [n. 31/1969, NDR]). Interessi siffatti sono perciò tra quelli che devono considerarsi "assolutamente preminenti rispetto agli altri collegati all'autotutela degli interessi di categoria" (sentenza n. 123 del 1962) od a quelli che si riconnettono alle ulteriori e diverse finalità cui l'esercizio del diritto di sciopero può, in ipotesi, essere legittimamente rivolto". Sul percorso della Corte costituzionale v. di recente G. PINO, *op. cit.*, p. 267; E. GHERA, *La Corte costituzionale e il diritto sindacale*, in *Giustizia costituzionale e relazioni industriali* a cura di R. BORTONE, Bari, 1990, p. 96 ss.; e più in generale P. PASCUCI, *Dalla giurisprudenza costituzionale alla legge sullo sciopero*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, III, Padova, 2011, p. 222 ss.; F. CARINCI, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1971.

²¹ Sulla tassatività ha ragionato anche C. PINELLI, *Individuazione e tutela dei diritti fondamentali degli utenti dei servizi pubblici essenziali*, in G. PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, Milano, 2015, p. 225 ss., che, osservando le prassi applicative della normativa ad opera essenzialmente della Commissione di garanzia e della contrattazione collettiva, ha notato che la prassi non si è discostata quasi mai dall'interpretazione "unanime, e sicuramente fondata sul piano letterale" del carattere tassativo dell'elenco dei diritti fondamentali (v. p. 235). Il caso in cui è stata varcata la frontiera è rappresentato dall'accordo 8 marzo 2005 relativo al comparto Ministeri che ha individuato il servizio elettorale fra i servizi pubblici essenziali, finalizzato alla garanzia del diritto di voto dei cittadini.

²² G. PINO, *op. ult. cit.*, p. 268 (v. anche per i riferimenti dottrinali).

²³ M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 201; sul carattere esemplificativo della lista dei servizi pubblici v. Corte di Cassazione 8 agosto 2011, n. 17082, la quale ha affermato il seguente principio di diritto: «il servizio di rimorchio nei porti, sebbene non espressamente citato nell'elenco (non tassativo) contenuto nella l. n. 146 del 1990, art. 1, comma 2, è un servizio pubblico essenziale, anche in base a quanto sancito dalla l. 30 giugno 2000, n. 186. Tale servizio non è frazionabile, ai fini della esenzione dall'obbligo di preavviso, mediante la limitazione dello sciopero alle operazioni commerciali e l'esclusione dall'astensione di alcune prestazioni considerate unilateralmente indispensabili dai sindacati che proclamano lo sciopero. Pertanto, lo sciopero, in tale ambito, deve essere effettuato nel rispetto dell'obbligo di dare il preavviso minimo previsto dalla l. n. 146 del 1990, art. 2, commi 1 e 5, salvo che non ricorrano le situazioni considerate dal settimo comma della medesima norma».

legislativa di musei, istituti e luoghi di cultura (v. decreto legge 20 settembre 2015, n. 146 conv. in legge 12 novembre 2015, n. 182), sia perché è richiamata una vasta serie di prestazioni «non tutte caratterizzate dal requisito dell'essenzialità (...) o da una condizione di indifferibilità (...)» L'impressione che si ricava dalla lettura della norma di apertura è che il legislatore si sia preoccupato di individuare una serie di prestazioni non soltanto strettamente funzionali alla tutela dei beni primari dei cittadini, ma anche dotate di una certa presunzione di socialità, in ragione della più vasta esigenza di rispondere a bisogni e domande inerenti alla comunità degli utenti dei pubblici servizi. Con la conseguenza che, talora, si è data per presupposta più che per dimostrata la prevalenza di talune situazioni degli utenti rispetto al diritto costituzionale garantito dall'art. 40²⁴.

Nella nuova versione della l. 146 emerge, in modo disorganico e contorto, anche la rilevanza generale degli interessi patrimoniali del gestore proprietario. A ben guardare la norma, contenuta nell'art. 2, comma 2, sembra integrare il novero dei diritti costituzionali della persona imponendo che il contemperamento dello sciopero e le prestazioni indispensabili siano finalizzati anche alla garanzia delle esigenze di sicurezza e alla salvaguardia dell'integrità degli impianti.

L'elencazione aperta della lista di servizi e prestazioni viene ritenuta compatibile con l'art. 40 Cost. che contempla una riserva relativa di legge, non precludendo pertanto l'intervento di altre fonti ammesse dalla legge e dell'intervento giudiziario²⁵. La legge dunque non lascia alle altre fonti l'intera regolazione della materia, ammettendo tanto l'intervento dell'esecutivo e del giudiziario, tanto di altri soggetti istituzionali: del resto è noto che per lo sciopero le regole relative al suo esercizio e ai suoi limiti (coessenziali e no) sono state dettate dalla giurisprudenza²⁶. Inoltre, il rinvio all'autonomia collettiva in quanto fonte non costituisce un problema: se si hanno riserve sul suo carattere di fonte²⁷, va osservato che, secondo la lettura

²⁴ F. SANTONI, *op. cit.*, p. 224 ss.; per la prima osservazione M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 201 ss.

²⁵ La dottrina prevalente e la Corte costituzionale ritengono tale riserva relativa. Un esame approfondito della materia è svolto da M. V. BALLESTRERO, in U. ROMAGNOLI, M.V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Art. 40. Supplemento. Legge 12 giugno 1990 n. 146, Bologna-Roma, 1994, p. 96 ss. dove l'a. considera la questione non solo dal punto di vista tradizionale della distinzione tra riserva assoluta e relativa ma anche sotto l'aspetto (rilevato da BALDUZZI e F. SORRENTINO, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p. 1207 ss.) della misura più o meno ampia della possibilità dell'intervento dell'esecutivo (p. 97 ss.). Sulla riserva di legge v. adesso F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2015, p. 32 ss., che fornisce della distinzione tra riserva assoluta e relativa una definizione un po' diversa da quella enucleata da M. V. BALLESTRERO, puntando su possibilità o no dell'intervento dell'esecutivo e dando per scontata, in ogni caso, l'applicazione giudiziaria (p. 35). Oltre la dottrina citata da M.V. BALLESTRERO, v. più di recente G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 39 e 71 ss.; G. PINO, *op. cit.*, p. 265 ss.; F. SANTONI, *La libertà e il diritto di sciopero*, in F. LUNARDON (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, vol. III, *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, 2011, p. 15 ss.

²⁶ Cfr. R. DEL PUNTA, *Lo sciopero*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, XXIV. *Il lavoro subordinato* a cura di F. Carinci, t. 1. *Il diritto sindacale*, Torino, 2007, p. 389 ss.

²⁷ Sulla problematica la letteratura è assai vasta. Senza pretesa di completezza, oltre alle opere manualistiche più recenti e approfondite (O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, 2017, p. 88 ss.; M.V. BALLESTRERO, G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 62 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, p. 232 ss.; M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 101 ss.; F. SANTONI, *op. cit.*, p. 39 ss.), cfr. C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione delle regole*, in M. PERSIANI e F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, I. *Le fonti del diritto del lavoro* a cura di M. PERSIANI, Padova, 2010, p. 487 ss.; FERRARO G., *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Rivista giudica del lavoro e della previdenza sociale*, 2011, I, p. 739; E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte*

prevalente, l'accordo collettivo sulle prestazioni indispensabili non costituisce fonte diretta degli obblighi per datori di lavoro e lavoratori in materia di contemperamento fra i diritti in precedenza indicati²⁸.

4.1. Il superamento del tabù della tassatività della lista legislativa dei diritti fondamentali della persona: buone prassi ...

Nel ragionamento sulla tecnica legislativa, occorre compiere uno sforzo di razionalizzazione, immaginando che le indicazioni legislative su diritti della persona costituzionalmente tutelati, servizi e prestazioni indispensabili siano tutte *esemplificative*. Ciò significa che c'è un aspetto importante da approfondire che potrebbe rendere più adeguato il meccanismo legislativo; si è consapevoli che, affrontandolo nell'ottica del carattere "esemplificativo", si va ad intaccare un tabù giuslavoristico. Se è vero che il legislatore ancora l'individuazione dei servizi essenziali e delle prestazioni indispensabili alla finalità di garantire la soddisfazione dei diritti della persona e alla necessità di contemperare pertanto il diritto di sciopero con tali diritti, ritenere che la lista dei diritti, indicati dal legislatore all'art. 1, comma 1, sia caratterizzata da tassatività appare per un primo verso incoerente con l'orizzonte tanto costituzionale quanto europeo ed internazionale dei diritti fondamentali (si pensi alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o alla Carta europea dei diritti dell'uomo) e con la metodologia ermeneutica più moderna del nostro ordinamento, con quelle interpretazioni evolutive che considerano le stesse costituzioni integrabili attraverso interpretazioni successive²⁹. Per un secondo verso, l'interpretazione strettamente formale appare inadeguata e rischiosa per lo stesso diritto di sciopero. L'opinione assai diffusa in campo giuslavoristico sembra dettata dalla preoccupazione di limitare la compressione eccessiva del diritto di sciopero o addirittura dall'idea di escludere, quale obiettivo della legge, quello di preservare, da interruzioni, il godimento di beni fondamentali della vita di ciascun utente³⁰. Ma è una preoccupazione controproducente, perché i diritti della persona emergono e si affermano comunque, e un'idea che non si può condividere in quanto il godimento dei diritti costituzionali è "inderogabile" ed "indisponibile". L'opinione diversa - fondata sul carattere esemplificativo anche della lista dei diritti fondamentali - è più coerente con le letture approfondite del costituzionalismo contemporaneo, con la tutela adeguata di tutti i diritti fondamentali della persona: opporsi

normativa, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, I, p. 197; R. ROMEI, *Il contratto collettivo nel nuovo scenario di relazioni industriali*, in L. CORAZZA, R. ROMEI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, 2014, Bologna, p. 81 ss.; E. BALLETTI, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Relazione alle Giornate di studio dell'AIDLASS, 16 e 17 giugno 2016, ora in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1/2018; P. LAMBERTUCCI, *Il contratto collettivo nell'assetto delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro tra autonomia e decentramento controllato*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2016, p. 47 ss.; P. PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2016, p. 275 ss.; I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Napoli, 2018.

²⁸ V. *infra* paragrafo successivo.

²⁹ Per una cauta apertura in tal senso v. già C. PINELLI, *op. cit.*, p. 235: «Fino a quando resti nel recinto della Costituzione, l'inventio dei diritti fondamentali in gioco può superare il carattere tassativo di un elenco legislativo degli stessi, rientrando nella logica del bilanciamento o contemperamento fra diritti costituzionalmente garantiti che ispira l'intera disciplina».

³⁰ V. G. ORLANDINI, *op. cit.*; diversamente G. PIPERATA, *Sciopero e musei: una prima lettura del d.l. n. 146/2015*, in *Aedon*, n. 3/2015.

all'applicazione della disciplina in contesti dove sono chiaramente in questione diritti fondamentali della persona, non richiamati nella lista, attira sullo sciopero critiche sull'inadeguatezza o sull'inefficacia della disciplina che salvaguardi tutti i diritti in gioco e fomenta l'idea che si debba comprimere e limitare ancor di più lo sciopero, restringendo la titolarità del diritto e non solo l'esercizio.

La lista legislativa dei diritti fondamentali della persona come l'elencazione, considerata esemplificativa, di servizi essenziali e prestazioni indispensabili, rendono sicuramente stabile la situazione in questi campi. L'intervento nell'ambito dei musei e dei luoghi di cultura (con la l. n. 182/2015) può considerarsi doveroso e utile specie con riguardo a principi e diritti (tutela e valorizzazione del patrimonio artistico, archeologico e monumentale) per i quali tuttora, *a torto*, si sollevano dubbi circa la loro appartenenza al novero dei diritti costituzionali della persona³¹.

La soluzione della tassatività della lista è comunque insoddisfacente. Non può non tenersi conto di quanto indicato dal legislatore - a meno che non si accerti o dimostri l'estraneità dei principi o dei diritti legificati dal novero di quelli parificabili allo sciopero - ma le liste legislative possono essere integrate dai soggetti deputati all'interpretazione e all'applicazione della disciplina, fermo restando il controllo di legittimità costituzionale operato dalla Corte costituzionale nei giudizi di rinvio.

Non ostacola quest'orientamento la garanzia della riserva relativa di legge, contenuta nell'art. 40 Cost.: questa è rispettata in quanto, in base alla legge, si procede all'individuazione, da parte dei soggetti istituzionalmente legittimati, dei diritti fondamentali della persona, ulteriori rispetto a quelli contenuti nella lista legislativa o sparsi in altre leggi o normative.

La soluzione *esemplificativa* è avvalorata da elementi o argomentazioni che depongono in senso diverso dalla tassatività dell'elenco.

Innanzitutto, la giurisprudenza apre la strada a quest'approccio³². Il Consiglio di Stato ha precisato che la libertà di comunicazione merita tutela non solo in sé, ma anche per la sua natura strumentale al godimento di altre posizioni giuridiche tutelabili alla stregua di diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla salute, alla sicurezza, alla libertà di movimento, alla sicurezza dei traffici e al godimento delle libertà economiche³³. La considerazione delle

³¹ Cfr. C. ZOLI, *La fruizione dei beni culturali*, cit., che invece ne sottolinea la rilevanza e respinge i dubbi sull'incostituzionalità del decreto; G. PIPERATA, *op. cit.*, che fa emergere, nella valorizzazione e nella fruizione dei beni culturali, il legame finalistico con l'art. 9 Cost. Sul punto, cfr. anche C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2006, spec. p. 55 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, RITA SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2008, spec. p. 221 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, in *Diritto amministrativo*, 4/2016, p. 495 ss. Diversamente e criticamente sull'intervento legislativo M. RUSCIANO, *Servizi essenziali nei beni culturali: reprimere o prevenire il conflitto?*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 3/2015, p. 457 ss.

³² V. ad es. Corte di Cassazione n. 17083 del 2011, cit., sul servizio di rimorchio nautico; Consiglio di Stato 11 marzo 2010, sez. VI, (sentenza), n. 1437.

³³ Si tratta della sentenza n. 1437 del 2010, cit., in cui il Consiglio di Stato, con riguardo alla nuova regolamentazione provvisoria dello sciopero nel settore telecomunicazione (delibera n. 7/643 del 2007) - riconosciuto alla Commissione di garanzia un potere di intervento di tipo sostitutivo e temporaneo in caso di inerzia dell'autonomia collettiva ovvero in caso di inadeguatezza dei risultati raggiunti contrattualmente, potere esercitabile e riesercitabile in base ad una valutazione discrezionale di opportunità senza particolari vincoli derivanti dal primo atto di esercizio del potere sostitutivo, purché non sussistano profili di irragionevolezza ed illogicità delle scelte operate - valuta le ragioni sostanziali che hanno giustificato il nuovo intervento. Inoltre per il Consiglio di Stato si è opinato che "il regolatore avrebbe dovuto limitare il diritto di sciopero nel settore solo con riferimento all'esigenza di

libertà economiche si era già avuta in base alla novella del 2000 (legge 11 aprile 2000, n. 83) della l. n. 146: le prestazioni indispensabili devono essere individuate non solo nel rispetto del diritto di sciopero e delle finalità indicate dal comma 2 dell'art. 1 e in relazione alla natura del servizio e alle esigenze della sicurezza, ma anche in ragione della salvaguardia dell'integrità degli impianti.

