

Giuseppe Santoro-Passarelli

*Rappresentatività e legittimazione al conflitto
nei servizi pubblici essenziali*

SOMMARIO: 1. Dialogo con Guido – 2. Due constatazioni: Inesistenza nelle leggi sullo sciopero nei s.p.e. di criteri di selezione dei soggetti legittimati a proclamare lo sciopero e terziarizzazione del conflitto – 3. La struttura della legge e la sua funzione: garantire il contemperamento dell'esercizio dello sciopero con i diritti della persona costituzionalmente rilevanti – 4. Diverse modalità di esercizio dello sciopero nel lavoro privato e nei s.p.e. – 5. Valorizzazione degli obblighi di informazione a carico delle imprese per gli utenti – 6. La Commissione di garanzia ha un "limitato" potere di mediazione tra le parti e un potere di controllo della legittimità degli atti e dei comportamenti dei soggetti singoli individuali e collettivi. – 7. La legge n. 146 procedimentalizza l'esercizio dello sciopero nei s.p.e. – 8. La proclamazione è un requisito di legittimità dello sciopero – 9. Un discorso de iure condendo sui criteri di individuazione della rappresentatività ai fini della proclamazione dello sciopero – 10. Sulla clausola di comunicazione preventiva di adesione allo sciopero – 11. Sulle forme elusive della disciplina dell'esercizio dello sciopero – 12. Conclusioni.

1. *Dialogo con Guido*

Desidero continuare il mio dialogo, mai interrotto, con Guido riportando una sua valutazione su una mia raccolta di scritti ormai pubblicata una dozzina di anni fa "Realtà e Forma nel diritto del lavoro"¹. Scrive Guido "Realtà e forma sta a significare, invertendo l'ordine dei termini per meglio sottolineare il messaggio, che i rapporti giuridici nascono da un substrato economico e sociale, e sono tradotti in "forma" dal giurista, il quale però non può, more kelseniano, operare mediante astrazioni e formule magiche, ma deve rimanere aderente al contenuto e alle condizioni materiali in cui essi nascono e si svolgono. Un approccio quindi non solo giuspositivistico, ma, se mi è consentito enfatizzarlo, giusrealistico. E questo aspetto contraddistingue l'originalità del pensiero di GSP, rispetto alle concezioni del Padre, e rispetto a quelle di molti giuslavoristi contemporanei".

Ovviamente questa valutazione mi ha molto gratificato perché un amico,

¹ Giappichelli Torino, 2006

benchè collega, ha, a mio avviso, centrato con la consueta finezza e sensibilità il senso e lo sforzo del mio impegno nell'approccio al diritto de lavoro.

Nel corso di questi decenni il diritto che dal lavoro prende nome e ragione è stato uno dei laboratori più attivi che ha consentito di verificare il punto più delicato dei rapporti tra diritto formale e materiale, e cioè come quest'ultimo si innesti nell'ordinamento giuridico formale attraverso le cerniere delle norme costituzionali in materia di lavoro.

E a questo proposito voglio soffermarmi su un altro binomio che in questo momento risulta di grande attualità perché il rapporto tra i due termini è piuttosto controverso. Mi riferisco al binomio rappresentatività e legittimazione al conflitto nei servizi pubblici essenziali partendo da due constatazioni o, se preferite, da due osservazioni di metodo.

2. Due constatazioni: Inesistenza nelle leggi sullo sciopero nei s.p.e. di criteri di selezione dei soggetti legittimati a proclamare lo sciopero e terziarizzazione del conflitto

Le leggi n. 146 del 1990 e n. 83 del 2000 non prevedono alcun criterio di selezione dei soggetti collettivi legittimati a proclamare lo sciopero e di conseguenza non individuano alcun criterio di misurazione della loro rappresentatività.

Diversamente da una serie di norme del nostro ordinamento che richiamano questo principio a cominciare dall'art. 39 Cost che considera il numero degli iscritti criterio per selezionare i sindacati legittimati a stipulare contratti collettivi con efficacia generale. Come è noto la norma non è stata attuata ma il tema è tornato di attualità.

Anche lo Statuto dei lavoratori ha accolto la rappresentatività anzi la maggiore rappresentatività presunta, cioè non misurata effettivamente, dei sindacati ai fini dell'esercizio dei diritti sindacali².

Parimenti la legge³ prevede criteri per la misurazione della rappresentatività dei soggetti legittimati a partecipare alle trattative per la contrattazione nel lavoro pubblico.

² E la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 231 del 2013 nell'interpretare l'art. 19 dello Statuto dei lavoratori riformato dal referendum ha riconosciuto la partecipazione alle trattative e non più la sottoscrizione del contratto come criterio di selezione dei soggetti legittimati all'esercizio dei diritti sindacali e ha affermato la necessità che il sindacato sia effettivamente rappresentativo rispetto ai lavoratori.

³ Art. 43 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Quanto ai testi unici del 2014 e poi del 2018 sulla falsa riga della legge sulla contrattazione nel lavoro pubblico, hanno previsto nel lavoro privato gli stessi criteri per individuare i sindacati legittimati a trattare.

