

Publicato sulla rivista Il diritto vivente il 12 aprile 2019

Carmen La Macchia**

DALL'AUTOREVOLEZZA ALL'AUTORITARISMO. LA PARABOLA DISCENDENTE DELL'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI SCIOPERO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI.

SOMMARIO: 1. Per aprire una discussione. – 2. L'evidenza dei numeri. – 3. Il filo d'Arianna per ritrovare il contemperamento nel labirinto della funzione di controllo preventivo sulla proclamazione.- 4. I principi di ragionevolezza e di necessità nell'ambito di applicazione della l.n.146/90. – 5. L'autoritarismo nella definizione delle prestazioni indispensabili. La provvisoria regolamentazione per il trasporto pubblico locale. - 6. La funzione degli strumenti di prevenzione del conflitto. Il caso Ryanair.- 7. – Conclusioni.

1.– ***Per aprire una discussione*** - La legge n.146/90 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (spe) e sue successive modificazioni (da qui in poi legge) ha deluso le attese. L'esperienza attuativa, che avrebbe dovuto costituire il luogo della solidarietà tra lavoratori in sciopero e utenti dei servizi pubblici essenziali, ha rivelato, nella produzione delle due ultime composizioni della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge (da qui in poi Commissione), inaspettati scenari di mortificazione del diritto di sciopero e dell'autonomia collettiva.

D'altro canto, la cospicua letteratura scientifica sulla legge ha, nella gran parte, preferito la narrazione di una prospettiva *de iure condendo*¹ ed ha trascurato lo studio dell'esperienza

* Carmen La Macchia è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Messina

¹ Gli studi più recenti, in particolare, si sono impegnati sul tema della titolarità del diritto di sciopero. Cfr. M.V. BALLESTRERO, *Interesse collettivo e conflitto*, in *Lavoro e dir*, 2018, p.411; V.BAVARO, *Contro la titolarità maggioritaria del diritto di sciopero (una critica a proposito dei servizi pubblici essenziali)*, in

concreta di attuazione della legge, la riflessione sulle problematiche e le disfunzioni emerse nell'ormai lungo periodo di vigenza della legge.

Senza nessuna pretesa ricostruttiva il saggio si propone come contributo di riflessione sulla produzione della Commissione, nella sua attuale composizione, dalla data del suo insediamento: il 15 giugno 2016, al 31 ottobre 2018.

Per meglio rappresentare l'esperienza attuativa, è opportuno procedere per esemplificazione delle vicende dalle quali sono emerse le problematiche di maggiore interesse. Il punto di partenza è la ricognizione dei dati relativi alla conflittualità e all'attività della Commissione. Si procederà, poi, all'esame della responsabilità della Commissione nella gestione dei suoi compiti. L'esigenza che sottende a questo approfondimento è evidente. L'Amministrazione indipendente, sovraesposta nelle funzione di garanzia di diritti di rango costituzionale, è investita di una responsabilità peculiare e di compiti complessi, tutti orientati ad individuare la misura del contemperamento.

Il secondo aspetto problematico attiene all'ambito di competenza della Commissione delimitato dalla riserva di legge ex art.40 Cost, che costituisce una sorta di premessa logica, ed obbliga la Commissione ad osservare criteri di conformità e razionalità dell'intervento "espansivo".

Un terzo aspetto, riguarda il rapporto tra autonomia collettiva ed intervento autoritativo della Commissione nella definizione delle prestazioni indispensabili e delle altre misure attuative della legge.

Infine, una riflessione sulla funzione della Commissione nella prevenzione dei conflitti. La legge prevede che, a questo scopo, siano impiegati determinati strumenti, anche se demanda alla discrezionalità del Garante l'an ed il *quantum* dell'iniziativa.

Giornale dir-lav. e relazioni ind., 2018, p. 621; F. CARINCI, *Ancora una parola sulla titolarità individuale dello sciopero "de iure condito"*, in *Lavoro e giur.*, 2018, p.20; P.TOSI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in *Arg.dir.lav.*, 2018, p.365; G.PINO, *Rilettura della nozione di contemperamento/bilanciamento tra esercizio del diritto di sciopero e diritti dei cittadini nella complessità sociale*, in *Dir.lav.mer.*, 2017, 495; A.ZOPPOLI, *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale: Il paradosso dei servizi essenziali tra sistema "di fatto", istanze di moderna democrazia e bilanciamento dei diritti*, in *Dir.rel.ind.*, 2017, p.1145; R.SANTUCCI, *Efficacia o inadeguatezza della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (in margine allo sciopero dei docenti universitari)*, in *Arg.dir.lav.*, 2017, p.662 ; P.LAMBERTUCCI, *Sulla titolarità del diritto di sciopero e clausole di tregua sindacale: brevi note*, in *Arg.dir.lav.*, 2015, p.72; C.DE FIORES, *La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero. Bilancio e prospettive a venticinque anni dalla sua istituzione*, in *Rass.dir.pubbl.eur.*, 2015, p. 67.

2. - **L'evidenza dei numeri** - Partire dall'analisi dei dati della conflittualità nei servizi pubblici essenziali è un omaggio al buon senso.

Nel periodo considerato, la banca dati della Commissione² conta 2914 scioperi effettuati, dei quali il 16% a dimensione nazionale, il 62% a dimensione aziendale. Un solo sciopero generale di tutte le categorie del pubblico e del privato. I settori più interessati dagli scioperi sono in ordine decrescente: Trasporto pubblico locale (15,95%), Igiene ambientale (15,76%), Trasporto aereo (11,58%), Pulizie e multiservizi (9,13%).

I dati sopra indicati si riferiscono alle giornate e non alle ore di effettiva durata dell'astensione e sono comprensivi di tutti gli scioperi effettuati, di qualsiasi dimensione, settore o categoria di lavoratori, compresi, dunque, i lavoratori autonomi, i professionisti ed i piccoli imprenditori, tenuti al rispetto della legge. Per una quota molto consistente si tratta di scioperi effettuati da soggetti collettivi di scarsa rappresentatività e incidenza sulla continuità del servizio. Non esiste, quindi, alcuna conflittualità esasperata, tantomeno rispetto alla media degli scioperi effettuati negli altri paesi membri dell'Unione Europea³.

Nella valutazione dell'impatto delle proclamazioni sull'utenza, deve essere considerato anche l'intervento, ex art.13,c.1.lett.d), che consente alla Commissione di selezionare le proclamazioni che presentino, ad un primo esame, modalità di esercizio dello sciopero in violazioni di legge o di contratto. A seguito dell'indicazione della Commissione, sono, revocate circa il 90% delle azioni di sciopero proclamate. Come risulta dalle Relazioni annuali della Commissione per gli anni 2016 e 2017, le organizzazioni sindacali si adeguano alle indicazioni della Commissione nella quasi totalità delle proclamazioni.

Per valutare l'effettiva incidenza degli scioperi sulla erogazione dei servizi pubblici, sarebbero necessarie indagini rivolte ad accertare il numero delle ore scioperate, i servizi rallentati o soppressi, le motivazioni degli scioperi. Anche le modalità dello sciopero sono rilevanti ai fini dell'impatto sull'utenza. Lo sciopero dello straordinario, ad esempio, ha una incidenza, sull'utenza certo di gran lunga inferiore all'astensione che interessa l'intera

² I dati indicati sono estratti dal sito della Commissione <https://www.cgsse.it>

³ Le fonti sulla conflittualità in Europa sono molto approssimative, tuttavia, una lettura dei dati disponibili sul sito <http://www.ilo.org>, è sufficiente a smentire la falsa notizia dell'Italia come paese con tassi di conflittualità superiori alla media dei paesi UE, con pari numero di lavoratori e di livello di industrializzazione. Vero è che la legge italiana di disciplina sull'esercizio di sciopero sia tra le più restrittive in ambito europeo. Cfr. C.LA MACCHIA in AA.VV. *La tutela multilivello dell'azione collettiva. Comparazione tra nove paesi europei. Lo sciopero in Europa. Complessità delle fonti ed effettività della tutela*. Ediesse, Roma, 2011 p.33 ss.

prestazione di lavoro. Tutti dati questi che sarebbero utili, anzi, necessari ad una valutazione seria sull'attuazione della legge e, che, tuttavia, non sono registrati nell'archivio della Commissione. Ricordare, a questo proposito, il compianto prof. Aris Accornero è d'obbligo. Durante il suo mandato, come componente della Commissione elaborò uno studio, di grande interesse, sulla conflittualità nei servizi essenziali, esteso alla ricognizione ed alla classificazione anche delle motivazioni degli scioperi e delle sigle sindacali proclamanti. Purtroppo, i componenti delle Commissioni che si sono succedute, non hanno ritenuto di proseguire negli studi avviati dall'illustre Maestro.