Questa garanzia legislativa sembra più circoscritta di quella generica, indicata dal Consiglio di Stato, nell'evidenziare un diritto fondamentale. Sembra assimilabile al limite c.d. esterno, individuato dalla giurisprudenza ordinaria, in cui s'imbatta lo sciopero articolato. E' noto infatti che per la Corte di Cassazione, premessa la genericità della nozione comune di sciopero presupposta dal precetto costituzionale e la mancanza di una legge attuativa dell'art. 40 Cost., lo sciopero ha il significato attribuito dal contesto sociale, filtrato dal dato normativo costituzionale ed è quindi nulla più di un'astensione dal lavoro, disposta da una pluralità di lavoratori, per il raggiungimento di un fine comune. I profili di liceità o illiceità si apprezzano soprattutto nelle modalità di esercizio: per uno sciopero legittimo s'impone il rispetto sia di beni costituzionali primari, sia di interessi e valori pubblici connessi allo svolgimento dell'attività di impresa, intendendo non tanto la produzione aziendale ma la conservazione dell'organizzazione imprenditoriale in vista della ripresa dell'attività produttiva dopo lo sciopero e la possibilità dell'imprenditore di svolgere nel futuro la sua iniziativa economica. In quest'indirizzo della giurisprudenza, in cui emerge il passaggio della rilevanza dai limiti interni ai limiti esterni allo sciopero, la tutela dell'iniziativa economica viene radicata non solo nel disposto dell'art. 41, comma 1, Cost. ma anche nell'art. 4, comma 1, Cost., considerandosi la libertà di impresa strumentale alla promozione dell'occupazione dei lavoratori³⁴. Se si

protezione della libertà di comunicazione e non con riferimento ad altri diritti costituzionalmente garantiti che troverebbero tutela in altre regolamentazioni di settore, sicché si appalesano, per questo riguardo, inammissibili, in quanto avrebbero dovuto essere rivolti avverso la prima delibera di regolamentazione provvisoria del settore (la n. 2/152 del 2002)". Rileva però l'infondatezza delle predette opinioni, muovendo "da una premessa non condivisibile: quella per cui l'intervento della Commissione, ai sensi dell'art. 1, comma 2 lett. e) della legge n. 146 del 1990 avrebbe dovuto essere limitato alla garanzia della libertà di comunicazione e non degli altri diritti costituzionalmente garantiti. Orbene va rilevato che la libertà di comunicazione è, per sua natura, una posizione basilare per lo sviluppo di una società pluralista e democratica e strumentale al godimento di altre posizioni giuridiche tutelabili alla stregua di diritti fondamentali della persona (quali ad es. il diritto alla salute, il diritto alla sicurezza, la libertà di movimento, la sicurezza dei traffici ed il godimento delle libertà economiche). Ne consegue che, giustamente, la Commissione ha deciso di dare pienezza di tutela agli interessi dell'utenza, limitando il diritto di sciopero nelle aziende di telecomunicazioni non solo al fine di proteggere la libertà di comunicazione ma tutti gli altri diritti fondamentali della persona, costituzionalmente tutelate, il cui godimento richieda in modo imprescindibile l'assicurazione di efficienza del servizio pubblico essenziale legato alla gestione delle infrastrutture di comunicazioni. Ciò al fine di dare piena effettività alle tutele previste dalla legge n. 146 del 1990. Quindi anche il coinvolgimento dei servizi strumentali o dei servizi misti (commerciali e non commerciali) nell'ambito della disciplina limitativa appare dotato di una *ratio* conforme allo spirito della disciplina della legge n. 146 del 1990 (che, lo si ricorda, è disciplina di attuazione costituzionale)".

³⁴ V. Corte di Cassazione 30 gennaio 1980, n. 711 (*leading case*): «Il diritto di sciopero, quale che sia la sua forma di esercizio e l'entità del danno arrecato, non ha altri limiti, attesa la necessaria genericità della sua nozione comune presupposta dal precetto costituzionale (art. 40 Cost.) e la mancanza di una legge attuativa di questo, se non quelli che si rinvencono in norme che tutelino posizioni soggettive concorrenti, su un piano prioritario o quanto meno paritario, quali il diritto alla vita e all'incolumità personale nonché la libertà dell'iniziativa economica, cioè, dell'attività imprenditoriale (art. 4, comma 1, Cost.), che con la produttività delle aziende e concreto strumento di realizzazione del diritto costituzionale al lavoro per tutti i cittadini. Pertanto, l'esercizio del diritto di sciopero deve

osservano attentamente le elaborazioni giurisprudenziali, si nota sicuramente il passaggio, nella valutazione della legittimità dello sciopero, verso il bilanciamento tra diritto di sciopero ed altri diritti costituzionalmente tutelati; ma non viene trascurato un limite coesistente costituito proprio dalla nozione di sciopero: astensione dal lavoro per il raggiungimento di un fine comune. Ciò è tanto vero che la Corte di Cassazione, in successivi arresti, ribadisce la duplicità degli elementi della fattispecie sciopero³⁵ e, più di recente, afferma l'illegittimità dello sciopero quando le particolari modalità di attuazione della proclamata astensione dal lavoro esorbitano dai limiti interni ed esterni del diritto di sciopero, atteso che ne snaturano la forma e le finalità tipicamente collettive e pongono in serio pericolo la produttività e l'organizzazione gestionale dell'azienda³⁶.

ritenersi illecito se, ove non effettuato con gli opportuni accorgimenti e cautele, appare idoneo a pregiudicare irreparabilmente - in una determinata ed effettiva situazione economica generale o particolare - non la produzione, ma la produttività dell'azienda, cioè la possibilità per l'imprenditore di continuare a svolgere la sua iniziativa economica, ovvero comporti la distruzione o una duratura inutilizzabilità degli impianti, con pericolo per l'impresa come organizzazione istituzionale, non come mera organizzazione gestionale, con compromissione dell'interesse generale alla preservazione dei livelli di occupazione». Cfr. anche Corte di Cassazione 26 giugno 1980, n. 4030 e 17 dicembre 2004, n. 23552. Sull'evoluzione giurisprudenziale cfr. F. SANTONI, *op. cit.*, p. 196 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, p. 357 ss.

³⁵ Corte di Cassazione n. 23552/2004, cit.: «Giova a questo punto rammentare che, secondo l'orientamento di questa Corte (Corte di Cassazione 27 luglio 1984 n. 4260; Corte di Cassazione 8 agosto 1987, n. 6831), avallato dalla dottrina, il diritto di sciopero, che l'art. 40 Cost. attribuisce direttamente ai lavoratori, non incontra - stante la mancata attuazione della disciplina legislativa prevista da detta norma - limiti diversi da quelli propri della ratio storico-sociale che lo giustifica e dell'intangibilità di altri diritti o interessi costituzionalmente garantiti. Pertanto, sotto il primo profilo, non si ha sciopero se non in presenza di un'astensione dal lavoro decisa ed attuata collettivamente per la tutela di interessi collettivi - anche di natura non salariale ed anche di carattere politico generale, purché incidenti sui rapporti di lavoro - e, sotto il secondo profilo, ne sono vietate le forme di attuazione che assumano modalità delittuose, in quanto lesive, in particolare, dell'incolumità o della libertà delle persone, o di diritti di proprietà o della capacità produttiva delle aziende; sono, invece, privi di rilievo l'apprezzamento obiettivo che possa farsi della fondatezza, della ragionevolezza e dell'importanza delle pretese perseguite nonché la mancanza sia di proclamazione formale sia di preavviso al datore di lavoro sia di tentativi di conciliazione sia d'interventi dei sindacati, mentre il fatto che lo sciopero arrechi danno al datore di lavoro, impedendo o riducendo la produzione dell'azienda, è connaturale alla funzione di autotutela coattiva propria dello sciopero stesso». Sulla tematica cfr. F. DE FALCO, *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, Napoli, 2003; P. PIZZUTI, *Sciopero articolato e prestazioni improduttive*, Roma, 2008.

³⁶ Cfr. Corte di Cassazione 3 dicembre 2015, n. 24653 con riguardo ad una proclamazione di sciopero a oltranza per ogni giorno lavorativo per l'intera giornata, all'interno della quale ogni lavoratore potrà aderire come, quanto e quando riterrà più opportuno, e attuata attraverso astensioni dal lavoro senza alcun coordinamento tra loro. In verità questa sentenza sembra travalicare la barriera del primo profilo in cui dovrebbe rilevare semplicemente la sussistenza del fine comune dell'astensione realizzata dal gruppo di lavoratori, laddove le modalità attuative dovrebbero rilevare solo ai fini del rispetto degli altri diritti coinvolti e dunque del temperamento fra sciopero e i diritti essenziali indicati dalla stessa giurisprudenza (vita, integrità psico-fisica dell'individuo, libertà del singolo dipendente non aderente allo sciopero di raggiungere il posto di lavoro o comunque di lavorare, la libertà dell'imprenditore di disporre di impianti e beni aziendali, la produttività e non la produzione aziendale) (cfr. per una riflessione adesiva alla sentenza M. CERBONE, *Tecniche di limitazione del diritto di sciopero nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Variazioni sui temi di Diritto del lavoro*, n. 3/2016, p. 581 ss.). Con riguardo a quest'ultimo parametro è evidente che la salvaguardia degli interessi imprenditoriali rimane affidata all'elaborazione giurisprudenziale, come ebbe a riconoscere la citata sentenza n. 711 del 1980 della Cassazione: l'accertamento al riguardo "va condotto caso per caso dal giudice, in relazione alle concrete modalità di esercizio del diritto di sciopero ed ai parimenti concreti pregiudizi o pericoli cui vengono esposti il diritto alla vita, all'incolumità delle persone e alla integrità degli impianti produttivi". Sembrano pertanto eccessive le critiche nei confronti

Anche la Commissione di garanzia compie una valutazione del genere nell'occuparsi della legittimità dello sciopero: nella deliberazione sullo sciopero dei docenti universitari, ad esempio, verifica la sussistenza del soggetto collettivo e della motivazione (limite interno) nonché di tutti gli altri elementi, richiesti dalla legge, che si riflettono sul contemperamento con i diritti costituzionali della persona (limite esterno).

Inoltre, la contrattazione collettiva ha percorso la strada dell'individuazione di diritti costituzionali della persona. Ciò è avvenuto con l'individuazione del servizio elettorale fra i servizi pubblici essenziali³⁷ per consentire il diritto di voto dei cittadini, non ricompreso nella lista dei diritti elencati al comma 1 dell'art. 1. Ciononostante questo sia pacificamente

dell'orientamento giurisprudenziale sullo sciopero articolato in quanto, in fin dei conti, la giurisprudenza tiene conto di entrambi i limiti e rimette alla concreta indagine del giudice la verifica del rischio o della lesione del diritto alla capacità produttiva dell'impresa (v. F. SANTONI, *op. cit.*, p. 198 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, p. 359 ss.). Quanto al rilievo critico sull'inadeguatezza o nebulosità dell'orientamento giurisprudenziale sulla legittimità del rifiuto datoriale delle prestazioni rese da lavoratori non scioperanti o attualmente non scioperanti (v. ancora gli autori citati in precedenza), in questo caso la giurisprudenza in prevalenza sembra addivenuta alla concezione esimente dell'obbligo datoriale dell'inutilizzabilità della prestazione lavorativa non proficua, che necessariamente implica una valutazione empirica fondata sul contesto organizzativo e produttivo dell'azienda (v. tra molte Corte di Cassazione 7 febbraio 1987, n. 1331; 11 gennaio 1988, n. 84; 9 novembre 1990, n. 10804; 15 luglio 1992, 8574; 4 marzo 2000, n. 2446); diversamente Corte di Cassazione 13 gennaio 1988, n. 150 (secondo cui nel caso di sciopero parziale, il rifiuto, da parte del datore di lavoro, della prestazione lavorativa offerta dal lavoratore non scioperante è giustificato - con le conseguenze dell'esonero dell'imprenditore dagli effetti della *mora accipiendi* e della legittimità del mancato pagamento della retribuzione - non dalla mancanza di convenienza economica di detta prestazione lavorativa, o dall'inopportunità del funzionamento parziale dell'impianto, bensì dall'assoluta impossibilità di utilizzare in qualsiasi modo la prestazione stessa, atteso che riconoscere all'imprenditore la possibilità, di fronte allo sciopero di parte dei propri dipendenti, di rifiutare per mere ragioni organizzative aziendali la prestazione dei lavoratori non scioperanti comporterebbe, in sostanza, la legittimazione di un diritto di serrata, che non è ammesso dall'ordinamento quale causa giustificatrice della sospensione del rapporto di lavoro e del rifiuto della retribuzione contrattualmente prevista). Cfr. anche O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 162; CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *op. cit.*, pp. 360 e 368; F. SANTONI, *op. cit.*, p. 198; P. PIZZUTI, *op. cit.* Le posizioni critiche di una parte della dottrina, fondate sulle disomogeneità delle soluzioni o sull'utilizzazione del tipo di parametro di valutazione, sono in parte condivisibili quando ancorate sul parametro in base al quale viene giudicata la legittimità del rifiuto della prestazione lavorativa (utilizzabilità a condizioni più onerose, scarsa proficuità piuttosto che inutilizzabilità tecnica della prestazione lavorativa) (in senso conforme M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 2012, spec. p. 248), in parte no se si pensa al fatto che esiste un orientamento prevalente e che le fattispecie sono inquadrabili nell'ambito della disciplina della mora del creditore (art. 1206 ss. cod. civ.). Questa si può escludere in presenza tanto di un'impossibilità della prestazione lavorativa, quanto di un motivo legittimo, interpretandosi quest'ultimo come una clausola generale che consente "all'interprete di relativizzare il giudizio secondo le peculiarità del rapporto" (P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 324). La strada interpretativa è complicata ma in ogni caso i percorsi sono stati tracciati. Per una disamina sintetica della questione sia consentito anche il rinvio a R. SANTUCCI, voce *Serrata*, in *Dizionario di diritto privato* diretto da N. IRTI, vol. *Diritto del lavoro* a cura di P. LAMBERTUCCI, Milano, 2010, p. 635 ss.

