L'ATTIVITÀ PARANORMATIVA DELLA COMMISSIONE DI GARANZIA DI CUI ALLA L. N. 146/1990, TRA DIRITTO DELLO STATO E DIRITTO DEI PRIVATI

di *Marco Olivetti* *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sistema delle fonti in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali. – 3. Il procedimento tipico per l'individuazione delle prestazioni indispensabili. – 3.1. Natura ed efficacia degli accordi valutati idonei dalla Commissione di garanzia. – 3.2. Il vincolo prodotto dagli accordi per il giudice. – 4. Le proposte sostitutive della Commissione di garanzia. – 4.1. L'efficacia per il giudice delle proposte della Commissione. – 5. Un modello di regolazione ispirato al principio di sussidiarietà?

1. *Premessa*

Sono largamente noti, perché oggetto di numerosi studi, soprattutto nella dottrina giuslavoristica, l'ispirazione di fondo della l. n. 146/1990 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali e il quadro costituzionale nel quale tale disciplina si colloca. La individuazione dei limiti al diritto di sciopero, rinviata dall'art. 40 Cost. ad una legge di attuazione, è stata affidata, nella prassi – in presenza di una inattuazione della «riserva» di legge protrattasi per oltre quattro decenni – ad un contemperamento tra il diritto di sciopero e i diritti della persona potenzialmente in conflitto con esso, da operarsi in sede giurisdizionale; e ciò con un intervento a due livelli: ad opera della Corte costituzionale, in sede di fissazione dei criteri generali del contemperamento, e ad opera del giudice ordinario, chiamato ad applicare tali criteri *ex post* [1], nono-

---

* Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico nella Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

[1] M. PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto del lavoratore a scioperare*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 17.

stante la distanza tra il parametro costituzionale e la estrema varietà delle situazioni da regolare [2]. Proprio il criterio del contemperamento è stato ereditato dalla l. n. 146/1990, che non ha peraltro adottato norme di diretta regolazione della materia [3], ma ha delineato il «programma» al quale altri soggetti avrebbero dovuto fare riferimento per calare nella realtà concreta il contemperamento stesso. È dunque condivisibile il rilievo di chi ha sottolineato che la l. n. 146/1990 si è servita di una tecnica normativa «mista», facendo ricorso ad un numero limitato di norme «materiali», volte cioè a fissare direttamente i limiti al diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, e prevedendo, in prevalenza, norme finalistiche e di principio, organizzative e procedimentali [4]: la l. n. 146/1990, quindi, non contempera direttamente lo sciopero con i diritti della persona potenzialmente confliggenti con esso, ma individua le sedi nelle quali tale contemperamento deve aver luogo. Da quest'ultimo punto di vista, due sono i «poli» attorno ai quali la disciplina legislativa si snoda: il rinvio all'autoregolazione collettiva (norme procedimentali) da parte delle «parti sociali» (sindacati dei lavoratori ed imprese erogatrici dei servizi pubblici essenziali); il ruolo della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge (norme organizzative), una autorità indipendente chiamata a integrare l'autoregolazione collettiva con una funzione di supporto, stimolo e controllo.

A tale Commissione, la l. n. 146/1990 ha affidato lo svolgimento di attività (e quindi l'adozione di atti) che possono essere raggruppati in due principali «famiglie» [5]:

a) attività attuative della legge, le quali sfociano in atti classificabili come «paranormativi», in quanto concorrenti alla formazione di *standards* di comportamento: la produzione delle regole sulle prestazioni indispensabili (si

---

[2] A. D'ATENA, *Costituzione e autorità indipendenti: il caso della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Lavoro e diritto*, 1996, 770 e 771.

[3] A parte le norme sul preavviso minimo e sulla indicazione della durata dello sciopero (art. 2, cc. 1° e 5°).

[4] Per questa impostazione A. D'ATENA, *Costituzione ed autorità indipendenti*, cit., 771-774 e ID., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir.,* agg. III, 949.

[5] Utilizzo in questa sede, intrecciandoli, i criteri proposti da A. D'ATENA, *Costituzione ed autorità indipendenti*, cit., 768 e dalla quarta relazione (24 gennaio 1992-28 luglio 1992) della Commissione di garanzia (est. lo stesso D'Atena), pubblicata in COMMISSIONE DI GARANZIA DELL'ATTUAZIONE DELLA LEGGE SULLO SCIOPERO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali nelle relazioni ai Presidenti delle Camere*, Colombo, Roma, 1996, 23 ss. Si v. anche gli spunti di S. CASSESE, *La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: una prima valutazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, 405.

tratta del concorso alla elaborazione degli accordi sulle prestazioni indispensabili e della loro valutazione);

b) attività applicative della legge, le quali danno luogo ad atti «paraamministrativi» o «paragiurisdizionali», in quanto consistenti in valutazioni di comportamenti (posti in essere dai lavoratori in sciopero e, soprattutto, dalle loro organizzazioni sindacali) alla stregua degli *standards* di comportamento: il controllo sul rispetto delle regole legali e contrattuali da parte dei soggetti vincolati dagli *standards* sopra menzionati [6].

È quindi evidente che la concentrazione di tali tipologie di attività e di atti in capo ad un medesimo organo determina una tensione non tanto con il principio di legalità, inteso come esigenza di distinguere tra il disporre in generale e in astratto e il provvedere in concreto (lo scarto e la raffrontabilità, che sono elementi indefettibili del principio, sono infatti presenti nel caso in esame), quanto con il principio di separazione [7], poiché entrambe tali attività sono svolte dallo stesso organo, sia pure in fasi diverse.

In questa sede si considererà solo il primo dei due profili sopra menzionati, prendendo in esame l'attività con la quale la Commissione di garanzia per l'attuazione della l. n. 146/1990 concorre alla produzione di regole generali ed astratte, salvo poi valutare se le «norme» in questione siano tali alla stregua dell'ordinamento giuridico statale o siano parte del «diritto dei privati», che con il primo si intreccia incessantemente, pur rimanendone distinto [8].

2. *Il sistema delle fonti in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*

Gli atti «paranormativi» della Commissione di garanzia si inseriscono in un sistema di «fonti» (per ora in senso atecnico [9], non nel senso di fonti del

---

[6] Alle attività applicative della legge 146 possono essere ricondotte, oltre alla valutazione di comportamenti, le attività consultiva e referente.

[7] In questo senso v. ancora A. D'ATENA, *Costituzione ed Autorità indipendenti*, cit., 768.

[8] Per questa contrapposizione v. da ultimo P.F. GROSSI, *Considerazioni introduttive per uno studio sulle fonti*, III ed., La sapienza editrice, Roma, 1998, 8.

[9] Questa accezione è invero molto diffusa, specie tra gli studiosi di diritto del lavoro: cfr. U. ROMAGNOLI, *Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Lavoro e diritto*, 1991, 550; M.V. BALLESTRERO, *Il sistema delle fonti. Le prestazioni indispensabili*, in U. ROMAGNOLI-M.V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Comm.*

diritto italiano) di regolazione del diritto di sciopero, che si rivela complesso da tre punti di vista:

a) per i diversi tipi di atti che concorrono a regolare le prestazioni indispensabili in caso di sciopero: la legge stessa; gli accordi; le determinazioni unilaterali: i codici di autoregolamentazione [10], i regolamenti aziendali, gli ordini di servizio; le proposte della Commissione di garanzia;

b) per la diversa modalità di regolazione prevista nell'impianto originario della legge per il pubblico impiego da un lato e per il rapporto di lavoro privato dall'altro;

c) per i diversi livelli di intervento: se, apparentemente, la legge fa riferimento solo ad un livello aziendale di contrattazione (laddove, all'art. 2, c. 2°, parla di «amministrazione» e di «impresa erogatrice» come parti datoriali contraenti), dalla prassi si desume l'esistenza di diversi livelli di negoziazione – e quindi di regolazione: nazionale, regionale, locale; di categoria, di settore, aziendale [11].

Possiamo elencare tre atti della Commissione che contengono prescrizioni generali e astratte o concorrono a formarle (atti cioè sostanzialmente normativi), il cui regime sarà preso in esame in questa sede:

– la valutazione di idoneità dei contratti collettivi volti a stabilire le prestazioni indispensabili in caso di sciopero (art. 2, c. 4°, e art. 13, c. 1°, lett. *a*));

– la proposta sostitutiva in caso di valutazione negativa (art. 13, c. 1°, lett. *a*), II periodo);

– la proposta sostitutiva in caso di mancato accordo (art. 13, c. 1°, lett. *a*), I periodo).

Va ribadito che la Commissione di garanzia sugli scioperi – diversamente in questo da altre autorità indipendenti – è solo uno dei due «poli» del si-

---

cost., *Art. 40 Supplemento, l. 12 giugno 1990, n. 146*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, 87 (ma per il riferimento ad una accezione tecnica cfr. *ibidem*, 101, n. 5).

[10] Questi sono l'unica fonte per la disciplina dello sciopero dei lavoratori autonomi esercenti servizi pubblici essenziali, come gli avvocati (cui la sent. n. 171/1996 della Corte cost. ha esteso il raggio d'azione della legge) e i gestori di impianti di distribuzione di carburanti senza dipendenti. Sul rapporto tra codici di autoregolamentazione, accordi e proposte della Commissione negli altri settori, v. tra l'altro la delibera n. 97/138 del 13 febbraio 1997 e la delibera n. 227/1997 del 20 marzo 1997.

[11] L'ambito materiale degli accordi è individuato in base alla amministrazione o impresa erogatrice e, ad un livello più ampio, a raggruppamenti di amministrazioni o imprese o a comparti. Si veda peraltro l'art. 2, c. 2°, l. n. 146/1990 e i riferimenti di M.V. BALLESTRERO, *Il sistema delle fonti*, cit., 105 e 107.

stema di regolazione della materia considerata (lo sciopero nei servizi pubblici essenziali): l'altro è l'autoregolazione collettiva. In nessun caso, quindi, la Commissione è organo autosufficiente di produzione normativa [12].

3. *Il procedimento tipico per l'individuazione delle prestazioni indispensabili*

La l. n. 146/1990 prevede – come ipotesi fisiologica [13] – un procedimento cui è affidata la individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali; essa individua altresì una serie di modalità regolatorie complessivamente qualificabili come sussidiarie rispetto al procedimento «ordinario» [14]. Occorre pertanto muovere da tale ultimo procedimento, che ha per fulcro gli accordi tra le parti sociali, i quali però vengono inseriti in un procedimento di tipo pubblicistico [15], che finisce per trasfigurarli. Il procedimento per la individuazione delle prestazioni indispensabili si articola in una pluralità di fasi.

La *fase della iniziativa* è rimessa, in prima battuta, alle «parti sociali» (organizzazioni sindacali e datori di lavoro), a carico delle quali la legge stabilisce un obbligo di contrattare. La Commissione di garanzia svolge peraltro un ruolo propulsivo, con inviti e raccomandazioni alle parti sociali, il cui fondamento positivo è l'attività di conciliazione richiesta dalla legge in caso di

---

[12] … tranne naturalmente che per il regolamento interno della Commissione, che essa adotta ai sensi dell'art. 12, c. 4° («La Commissione stabilisce le modalità del proprio funzionamento»), sul quale cfr. F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, agg. 1995. Al regolamento adottato il 9 ottobre 1990 e modificato il 18 febbraio 1993, è subentrato il nuovo «regolamento di funzionamento» adottato il 23 gennaio 1997.

Problemi di tipo diverso, che non saranno esaminati in questa sede, sono invece posti dalle «delibere di indirizzo» adottate dalla Commissione di garanzia, le quali hanno talora contenuto sostanzialmente normativo (v. una esemplificazione in COMMISSIONE DI GARANZIA DELL'ATTUAZIONE DELLA LEGGE SULLO SCIOPERO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI, *Relazione sull'attività della Commissione (1° agosto 1996-30 aprile 1997)*, Colombo, Roma, 1997, 22 ss. e i testi di alcune di esse, *ivi*, 59 ss.), e dal regolamento di accesso agli atti e documenti della Commissione, adottato nella seduta del 12 febbraio 1990.

[13] … o come «regime ottimale» (M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1991, 424).

[14] V. *infra*, parr. 4.1. e 4.2.

[15] S. CASSESE, *La Commissione di garanzia*, cit., 405; M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive*, cit., 422; A. D'ATENA, *Costituzione e autorità indipendenti*, cit., 773.

mancato accordo (v. art. 13, c. 1°, lett. *a*)). Tale ruolo propulsivo si disloca inoltre con proposte formali in caso di valutazione di non idoneità di un accordo raggiunto tra le parti sociali e di mancato accordo tra le stesse.