Ma a questo proposito bisogna osservare che è vero che il testo unico riconosce alle tecniche di governo del conflitto pari dignità rispetto a quelle dell'efficacia, e tuttavia, come è stato opportunamente segnalato, il testo unico, pur distinguendo opportunamente l'esigibilità dalla prevenzione del conflitto, non disciplina quest'ultima ma stabilisce che la materia della prevenzione costituisce un obbligo che le parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di categoria dovranno assolvere⁴.

E infine, è appena il caso di ricordarlo, questi accordi vincolano solo coloro che li sottoscrivono o si riconoscono in essi ma soprattutto non sono ancora stati attuati.

È inutile dire che l'inesistenza di criteri selettivi per individuare i soggetti legittimati alla proclamazione dello sciopero ha consentito la nascita, accanto ai grandi sindacati confederali, di una serie di sindacati che talvolta non hanno neppure il diritto di bacheca o che sono poco rappresentativi rispetto al servizio nel suo complesso e in certi casi sono rappresentativi rispetto al personale che svolge un segmento del servizio.

Questa circostanza mette in evidenza come diventa importante individuare senza incertezze l'ambito di applicazione entro il quale misurare la rappresentatività. Nel lavoro pubblico questo ambito a livello nazionale è costituito dal comparto.

La seconda constatazione riguarda quella che è stata chiamata con espressione felice la terziarizzazione del conflitto⁵. Cioè nello sciopero nei s.p.e. oltre alle parti, e cioè i sindacati dei lavoratori e il datore di lavoro o le rispettive associazioni, esiste un terzo attore costituito dagli utenti del servizio. Utenti che risentono degli effetti dello sciopero senza essere responsabili in alcun modo delle cause all'origine di quello sciopero.

È vero che la legge prevede e regola le organizzazioni degli utenti ma questi possono esprimere pareri e, nella prassi, raramente fanno sentire la loro voce e, comunque, non hanno alcun potere a parte quanto previsto dall'art. 7 bis. D'altra parte va detto che il ruolo degli utenti spesso si

⁴ A. MARESCA, *Sciopero e funzionamento del contratto collettivo: l'esigibilità*, in *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo: esperienze e prospettive*, a cura di G. PINO, Milano, 2015, p. 116 ss.

⁵ A. ACCORNERO, *La terziarizzazione del conflitto e i suoi effetti*, in *Il conflitto industriale in Italia. Stato della ricerca e ipotesi sulle tendenze*, a cura di G.P. CELLA - M. REGINI, Bologna, 1985, p.275 ss.

sovrappone e si scambia con quello dei lavoratori⁶.

E proprio di questa diversa morfologia dello sciopero nei s.p.e. tiene conto la legge n. 146 del 1990 emanata anche con il consenso sindacale.

3. La struttura della legge e la sua funzione: garantire il contemperamento dell'esercizio dello sciopero con i diritti della persona costituzionalmente rilevanti

Infatti la l. n. 146 affida, in prima istanza alle parti il governo del conflitto. Più precisamente riconosce alle parti il potere di disciplinare attraverso accordi sindacali l'esercizio dello sciopero, accordo che individua le prestazioni indispensabili, ossia quelle prestazioni che comunque devono essere effettuate durante lo sciopero dai lavoratori e anche dalle imprese.

E inoltre affida alla Commissione di Garanzia la funzione di valutare l'idoneità dei suddetti accordi al fine di garantire il contemperamento del diritto di sciopero con i diritti della persona riconosciuti dalla Costituzione.

In altri termini il contemperamento tra il diritto di sciopero e i diritti della persona costituisce la funzione essenziale della Commissione di garanzia e la stella polare che guida la sua azione.

D'altra parte bisogna sottolineare che tale contemperamento non può essere statico ma è dinamico perché la Commissione deve tenere conto del contesto in cui il contemperamento è effettuato e quindi nel corso del tempo tale contemperamento può subire alcune modificazioni e aggiustamenti.

Un esempio si è verificato di recente a proposito del trasporto pubblico locale quando la Commissione per limitare il disagio degli utenti del trasporto pubblico locale determinato da una reiterazione degli scioperi ha deciso, innovando la precedente regolamentazione, di prolungare l'intervallo tra uno sciopero e l'altro da 10 a 20 giorni⁷, anche in considerazione del fatto che allo stato della vigente normativa non esisteva alcun altro strumento per limitare la reiterazione degli scioperi.

E poiché, come si è detto, il contemperamento operato dalla Commissione di norma deve garantire il 50% del servizio ma deve tenere conto anche del contesto, bisogna chiedersi se di fronte ad uno sciopero con poche adesioni debba valere lo stesso limite del 50%? Anche perché le aziende, di fronte a

⁶ M. CARRIERI, *Conflitti in movimento. Verso un rebus quadrangolare?*, in *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo: esperienze e prospettive*, cit., 2015, p. 44.