³⁷ V. l'art. 2, comma 1, lett. h dell'accordo ARAN- Confederazioni sindacali per il comparto Ministeri dell'8 marzo 2005, valutato idoneo dalla Commissione con deliberazione n. 178/2005; l'accordo è stato integrato con ulteriore accordo del 23 febbraio 2016, valutato idoneo dalla Commissione di garanzia con deliberazione n. 116/2016, che si è focalizzato sull'attuazione della regolamentazione relativa allo sciopero in musei e luoghi di cultura. V. inoltre l'art. 2, comma 1, lett. a, dell'accordo ARAN-Confederazioni sindacali per il comparto Regioni-Autonomie locali 19 settembre 2002: anche quest'accordo è stato integrato, come quello per i ministeri, con ulteriore accordo dell'8 marzo 2016, valutato idoneo dalla Commissione di garanzia, con deliberazione n. 1129/2016 per adeguare la disciplina allo sciopero nei musei e nei luoghi di cultura.

considerato un diritto fondamentale dalla giurisprudenza costituzionale, dalla dottrina³⁸ e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea con riguardo alle elezioni del Parlamento europeo e alla partecipazione del cittadino europeo alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiede (artt. 39 e 40). Si possono anche annoverare poi: a) le disposizioni degli accordi che fanno riferimento all'erogazione di assegni e di indennità con funzioni di sostentamento³⁹: questa per un verso garantisce effettività al diritto all'assistenza e previdenza sociale (previsto dalla lista legislativa) ma per un altro verso sembra ascrivibile al diritto alla retribuzione previsto dall'art. 36 Cost., che svolge, come noto, una funzione di garanzia di un'esistenza libera e dignitosa del lavoratore (il sostentamento è compreso) e costituisce un diritto fondamentale della persona del lavoratore oltre che essere oggetto dell'obbligazione del datore di lavoro nel contratto di lavoro; b) nell'accordo relativo alle Regioni-Autonomie locali si individuano, tra le prestazioni indispensabili, quelle relative al rilascio certificati e visure dal registro delle imprese con diritto di urgenza per -partecipazione a gare di appalto; - deposito bilanci e atti societari; - certificazione per l'esportazione e l'importazione temporanea di merce (carnet ATA- TIR); - certificazione per lo sdoganamento limitatamente alle merci deperibili; - registrazione brevetti. Questo tipo di attività viene svolta in funzione di una serie di diritti costituzionali e sovranazionali non compresi nella lista: le libertà economiche (art. 41 comma 1 Cost.; art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), il diritto al lavoro (art. 4, comma 1, Cost.; art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), il diritto alla proprietà intellettuale (art. 9, comma 1, Cost.; art. 17, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea); c) nell'accordo per il personale Ministeriale, nell'art. 2, comma 1, lett. g) si fa riferimento alla protezione ambientale: pure in questo caso può ritenersi che il servizio sia connesso alla tutela dell'ambiente, che espressamente è inclusa nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 37) e che si ritiene possa ricavarsi indirettamente dagli artt. 9 e 32 della Costituzione e direttamente dall'art. 117, comma 2, lett. s, che annovera l'ambiente tra le competenze esclusive della potestà legislativa statale⁴⁰. Questo riferimento dell'accordo è stato sottolineato qualche anno fa dalla Commissione di garanzia (seduta del 9 maggio 2016) in occasione della questione relativa alla disciplina applicabile al Corpo Forestale dello Stato, transitato, come noto, nei ranghi dell'Arma dei Carabinieri che non possono scioperare. Si è scelto da parte del Ministero delle Politiche agricole e Forestali di procedere all'integrazione delle regole del comparto, con la sigla il 7 settembre 2016 dell'Accordo nazionale in materia di prestazioni indispensabili da garantire in caso di sciopero. La Commissione ha valutato l'idoneità di tale accordo con delibera n. 16/411 del 20 ottobre 2016. L'Accordo in esame contiene l'indicazione analitica delle prestazioni

³⁸ Si condivide pertanto l'osservazione di C. PINELLI, *op. cit.*, p. 235. L'A., del resto, cautamente afferma che fino a quando «resti nel recinto della Costituzione, l'inventio dei diritti fondamentali in gioco può superare il carattere tassativo di un elenco legislativo degli stessi, rientrando nella logica del bilanciamento o contemperamento fra diritti costituzionalmente garantiti che ispira l'intera disciplina». Nel presente saggio si procede sulla strada aperta da tale valutazione.

³⁹ V. l'accordo del 20 settembre 2001 riguardante il servizio sanitario nazionale, art. 2; l'accordo del 13 marzo 2002 relativo agli enti pubblici non economici, art. 2, comma 2, lett. F); l'accordo per il comparto Ministeri, *cit.*, art. 2, comma 2, lett. m).

⁴⁰ Cfr. al riguardo G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, p. 54 ss.

indispensabili da garantire in caso di sciopero del personale del Corpo Forestale dello Stato, con particolare riguardo al servizio di emergenza ambientale e alle operazioni di spegnimento in caso di incendi boschivi, ed individua il personale da esonerare in caso di sciopero. Di nuovo quindi il riferimento alla tutela ambientale che accresce il numero dei diritti con i quali lo sciopero deve contemperarsi.

Si ritiene che la Commissione di garanzia abbia ampliato lo spettro dei servizi pubblici essenziali, facendosi carico del «mutamento dei modelli organizzativi dei soggetti erogatori dei servizi essenziali investiti sempre più da processi di c.d. *outsourcing*, col trasferimento delle c.d. attività strumentali rispetto all'erogazione dei servizi pubblici essenziali. Lo ha fatto, considerando l'esercizio del diritto di sciopero da parte dei lavoratori addetti a tali attività ricompreso nel campo di applicazione della L. n. 146/1990, in quanto idoneo a compromettere il regolare funzionamento dei servizi coinvolti»⁴¹.

Si osserva poi che l'elencazione tassativa dei diritti di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 146 ha impedito alla Commissione di ampliare la lista⁴². Tuttavia si potrebbe ritenere che il noto confine sia stato superato anche dalla Commissione di garanzia tutte le volte che valida, dotandoli di efficacia generale, gli accordi nei quali giustamente le parti sociali indicano servizi connessi a diritti fondamentali non inclusi nella lista legislativa.

4.2 ... e teorie giuridiche

L'interpretazione, che rende più flessibile la linea di demarcazione tra diritti della persona e diritto di sciopero, trova conferma nell'ambito del costituzionalismo contemporaneo, il costituzionalismo dei diritti⁴³. Tra le tante caratteristiche di quest'approccio sono rilevanti non solo l'ampiezza del catalogo dei diritti e dei principi costituzionali ma anche il carattere aperto di quest'ultimo, suscettibile di arricchimento in via interpretativa e per integrazione sovranazionale: si tratta dunque di un modello nel quale il potere giudiziario e l'interpretazione assumono un ruolo centrale sia nella protezione diritti fondamentali, sia nell'adeguamento dell'ordinamento giuridico ai principi fondamentali⁴⁴. La vocazione espansiva naturale dei diritti, garantita in questo modello, non è considerata preoccupante in quanto «deve fare i conti con la circostanza che l'espansione di un diritto incontrerà inevitabilmente la forza di resistenza contraria opposta da altri diritti, o anche da altri beni che non sono strettamente concettualizzabili in termini di diritti (l'ordine pubblico, la sicurezza, ecc.): nessun diritto ha una forza espansiva illimitata. E dunque il discorso dei diritti contiene in sé già alcuni anticorpi contro una proliferazione inarrestabile dei diritti (...). Dunque, un

⁴¹ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, p. 405 ss.; nel manuale si dedica un intero capitolo alla disamina delle deliberazioni della Commissione: v. p. 429 ss.

⁴² Cfr. *op. ult. cit.*, p. 429; C. PINELLI, *op. cit.*, p. 231 ss. e in particolare p. 235, che passa in rassegna le deliberazioni della Commissione di garanzia. Sull'attività della Commissione di Garanzia v. da ultimo la Relazione annuale 2017 sull'attività svolta nel 2016.

⁴³ Cfr. il recente contributo di GIORGIO PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, che raccoglie e razionalizza efficacemente la riflessione in materia. Per cenni al riguardo, nell'ambito di una sintetica ricostruzione storica dell'affermazione dei diritti umani, v. anche A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, Bologna, 2013, spec. p. 144 ss.

⁴⁴ V. ampiamente GIORGIO PINO, *op. cit.*, in particolare l'ultimo capitolo dove si forniscono argomenti e criticità per un bilancio.

catalogo ampio di diritti e principi costituzionali non è semplicemente il deplorabile frutto della foga retorica dei padri costituenti (...), né (necessariamente) di giurisprudenze che si sono fatte prendere un po' troppo la mano dall'idolatria dei diritti; risponde piuttosto ad un modello del tutto sensato (anche se ambizioso), e che in un certo senso si impone per forza di cose»⁴⁵. Un'ulteriore conferma dell'interpretazione prescelta - la non tassatività dell'elenco dei diritti fondamentali con i quali lo sciopero è chiamato a confrontarsi - deriva dalle teorie ermeneutiche più moderne⁴⁶. Di fronte alla complessità del nostro sistema giuridico (regole e principi, relazioni tra gli stessi, gerarchie, generi e specie, tipi e sottotipi, concatenazioni di concetti, intrecci tra valori, criteri di composizione di conflitti tra regole e principi) si sottolinea come quest'ultimo si attui mediante l'interpretazione quotidiana dell'operatore e si connoti per il suo carattere aperto. Il sistema giuridico risulta dalla continua produzione legislativa, dalle interpretazioni e applicazioni del diritto vigente, dall'incessante proporsi di problemi nuovi e di nuove tecniche di soluzione. L'unico limite è dato dal rispetto delle regole sulla produzione legislativa e dalla rigidità della Costituzione. Il sistema si realizza nell'individuare i collegamenti tra le normative di settore e nel razionalizzarle mediante l'utilizzazione di concetti e la formulazione di principi⁴⁷. Per un primo verso, dunque, emerge, è ribadita, la centralità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto per la creazione del sistema; per un secondo verso, nella risoluzione dei concorsi tra principi, è valorizzato il ricorso alla tecnica del bilanciamento che, utilizzando il criterio della ragionevolezza⁴⁸, garantisce la convivenza tra i principi essenzialmente indicati nella prima parte della Costituzione (artt. 1-54).

⁴⁵ V. ancora GIORGIO PINO, *op. cit.*, p. 202.

⁴⁶ Cfr. al riguardo P. PERLINGIERI - P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 21 ss.; P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 14 ss. Una forte valorizzazione del ruolo dell'interprete emerge da A. ABIGNENTE, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2017, con ricadute sulla questione della certezza del diritto (a quest'ultimo tema è dedicato l'inserito sui *Colloqui giuridici di Massimario di giurisprudenza del lavoro* n. 12/2017 curato da A. VALLEBONA).

⁴⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 14 ss.; già P. PERLINGIERI - P. FEMIA, *Nozioni introduttive, cit.*, p. 21 ss.

⁴⁸ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 15-16: la ragionevolezza è considerato «criterio di giudizio ricavato dal sistema ordinamentale: ragionevole o irragionevole è la regola concreta applicata, individuata dall'interpretazione sistematica a seguito del bilanciamento. Ragionevole è la scelta di chi pone una regola adeguata, proporzionata, non discriminatoria, non contrastata con la legalità costituzionale; il controllo concerne sia il rapporto tra il fine perseguito dalla regola e i mezzi adoperati, sia la congruenza della regola e i valori che i principi applicabili tutelano» (p. 16); sul tema anche GIORGIO PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 2006, p. 1 ss.; ID., *Il costituzionalismo dei diritti*, p. 141 ss. orientato verso un bilanciamento senza gerarchia; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, spec. p. 57 ss.; G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Il Mulino*, 2005, p. 335 ss.; A. TANCREDI, *La tutela dei diritti fondamentali "assoluti" in Europa: "it's all balancing"*, *ibidem*, 2007, p. 383 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, spec. p. 199 ss. Un recente intervento di bilanciamento si è avuto con la sent. 8 marzo 2018, n. 58 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, del decreto legge 4 luglio 2015, n. 92 (c.d. salva Ilva, non convertito in legge) e dell'art. 21-octies della legge 6 agosto 2015, n. 132 (nel quale è stata trasfusa la disposizione contenuta nel decreto non convertito) in quanto prevede che «l'esercizio dell'attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro [...] quando lo stesso si riferisca ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori». Per la Corte non può «ritenersi astrattamente precluso al legislatore di intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri preventivi disposti dall'autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell'attività d'impresa; ma ciò può farsi solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco. Per essere tale, il bilanciamento deve essere condotto senza consentire «l'illimitata espansione di uno dei

La lista indicata dalla l. n. 146/1990 ha dunque un contenuto ridotto rispetto al novero di diritti già formalmente riconosciuti dalla nostra Costituzione.

Non si condivide poi l'assenza di gerarchia nel bilanciamento che preserverebbe il pluralismo dei valori e la libertà dei cittadini di ricercare per proprio conto il bene, in quanto sarebbe rischioso, potendo scadere nell'arbitrio giudiziario e interpretativo, e insufficiente sarebbe il richiamo al precedente giudiziario moderatamente vincolante. «In realtà occorre mantenere in equilibrio tre esigenze: evitare che il giudizio sui valori favorisca l'intolleranza e visioni assolutiste o fondamentaliste della vita; garantire che le argomentazioni dei giudici - i quali applicano una pluralità di principi, tutti concorrenti nella fattispecie concreta - siano controllabili dal punto di vista della loro fedeltà al testo della Costituzione (c.d. certezza del diritto); assicurare una certa continuità nelle decisioni giudiziarie, affinché l'organizzazione politica e culturale della società non sia distrutta da imprevedibili spinte contrastanti. E' errato contrapporre gerarchia e bilanciamento (...): questi, isolati l'una dall'altro, sono forme di anarchia (negazione di principi). (...) è possibile però affermare che, come stabilisce l'art. 41 Cost., i valori non patrimoniali sono gerarchicamente superiori rispetto a quelli patrimoniali. (...) Non ha senso graduare una volta per tutte principi attinenti alla persona; ha senso porre un criterio - una regola sul concorso dei principi - secondo il quale il bilanciamento che leda la salute a vantaggio della ricchezza altrui è scorretto, perché le situazioni della persona prevalgono sulle situazioni del patrimonio. Gerarchia dei valori (...) indica la necessità che, nel concorso di principi, le "relazioni di preferenza" tra valori incorporino coerenti "relazioni di compatibilità"⁴⁹. La ragionevolezza concretizza una preferenza, ma occorre che abbia un fondamento: nel vigente ordinamento giuridico, il fondamento è costituito dal valore della persona (tutelata dal principio di cui all'art. 2 Cost.). La normativa del caso concreto «individuata dall'interpretazione (mediante il bilanciamento dei principi concorrenti) è

diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. n. 85 del 9 maggio 2013). Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012)». Nel caso portato all'esame della Corte, il legislatore «non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita. Infatti, nella normativa in giudizio, la prosecuzione dell'attività d'impresa è subordinata esclusivamente alla predisposizione unilaterale di un "piano" ad opera della stessa parte privata colpita dal sequestro dell'autorità giudiziaria, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati». La normativa pertanto non rispetta i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa «la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona. In proposito questa Corte ha del resto già avuto occasione di affermare che l'art. 41 Cost. deve essere interpretato nel senso che esso «limita espressamente la tutela dell'iniziativa economica privata quando questa ponga in pericolo la "sicurezza" del lavoratore» (sent. n. 405 del 1999). Così come è costante la giurisprudenza costituzionale nel ribadire che anche le norme costituzionali di cui agli artt. 32 e 41 Cost. impongono ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori (sent. n. 399 del 1996)».

⁴⁹ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 18.

ragionevole se attua tale valore. Che i valori personali prevalgano su quelli patrimoniali - secondo una lettura complessiva della Costituzione - è una relazione di preferenza tra principi ed è anche una relazione di compatibilità, che ritiene di tener conto delle opportunità di soddisfazione di un principio rispetto all'altro senza ignorare che l'attuazione di un diritto fondamentale, riconosciuto in un principio, comporti sacrifici ed ulteriori conflitti»⁵⁰.

La teoria ermeneutica governa dunque la coesistenza tra i principi e risulta pienamente funzionale al temperamento tra diritto di sciopero e tutti gli altri diritti fondamentali ricavabili espressamente o in via interpretativa dalla Costituzione o dalle carte internazionali sui diritti fondamentali e non soltanto da una lista che, in via sistematica, non può essere considerata tassativa. La tassatività si porrebbe in rotta di collisione con gli approcci, costituzionalmente radicati, che assicurano una forte valorizzazione della persona, nell'ambito dei quali non può non collocarsi la scienza giuslavoristica.

