

Esiste davvero la titolarità collettiva del diritto di sciopero?*

Roberto Romei

1. Due libri recenti sulla titolarità collettiva del diritto di sciopero.	425
2. Qualche puntualizzazione sulla tesi della titolarità individuale.	427
3. La declinazione della tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero.	431
4. Alcune precisazione terminologiche.	434
5. Riferimenti bibliografici	441

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 75/2008

1. Due libri recenti sulla titolarità collettiva del diritto di sciopero.

Con singolare coincidenza, negli anni immediatamente passati, sono state date alle stampe due monografie che hanno toccato - l'una nel quadro di un'indagine più ampia, l'altra, invece, espressamente dedicata all'argomento - il tema della titolarità del diritto di sciopero¹⁵⁴⁹.

È una coincidenza da registrare positivamente; entrambe - sia pur, ovviamente, con diverso approfondimento - affrontano il tema della titolarità del diritto di sciopero in astratto, potrebbe dirsi: libere cioè dalle urgenze e dalle contingenze che, ad esempio, avevano intorbidato il dibattito verso la fine degli anni '80 dello scorso secolo; e ne sviluppano, non solo per questo, ma anche per questo, tutte le implicazioni, giungendo a conclusioni di più ampio respiro, che toccano, e non potevano non farlo, anche la struttura stessa del diritto di sciopero.

Il percorso dei due saggi si snoda su binari inizialmente paralleli, anche se poi, al termine, le conclusioni cui giungono i due Autori divergono non di poco: in entrambi i casi esse, però, suscitano non pochi interrogativi, a testimonianza del fatto che se la mira è alta, il bersaglio è nondimeno ben centrato. Ma anche a conferma che, come è stato acutamente osservato, molto tempo addietro, in questa materia sembra che nessuno trovi convincenti fino in fondo le tesi altrui¹⁵⁵⁰.

Nelle due monografie si privilegia, almeno nella parte iniziale, la prospettiva storica, nella convinzione, bene espressa soprattutto in quella di Antonello Zoppoli, che la chiave storica rappresenti un passaggio ineludibile per chiarire le ricostruzioni successive¹⁵⁵¹.

Seguendo una ricostruzione dicotomica della dottrina degli anni '50, i due autori da subito pongono in evidenza come le due prospettive, della titolarità individuale e della titolarità collettiva, si siano immediatamente poste all'attenzione della dottrina del tempo, divisa, appunto, tra i fautori dell'una o dell'altra ricostruzione, i cui principali esponenti sono individuati, rispettivamente, in Luigi Mengoni¹⁵⁵² ed in Francesco Santoro Passarelli¹⁵⁵³.

È opinione abbastanza diffusa, del resto, quella che pone i due illustri Autori su sponde diverse del dibattito. Ma le distanze tra le due costruzioni sembrano meno profonde di quanto non si tenda a rappresentare; ed infatti entrambe - molto più delle altre tesi¹⁵⁵⁴ che più decisamente sposavano la tesi della titolarità integralmente collettiva dello sciopero - possono essere utilizzate, e di fatto lo sono state, a supporto della tesi tradizionale, imperniata sulla titolarità individuale del diritto¹⁵⁵⁵. Che rappresenta poi la *herrschende Meinung* per tutti gli anni '60 e '70, durante i quali, per il vero, la dottrina non dedica molta attenzione all'argomento - impegnata com'era a contrastare le teorie definitorie dello sciopero - se non per ribadire l'efficacia meramente obbligatoria e non vincolante sul piano individuale della clausola di tregua sindacale.

¹⁵⁴⁹ Si intende fare riferimento, rispettivamente alla monografia di Pino 2005, ed a quella di Zoppoli 2006.

¹⁵⁵⁰ Suppiej 1965, 18-19.

¹⁵⁵¹ Per una sintesi del dibattito si rinvia a Gaeta 1990, 403 ss.; Bellocchi 1994, 163 ss.; Pinto 1997, 219 ss., spec. 232 ss. ed a ultimo, per un breve riepilogo Del Punta 2007, 404 ss.

¹⁵⁵² Le tesi dell'illustre Autore si dipanano lungo un arco di tempo relativamente ampio in cui le stesse opinioni dell'Autore subiscono mutamenti non insignificanti. Si veda Mengoni 1949; *Idem* 1961; *Idem* 1965.