La *fase costitutiva* consiste nel raggiungimento dell'accordo tra le parti sociali. In caso di mancato accordo, la Commissione di garanzia può formulare una proposta sostitutiva, su cui le parti sociali devono pronunciarsi (art. 13, c. 1°, lett. *a*)).

Poiché il meccanismo contrattuale si rivela pienamente idoneo alla regolazione di interessi di cui siano titolari le parti contraenti, e poiché nel caso in esame l'interesse antagonista a quello degli scioperanti non è tanto quello del datore di lavoro, quanto quello degli utenti dei servizi pubblici essenziali [16], la legge ha previsto una *fase consultiva*. È infatti prescritto che sull'accordo tra le parti sociali sia acquisito il parere (obbligatorio [17] ma non vincolante) delle associazioni degli utenti. La Commissione, attesa la difficoltà pratica di acquisire tale parere, ha spesso rinviato la valutazione dell'accordo in assenza di esso, ed ha talora apposto un termine, decorso il quale ha ritenuto che se ne potesse prescindere; ha altresì stabilito che negli enti locali territoriali la mancanza di associazioni rappresentative di utenti possa essere surrogata dal parere dell'organo rappresentativo della comunità locale.

Più problematica è l'esatta ricostruzione delle fasi successive, anche per la sovrapposizione, sul sistema delineato dalla legge, di una prassi che ne ha evidenziato una interpretazione fortemente evolutiva. Dalla lettera della l. n. 146 pare potersi desumere che gli accordi vengono recepiti in regolamenti aziendali di servizio, i quali sono poi soggetti alla valutazione di idoneità da parte della Commissione di garanzia [18], con la conseguenza che l'adozione dei primi dovrebbe rappresentare la fase perfettiva del procedimento e la valutazione della Commissione ne dovrebbe integrare l'efficacia – risultandone un sistema nel quale esiste un unico livello di contrattazione collettiva e

---

[16] G. Suppiej, *Realismo e utopia nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, 190 e 197 e A. D'Atena, *Sciopero*, cit., 951.

[17] In questo senso A. D'Atena, *Sciopero*, cit., 952. *Contra* F. De Falco, *La posizione dell'«utente» e i diritti dell'«utenza» nello sciopero nei servizi essenziali*, in *Dir. lav.*, 1995, I, 74; M. Persiani, *Diritti fondamentali della persona,* cit., 21.

[18] Recita testualmente l'art. 2, c. 4°: «La Commissione di cui all'art. 12 valuta l'idoneità delle prestazioni individuate ai sensi del comma 2°. A tale scopo le determinazioni pattizie ed i regolamenti di servizio nonché i codici di autoregolamentazione e le regole di condotta vengono comunicati tempestivamente alla Commissione a cura delle parti interessate». Il riferimento alle determinazioni pattizie mi pare vada riferito agli «accordi di cui alla l. 29 marzo 1983 n. 93» di cui è menzione nell'art. 2, c. 2°, mentre, per il settore privato, ma pare abbia rilievo la menzione nell'art. 2, c. 4°, dei regolamenti di servizio, che quindi dovrebbero essere l'oggetto della valutazione della Commissione.

di regolazione del diritto di sciopero, quello aziendale. Ma nella prassi da un lato esiste una pluralità di livelli di contrattazione, in cui è di prioritaria importanza la contrattazione a livello nazionale, e dall'altro la valutazione della Commissione ha luogo non sui regolamenti di servizio (che d'altronde mancano per gli accordi a livello superiore a quello aziendale) ma sugli accordi. In questo sistema, che è quello effettivamente vigente, il regolamento di servizio risulta certamente estraneo alla fase perfettiva del procedimento, alla quale si potrebbe invece ascrivere la valutazione di idoneità della Commissione [19], la quale, nella prassi, ha finito per acquisire una incidenza ben superiore a quella di un controllo-approvazione [20], con l'esercizio di poteri di correzione delle clausole dell'accordo (che avviene mediante la valutazione di idoneità di alcune soltanto di esse [21] o, indirettamente, con il rinvio della valutazione di idoneità abbinato all'invito alle parti a correggere talune clausole [22]) e con la facoltà di aprire un procedimento sussidiario di regolazione della fattispecie, mediante la presentazione di proposte sostitutive.

Le delibere della Commissione che valutano idonei gli accordi sono pubblicate – come tutte le delibere della Commissione di garanzia aventi rilevanza esterna – sul sito *internet* della Commissione, mentre le delibere aventi rilevanza esterna e gli accordi nazionali vengono pubblicati sul Bollettino ufficiale della Commissione [23], che ha cadenza quindicinale. Gli adempimenti

---

[19] Al riguardo uno spunto si può leggere nella sent. n. 2625/1999 della Cassazione lavoro (v. *infra*), al punto 8 dei motivi della decisione: «il giudizio positivo perfeziona l'accordo» (peraltro ivi, si afferma subito dopo che «il giudizio negativo abbia privato di qualsiasi efficacia l'accordo negoziale»). In questo stesso senso v. L. GAETA, *Art. 13*, in M. RUSCIANO-G. SANTORO PASSARELLI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario alla l. 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, Milano, 1991, 197 (il quale osserva che la valutazione della Commissione di garanzia si inserisce «all'interno del procedimento formativo del contratto» – il che, dal punto di vista formale, aveva un rilievo peculiare per il pubblico impiego). Mi sembra che il nostro ordinamento abbia conosciuto almeno un macroscopico caso nel quale un atto inidoneo ad incidere sul contenuto dell'atto finale del procedimento era stato ritenuto inserito nella fase perfettiva dello stesso: è il caso della «sanzione regia» nel procedimento di formazione della legge durante l'età statutaria.

[20] Per una ricostruzione in questa chiave della valutazione della Commissione di garanzia, v. A. D'ATENA, *Sciopero*, cit., 952.

[21] Ciò è ad es. avvenuto con la delibera n. 99/126-16 del 24 febbraio 1999, con la quale la Commissione ha valutato idoneo «ai sensi, nei limiti e nelle parti di cui in motivazione» (si tratta, quindi, di una valutazione di inidoneità di alcune delle clausole) il «patto sulle politiche di concertazione e sulle nuove regole delle relazioni industriali per la trasformazione e l'integrazione europea del sistema dei trasporti».

[22] Si v. un esempio di quest'ultima tecnica nella delibera n. 97/476-6.2 del 10 luglio 1997.

[23] Dopo l'iniziale istituzione di un Albo delle deliberazioni della Commissione (1990), la delibera del 22 ottobre 1992 ha istituito il Bollettino, di cui non è stato tuttavia possibile ga-

pubblicitari ora menzionati non sono configurati secondo lo schema della pubblicazione necessaria, condizionante, cioè, l'entrata in vigore dell'atto pubblicato.

Gli accordi raggiunti a livello aziendale devono poi essere recepiti nei regolamenti aziendali di servizio (tenuti ad essere conformi ad essi), i quali ne integrano in un certo senso l'efficacia. Come si diceva, nulla è disposto dalla l. n. 146 per gli accordi di livello superiore, che del resto la legge espressamente non menziona neppure e che deve ritenersi siano efficaci di per sé (pur necessitando della mediazione di atti ulteriori [24] – adottati al livello della singola unità produttiva – per poter essere concretamente resi applicabili): la collocazione *extra ordinem* di tali ultimi atti si percepisce appieno se si considera che la l. n. 146 fa riferimento esclusivamente ad accordi a livello di singola amministrazione o impresa erogatrice. E si tratta, forse, di un silenzio voluto, stante la indeterminatezza della legge circa i livelli di contrattazione, che dà luogo ad un implicito rinvio alla prassi della contrattazione precedente [25].

3.1. *Natura ed efficacia degli accordi valutati idonei dalla Commissione di garanzia*

Il procedimento ora descritto ha come esito la specificazione dell'obbligo, fissato dalla l. n. 146/1990, di garantire le prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Ma se questo è il punto fermo, dal quale ogni indagine ulteriore deve muovere, rimangono di difficile individuazione sia l'atto finale cui il procedimento mette capo (e che rappresenta quindi la fonte [26] dell'obbligo di fornire le prestazioni stesse), sia gli effetti di esso, tanto con riferimento ai destinatari, quanto riguardo al vincolo che viene così a sorgere per le attività sostanzialmente amministrative e per il giudice.

---

rantire la pubblicazione tempestiva. La Commissione Giugni ha mantenuto tale istituto e vi ha affiancato la pubblicazione delle delibere sul sito della Commissione: www.commgarasciopero.it.

[24] Per la distinzione tra accordi nazionali autosufficienti e non, v. E. GHERA, *Gli accordi in attuazione della l. n. 146/1990: il processo negoziale e le attività della Commissione di garanzia*, in COMMISSIONE DI GARANZIA DELL'ATTUAZIONE DELLA LEGGE SULLO SCIOPERO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI, *Forum 95*, Colombo, Roma, 1995, 25 ss.

[25] Spunti in questo senso in F. LISO, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici: un primo breve commento*, in *Lavoro informazione*, 1990, XII, 5.

[26] Utilizzo qui il termine nel senso di «origine» del vincolo.

In questo contesto, il punto di partenza nell'analisi del procedimento in esame consiste nella ricostruzione della natura e dell'efficacia degli atti che rivestono una posizione di sostanziale centralità nel procedimento stesso, sia per come esso è regolato dalla legge, sia per il modo in cui esso è venuto sviluppandosi nella prassi, vale a dire gli accordi tra le parti sociali. Si tratta, in questo caso, di ordinari contratti collettivi di diritto privato, come tali idonei secondo i principi fondamentali del diritto civile, ad obbligare i soli contraenti di essi ed i soggetti da essi rappresentati [27] o si produce attraverso tali contratti un vincolo che si estende ai terzi, vale a dire a tutti i soggetti scioperanti e agli altri soggetti coinvolti, indipendentemente dal fatto che essi siano firmatari o meno dell'accordo? Si tratta, quindi, di mero «diritto dei privati» o di «diritto dello Stato»?

All'accoglimento della prima delle due soluzioni, verso la quale spingerebbe la figura giuridica presa qui in considerazione (vale a dire l'accordo) osta una serie poderosa di ostacoli. In primo luogo, se i contratti collettivi avessero efficacia solo *inter partes*, non si vede per quale motivo si sarebbe fatto ricorso ad una legge per attribuire loro una competenza del tipo di quella in esame, visto che i soggetti privati sono in generale legittimati a regolare contrattualmente i loro interessi con efficacia *inter partes.* Né la sola finalità di escludere dalla regolazione fonti secondarie di tipo diverso, quali ad esempio i regolamenti dell'Esecutivo, fornirebbe una giustificazione dell'intervento legislativo. Inoltre occorre rilevare che, nel caso dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, non vi è automatica coincidenza tra le parti dell'accordo (sindacati dei datori di lavoro e dei lavoratori) e i soggetti titolari dei diritti in conflitto, sia nell'eventualità che alcuni dei sindacati non sottoscrivano l'accordo, sia per la possibilità che alcuni lavoratori non siano iscritti ad alcun sindacato, sia, infine, per quanto concerne gli utenti dei servizi, i quali sono i veri titolari del diritto in conflitto col diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali [28]. In terzo luogo va ribadito che gli accordi in esame sono inseriti in un procedimento di tipo pubblicistico, nel quale ha rilievo una serie di attività preliminari ed ulteriori rispetto al consenso delle parti sociali. E tale procedimento consente che gli accordi producano effetti di tipo per l'appunto pubblicistico, cioè che, oltre alla «forza di legge» (non ov-

---

[27] Sull'estensione ai terzi degli effetti dei contratti collettivi v. peraltro la sintesi di G.M. SALERNO, *Art. 39*, in V. CRISAFULLI-L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, 278.

[28] Per il rilievo che gli accordi di cui alla l. n. 146/1990 sono «stipulati da soggetti che non sono i titolari degli interessi da proteggere», v. G. SUPPIEJ, *Realismo e utopia nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici*, in *Riv. dir. lav.*, 1993, 190 (e 197 ss.).

viamente di legge formale, ma materiale) che essi posseggono nei confronti delle parti *ex* art. 1372 c.c., siano in grado di vincolare in qualche modo anche altri soggetti, che siano terzi rispetto alla conclusione dell'accordo, ma non alla fattispecie da esso regolata.

Ma quale è la finalità del procedimento «pubblicistico» di cui all'art. 2, l. n. 146/1990?

Su questo punto la dottrina si è divisa su un'alternativa di fondo nella ricostruzione del «valore» degli accordi di cui all'art. 2 della legge – anche se si tratta, almeno in parte, di una falsa alternativa.