5. c) Le fonti di disciplina degli scioperi: la valorizzazione della Commissione di garanzia e la rilevanza ridotta delle regolazioni sociali

Evitato lo scoglio di nozioni "non finalistiche" e "chiuse", che avrebbe rischiato di escludere diritti fondamentali e servizi pubblici essenziali via via emergenti, l'attenzione si deve spostare sulle fonti di disciplina degli scioperi.

Non ci sono dubbi sul fatto che il legislatore abbia attribuito «un ruolo fondamentale all'autonomia collettiva, chiamata ad individuare concretamente quali siano le prestazioni indispensabili, tenendo conto delle peculiarità dei diversi servizi essenziali» e che il sistema sia fondato su «un modello normativo che combina intervento autonomo ed eteronomo, frutto di una prospettiva "interordinamentale", coerente con la scelta di politica del diritto secondo cui le regole riguardanti i rapporti di lavoro possono essere elaborate più efficacemente dagli stessi attori collettivi, mentre all'intervento legislativo spetta il ruolo di dare sostegno alle regolazioni collettive e di assicurare la garanzia finale degli interessi generali»⁵¹. Tuttavia, in considerazione dell'evidente interesse pubblico alla buona amministrazione e alla salvaguardia dei diritti costituzionali della persona⁵², il legislatore ha introdotto - se ben si riflette - una disciplina relativa alle fonti di regolazione di tipo pubblicistico che si avvale anche, laddove possibile, delle regolazioni sociali e privatistiche, ivi compresi i regolamenti di servizio. Specie dopo la sentenza n. 344 del 18 ottobre 1996 della Corte costituzionale⁵³ e la

⁵⁰ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 18.

⁵¹ C. ZOLI, *op. cit.*; ma v. anche già F. SANTONI, *op. cit.*, p. 238 ss. e, di recente, G. PINO, *op. cit.*, spec. p. 271 ss.

⁵² V. al riguardo S. CASSESE, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, spec. p. 16, nonché G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, p. 31, sulla distinzione e l'omologazione di funzioni e servizi, entrambi in S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit.

⁵³ Con questa sentenza la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, c. 2, 2, commi 2 e 3, e 8, c. 2, della l. n. 146/1990 sollevata, in riferimento agli artt. 3, 39 e 40 Cost. Con riguardo all'art. 39 Cost. la Corte rileva innanzitutto che «l'atto conclusivo del procedimento è individuato dalla legge nel regolamento di servizio da emanarsi dalle singole imprese o amministrazioni in base a un accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o con le rappresentanze del personale, che deve recepire, con gli opportuni adattamenti alle singole strutture erogatrici, il codice di comportamento negoziato al livello della contrattazione di categoria o di comparto. Quando sia stata raggiunta un'intesa a entrambi i livelli contrattuali e la Commissione di garanzia non abbia espresso una valutazione di inidoneità, fonte diretta dell'obbligo dei lavoratori di effettuare le prestazioni riconosciute indispensabili è il regolamento di servizio in quanto atto di esercizio (a formazione

riforma della legge n. 146/1990 ad opera della l. n. 83/2000, che ora attribuisce alla Commissione di garanzia il potere di provvisoria regolamentazione delle prestazioni indispensabili (art. 13, comma 1, lett. a)), il circuito regolativo della disciplina è complesso, fondato su un apparato che non può essere sintetizzato nella formula secca *eteronomia* ed *autonomia collettiva*. Più precisamente si possono delineare diversi circuiti regolativi desumibili dal sistema normativo.

A) In linea di principio l'individuazione delle prestazioni indispensabili per i lavoratori subordinati è rimessa all'autonomia collettiva, riservando tuttavia allo Stato - tramite la Commissione di Garanzia - il potere di legittimare le regole sociali⁵⁴. Il vincolo generale per le regole sulle prestazioni indispensabili deriva dunque dal giudizio positivo della Commissione, contenuto in una sua deliberazione (v. artt. 2, comma 2, e 13, comma 1, lett. a), l. n. 146)⁵⁵. Va sottolineato al riguardo che la nuova formulazione dell'art. 2, comma 1, della l.

"procedimentalizzata" e quindi a contenuto vincolato) del potere direttivo del datore di lavoro. Se manca l'accordo a livello d'impresa, senza il quale non può essere emanato il regolamento, le prestazioni indispensabili - che il datore di lavoro è tenuto ad assicurare in ogni circostanza - saranno da lui determinate unilateralmente caso per caso mediante specifici ordini di servizio conformi alle indicazioni generali dell'intesa intervenuta al livello superiore della contrattazione collettiva oppure, se la Commissione le abbia giudicate negativamente, alla proposta presentata alle parti ai sensi dell'art. 13. Infine, qualora un accordo non sia stato concluso in nessuna sede contrattuale, oppure le prestazioni concordate siano state giudicate inadeguate dall'organo di garanzia, supplisce il potere di ordinanza dell'autorità designata dall'art. 8, che dovrà adeguarsi alla proposta della Commissione, se già formulata. In nessun caso, dunque, l'obbligo dei singoli lavoratori è un effetto direttamente collegabile al contratto collettivo. La Corte quindi conclude sottolineando «l'estraneità dei contratti e degli accordi in esame alla categoria del contratto collettivo prefigurato dall'art. 39 della Costituzione, direttamente incidente sulla disciplina dei rapporti individuali di lavoro, (...) confermata dall'assoggettamento del loro contenuto alla valutazione di idoneità (cioè di congruità allo scopo indicato dall'art. 1, secondo comma) da parte dell'organo di garanzia (...) Né vale a sminuire la rilevanza giuridica del giudizio di idoneità l'obiezione che la Commissione non può adottare nessun provvedimento cogente. Essa non ha poteri correttivi o modificativi degli accordi stipulati, ma una valutazione negativa li priverebbe di efficacia e, se le parti non accettassero la proposta della Commissione, giustificerebbe l'intervento del potere di ordinanza della pubblica autorità». Per la Corte non è violato neppure «l'art. 40 della Costituzione. La riserva di legge non esclude che la determinazione di certi limiti o modalità di esercizio del diritto di sciopero possa essere rimessa non solo a fonti statali subprimarie, ma anche alla contrattazione collettiva, purché con condizioni che garantiscano le finalità per le quali la riserva è stata disposta. Non essendo possibile formulare direttive uniformi per l'individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei pubblici servizi essenziali, tali prestazioni variando a seconda del tipo di servizio e dell'organizzazione imprenditoriale o amministrativa che lo eroga, la definizione legale dei fondamenti della disciplina non può andare oltre a indicazioni del tipo di quelle dell'art. 1 della legge n. 146, che delinea il quadro di riferimento del bilanciamento di beni e interessi affidato alla contrattazione collettiva. Perciò la fissazione ex ante di criteri contenutistici da parte della legge è surrogata dal controllo successivo, demandato a un organo pubblico, che deve verificare l'idoneità degli accordi collettivi rispetto allo scopo indicato dall'art. 1, secondo comma».

⁵⁴ Il modello è definito «neoistituzionale», in quanto la contrattazione collettiva si pone come «istituzione sociale capace di autoregolazione e come tale integrata nei circuiti normativi dello Stato» (M. D'ANTONA, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale*, in *Rivista giudica del lavoro e della previdenza sociale*, 1989, I, p. 9). Sul modello in generale v. CARINCI F., *Il diritto del lavoro tra neo-corporativismo e neo-istituzionalismo*, in *Politica del diritto*, 1983, p. 3; nonché ID., *La concertazione*, in AA. VV., *Conflitto, concertazione e partecipazione*, a cura di F. LUNARDON, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, Padova, 2011, p. 911 ss. Da ultimo, con riguardo allo sciopero, cfr. G. PINO, *op. cit.*, p. 279.

⁵⁵ Cfr. F. SANTONI, *op. cit.*, p. 241; ID., *La libertà e il diritto di sciopero*, cit., p. 16 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2012, p. 160; M. V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 272 ss.; M. V. BALLESTRERO - G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, cit., p. 97. E' quanto ritiene anche la giurisprudenza penale con riguardo alla vincolatività

n. 146/1990 richiede il presupposto dell'accordo collettivo solo nell'ambito delle pubbliche amministrazioni⁵⁶. Questa modifica disinnescava il problema dell'efficacia generale dei contratti collettivi nel settore privato, pur se, grazie alla Corte costituzionale e alle interpretazioni dottrinali, la vincolatività delle regole sulle prestazioni indispensabili già era fatta derivare dai regolamenti o dagli ordini di servizio ovvero dalla valutazione positiva della Commissione di Garanzia. Non solo. Per un verso esalta la rilevanza dei regolamenti di servizio nel settore privato, in attuazione della deliberazione della Commissione, e, per l'altro verso, comporta l'esigenza di una lettura razionalizzatrice del sistema nell'ambito della quale per le parti sociali è disposto un obbligo a contrattare ma non a contrarre (come è confermato anche da quanto verrà detto sub c).

B) Lo stesso tipo di percorso vale per lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori, la cui astensione collettiva dalle prestazioni, ai fini di protesta o di rivendicazione di categoria, incida sulla funzionalità dei servizi pubblici (di cui all'art. 1 della l. n. 146/1990). L'astensione pertanto deve essere esercitata nel rispetto di misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili così come indicate dalla legge o individuabili in base alle stesse. Esiste dunque una responsabilità diretta dei lavoratori in questione⁵⁷. A tal fine la Commissione di garanzia «promuove l'adozione da parte delle associazioni o degli organismi di rappresentanza delle categorie interessate, di codici di autoregolamentazione che realizzino, in caso di astensione collettiva, il temperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui all'art. 1»; i codici sono sottoposti alla valutazione d'idoneità della Commissione di Garanzia che conferisce loro la vincolatività generale di cui sono privi (art. 2-bis)⁵⁸.

dell'autoregolamentazione valutata idonea dalla Commissione, secondo la quale la deliberazione della Commissione costituisce una fonte di diritto oggettivo contenente norme con forza e valore di normativa secondaria e regolamentare (cfr. *infra* nt. 57): l'interpretazione della Cassazione penale può essere condivisa anche con riguardo alla valutazione positiva delle regolazioni collettive. Per altri - F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, p. 398; - l'efficacia generale va attribuita alla contrattazione collettiva perché c'è un obbligo legale di rispettarla. Per la Corte costituzionale n. 344/1996, cit., l'efficacia è garantita da un formale recepimento dei contenuti contrattuali nei regolamenti di servizio (seppure prima della riforma della l. n. 146/1990 che ha rafforzati i poteri della Commissione). Conforme ad entrambi gli ultimi due orientamenti dottrinali e giurisprudenziali cfr. L. GAETA, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, vol. II, Torino, 2015, p. 169.

⁵⁶ V. testualmente: «Le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi, nel rispetto del diritto di sciopero e delle finalità indicate dal comma 2 e dell'articolo 1, ed in relazione alla natura del servizio ed alle esigenze della sicurezza, nonché alla salvaguardia dell'integrità degli impianti, concordano, nei contratti collettivi o negli accordi di cui al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, nonché nei regolamenti di servizio, da emanare in base agli accordi con le rappresentanze del personale di cui all'art. 47 del medesimo d. lgs. n. 29/1993, le prestazioni indispensabili che sono tenute ad assicurare, nell'ambito dei servizi di cui all'articolo 1, le modalità e le procedure di erogazione e le altre misure dirette a consentire gli adempimenti di cui al comma 1 del presente articolo (...)».

⁵⁷ Sul problema dell'applicabilità dei diritti costituzionali in materia a professionisti e lavoratori autonomi, cfr. M. MONDELLI, *Libertà sindacale e diritto di sciopero oltre i confini della subordinazione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3/2010, p. 674 ss.

⁵⁸ Cfr. al riguardo da ultimo Corte di Cassazione penale, sez. IV, 22 marzo 2017, n. 20390 che aderisce all'insegnamento delle Sezioni Unite (v. in particolar modo Corte di Cassazione pen. Sez. Un. 27 marzo 2014, n. 40187) sulla qualificazione dell'autoregolamentazione valutata idonea dalla Commissione, stabilendo che il codice di autoregolamentazione di astensione dalle udienze degli avvocati, dichiarato idoneo dalla Commissione di

C) Qualora, nell'ambito del lavoro subordinato, le prestazioni indispensabili o le altre misure non siano previste dai contratti o accordi collettivi o dai codici di autoregolamentazione, o se previste non siano valutate idonee, la Commissione di garanzia adotta, nelle forme previste dall'art. 13, comma 1, lettera a) la provvisoria regolamentazione compatibile con le finalità del comma 3 (art. 2, comma 2): vale a dire che i promotori dello sciopero, gli aderenti, i lavoratori che esercitano il diritto di sciopero, le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi «sono tenuti all'effettuazione delle prestazioni indispensabili, nonché al rispetto delle modalità e delle procedure di erogazione e delle altre misure di cui al comma 2».

D) Nell'ambito delle altre categorie di lavoratori, se i codici di autoregolamentazione mancano o sono valutati inidonei a garantire le finalità di cui al comma 2 dell'art. 1 (il temperamento), la Commissione di garanzia, sentite le parti interessate nelle forme previste dall'art. 13, comma 1, lett. a, delibera la provvisoria regolamentazione (art. 2-bis, comma 1), ferma la responsabilità diretta dei protagonisti del conflitto, come indicato nel punto B).

E) Il potere regolamentare provvisorio della Commissione di garanzia - disciplinato dall'art. 13, comma 1, lett. a) - può essere esercitato a conclusione di un procedimento che inizia anche su iniziativa della stessa Commissione e riguarda l'idoneità delle prestazioni indispensabili, delle procedure di raffreddamento e conciliazione e delle altre misure individuate ai sensi del comma 2 dell'art. 2 a garantire il temperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati. Prima di esprimersi, la Commissione sente le organizzazioni degli utenti e dei consumatori riconosciute e rappresentative a livello nazionale (in base all'elenco di cui all'art. 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206)⁵⁹, «le quali possono esprimere il loro parere entro il termine stabilito dalla Commissione medesima». Il parere di queste organizzazioni conferma le finalità perseguite dal nostro ordinamento, con la legislazione che limita l'esercizio del diritto di sciopero in materia di servizi pubblici essenziali, in quanto, nell'ambito del codice del consumo, sono riconosciuti, garantiti e tutelati i diritti degli utenti e dei consumatori, in

garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, con deliberazione del 13 dicembre 2007 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 3 del 4 gennaio 2008 (così come la previgente regolamentazione provvisoria dell'astensione collettiva degli avvocati dall'attività giudiziaria, adottata dalla commissione di garanzia con deliberazione del 4 luglio 2002, e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 171 del 23 luglio 2002), costituisce fonte di diritto oggettivo contenente norme aventi forza e valore di normativa secondaria e regolamentare, vincolanti *erga omnes*, ed alle quali anche il giudice è soggetto in forza dell'art. 101, secondo comma, Cost. La Cassazione interviene anche sulla natura dell'astensione degli avvocati, considerandola come esercizio di un vero e proprio diritto avente un sicuro fondamento costituzionale: (che la giurisprudenza prevalente individua nell'art. 18 Cost., ma (anche) in diversi principi costituzionali), un diritto, quindi, e non semplicemente un legittimo impedimento partecipativo, ed afferma che il "bilanciamento tra il diritto costituzionale dell'avvocato che aderisce all'astensione dall'attività giudiziaria e i contrapposti diritti e valori costituzionali dello Stato e dei soggetti interessati al servizio giudiziario, è stato realizzato, conformemente alle indicazioni della sentenza costituzionale n. 171 del 27 maggio 1996, in via generale dal legislatore primario con la l. n. 146/1990 (come modificata e integrata dalla l. n. 83/2000) e dalle suddette fonti secondarie alle quali è stata dalla legge attribuita la competenza in materia, mentre al giudice spetta normalmente il compito di accertare se l'adesione all'astensione sia avvenuta nel rispetto delle regole fissate dalle competenti disposizioni primarie e secondarie, previa loro corretta interpretazione".