¹⁵⁵³ Santoro Passarelli 1949; *Idem* 1959.

¹⁵⁵⁴ Mortati 1954, 149 ss.; Calamandrei 1952, 221 ss.

¹⁵⁵⁵ Ciò non è dubbio per Santoro Passarelli, che non ha mai dubitato della titolarità individuale del diritto. Ma è vero anche per Mengoni.

La tesi della titolarità collettiva dello sciopero, che nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione rappresentò per molti autori la ricaduta sul piano dogmatico della ineliminabile dimensione collettiva che presenta lo sciopero, fu quindi relegata ai margini del dibattito.

È solo sul crinale degli anni '80 che l'argomento della titolarità dello sciopero torna alla ribalta, sull'onda delle modificazioni genetiche che subisce il conflitto, a seguito della sua dislocazione nel settore terziario, che suggeriscono una prospettiva diversa, ed anzi speculare a quella tradizionale, nel tentativo di ampliare lo spazio, fino allora angusto, riconosciuto alle organizzazioni sindacali nel tentativo di calmierare un conflitto che già allora presentava aspetti di forte incontrollabilità ed era usato da gruppi di lavoratori che occupavano posizioni strategiche per fini quasi esclusivamente corporativi.

La tesi della titolarità collettiva rappresenta allora, almeno nelle prime aperture della dottrina, il surrogato, o la giustificazione, di un intervento limitativo dello sciopero, o per meglio dire, di un intervento che ne regolamenti l'esercizio attraverso la selezione dei soggetti abilitati a disporre del diritto, nella convinzione, che si rivelerà con il senno di poi tutt'altro che fondata, che la selezione dei soggetti che possono proclamare lo sciopero determini anche un uso maggiormente responsabile dello stesso.

Lo spostamento del baricentro non ha fatto certo perdere di vigore alla opposta tesi, che anzi conosce, proprio nei primi anni '80, una rinnovata fortuna: singolarmente, rispetto a quelle che potrebbero definirsi le teorie di prima generazione, entrambe le tesi rinvergono un insospettato punto in comune, allorché rivestono la questione della titolarità dello sciopero di panni impropri.

Nell'un caso, come si è detto, lo spostamento sul soggetto collettivo nascondeva una precisa opzione di politica del diritto, favorevole all'introduzione di una regolamentazione dello sciopero almeno nei servizi pubblici essenziali.

L'altra affastella problemi diversi: la riproposizione, sulle orme della dottrina degli anni '60, del nesso tra titolarità individuale e libertà sindacale del singolo assolveva alla funzione di viatico per garantire l'assenza di ogni condizionamento sindacale e la imperitura garanzia del pluralismo, ed antidoto contro perniciose involuzioni autoritarie e burocratiche delle organizzazioni sindacali. La titolarità del diritto di sciopero veniva così degradata ad una provincia della questione, annosa ed ormai nella sua irrisolutezza, francamente stucchevole, della rappresentatività sindacale.

Si arriva così alle teorie sulla titolarità collettiva che potrebbero dirsi di seconda generazione, volendo con ciò significare l'approccio di quegli autori che, metabolizzata definitivamente la lezione della l. n. 146/1990, e meno immediatamente affannati da preoccupazioni di politica del diritto, si preoccupano di riportare la titolarità al suo alveo naturale, o quanto meno, all'alveo che interessa o dovrebbe interessare il giurista, quello cioè della ricostruzione dogmatica degli istituti e della qualificazione in termini concettuali della realtà fattuale¹⁵⁵⁶.

Profili entrambi nettissimi nelle opere dei due Autori dal quale questo breve scritto ha preso le mosse, sia nella monografia di G. Pino, che dedica all'argomento solo un capitolo nel quadro di

¹⁵⁵⁶ Il riferimento nel testo è ovviamente alla lezione di Ascarelli 1952, 803 ss. Una delle prime elaborazioni della tesi della titolarità collettiva dello sciopero che rielabora la lezione della l. n. 146/1990 si deve a Rusciano 2002, 151 ss.

una più ampia indagine sia, e con maggior enfasi, nella monografia di A. Zoppoli, d'altronde dedicata espressamente all'argomento e che utilizza il tema della titolarità come trampolino per procedere ad una compiuta revisione sul piano dogmatico del diritto di sciopero.