L'attività della Commissione, nel periodo considerato in questo scritto, ha prodotto 97 atti deliberativi in 22 mesi; 66 sono le delibere che hanno richiesto l'intero iter previsto per la definizione delle regolamentazioni attuative e l'attività di valutazione del comportamento delle organizzazioni sindacali, tutto il resto dell'attività è il risultato delle indicazioni preventive della Commissione.

Insomma, l'attività della Commissione è stata quasi completamente assorbita nell'esercizio del potere di indicazione preventiva. Si tratta di un fenomeno inaspettato e deviante rispetto alla funzione che la legge assegna alla Commissione, così come emerge dal complesso dei compiti elencati nell'art.13 (*infra*, § 5).

3. - Il filo d'Arianna per ritrovare il contemperamento nel labirinto della funzione di controllo preventivo sulla proclamazione - I principi di trasparenza, partecipazione, contraddittorio che, in particolare nelle Autorità indipendenti, sono i presupposti di legittimità dell'azione amministrativa, nell'esperienza applicativa della legge presentano elementi di forte criticità e di irragionevolezza nella fase propedeutica allo sciopero. Mentre la valutazione sullo sciopero effettuato si svolge seguendo le regole del contraddittorio, al quale partecipano attivamente le parti sociali e le associazioni dei consumatori; di contro, la valutazione sulla proclamazione dello sciopero da effettuare, avviene in assenza di contraddittorio e di partecipazione dei destinatari e nella opacità di valutazioni autoritative, che disattendono l'imperativo della garanzia del contenuto di effettività dei diritti costituzionali, in cui si esprime il principio ermeneutico fondamentale : il contemperamento, cardine dell'intero insieme normativo della legge sullo sciopero.

Per inquadrare il tema conviene richiamare brevemente la fattispecie.

L'art.13,c.1,lett.d) consente di esercitare una funzione di controllo preventivo sulla proclamazione di sciopero. La Commissione, difatti, << *indica immediatamente ai soggetti interessati eventuali violazioni delle disposizioni* >>.

L'indicazione riguarda la “presunta” violazione delle disposizioni legali e contrattuali. L'art.13 assegna alla Commissione anche un corredo di strumenti normativi di grande significato, funzionali alla migliore comprensione del contesto in cui la controversia collettiva insorge. La Commissione può << *assumere informazioni o convocare le parti in apposite audizioni, per verificare se sono stati esperiti i tentativi di conciliazione e se vi sono le condizioni per una composizione della controversia* >> (art.13 c.1 lett. c), assumere informazioni dalle amministrazioni e dalle imprese erogatrici di servizi circa l'applicazione delle delibere sulle sanzioni, circa gli scioperi proclamati ed effettuati, le revoche, le sospensioni e i rinvii di scioperi proclamati e le relative motivazioni, nonché le cause di insorgenza dei conflitti (art.2 c.6 e art.13 c.1 lett. g); può se rileva comportamenti delle amministrazioni o imprese che erogano i servizi pubblici essenziali in evidente violazione della norme di legge o di contratto o << *comportamenti illegittimi che comunque possano determinare l'insorgenza o l'aggravamento di conflitti* “, invitare , *le amministrazioni o le impresea desistere dal comportamento e ad osservare gli obblighi derivanti dalla legge o da accordi o contratti collettivi* >>(art.13 c.1 lett. h)⁴.

Gli strumenti sopra elencati costituiscono tutti il risultato di una valutazione tecnico-discrezionale e, tuttavia, se il mancato esercizio delle funzioni “strumentali” si riflette sull'istruttoria e preclude una corretta valutazione del comportamento delle parti sociali, il provvedimento finale potrebbe essere considerato illegittimo.

L'indicazione preventiva (art.13,c.1,lett.d) ha effetti molto negativi sull'esercizio dell'azione collettiva, in particolare allorché si tratti di scioperi nazionali, indetti dalle organizzazioni più rappresentative, la cui articolazione sul territorio è diffusa e complessa.

Riguardate con più attenzione, molte di quelle proclamazioni, che richiedono ai sindacalisti un notevole dispendio di tempo, lunghe e complesse mediazioni, risulterebbero legittime, laddove l'applicazione “acritica” della procedura di indicazione preventiva, finisce per inibire

⁴ Sulle diverse funzioni della Commissione cfr. M.V.BALLESTRERO, *Sub artt. 12-14*, in ROMAGNOLI, U.-BALLESTRERO, M.V., *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1999, p. 955 ss; C.LA MACCHIA *Articoli 12 e 13 L'organizzazione e i compiti della Commissione di garanzia*. in AA.VV. *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*. IPSOA, Milano, 2000, p. 200 ss.

l'esercizio del diritto di sciopero. Nel periodo di attività della Commissione preso in considerazione in questo scritto, il 27% dei procedimenti di valutazione, ai fini della irrogazione della sanzione, è stato archiviato; in altre parole, la violazione, indicata prima dell'effettuazione dello sciopero, è stata poi ritenuta, all'esito dell'istruttoria, inesistente. Il Garante ha, da tempo⁵, piena consapevolezza dei contenuti vulneranti sul diritto di sciopero di un uso, poco meditato del procedimento di cui all'art.13 c.1 lett.d) e, tuttavia, sembra ritenere che l'effetto di differimento nel tempo, ovvero di neutralizzazione dell'azione di sciopero, sia naturale conseguenza dell'applicazione della norma.

La problematica si apprezza meglio in relazione all'indicazione preventiva che fa riferimento alla regola dell'intervallo tra le azioni di sciopero.

La norma che obbliga le parti sociali a prevedere misure di rarefazione delle azioni di sciopero, cioè un periodo di giorni tra uno sciopero e l'altro, contiene quasi una *condicio iuris* dell'adempimento: i soggetti collettivi proclamanti devono rispettare l'obbligo di rarefazione, quando la successione di scioperi sia "oggettivamente" idonea a pregiudicare la "continuità dei servizi pubblici" (art.2, c.2). Se non si verifica la condizione, il soggetto proclamante non è più tenuto all'obbligo dell'intervallo.

Il problema sorge in ordine ai soggetti tenuti alla verifica della condizione. Gli accordi, difatti, si limitano ad indicare la misura dell'intervallo, ma non le procedure e gli strumenti per registrare i dati di incidenza degli scioperi sul servizio. Per vero, le amministrazioni e le imprese possono assolvere all'attività di ricognizione degli scioperi e di acquisizione dei dati sulla riduzione/soppressione dei servizi con elevati margini di certezza e quantificare la compromissione del servizio dalle stesse gestito⁶. La ricognizione dei dati sugli effetti delle astensioni sul funzionamento del servizio pubblico, è più problematica quando, come prevede la legge, essa deve necessariamente estendersi ben oltre il ristretto ambito della amministrazione o dell'impresa, fino alla valutazione dei detti effetti <<sul servizio finale>> o <<sul bacino di utenza>>⁷.

⁵ Da molti anni le relazioni annuali segnalano, con compiacimento, l'effetto "inibente" delle indicazioni preventive.

⁶ Sulla valutazione prognostica della amministrazioni e delle imprese come obbligo di correttezza nella comunicazione all'utenza cfr. M.V.BALLESTRERO, *Interesse collettivo e conflitto*, in *Lavoro e dir.*, 2018, p.411.

⁷ Sulla definizione di <<servizio finale>> e <<bacino di utenza>> cfr. C.PISANI, *Prestazioni indispensabili e misure di contemperamento*, in *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, p.27 ss.; E.GRAGNOLI, *Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero*, in AA.VV., *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, Milano 2000, p.18 ss.

Per dare, ai soggetti collettivi ed all'utenza, informazione sulle proclamazioni, la Commissione pubblica un calendario degli scioperi, sulla base del quale esercita l'intervento di indicazione preventiva, ai soggetti proclamanti, delle "eventuali violazioni delle disposizioni" legali e negoziali contenute nelle proclamazioni (art.13, c.1,lett.d). Dalla ricezione della delibera di indicazione preventiva, le organizzazioni sindacali, considerato che l'obbligo di preavviso consta di dieci giorni, hanno molto poco tempo per decidere se confermare o revocare lo sciopero, tenuto conto, anche, che non sussiste, per la Commissione, un termine da osservare per trasmettere la delibera di indicazione preventiva ai soggetti collettivi interessati.

Il Garante sembra indifferente al precetto legale e indica la violazione dell'intervallo in qualsiasi contesto, a prescindere dalla effettiva compromissione dei diritti degli utenti. Verifica il solo dato numerico dei giorni previsti di intervallo, in relazione alla successione cronologica degli scioperi ed ignora il vincolo legale che richiede la oggettiva "compromissione della continuità dei servizi pubblici", alla quale il dato numerico è indefettibilmente collegato.