⁷ Si è espressa favorevolmente sul ricorso a questo tipo di intervento della Commissione, M. MAGNANI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in AA. Vv., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, Cedam, Padova, 2018, n. 15, p. 100.

scioperi cui partecipano pochi lavoratori, preferiscono chiudere il servizio per ragioni di sicurezza e si limitano ad offrire le prestazioni indispensabili⁸.

4. *Diverse modalità di esercizio dello sciopero nel lavoro privato e nei s.p.e.*

Come è noto la legge n. 83 del 2000 ha rafforzato i poteri della Commissione di garanzia perché alla valutazione di idoneità degli accordi già riconosciuta dalla legge n. 146 ha aggiunto il potere di regolamentazione provvisoria che è esercitato dalla Commissione quando le parti non raggiungono l'accordo o quando l'accordo è valutato inidoneo o anche parzialmente idoneo. E la regolamentazione provvisoria è un tassello indispensabile per rendere effettivo il potere di valutazione della Commissione⁹.

Nel caso di idoneità parziale verificatosi di recente a proposito dell'accordo nazionale sul trasporto pubblico locale, la Commissione ha formulato una nuova proposta che ha recepito l'accordo sottoscritto dalle parti e lo ha integrato con la previsione di più incisivi obblighi di informazioni all'utenza e di un intervallo di 20 giorni anziché di 10 tra uno sciopero e l'altro, e ha riaperto i termini per le nuove audizioni. E secondo i termini previsti dalla legge la Commissione ha emanato una delibera di regolamentazione provvisoria.

Questo caso mette in evidenza e conferma come la regolamentazione provvisoria prevista dalla legge n. 83 del 2000 colmi un vuoto lasciato dalla legge n. 146 in caso di inidoneità o idoneità parziale dell'accordo.

5. *Valorizzazione degli obblighi di informazione a carico delle imprese per gli utenti*

Sotto un altro aspetto lo sciopero nell'industria viene esercitato con modalità diverse da quello nei s.p.e. Infatti nel primo si registra una significativa riduzione del numero degli scioperi perché, venuta meno

⁸ G. PINO, *I servizi minimi da garantire commisurati all'effettiva rilevanza dello sciopero*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 113 ss.

⁹ È noto che prima della l. n. 83 del 2000 la Commissione aveva solo un potere di proposta quando valutava inidoneo un accordo tanto che la prima giurisprudenza della Commissione aveva riconosciuto pieno effetto alle proprie delibere ricorrendo ad un'interpretazione creatrice più *praeter* che *secundum legem*.

nella maggior parte dei casi la tutela reale del posto di lavoro, lo sciopero si esercita come *extrema ratio* per la difesa del posto di lavoro.

Viceversa lo sciopero nei servizi pubblici si aggira intorno alle 2000 proclamazioni, per la precisione nel 2017, 2448, anche se poi a seguito di revoche spontanee e interventi della Commissione il numero si riduce a meno della metà¹⁰.

Ma soprattutto, diversamente da quanto si verifica nell'industria, lo sciopero diventa una sorta di passaggio necessario da espletare prima di dar corso alla composizione della vertenza.

In altri termini lo sciopero spesso diventa per i sindacati con pochi iscritti uno strumento di visibilità e di legittimazione e, talvolta finisce per depotenziare lo stesso diritto e i sindacati confederali che ricorrono allo sciopero molto meno frequentemente.

6. La Commissione di garanzia ha un "limitato" potere di mediazione tra le parti e un potere di controllo della legittimità degli atti e dei comportamenti dei soggetti singoli individuali e collettivi

Per questo motivo diverse regolamentazioni provvisorie della Commissione hanno rafforzato gli obblighi di informazione che gravano sulle imprese a comunicare agli utenti le motivazioni dello sciopero, i sindacati che le promuovono e i tassi di adesione ai precedenti scioperi indetti dagli stessi sindacati.

A mio avviso, fermo restando che le informazioni fornite dalle imprese all'utenza non consentono alla Commissione di sindacare nel merito le motivazioni dello sciopero bisogna anche chiedersi, sia pure con qualche dubbio, se la Commissione possa esprimere un giudizio di opportunità sulle motivazioni dello sciopero e cioè bollinarli come inopportuni, in ragione della moral suasion che secondo autorevole dottrina la Commissione può esercitare nei confronti dei sindacati anche se gli scioperi sono legittimi, ossia sono rispettosi della procedura prevista dalla legge per proclamare lo sciopero¹¹.

¹⁰ La nostra legge è generalmente rispettata dalle parti sociali. Nell'anno in esame, la Commissione, infatti, sulle anzidette 2.448 proclamazioni, ha rilevato violazioni delle regole legali e/o contrattuali, solo su 331, intervenendo, di conseguenza, con i propri poteri di indicazione immediata. Tali interventi hanno avuto un tasso di adeguamento di circa il 90% tanto che sono state solo 20 le delibere di apertura del procedimento di valutazione, con irrogazione di sanzioni, per astensioni effettuate in modo illegittimo.