Ed è proprio questa opera di riscrittura a spingere, come un movimento circolare, a rileggere, alla luce della nuova connotazione dogmatica del diritto, la questione della titolarità.

2. Qualche puntualizzazione sulla tesi della titolarità individuale.

La tesi del diritto di sciopero come diritto a titolarità individuale, ma ad esercizio collettivo, è fin troppo nota perché si spenda inchiostro per descriverla.

Sia pur con non indifferenti diversità e nel quadro di un'articolazione di pensiero che condurrà il secondo a ritornare più volte sullo stesso argomento con esiti via via diversi, sono nondimeno evidenti i punti di contatto tra i due illustri Maestri che tra i primi si occuparono, già all'indomani della entrata in vigore della Costituzione, di offrire una sistemazione al diritto riconosciuto dall'art. 40 Cost.

Tanto Santoro Passarelli che Mengoni concordano nel ritenere che lo sciopero sia un comportamento non attuativo della prestazione di lavoro e che la proclamazione sindacale sia esterna allo sciopero¹⁵⁵⁷.

La ricostruzione di Santoro Passarelli ha il pregio della semplicità: essa descrive, o sembra farlo, quello che accade nella realtà, in cui lo sciopero si sostanzia nell'astensione di un gruppo di lavoratori, astensione di solito preceduta da una proclamazione ad opera dell'associazione sindacale. Ma la ricostruzione, come già quella del contratto collettivo, ed in genere, del fenomeno sindacale, è solo apparentemente descrittiva: al fondo vi è una valenza precettiva che non mancherà di farsi sentire negli anni successivi al 1949, anno in cui fu pubblicato il magistrale saggio su autonomia collettiva e diritto di sciopero. L'attenzione di Santoro Passarelli è polarizzata sul comportamento del prestatore di lavoro e sui riflessi che ne derivano sul piano delle obbligazioni scaturenti dal rapporto di lavoro. È il rigore del civilista - e dunque l'attenzione posta ai profili attinenti alla sorte delle reciproche obbligazioni che connotano il rapporto obbligatorio - che impone innanzitutto di qualificare il comportamento non attuativo della prestazione di lavoro, e solo successivamente, di dettare le condizioni stante le quali, quel comportamento cessa di essere inadempimento e diviene esercizio di un diritto. Lo sciopero dunque è un diritto del singolo, è un diritto di astenersi dall'adempiere la propria obbligazione, ed è anzi un diritto potestativo di astenersi¹⁵⁵⁸. Ma questo diritto è assoggettato, nel suo esercizio, al rispetto di una condizione, e cioè la proclamazione da parte dell'associazione sindacale, che costituisce un negozio giuridico dal contenuto autorizzatorio. È su questo piano che emergono, in tutta la loro importanza, i profili

¹⁵⁵⁷ Anche se con differenze non da poco. Come è noto per Santoro Passarelli la proclamazione altro non è se non una sorta di autorizzazione alla astensione dal lavoro, che sarà poi realizzata sul piano individuale. Mengoni, invece, critica la riconducibilità della proclamazione alla categoria concettuale della autorizzazione, riducendola ad un mero invito a scioperare, e configura la sospensione dell'obbligo di lavorare alla stregua di un effetto che la legge connette al verificarsi di un certo comportamento e cioè alla attuazione dello sciopero. Per una più ampia ricostruzione del pensiero dei due Autori si rimanda a Pinto 1997, 229 ss.; Pino 2005, 131; Zoppoli 2006, 4 ss. e 43 ss.

¹⁵⁵⁸ Santoro Passarelli 1949, 197.

dell'interesse collettivo alla cui cura è finalizzato il «concerto sullo sciopero del gruppo di prestatori interessati»¹⁵⁵⁹.

Spiazzando ricostruzioni correnti¹⁵⁶⁰ la teoria dello sciopero come diritto individuale ad esercizio collettivo, sembrerebbe essere già tutta qua.