La violazione dell'intervallo rende, dunque, più evidente la criticità di un potere di intervento della Commissione "alienato" dal contesto⁸. Senza una istruttoria che verifichi l'oggettivo pregiudizio, l'indicazione preventiva è, in tutta evidenza, illegittima.

E' vero che la legge chiede immediatezza nell'indicazione preventiva, e, che, quindi, i tempi per una istruttoria sono ristretti (il preavviso è quasi sempre di 10 giorni ed è opportuno non comunicare la revoca troppo a ridosso della data di effettuazione dello sciopero); ma è altresì vero che il monitoraggio degli scioperi, da parte della Commissione, è previsto, nella legge, come un compito permanente (art.2 c.6). L'iniziativa di sciopero, insomma, dovrebbe trovare la Commissione già preparata ad esporre i dati storici, distinti per sigle sindacali, circa le adesioni agli scioperi già effettuati e gli effetti sul servizio pubblico. In ogni caso, la mancata indicazione immediata prima dello sciopero, non preclude al Garante di aprire il procedimento di valutazione per lo sciopero effettuato e di irrogare la sanzione.

La struttura giuridica sulla quale si sostiene l'art.13, c.1, lett.d , se osservata applicando il principio del contemperamento, mostra i soggetti della fattispecie in una posizione di enorme

⁸ <<In ogni occasione nella quale la Commissione sia chiamata ad intervenire dovrà tenere contemporaneamente in conto le ragioni dello sciopero e quelle degli utenti>>. v. P.PASCUCCI, *Il rilievo delle cause di insorgenza del conflitto nei servizi pubblici*, in *Giornale.dir.amm.*, 2005, p. 86

disparità: il soggetto proclamante ha strumenti “incerti” (così afferma la stessa Commissione v. *infra* § 3) di valutazione dell’impatto dello sciopero sull’utenza; al contrario il Garante sarebbe tenuto a mettere a disposizione gli elementi utili a definire la misura dell’impatto; tuttavia, ha scelto di non raccogliere i dati e, dunque, non è in grado renderli disponibili. A complicare la decisione delle organizzazioni sindacali è anche la previsione di cui all’art.4, c.4-ter che dispone sanzioni, “raddoppiate nel massimo”, nel caso in cui il soggetto proclamante non abbia aderito all’indicazione preventiva della Commissione. Ora, non è chi non veda a quali conseguenze, in ordine alla tenuta del principio del contemperamento, conduca l’esercizio “acritico” di una indicazione, non supportata dai dati che la legge impone di acquisire. Insomma, una indicazione immediata ma non coerente con i vincoli dettati dal contemperamento, non sembra possa superare l’esame di congruità tra la legge e il suo fine. Lo sciopero, difatti, è soggetto alla revoca o al differimento sulla base di una indicazione i cui presupposti risiedono nell’automatismo “kafkiano” delle regole negoziali e legali. Ciò evidenzia il rischio di pregiudicare eccessivamente il diritto di sciopero, il cui esercizio è indissolubilmente legato ad una circostanza contingente che, deve essere rappresentata, in un momento ben determinato. In proposito gli esempi che la quotidianità manifesta sono significativi: gli scioperi per mancata corresponsione delle retribuzioni, per il mancato rispetto delle clausole sociali nella successione dell’appalto, nell’imminenza di una procedura di licenziamento collettivo. Ebbene, lo slittamento della data dello sciopero può pregiudicare, irrimediabilmente, l’efficacia dell’azione collettiva, attribuendo un grande vantaggio alle amministrazioni ed alle imprese.

A proposito della regola della rarefazione una recente delibera (n.17/90) afferma che *“ragioni logiche, ancor prima che giuridiche, impongono di ritenere che non spetti alle Organizzazioni né valutare, ex ante, la possibile incidenza dell’astensione precedentemente proclamata sui servizi essenziali né, conseguentemente, decidere in via unilaterale di derogare al principio della rarefazione oggettiva sulla base del proprio giudizio prognostico; che tale prerogativa risulta essere semmai di stretta competenza della Commissione anche al fine di garantire certezza in ordine ai provvedimenti di indicazione immediata dalla stessa adottati in base all’art. 13, lett. d) della Legge: certezza che sarebbe inevitabilmente compromessa se l’osservanza o meno di questi ultimi fosse rimessa alla valutazione discrezionale dei soggetti collettivi destinatari”*.

Le considerazioni della Commissione sembrano del tutto illogiche per i motivi più sopra esposti. Se l'indicazione preventiva è un invito e, quindi lascia libere le organizzazioni sindacali di valutare se confermare o revocare lo sciopero, come fanno le stesse a scegliere il comportamento da adottare, se non assumendosi il rischio di una valutazione prognostica? D'altra parte se questa valutazione è una prerogativa di "stretta competenza della Commissione", perché detta valutazione non è espressa mai nell'indicazione preventiva?. Insomma, la logica suggerisce che, se la valutazione prognostica non è condotta dal soggetto che, per esigenze di "certezza", ne ha la prerogativa allora l'indicazione, priva della detta valutazione, è illegittima. In mancanza di una giustificazione certa, *id est*, la valutazione prognostica, l'indicazione preventiva trasforma l'invito in un obbligo, a cui, evidentemente, i soggetti collettivi, devono solo adempimento; una sorta di anticipazione della valutazione negativa senza contraddittorio, a cui consegue uno snaturamento del dettato legislativo del tutto illegittimo.

Quale che sia il significato del principio del contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, iscritto all'art.1, c.2 della legge, è certo che l'esigenza concreta da soddisfare, a cui la legge mira, sia la garanzia dell'effettività, nel loro contenuto essenziale, dei diritti costituzionali, nella contingenza dello sciopero⁹. Pertanto, il diritto di sciopero, esercitato con modalità inidonee a compromettere la garanzia minima offerta dalla legge all'esercizio del diritto costituzionale dell'utente, non può essere limitato.

4. - I principi di ragionevolezza e di necessità nell'ambito di applicazione della l.n.146/90.

- Le materie di cui all'art.1 che delimitano l'ambito di applicazione della legge sono state ripartite dalla dottrina in due elenchi. Il primo elenco composto dai diritti costituzionali oggetto del contemperamento (art.1 c.1) è dotato di tassatività; il secondo elenco (art.1 c.2) composto dai servizi essenziali, è qualificato come meramente esemplificativo. Spetta alla Commissione o alle parti sociali l'eventuale incremento di quest'ultimo. Nulla la legge dice

⁹ "Altro è *bilanciare* due principi, "soppesarli", per decidere quale dei due – avendo maggior "peso" o valore – debba essere applicato....., altro è *contemperare* due principi, ossia "mescolarli" nelle giuste proporzioni, così da trovare una sorta di macro-principio che, conciliandoli, li contenga entrambi". Cfr. R.GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 2011, p. 209

in ordine all'estensione dell'ambito di applicazione a strumenti dell'azione sindacale diversi dallo sciopero.

L'occasione di riflessione, su quest'ultimo aspetto, è data da una recente delibera di orientamento della Commissione, adottata il 6 aprile 2017 (n.17/108), in materia di assemblea in orario di lavoro, nella quale si afferma che all'assemblea legittima, tenutasi nel rispetto delle norme legali e contrattuali, e quindi, anche con la garanzia delle prestazioni indispensabili, può essere estesa la disciplina limitativa del diritto di sciopero, nelle ipotesi in cui l'assemblea "*appare consentire un utilizzo a mo' di equivalente funzionale dello sciopero*" e "*realizzare elusioni e aggiramenti della disciplina in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*". Tali forme sono "*in violazione del divieto di frode alla legge (art. 1344 c.c.)*". L'indagine sulla presunta condotta elusiva è condotta dalla Commissione mediante l'"*apprezzamento globale delle circostanze di fatto*". Una formulazione inquietante, giacché non declina affatto la specifica modalità di esercizio dell'assemblea che sarebbe di pregiudizio per i diritti degli utenti, bensì lascia alla Commissione un potere di intervento senza limiti sull'esercizio del diritto di cui all'art.20 St¹⁰.

Vale la pena di ribadire subito che l'assemblea costituisce esercizio della libertà garantita dall'art.39, c.1 Cost. e che il diritto dei lavoratori di riunirsi in assemblea, nell'unità produttiva in cui prestano la loro opera, è iscritto nell'art.20 St¹¹. Affermare, dunque, che <<il diritto di assemblea..... possa costituire una violazione del divieto di frode alla legge (art. 1344 c.c.)>>, non sembra sostenibile. Diritto di assemblea e diritti costituzionali sono valori normativi concorrenti a cui si applicano le tecniche ermeneutiche del bilanciamento tra diritti di rilievo costituzionale¹². L'esercizio di un diritto tutt'al più può configurarsi come abuso del diritto; non può, certo, prestarsi ad essere inquadrato nella categoria dei vizi della causa del contratto o dell'atto unilaterale (1324 c.c.)¹³. L'art. 1344 c.c., difatti, reputa illecita la causa qualora gli atti di autonomia privata costituiscano il mezzo per eludere la norma imperativa.