Secondo una prima impostazione l'obbligo di garantire le prestazioni indispensabili discenderebbe non dagli accordi valutati idonei, ma direttamente dalla l. n. 146/1990, la quale dovrebbe essere configurata «non come norma in bianco», ma come «norma perfetta, ancorché espressa in forma di precetto aperto». Ne seguirebbe che gli accordi cui la legge rinvia avrebbero valore non costitutivo, ma «ricognitivo di limiti che preesistono e che sarebbero comunque desumibili dalla legge e dal sistema» [29]. In questo quadro, la funzione degli accordi sarebbe quella di rappresentare un modulo di individuazione delle prestazioni indispensabili volto ad acquisire il consenso preventivo delle parti sociali circa i limiti al diritto di sciopero [30]. Che l'individuazione dei limiti al diritto di sciopero venga operata direttamente dalla Costituzione e dalla l. n. 146/1990, sarebbe dimostrato dalla immediata operatività di tali limiti, pur in assenza di accordi (desumibile dall'art. 19, c. 2°, l. n. 146) [31]. Questi ultimi avrebbero quindi una più limitata portata «ricognitiva» di limiti costituzionali e legislativi, i quali verrebbero in tal modo «calati in concreto». Ora, l'indubbio elemento di verità contenuto in questa elegante prospettazione è rappresentato dal rilievo per cui le parti sociali e la stessa Commissione di garanzia si trovano ad operare su binari già predefiniti – almeno in parte – dalla legge. La regolazione da esse prodotta, infatti, non è libera nel fine, ma risulta funzionalizzata a specificare l'obbligo di garantire le prestazioni indispensabili, già fissato dalla l. n. 146/1990 e, prima ancora, dalla stessa Costituzione. Ma l'alternativa tra valore ricognitivo e valore costitutivo non convince, in quanto essa elude il problema della natura sostanzialmente normativa degli accordi. Ora, quest'ultima non pare possa essere negata se, da un lato, si tiene conto del contenuto degli stessi

---

[29] M. D'ANTONA, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale*, in *Riv. dir. lav. prev. soc.*, 1989, 16 ss. e ID., *Crisi e prospettive,* cit., 423, oltre agli autori citati in A. D'ATENA, *Sciopero*, cit., 955, n. 51.

[30] M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive*, cit., 424.

[31] In questo senso cfr., da ultimo, Cassazione 5 ottobre 1998, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 809, con nota di N. De Marinis.

(che consiste nella regolazione del conflitto tra diritto di sciopero e diritti della persona nel settore cui l'accordo si riferisce) e, se dall'altro si considera che nell'attuazione, esecuzione o integrazione di una regola dotata di un certo grado di generalità possono intervenire atti i quali, pur essendo tenuti ad essere conformi all'atto da attuare, eseguire o integrare, hanno margini di scelta tra diverse alternative possibili [32]: essi, quindi, pur specificando norme che ne circoscrivono il potere, sono normativi anch'essi. Che la l. n. 146 obblighi direttamente i soggetti coinvolti a fornire le prestazioni indispensabili, pare senz'altro condivisibile [33], ma ciò non esclude che tale obbligo richieda di essere specificato ulteriormente da fonti subprimarie. Ora, sostenere che tali ultimi atti abbiano valore meramente «ricognitivo», in quanto volti a rendere esplicita una norma implicita in una regola più generale, comporta una inammissibile svalutazione del rapporto tra fonti collocate su livelli gerarchici (o su ambiti di competenza) tra loro diversi [34]. La stessa previsione di una Commissione di garanzia «*per l'attuazione* della legge» – chiamata ad interagire nella produzione delle regole «di dettaglio» in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali – è un indizio del fatto che residuano spazi per l'adozione di una normativa di tipo attuativo delle disposizioni legislative. Chiarito quindi che gli accordi hanno natura normativa dal punto di vista sostanziale, rimane peraltro il problema del regime formale di tali atti, che la tesi in esame mette in un certo senso fra parentesi.

Una strada diversa da quella che muove dall'idea del valore meramente ricognitivo degli accordi *ex* art. 2, l. n. 146/1990 viene percorsa da quella parte della dottrina che – preso atto della natura sostanzialmente normativa degli accordi – va alla ricerca di un fondamento ulteriore del vincolo prodotto dagli accordi stessi. Questa seconda linea di pensiero è alternativa alla prima solo in questo tentativo di ricerca ulteriore, ma non mette necessariamente in discussione l'affermazione secondo la quale l'obbligo di fornire le prestazioni indispensabili discende direttamente dalla legge. Il fondamento ulteriore dell'obbligo di fornire le prestazioni indispensabili viene tuttavia ravvisato dai vari autori ascrivibili a questo indirizzo in atti diversi.

---

[32] Un rilievo in questo senso si può leggere in M.V. BALLESTRERO, *Il sistema delle fonti. Le prestazioni indispensabili*, cit., 116.

[33] In questo senso, tra i tanti, F. LISO, *La legge sullo sciopero*, cit., 8; A. VALLEBONA, *Il ruolo del giudice nel sistema della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Mass. Giur. lav.*, 1991, 326; I. INGLESE, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e forme di autotutela del datore di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 513 ss.

[34] Ed equivarrebbe a negare la natura di fonte distinta ed autonoma di norme ad un regolamento attuativo o integrativo di una legge ordinaria, sostenendo che tutto quanto è previsto nel regolamento non ha che valore ricognitivo di quanto già previsto nella legge.

Secondo una prima impostazione, la l. n. 146/1990 avrebbe previsto, per la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, una «legificazione» del contratto collettivo: l'art. 2, c. 3°, della legge in esame conterrebbe un rinvio ai contratti collettivi, «presentandoli come fonte della disciplina di dettaglio dell'esercizio del diritto di sciopero; disciplina che il comma 2° riserva al potere normativo dell'autonomia collettiva» [35]. Tale impostazione si propone di evidenziare come il baricentro del sistema delineato dalla l. n. 146 sia rappresentato dall'autonomia collettiva. Rispetto al contratto collettivo «classico», peraltro, si sottolinea che viene immessa nel procedimento di formazione del contratto la valutazione di idoneità della Commissione, la quale consente che il contratto produca gli effetti pubblicistici previsti dalla legge [36].

Questa impostazione ha il merito di «prendere di petto» il problema del rapporto legge-contratto collettivo nel caso in esame, ma sembra sottovalutare le dinamiche della interazione tra il contratto stesso e la valutazione di idoneità della Commissione, la quale viene configurata come un atto esterno all'accordo, volto ad attribuire allo stesso gli «effetti pubblicistici», vale a dire l'efficacia *erga omnes*. Con la conseguenza che si dovrebbe forse concluderne che il contratto collettivo valutato idoneo avrebbe, prima della valutazione, una efficacia *inter partes* [37], che rimane invece tutta da dimostrare, nel sistema delineato dalla legge e, ancor più, in quello che è venuto strutturandosi nella prassi [38]: è infatti da escludere che l'accordo sia di per sé vincolante per le parti e che la valutazione della Commissione lo renda efficace *erga omnes*, in quanto gli interessi di cui le parti dispongono con l'accordo non fanno loro capo in via esclusiva. In realtà l'accordo non idoneo non pro-

---

[35] M.V. BALLESTRERO, *Il sistema delle fonti*, cit., 118-119. L'autore non prende posizione sulla natura (formale o materiale) del rinvio – questione che, del resto, non pare interessare i cultori di diritto del lavoro e sulla quale v. per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, Le fonti normative,* Cedam, Padova, 1993, 40-42 – ma pare potersi supporre che faccia riferimento ad un rinvio formale o mobile, che pone cioè una norma sulla produzione giuridica.

[36] M.V. BALLESTRERO, *Il sistema delle fonti*, cit., 199.

[37] A. PILATI, *La Commissione di garanzia nell'opinione dei giudici*, in *Lav. dir.*, 1998, 383, ritiene che tale efficacia derivi dal fatto che «anteriormente alla pronuncia di idoneità *ex* art. 13, lett. *a*), l'accordo collettivo stipulato dalle parti sociali è un contratto al cui rispetto le medesime sono tenute secondo i principi del diritto comune». Ma ciò pare doversi escludere, in ragione della circostanza per cui gli interessi da regolare col procedimento *ex* art. 2, l. n. 146/1990 sono, almeno in parte, ulteriori rispetto a quelli di cui sono portatrici le parti sociali. Ne segue che l'accordo non idoneo sarà nullo o inefficace anche tra le parti (in questo senso mi pare Pret. Napoli 6 luglio 1993 e Pret. Napoli 7 febbraio 1994, in *Dir. giur.*, 1994, 373 e, da ultimo Cass., Sez. lav., n. 2625/1999, citata *infra*).

[38] Si v. la sent. n. 2625 della Cass. lavoro del 20 marzo 1999, su cui si ritornerà *infra*.

duce effetti nemmeno tra le parti (quindi non è un accordo [39]), mentre l'accordo idoneo ha efficacia generale (non è più un accordo).

Un problema ineludibile, nella prospettiva dell'efficacia generale degli accordi, è d'altro canto quello della rappresentatività dei sindacati stipulanti, specie qualora gli accordi siano sottoscritti solo da alcune delle organizzazioni sindacali cui aderiscono i lavoratori dell'impresa o del settore [40]. Peraltro, i contratti collettivi per l'individuazione delle prestazioni indispensabili sono inseriti in un procedimento di tipo pubblicistico, nel quale hanno rilievo, oltre all'accordo delle parti, il parere (ancorché solo obbligatorio e non vincolante) delle associazioni degli utenti e, soprattutto, la valutazione di idoneità della Commissione di garanzia. L'incidenza della valutazione di quest'ultima (specie se ritenuta momento essenziale non solo alla integrazione di efficacia dell'atto, ma alla sua stessa perfezione come «accordo valutato idoneo») si apprezza appieno se si considera che, in caso di valutazione negativa, la Commissione esercita una sorta di potere sostitutivo con la proposta formulata alle parti, la quale ha valore vincolante fino alla conclusione di un nuovo accordo che sia valutato idoneo dalla Commissione stessa (v. infra sul punto).

Proprio su questo ruolo decisivo della Commissione fa leva chi riconduce l'efficacia generale degli accordi valutati idonei non agli accordi [41] ma direttamente alla «delibera valutativa della Commissione di garanzia» [42]. Questa tesi appare unilaterale come la precedente, in quanto sembra cogliere solo un versante della fattispecie produttiva dell'obbligo di fornire le prestazioni indispensabili e non spiega, d'altro canto, se l'accordo sarebbe o meno in grado di produrre di per sé taluni effetti (magari *inter partes*).

---

[39] M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive*, 426: «L'accordo non idoneo vale quanto l'accordo non stipulato». Conf. anche G. SUPPIEJ, *Realismo e utopia*, cit., 201. A. D'ATENA, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: profili sistematici*, in *Giust. civ.*, 1994, III, 182; ID., *Costituzione e autorità indipendenti*, cit., 775; ID., *Sciopero*, cit., 653. A questa conclusione pare si debba giungere qualunque sia la soluzione prescelta circa la collocazione della valutazione della Commissione nella ripartizione del procedimento in esame in fasi (v. *retro*, n. 3.1.): in ogni caso deve restare fermo che l'accordo non è efficace (e forse neppure perfetto) senza la valutazione della Commissione.

[40] Secondo M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive*, cit., 425, «il numero e la sfera di rappresentanza dei soggetti sindacali stipulanti non è per nulla irrilevante», sicché sarà valido agli effetti legali l'accordo sindacale maggioritario.

[41] … e nemmeno al regolamento di servizio (cui fa riferimento la tesi che sarà illustrata subito di seguito), il quale è pur sempre un atto unilaterale del datore di lavoro, anche se adottato in base all'accordo.

[42] G. SUPPIEJ, *Il sostegno della Corte costituzionale alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici (nota a Corte cost. n. 344/1996)*, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, I, 692.

Una diversa prospettiva è poi quella che mette in discussione l'individuazione stessa dell'atto finale cui il procedimento per la specificazione delle prestazioni indispensabili mette capo e individua la fonte di determinazione delle prestazioni stesse nel regolamento aziendale di servizio in cui – ai sensi dell'art. 2, c. 2°, l. n. 146 – deve essere recepito l'accordo. Il regolamento di servizio – in quanto atto «per sua natura provvisto di efficacia obbligatoria nei confronti di tutti i suoi destinatari» [43] – si configurerebbe come il «tramite necessario» (a contenuto legislativamente vincolato a basarsi sugli accordi collettivi) attraverso cui gli accordi collettivi (i quali, quindi, si dovrebbero ritenere di per sé vincolanti per i soli aderenti ai sindacati sottoscrittori) «possono esplicare (indirettamente) effetti nei confronti di tutti i lavoratori, iscritti o meno al sindacato stipulante» [44].