Anche per Mengoni, lo sciopero è un «atto unitario di natura collettiva»¹⁵⁶¹ che richiede il «previo concerto» tra i lavoratori aderenti, anche se nella ricostruzione dell'autorevole civilista alla proclamazione viene negata ogni funzione autorizzatoria, ritenendo che l'accordo si manifesti sul piano fattuale, e cioè attraverso l'attuazione dello sciopero¹⁵⁶².

Al di là degli intenti limitativi che entrambe le tesi sottintendono, in comune vi è la netta distinzione tra posizione dell'organizzazione sindacale – che proclama lo sciopero e che detiene l'interesse collettivo – e posizione del singolo. La differenza sembra però più una differenza di accenti: mentre in Santoro Passarelli, l'accento cade più sul ruolo e la rilevanza dell'interesse collettivo al cui soddisfacimento è finalizzata l'astensione e la cui presenza rende legittima l'astensione; il secondo privilegia il momento attuativo; ma anche qui è sicuramente presente la rilevanza del momento collettivo, chiarissima nella configurazione dello sciopero come atto unitario che esprime un interesse collettivo, non riducibile alla pluralità degli interessi individuali dei singoli partecipanti¹⁵⁶³.

Prevale in questi primi contributi una netta impostazione dogmatica, non disgiunta, come è noto, da una finalità scopertamente precettiva in senso limitativo del diritto. In questo quadro la tesi della titolarità individuale, che in realtà anche un Autore come Santoro Passarelli accetta senza incertezze¹⁵⁶⁴, discende non tanto dalla qualificazione del diritto come diritto potestativo o come diritto assoluto¹⁵⁶⁵, ma dalla prospettiva accolta, che è quella dell'angolo di visuale offerto dal rapporto individuale di lavoro e dalla dialettica tra le reciproche obbligazioni e dunque dal comportamento non attuativo dell'obbligo che è senza dubbio nella disponibilità del lavoratore scegliere se esercitare o non¹⁵⁶⁶.

Come è noto, la tesi della titolarità individuale, è quella che ha conosciuto e che forse ancora oggi conosce la maggiore diffusione. Non mancano le critiche, come è altrettanto noto: si è osservato,

¹⁵⁵⁹ Santoro Passarelli 1949, 197.

¹⁵⁶⁰ Si veda anche Gaeta 1990, 415 ss.

¹⁵⁶¹ Mengoni 1961, 263.

¹⁵⁶² Mengoni 1964, 41.

¹⁵⁶³ Mengoni 1961, 263; *Idem*, 1965, 40.

¹⁵⁶⁴ Osserva condivisibilmente Gaeta 1990, 417, che per Santoro Passarelli, il vero titolare del diritto è sempre e solamente il singolo lavoratore, il quale però è legittimato ad esercitare tale diritto solo dopo un negozio giuridico di autorizzazione che è appunto la proclamazione.

¹⁵⁶⁵ Secondo la ricostruzione di Mengoni 1964, 40 poi come noto ripresa da moltissimi autori.

¹⁵⁶⁶ Ma nel quadro delle dottrine del primo decennio post costituzionale, o almeno di quelle che risulteranno poi essere dominanti, il tema della titolarità dello sciopero sembra permanere nell'ombra, o quanto meno non meritare il proscenio. È semmai il requisito dell'interesse professionale a giocare un ruolo di primo piano nel circoscrivere lo sciopero al solo ambito contrattuale; mentre, sul piano dogmatico, la distinzione tra il piano della «definizione dello sciopero come fatto» e quello della «definizione (...) come contenuto del diritto soggettivo» (Mengoni 1964, 29) accredita e rafforza la rigida predeterminazione dell'individuazione delle modalità di esercizio dello sciopero.

solo per rammentare le più diffuse, che la titolarità individuale si accompagna alla qualificazione dello sciopero come diritto potestativo, il che ne restringe il campo di azione entro una prospettiva esclusivamente contrattuale¹⁵⁶⁷, oltre a non consentire di coniugare perfettamente piano individuale con quello collettivo a causa della difficoltà di ridurre entro la dimensione individuale l'interesse collettivo¹⁵⁶⁸. Ancora, si è osservato che la tesi si imbatte in una vistosa contraddizione, non essendo il lavoratore in grado di valutare l'esistenza in concreto del proprio interesse, come invece avviene per ogni titolare del diritto, non essendo ipotizzabile uno sciopero individuale¹⁵⁶⁹.