⁵⁹ Tale normativa, con la quale è stato emanato il codice del consumo, ha abrogato la legge 30 luglio 1998, n. 281, richiamata dalla l. 146/1990 (modificata dalla l. n. 83/2000).

particolare quello all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza (art. 2, comma 2, lett. g), anche attraverso le associazioni dei consumatori e degli utenti vale a dire le formazioni sociali «che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti» (art. 3, comma 1, lett. b). A tali associazioni, oltre alla partecipazione alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di qualità previsti dalle leggi dei servizi pubblici (art. 101), sono riconosciute legittimazioni ad agire in giudizio e specifiche azioni a tutela degli utenti (si pensi all'importante azione collettiva *ex art. 140-bis* del d. lgs. n. 206), cioè innovative tutele collettive e inibitorie ovvero tutele restitutorie e risarcitorie, alternative e sussidiarie rispetto alle azioni individuali⁶⁰.

Qualora non giudichi idoneo l'insieme delle misure sulla base di specifica motivazione, la Commissione sottopone alle parti una proposta su prestazioni, procedure e misure da considerarsi indispensabili. Le parti devono pronunciarsi sulla proposta della Commissione entro quindici giorni dalla notifica. Se non si pronunciano, la Commissione, dopo avere verificato, in seguito ad apposite audizioni da svolgere entro il termine di venti giorni, l'indisponibilità delle parti a raggiungere un accordo, adotta con propria delibera la provvisoria regolamentazione delle prestazioni indispensabili, delle procedure di raffreddamento e di conciliazione e delle altre misure di contemperamento, comunicandola alle parti interessate, che sono tenute ad osservarla agli effetti dell'articolo 2, comma 3, fino al raggiungimento di un accordo valutato idoneo.

Nello stesso modo la Commissione valuta i codici di autoregolamentazione di cui all' art. 2-bis e provvede nel caso in cui manchino o siano inadeguati. La Commissione, al fine della provvisoria regolamentazione, deve tenere conto delle previsioni degli atti di autoregolamentazione vigenti in settori analoghi o simili nonché degli accordi sottoscritti nello stesso settore dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Nella provvisoria regolamentazione, le prestazioni indispensabili devono essere individuate in modo da non compromettere, per la durata della regolamentazione stessa, le esigenze fondamentali di cui all'articolo 1; salvo casi particolari, devono essere contenute in misura non eccedente mediamente il 50 per cento delle prestazioni normalmente erogate e riguardare quote strettamente necessarie di personale non superiori mediamente ad un terzo del personale normalmente utilizzato per la piena erogazione del servizio nel tempo interessato dallo sciopero, tenuto conto delle condizioni tecniche e della sicurezza. Si deve comunque tenere conto dell'utilizzabilità di servizi alternativi o forniti da imprese concorrenti. Quando è necessario assicurare fasce orarie di erogazione dei servizi, questi ultimi devono essere garantiti nella misura di quelli normalmente offerti e pertanto non rientrano nella predetta percentuale del 50 per cento. I medesimi criteri previsti per la individuazione delle prestazioni indispensabili ai fini della provvisoria regolamentazione costituiscono parametri di

⁶⁰ Cfr. al riguardo, in prospettive diverse, P. PERLINGIERI-V. RIZZO, in P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., spec. p. 546 ss.; M. CERIONI, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2014; G. BERTI DE MARINIS, *Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici*, Napoli, 2015; C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis codice del consumo*, Padova, 2012; E. CESARO, F. BOCCHINI (a cura di), *La nuova class action a tutela dei consumatori e degli utenti*, Padova, 2012; A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003.

riferimento per la valutazione, da parte della Commissione, dell'idoneità degli atti negoziali e di autoregolamentazione.

In questo modo è limitata la discrezionalità della Commissione di garanzia anche se sono consentite eventuali deroghe per casi particolari, che devono essere adeguatamente motivate con specifico riguardo alla necessità di garantire livelli di funzionamento e di sicurezza strettamente occorrenti all'erogazione dei servizi, in modo da non compromettere le esigenze fondamentali di cui all'articolo 1.

F) Il datore di lavoro, in assenza di accordi e in via provvisoria, è tenuto ad assicurare unilateralmente (trattasi di un vero e proprio obbligo), attraverso i regolamenti oppure specifici ordini di servizio, una soglia di prestazioni indispensabili, da stabilire, in base al combinato disposto degli artt. 2, comma 2, e 13, lett. a), in misura non eccedente il cinquanta per cento delle prestazioni normalmente erogate ovvero in conformità alle indicazioni generali dell'intesa intervenuta al livello superiore della contrattazione collettiva, se assicura un contemperamento superiore al minimo legale. Ai sensi del comma 4 dell'art. 2 la Commissione valuta l'idoneità delle prestazioni individuali e a tale scopo, le determinazioni pattizie ed i regolamenti di servizio nonché i codici di autoregolamentazione e le regole di condotta vengono comunicati tempestivamente alla Commissione a cura delle parti interessate. Il comma 3 stabilisce che i promotori dello sciopero o coloro che vi aderiscono, i lavoratori che esercitano il diritto di sciopero, le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi sono tenute all'effettuazione delle prestazioni indispensabili.

G) Un problema di regolamentazione si pone nel caso di sciopero di categorie "non privatizzate" del pubblico (*ex art. 3 d.lgs. n. 165/2001: magistrati, docenti universitari, personale della carriera diplomatica e prefettizia etc.*). È stato ipotizzato come in questi casi sia possibile ricorrere in via residuale all'autoregolamentazione: «lo strumento autoregolativo è stato utilizzato da tutte le categorie di magistrati che, in attuazione della legge n. 83/2000, si sono dotati di norme di comportamento cui attenersi nel corso di eventuali manifestazioni astensive e tale soluzione è stata ritenuta ammissibile dalla Commissione di garanzia proprio in ragione della prevista esclusione dei magistrati dalla contrattualizzazione dei loro rapporti»⁶¹. Non ci sono dubbi che la soluzione sia assai ragionevole. Può essere addirittura rafforzata nell'argomentazione se si pensa all'indipendenza costituzionalmente garantita ai magistrati dalla Costituzione (art. 104). Analogamente il rimedio può applicarsi alla docenza universitaria e radicarsi nei connotati del rapporto d'impiego: da un lato il lavoro del docente universitario è caratterizzato dalla libertà costituzionale della ricerca e dell'insegnamento (art. 33 Cost.; v. anche l'art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e dall'altro lato è in stretta connessione con le finalità istituzionali perseguite dall'amministrazione in cui è inserito e con la soddisfazione del diritto all'istruzione e alla formazione dell'utente del servizio⁶². Per i docenti universitari il rapporto pubblicistico è conservato per i tratti garantistici: è giustificato dall'esigenza di tutelare i valori costituzionali del pluralismo culturale e della libertà di ricerca scientifica e di insegnamento. Si è rilevato che né la disciplina

⁶¹ Cfr. F. SANTONI, *op. cit.*, p. 242.

⁶² Sia consentito rinviare, per le caratteristiche dell'impiego di docenti e ricercatori, a R. SANTUCCI, *Libertà di ricerca*, cit., nonché ID., *Lo stato giuridico dei docenti universitari: da conservare, rafforzare ed estendere (almeno) all'intero comparto pubblico della ricerca e dell'alta formazione*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 12/2017.

legislativa (o in base alla legge) del rapporto di impiego, né l'inelasticità sono imposte espressamente dalla costituzione, ritenendosi del resto che la legge li escluda dalla privatizzazione solo temporaneamente. A ben vedere però le cose non sono così lineari: - le ragioni dell'esclusione possono individuarsi, implicitamente, nelle disposizioni costituzionali che garantiscono la libertà di arte e ricerca scientifica. Le istituzioni della ricerca e dell'insegnamento sono istituzioni di persone e sono fondamentali, per la realizzazione delle finalità istituzionali, appunto le persone - la libertà e il sostegno dei docenti e dei ricercatori - e il loro spazio di autogoverno (per la verità, messo a repentaglio, insieme con la libertà della ricerca, sulla base della legge 30 dicembre 2010, n. 240 con riguardo all'abilitazione scientifica nazionale e dell'attività dell'ANVUR con riferimento alle procedure di valutazione della ricerca e della scientificità delle riviste); - i fatti "normativi" dicono che, dal lontano 1993, il rapporto di impiego dei docenti universitari è rimasto, nella legislazione ordinaria mai sconsigliata, di tipo pubblicistico. La conferma ulteriore si è avuta con gli interventi legislativi sullo stato giuridico del 2005 (legge 4 novembre 2005, n. 230) e del 2010 (l. n. 240): seppure fosse stata ritenuta sussistente l'imperatività della privatizzazione, solo rinviata nel 1993, i due interventi legislativi più significativi degli ultimi anni hanno smentito e superato, per incompatibilità, la norma che l'avrebbe preconizzata (contenuta nell'art. 3, comma 2, del d.lgs. 165/2001). Quest'ultima disposizione, sottoposta al recente *maquillage* operato dal decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, ha visto inseriti anche i ricercatori a tempo determinato nella parte relativa al richiamo della disciplina vigente, confermandosi la volontà legislativa di non modificare l'assetto normativo "speciale" definito nella legislazione specifica.

In effetti, a ben vedere, la soluzione dell'autoregolamentazione è quella che, nella sostanza, si è verificata nell'ultimo episodio di conflitto della categoria dove un cospicuo gruppo organizzato di docenti ha promosso lo sciopero, accompagnando l'indizione con regole riguardanti tutti gli aspetti relativi all'esercizio del diritto nel rispetto delle prescrizioni legislative. Lo sciopero e la sua indizione sono stati vagliati e validati dalla Commissione di garanzia, che ha imposto poi ai responsabili delle Università di adottare i provvedimenti conseguenti.

5. c) Le fonti di disciplina degli scioperi: la valorizzazione della Commissione di garanzia e la rilevanza ridotta delle regolazioni sociali

L'intensità e l'incisività degli scioperi nei servizi pubblici hanno indotto di recente a proporre una modifica della legge vigente, prospettando l'esigenza di rivalutare, come detentori della gestione della conflittualità, i soggetti collettivi dotati di una maggiore consistenza rappresentativa. Utilizzando dunque il criterio della rappresentatività come idoneo a legittimare la titolarità collettiva della c.d. azione sindacale e, in particolare, dello sciopero, si rimette in discussione il consolidato principio della titolarità individuale dello sciopero⁶³.

⁶³ V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentatività sindacale e legittimazione al conflitto*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2017, 81 ss.; ID., *Relazione del Presidente della Commissione di garanzia per l'anno 2016*, cit., p. 9 ss. Cfr. anche A. ZOPPOLI, *Relazioni industriali e risorse umane, diritto di sciopero e rappresentatività sindacale: il paradosso dei servizi essenziali tra sistema "di fatto", istanze di moderna democrazia e bilanciamento dei diritti*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4/2017, p. 1145 ss.

Ma la rappresentatività dei gruppi come requisito per indire o promuovere lo sciopero appare difficilmente conciliabile con gli artt. 39, comma 1, e 40 Cost. e con l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nella libertà sindacale garantita dalla disposizione costituzionale, innanzitutto, sono ricomprese tanto la libertà dei gruppi organizzati quanto, sul piano dei contenuti, la libertà dell'azione sindacale e quindi dell'autotutela collettiva⁶⁴. Entrambe sarebbero negate qualora si attribuissero soltanto a determinati soggetti sindacali, non ottemperandosi al principio del bilanciamento dei diritti, che impone la salvaguardia di tutti i diritti costituzionali e la preferenza per regolamentazioni che ne assicurino la coesistenza e il contemperamento. In secondo luogo, nell'art. 40 Cost. emerge, come riconosciuto dalla maggior parte degli interpreti, la titolarità individuale dello sciopero (ammessa anche dalle teorie più convincenti sulla rilevanza dell'interesse collettivo che riconoscono una duplice titolarità del diritto⁶⁵), ricollegata ai diritti fondamentali inerenti alla posizione soggettiva dei lavoratori subordinati all'interno dello *status civitatis*, titolarità che sarebbe cancellata dalla gestione collettiva rimessa soltanto alle sigle sindacali più rappresentative⁶⁶. La previsione di una legislazione limitativa dell'esercizio dello sciopero non potrebbe non rispettare il contenuto precettivo del diritto di sciopero (la titolarità) che è esclusa soltanto per ragioni di sicurezza pubblica (forze di polizia, militari)⁶⁷. La titolarità individuale e quella collettiva emergono nettamente dall'art. 28 della

⁶⁴ Sembra quasi superflua una nota bibliografica al riguardo, ma in ogni caso cfr.: G. GIUGNI, sub art. 39, in AA.VV., *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979, p. 257 ss.; O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2017, p. 26 ss.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, Torino, 2016, p. 29 ss.; F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 106 ss.

⁶⁵ V. L. NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it – 183/2013.

⁶⁶ Anche in questo caso la bibliografia appare superflua. In ogni caso v. da ultimo F. SANTONI, *La libertà e il diritto di sciopero*, cit., p. 25 ss. il quale sottolinea come l'interpretazione dello sciopero come diritto pubblico a titolarità individuale sia legata non solo alla tutela del singolo di scegliere liberamente le forme di autotutela a prescindere dalla sua affiliazione sindacale, ma anche all'esigenza di evitare un tendenziale monopolio delle associazioni professionali sulla disponibilità del ricorso allo sciopero; F. CARINCI, *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2009, n. 3, p. 423 ss.; e di recente F. CARINCI, *Ancora una parola sulla titolarità individuale dello sciopero de iure condito* e F. SANTONI, *Il conflitto nei servizi pubblici e la sua regolazione*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., risp. p. 7 ss. e p. 137 ss; Corte di Cassazione n. 24653/2015. Per la tesi della titolarità collettiva cfr. invece A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Napoli, 2006; L. CORAZZA, *La nozione di sciopero nel prisma della rappresentatività sindacale* e M. MAGNANI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., risp. p. 27 ss. e p. 95 ss. Si consenta ricordare criticamente R. SANTUCCI, *Titolarità del diritto di sciopero e rappresentatività sindacale: prime riflessioni su alcuni percorsi dottrinali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1990, p. 263 ss. (con attuale, parziale ripensamento delle prospettive di regolamentazione, alla luce del "senno di poi").