¹¹ M. RUSCIANO, *Sciopero, servizi essenziali, moral suasion della Commissione di Garanzia*,

7. *La legge n. 146 procedimentalizza l'esercizio dello sciopero nei s.p.e.*

Certamente ai sensi dell'art.13 lett. b) la Commissione, su richiesta congiunta delle parti, può emanare un lodo sul merito della controversia. Ma a parte quest'ultima ipotesi verificatasi solo una volta, la Commissione sulla base dell'art. 13 lett. c), oltre a svolgere la sua funzione principale di giudice di legittimità degli atti e dei comportamenti dei soggetti individuali e collettivi, ha ritenuto di potere assolvere anche una funzione propositiva e di mediazione nella ricerca di soluzioni, anche transattive che prevengano il conflitto e favoriscono l'accordo tra le parti¹². Nel caso specifico del trasporto pubblico locale l'attività di mediazione aveva lo scopo di favorire la ripresa del dialogo fra le parti per il rinnovo del contratto collettivo.

Anche ai sensi dell'art. 13 lett) h la Commissione, quando rileva la mancata corresponsione della retribuzione ai lavoratori in particolare, perché le amministrazioni pubbliche non provvedono al trasferimento delle risorse alle imprese, può invitare le suddette amministrazioni, anche se formalmente soggetti terzi, a desistere dal comportamento illegittimo¹³.

8. *La proclamazione è un requisito di legittimità dello sciopero*

Non c'è dubbio infatti che la caratteristica principale delle leggi n. 146 del 90 e n. 83 del 2000 è quella di avere procedimentalizzato l'esercizio dello sciopero.

Queste leggi hanno previsto una serie di obblighi:

Collettivi che gravano sul sindacato o sui soggetti collettivi che proclamano lo sciopero, come l'obbligo di preavviso, di indicare la durata e le ragioni dello sciopero, obbligo di rispettare determinati intervalli tra uno sciopero e l'altro, l'obbligo di evitare forme sleali di azione sindacale.

Obblighi collettivi che riguardano i sindacati e i datori di lavoro di effettuare le procedure di raffreddamento e di conciliazione

Obblighi individuali che incombono sui singoli lavoratori e sui datori di lavoro di effettuare le prestazioni indispensabili

in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 60

¹² Delibera della Commissione di Garanzia n. 14/496 del 14 dicembre 2014; e delibera n. 1550/12 del 15 luglio 2013 per gli addetti agli impianti di carburante. In senso adesivo cfr. G. PINO, voce *Conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2017, p. 285.

¹³ Delibera della Commissione di garanzia n. 15/12 del 19 gennaio 2015.

Obblighi individuali che incombono sui datori di lavoro di comunicare agli utenti determinate informazioni

Sanzioni a carico dei sindacati, dei singoli lavoratori e dei datori di lavoro che non osservano i suddetti obblighi

Orbene dall'analisi di questa normativa discende innanzitutto una sostanziale equivalenza tra sindacati e soggetti collettivi anche, se come ha rilevato un'autorevole dottrina¹⁴, dall'interpretazione sistematica della legge si desume che i soggetti legittimati a proclamare lo sciopero devono essere soggetti stabilmente organizzati con la conseguenza dell'illegittimità delle coalizioni occasionali e degli scioperi spontanei.

E a proposito dei soggetti collettivi che non hanno la forma dell'associazione sindacale bisogna avere cura di distinguere tali soggetti che decidono l'azione di autotutela dai lavoratori che vi aderiscono. In caso contrario il soggetto collettivo verrebbe a diluirsi nelle singole individualità, e cioè nei singoli lavoratori che si pongono in sciopero per una pretesa comune.

Un esempio recente di soggetto collettivo che non ha la forma del sindacato e che ha promosso uno sciopero ritenuto legittimo dalla Commissione è il Movimento per la dignità della docenza universitaria che ha dimostrato di rappresentare circa il 30% dei docenti universitari ma che soprattutto ha rispettato le regole per la proclamazione dello sciopero.

9. *Un discorso de iure condendo sui criteri di individuazione della rappresentatività ai fini della proclamazione dello sciopero*

Si tratta allora di accertare se la proclamazione dello sciopero che compete ai soggetti collettivi, l'obbligo del preavviso, l'indicazione della durata e delle motivazioni dello sciopero, il divieto di forma sleale di azione sindacale sono dati normativi che consentono all'interprete di qualificare la titolarità dello sciopero nei servizi pubblici essenziali non più solo individuale ma anche collettiva e quindi, come è stato sostenuto, congiunta¹⁵.

Per questa ragione la tesi della titolarità collettiva dello sciopero sostenuta

¹⁴ E. GHERA, *Lo sciopero nei servizi essenziali: diritto individuale o potere collettivo*, in *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo: esperienze e prospettive*, cit., p. 274 ss.

¹⁵ L. NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 183/2013, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/La-titolarita-congiunta-del-diritto-di-sciopero/4431.aspx>

inizialmente solo da Calamandrei nel 1952¹⁶, ha ricevuto dopo la legge n. 146 nuova linfa¹⁷. Anche se una parte rilevante della dottrina continua a sostenere la titolarità individuale dello sciopero¹⁸.