Le osservazioni critiche colgono certamente dei punti deboli della teoria della titolarità individuale.

Potrebbe peraltro osservarsi che se ci si muove in una prospettiva limitata al solo piano del rapporto individuale di lavoro, la configurazione dello sciopero come diritto potestativo appare tutt'altro che inesatta. Essa infatti allude al potere del lavoratore di sospendere unilateralmente l'obbligo di svolgere la prestazione di lavoro, altrimenti normalmente in vigore, senza che il datore di lavoro possa opporre alcunché. Non è rilevante che tale facoltà sia assoggettata - nella costruzione originaria, come anche nel quadro della l. n. 146/1990 - a determinate condizioni, dal momento che queste ultime sono poste su un piano diverso e sfalsato rispetto alla struttura del diritto e ne risultano estranee. Il recesso, per fare un esempio, costituisce un tipico diritto potestativo, anche se, come avviene nel rapporto di lavoro, il suo diritto sia ancorato alla ricorrenza di determinati presupposti.

Se così è non sembra allora che possa condividersi la critica, mossa qualche tempo addietro, e ora, di recente riproposta¹⁵⁷⁰, secondo la quale la configurazione dello sciopero come diritto potestativo sarebbe strumentale ad una nozione restrittiva di sciopero, limitata al solo profilo contrattuale. Le restrizioni che incontra o in passato ha incontrato lo sciopero sono il frutto o dell'intervento del legislatore, ovvero, di una costruzione dottrinale che pretendeva di estrarre dalla stessa definizione di sciopero i suoi limiti, sovrapponendo il piano dei limiti all'esercizio con quello della struttura formale del diritto. È questo un terreno non accettabile proprio perché segnato dalla confusione di due piani tra loro non sovrapponibili; ma è lo stesso terreno sul quale si muovono anche le osservazioni critiche avanzata da Di Majo e da Pino, che proprio per tale motivo, non appaiono condivisibili.

In realtà, la configurazione dello sciopero come diritto potestativo nulla dice sui suoi limiti, ed è perfettamente compatibile anche con una nozione molto ampia di esso, che abbracci sia lo sciopero per fini contrattuali, sia quello di solidarietà sia quello di imposizione economico politica.

Insomma, definire lo sciopero come un diritto potestativo qualifica semplicemente il particolare rapporto che intercorre tra lavoratore e datore di lavoro, il quale non può non soggiacere alla decisione del lavoratore di astenersi dallo svolgimento della prestazione di lavoro. Ma la formula è neutra in ordine alle limitazioni cui può andare incontro il diritto di sciopero.

¹⁵⁶⁷ Di Majo 1980, 302; Pera 1986, 452; Pino 2005, 138.

¹⁵⁶⁸ Pinto 1997, 229.

¹⁵⁶⁹ Secondo la nota critica di Garofalo 1988, 574; ma anche Pera 1986, 449; Del Punta 2007, 411.

¹⁵⁷⁰ Di Majo e Pino, citati alla nota 19 che precede.

Altri sono, semmai, i punti deboli; anzi, sostanzialmente uno: la difficoltà di riuscire a dare compiutamente conto del profilo collettivo che è insito in ogni azione di sciopero: tanto che, ad esempio, Santoro Passarelli è costretto a recuperare il profilo collettivo distinguendo tra momento dichiarativo e attuativo dello sciopero, che diventa il parametro di riferimento ai fini della tutela costituzionale: è l'insieme delle scelte individuali dei lavoratori a configurare quell'esercizio collettivo al quale la teoria della titolarità individuale ha sempre fatto riferimento nel tentativo di coniugare appunto i due momenti, individuale e collettivo.

Ciò non vuol dire che la tesi del diritto a titolarità individuale, ma ad esercizio collettivo, come è stato anche di recente osservato¹⁵⁷¹, implichi anche il riconoscimento della necessaria prevalenza della volontà sindacale su quella individuale. Nulla infatti impedisce che la proclamazione possa configurarsi (solamente) come il momento di emersione dell'interesse collettivo, lasciando poi al singolo decidere se aderire o meno all'astensione, separando anche formalmente le due sfere e lasciando comunque al singolo in concreto la libertà di astenersi dalla esecuzione della prestazione di lavoro o non.