A questa ricostruzione ha aderito la Corte costituzionale, con la sent. n. 344/1996. La Corte ha escluso che l'obbligo dei lavoratori di corrispondere le prestazioni indispensabili possa essere «un effetto direttamente collegabile al contratto collettivo» ed ha correlativamente evidenziato le differenze tra la categoria del contratto collettivo classico e la figura prevista dalla l. n. 146/1990 (rilevando, tra l'altro, che, se la legge avesse proceduto ad una legificazione del contratto collettivo, si sarebbero posti problemi di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 39, c. 4°, Cost. [45]). Secondo la Corte costituzionale, i contratti collettivi di cui alla l. n. 146/1990 non sono ordinari contratti collettivi, ma hanno rilevanza pubblicistica: nel sistema della l. n. 146/1990, infatti, gli accordi sono elemento necessario ma non sufficiente per la conclusione del procedimento [46]. Il giudice delle leggi ha sostenuto che «fonte diretta dell'obbligo di effettuare le prestazioni riconosciute indispensabili è il regolamento di servizio in quanto atto di esercizio (a formazione

---

[43] U. ROMAGNOLI, *Le fonti regolative*, cit., 558.

[44] In questo senso T. TREU, *Le prestazioni indispensabili*, in T. TREU-A. GARILLI-P. PASCUCCI-M. ROCCELLA, *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1991, I, 22; U. ROMAGNOLI, *Le fonti regolative*, cit., 558-559; G. SANTORO PASSARELLI, *Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 49-50. Sul potere datoriale come tramite v. anche A. VALLEBONA, *L'efficacia soggettiva degli accordi in materia di scelta dei lavoratori da licenziare e di individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei s.p.e.*, in *Dir. lav.*, 1996, I, 546. Lo schema utilizzato da questa dottrina è lo stesso cui si ricorre per spiegare l'estensione degli effetti degli accordi in una serie di altri casi, citati da G. SUPPIEJ, *Il sostegno della Corte*, cit., 692.

[45] La Corte si è così ricollegata al proprio precedente orientamento, espresso con la sent. n. 106/1962, con la quale fu stabilito che l'attribuzione di efficacia generale ai contratti collettivi è incostituzionale per violazione dell'art. 39, c. 4°, Cost.

[46] Sul punto v. i rilievi di A. VALLEBONA, *L'efficacia soggettiva degli accordi*, cit., 545.

«procedimentalizzata» e quindi a contenuto vincolato) del potere direttivo del datore di lavoro». La Corte si è poi preoccupata di precisare cosa accada in caso di assenza di un accordo a livello aziendale (determinazione unilaterale delle prestazioni indispensabili da parte del datore di lavoro con proprio ordine di servizio [47], in base a quanto previsto dagli accordi di livello superiore o – in mancanza di questi o in caso di loro valutazione negativa – in base alla proposta della Commissione di garanzia) [48].

A questa impostazione conseguirebbe peraltro che gli accordi nazionali (i quali, va ribadito, non sono regolati dalla l. n. 146), non venendo tradotti in regolamenti di servizio, resterebbero privi di efficacia e che, d'altro lato, i regolamenti aziendali di servizio non potrebbero giustificare l'applicazione di sanzioni a sindacati di rilievo nazionale [49]. Ciò corrisponde del resto alla logica di questa lettura della l. n. 146/1990, la quale finisce per ricondurre il problema della natura e della efficacia dei limiti al diritto di sciopero ad una prospettiva interamente privatistica: l'atto finale del procedimento è infatti un atto non dell'ordinamento statale, ma del diritto dell'impresa, che risulta peraltro tenuto a conformarsi a modalità di formazione determinate dalla legge. Ne segue che la sfera di efficacia di tale atto non potrà non esaurirsi nell'ambito dell'ordinamento dell'impresa stessa: e attraverso questo percorso argomentativo il diritto prodotto col procedimento in esame viene ricondotto al «diritto dei privati».

I limiti delle ricostruzioni sin qui prospettate inducono quindi a tentare di delineare, sia pur problematicamente, una lettura del fenomeno in esame, che tenti di ricomporre in prospettiva diversa alcuni tasselli delle elaborazioni sopra esposte. Muovendosi nell'ottica di un valore non ricognitivo, ma creativo degli accordi sulle prestazioni indispensabili, e tenendo conto della prassi, che ha individuato l'oggetto della valutazione di idoneità nell'accordo e non nel regolamento di servizio, si potrebbe ipotizzare che la specificazione dell'obbligo di fornire le prestazioni indispensabili sia prodotta da un atto complesso [50], composto dai due atti semplici rappresentati da un la-

---

[47] In senso contrario all'ipotesi di individuazione delle prestazioni indispensabili con ordine di servizio (quindi con atto unilaterale) della parte datoriale si erano espressi: U. ROMAGNOLI, *Le fonti regolative*, cit., 554, G. GIUGNI, *Intervento*, in *Lav. dir.*, 1991, 137, G. GHEZZI, *Intervento*, in *Lav. dir.*, 1991, 144; G. PERA, *Noterelle*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 99.

[48] La sent. citata è pubblicata in *Giur. cost.*, 1996, 3016 ss.

[49] In questo senso A. D'ATENA, *Sciopero*, cit., 954; M.V. BALLESTRERO, *Il sistema delle fonti*, cit., 117.

[50] In questo senso A. PILATI, *La Commissione di garanzia*, cit., 385-386. Sostanzialmente in questa direzione anche A. ZOPPOLI, «*Disdetta» ed efficacia temporale degli accordi sui conflitti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 1995, n. 67, 462-463.

to dall'accordo [51] e dall'altro dalla valutazione di idoneità di esso da parte della Commissione di garanzia. Tale atto sarebbe altresì l'atto finale del procedimento per l'individuazione delle prestazioni indispensabili.

Il problema che a questo punto si pone è relativo alla natura dell'atto complesso in esame: si tratta di un provvedimento amministrativo o di un atto normativo [52]? La risposta a tale quesito può essere ricercata muovendo dall'analisi del contenuto degli accordi valutati idonei. Ora quest'ultimo non solo fattualmente è, ma giuridicamente *deve essere* (*ex* art. 2, l. n. 146/1990) generale ed astratto [53], pur collocandosi ad un livello di generalità inferiore a quello della stessa l. n. 146 e nel quadro dei limiti da questa indicati. Gli atti in esame (accordi valutati idonei) potrebbero quindi essere configurati, in questa prospettiva, come atti normativi di rango subprimario, soggetti ai limiti della legge cui essi danno esecuzione: la legge avrebbe così previsto, per il caso in esame, un procedimento normativo sostitutivo di quello regolamentare [54]. L'art. 2, l. n. 146/1990 porrebbe quindi una norma sulla produ-

---

[51] Dal punto di vista del diritto statale, l'accordo potrebbe peraltro essere considerato un «fatto» (di per sé solo non normativo) e non un atto (a meno di non ritenere inessenziale ad aversi atto l'attribuzione della potestà ad organi diversi da quelli governanti). Ma la eventuale qualificazione l'accordo alla stregua di un fatto (semi?)normativo non esclude che il diritto prodotto con il procedimento in esame sia *secundum* e non *extra ordinem*, in quanto il fatto normativo può produrre diritto *secundum ordinem* quando vi sia la norma di riconoscimento. Ovviamente, la qualificazione dell'accordo come atto semplice conseguirebbe alla sua presa in esame dal punto di vista dell'atto complesso di cui sarebbe componente, non alla qualificazione dell'accordo come atto semplice in sé.

[52] Sul punto, più in generale relativamente agli atti normativi delle autorità indipendenti v. A. Barbera, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, *Quad. riv. trim. dir. proc. civ.*, Giuffrè, Milano, 1997; P. Bilancia, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999, n. 2.

[53] Sulla generalità ed astrattezza come elementi distintivi degli atti normativi dagli atti amministrativi generali v. per tutti V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, Le fonti normative*, cit., 25 ss.

[54] Alla luce di tale ipotesi di conclusione va valutata anche la questione degli effetti della disdetta degli accordi sulle prestazioni indispensabili. L'art. 16, l. n. 146/1990, nel prevedere una disdetta specifica per le singole clausole relative a tali prestazioni e nel prevedere implicitamente la nullità di eventuali termini di scadenza di esse, ha dato vita ad un sistema nel quale la rimozione delle predette clausole è soggetta allo stesso procedimento per la loro definizione. Pertanto, la disdetta – in quanto volta a restringere l'area delle prestazioni indispensabili – produrrà effetti solo previa valutazione di idoneità della stessa da parte della Commissione di garanzia. In assenza di tale valutazione, la clausola disdettata rimarrà in vigore, ma con una efficacia precaria, producendosi l'obbligo per le parti sociali di riaprire le trattative per giungere ad una nuova determinazione che sia poi valutata idonea (sul punto si veda articolatamente, in senso parzialmente diverso, A. Zoppoli, «*Disdetta*», cit., 464 ss.).

zione giuridica [55] che darebbe rilevanza nell'ordinamento giuridico generale a quello che di per sé è un atto di autonomia privata, pur non rendendolo di per sé solo normativo (il che avrebbe posto alcuni problemi di legittimità costituzionale alla luce dell'art. 39, c. 4°, Cost.), ma collegando la produzione dei relativi effetti alla successiva adozione di un atto discrezionale [56] (anch'esso di per sé solo non normativo) di un organo dell'apparato statale (la Commissione) [57]. Nessuno dei due elementi avrebbe da solo natura normativa: tale natura potrebbe invece essere predicata della loro combinazione.

All'accoglimento di una ricostruzione che conduca a qualificare *in toto* gli accordi valutati idonei come atti normativi dell'ordinamento giuridico generale, osta tuttavia una serie rilevante di ostacoli: la previsione di meccanismi di recezione degli accordi in atti diversi ed ulteriori (i regolamenti aziendali di servizio), la mancata previsione di una pubblicazione necessaria [58], la motivazione di cui sono corredate le delibere della Commissione, la mancata utilizzazione del *nomen iuris* «regolamento», la previsione di un procedimento di formazione a base consensuale e privatistica.

Riguardo alla previsione di meccanismi di recezione degli accordi nei regolamenti aziendali di servizio, va in primo luogo rilevato che essa ha ad oggetto i soli accordi a livello aziendale, ma non quelli di livello superiore. Almeno per questi ultimi, quindi, l'obiezione alla loro natura normativa fondata sulla previsione di meccanismi di recezione non ha pregio e costituisce anzi una riprova della necessità di ipotizzarne una efficacia intrinseca. Riguardo agli accordi aziendali, invece, ove si ritenga che la previsione legislativa di una forma di recezione impedisca la loro ricostruzione come atti normativi, non resterebbe che recuperare – ma solo per essi – la tesi che individua nel regolamento di servizio l'atto finale del procedimento per l'individuazione delle prestazioni indispensabili: si porterebbe così alle estreme conseguenze la differenziazione, che si è in più punti richiamata, tra gli accordi aziendali regolati dalla l. n. 146 e gli accordi di livello diverso. Mentre i pri-

---

[55] Non si ha in questo caso né un rinvio fisso o materiale (in quanto non viene recepito un contenuto ben preciso degli accordi, ma tutti i contenuti che gli accordi valutati idonei vengano eventualmente ad assumere) né un rinvio mobile o formale ai soli accordi (in quanto ha particolare rilevanza il «selettore» rappresentato dalla valutazione della Commissione di garanzia).

[56] Uno spunto circa la discrezionalità dell'atto della Commissione si può leggere in Cass. lav. n. 2526/1999.

[57] È dunque nel singolo atto della Commissione che può, al limite, essere individuata la disposizione che pone il rinvio (che in questo caso sarebbe fisso o materiale) al singolo accordo valutato idoneo.

[58] Per la sottolineatura di tali carenze v. A. D'Atena, *L'efficacia degli accordi contemplati dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Giur. cost.*, 1996, 3025.

mi conseguirebbero efficacia generale per il tramite dei regolamenti aziendali di servizio, i secondi, non previsti dalla l. n. 146, sarebbero stati introdotti in via consuetudinaria e dovrebbero essere considerati quali atti normativi *extra ordinem* [59].