¹⁰ L'autorevolezza della Commissione si fonda anche su <<canoni obiettivi di giudizio volti a delimitarne la discrezionalità>> v. G GHEZZI, *Sul ruolo istituzionale della Commissione*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2002, p. 365

¹¹ Cfr.M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2018, p.178

¹² Cfr.LUIGI CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Cedam ,Padova 1943, ristampa Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014 p.75; E.SCODITTI, *Interpretazione e clausole generali*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso* a cura di D. Dalfino, Roma, 2016, p. 557 ss. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 409 ss

¹³ E.NAVARRETTA, *art.1344 – Contratto in frode alla legge*. in *Commentario del Codice civile* a cura di ENRICO GABRIELLI, col.I *artt.1321 -1349 c.c.* Utet, Torino, 2011 p.679 e ss

Vero è che il contratto collettivo può disciplinare le modalità dell'esercizio del diritto di assemblea, e, relativamente alla garanzia dei servizi minimi essenziali, può introdurre <<limiti, esterni, imposti dalla tutela di interessi prioritari o paritari confliggenti con il diritto (di assemblea), attraverso la delega (alla contrattazione collettiva) contenuta nell'ultimo comma del medesimo art. 20>> (Cass. civ. Sez. lavoro, 15-06-1994, n. 5799). A questo proposito, infatti, la delibera citata precisa che <<alla Commissione viene talvolta necessariamente richiesto di pronunciarsi sulla corretta interpretazione e applicazione>> del contratto collettivo. Solo la definizione di "limiti esterni", contenuti, negli atti negoziali di esercizio del diritto di assemblea, potrebbe, dunque, giustificare, la sanzione di cui all'art.1344 c.c. E, tuttavia, il ricorso all'art.1344 cc, anche in relazione ai predetti atti di autonomia privata, sembra del tutto infondato.

La più recente dottrina in materia, descrive la condotta elusiva di cui all'art.1344 c.c. come il risultato di un complesso di operazioni giuridicamente rilevanti finalizzate al raggiungimento di un risultato vietato da una norma e sottolinea la necessità di individuare nell'esperienza concreta le manifestazioni tangibili che indicano, con evidenza, l'intento elusivo di una norma imperativa <<al fine di raggiungere un risultato praticamente equivalente a quello vietato>>¹⁴. Ciò esclude che la condotta elusiva degli atti negoziali di esercizio dell'assemblea possa essere dedotta dall'apprezzamento discrezionale della Commissione di circostanze solo di fatto. In sostanza, il ricorso all'art.1344 c.c. presupporrebbe una precisa indicazione, da parte della Commissione, delle disposizioni della legge sull'esercizio del diritto di sciopero, ritenute estensibili anche all'esercizio del diritto di assemblea. Peraltro, si fa fatica a comprendere quali dovrebbero essere dette disposizioni. E' sufficiente leggere, le clausole, di disciplina dell'assemblea, di un qualsiasi contratto collettivo, per comprendere che

¹⁴ V. A.TORRENTE, P.SCHLESINGER, a cura di F.ANELLI, C.GRANELLI, *Manuale di Diritto privato*, 2017, Giuffrè p.622).La frode alla legge è generalmente definita dalla dottrina come vizio della causa, <<che si concreta in un abuso della funzione tipica del contratto: questo viene impiegato per un fine che contrasta con la funzione sociale (causa) che gli è propria>> Id, p.622. La nozione, che ha avuto largo impiego in funzione di protezione del lavoratore contro gli atti illeciti del datore di lavoro, è oggetto, tuttavia, di aspre dispute dottrinali che non possono essere richiamate, nemmeno approssimativamente, nell'ambito di questo scritto. Per una breve sintesi v. F.LONGBUCCO, *Sulla frode alla legge. L'attualità del pensiero di Luigi Carraro in occasione della ristampa de Il negozio in frode alla legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p.313 ss; V. anche C. CAMARDI, *Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contratti*, 2011, p.1044; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 258; E.NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano, 2006, p.71 ss;

l'assemblea impegna un arco temporale assai modesto di astensione dal servizio pubblico, ed è già ampiamente disciplinata nei contratti collettivi, i quali dispongono limiti di durata, preavviso, modalità e persino i periodi temporali di intervallo tra le assemblee.

Si deve anche sottolineare che gli atti di autonomia privata sono solo attuativi di modalità di esercizio del diritto di assemblea ulteriori rispetto a quelle già riconosciute dall'art.20 St. Pertanto ogni sindacato di merito sui motivi o sulle modalità di esercizio del diritto incontra i limiti rigorosamente dettati dall'art.20 St. che non consente interpretazioni restrittive del diritto di assemblea. <<Onde, se anche l'atto in questione ...fosse pure compiuto con l'intenzione di sottrarsi al divieto legale, ciò non basterebbe a ricondurlo sotto di questo e a giustificare la nullità>>¹⁵.

La delibera appare discutibile anche nella parte in cui attribuisce alla Commissione la competenza a valutare la legittimità delle clausole contrattuali, liberamente concordate tra le parti, in attuazione dell'art.20 Statuto, che appaiono <<consentire un utilizzo>> del diritto di assemblea <<a mo' di equivalente funzionale dello sciopero>>. Si tratta di una estensione dell'ambito di applicazione della legge, realizzata mediante un atto amministrativo, per una materia, l'assemblea, che ha fonte in norme costituzionali diverse dalla norma costituzionale dedicata al diritto di sciopero e, sulla quale, per effetto della legge attuativa, si radica la competenza della Commissione. Vi sono, dunque, sufficienti argomenti per affermare che ricorso all'art.1344 c.c., sia solo una operazione suggestiva per mascherare operazioni di estensione dell'ambito dei poteri della Commissione anche al diritto di assemblea. Anche, difatti, volendo accedere ad interpretazioni più "elastiche", fondate sull'esigenza di un ragionevole bilanciamento tra diritti all'occasione contrapposti, la tesi della Commissione non convince.

Invero, la delibera in esame sembra sostenere che la *ratio* della legge autorizzi la Commissione ad estendere il proprio intervento anche a diritti ed interessi che, comunque, si riflettano negativamente sugli utenti. Una estensione dell'ambito di applicazione della legge legittimata dagli effetti dell'assemblea sull'utenza. Così argomentando, molte altre fattispecie potrebbero rientrare nell'ambito del raggio d'azione del Garante: i disservizi, la sicurezza nei trasporti e persino le relazioni sindacali tra organizzazioni sindacali e impresa;

¹⁵ E.BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1994, p.379 ss

una estensione dell'ambito di applicazione della legge illimitata, che metterebbe in seria tensione l'intero impianto della disciplina sullo sciopero.

Una più ragionevole interpretazione dei poteri di intervento della Commissione sul diritto di assemblea, era stata raggiunta negli orientamenti precedenti la delibera in questione, i quali prevedevano l'intervento del Garante (delibera n.04/212; n.06/192; n.10/2003; verbale n.888 del 17/01/2011; verbale n.915 del 05/09/2011) solo nelle ipotesi di violazione delle fasce orarie di garanzia dei servizi minimi (verbale n.720 del 19/04/2007); dunque, un intervento "indiretto" ed oggettivo, assolutamente disinteressato all'accertamento delle motivazioni recondite dell'esercizio del diritto di assemblea e volto, solo, a sostenere, in modo coerente con la funzione della Commissione, l'osservanza delle clausole contrattuali a garanzia dei diritti degli utenti.

Da ultimo, una brevissima considerazione in ordine alla possibilità di inquadrare il presunto illecito esercizio del diritto di assemblea nella formula "abuso del diritto" (*v.infra* § 4), definito, dalla dottrina¹⁶, come una deviazione finalistica del diritto che, nel suo esercizio, viola i criteri generali di buona fede e correttezza e contraddice lo scopo per il quale è stato riconosciuto dall'ordinamento. La delibera in esame ipotizza circostanze in cui sia possibile rilevare la condotta abusiva delle rappresentanze sindacali, sia pure in un esercizio del diritto di assemblea del tutto legittimo e rispettoso delle forme e delle procedure stabilite dal contratto collettivo. Tale indagine, concretamente, può solo risolversi nell'azione di "controllo" della Commissione sui motivi, ad esempio, di indizione dell'assemblea. Ma i motivi - riconducibili alla materia di interesse sindacale o del lavoro (art.20 St.)- che determinano le rappresentanze sindacali alla convocazione dell'assemblea sono insindacabili, in quanto espressione della libertà sindacale garantita dall'art.39 c.1 cost. e, non sembra ammissibile che, il nostro sistema giuridico possa consentire ad una amministrazione di limitare la garanzia di un diritto di libertà, di così elevato rango¹⁷.