Ma è proprio sul diritto del singolo di astenersi dalla prestazione di lavoro che si sono appuntate le maggiori critiche, sostenendosi che la tesi della titolarità individuale dovrebbe necessariamente accompagnarsi al riconoscimento della possibilità di «un esercizio meramente solitario» del diritto di sciopero da parte del singolo lavoratore¹⁵⁷². Ancora, si è evidenziata la latente contraddizione in cui si imbatte la tesi della titolarità individuale, osservando che ogni diritto soggettivo implica una *facultas agendi*, e cioè una possibilità per il suo titolare di valutare in concreto il proprio interesse e di esercitare il proprio diritto¹⁵⁷³. Ciò però non sarebbe possibile per il diritto di sciopero, stante la difficoltà di conciliare la dimensione collettiva dell'interesse collettivo con quella di diritto soggettivo individuale: il titolare del diritto non può valutare in concreto l'esistenza di tale diritto ed esercitarlo data la inammissibilità di uno sciopero individuale¹⁵⁷⁴.

Occorre però intendersi sul concetto di sciopero individuale. Se con tale espressione si intende fare riferimento all'ipotesi di un unico lavoratore che faccia però seguito ad una proclamazione da parte delle organizzazioni sindacali, allora non sembra dubbio che tale astensione costituisca a tutti gli effetti uno sciopero.

Se invece si vuole fare riferimento all'ipotesi in cui al singolo lavoratore è inibita la possibilità di proclamare egli stesso uno sciopero, allora è altrettanto indubbio che tale facoltà gli sia preclusa.

Ma la critica non va enfatizzata al di là di quello che è; anzi sembra consigliabile un suo ridimensionamento. Essa infatti sembra il frutto di una visione iperindividualista dello sciopero e di una equiparazione del medesimo ad ogni altro diritto secondo una chiave, forse un po' datata, per la quale se per ogni diritto vale il principio per il quale il suo titolare è anche l'unico arbitro per il suo esercizio, ciò deve valere anche per lo sciopero.

Ma non è sempre e comunque così per ogni diritto e non è sicuramente così per lo sciopero.

Potrebbe ad esempio osservarsi che esistono fattispecie nel nostro ordinamento che si avvicinano

¹⁵⁷¹ Pinto 1997, 229.

¹⁵⁷² Pera 1986, 447.

¹⁵⁷³ Garofalo 1988, 574.

¹⁵⁷⁴ Da ultimo Ichino 2003, 150 ss.

al caso del diritto a titolarità individuale, ma ad esercizio collettivo: la revoca del mandato collettivo è certamente un diritto che può essere esercitato da ogni singolo mandante, ma a norma dell'art. 1726 c.c., è priva di effetto ove non sia fatta dalla collettività dei mandanti.

Si dimentica inoltre che lo sciopero è sì un diritto soggettivo, ma di natura affatto peculiare, che non si riduce, se non in una prospettiva esclusivamente limitata al piano del rapporto individuale tra le parti, ad un'astensione decisa dal lavoratore. Lo sciopero è sicuramente questo, ma non è solo questo, dal momento che non è solo un diritto di astenersi dallo svolgimento di una prestazione di lavoro, ma è diritto di astenersi per un interesse di una pluralità di lavoratori ed insieme ad essi. Insomma, la critica sembra in realtà muovere dalle stesse basi da cui pure prende le mosse la teoria criticata¹⁵⁷⁵.

Più serie sono le critiche sulla difficoltà di conciliare la titolarità individuale con la inconfigurabilità sul piano individuale dell'interesse collettivo¹⁵⁷⁶: ed è infatti questo semmai, il vero punto debole della tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero, quello cioè di non riuscire a dare compiutamente conto della dimensione collettiva che si accompagna ineliminabilmente allo sciopero e che va invece interamente recuperata sul piano però della costruzione dogmatica del diritto.

3. La declinazione della tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero.

È invece proprio per colmare questo iato che, in polemica con la ricostruzione tradizionale, una parte della dottrina ha iniziato, dapprima timidamente, poi con sempre maggiore decisione, a prospettare un'ipotesi ricostruttiva speculare, imperniata, in misura più o meno accentuata, sulla titolarità collettiva del diritto, complice anche, ed in misura forse anche superiore al dovuto, la contingenza rappresentata dalla esplosione del conflitto nel settore dei servizi pubblici, con le connesse esigenze di provvedere ad una sua regolazione.