Sul secondo punto, la tesi per cui nel nostro ordinamento avrebbe rango costituzionale «un principio generale che impone un vincolo giuridico tra pubblicazione ed entrata in vigore e tale principio non può non riguardare tutti gli atti normativi» [60] è talmente diffusa in dottrina [61] da non poter certo essere contestata *en passant* in questa sede [62]. Ma anche a non voler sollevare il dubbio che tale principio possa incontrare eccezioni nella legislazione ordinaria per atti normativi ai quali la Costituzione non si riferisce espressamente [63], è possibile formulare, con riferimento al caso di specie, due diversi rilievi: a) in primo luogo, si può ipotizzare che nel caso in esame il legislatore abbia individuato dei surrogati funzionali della pubblicazione: e tale potrebbe forse essere ritenuta la partecipazione al procedimento di soggetti almeno in parte rappresentativi dei titolari degli interessi che nel procedimento stesso vengono regolati; b) in secondo luogo, poiché la stessa Commissione ha introdotto alcuni adempimenti pubblicitari riconducibili al *genus* della pubblicazione, pur non strutturandoli come pubblicazioni ne-

---

[59] Diversamente, muovendosi nell'ottica di una ricostruzione unitaria di tutti i tipi di accordi (si tratta di un approccio che mi pare pressoché unanime in dottrina) non resterebbe che tentare di spiegare il fenomeno della recezione come una prescrizione legislativa che vincola l'ordinamento dell'impresa ad adeguarsi, con un proprio apposito atto interno, all'accordo valutato idoneo, di per sé atto normativo dell'ordinamento statale o, all'opposto, prendere atto che l'elemento in esame esclude la intrinseca normatività degli accordi. È doveroso dire che, allo stato, l'interprete non è in possesso di argomenti decisivi per scegliere tra le diverse alternative e deve quindi limitarsi a prospettarle.

[60] A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, Giuffrè, Milano, 1963, 74-76.

[61] Si v. gli autori citati da A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione*, cit., 72, n. 23 e da A. D'ATENA, *La pubblicazione delle fonti normative*, I, *Introduzione storica e premesse generali*, Cedam, Padova, 1974, 10, n. 4.

[62] La Carta costituzionale prevede meccanismi di pubblicazione necessaria per una serie di atti normativi, fra i quali anzitutto la legge ordinaria (v. art. 73, c. 3°; per la ricognizione delle disposizioni costituzionali sulla pubblicazione delle fonti normative v. A. D'ATENA, *La pubblicazione*, cit., 9 ss.). Peraltro, diversamente da altre Costituzioni – come la recente costituzione polacca del 1997, la quale, all'art. 88, c. 1°, ha cura di precisare che «la pubblicazione delle leggi, dei regolamenti e dei testi di portata locale è condizione della loro entrata in vigore» – la nostra legge fondamentale non prevede espressamente che ogni atto normativo possa entrare in vigore solo previa pubblicazione.

[63] Rimane comunque il dato per cui, la legge ordinaria potrebbe eventualmente derogare all'obbligo di pubblicazione necessaria, ma dovrebbe farlo espressamente (il che non avviene nel caso in esame): nel silenzio si applicherebbe la norma di cui all'art. 10, c. 1°, delle preleggi.

cessarie, si potrebbe ipotizzare che gli effetti degli atti in esame (e, soprattutto, degli accordi di livello superiore a quello aziendale) si producano a seguito (cioè, *ex* art. 10 preleggi, quindici giorni dopo) della pubblicazione in tale sede (nonostante il ritardo con il quale essa ha luogo, per quanto concerne il Bollettino ufficiale della Commissione). Rimane comunque la problematicità della qualificazione come normativo di un atto che non sia soggetto a pubblicazione necessaria, in quanto quest'ultima è uno dei classici indici di riconoscimento della normatività di un atto, specie in assenza di una espressa qualificazione formale di esso come fonte da parte della norma di riconoscimento.

Per quanto concerne, invece, il *nomen iuris* e la motivazione, nessuno di tali elementi è decisivo per escludere la natura normativa degli atti in questione, in favore della quale militano invece da un lato il contenuto generale ed astratto e la efficacia generale: la tesi proposta in questa sede, data la sovrapposizione di argomenti favorevoli e contrari in un intreccio nel quale risaltano le ambiguità della soluzione prescelta dalla legge, rimane pertanto problematica [64].

3.2. *Il vincolo prodotto dagli accordi per il giudice*

Le diverse ricostruzioni ora esaminate presentano conseguenze diverse riguardo al trattamento giurisdizionale degli accordi valutati idonei.

---

[64] Un'ulteriore questione è poi quella della legittimità costituzionale del sistema regolativo ora delineato, a fronte delle disposizioni di cui: a) all'art. 39, c. 4°, Cost; b) all'art. 40 Cost.

a) Da un primo punto di vista, l'attribuzione di potestà normativa alla contrattazione collettiva – reputata lesiva dell'art. 39, c. 4° dalla sent. n. 108/1962 – si presenta problematica anche nel caso di specie, nel quale si deve comunque ravvisare l'ennesima elusione del sistema di registrazione dei sindacati che la Costituzione aveva prefigurato. Pare però doversi escludere una lesione diretta del precetto costituzionale proprio in quanto l'efficacia *erga omnes* degli accordi collettivi nel caso in esame può essere «salvata» dal loro inserimento in un procedimento nel quale altri soggetti, e soprattutto la Commissione di garanzia, rappresentano un punto di vista «generale».

b) Diventa quindi rilevante il secondo profilo, vale a dire la fissazione di limiti al diritto di sciopero non mediante una legge – come richiesto dall'art. 40 Cost. – ma mediante l'atto finale prodotto col procedimento *ex* art. 2, l. n. 146/1990. Da questo punto di vista, peraltro, la non incompatibilità del sistema delineato dalla l. n. 146/1990 con la Costituzione deriva, più che dalla asserita relatività della riserva prevista dall'art. 40 (che rimane tutta da dimostrare), dalla «direzione» della riserva stessa. Ciò che rileva nel caso in esame è la esclusione di un potere governativo di fissazione dei limiti al diritto di sciopero: e da questo punto di vista si potrebbe anche affermare che la riserva dell'art. 40 Cost. è assoluta. Essa può invece essere ritenuta relativa nei confronti di meccanismi di produzione normativa che coinvolgono gli stessi titolari del diritto in questione.

Se intesi quali atti di diritto privato, essi produrrebbero vincoli solo per le parti che li abbiano sottoscritti e non per i terzi. Se intesi, invece, come atti aventi valore ricognitivo di limiti fissati legislativamente, essi produrrebbero invece alcuni effetti anche a carico dei non firmatari. Gli accordi, in particolare, avrebbero rilievo come prodotto di un procedimento di tipo pubblicistico volto a far emergere tutti gli elementi necessari al giudice per operare il contemperamento fra i diritti in conflitto. Essi avrebbero comunque la funzione di offrire al giudice una serie di «elementi sintomatici privilegiati» per colmare il divario tra il parametro (la Costituzione e la l. n. 146/1990) e le fattispecie concrete [65] e per operare il contemperamento [66]: egli sarebbe obbligato a tenere conto di ciascuno di tali elementi (e quindi dovrà tenere conto di tutti i passaggi procedimentali), ma non risulterebbe vincolato dalla regolazione contenuta negli accordi, che potrebbe sindacare non solo sotto il profilo della legittimità, ma anche sotto quello del merito. Ci si troverebbe in questo caso in una ipotesi analoga a quella relativa all'applicazione dell'art. 36 Cost. [67] (nella quale, per stabilire i parametri di adeguatezza della retribuzione sufficiente per il lavoratore, la giurisprudenza è solita rifarsi ai contratti collettivi, in quanto contenenti, appunto, elementi sintomatici privilegiati).

Nella prospettiva che, invece, riconduce gli accordi valutati idonei al *genus* degli atti normativi, la posizione del giudice [68] di fronte a tali accordi sarebbe comparabile a quella in cui questi si trova quando ha di fronte a sé un regolamento: il giudice ordinario vi sarebbe soggetto solo se ed in quanto lo reputasse legittimo, dovendo, altrimenti (qualora lo ritenesse illegittimamente lesivo di un diritto soggettivo), disapplicarlo, mentre il giudice amministrativo potrebbe annullarlo, ma solo per vizi di legittimità [69]: sarebbe quindi da escludere un controllo giurisdizionale sul merito degli accordi valutati idonei, che dovrebbe invece ritenersi possibile se li si dovesse considerare meri «elementi sintomatici privilegiati» per la valutazione che il giu-

---

[65] In questo senso A. D'ATENA, *Sciopero*, cit., 956.

[66] E questa è in effetti l'opinione di A. D'ATENA, *Costituzione e autorità indipendenti*, cit., 775, n. 19.

[67] Sul punto v. *amplius infra*, a proposito dell'efficacia della proposta, che pone problemi analoghi.

[68] Per la diversa tesi secondo cui «gli atti (di valutazione e proposta alle parti) della Commissione sono sottratti al sindacato giurisdizionale diretto» v. M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive*, cit., 421.

[69] Valgono al riguardo le notazioni di G. SUPPIEJ, *Realismo e utopia*, cit., 203, formulate a proposito della proposta della Commissione di garanzia, e sulle quali si tornerà *infra*.

dice deve compiere Nel caso in esame, quindi, i poteri del giudice sarebbero diversi da quelli nell'ipotesi dell'applicazione dell'art. 36 Cost., in quanto il sistema regolativo dei limiti al diritto di sciopero, per come è venuto strutturandosi nel modello disegnato dal legislatore ed integrato dalla prassi della Commissione (e dall'avallo della giurisprudenza della Corte di cassazione[70], la quale ha riconosciuto nella proposta della Commissione di garanzia un vincolo per il giudice, che dovrebbe *a fortiori* sussistere anche negli accordi), vede ormai l'interposizione, tra il parametro costituzionale ed il caso concreto cui provvedere, da un lato di una legge generale di attuazione della Costituzione (che nel caso dell'art. 36 Cost. manca[71]) e dall'altro, nell'ipotesi fisiologica, di contratti collettivi cui, se ed in quanto valutati idonei, la legge stessa fa rinvio[72]. È del resto questo uno dei tratti portanti della riforma operata con la l. n. 146: sostituire ad un contemperamento operato di volta in volta dal giudice *ex post*, un quadro di certezze preventive, le quali possono essere ritenute tali solo se vincolano il giudice stesso[73].

Un vincolo analogo a quello generato da un regolamento si produrrebbe anche nei confronti degli organi svolgenti attività sostanzialmente amministrative, vale a dire la stessa Commissione di garanzia, in sede di valutazione del comportamento tenuto dalle organizzazioni sindacali in caso di sciopero[74], e il Governo «precettante», il quale, nella definizione delle prestazioni da garantire, dovrebbe basarsi sugli accordi (o, in subordine, sulla proposta della Commissione) – in entrambi i casi a pena di illegittimità[75].

---

[70] Sulla quale v. le sent. citate *infra*.

[71] I giudici si richiamano in tal caso all'art. 2099 c.c., il quale svolge però un ruolo ben diverso, in quanto contiene una clausola di espressa attribuzione di competenza al giudice a determinare la retribuzione (art. 2099, c. 2°).

[72] … nonché, in loro assenza, di una proposta della Commissione di garanzia, su cui v. *infra*.

[73] Sul punto v., con chiarezza, S. RIGON, *L'efficacia e la natura giuridica della proposta della Commissione di garanzia*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 648: «La legge n. 146 mira proprio a superare quella situazione di anomia attraverso la creazione di un tessuto di regole appropriate per ogni settore, in modo da evitare che al giudice spetti una funzione creativa, restituendogli il ruolo che gli è proprio, vale a dire il controllo della legalità di regole già fissate». Spunti in questo senso in A. VALLEBONA, *Il ruolo del giudice*, cit., 327-328. Peraltro, mentre è pacifico il vincolo che si determina per la stessa Commissione, discussa è la questione nei confronti della stessa autorità precettante.

[74] L'atto individuale e concreto della Commissione di garanzia che violasse un accordo darebbe luogo al vizio di violazione di legge, muovendosi nell'ottica della tesi che riconosce natura normativa agli accordi valutati idonei, mentre si avrebbe probabilmente eccesso di potere nell'ottica della tesi che attribuisce agli accordi solo valore ricognitivo.

[75] Per questo rilievo cfr. M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive*, cit., 422.

In questo quadro, comunque, è possibile ipotizzare una soluzione al problema centrale per questa ricerca: la spettanza o meno di un potere normativo alla Commissione di garanzia. Al riguardo pare doversi concludere negativamente, ma solo per passare subito a precisare che è ipotizzabile – con le riserve sopra esposte – la sussistenza di un potere di partecipazione ad una attività normativa, che è qualcosa di più dello svolgimento di una mera attività di vigilanza e di controllo.