¹⁶ Cfr. P.RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, p.11 ss

¹⁷ La dottrina ha trattato il tema della configurabilità di un abuso del diritto da parte dei lavoratori ma in relazione a fattispecie in cui il diritto trova riconoscimento sociale nella definizione di caratteri tipici: la fruizione impropria di permessi e/o congedi (parentali, sindacali o di assistenza a parenti con handicap), l'uso strumentale della malattia per differire l'efficacia del licenziamento o sospendere le ferie, lo svolgimento di altra attività lavorativa nel periodo di malattia, la falsità della stessa malattia; tutte ipotesi che la dottrina configura come inadempimento della prestazione lavorativa per inesistenza del diritto alla sospensione del rapporto o per violazione dei canoni di buona fede e correttezza. Cfr. Cass sez.lav. 25/01/2016, n.1248, con nota di E.PUCETTI, *Il dipendente molesto: licenziamento per abuso del diritto*, in *Giur.it*, 2016, p. 2209

5. - L'autoritarismo nella definizione delle prestazioni indispensabili. La provvisoria regolamentazione per il trasporto pubblico locale - Il significato dell'istituzione della Commissione di garanzia si riassume nella sua funzione più significativa: la valutazione del risultato del contemperamento tra il diritto di sciopero e i diritti costituzionali della persona, raggiunto negli accordi di attuazione della legge.

Assicurare l'effettività del contenuto essenziale dei diritti costituzionali è un vincolo molto severo alla discrezionalità della Commissione, gli atti della quale, se impongono una misura delle prestazioni indispensabili, tale da alterare i rapporti di forza fra le parti contendenti, sino a rendere l'astensione dal lavoro potenzialmente improduttiva degli effetti desiderati dagli scioperanti, si pongono in contrasto con il principio di contemperamento.

A questo riguardo, i vincoli posti dalla legge al potere suppletivo della Commissione sono stati viepiù superati nella regolamentazione provvisoria dettata, di recente, nel settore del trasporto locale.

Il 23 aprile 2018 (delibera n.18/138) la Commissione ha adottato la Regolamentazione provvisoria del trasporto pubblico locale, con la quale ha sostituito esclusivamente la clausola relativa alla rarefazione (art.11, lett.b), prevista nell'Accordo nazionale del 28 febbraio 2018, faticosamente raggiunto dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro (dopo sedici anni di vigenza della Provvisoria regolamentazione del 2002).

La sostituzione che estende l'intervallo tra l'effettuazione di due azioni di sciopero fino a 20 giorni (nell'accordo del 28 febbraio 2018, i giorni sono 10), ha compromesso pesantemente, a favore della parte datoriale, l'equilibrio tra le parti raggiunto con l'accordo citato.

Una estensione abnorme, considerato, anche, che i 20 giorni si aggiungono all'intervallo previsto dalla norma di rarefazione "interna" dettata nell'accordo del 28 febbraio 2018 (art.8), secondo la quale *<<lo stesso soggetto....può procedere ad una nuova proclamazione solo dopo tre giorni dall'effettuazione dello sciopero precedentemente indetto>>*.

La Commissione, al fine di giustificare l'imposizione di un intervallo così esagerato, fa riferimento all'incremento della conflittualità dovuto alla frammentazione sindacale. E' un argomento "bizzarro", giacché l'incremento è dichiarato ma non è corroborato da dati verificati, in ordine all'impatto di detto incremento sul servizio di trasporto pubblico locale.

Dunque, il rischio è che si eserciti una compressione esagerata del diritto di sciopero non per salvaguardare la libertà di circolazione, bensì, per “mortificare” il pluralismo sindacale: invero, la frammentazione sindacale senza dubbio incide sulla dinamica delle relazioni industriali, occorrerebbe poi dimostrare concretamente come essa possa giustificare una compressione del diritto di sciopero. La frammentazione è il risultato della libertà sindacale, onde pretendere di ridurla, utilizzando la regolamentazione dello sciopero, significa inevitabilmente limitare la libertà di cui al comma 1 dell’art.39 Cost.

L’estensione abnorme dell’intervallo è stata imposta dalla Commissione in violazione delle regole di correttezza e trasparenza che dovrebbero ispirare, sempre, l’azione di organo garante di diritti costituzionali. Sono cadute, difatti, nel vuoto tutte le richieste sindacali alla Commissione di produrre i dati relativi alle ore di sciopero, distinte per ambito territoriale dell’utenza interessata, i dati sulla soppressione delle corse, sull’impatto sulla continuità del servizio. Tutti dati che sarebbero stati necessari alla dimostrazione della insufficienza della misura dell’intervallo, prevista dall’accordo del 28 febbraio 2018, ai fini del contenimento.

Nel settore dei trasporti pubblici locali (TPL) gli scioperi effettuati in relazione a tutte le dimensioni (nazionali, locali, aziendali) sono stati 199 nel 2018 (fino al 31 ottobre 2018), 318 nel 2017; 368 nel 2016; 377 nel 2015; 331 nel 2014. Nel TPL, dunque, l’andamento delle azioni di sciopero non registra alcun incremento, anzi semmai una sensibile riduzione.

D’altra parte la continuità del servizio è già garantita dalle prestazioni indispensabili.

Ebbene, in forza dell’accordo in questione, il primo sciopero nel TPL deve avere una durata di 4 ore e deve osservare le fasce orarie di servizio completo, previste dalla provvisoria regolamentazione, in genere dall’inizio del servizio fino alle 8,30 e dalle 17 alle 20. Il secondo sciopero è quasi impossibile per effetto della regola della rarefazione, così come applicata dalla Commissione (*supra*, § 3), che obbliga, i soggetti collettivi, alla ricerca di una data libera nel calendario degli scioperi pubblicato sulla pagina web del Garante¹⁸. L’accordo del 28 febbraio 2018 ha, inoltre, incrementato i tempi delle operazioni per la riattivazione del servizio (cosiddetti tempi cuscinetto), tra la fine dello sciopero e l’operatività del servizio, per consentire la sicura ed immediata fruizione del trasporto pubblico.

¹⁸ V. <https://www.cgsse.it/>

L'apodittico dichiarato incremento della conflittualità non supportato da riscontri statistici, impedisce ogni accertamento sulla corretta applicazione del principio del contemperamento, cardine della disciplina limitativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. In assenza di riscontri è, infatti, impossibile individuare la misura del contemperamento tra il diritto di libertà di circolazione e il diritto di sciopero. Vale la pena di sottolineare, peraltro, che l'aumento di conflittualità, nel senso di un aumento della proclamazioni di sciopero, non si risolve in una automatica maggiore compressione dei diritti degli utenti, fenomeno questo che richiede riscontri certi, calcolati sui dati dell'impatto dello sciopero sulla libertà di circolazione.

Inedita, infine, è la modalità deliberativa della disciplina attuativa della legge nel settore del trasporto locale oggi vigente, la quale si compone della valutazione di idoneità dell'accordo del 28 febbraio 2018 concluso tra Asstra, ANAV, Agens e le organizzazioni sindacali FILT-CGIL, FIT-CISL, UILtrasporti e UGL e della Regolamentazione provvisoria adottata dalla Commissione il 23 aprile 2018. Si tratta di un provvedimento atipico, adottato in violazione della forma prescritta dall'art.13 c.1 lett.a), che attribuisce alla Commissione solo il potere di una <<proposta sull'insieme delle prestazioni, procedure e misure da considerare indispensabili>>, da trasformare in provvisoria regolamentazione, una volta esperita la procedura di consultazione con le parti sociali. Come ha sottolineato la Corte costituzionale (n.344/1996) la Commissione <<non ha poteri correttivi o modificativi degli accordi stipulati>>. Può, con <<specifica motivazione>>, dichiarare l'accordo inidoneo e sottoporre alle parti una sua proposta <<sull'insieme delle prestazioni, procedure e misure da considerare indispensabili">>¹⁹.

La sostituzione di una clausola dell'accordo il cui contenuto è requisito essenziale, ai fini del consenso prestato dalle parti, costituisce una violazione della libertà sindacale di cui all'art.39, c.1, Cost e dei principi generali dell'ordinamento, che vietano una selezione *à la carte* delle clausole di un contratto collettivo. Il rilievo è da mettere in stretto collegamento con la speciale finalità voluta dal legislatore, nell'art.1, c.2 della legge, di assicurare l'effettività, del

¹⁹ La problematica degli accordi che presentino elementi di inidoneità era già stata affrontata e risolta dalla Commissione nell'indicazione "di evitare valutazioni di idoneità parziale e di procedere alla formulazione di una proposta, ai sensi dell'art. 13, lett. a), della legge citata, salvi i casi risolvibili in via interpretativa". Verbale della Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, n. 410 del 1.02.2001

contenuto essenziale del diritto di sciopero nell'equilibrio contrattuale tra le parti sociali che, di contro, la clausola imposta dalla provvisoria regolamentazione, altera significativamente. La Commissione può solo dimostrare l'incongruenza della clausola concordata dalle parti, rispetto alle finalità di effettività del diritto alla libertà di circolazione degli utenti. Evidenza, questa, che dalla delibera non risulta.