⁶⁷ V rispettivamente l'art. 1475 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, codice dell'ordinamento militare (che ha sostituito l'art. 8 della legge 11 luglio 1978, n. 382/) e l'art. 84 della legge 1° aprile 1981, n. 121 (secondo cui "gli appartenenti alla polizia di stato non esercitano il diritto di sciopero né azioni sostitutive di esso che, effettuate durante il servizio, possano pregiudicare le esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica o le attività di polizia giudiziaria"). Sulla compatibilità costituzionale del diniego ai militari della libertà sindacale la Corte costituzionale, con sent. n. 449/1999, ha affermato: «Il rilievo che la struttura militare non è un ordinamento estraneo, ma costituisce un'articolazione dello Stato che in esso vive, e ai cui valori costituzionali si informa attraverso gli strumenti e le norme sopra menzionati, non consente tuttavia di ritenere illegittimo il divieto posto dal legislatore per la costituzione delle forme associative di tipo sindacale in ambito militare. Se è fuori discussione, infatti, il riconoscimento ai singoli militari dei diritti fondamentali, che loro competono al pari degli altri cittadini della Repubblica, è pur vero che in questa materia non si deve considerare soltanto il rapporto di impiego del

Carta dei diritti fondamentali, dove si afferma il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro o delle rispettive organizzazioni «di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero»⁶⁸.

Intervenire sulla titolarità del diritto di sciopero, ancorandone la promozione nei soggetti più rappresentativi e condizionandone la legittimità, potrebbe comportare dunque il sacrificio del diritto di quanti non si riconoscono nelle organizzazioni più rappresentative per la tutela dell'interesse comune, quand'anche le regole sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali fossero di tipo legale (l'utilizzazione attuale della regolazione delle parti sociali, racchiusa nel testo unico sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio del 2014, rafforzato dall'Accordo interconfederale del 28 febbraio 2018, è assolutamente improponibile per la regolamentazione del diritto di sciopero⁶⁹).

milite con la sua amministrazione e, quindi, l'insieme dei diritti e dei doveri che lo contraddistinguono e delle garanzie (anche di ordine giurisdizionale) apprestate dall'ordinamento. Qui rileva nel suo carattere assorbente il servizio, reso in un ambito speciale come quello militare (art. 52 Cost., primo e secondo comma). Orbene, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 8, nella parte denunciata, aprirebbe inevitabilmente la via a organizzazioni la cui attività potrebbe risultare non compatibile con i caratteri di coesione interna e neutralità dell'ordinamento militare (...) la l. n. 382/1978, pur negando ai militari la libertà sindacale, conferisce loro facoltà tipiche di essa per salvaguardare le istanze collettive. E invero, l'ordinamento deve assicurare forme di salvaguardia dei diritti fondamentali spettanti ai singoli militari quali cittadini, anche per la tutela di interessi collettivi, ma non necessariamente attraverso il riconoscimento di organizzazioni sindacali»).

Anche in materia di sicurezza degli impianti nucleari, il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 230 (che ha abrogato e sostituito il decreto Presidente della Repubblica 13 febbraio 1964, n. 185) all'art. 48 si limita (indirettamente) l'esercizio del diritto di sciopero e non si nega dunque la titolarità del diritto, stabilendo che, dal momento in cui il combustibile nucleare è presente nell'impianto, «deve essere assicurata in ogni caso, ai fini della sicurezza nucleare e della protezione sanitaria, la permanenza del personale indispensabile che non può abbandonare il posto di lavoro senza preavviso e senza avvenuta sostituzione». Il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, con proprio decreto, d'intesa con i Ministri per il lavoro e della previdenza sociale e della sanità, sentita l'ANPA, stabilisce per ciascun impianto il numero e la qualifica degli addetti soggetti all'obbligo di cui al comma 1. In ottemperanza al decreto del Ministro il titolare dell'autorizzazione o del nulla osta, con ordine di servizio affisso nel luogo di lavoro, stabilisce i turni nominativi del personale indispensabile, ai fini della sicurezza nucleare e della protezione sanitaria, per le varie condizioni di funzionamento. 4. Copia dell'ordine di servizio e delle eventuali variazioni deve essere comunicata al prefetto, all'Ispettorato del lavoro competente per territorio, agli organi del servizio sanitario nazionale competenti per territorio ed all'ANPA.

⁶⁸ Su cui v. M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino, 2017, p. 16 ss.; I. SENATORI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e ordinamento europeo. La prospettiva dei diritti fondamentali*, Torino, 2018, p. 152 ss. che tuttavia, nell'ottica della salvaguardia dei profili individuale e collettivo, ritiene sostenibili procedure di preventiva approvazione della proclamazione di uno sciopero; nello stesso tempo considera che non possano escludersi dai soggetti collettivi legittimati anche quelli non sindacali sebbene ritenga possibile la selezione dei soggetti sulla base della loro effettiva capacità rappresentativa, sia nella contrattazione collettiva, sia nell'esercizio dello sciopero (v. p. 168): «forme siffatte di limitazione dell'esercizio del diritto de quo, proprio in quanto strumentali alla garanzia dell'effettività dell'autotutela e al controllo democratico dei rappresentati, possono agevolmente porsi in sintonia con il principio di proporzionalità declinato dall'art. 52 della Carta, e quindi risultare ammissibili, purché ovviamente si fondino su criteri oggettivi e ragionevoli di misurazione». In questo modo però la garanzia per il singolo potrebbe essere compromessa, qualora l'attore collettivo non raggiungesse i requisiti di rappresentatività.

⁶⁹ In generale sull'evoluzione delle regole sulla rappresentatività sindacale v. F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III dello statuto dei lavoratori al testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2/2014, p. 309; A. PIZZO FERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2015, p. 411 ss.; A. BELLAVISTA, *Jobs Act, politiche del lavoro e autonomia collettiva*, in F. SANTONI, M. RICCI, R. SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, Napoli, 2016, p. 27 ss.; P. PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di*

Si potrebbe al più immaginare di condizionare l'effettuazione dello sciopero legittimo, proclamato da un qualsiasi soggetto collettivo, ad una preventiva approvazione da parte della maggioranza dei lavoratori appartenenti alle categorie o all'ambito territoriale di riferimento. Sarebbe preferibile però continuare a percorrere il sentiero tracciato dalla l. n. 146/1990, irrobustito con la l. n. 83/2000, nonché le interpretazioni coerenti con l'impostazione rispettosa, e la tutela effettiva, dei diritti coinvolti e della loro ampia titolarità.

7 (segue). Apertura per l'obbligo di dichiarazione preventiva del lavoratore di adesione allo sciopero

Sotto quest'ultimo profilo, pare sintonica l'idea di obbligare i dipendenti, nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, a comunicare preventivamente la partecipazione allo sciopero⁷⁰. Ciò al fine di fornire una più precisa informazione utile tanto ai cittadini utenti, quanto alle aziende. Nell'attuale contesto le aziende, a fronte di scioperi con scarsissima adesione, si limitano a fornire solamente la soglia minima del servizio, stabilita nella disciplina di settore, laddove potrebbero adeguarla all'effettiva portata, quantitativa e qualitativa, dell'astensione, con beneficio degli utenti e disincentivo di scioperi di scarsa rilevanza. E' stato rilevato che la discussione in Commissione di garanzia ha visto la diffusa contrarietà delle maggiori confederazioni sindacali le quali, invece, appaiono più disponibili ad una verifica (anche legislativa) della rappresentatività sindacale, anche ai fini della titolarità a proclamare lo sciopero⁷¹. Non c'è da meravigliarsi. Si tratta di due strade diverse di tutela dell'utenza: la preventiva adesione sarebbe rispettosa di tutti i diritti in gioco; la seconda, quella della misura della rappresentatività, statuirebbe il monopolio sul conflitto delle associazioni più forti, tagliando il diritto delle minoranze, pur costituzionalmente fondato. La contrarietà alla soluzione della preventiva adesione risulta incomprensibile. Il dovere di comunicazione preventiva si differenzia dalla verifica della rappresentatività in quanto: a) non incide sulla titolarità del diritto di sciopero, ma piuttosto, sull'esercizio dello stesso da parte del lavoratore; b) potrebbe far elevare la soglia minima del servizio; c) non comporta il rischio dell'individuazione del lavoratore la cui partecipazione allo sciopero sarebbe comunque nota dopo l'effettuazione dello stesso e, in ogni caso, anche tramite l'autonomia collettiva si potrebbero prevedere sistemi che garantiscano la riservatezza; non vanno poi trascurate le tutele individuali e collettive contro le discriminazioni per la partecipazione allo sciopero

rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81/2015, in *Diritti Lavori Mercati*, 2016, p. 275 ss.; U. GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Padova, 2017; U. ROMAGNOLI, *Sindacato e costituzione: la lunga attesa della quaterna*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2/2017, p. 649 ss. Sull'ancoraggio della titolarità dello sciopero alla rappresentatività sindacale v. il volume AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., nel quale sono presenti tesi opposte autorevolmente sostenute.

⁷⁰ In Senato è stato proposto di recente, con emendamento, non approvato, alla legge di stabilità del 2018, un obbligo siffatto. L'idea proviene anche dalla Commissione di garanzia per sollecitare le parti sociali ad inserire clausole siffatte negli accordi sulle prestazioni indispensabili: v. ancora G. SANTORO-PASSARELLI, *Relazione*, cit., p. 11. In senso adesivo v. di recente P. TOSI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 63 ss.

⁷¹ Cfr. G. Pino, A proposito della dichiarazione preventiva di adesione allo sciopero, in *Il diario del lavoro*, 16 novembre 2017 di cui si condividono anche le perplessità sulle ragioni ostative della soluzione in parola; sul tema anche O. Razzolini, *Appunti sull'obbligo di comunicazione preventiva di partecipazione allo sciopero*, in *I quaderni della Commissione*, n. 1, 2018, p. 45 ss.

previste dal nostro ordinamento (artt. 15 e 28 legge 20 maggio 1970, n. 3000, Stat. lav.; art. 4 legge 15 luglio 1966 n. 604 e art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108; decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216)⁷²; d) non lede il diritto di autodeterminazione, pieno e incondizionato, del lavoratore poiché tali caratteri non sono assoluti e non può trascurarsi la necessità del *bilanciamento* tra esercizio del diritto di sciopero e diritti costituzionali degli utenti dei servizi pubblici essenziali.

8. Uno sguardo ai profili sanzionatori ...

Con la riforma della legge originaria e le interpretazioni susseguenti si è visto il baricentro regolamentare spostarsi verso la valorizzazione delle funzioni e delle regolamentazioni pubblicistiche, con l'acquisizione, in posizione sussidiaria, delle regolazioni privatistiche (collettive e individuali, contrattuali e unilaterali). Seguendo il filo rosso del funzionamento dei meccanismi ideati per tutelare in modo effettivo i diritti fondamentali, costituzionali ed europei, implicati nella vicenda dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, l'attenzione va dedicata anche all'apparato sanzionatorio e alle azioni in giudizio, dove il salto di qualità è percepibile ed è promosso anche da sistemazioni coerenti dei dati formali normativi.

Alla Commissione di garanzia è stato attribuito il potere di valutare il comportamento dei protagonisti dello sciopero nei servizi pubblici essenziali e di irrogare sanzioni (art. 13, comma 1, lett. i)⁷³. L'Autorità indipendente - nel rispetto della procedura prevista dall'art. 4, comma 4-

⁷² Sulla tutela antidiscriminatoria la bibliografia è vasta: cfr. per tutti A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi e tutele*, Milano, 2010; S. GIUBBONI - S. BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in M. MARAZZA-M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, Padova, 2011, p. 1820 ss.; O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017.

⁷³ Ciò anche per adeguarsi alla sent. 24 febbraio 1995, n. 57 della Corte costituzionale che aveva dichiarato illegittimo l'art. 4, comma 2, l. n. 146/1990 (e in via consequenziale del successivo art. 13, lett. c), in quanto in contrasto con il principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost. per il fatto che l'intervento della Commissione fosse previsto solo per l'esclusione dalle trattative e non anche per la sospensione dei permessi e dei contributi sindacali. Nel ragionamento della Corte appaiono interessanti le seguenti motivazioni: a) le norme afflittive concernenti il lavoratore trovano il loro specifico presupposto nell'esistenza del rapporto di lavoro e si correlano dunque all'esercizio del potere disciplinare attribuito dall'art. 2106 cod. civ. al datore di lavoro, con la conseguente applicabilità delle garanzie procedurali di cui all'art. 7 della l. n. 300 del 1970; b) la circostanza che l'apparato sanzionatorio riguardante i sindacati risulti, per la posizione dei soggetti destinatari, svincolato da uguale presupposto, determina una relazione di eterogeneità tra le due situazioni: ciò - se rende improponibile il confronto fra misure repressive utilizzabili nei confronti del sindacato e sanzioni disciplinari applicabili al lavoratore, venendo, per le prime, in rilievo un'esigenza di salvaguardia della libertà sindacale, garantita dall'art. 39 della Costituzione per fini di interesse generale che trascendono il singolo rapporto di lavoro nel cui ambito si colloca una specifica regolamentazione del potere disciplinare - per converso svela l'irragionevolezza di una diversità di disciplina concernente le due sanzioni previste dai commi 2 e 3 dell'art. 4, che viceversa sono omogenee e possono anche cumularsi tra loro. Cosicché la violazione dell'art. 3 della Costituzione, se va certamente esclusa ove si prenda come *tertium comparationis* il citato art. 7 della l. n. 300 del 1970, appare invece evidente sotto il profilo dell'irragionevolezza interna alla disciplina dell'articolo impugnato. Non si rinvergono giustificazioni per escludere l'intervento anche nel caso in esame, concernente le misure patrimoniali. «Queste hanno conseguenze afflittive non necessariamente meno gravi per il sindacato, stante la loro idoneità a penalizzarne la funzione nonché la riconoscibilità come interlocutore nel quadro delle relazioni industriali; e quindi non possono ragionevolmente prescindere da quel presupposto procedimentale, che, rispetto alla garanzia di libertà sindacale posta dal già richiamato art. 39 della Costituzione, si configura come un requisito minimo indispensabile per l'insorgenza del potere sanzionatorio, ricollegando questo ad una imparziale valutazione delle circostanze rilevanti ed in tal guisa

quater -, di propria iniziativa o su richiesta delle associazioni rappresentative degli utenti, delle parti interessate, delle autorità nazionali o locali che vi abbiano interesse, è tenuta ad aprire il procedimento di valutazione del comportamento dei soggetti protagonisti dello sciopero, *vale a dire* delle organizzazioni sindacali che proclamano lo sciopero o vi aderiscono; delle amministrazioni e le imprese interessate; delle associazioni o degli organismi di rappresentanza dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori. Se valuta negativamente il comportamento «e se rileva» - come stabilisce l'art. 13, lett. i) - «eventuali inadempienze o violazioni degli obblighi che derivano dalla presente legge, degli accordi o contratti collettivi sulle prestazioni indispensabili, delle procedure di raffreddamento e conciliazione e delle altre misure di contemperamento, o dei codici di autoregolamentazione», tenuto conto anche delle cause dell'insorgenza del conflitto, delibera le sanzioni previste dalla legge (dall'art. 4), indicando anche il termine entro il quale la delibera della Commissione deve essere eseguita, con l'avvertenza che dell'avvenuta esecuzione deve essere data comunicazione alla Commissione di garanzia nei trenta giorni successivi. L'art. 13, comma 1, lett. 1, stabilisce inoltre che la Commissione, «per quanto disposto dal comma 1 dell'art. 4, prescrive al datore di lavoro di applicare le sanzioni disciplinari» nei confronti dei lavoratori.