D'altra parte come ha sostenuto Ghera¹⁹ la titolarità individuale e la titolarità collettiva non entrano in contrapposizione ma pur collocandosi a livelli diversi si completano nell'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

A mio avviso, se la titolarità del diritto di sciopero è congiunta bisogna chiedersi se la proclamazione dello sciopero possa essere ancora considerata un invito a scioperare o piuttosto un presupposto di legittimità dello sciopero. In questo secondo caso ne consegue che in assenza della proclamazione, lo sciopero è illegittimo. Io sarei propenso a optare per la

¹⁶ P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale dello sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, p. 221; v. successivamente sulla titolarità collettiva del diritto sciopero U. ROMAGNOLI, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1988, p. 581 ss.; G. PINO, *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, Torino, 2005; A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006, e in misura più problematica R. ROMEI, *Ripensare il diritto di sciopero?*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 331 ss. e di recente lo stesso A. fa un ulteriore passo avanti nel riconoscimento della titolarità collettiva dello sciopero in *Id.*, *Sciopero e titolarità dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Aa. Vv.*, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 134. La tesi della titolarità collettiva nello sciopero nei servizi pubblici essenziali è sostenuta tra i primi da M. RUSCIANO, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 173 ss.; e G. PINO, *Per una rilettura dei temi sulla titolarità del diritto di sciopero. La titolarità collettiva come presupposto del modello autoregolato*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, p. 48 ss.

¹⁷ V. anche M. MAGNANI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 97, secondo la quale «la ritenuta titolarità (esclusivamente individuale) non presenta alcuna necessarietà costituzionale».

¹⁸ V., *ex multis*, F. CARINCI, *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 423 ss.; *Id.*, *Ancora una parola sulla titolarità individuale dello sciopero de jure condito*, in *Aa. Vv.*, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., pp. 7 ss.; A. BELLAVISTA, *Sciopero e rappresentatività sindacale: un infelice connubio*, in *Aa. Vv.*, *Diritto di sciopero e rappresentatività*, cit., 75 ss.; G. SANTONI, *Il conflitto nei servizi pubblici e la sua regolazione*, in *Aa. Vv.*, *Diritto di sciopero e rappresentatività*, cit., p. 142.

¹⁹ E. GHERA, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit., p. 276, «perché il profilo collettivo dell'esercizio dello sciopero ha il suo fondamento nel principio cardine della legge n. 146 e cioè nel temperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente garantiti, temperamento realizzato in prima battuta dagli stessi accordi sindacali che individuano le prestazioni indispensabili e in seconda battuta dalla Commissione di Garanzia che controlla l'idoneità delle prestazioni indispensabili a realizzare il suddetto temperamento e in caso di mancato accordo interviene con la provvisoria regolamentazione».

seconda soluzione.

Ciò non significa ovviamente che la proclamazione dello sciopero obblighi i lavoratori iscritti al sindacato proclamante a scioperare o che i soggetti non iscritti non possano partecipare a quello sciopero.

Come ho già sostenuto in altra sede²⁰ lo sciopero nei s.p.e. è una fattispecie a formazione progressiva costituita da una prima fase o dimensione collettiva, necessaria, che si concreta nella proclamazione dello sciopero di competenza dei soggetti collettivi e da una seconda fase, o dimensione individuale, eventuale, costituita dalla partecipazione allo sciopero dei lavoratori iscritti e non iscritti al sindacato proclamante dal momento che questa seconda fase rientra nella disponibilità del singolo lavoratore.

Ciò detto bisogna chiarire, una volta per tutte, che il discorso sulla titolarità congiunta o individuale dello sciopero non ha alcuna incidenza sul diverso tema della rappresentatività sindacale dei soggetti collettivi proclamanti che la legge n. 146 infatti non prende in considerazione²¹.

²⁰ G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentatività sindacale e legittimazione al conflitto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 87.

²¹ Secondo un attento Autore (G. PINO, *Manuale sul conflitto nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 31-35), un altro meccanismo di selezione della rappresentatività sindacale può ritrovarsi nella stessa fase della valutazione di idoneità dell'accordo presso l'organismo di garanzia della legge. Come si è già avuto modo di dire, in base ad un principio espresso dalla Commissione fin dal primo periodo del suo funzionamento, la valutazione di idoneità da parte dell'organismo di garanzia conferisce alle regole pattizie un'efficacia *erga omnes*, esse diventano, in pratica la disciplina generale del settore. Si tratta di un principio, espresso per la prima volta in due delibere di indirizzo, ormai storiche, del 3 giugno e del 18 luglio 1991, nelle quali esso veniva desunto dai garanti, pur nell'auspicio di *"intese piene, solide ed affidabili ... che, per l'ampiezza del concorso sindacale, hanno una larga base d'intesa"*, comunque, *«indipendentemente ... dall'ampiezza dei consensi che su di esse si sia formata»*; contestualmente, lo stesso principio veniva, opportunamente, collocato *"entro i limiti della ragionevolezza"*. Il richiamo non è di poco conto: a cosa può essere, infatti, ricondotto il criterio della ragionevolezza, in tale contesto? Non sembra alla congruità dei contenuti dell'accordo, sarebbe questa una prerogativa della Commissione ovvia e dunque quasi inutile da ribadire; deve piuttosto ritenersi che il richiamo al criterio della *ragionevolezza* conduca, qui, ad un'implicita verifica della rappresentatività dei soggetti firmatari l'accordo sulle prestazioni indispensabili. Così, la funzione di valutazione degli accordi, da parte della Commissione di garanzia, potrebbe porsi come un rimedio all'assenza di regole certe sulla rappresentatività sindacale.