Nella IV Relazione semestrale della Commissione, il Presidente A. D'Atena poteva affermare che «i servizi coperti da accordi nazionali superano ormai il 50 per cento dei settori contemplati dalla l. n. 146/1990» [76]. Ma l'anno successivo, lo stesso Presidente riconosceva che più lento si andava rivelando «il processo di attuazione della legge sul versante degli accordi aziendali e locali chiamati a specificare la disciplina nazionale o ad adattarla alle singole realtà» [77]. Tra gli esempi di contenuti di accordi sulle prestazioni indispensabili si può tenere presente che: in alcuni casi le prestazioni indispensabili sono strutturate in modo da assicurare all'utente finale un livello corrispondente a quello medio (caso dei servizi a rete: acqua, gas..); in altri casi la garanzia è assicurata su base oraria (es. trasporti urbani ed extraurbani) o con periodi di franchigia (divieto di scioperi in periodo elettorale o in concomitanza con festività natalizie o pasquali); vengono stabiliti divieti di scioperi concomitanti tra servizi alternativi (es. trasporti di massa), intervalli fra azioni di sciopero, privilegio per utenze bisognose, procedure di raffreddamento del conflitto [78].

---

[76] IV relazione semestrale (24 gennaio 1992-28 luglio 1992) sull'attività della Commissione di garanzia (est. D'Atena), nella Raccolta citata *supra*, 26.

[77] VI relazione semestrale (26 luglio 1991-25 luglio 1993) sull'attività della Commissione di garanzia (est. D'Atena), nella Raccolta citata *supra*, 40. Al momento presente si hanno accordi valutati idonei in molti settori a livello nazionale (ad es. servizi postali o agenzie di recapito; due sottosettori su quattro del credito; Enel e Snam/Eni per l'energia ecc., la scuola, il comparto dirigenza università, il trasporto locale: questi ultimi tre accordi sono stati valutati idonei nel 1998-99). Oltre ai settori retti da proposte (v. *infra* per un elenco delle più recenti), ve ne sono alcuni tuttora privi di regolamentazione: ad es. il servizio radiotelevisivo pubblico.

[78] Per questa esemplificazione si veda la VI relazione semestrale (26 luglio 1991-25 luglio 1993) sull'attività della Commissione di garanzia, 42. Per una rassegna critica dei contenuti degli accordi nel settore del credito v. S. CECCONI, *La legge sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali: il settore del credito*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, 333 ss.

4. *Le proposte sostitutive della Commissione di garanzia*

La l. n. 146/1990 prevede un potere di proposta della Commissione di garanzia in tre diversi casi: a) in presenza di un accordo valutato non idoneo dalla Commissione stessa; b) in caso di mancato accordo tra le parti sociali (ipotesi che la Commissione [79] considera comunque verificatasi per l'inutile decorso del termine di sei mesi fissato dall'art. 19, c. 2°, della legge stessa); c) nell'ipotesi indicata dall'art. 14 della legge stessa [80]. In questa sede interessano solo le prime due ipotesi, nelle quali la proposta ha «natura surrogatoria» [81], in quanto interviene soltanto in funzione sussidiaria rispetto al fallimento della procedura fisiologicamente prevista dalla legge per la individuazione delle prestazioni indispensabili.

Circa la portata e la natura della proposta, la l. n. 146/1990 si rivela fondamentalmente ambigua. Da un lato, infatti, lo stesso *nomen iuris* dell'atto in esame lascerebbe supporre che si tratti di un atto con funzioni propulsive e con efficacia non vincolante; d'altro canto è la stessa legge a riconoscere alla proposta della Commissione un'efficacia ulteriore rispetto a quella di un atto meramente propulsivo: l'art. 8, infatti, prevede che l'autorità precettante inviti le parti al rispetto della proposta, elevando quindi l'atto in esame a elemento di regolazione del comportamento delle parti stesse, con la conseguenza che «non sembra ragionevolmente contestabile» che «tale norma postuli una qualche efficacia prescrittiva della proposta» [82]. La Commissione di garanzia, dopo aver fatto un ricorso molto parco a tale potere nel suo primo anno di attività [83], se ne è servita a fronte del perdurante stallo negoziale in settori di particolare rilievo ed ha quindi ritenuto che alla propria proposta si sarebbe dovuto attribuire efficacia vincolante, ancorché solo interinalmente, cioè fino alla valutazione di idoneità di un nuovo accordo [84]. Si

---

[79] Cfr. la delibera del 12 ottobre 1991.

[80] Sulla quale v. tra gli altri M. ROCCELLA, *La Commissione di garanzia*, in T. TREU-A. GARILLI-P. PASCUCCI-M. ROCCELLA, *Il diritto di sciopero*, cit., 43 ss.).

[81] A. D'ATENA, *Costituzione e autorità indipendenti*, cit., 776.

[82] A. D'ATENA, *Sciopero*, cit., 958. Secondo questo autore, la vincolatività della proposta dovrebbe argomentarsi dalla immediata esigibilità delle prestazioni indispensabili *ex* l. n. 146/1990 e dall'art. 8 ora citato. Decisivo è l'art. 8 anche per Cass. lav., 6 novembre 1997, n. 10889, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 34 ss (in partic. 41).

[83] Si veda quanto riferisce l'allora presidente S. CASSESE, *La Commissione di garanzia*, cit., 404 e le notazioni di M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive*, cit., 418.

[84] Fondamentale è la delibera del 10 ottobre 1991, pubblicata in *Riv. crit. dir. lav.* 1991, 534. La prassi è stata quindi confermata nel 1996 dalla nuova Commissione presieduta da Gino Giu-

tratta di una posizione che ha trovato accoglienza differenziata nella giurisprudenza di merito [85], ma che ha da ultimo ottenuto il sostanziale avallo della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale «è da attribuirsi alla «proposta» un'efficacia vincolante sia nei confronti delle parti che non abbiano raggiunto l'accordo o che, pur avendolo raggiunto, sia stato ritenuto inidoneo, ma anche del giudice che resta vincolato, quanto al giudizio di congruità delle prestazioni indispensabili, alla valutazione della Commissione di garanzia» [86]. La Corte di Cassazione aveva a che fare, nel caso cui si riferisce la decisione, con una proposta che seguiva un accordo dichiarato non idoneo, ma ha esteso la sua valutazione sulla natura vincolante delle proposte anche alla proposta che segua il mancato accordo, allineandosi quindi alla «giurisprudenza» della Commissione, la quale considera vincolanti entrambe le proposte.

Va inoltre rilevato che la prassi della Commissione di garanzia conosce, oltre alle proposte «sostitutive» di accordi valutati non idonei e a quelle formulate in caso di mancato accordo, anche delle *proposte «integrative»* di accordi valutati invece idonei (magari con riserva) [87].

La portata operativa del fenomeno in esame si percepisce solo se si considera che con «proposte» sono attualmente disciplinati settori di notevole rilievo, primo fra tutti quello del trasporto ferroviario [88] e, per citare solo

---

gni. Vedi anche le delibere in materia di trasporto ferroviario del 23 ottobre 1991, 14 luglio 1994 e 22 gennaio 1998, quest'ultima pubblicata in *Foro it.*, 1998, III, 197 e in *Lavoro inf.*, 1998, n. 5.

[85] … la quale, anzi, secondo l'interessante ricostruzione di A. PILATI, *La Commissione di garanzia,* 369, avrebbe in prevalenza aderito alla tesi della natura non vincolante della proposta (la mancata adesione a tale tesi costituirebbe anzi il «tratto caratterizzante» delle varie decisioni dei giudici di merito). Ad es. Trib. Trento 19 marzo 1996, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 517, ragiona di un «parere» della Commissione di garanzia, che non può «assumere valore precettivo e vincolante per le parti di un conflitto sindacale». V., inoltre i casi citati da S. RIGON, *L'efficacia e la natura*, cit., 645 ss., quelli commentati da S. CECCONI, *Sui rapporti fra «comandata» datoriale e «proposta» della Commissione di garanzia*, in *Giur. it.*, 1994, I, sez. II, 911 ss. e le decisioni citate da A. VALLEBONA, *Accordo o precettazione:* tertium non datur, in *Dir. lav.*, 1993, I, 541, nt. 1.

[86] Cass. lav., n. 2625/1999, pubblicata in *Guida al Diritto*, 10 aprile 1999, n. 14, 37 ss. (le parole citate sono a 43, punto 9 dei motivi della decisione) e in *Mass. giur. lav.*, 1999, n. 6, 588 ss.

[87] V. ad es. le proposte in materia di sanità del 19 luglio 1996 e del 6 febbraio 1997.

[88] Proposta settore ferrovie: delibera n. 98/8 del 22 gennaio 1998 (v. il testo in *Foro it.*, 1998, III, col. 197 ss. e in *Dir. lav.*, 1999, I, 99 ss., preceduto da un commento di M.P. GENTILI, *La «nuova» proposta della Commissione di garanzia nel settore del trasporto ferroviario*, *ivi*, 89 ss.); nella Relazione 1997-98 si precisa che essa è vincolante, ma che può essere sostituita in ogni momento da un accordo dichiarato idoneo: COMMISSIONE DI GARANZIA DELL'ATTUAZIONE DELLA

quelle approvate nel periodo maggio 1998-aprile 1999, il soccorso stradale, il servizio rimorchiatori, le biblioteche universitarie, il trasporto marittimo delle ferrovie dello Stato, i provveditorati agli studi, la sanità a livello locale e, con una proposta integrativa di una precedente proposta, il comparto ministeri. Tra le proposte meno recenti si segnala la proposta-guida della Commissione per gli accordi negli enti locali.

4.1. *L'efficacia per il giudice delle proposte della Commissione*

Quale efficacia ha dunque la proposta della Commissione di garanzia? Quale rilevanza ha essa per il giudice?

Le ricostruzioni dottrinali si distinguono nettamente fra quelle che – elaborate soprattutto nella fase immediatamente successiva all'entrata in vigore della legge [89] – negano la natura vincolante (e quindi normativa) dell'atto in esame e quelle che la affermano (distinguendosi, poi, queste ultime, tra quelle che la ricostruiscono come atto normativo da quelle che ne negano la normatività).

Le prime impostazioni ritengono che la proposta della Commissione si configuri come una «opinione autorevole, indipendente e competente», di cui il giudice dovrebbe tenere conto, ma che potrebbe sindacare nel merito, a differenza degli accordi collettivi, di cui dovrebbe presumere *iuris et de iure* la idoneità del contemperamento, potendo sindacarli solo sotto il profilo della legittimità [90] o, con conseguenze analoghe, la equiparano ad una con-

---

LEGGE SULLO SCIOPERO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI, *Relazione sull'attività della Commissione di garanzia* (1° maggio 1997-30 aprile 1998) (est. F. Santoni), Colombo, Roma, 1998, 26.

[89] M. ROCCELLA, *La Commissione di garanzia*, cit., 40, rileva che «tale potere di proposta non può considerarsi come un *quid* a sé stante»; A. VALLEBONA, *Il ruolo del giudice*, cit., 326 (il quale, pur evidenziando la «non vincolatività» della proposta, ne sottolinea l'«importanza», proprio in relazione al meccanismo della precettazione). Una ricostruzione molto cauta della proposta è formulata, ancora di recente, da G. SANTORO PASSARELLI, *Vecchi e nuovi problemi*, cit., 64, sulla scia di quanto già sostenuto in ID., *I punti di crisi della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Dir. lav.*, 1993, 398; M.V. BALLESTRERO, *La Commissione di garanzia*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1992, n. 12, 52 ss. Analogamente, secondo G. GHEZZI, *Prime riflessioni in margine alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge 12 giugno 1990 n. 146)*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, 165, si tratterebbe di «un giudizio autorevole, pur se non autoriitativo» e secondo C. CORSINOVI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e valenza precettiva della proposta della Commissione di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1994, 550, di un «condizionamento di tipo persuasivo».

[90] M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive*, cit., 426-427. Secondo la ricostruzione proposta in un primo tempo da A. VALLEBONA, *Il ruolo del giudice*, cit., 327, il giudice amministrativo dovrebbe tenere conto della proposta nel giudizio sull'impugnazione dell'ordinanza di precettazione, «come guida di largo principio», con la conseguenza che il TAR avrebbe «quantomeno un one-

sulenza tecnica di ufficio [91]: in questa prospettiva, la conclusione più coerente è che «l'effettività della l. n. 146/1990 è affidata esclusivamente alla buona volontà delle parti» [92]. Altri ancora ritiene che essa, analogamente agli accordi collettivi valutati idonei [93], abbia la funzione di offrire al giudice «elementi sintomatici privilegiati» per il contemperamento tra diritto di sciopero e diritti costituzionalmente garantiti, escludendo, quindi, che essa abbia efficacia normativa [94]. L'esclusione di un vincolo per il giudice posto dalla pronuncia della Commissione viene inoltre collegata alla esclusiva soggezione di quest'ultimo alla legge [95].