La Commissione cura poi la notifica della delibera alle parti interessate e, ove necessario, la trasmette alla direzione territoriale del lavoro- servizio ispezione del lavoro. I dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche ed i legali rappresentanti degli enti e delle imprese che, nel termine indicato dalla Commissione di garanzia non applichino le sanzioni fissate dall'art. 4 della legge (ovvero che non forniscano nei 30 giorni successivi alla Commissione di garanzia le informazioni di cui all'art. 2, comma 6, della l. 146⁷⁴), sono soggetti ad una sanzione amministrativa pecuniaria (da 400 a 1.000 euro) per ogni giorno di ritardo ingiustificato. La sanzione amministrativa è deliberata dalla Commissione di garanzia, tenuto conto della gravità della violazione e dell'eventuale recidiva, e applicata con ordinanza - ingiunzione dalla direzione territoriale del lavoro (servizio ispezione del lavoro competente per territorio).

Le deliberazioni della Commissione di garanzia in materia di sanzioni sono impugnabili con ricorso dinanzi al giudice del lavoro (art. 20-*bis*).

Destinatari diretti pertanto del potere sanzionatorio della Commissione di garanzia sono, per un verso, le organizzazioni che proclamano lo sciopero o vi aderiscono; per l'altro verso, i dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche e i rappresentanti legali degli enti e delle imprese, con sanzioni amministrative variegate. Nell'ambito del lavoro autonomo, dei professionisti e dei piccoli imprenditori, il potere sanzionatorio si dirige anche nei confronti dei singoli "lavoratori", stabilendosi in via solidale la responsabilità delle organizzazioni rappresentative. Per quanto riguarda i lavoratori subordinati, la valutazione negativa della Commissione, come anche la deliberazione con cui la Commissione dichiara illegittimo uno sciopero, e la prescrizione ai datori di lavoro di esercitare il potere disciplinare si ripercuotono sugli stessi.

sottraendolo, nel momento genetico, alla unilaterale determinazione di un soggetto, quale il datore di lavoro, portatore di interessi potenzialmente contrapposti».

⁷⁴ V. il decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 149.

Conviene approfondire l'analisi della disciplina per verificare coerenza ed effettività del sistema sanzionatorio e se siano presenti aspetti che necessitino di interventi legislativi o se, in via interpretativa, sia possibile superarne talune disorganicità evidenti.

Le organizzazioni dei lavoratori che proclamano uno sciopero o vi aderiscono violando le disposizioni su preavviso, comunicazione scritta, prestazioni minime ed esperimento delle procedure di raffreddamento e conciliazione, incorrono nei seguenti tipi di sanzione (art. 4, comma 2): a) sospensione dei permessi sindacali retribuiti ovvero dei contributi sindacali comunque trattenuti sulla retribuzione, applicabili anche congiuntamente, per la durata complessiva dell'astensione e comunque per un ammontare complessivo compreso tra 2.500 e 50.000 euro, tenuto conto della consistenza associativa, della gravità della violazione e dell'eventuale recidiva, nonché della gravità degli effetti dello sciopero sul servizio pubblico (i contributi sindacali trattenuti sono devoluti all'INPS); il massimo della sanzione è raddoppiato qualora la violazione sia stata preceduta da una delibera di invito, emanata dalla Commissione ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. c), d), e), h) (art. 4, comma 4-ter)⁷⁵; b) esclusione dalle trattative alle quali partecipino per due mesi dalla cessazione del comportamento.

Le associazioni e gli organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori sono soggetti, in caso di violazione dei codici di autoregolamentazione o della regolamentazione provvisoria della Commissione e in ogni altro caso di violazione dell'art. 2, comma 3, alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 25.00 a euro 50.000 tenuto conto della gravità della violazione, dell'eventuale recidiva, dell'incidenza di essa sull'insorgenza o l'aggravamento di conflitti e sul pregiudizio eventualmente arrecato agli utenti⁷⁶. La responsabilità di tali organizzazioni è condivisa (solidale) con i singoli lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, che aderendo alla protesta si siano astenuti dalle prestazioni (art. 4, comma 4). Se l'astensione segue una delibera di invito della Commissione di garanzia, la sanzione può essere raddoppiata nel massimo (art. 4, comma 4-ter).

La sanzione nei confronti delle organizzazioni viene applicata con ordinanza-ingiunzione della direzione territoriale del lavoro (sezione ispezione del lavoro⁷⁷).

Qualora le sanzioni previste dai commi 2 e 4 non siano irrogabili, in quanto le organizzazioni non godono dei diritti sindacali e/o non partecipano alle trattative, la Commissione può

⁷⁵ Abbastanza garantista sulla responsabilità delle organizzazioni sindacali Tribunale di Roma 2 maggio 2017, n. 3977, che richiede riscontri specifici individualizzanti a carico delle organizzazioni sindacali e ritiene costituire una grave carenza dimostrativa la mancata indicazione nella delibera della Commissione di elementi indiziari, come le dichiarazioni rilasciate dai rappresentanti delle organizzazioni sindacali ovvero il mancato accertamento dell'effettiva adesione allo sciopero di chi avrebbe dovuto essere in servizio.

⁷⁶ Anche in questo caso la Corte costituzionale, con sent. 27 maggio 1996, n. 171, aveva preceduto il legislatore dichiarando illegittimo l'art. 2, comma 1 e 5, della l. n. 146/1990, nella parte in cui non prevedeva per l'astensione collettiva dall'attività giudiziaria degli avvocati una disciplina minima di salvaguardia delle prestazioni indispensabili: preavviso, ragionevole limite temporale, strumenti idonei ad individuare e assicurare le prestazioni indispensabili, procedure e misure conseguenti in caso di inosservanza.

⁷⁷ Sulla funzione meramente applicativa della sanzione da parte dell'organo amministrativo v. Corte di Cassazione n. 24207 del 30 novembre 2010, secondo cui è solo la Commissione che ha il dovere di motivare la sua valutazione, nonché la scelta e la quantificazione delle sanzioni. Al contrario, la Direzione del lavoro, che applica la sanzione, non solo non deve, ma non può ritornare su tali ragioni, riconsiderandole, o comunque motivandole nuovamente ed autonomamente, perché ha una funzione meramente "applicativa" della sanzione. Richiamato il provvedimento della Commissione di garanzia, che, come nel caso in esame, contiene anche la quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria, la Direzione deve limitarsi ad applicarla.

irrogare una sanzione amministrativa sostitutiva a carico di coloro che rispondono legalmente per l'organizzazione sindacale responsabile (art. 4, comma 4-bis) e la sanzione - sempre applicata dalla direzione territoriale del lavoro - è calcolata nel medesimo ammontare previsto per permessi e contributi sindacali, compreso il raddoppio del massimo quando la violazione sia stata preceduta dalla delibera di invito da parte della Commissione, e tenuto conto della consistenza associativa, della gravità della violazione e dell'eventuale recidiva nonché degli effetti dello sciopero sul servizio pubblico.

Lo stesso tipo di sanzione prevista i lavoratori autonomi e i professionisti si prefigura per i dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche e i legali rappresentanti delle imprese e degli enti che erogano i servizi pubblici essenziali, che non osservino le disposizioni previste dal comma 2 dell'art. 2 o gli obblighi derivanti dagli accordi o contratti collettivi sulle prestazioni indispensabili (art. 2, comma 2) o dalla regolazione provvisoria della Commissione di garanzia o che non correttamente l'informazione agli utenti (art. 2, comma 6).

L'art. 4, comma 1, stabilisce poi che i lavoratori che si astengono dal lavoro in violazione degli obblighi legali (comma 1 e 3 dell'art. 2) o che, richiesti dell'effettuazione delle prestazioni minime (*ex* comma 2 dell'art. 2), non prestino la «propria consueta attività», sono soggetti a «sanzioni disciplinari» proporzionate alla gravità dell'infrazione, con esclusione di quelle estintive del rapporto di lavoro o che ne comportino mutamenti definitivi. In caso di sanzioni disciplinari di carattere pecuniario, il relativo importo è versato dal datore di lavoro all'INPS. Il quadro sanzionatorio fa emergere dunque il ruolo ancora centrale della Commissione di garanzia e un'attenzione articolata e dettagliata con riguardo agli autori della violazione e al tipo di violazione. Ciò è dovuto sicuramente al fatto di avere abbandonato il diritto penale. Infatti sono stati abrogati (*ex* art. 11 l. n. 146/1990) gli artt. 330 e 333 del cod. pen. che consentivano di punire, il primo, l'abbandono collettivo di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavoro, e il secondo l'abbandono individuale di un pubblico ufficio, servizio o lavoro. E si ritiene non sostenibile che la depenalizzazione di tali fattispecie criminose conduca ad estendere l'ambito applicativo dell'art. 340 cod. pen., che punisce l'interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità⁷⁸: tale norma è sempre stata connotata da un carattere residuale, in forza della clausola di sussidiarietà espressa ed inoltre, con riferimento agli scioperi effettuati in violazione delle norme della l. 146/1990, per queste ipotesi si prevede un apparato sanzionatorio *ad hoc* sotto il profilo disciplinare, civile e amministrativo, che esclude la possibilità di un'applicazione della sanzione penale⁷⁹. Del resto l'abbandono del diritto penale si inserisce nel movimento che ha portato alla regressione delle

⁷⁸ In effetti la giurisprudenza degli ultimi venti anni non interviene mai in fattispecie del genere: v. tra tante (*ex* Banca dati Leggi d'Italia) Corte di Cassazione pen., sez. II, 24 novembre 2016, n. 52007 secondo cui il «reato di interruzione di pubblico servizio è integrato da qualsiasi comportamento che provochi l'interruzione o turbi il regolare svolgimento di un servizio pubblico, né rileva che l'interruzione sia definitiva o il turbamento totale, essendo sufficiente, a tal fine, anche un'interruzione momentanea, purché di durata non irrilevante, o un turbamento relativo, purché non insignificante»; Corte di Cassazione pen., sez. VI, 21 novembre 2012, n. 46755, secondo cui «integra il reato di interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità (art. 331 cod. pen.) l'ingiustificato inadempimento delle prestazioni proprie del servizio farmaceutico da parte del titolare di una farmacia in turno di reperibilità».

⁷⁹ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*. Artt. 336-360 cod. pen., Milano, 2015, p. 63 ss.; C. CASSANI, *Interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità*, Treccani - Diritto on line.

sanzioni penalistiche nell'ambito dei rapporti di lavoro, consentendo poi nello specifico dello sciopero di perseguire più facilmente le violazioni commesse da organizzazioni collettive⁸⁰.

Affiorano però - come già detto - lacune, disordini e incoerenze.

Una prima criticità riguarda l'applicazione della sanzione nei casi di sciopero spontaneo illegittimo, allorché non sia individuabile il soggetto collettivo promotore dell'iniziativa oppure questi non sia apparentemente promotore dello sciopero. E' evidente che il sistema non rimane sguarnito in quanto sussiste in ogni caso la possibilità di sanzionare quanti hanno attuato scioperi illegittimi⁸¹: potrebbe essere facile nel lavoro subordinato in quanto c'è l'esercizio del potere (dovere) disciplinare in capo al datore di lavoro, come più avanti si vedrà; più complicata è la situazione nel caso del lavoro autonomo, in quanto il potere sanzionatorio è rimesso alla Commissione di garanzia che dovrebbe sanzionare i trasgressori, numerosi e difficilmente individuabili. E' da rilevare che, per sanzionare le organizzazioni sindacali nella responsabilità di scioperi illegittimi nei casi di complicata individuazione dei lavoratori trasgressori, si è ritenuto sussistere in capo alle stesse anche un dovere tanto di dissociazione formale ed esplicita dalle astensioni in palese violazione delle regole, quanto di influenza nei confronti dei lavoratori a desistere da illegittime astensioni spontanee, vale a dire di un obbligo giuridico di agire, impedendo fatti illeciti così configurati dalla l. n. 146 del 1990, con conseguente criterio di riparto dell'onere probatorio. Sull'obbligato incomberebbe dunque l'onere di offrire la prova positiva dell'adempimento, ossia dell'intervenuto controllo ovvero di aver fatto il possibile (ad esempio adeguata propaganda o persuasione per forme legittime di autotutela, esercizio di eventuali poteri statutari verso gli iscritti etc.) per evitare forme "selvagge" di protesta⁸².

Il percorso è però accidentato in quanto si entra tanto nel campo della valutazione della responsabilità solidale negativa e del nesso di causalità sussistente tra fatto e danno quanto

⁸⁰ E' noto che nel nostro ordinamento è escluso che i soggetti collettivi rientrino nel novero dei soggetti attivi di reato, in quanto la responsabilità penale è personale (art. 27, comma 1, Cost.). E' acquisizione recente la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato (v. il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 nel cui ambito si ritrova la tutela per la violazione delle norme antinfortunistiche e della salute dei lavoratori). Cfr. al riguardo T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, p. 93 ss.; M. ARENA - S. CRUI, *I reati sul lavoro*, Milano, 2012, p. 183 ss.

⁸¹ V. in tal senso (ma *ça va sans dire*) la delibera della Commissione n. 14/308 del 21 luglio 2014 sull'astensione spontanea di tassisti milanesi per protestare contro la società Uber.

⁸² Cfr. Corte di Appello Roma 29 maggio 2012, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, II, p. 443, con nota di A. ROTA, *Dovere d'influenza sulle astensioni collettive dal lavoro: una «maliziosa» strategia smascherata o una rigorosa decisione?*, p. 456 ss.; sul problema v. criticamente V. MAIO, *La "posizione di garanzia" delle associazioni di categoria nelle ipotesi di astensione dal servizio dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1/2013, p. 173 ss. e, in generale, P. PASCUCI, *Le sanzioni della l. n. 146/1990 e le astensioni collettive delle coalizioni spontanee*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, p. 711 ss. Sulla questione, oltre la delibera n. 6/497 della Commissione di Garanzia che ha originato la controversia, v. ancora la delibera 14/308 del 21 luglio 2014, già citata, nei confronti delle Associazioni di Categoria di tassisti e di quattro conducenti, nella quale la Commissione, pur procedendo ad una valutazione *non negativa del comportamento* nei confronti delle Organizzazioni e Società di servizi, ha ritenuto opportuno che le Associazioni di categoria debbano attestare, in modo evidente, la loro estraneità dinanzi alle Autorità prefettizie ed amministrative, senza proporsi nel ruolo di presunti mediatori, con riferimento a proteste che si svolgono in totale dispregio delle regole legali.

nel rapporto tra responsabilità solidale civilistica e quella prevista in materia di sanzioni amministrative⁸³.

La tecnica sanzionatoria scelta è quella giusta, ma, riconosciuta la difficoltà della Commissione di garanzia di individuare e sanzionare, individualmente, i lavoratori autonomi protagonisti dell'astensione illegittima, probabilmente occorrerebbe seguire lo stesso percorso della sanzione per i lavoratori subordinati. Valutato negativamente lo sciopero da parte della Commissione di garanzia, il potere di irrogazione della sanzione amministrativa dovrebbe essere decentrato, affidandolo alle autorità amministrative competenti per territorio che individuano più facilmente i soggetti responsabili, obbligando eventualmente, quando possibile, le associazioni dei lavoratori autonomi (ad es. le cooperative dei tassisti) a rendere accessibili i dati sulle astensioni dei soci e a identificare i trasgressori delle regole.

Per questo aspetto dunque la disciplina dovrebbe essere rivista e nella revisione occorrerebbe inasprire le sanzioni amministrative previste per accrescere la dissuasione.