10. Sulla clausola di comunicazione preventiva di adesione allo sciopero

Non appartengo a quella schiera di autori che vuole enfatizzare la rappresentatività come criterio di selezione dei soggetti legittimati a proclamare lo sciopero, ma so bene che quando si affronta questo argomento da parte di taluni sorge subito il sospetto che chi auspica un intervento legislativo in materia voglia attentare al diritto di sciopero.

Io non appartengo a questa schiera, ma come ho già rilevato, il conflitto collettivo si sviluppa su presupposti che non possono essere completamente coincidenti con quelli che selezionano i soggetti abilitati alla contrattazione collettiva.

Ciò premesso prendo atto che ormai il dibattito sulla rappresentatività sindacale con riguardo alla legittimazione al conflitto oscilla tra chi, come le Confederazioni preferiscono arrivare a questa verifica attraverso l'attuazione dell'art. 39 Cost e chi (vedi i disegni di legge Sacconi ed Ichino presentati nella legislatura appena finita e mai discussi) pensa ad un'integrazione della legge n. 146 come forma di attuazione dell'art. 40 cost., con particolare riferimento al settore della mobilità.

Secondo questi disegni di legge il Governo dovrebbe emanare decreti che accolgano come criterio per proclamare lo sciopero, o il raggiungimento di una soglia di rappresentatività del 50% o, in caso di mancato superamento di tale soglia, si prevede il ricorso al referendum.

Ho già espresso le mie perplessità sulla soglia che, francamente, mi sembra troppo elevata e anche sul ricorso al referendum perché l'uso di questo strumento impone tempi non sempre compatibili con la proclamazione dello sciopero che richiede tempi necessariamente brevi.

Ma ciò che è importante chiarire, e che viene invece quasi sempre omissivo, quale sia l'ambito di applicazione entro il quale la percentuale deve essere misurata ai fini della verifica della rappresentatività. La dimensione nazionale o quella aziendale dal momento che, spesso, si tratta di aziende che operano a livello locale?

La soglia del 5% richiesta dalla legge sul lavoro pubblico ai sindacati per essere convocati alle trattative è riferita al Comparto. Anche il testo unico del 2014 fa riferimento alla soglia del 5% per essere convocati alle trattative e l'ambito di applicazione è costituito dal contratto collettivo, ma, come è noto, nel lavoro privato, in assenza di una legge, non è sempre scontato definire l'ambito di applicazione in cui verificare la rappresentatività.

In assenza comunque della legge sulla rappresentatività, a mio avviso, vanno apprezzate le clausole dei contratti collettivi in materia di esercizio

del diritto di sciopero nelle quali (v. Gruppo delle Ferrovie dello Stato 31 luglio 2015) si prevede la proclamazione dello sciopero da parte della Rsu, purché sia dichiarata congiuntamente ad una o più organizzazioni sindacali stipulanti il ccnl, e la decisione sia assunta dalla maggioranza qualificata del 50% + 1 dei componenti la Rsu oppure dalla Rsa a maggioranza²².

È appena il caso di precisare che si tratta di un accordo che vincola solo coloro che lo hanno sottoscritto o coloro i quali in esso si riconoscono.

Ma a questo proposito vale la pena porsi una domanda, e cioè se possano essere oggetto di valutazione di idoneità da parte della Commissione tali clausole al fine di riconoscere ad esse un'efficacia generale.

A questo interrogativo sarei propenso a rispondere in senso negativo perché oggetto della valutazione d'idoneità da parte della Commissione sono, ai sensi del diritto vigente, le prestazioni indispensabili e le misure a queste strumentali e non le clausole che regolano un metodo di governo del conflitto e quindi determinati requisiti di rappresentatività.

Salvo l'intervento del legislatore che estenda l'oggetto della valutazione di idoneità anche al raggiungimento di una determinata soglia di rappresentatività dei sindacati proclamanti lo sciopero.