Il semplice "disagio" degli utenti, dovuto alla successione, anche a cadenze ravvicinate, delle proclamazioni per effetto della frammentazione sindacale, non legittima l'adozione di una disciplina eccessivamente limitativa dell'esercizio del diritto di sciopero e non è consentita nemmeno al legislatore²⁰. Attraverso l'interpretazione sistematica non si può rilevare alcun vantaggio, difatti, nel confronto, del diritto dell'utenza rispetto al diritto di sciopero, <<perché diritto della persona è innegabilmente anche il diritto di sciopero>>. Vero è che l'art.40 della Cost. prevede che il diritto di sciopero si eserciti nell'ambito delle leggi che lo regolano, ma ciò non può condurre ad "un'incondizionata delega" al legislatore del compito di regolare il diritto di sciopero, che significherebbe "una decostituzionalizzazione del diritto di sciopero". Compito del legislatore non può che essere semplicemente compositivo delle diverse esigenze dei lavoratori e degli utenti << ma pur sempre rispettoso del valore sociale a cui il legislatore costituzionale ha inteso elevare lo sciopero>>²¹.

6. – La funzione degli strumenti di prevenzione del conflitto. Il caso Ryanair. La vicenda Ryanair è emblematica di un certa inspiegabile resistenza della Commissione ad agire con gli strumenti previsti dalla legge nella fase di prevenzione del conflitto. Per una migliore comprensione della vicenda è utile una breve sintesi dei fatti.

Il 13 dicembre 2017 la Ryanair reagiva allo sciopero proclamato dall'organizzazione sindacale ANPAC per il 15 dicembre 2017, intimando ai piloti e agli assistenti di volo di non aderire allo sciopero, e minacciando i lavoratori "disobbedienti", di pesanti riduzioni dei trattamenti retributivi e normativi, già previsti nei contratti individuali dei dipendenti. Il 14 dicembre 2017 il Presidente della Commissione, sulla stampa, minacciava di sanzionare il comportamento della Ryanair giacché suscettibile di determinare "l'insorgenza o

²⁰ "L'obbligo di assicurare le prestazioni minime costituisce la sola restrizione legittima al diritto di scioperare" V.BAVARO, *Contro la titolarità maggioritaria....cit*, 2018, p. 621

²¹ A.FALZEA, Relazione al Convegno su *Responsabilità delle istituzioni ed autonomia collettiva* tenutosi al CNEL il 27 novembre 2007, in *Rassegna sindacale* supplemento al n.24/2009

l'aggravamento del conflitto" (in sostanza minacciava l'applicazione dell'art.13,c.1,lett.h della legge). Contestualmente le organizzazioni sindacali FILT-CGIL e FIT-CISL chiedevano, con una istanza, l'intervento del Garante per obbligare la compagnia al rispetto della legge, e, quindi, a concordare con le organizzazioni sindacali una disciplina attuativa della legge.

Con successiva nota del 12 /01/2018 la Commissione, mediante il mero invio alle organizzazioni sindacali di una delibera risalente al 16 febbraio 2017, affermava che le proclamazioni di sciopero indette non necessitavano di interventi da parte della Commissione, così lapidariamente dando risposta alle richieste delle organizzazioni sindacali. In realtà, la predetta delibera (n.17/31) riportava in dettaglio le informazioni rese dalla Ryanair, secondo la quale il rapporto di lavoro dei dipendenti della compagnia è regolato dalla leggi irlandesi e le astensioni proclamate dalle organizzazioni sindacali italiani non possono aver alcun riflesso sull'utenza. La Commissione si è accontentava della risposta della compagnia, e deduceva "*per facta concludentia*" (*sic* !), l'acquiescenza da parte della Ryanair alla disciplina di settore. In altre parole, per il Garante, le informazioni, ricevute dalla compagnia irlandese, soddisfacevano l'intero apparato di norme a garanzia dei diritti costituzionali degli utenti e dei lavoratori, previsto dalla legge. Non solo, la Commissione consentiva alla compagnia di sottrarsi alle procedure di raffreddamento e di conciliazione, e sosteneva l'inutilità dell'intervento, previsto dalla legge, dell'Autorità amministrativa in sede conciliativa ²², non essendo la Ryanair, soggetta alla legislazione italiana.

Il Garante consentiva, anche, alla compagnia irlandese di sottrarsi agli obblighi di comunicazione all'utenza, e di trattativa con le organizzazioni sindacali sui contingenti di personale a presidio della garanzia delle prestazioni indispensabili e faceva proprio il giudizio prognostico, circa il grado di adesione allo sciopero, unilateralmente fornito dall'azienda. Inoltre, la Commissione qualificava le astensioni collettive, riguardanti il servizio svolto nel territorio nazionale dal vettore irlandese, "forme alternative di azione sindacale" (art.33), dalle quali, dunque, non derivano conseguenze alla tutela dei diritti. Disponeva, infine, per la Ryanair una disciplina "*ad hoc*" ed una applicazione solo parziale, precisamente gli articoli 4 (preavviso), 6 (revoca tempestiva) e 7 (durata massima delle azioni di sciopero), delle norme

²² Di parere opposto è l'Amministrazione interessata che, il 27 novembre 2017, esperisce la procedura di conciliazione presso il Ministero del lavoro come previsto dalla legge

della Regolamentazione provvisoria del trasporto aereo (v. Delibera n. 14/387 del 13 ottobre 2014).

La Commissione veniva sconfessata immediatamente. Revocato lo sciopero indetto per il 15 dicembre 2017, difatti, la Ryanair, riconosceva la rappresentanza dall'ANPAC e iniziava con la medesima una trattativa, giunta a conclusione il 28 agosto 2018, con la sottoscrizione del primo contratto collettivo di lavoro per i dipendenti della società Ryanair. Il 20 luglio 2018, inoltre, la Ryanair firmava un accordo di riconoscimento dell'organizzazione sindacale FIT CISL e apriva le trattative per la negoziazione del contratto collettivo per gli assistenti di volo insieme alla FIT CISL e all'ANPAV. Il 5 febbraio il Tribunale di Busto Arsizio e, nel marzo 2018, il Tribunale di Bergamo, infine, riconoscevano, su ricorso della FILT-CGIL, il comportamento discriminatorio della Ryanair (art.28 d.lgs n.150/2011).

Insomma, sul comportamento della Ryanair la Commissione ha tenuto un comportamento inspiegabile, rinunciando ad esercitare i suoi poteri di intervento in funzione di prevenzione e di controllo sul comportamento datoriale.

L'inerzia della Commissione sulla condotta della Ryanair è emersa, con particolare evidenza, a seguito anche del riconoscimento, da parte Tribunale di Bergamo, del danno punitivo in favore della FILT-CGIL e, quindi, del risarcimento del danno per violazione del diritto a non subire discriminazioni. Il risarcimento aggiuntivo, derivante da illecito civile, con il quale il Tribunale ha inflitto alla Ryanair il pagamento di una somma superiore a quella strettamente necessaria a reintegrare il danno, assolve ad una funzione preventiva-deterrente e punitiva sanzionatoria e risponde al fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti costituzionali. Di contro il Garante, a cui la legge ha affidato l'attuazione di una disciplina limitativa del diritto di sciopero a protezione del contemperamento tra diritti costituzionali, ha omesso di contestare alla Ryanair la violazione dell'obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali le misure attuative della disciplina sull'esercizio di sciopero nel trasporto aereo, per astensioni proclamate da soggetti collettivi italiani e ha adottato, con un provvedimento "fantasioso", a beneficio della compagnia, una disciplina meno rigorosa, rispetto alla disciplina imposta agli altri vettori. Una decisione incomprensibile a cui è seguito il dovuto ravvedimento il 6 dicembre 2018 (delibera n.18/352). La Commissione, difatti, ha revocato la delibera n.17/31, ed ha deciso anche per la Ryanair la integrale applicazione della provvisoria regolamentazione per il trasporto aereo (delibera n.14/387).

7. – *Conclusioni* – Dalla produzione della Commissione, sommariamente esposta per esemplificazioni, sembra possibile ricavare alcune osservazioni conclusive.

Le esperienze sopra raccontate, denunciano un'applicazione del principio del temperamento irragionevole e piuttosto orientata a proteggere gli utenti, a discapito dell'esercizio del diritto di sciopero.