Altre ricostruzioni ritengono che la proposta della Commissione «costituisca un atto di natura provvedimentale autoapplicativo con funzione regolamentare» [96], in quanto svolgente la funzione di parametro sia per l'adozione dell'ordine di servizio da parte del datore di lavoro, in caso di assenza di accordi e di conseguente impossibilità di adottare il regolamento di servizio basato su di essi, sia per l'adozione dell'ordinanza di precettazione. Si tratterebbe, quindi, di un vero e proprio regolamento, sia pure temporaneo, il quale produrrebbe effetti analoghi a quelli di un regolamento per il giudice che si trovi a farne applicazione: il giudice amministrativo potrebbe annullare una proposta [97] solo per vizio di legittimità, ma non per vizio di merito, mentre il giudice ordinario potrebbe disapplicare la proposta se la ritenesse illegittimamente lesiva di un diritto soggettivo [98] – risultando così equipara-

---

re di motivazione, presumibilmente in relazione alle peculiarità del caso concreto, per ogni scostamento dalle regole generali indicate in tale proposta» (*ivi*, 328).

[91] A. PILATI, *La Commissione di garanzia nell'opinione dei giudici*, cit., 373 ss.

[92] R. PESSI, *L'effettività della l. n. 146/1990 sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 43 ss.

[93] G. SUPPIEJ, *Il sostegno della Corte costituzionale alla legge sullo sciopero*, cit., 693, rileva che la sent. n. 344 ha equiparato, quanto all'efficacia, l'accordo valutato idoneo e la proposta sostitutiva della Commissione.

[94] A. D'ATENA, *Sciopero*, cit., 959. In questo senso v. R. NANIA, *Sciopero e sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 120.

[95] C. CORSINOVI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., 550.

[96] F. SANTONI, *Le fonti di disciplina degli scioperi e l'efficacia della proposta della Commissione di garanzia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 193.

[97] … che sarebbe quindi direttamente impugnabile – sia pure per soli motivi di legittimità – davanti al TAR: in questo senso, S. RIGON, *L'efficacia e la natura*, cit., 648. Diversamente, per G. SANTORO PASSARELLI, *Vecchi e nuovi problemi*, cit., 64-65, la proposta, in quanto atto preparatorio, non sarebbe impugnabile davanti al giudice amministrativo.

[98] G. SUPPIEJ, *Realismo e utopia*, 203; S. RIGON, *L'efficacia e la natura*, cit., 648. *Contra* M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive*, 427. Esclude che il giudice possa sindacare la proposta nel merito anche G. SANTORO PASSARELLI, *Vecchi e nuovi problemi*, cit., 65.

ta *in toto* l'efficacia di accordi valutati idonei e della proposta. Diversamente, entrambi ne sarebbero vincolati. Della qualcosa avrebbe tratto le conseguenze il disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 16 marzo 1999 [99] per correggere la l. n. 146/1990, che all'art. 1, c. 2°, e all'art. 9, c. 1°, lett. *a*), stabilisce che, in caso di mancato accordo, la Commissione di garanzia delibera la «provvisoria regolamentazione» della materia [100].

Ora, pare che la ricostruzione della natura della proposta della Commissione di garanzia non possa non prendere atto di uno scarto rilevante tra la lettera della l. n. 146 ed il sistema che si è venuto delineando nella prassi. Riguardo alla lettera della legge, occorre riconoscere che la proposta non è vincolante per la conclusione dell'accordo, né – a differenza, ad esempio, del lodo arbitrale *ex* art. 13, lett. *a*) – può sostituirsi ad esso. Ed essendo la sua unica funzione quella di promuovere tale accordo [101] – e non quella di regolare il comportamento delle parti – non si vede quale efficacia vincolante dovrebbe esserle riconosciuta. Lo stesso richiamo all'art. 8 non pare risolutivo nella direzione della vincolatività della proposta: la formulazione stessa della disposizione in esame rivela che la proposta non è di per sé vincolante, ma che la vincolatività di essa consegue all'invito ad attenersi ad essa, formulato dall'autorità precettante – la quale, oltretutto, interviene in un novero di ipotesi più ristretto di quello rappresentato dall'insieme delle prestazioni indispensabili da garantire [102].

Una ricognizione del sistema effettivamente vigente, peraltro, non può non prendere atto del fatto che, accanto alla proposta «*secundum ordinem*» (volta a stimolare le parti sociali a concludere un accordo), cui si è ora fatto riferimento, è emerso, nella prassi, un secondo tipo di proposta, questa sì vincolante per le parti sociali. Si tratta di un provvedimento emesso dalla Commissione di garanzia e volto a regolare provvisoriamente la materia, in

---

[99] V. Atto Camera n. 5857 del 25 marzo 1999, attualmente all'esame della Commissione Lavoro della Camera. V. i primi commenti in A. D'ATENA, *Sciopero*, cit., 975 ss. e V. FILI, *Le nuove prospettive sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 1999, n. 5, 412 ss.

[100] Al riguardo v. i rilievi critici di A. D'ATENA, *Sciopero*, cit., 976.

[101] Rileva A. VALLEBONA, *Accordo o precettazione*, cit., 542, che la proposta «costituisce solo una ipotesi di disciplina e non una disciplina vigente e vincolante, sostitutiva della volontà delle parti» e che «la semplice proposta della Commissione costituisce soltanto un meccanismo per tentare di agevolare il raggiungimento dell'accordo».

[102] La precettazione, infatti, dovrebbe intervenire solo in caso di «fondato pericolo di un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente garantiti» (art. 8), che è un'ipotesi più ristretta del «godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati» (art. 1), che giustifica la limitazione del diritto di sciopero e cui dunque dovrebbe mirare la proposta.

mancanza (e in attesa) della regolazione da parte della fonte competente. «Inventato» [103] dalla stessa Commissione, facendo leva su alcune ambiguità della legge e con la specifica finalità di dare attuazione alla legge stessa, e riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità e da quella costituzionale [104], tale potere può ben dirsi oggi spettante alla Commissione, anche se la sua origine è *extra ordinem* [105]. Deve anzi ritenersi che si sia formata al riguardo una consuetudine confermativa della vigenza nell'ordinamento della fonte ora citata [106]. E la distinzione tra i due tipi di proposta ora citati [107] – quella *secundum ordinem*, non vincolante, e quella *extra ordinem*, vincolante – traspare anche da alcuni episodi nella prassi, nei quali la Commissione ha dapprima inviato alle parti sociali una «prima proposta» o una «bozza di proposta» – avente evidentemente il fine di stimolare il raggiungimento di un accordo – e, in seguito, una seconda proposta, volta a regolare provvisoriamente la materia, in mancanza di idoneo accordo [108]. D'altra parte, la Com-

---

[103] Così G. BRONZINI, in *Osservatorio sulla Commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, 525 e S. FOÀ, *La Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nel quadro delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. econ.*, 1995, 245.

[104] V. rispettivamente Cass. lav., sent. n. 2625/1999 e C. cost., sent. n. 344/1996.

[105] Si può ritenere *extra ordinem* lo specifico potere normativo acquisito dalla commissione, non la finalità con la quale esso viene giustificato, che è quella di dare attuazione alla legge. Da questo punto di vista, esso potrebbe essere anche letto come un potere implicito di cui la Commissione godrebbe *ex* art. 19, c. 2°, l. n. 146/1990 (in questo senso cfr. S. RIGON, *L'efficacia e la natura*, cit., 647 e la stessa delibera della Commissione di garanzia del 10 ottobre 1991). Si potrebbe quindi concordare con chi – U. ROMAGNOLI, *Introduzione*, in U. ROMAGNOLI-M.V. BALLESTRERO, *Norme*, cit., 42 – ritiene che la Commissione di garanzia avrebbe superato la lettera della legge per realizzarne la volontà).

[106] Qualora si optasse invece per la ricostruzione che considera vincolante la proposta di cui all'art. 13, c. 1°, l. n. 146, tale consuetudine esisterebbe a mio avviso comunque, ma avrebbe natura di conferma della vigenza di una fonte legale, anziché di una fonte *extra ordinem*.

[107] In un ordine di idee che mi pare vicino a quello qui ipotizzato si muove chi ragiona – con riferimento a quanto accaduto nel settore del credito – di una «duplice funzione» della proposta (S. RIGON, *L'efficacia e la natura*, cit., 649). R. NANIA, *Sciopero e sistema costituzionale*, cit., p. 117, sottolinea le «due differenti dimensioni di valore» della proposta, come atto «esprimente efficacia obbligante nei confronti delle parti sociali» e come «atto di semplice suggerimento nei confronti delle medesime».

[108] È il caso della proposta del settore Ferrovie, emanata con delibera n. 98/8 del 22 gennaio 1998, dopo una «prima proposta» rivolta alle parti (o una «bozza di proposta», secondo quanto recita la delibera della Commissione del 22 gennaio 1998, a 100 del testo riportato in *Dir. lav.*, 1999, I) con delibera n. 97/568. Illuminante sul punto è la narrazione della vicenda contenuta in COMMISSIONE DI GARANZIA DELL'ATTUAZIONE DELLA LEGGE SULLO SCIOPERO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI, *Relazione sull'attività della Commissione (1° maggio 1997-30 aprile 1998)*, Colombo, Roma, 1998, 26.

missione di garanzia, negli «orientamenti per una riforma della l. 12 giugno 1990, n. 146» [109] – adottati nella seduta del 21 gennaio 1999 nel quadro del processo di riforma della legge che ha per ora condotto alla presentazione del disegno di legge governativo sopra menzionato – ha non a caso proposto di distinguere tra la «proposta» che la Commissione sottopone alle parti in caso di valutazione di inidoneità dell'accordo o di mancato accordo e la «provvisoria regolamentazione» che essa può adottare qualora a tale proposta non segua un accordo [110]. Con il che è probabile che la Commissione, nel prospettare una modifica della legge vigente, non abbia fatto che dare inavvertitamente conto della prassi già in vigore.

Stanti i contenuti della proposta, la efficacia vincolante da essa acquisita e il trattamento che ad essa va riconoscendo la giurisprudenza, la natura sostanzialmente normativa dell'atto non pare possa essere negata. Che non si tratti solo di una opinione autorevole o di un atto contenente elementi sintomatici privilegiati di cui il giudice possa (ma non debba) tenere conto, è dimostrato dal fatto che anche nel caso in esame – come in quello degli accordi valutati idonei – si è di fronte ad una ipotesi diversa da quella dell'art. 36 Cost. [111] e che quindi il giudice è vincolato dall'atto della Commissione.

Non sussiste, d'altronde, in questo caso, l'ostacolo rappresentato dalla necessaria recezione dell'atto in un atto ulteriore, che si era visto costituire ostacolo alla qualificazione come atti normativi degli accordi valutati idonei. D'altro canto, riguardo alla mancata previsione della pubblicazione necessaria, pur se questo punto si presenta problematico, si può ipotizzare che la proposta produca effetti – cioè «entri in vigore» – 15 giorni dopo la pubblicazione sul sito *Internet* della Commissione di garanzia [112].

Più che sulla natura, normativa o meno, della proposta della Commissione, si potrebbe forse ragionare sulla *qualità* della normazione cui ci si trova

---

[109] V. al riguardo COMMISSIONE DI GARANZIA DELL'ATTUAZIONE DELLA LEGGE SULLO SCIOPERO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI, *Relazione sull'attività della Commissione (1° maggio 1998-30 aprile 1999),* cit., 23 ss.

[110] *Ivi*, 26-27.

[111] … alla quale l'ipotesi viene avvicinata da T. TREU, *Le prestazioni indispensabili*, cit., 12 ss.; M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive*, cit., 425; A. D'ATENA, *Sciopero*, cit., 956.

[112] La qualificazione della pubblicazione su un sito *internet* come pubblicazione in senso tecnico presenta problemi derivanti, oltre che dalla novità dello strumento, dalla sua idoneità ad adempiere alle funzioni correntemente ritenute proprie della pubblicazione: funzione di certezza e di notorietà (sul punto v. A. D'ATENA, *Pubblicazione degli atti normativi*, in *Enc. giur. XXV*, 3-5). Da questo punto di vista, in questa sede ci si può limitare a rilevare che la pubblicazione su *internet* appare idonea alla seconda delle due funzioni, presentando invece alcuni problemi riguardo alla prima (per la quale, quindi, dovrebbe essere integrata da una forma complementare di pubblicazione).

di fronte nel caso in esame. Si tratta infatti di una normazione provvisoria, vale a dire non solo temporanea, ma *fisiologicamente* destinata ad essere sostituita dalla fonte competente, rispetto alla quale essa svolge una funzione non solo sussidiaria, ma anche vicariante. La proposta della Commissione dovrebbe quindi ritrarsi ogniqualvolta le parti sociali si dimostrino capaci di garantire un idoneo contemperamento tra i diritti in conflitto, anche diverso da quello delineato provvisoriamente nella proposta stessa dalla Commissione [113]. In questo senso appare corretta, anche alla luce della prassi, l'affermazione per cui la proposta non vincola le parti (non ne vincola quindi l'attività concorrente alla fissazione degli *standards* di comportamento, ma ne vincola, *medio tempore*, fino al raggiungimento di un accordo valutato idoneo, i comportamenti concreti) [114].