Come ho già detto non desidero enfatizzare il discorso sulla rappresentatività come criterio necessario e sufficiente a risolvere i problemi che derivano da una reiterazione eccessiva degli scioperi in particolare in taluni servizi essenziali. So bene che secondo una parte della dottrina una legge che consideri la rappresentatività come criterio selettivo dei soggetti collettivi legittimati a proclamare lo sciopero potrebbe cadere sotto la scure del giudizio di costituzionalità²³. Per contro c'è chi è favorevole²⁴ e chi sostiene che la rappresentatività dovrebbe avere un ampio ambito

²² A. ZOPPOLI, *La Commissione di garanzia alle prese con la titolarità del diritto di sciopero (Riflessioni sull'accordo Ferrovie dello Stato 2015)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 601.

²³ Secondo V. BAVARO, *Sciopero e rappresentatività sindacale*, in AA. Vv., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 21, la rappresentatività potrebbe essere usata al massimo come criterio che stabilisce una priorità nella proclamazione dello sciopero e non un'esclusività e cita l'art. 19 St. lav. a sostegno della sua tesi senza considerare però che quella norma, nella sua formulazione originaria, usava il criterio della maggiore rappresentatività presunta come criterio per individuare solo ed esclusivamente i soggetti legittimati all'esercizio dei diritti sindacali. Parimenti critico sull'uso del criterio della rappresentatività per selezionare i soggetti collettivi legittimati a proclamare lo sciopero A. BELLAVISTA, *Sciopero e rappresentatività sindacale: un infelice connubio*, in AA. Vv., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 75 ss.

²⁴ M. RICCI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in AA. Vv., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 2.

di applicazione e cioè di consenso²⁵ e chi, con diverse argomentazioni, afferma che «se lo sciopero non poggia su un minimo di rappresentatività non si possa neppure parlare di sciopero»²⁶. Ed è condivisibile l'osservazione che nel momento in cui si è affermata la tesi della titolarità individuale il problema della rappresentatività non si poneva perché vigeva il sistema sindacale di fatto nel quale i sindacati erano rappresentativi²⁷.

E ancora, se è vero che la rappresentatività riguarda la rappresentazione degli interessi organizzati bisogna prendere atto che sul piano concettuale la stessa non si esaurisce in una misurazione quantitativa dei rappresentanti²⁸. E tuttavia se il ricorso a criteri accolti in passato dalla giurisprudenza per dare corpo e sostanza normativa alla maggiore rappresentatività risultavano sicuramente più idonei e rispondenti alla ratio della norma, tuttavia lasciavano un margine eccessivo alla discrezionalità del giudice, sicché il criterio di misurazione strettamente quantitativo accolto dalla normativa sul lavoro pubblico e dal testo unico del 2014 appare, ai fini dell'applicazione, il più efficiente perché oggettivo e controllabile.

A questo punto sembra corretto porsi un interrogativo finale a proposito della rappresentatività e cioè se questo requisito ai fini della proclamazione dello sciopero debba essere considerato un mezzo di governo del conflitto nei servizi pubblici essenziali²⁹ e magari solo nei servizi particolarmente vulnerabili come quelli del trasporto in una prospettiva di semplice contemperamento tra diritto di sciopero e diritti della persona costituzionalmente garantiti, o se invece la rappresentatività debba essere considerato un dato strutturale del sistema in connessione con la regolazione della contrattazione collettiva³⁰.

²⁵ P. PASCUCCI, *Sciopero nei trasporti e rappresentatività sindacale, contemperamento e limiti di accesso al conflitto*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 111-112.

²⁶ L. CORAZZA, *La nozione di sciopero nel prisma della rappresentatività sindacale*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 31

²⁷ Cfr. L. CORAZZA, *La nozione di sciopero*, cit., p. 34.

²⁸ Così ancora L. CORAZZA, *op. cit.*, p. 35.

²⁹ In questo senso A. ZOPPOLI, *La rappresentatività per lo sciopero nei servizi essenziali*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 157.

³⁰ Pone con chiarezza questo interrogativo, M. MAGNANI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., pp. 101-102.

11. *Sulle forme elusive della disciplina dell'esercizio dello sciopero*

Un'altra riflessione riguarda la clausola dell'accordo o in assenza di accordo, della regolamentazione provvisoria che stabilisca l'obbligo di comunicazione preventiva del lavoratore di adesione allo sciopero.

A parte le diverse opinioni della dottrina³¹ sulla sua legittimità o meno, bisogna realisticamente prendere atto che c'è una forte contrarietà dei sindacati a inserirla negli accordi e non mi sembra che ci siano i presupposti perché la Commissione possa inserirla allo stato in una regolamentazione provvisoria.

Certo, se è vero che la legge n. 146 segna il passaggio dall'età dei diritti all'età del bilanciamento degli interessi, questa clausola potrebbe contribuire a limitare il disagio degli utenti perché consente al datore di lavoro di avere una maggiore certezza sull'effettiva consistenza dello sciopero e forse lo costringe ad una più efficace preparazione delle soglie minime di servizio da garantire. Una clausola di questo tipo è prevista nell'ordinamento francese.

Bisogna anche dire che la clausola di comunicazione di adesione preventiva non funziona nelle ipotesi in cui vi sia una trattativa in corso che spesso si chiude qualche minuto prima dell'inizio dello sciopero. E quindi si comprende come in questo caso il lavoratore non sia in grado di sapere se parteciperà allo sciopero e quindi di comunicare preventivamente la sua adesione.