In particolare, le deliberazioni della Commissione in ordine al caso Ryanair rivelano un certa resistenza del Garante all'esercizio delle funzioni, contenute nell'art.13, c.1 lett. c), g), h). Si tratta di norme definibili come strumentali alla corretta applicazione del principio di temperamento²³. Esse, difatti, sono orientate a raccogliere le informazioni utili alla rappresentazione del contesto nel quale il conflitto insorge, e le cause di insorgenza delle controversie collettive, ma non solo. Tali funzioni, svolte nel rispetto dell'autonomia delle parti sociali, potrebbero condurre a forme di reale raffreddamento dei conflitti e ad un maggiore grado di socializzazione delle ragioni delle astensioni.

Il mancato esercizio delle funzioni sopra descritte può, come insegna il caso Ryanair, tradursi in inerzia e costituire una violazione dei doveri di correttezza e buona amministrazione (art. 97 della Costituzione). In determinate circostanze i contenuti delle norme "strumentali", difatti, possono costituire un criterio di valutazione della legittimità delle manifestazioni della potestà discrezionale della Commissione²⁴.

Assumendo come punto di partenza le distinte posizioni soggettive, emerge che i diritti e gli interessi considerati dalla legge sono disciplinati da una struttura a competenza trilaterale: il soggetto collettivo, espressione del diritto di sciopero dei singoli lavoratori; le amministrazioni e le imprese, interessate a mantenere l'efficienza della propria organizzazione in occasione di sciopero; la Commissione che è il garante del temperamento tra il diritto di sciopero ed i diritti costituzionali.

²³ L'indipendenza della Commissione <<sta soprattutto in una peculiare caratteristicaquella di non esercitare poteri amministrativi in senso proprio>>, nei compiti che non hanno effetti provvedimenti, <<direttamente modificativi, costitutivi o estintivi di situazioni soggettive di diritto o di interesse legittimo>> v. M.D'ANTONA, *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 417 ss..

²⁴ Per l'aspetto relativo alla funzione della Commissione nell'esperimento delle procedure di raffreddamento e di conciliazione cfr. M.GRANDI, *Sciopero, prevenzione del conflitto e servizi pubblici essenziali*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1999, p. 257 ; G.GHEZZI, *La Commissione di garanzia tra politiche di prevenzione e poteri sanzionatori: spunti per la riflessione*, in *Riv.giu.lav*, 2003, p.495 ss.

Gli utenti sono attori non protagonisti²⁵. Sono le parti sociali e la Commissione che, rispettivamente, negli accordi attuativi e nelle provvisorie regolamentazioni decidono le regole nell'interesse degli utenti.

E' evidente che ogni limite al diritto di sciopero si traduca in un vantaggio per l'amministrazione o l'impresa. In taluni casi, addirittura, anche lo sciopero può tradursi in un vantaggio per i datori di lavoro. Si pensi agli scioperi per mancata corresponsione della retribuzione, che hanno origine nelle difficoltà finanziarie, sofferte dalle aziende del settore dell'igiene urbana, a causa dei crediti non esigibili dovuti da comuni in dissesto. Lo sciopero può esercitare una pressione sull'opinione pubblica tale da indurre i comuni a sbloccare gli importi dovuti.

La dinamica limite-vantaggio, del resto, è il fisiologico risultato di ogni situazione nella quale due diritti costituzionali entrano in conflitto. La legislazione nazionale è, peraltro, ricca di disposizioni che attribuiscono alle Autorità indipendenti poteri "normativi" tali da condizionare, in modo pervasivo, i contenuti dell'autonomia contrattuale, e gli esempi sono numerosi (Consob, AGCM..). Non stupisce, dunque, che anche alla Commissione sia consentito modificare, integrare, innovare i contenuti contrattuali.

Tuttavia, non bisogna dimenticare che le ragioni giustificatrici della attuale disciplina dello sciopero nei servizi pubblici sono collegate non alla generica posizione di protezione dell'utente del servizio pubblico, bensì ad una porzione molto più ristretta della relazione dell'utente con il servizio pubblico: quella che emerge nella compressione del contenuto minimo dei diritti costituzionali elencati nell'art.1. Parimenti, non vi è dubbio che la legge protegga anche il "contenuto minimo" del diritto di sciopero. Il punto più difficile è stabilire quale sia il contenuto minimo del diritto stesso.

L'espressione contenuta nell'art.1,c.2 della legge: l'effettività del contenuto essenziale, dei diritti costituzionali²⁶, richiama la teoria del "contenuto minimo" o "essenziale" dei diritti (Wesensgehalt)²⁷, come nucleo incompressibile dei diritti, che trae origine dall'art.

²⁵ Cfr. G.GAROFALO, *Del valore giuridico della proposta della Commissione di garanzia ovvero del dovere professionale di essere 'loici'* (Cassazione, 20 marzo 1999, n.2625), in *Riv.giu.lav*, 1999, p. 701 ss.

²⁶ Per un esame delle esperienze costituzionali europee sul tema dei diritti fondamentali cfr. A.DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa 2016* <https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/>

²⁷ La tecnica del bilanciamento è inadeguata alla corretta applicazione della l.n.146/90. Il bilanciamento tecnico interpretativo propria della Corte Costituzionale, si applica tra due diritti conflitto, in relazione ad un equilibrio già fissato dal legislatore. Nella legge sullo sciopero nei servizi essenziali l'equilibrio è direttamente

19, secondo comma della Legge fondamentale tedesca del 1949, con l'obiettivo di tracciare un limite assoluto alla restrizione di un diritto fondamentale. Si tratta di stabilire se l'effettività del contenuto minimo consista in una misura fissa ed inviolabile o se tale contenuto possa trovare una dimensione concreta nell'applicazione del principio di proporzionalità. Certo è che la legislazione vigente dimostra che i diritti fondamentali non si applicano incondizionatamente, ma possono essere dalla legge limitati per motivi di interesse pubblico. Il diritto di sciopero, se entra in conflitto con altri diritti, può essere sottoposto a dinamiche vincolanti e ad applicazioni flessibili, affinché il suo esercizio possa trovare soluzioni socialmente compatibili. Si tratta peraltro di soluzioni che, in ogni caso, devono essere giustificate dalla protezione di un altro diritto fondamentale e proporzionate al fine legittimo perseguito. La letteratura scientifica non ha offerto, ad oggi, conclusioni univoche ai fini della determinazione del contenuto minimo²⁸, anche se la giurisprudenza costituzionale offre una chiave di lettura significativa, nel senso di affermare che contenuto del diritto e modalità del suo esercizio non sono profili distinguibili, e il diritto è violato anche nell'ipotesi in cui le modalità del suo esercizio siano eccessivamente penalizzanti (sent. 307/1990). E' da queste premesse che conviene muovere verso una definizione del contenuto minimo soddisfacente.

fissato dalle parti sociali ed è strettamente dipendente dalla organizzazione del servizio data, dunque, è sempre variabile, continuamente costringendo l'interprete del contemperamento alla ricerca di un equilibrio. Per intenderci, se ad esempio, il servizio di trasporto pubblico fosse assicurato non solo dall'ATAC ma anche da un'azienda concorrente lo sciopero in ATAC potrebbe godere di limiti più contenuti, in relazione alla possibilità del servizio alternativo offerto dall'azienda concorrente.

²⁸ Il riferimento non è alla letteratura scientifica sul riconoscimento dei diritti sociali nell'ordinamento nazionale e sovranazionale, bensì alla dottrina che ha studiato il tema dell'attuazione dei diritti costituzionali nei rapporti interpretati. La clausola generale del contenuto minimo dei diritti, come misura minima non sacrificabile, neanche in funzione di altri principi costituzionali è conseguente all'idea della inesistenza di una scala gerarchica tra i diversi diritti costituzionali e dell'affermazione del pluralismo dei valori come principio ordinante per dirimere i conflitti tra i diritti. Sul tema, letture essenziali sono gli studi di L.MENGGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, 1982 in *Riv.trim.dir.proc.civ.p.*1117; Id, *Fondata sul lavoro*, in M.NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro pluralismo sociale*, 1988, Vita e pensiero, Milano, p.13; Id, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in C.CASTRONOVO, A.ALBANESE, A.NICOLUSSI, (a cura di), *Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, Milano 2011, p.255; G.ZAGREBELSKY, *Il diritto mite, Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 11. Più di recente cfr. A.GIORGIS, *La Costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, 1999, Jovene, Napoli, p.162; D.MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, 2012 Giappichelli, Torino, p.167; I.MASSA PINTO, *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p.1095, P.LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, 2016, Giappichelli, Torino, p.93.