Per quanto concerne i lavoratori subordinati, se è stato indiscusso il fatto che toccasse all'amministrazione o all'impresa erogatrice del servizio applicare le sanzioni disciplinari, non altrettanta chiarezza si è riscontrato sul problema della natura del potere sanzionatorio esercitato nei confronti del lavoratore, se si tratti dell'esercizio del potere disciplinare finalizzato alla gestione del rapporto di lavoro oppure se le sanzioni ai lavoratori siano applicabili nell'espletamento di un dovere funzionalizzato alla salvaguardia degli interessi degli utenti. Secondo alcuni, poiché il datore di lavoro è tenuto ad irrogare la sanzione disciplinare, non si è in presenza dell'esercizio di un vero e proprio potere disciplinare in quanto il datore di lavoro reagisce a prescindere dal comportamento lesivo del proprio interesse come creditore della prestazione lavorativa, ma si riconosce che la qualificazione disciplinare da parte della legge va riferita al procedimento che il datore di lavoro deve rispettare nella sua applicazione (art. 7 Stat. lav.)⁸⁴. «L'opzione per l'una o per l'altra alternativa incide evidentemente in maniera decisiva sull'obbligatorietà o meno dell'apertura del procedimento, nonché sulla sua doverosa prosecuzione fino all'effettiva irrogazione della sanzione: ove il datore sia stato chiamato ad agire in forza di un potere l'esercizio del medesimo sarà lasciato alla sua libera iniziativa; diversamente avverrà, invece, ove il

⁸³ Sul carattere complicato degli istituti, v.: M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012, spec. p. 189 ss.; P. CENDON (a cura di), *Illecito-Danni Risarcimento*, in *Trattario di diritto civile*, Milano, 2013, p. 91 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015; G. ANNUNZIATA, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, Milano, 2016; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 382 ss. e 865 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Torino, 2018. La difficoltà è rilevabile anche nelle oscillazioni giurisprudenziali: nel caso citato nella nota precedente, la Corte di Appello ha ribaltato la sentenza del giudice di primo grado; per Tribunale di Roma 28 novembre 2016, n. 8153 la sanzione irrogata ad un'organizzazione sindacale dalla Commissione di Garanzia è illegittima se quest'ultima non offre la prova in giudizio di un comportamento finalizzato a promuovere e coordinare le singole condotte dei lavoratori, non essendo sufficiente la prova della conflittualità in corso. Sul rapporto tra Commissione e giudici v. P. FERRARI, *La Commissione di garanzia*, in *Conflitto, concertazione e partecipazione* a cura di F. LUNARDON, op. cit., p. 463 ss.; M. CERBONE, *La legge n. 146/1990 nel prisma dell'effettività*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2012, p. 320 ss.

⁸⁴ V. L. GAETA, op. cit., pp. 174-175.

medesimo sia stato chiamato ad agire in base ad un dovere pubblico, giacché, a quel punto, l'avvio e la conduzione del procedimento disciplinare costituiranno un obbligo»⁸⁵.

Tuttavia proprio di recente la Corte di Cassazione⁸⁶ ha affermato il permanere della potestà disciplinare in capo al datore di lavoro (un potere-dovere), confermata dal fatto dell'esclusione, da parte del legislatore, della sanzione estintiva o di quella che comporta mutamenti definitivi del rapporto di lavoro, spiegabile solo in quanto tali sanzioni sono adottabili esclusivamente dal datore di lavoro. Del resto per la Cassazione l'art. 4, comma 4-*quater*, o l'art. 13, comma 1, lett. c) (relativo all'invito al differimento dello sciopero) individuano come interlocutore della Commissione di garanzia non il singolo lavoratore bensì le organizzazioni sindacali che promuovono lo sciopero o vi aderiscono. La tematica è stata oggetto di un consistente dibattito⁸⁷ ma il problema è risolvibile in via interpretativa come dimostra l'argomentazione della Cassazione. I dati normativi che fanno riferimento al carattere disciplinare delle sanzioni, al fatto che si applichino le normative sull'esercizio del potere disciplinare (proporzionalità e principi, sostanziali e procedurali, fissati dall'art. 7 Stat. lav.) inducono a ritenere che permanga il potere disciplinare. Sembra molto più coerente, più opportuna e pragmatica la soluzione secondo la quale la Commissione valuta negativamente i comportamenti dei soggetti collettivi e delle amministrazioni o delle imprese, prescrivendo poi al datore di lavoro l'apertura del procedimento disciplinare nei confronti dei lavoratori che abbiano realizzato comportamenti illegittimi. Il datore di lavoro rimane libero in concreto e nel rispetto dell'art. 7 Stat. lav. di sanzionare o no i lavoratori che pongono in essere inadempimenti dell'obbligo di lavorare, non immunizzati dall'art. 40 Cost.⁸⁸.

Gli interessi generali implicati nella vicenda si riflettono sull'obbligo datoriale di attivare il procedimento disciplinare a carico dei lavoratori non adempienti con la conseguenza che se ciò non avvenisse il datore di lavoro incorrerebbe in responsabilità amministrativa ai sensi dell'art. 4, comma 4-*sexies*, l. n. 146/1990 e in responsabilità aquiliana nei confronti degli utenti *ex art.* 2043 cod. civ.⁸⁹.

Si può anche aggiungere che il problema dell'apertura obbligatoria del procedimento disciplinare potrebbe non avvertirsi come aspetto innovativo nell'ambito dei servizi pubblici erogati da amministrazioni pubbliche: qui come noto l'azione disciplinare è oramai obbligatoria (v. art. 55 d.lgs. n. 165/2001; art. 100 ss. decreto Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3) e il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, comportano per i dirigenti l'applicazione di sanzioni disciplinari (art. 55-*sexies* d.lgs. n. 165/2001).

9. (segue) ... e alle azioni a tutela degli utenti

Il capitolo della responsabilità relativo allo svolgimento di un servizio pubblico e delle azioni a tutela degli utenti si è via via ampliato, in sintonia, per quanto riguarda le amministrazioni

⁸⁵ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, p. 416.

⁸⁶ Sent. n. 17288 del 28 agosto 2015.

⁸⁷ Sintetizzato egregiamente da L. RATTI, *Discrezionalità dell'azione disciplinare e limiti esterni all'esercizio del potere*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 2012, p. 207 ss.

⁸⁸ V. P. PASCUCI, *Tecniche regolative*, cit. In questo senso anche Tribunale di Torino 16 gennaio 2007, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2007, p. 1211.

⁸⁹ Cfr. L. RATTI, *op. cit.*, p. 223.

pubbliche, con il superamento delle pregresse limitazioni, fondate sulla natura del potere esercitato, sull'attività svolta o sull'interesse tutelato⁹⁰.

Innanzitutto, vanno ricordate le norme in materia di Carte dei servizi ai sensi delle quali qualunque soggetto, erogatore di pubblici servizi, sia pubblico sia privato, deve adottare una Carta dei servizi che contiene i principi generali di organizzazione e gli standard quantitativi e qualitativi che il gestore s'impegna a rispettare, rispondendone, in caso di violazione, nei termini e con le modalità previste dalla stessa Carta. Nella responsabilità da pubblico servizio si intrecciano pertanto regole pubblicistiche (l'obbligo di adottare la Carta e i contenuti essenziali e minimi che sono determinati normativamente) e privatistiche, sanzioni amministrative e risarcimenti⁹¹. Nel nostro caso sono importanti gli *standard* dei servizi ai quali poi rapportare le richieste di ripristino della qualità del servizio e/o di risarcimento del danno per mancata erogazione dipendente da scioperi illegittimi, comprese le violazioni degli obblighi in materia da parte dei dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche e dai legali rappresentanti delle imprese e degli enti che erogano servizi pubblici essenziali.

In secondo luogo l'art. 7-bis della l. n. 146 (inserito dall'art. 6 della l. n. 83 del 2000) offre un'ulteriore, importante tutela, ampliando lo spazio di intervento alle associazioni degli utenti riconosciute ai fini della l. n. 281 del 1998, ora abrogata e sostituita dal codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005). E' riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio ai sensi dell'articolo 3 della citata legge (ora art. 140 del codice del consumo), *anche* al solo fine di ottenere la pubblicazione, a spese del responsabile, della sentenza che accerta la violazione dei diritti degli utenti, limitatamente ai casi seguenti: a) nei confronti delle organizzazioni sindacali responsabili, quando lo sciopero sia stato revocato dopo la comunicazione all'utenza e costituisca forma sleale di azione sindacale, e quando venga effettuato nonostante la delibera di invito della Commissione di garanzia di differirlo (*ex art. 13, comma 1, lett. c), d), e) ed h)*, e da ciò consegua un pregiudizio al diritto degli utenti di usufruire con certezza dei servizi pubblici; b) nei confronti delle amministrazioni, degli enti o delle imprese che erogano i servizi pubblici essenziali (come definiti dall'art. 1 della l. n. 146), qualora non vengano fornite adeguate informazioni agli utenti ai sensi dell'art. 2, comma 6, e da ciò consegua un pregiudizio al diritto degli utenti di usufruire dei servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza (qui ritorna utile lo standard contenuto nelle Carte dei servizi).

Tuttavia, le predette associazioni possano agire in giudizio *anche* per le altre finalità considerate dall'art. 140: (lett. a): inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; lett. b): adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate).

La tutela diventa potenzialmente incisiva in quanto il giudice amministrativo - al quale è attribuita la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici (*ex* comma 11 dell'art. 140 che richiama l'art. 133, comma 1, lett. c) del codice del processo amministrativo) - con il

⁹⁰ Sul tema v. L. TORCHIA - E. MORLINO, *La responsabilità*, in CASSESE (a cura di), *op. cit.*, p. 599 ss.; M. TIBERII, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, Napoli, 2013, che sottolinea, nell'ambito della responsabilità della pubblica amministrazione, la rilevanza della questione della risarcibilità degli interessi legittimi, per la quale si assiste ad una storica svolta con la sent. n. 500/1999 della Cassazione a sezioni unite; A. POLICE, *Il principio di responsabilità nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni*, in G. PALMA (a cura di), *Lezioni*, Napoli, 2011, p. 487 ss.

⁹¹ Sul punto v. ancora L. TORCHIA - E. MORLINO, *La responsabilità*, in CASSESE (a cura di), *op. cit.*, p. 599 ss., spec. p. 627.

provvedimento che definisce il giudizio fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto. Viene conservato infine il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni.

Infine, si potrebbe utilizzare l'azione di classe, introdotta nell'ordinamento dall'art. 140-bis codice del consumo e regolata, nel campo dei servizi pubblici, dal decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198. Secondo le previsioni di quest'ultima normativa, per ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, si consente ai «titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori» di agire in giudizio, con le modalità stabilite dal decreto n. 198, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, «se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal d.lgs. n. 150» (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 198). Di rilievo sono i seguenti aspetti: a) legittimazione ad agire anche di associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1; b) i soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente (che può essere anche un individuo) possono intervenire nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso; c) legittimazione passiva degli enti i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le omissioni di cui al comma 1; d) il ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti di cui all'art. 1, comma 1, ma restano fermi i rimedi ordinari; e) devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; f) il giudice che accoglie la domanda ordina alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Non si può nascondere che anche su quest'ultimo terreno si presentano irrazionalità, scoordinamenti, difficoltà applicative; ma i sentieri sono stati tracciati e le tutele sono utilizzate, costituendo un'importante esperienza per raffinzioni maggiori⁹².

⁹² Sulla questione cfr. F. PORCARI, *Primi fragili spiragli per l'azione di classe contro gli enti pubblici territoriali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 3/2014, p. 971 ss. e soprattutto L. FELLETTI, *I primi cinque anni della class action amministrativa*, *ibidem*, n. 1/2015, p. 53 ss. alla quale si rinvia per l'ampio esame di giurisprudenza e dottrina.

10. Bilancio conclusivo tra interpretazioni sistematiche e proposte minime *de iure condendo*.

Nonostante le apparenze, lo stato della legislazione sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali può reputarsi in linea di massima adatto alle necessità. Com'è nell'ordine naturale del diritto, la valutazione positiva si fonda anche sugli adeguamenti interpretativi che superano le aporie della regolamentazione formale e valorizzano tanto l'essenza del bilanciamento tra i diritti fondamentali in gioco, siano o no indicati dalla l. n. 146, quanto il dinamismo e la natura pubblicistica delle "fonti", dei soggetti legittimati ad emanarle e dei relativi procedimenti, in cui sono coinvolte anche le autonomie negoziali dei soggetti privati. Della l. n. 146/1990, come modificata dalla l. n. 83/2000, vanno fortemente sottolineati la funzione centrale che svolge la Commissione di garanzia e i poteri che le sono attribuiti - si pensi al potere di provvisoria determinazione delle regole e a quello sanzionatorio nei confronti dei soggetti collettivi che violino le regole - laddove il peso delle parti sociali nell'individuazione della normazione di salvaguardia delle prestazioni indispensabili è ridimensionato.

Il sistema legislativo è idoneo anche ad affrontare gli scioperi dei dipendenti pubblici "non privatizzati", come i docenti universitari, privi di regolazioni collettive in materia, ricorrendo ad una sostenibile interpretazione dei dati normativi.

Le uniche rilevanti sfasature del sistema attengono al rafforzamento dei diritti degli utenti in un contesto in cui per un verso il diritto di sciopero è ancorato alla titolarità individuale, condizionata da un esercizio collettivo non limitato da restrizioni di rappresentatività e per un secondo verso è ampiamente emergente la frammentazione dell'agire collettivo o sindacale. Al fine pertanto di evitare da un lato la penalizzazione dei diritti fondamentali dei fruitori dei servizi pubblici essenziali e dall'altro interventi restrittivi sul diritto di sciopero (specie nell'esercizio collettivo dello stesso), che potrebbero collidere con le garanzie costituzionali ed europee in materia di azione collettiva, si potrebbero immaginare integrazioni limitate della disciplina legislativa. In particolare si potrebbe imporre innanzitutto la manifestazione preventiva dell'adesione allo sciopero da parte dei lavoratori impiegati nel servizio pubblico, proprio per rafforzare il diritto degli utenti. Ciò non comporta alcuna lesione dei diritti costituzionali implicati, né che si temano ritorsioni nei confronti dei lavoratori, compresi quelli precari, lavoratori che in ogni caso sarebbero individuabili nel momento di attuazione dello sciopero e che dispongono di tecniche normative di tutela antidiscriminatoria ampie ed incisive.

In secondo luogo, si potrebbe rafforzare il sistema sanzionatorio - specie nei confronti dell'astensione collettiva dei lavoratori autonomi che potrebbe sfuggire alla rete di protezione troppo accentrata stesa dalla legislazione - inasprendo le sanzioni e decentrando presso autorità amministrative territoriali il potere di infliggere le stesse.

Si tratta di misure che accrescerebbero sicuramente l'effettività delle regole e dei diritti costituzionali degli utenti dei servizi pubblici essenziali, disinnescando la mina vagante della rappresentatività dei soggetti collettivi titolari del diritto di promuovere o di attuare di fatto lo sciopero⁹³.

⁹³ Per indicazioni similari v. F. CARINCI, *Ancora una parola*, cit., pp. 14-15; P. Tosi, *op. cit.*; A. BELLAVISTA, *Sciopero e rappresentatività sindacale: un infelice connubio*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 75 ss. (fortemente contrario però all'obbligo di comunicazione preventiva); F. SANTONI, *Il conflitto nei servizi*, cit. Per una

posizione più interventista, nell'ottica del settore dei trasporti, cfr. P. PASCUCCI, *Sciopero nei trasporti e rappresentatività sindacale: contemperamento e limiti di accesso al conflitto*, nel volume collettaneo prima citato, p. 103 ss.