Infine, come si è detto, la legge n. 146 procedimentalizza l'esercizio dello sciopero, e proprio per questa ragione non consente ai soggetti collettivi e individuali di utilizzare in forma elusiva altri istituti come l'assemblea che di per sé realizza una forma di astensione dal lavoro.

³¹ In senso favorevole G. PROIA, *Servizi pubblici essenziali e la dichiarazione preventiva della volontà individuale di sciopero*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 620 ss.; e O. RAZZOLINI, *Appunti sull'obbligo di comunicazione preventiva di partecipazione allo sciopero*, in *Quaderni della Commissione di Garanzia dello sciopero*, 2018, n. 1, p. 45; P. TOSI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 68 ss., mette in evidenza che l'adesione preventiva obbligatoria appare preferibile rispetto alla previsione di soglie minime di rappresentatività ai fini della proclamazione dello sciopero; per la legittimità delle clausole di comunicazione preventiva di adesione allo sciopero nei contratti collettivi cfr. P. LAMBERTUCCI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 92; in senso contrario, tra gli altri, A. GARILLI, *Diritto di sciopero e libertà di circolazione: il disegno di legge delega del governo Berlusconi*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 984 ss.; e A. BELLAVISTA, *Sull'obbligo di comunicazione preventiva di partecipazione allo sciopero (discutendo con Orsola Razzolini)*, in *Quaderni della Commissione di Garanzia dello sciopero*, 2018, n. 1, p. 58; e da ultimo M. RUSCIANO, *Sciopero, servizi essenziali, moral suasion della Commissione di Garanzia*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, cit., p. 56 ss.

Per questa ragione la Commissione in una recente delibera del 6 aprile 2017 ha ribadito il principio “che il diritto di assemblea non costituisce un equivalente funzionale del diritto di sciopero e che, ove essa si svolga in violazione delle regole stabilite dalla contrattazione collettiva, ovvero risulti indetta con il chiaro intento di eludere la normativa dello sciopero, potrà essere considerata una forma di astensione illegittima con le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla legge n. 146”.

Parimenti devono essere considerate forme elusive della legge il ricorso alle assenze per malattia quando queste si attuano in forma massiccia in occasione di uno sciopero. È ovvio che in questi casi gli accertamenti istruttori devono dimostrare in modo incontrovertibile che il congedo per malattia è usato come una forma celata di astensione collettiva.

12. Conclusioni

In conclusione si può dire che le leggi sullo sciopero hanno contribuito a civilizzare il conflitto collettivo nei s.p.e., perché questo, pur nella sua elevata diffusione, grazie alla legge n. 146 che ha dato luogo a una fitta rete di accordi e, grazie all'attività di vigilanza della Commissione, si svolge sempre e comunque attraverso la salvaguardia di soglie minime di servizi sulle quali i cittadini utenti possono fare affidamento.

A questo proposito vale la pena richiamare quel che è avvenuto di recente in Francia dove nei mesi scorsi per protestare contro le riforme attuate dal presidente Macron è stato proclamato uno sciopero dei treni destinato a protrarsi, ad intermittenza per tre mesi e si è inoltre assistito ad un blocco rilevante del sistema aeroportuale. Questo è stato possibile perché la legge Sarkozy che pure ha introdotto la clausola di comunicazione di adesione preventiva, non prevede le prestazioni indispensabili e neppure gli intervalli tra uno sciopero e l'altro.

E allora voglio concludere questo discorso con un interrogativo che non è retorico ma che lascio alla vostra riflessione, perché non ho certezze ma molti dubbi e cioè se in un sistema economico e sociale complesso e articolato come quello italiano sia complessivamente più conveniente l'astensione del legislatore sulla materia della rappresentatività, o invece sia preferibile il suo intervento nelle forme che riterrà più opportune (criteri di selezione dei soggetti collettivi legittimati a proclamare lo sciopero, o altre modalità come l'estensione dell'oggetto della valutazione

da parte della Commissione di Garanzia di idoneità degli accordi o le clausole di comunicazione di adesione preventiva) avendo presente che la rappresentatività non sempre risolve tutti i problemi.

Infatti non è tanto importante limitare la proclamazione dello sciopero dei sindacati con pochi iscritti, quanto neutralizzare gli effetti degli scioperi con poche adesioni che bloccano completamente il servizio soprattutto perché l'azienda preferisce per ragioni di sicurezza chiudere completamente il servizio. E questa evenienza può essere evitata stabilendo che alcune figure professionali indispensabili al funzionamento del servizio non possono astenersi dal lavoro.

E parimenti, in particolare nel settore dei trasporti, deve essere limitata la reiterazione frequente degli scioperi che risultano pregiudizievoli per l'utenza, magari prolungando il periodo di intervallo tra uno sciopero e l'altro, come ha deliberato di recente la Commissione di Garanzia, senza limitare ovviamente il diritto e le ragioni dello sciopero.