Innanzitutto, vale la pena di riaffermare che il potere di intervento del legislatore incontra il limite dell'esercizio del diritto di sciopero²⁹. L'iconografia costituzionale, segnata dalla stretta correlazione tra art.40 e art.3 c.2 Cost, non consente interventi sulla titolarità del diritto di sciopero, cioè sulla dimensione soggettiva. Del resto, il diritto è fondamentale in quanto delimita l'ambito del potere legislativo. Insomma, il diritto di sciopero non può essere negato a nessuno. <<Ma anche l'aspetto dell'efficacia funzionale dello sciopero>>³⁰ appartiene al grado di protezione più elevato offerto dall'art.40 Cost.

Una volta stabilito il nesso indissolubile tra modalità di esercizio ed effettività del diritto, la dottrina del contenuto minimo, tuttavia, non sembra offrire una soluzione convincente nella determinazione del nucleo inviolabile del diritto di sciopero, perché, si tratta, di una dottrina volta a risolvere il bilanciamento tra due diritti fondamentali che sono in relazione diretta. Il diritto di sciopero, di contro, entra in collisione con i diritti degli utenti solo indirettamente, essendo geneticamente diretto contro il datore di lavoro. Per meglio spiegare: buone relazioni sindacali non generano conflitti e, quindi, non danno luogo ad occasioni di compressione dei diritti costituzionali. Anche il principio di proporzionalità applicato nella relazione tra due diritti fondamentali, può rivelarsi insufficiente nella comprensione del nucleo "intangibile" dello sciopero. La misura proporzionata in relazione ai diritti degli utenti può essere, comunque, lesiva del diritto di sciopero³¹.

Una prospettiva ermeneutica validamente percorribile sembra emergere dal monito di Piero Calamandrei. <<Se a forza di limitarne gli scopi e complicarne le procedure con meccanismi ritardatori lo sciopero venisse ad esser ridotto innocuo per gli imprenditori e quindi irrisorio per i lavoratori, esso perderebbe quell'ufficio di strumento stimolatore del miglioramento sociale delle classi lavoratrici, in vista del quale la Costituzione l'ha riconosciuto>>³².

²⁹ Sulla disciplina attuativa della l.n.146/90 con particolare riguardo agli accordi ed alle provvisorie regolamentazioni cfr. C.LA MACCHIA, *Lo sciopero nei servizi essenziali tra autorità e libertà*, 2008, Ediesse, Roma

³⁰ P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in Riv.Giur.Lav., 1952, p.243

³¹ Secondo V.BAVARO, *Contro la ...cit*, 2018,7 "col principio di proporzionalità dobbiamo giustificare la limitazione del diritto di sciopero". L'opinione non è condivisibile perché, il principio di proporzionalità, adottato *sic et simpliciter*, non consente di definire correttamente il contenuto minimo del diritto di sciopero, ripetendo uno schema di contrapposizione diretta tra diritti costituzionali, giuridicamente inesistente. Anche la dottrina del <<minor sacrificio possibile dei due diritti in conflitto >> v. M.V. Ballestrero Sub artt. 12-14, 1999, cit.p.955) richiama il principio di proporzionalità e può non essere sufficiente a garantire l'effettività del diritto di sciopero.

³² P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale cit.*, p.243

Il contenuto minimo va quindi riguardato in relazione al valore costituzionale del diritto di sciopero e concretamente ravvisato nell'efficacia che, a causa dell'intervento della Commissione, può ridursi fino al punto di vanificare l'esercizio del diritto³³.

L'efficacia del diritto di sciopero, dunque, è il criterio ermeneutico di controllo della legittimità delle regole attuative della legge³⁴. Non si tratta della difesa della titolarità individuale del diritto di sciopero, bensì, della difesa di valori che sono insieme la cifra democratica ed il collante di un ordinamento che si articola su vincoli reciproci di solidarietà. Così osservato il contenuto minimo è una misura oggettiva non più confusa nello schematismo di un soggettivismo inconcludente, tra lavoratore titolare del diritto di sciopero e utente titolare del diritto al servizio pubblico essenziale. Il contenuto minimo, difatti, trova specificazione nel riconoscimento sociale della correlazione dell'art.40 Cost con il principio di uguaglianza sostanziale (art.3, c.2, Cost.) ed assume natura immediatamente precettiva, efficace *erga omnes*, indisponibile ad ulteriore compressione e limitazione di esercizio

La concreta individuazione del contenuto minimo sarà, dunque, il risultato dell'esame condotto su due profili differenti ma complementari. Il primo è relativo alla definizione di misure di attuazione della legge che non neutralizzino l'efficacia dello sciopero, cioè il nucleo intangibile del diritto. Il secondo profilo attiene alla verifica di conformità delle misure individuate dalle parti sociali, alle finalità di garanzia del contenuto minimo dei diritti costituzionali interessati dall'azione di sciopero. Un controllo di congruità tra la legge ed i suoi fini.

Il riconoscimento sociale dei valori, dunque, è il fondamento della solidarietà e di una visione che trova nella effettività la garanzia dei diritti.

La vicenda della rarefazione tra le azioni di sciopero (*supra* § 3), valutata con i criteri sopra definiti, risulta di maggiore leggibilità e spiega le ragioni per le quali, l'indicazione preventiva della Commissione sull'intervallo, se realizza un vantaggio solo per i datori di lavoro,

³³ Sulla necessità di adottare una tecnica di contemperamento che sia a salvaguardia anche della funzione del diritto di sciopero nell'ambito dei valori costituzionali cfr. G.GIUGNI, *L'esperienza della Commissione di garanzia nell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali in "Studi in onore di Giorgio Ghezzi"*, 2005, Cedam, Padova, p.839 ss.

³⁴ Garofalo, già nel suo scritto del 1999, segnalava, con argomenti molto convincenti, che le tecniche del contemperamento autoritative avrebbero portato alla parabola discendente dell'esercizio del diritto di sciopero. L'esperienza attuativa, purtroppo, ha dato ragione al compianto Maestro cfr. M.G.GAROFALO, *Del valore giuridico della proposta della Commissione di garanzia ovvero del dovere professionale di essere 'loici'* (Cassazione, 20 marzo 1999, n.2625), in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, p.701 ss.

procrastinando all'infinito l'azione di sciopero, sia illegittima, giacché lede il contenuto minimo dell'esercizio del diritto di sciopero e si risolve nella alterazione dei rapporti di forza tra le parti sociali.

Delineata la cornice ermeneutica entro la quale si concretizza il contemperamento, è possibile più agevolmente comprendere la funzione degli interventi di prevenzione e rappresentazione del contesto in cui ha origine il conflitto, affidati alla Commissione. L'approfondimento del contesto entro il quale insorge il conflitto è funzionale non all'esercizio del potere sanzionatorio, bensì alla promozione di regole di correttezza e trasparenza nelle relazioni industriali e nelle relazioni con gli utenti, in una declinazione della solidarietà espressa dai valori costituzionali come pratica quotidiana e non paternalisticamente calata dall'alto delle stanze della Commissione.

Gli utenti, ricevuta la corretta informazione sulle ragioni del conflitto, assumono la veste non di soggetto passivo rispetto alla dinamica della relazione conflittuale tra datore di lavoro e lavoratori, bensì di soggetto partecipe. Facile esempio è il conflitto sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, in relazione alle polveri sottili nella metropolitana di Roma.

Non si tratta di rispolverare lo sciopero virtuale, strumento verso il quale non si è formato il gradimento delle parti sociali. Piuttosto si tratta di sperimentare tecniche di negoziazione e procedimentalizzazione più efficienti e modellate sul tipo di controversia. Il conflitto, ad esempio, sul trasferimento d'azienda, sulla successione negli appalti, sulle imprese in crisi hanno tempi, caratteristiche ed anche soggetti molto diversi rispetto al conflitto sul rinnovo del contratto collettivo.

Per evitare di ledere il nucleo intangibile del diritto di sciopero è, dunque, necessario adeguare anche le regole attuative della legge alla tipologia della controversia collettiva (licenziamento collettivo, rinnovo del contratto collettivo, successione nell'appalto...).

Le funzioni di *soft law* della Commissione, offrendo l'opportunità di indagare sulle ragioni del conflitto, hanno rilievo giuridico significativo nella valutazione del comportamento dei soggetti sindacali in occasione di sciopero ai fini della irrogazione della sanzione. Esse, dunque, sia pure indirettamente, sono a garanzia del diritto di sciopero.

L'attività della Commissione che, in questi ultimi anni di applicazione, si è concentrata eccessivamente sull'aspetto repressivo, trascurando le norme che consentivano interventi di informazione e controllo, anche a monte della controversia collettiva, oltre ad aver impoverito i contenuti dell'azione della Commissione si è risolta, nel mancato rispetto del principio di

contemperamento, con grave danno sul buon funzionamento della legge che aspira, ad una regolazione dell'esercizio del diritto di sciopero, nel più ampio spettro dei valori enunciati nella Carta costituzionale.