5. *Un modello di regolazione ispirato al principio di sussidiarietà?*

La logica complessiva che ispira la legge, e che ne costituisce *the efficient secret,* è il principio di sussidiarietà «orizzontale», o, meglio, una serie di meccanismi applicativi del principio stesso [115]. È stato correttamente osservato che la legge in esame ha costruito un sistema di «elaborazione dal basso e in contraddittorio tra le parti sociali» delle regole [116], vale a dire un sistema alternativo tanto a quello di una regolazione legislativa analitica [117], quanto a quello della rimessione in via esclusiva della regolazione ad una fonte stata-

---

[113] Si può fare riferimento al settore del credito, nel quale la Commissione ha valutato idonei nel 1994 due accordi intervenuti a seguito della proposta che aveva regolato il settore dal 6 febbraio 1992 (v. la sintetica ricostruzione di S. RIGON, *L'efficacia e la natura*, cit., 649).

[114] Questo mi pare il senso di quanto sostenuto da M.P. GENTILI, *La «nuova» proposta*, cit., che, da un lato, ritiene di «escludere l'immediata vincolatività della proposta» (p. 90) e, subito dopo, sostiene che «fino alla stipulazione degli accordi … la proposta sarà l'unica forma di regolazione del fenomeno di agitazione collettiva» (p. 91).

[115] Su tale principio si veda, per tutti, A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997; M. OLIVETTI, *Alla ricerca della sussidiarietà. Il dibattito alla Camera dei Deputati sul principio della «funzione suppletiva dell'attività sociale»*, in corso di pubbl., e bibl. ivi cit.

[116] VI Relazione semestrale (26 luglio 1991-25 luglio 1993) sull'attività della Commissione di garanzia (est. D'Atena), punto 4, nella Raccolta citata *supra*, 41.

[117] T. TREU, *Le prestazioni indispensabili*, cit., 14, il quale rileva anche che il modello prescelto valorizza la capacità di autoregolazione degli attori collettivi rispetto all'intervento eteronomo, cui viene affidato un ruolo di «sostegno alla regolazione collettiva, nonché di garanzia finale degli interessi generali».

le subordinata (si trattasse del regolamento governativo o di atti normativi puri e semplici di una autorità indipendente [118]). Con essa – e soprattutto con la sua prassi applicativa – si è infatti costruita una serie di meccanismi procedimentali dalla cui combinazione risulta che:

a) nella regolazione delle prestazioni indispensabili da garantire in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali, viene riconosciuta la priorità dell'autoregolazione ad opera dei soggetti interessati (*rectius*: di alcuni di essi);

b) tale regolazione non è di per sé operativa, ma è soggetta ad un giudizio istituzionalizzato di adeguatezza a parametri (sia pur vagamente) predefiniti – un giudizio rimesso ad un organo statale;

c) in caso di «fallimento» degli attori sociali direttamente interessati, interviene suppletivamente un organo pubblico: tale intervento ha luogo nella forma della «proposta» formulata dalla Commissione;

d) le modalità dell'intervento pubblico configurano la sostituzione come:

– provvisoria;

– propulsiva, vale a dire funzionale ad ottenere la migliore autoregolazione da parte dei soggetti competenti in prima battuta; si tratta quindi di un intervento in funzione di ausilio e supporto;

– reversibile, qualora le soggettività sociali si riapproprino della competenza con un tipo di regolazione «adeguato» agli *standards* richiesti dalla legge e rimessi da questa alla valutazione della Commissione di garanzia: da questo punto di vista l'interazione con le parti sociali dovrebbe garantire anche in fatto che la proposta sostitutiva non sia definitiva (neppure nel solo «foro interno» della Commissione di garanzia), ma rimanga sempre provvisoria.

Va peraltro osservato che, anche alla luce del principio di sussidiarietà, emergono alcuni dei problemi sottolineati dalla dottrina riguardo al modello di regolazione prescelto. Se non può essere contestato, infatti, che l'autonomia collettiva sia la sede di regolazione «più vicina» [119] agli interessi dei lavoratori ed alle esigenze organizzative dei vari servizi [120], è più problematico ritenere che tale fonte sia la più vicina anche agli interessi degli utenti dei servizi stessi, la cui posizione è anch'essa giuridicamente rilevante nel caso in esame, ma si vede riconosciuto nel procedimento *ex* art. 2, l. n. 146/1990 un ruolo non decisivo.

---

[118] Entrambe queste ipotesi avrebbero peraltro posto una serie di problemi alla luce della riserva di legge di cui all'art. 40 della Cost.

[119] L'attribuzione della cura degli interessi ai «corpi intermedi» più vicini ai titolari degli interessi stessi è, com'è noto, un tratto portante del principio di sussidiarietà.

[120] In questo senso P. PASCUCCI, *La regolamentazione autonoma del diritto di sciopero nella dottrina italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 189.

E la logica della sussidiarietà come chiave di interpretazione del sistema creato con la l. n. 146/1990 appare in effetti più convincente della riconduzione del ruolo della Commissione al fenomeno dell'arbitrato [121] o della conciliazione, in quanto, nel caso in esame, la Commissione non si limita a cercare e a favorire un punto di mediazione tra parti in conflitto, ma si fa portatrice di un interesse ulteriore, quello, più «generale», ma anche tendenzialmente acefalo, degli utenti del servizio. Più correttamente, si può forse osservare che, se nella legge il modello della conciliazione presentava tracce significative, nella prassi tali indicazioni sono state svalutate (si pensi alla limitata utilizzazione del lodo della Commissione su richiesta delle parti) a vantaggio di una logica più complessa, quella della sussidiarietà appunto, e specificamente della dimensione procedurale di quest'ultima.

Non è marginale che questo assetto si sia in un certo senso prodotto in via «spontanea», date certe premesse imprescindibilmente poste dalla legge: non va cioè sottovalutato il dato che la previsione legislativa di un modello bipolare di regolazione, nel quale sono stati chiamati ad inteagire i soggetti sociali direttamente coinvolti e, in posizione dialettica, una autorità indipendente composta con modalità non rappresentativa di tali soggetti, abbia aperto la via ad una autostrutturazione del sistema secondo una logica di sussidiarietà. In questa logica, ad una competenza attribuita in prima battuta a taluni soggetti sociali si è affiancata una competenza di controllo-valutazione e di regolazione sostitutiva attribuita ad un organo indipendente che costituisce comunque un terminale dello Stato-apparato.

Nota aggiuntiva

Mentre si procedeva alla correzione delle bozze del presente contributo, è giunta notizia della approvazione in via definitiva, da parte del Senato, il 4 aprile 2000, della legge di riforma della l. n. 146. Non si è al riguardo ritenuto opportuno modificare il testo, per tenere conto delle innovazioni di notevole rilievo che la nuova legislazione ha apportato. Nel testo e nelle note sono stati pertanto lasciati alcuni riferimenti al progetto di legge governativo da cui la riforma appena menzionata ha avuto origine.

Il contributo conserva pertanto il taglio di un lavoro sugli atti paranor-

---

[121] … cui fanno riferimento L. GAETA, *Art. 13*, cit., 186 ss. e M. D'ANTONA, *La Commissione di garanzia come arbitro (sciopero e contrattazione collettiva nei servizi pubblici essenziali)*, in AA.VV., *Conciliazione e arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 13 (1993), 60 ss.

mativi della Commissione di garanzia nel sistema delineato dalla l. n. 146 come sviluppatosi nella prassi fino alla vigilia della sua riforma.

La riforma della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali ha mantenuto l'ispirazione della l. n. 146, integrando le norme materiali in essa contenute e ridefinendo le disposizioni strumentali, finalistiche e di principio che ne costituivano il *corpus* principale. Tra le nuove norme materiali vanno segnalate: a) la previsione dell'obbligo di motivazione dell'astensione collettiva dal lavoro; b) la prescrizione di intervalli minimi tra diverse azioni di sciopero, al fine di non compromettere la «continuità del servizio» pubblico essenziale; c) la qualificazione della revoca spontanea dello sciopero come «forma sleale di azione sindacale», come tale sottoposta ad apposita sanzione.

Ma gran parte della riforma incide sulle norme *lato sensu* procedimentali.

In primo luogo viene individuata la modalità di disciplina dell'astensione collettiva di «lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori», che «incida sulla funzionalità di servizi pubblici»: e si prevede al riguardo l'adozione di codici di autoregolamentazione, sottoposti a valutazione di idoneità da parte della Commissione di garanzia. Il sistema presenta evidenti parallelismi con quello previsto per lo sciopero vero e proprio nei servizi pubblici essenziali.

La nuova legge procede poi a ridefinire compiutamente il sistema sanzionatorio (v. il nuovo art. 4, il nuovo art. 9 e l'art. 20-*bis*) – il quale era venuto delineandosi come il vero e proprio anello debole della catena di modalità di intervento cui la Commissione poteva fare ricorso – e a riformare il sistema di precettazione (v. il nuovo art. 8). Vengono inoltre ristrutturati tanto l'assetto degli organici dipendenti dalla Commissione di garanzia (art. 11, c. 2°), quanto i poteri della stessa, che risultano oggi notevolmente ampliati (art. 13). In particolare viene riarticolato il procedimento di valutazione degli accordi e dei codici di autoregolamentazione, nonché del comportamento dei soggetti scioperanti, da parte della Commissione stessa. Si procede infine a collocare diversamente nel sistema il ruolo delle associazioni degli utenti (v. ad es. art. 4-*quater* e 7-*bis*).

Per quanto specificamente interessa il presente contributo, pare potersi dedurre, da un esame sommario della nuova legge, che alcune delle più interessanti tendenze emerse nella prassi, in direzione di una efficacia normativa degli accordi e della proposta sostitutiva della Commissione, hanno trovato ora importanti conferme. In particolare, appaiono di notevole rilievo la previsione della possibilità, per la Commissione, di richiedere la pubblicazione in Gazzetta ufficiale di accordi o proprie deliberazioni (art. 13, c. 1°, lett. *l*)) e la distinzione della proposta formulata dalla Commissione alle parti sociali, al fine di stimolare il raggiungimento di un accordo dalla «provvi-

soria regolamentazione» che la Commissione stessa è facoltizzata ad adottare in una serie di ipotesi, fra le quali quella di mancato accordo o di accordo valutato non idoneo (art. 2, c. 4°; art. 2-*bis*, commi 1° e 2°; art. 13, c. 1°, lett. *a*)). Con il che ne risulta definitivamente confermata la natura normativa almeno della «provvisoria regolamentazione» disposta dalla Commissione – vale a dire dell'atto che, durante la vigenza del testo originario della l. n. 146, si mascherava sotto il *nomen iuris* della proposta (ora restituita alla sua funzione originaria). E il potere normativo della Commissione viene ora circoscritto dalla legge, la quale ne indirizza le modalità di determinazione delle prestazioni indispensabili, a salvaguardia del diritto di sciopero dei lavoratori (v. art. 13, c. 1°, lett. *a*), ult. parte).

Qualsiasi esame delle menzionate innovazioni legislative non potrà peraltro non tenere conto dell'impatto del nuovo e più forte ruolo riconosciuto alla Commissione sia sulla tipologia dei suoi atti, sia sulla incidenza effettiva dell'autorità indipendente in esame nell'ambito sociale rimesso alla sua regolazione.

Dalla riforma, infine, appare confermata la validità della ricostruzione proposta nell'ultimo paragrafo, che tenta di leggere il sistema regolativo delineato dalla l. n. 146 e dalla sua prassi attuativa alla luce del «principio di sussidiarietà orizzontale». Il rafforzamento della potestà regolatoria della Comissione di garanzia da un lato, e la sua configurazione come suppletiva rispetto all'accordo fra i soggetti autonomi del corpo sociale, e come destinata fisiologicamente ad essere sostituita dagli accordi tra le parti sociali, risulta ora riconosciuto espressamente nella riforma della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, offrendo così un significativo modello di traduzione normativa concreta del principio stesso.