Facendo astrazione, in questa occasione almeno, delle esigenze di politica del diritto che la tesi della titolarità collettiva intendeva soddisfare almeno nelle sue versioni iniziali¹⁵⁷⁷ - e limitando i richiami solo ad alcune delle tante ed autorevoli voci che si sono succedute negli anni, la tesi inizia a rafforzarsi dopo l'entrata in vigore della l. n. 146/1990, traendo partito dal ruolo che la legge stessa riconosce alle organizzazioni sindacali ed alla contrattazione collettiva¹⁵⁷⁸. Nasce così la formula del diritto di sciopero come diritto a titolarità collettiva, ma ad esercizio individuale, in cui è l'organizzazione sindacale ad esercitare un proprio diritto, mentre al singolo residuerebbe

¹⁵⁷⁵ Come osserva Mengoni 1964, «(...) il diritto di sciopero è il diritto del lavoratore di sospendere la prestazione di lavoro insieme e di concerto con altri lavoratori».

¹⁵⁷⁶ Rusciano 1988, 409 ss.

¹⁵⁷⁷ Non era estraneo, infatti, almeno a parere di chi scrive, l'intento di offrire una regolazione surrettizia del conflitto nei servizi pubblici essenziali attraverso la limitazione dei soggetti titolari dello sciopero, dimenticando che nel settore di servizi pubblici ciò che rileva non è il chi, ma il come. Il che non vuol dire, come pure è stato osservato da Zoppoli 2006, 31, in riferimento ad uno scritto di qualche anno fa (Romei 1999, 250) annegare la questione della titolarità in quella della regolamentazione dello sciopero. La prospettiva era infatti esattamente quella contraria, nel tentativo di distinguere i due piani, quello della regolazione e quello della titolarità, che invece, erano, sempre nell'opinione di chi scrive, confusi e sovrapposti nella prime enunciazioni sulla titolarità collettiva, in cui il mutamento del baricentro della titolarità - dal piano individuale a quello collettivo - agiva da surrogato della regolazione per via legislativa.

¹⁵⁷⁸ Pascucci 1999.

solo la facoltà di attuarlo concretamente¹⁵⁷⁹.

È una prospettiva questa ripresa di recente da chi costruisce lo sciopero come un diritto che nasce già affievolito non potendo essere azionato singolarmente dal titolare e rimanendo il suo esercizio condizionato all'interesse di altri soggetti titolari ad esercitarlo. Al singolo residuerebbe solo una prerogativa di esercizio individuale: di esprimere cioè la libertà singola di aderire all'astensione collettiva¹⁵⁸⁰.

È tuttavia solo con la ricostruzione di Antonello Zoppoli che la tesi della titolarità collettiva giunge a maturazione anche dal punto di vista dogmatico, nel quadro di una priorità dell'interesse collettivo sia dal punto di vista funzionale che da quello temporale. Brevemente riassumendo gli esiti di una complessa ed articolata indagine, può dirsi che per Zoppoli lo sciopero non rileva come un diritto esterno all'organizzazione sindacale, che invece ne può promuovere l'azione e dunque ne è titolare, sia sotto il profilo della proclamazione che dell'esercizio: titolarità ed esercizio sono congiunti in un unico soggetto e cioè quello collettivo. La funzionalizzazione dello sciopero ad un interesse collettivo è qui condotta fino alle sue estreme conseguenze: la componente collettiva, o se si vuole la sua dimensione collettiva, pervade il diritto di sciopero sia nella determinazione dell'interesse cui è finalizzato; sia da un punto di vista temporale, sia dal punto di vista dell'attuazione delle astensioni. Ne consegue che se è l'organizzazione sindacale a dare vita e ad essere titolare dell'interesse collettivo e se tale organizzazione può costituire un soggetto giuridico, essa sarà anche titolare del diritto di sciopero in quanto è solo tramite essa e per essa che i singoli comportamenti astensivi dei partecipanti perdono la loro individualità e si unificano, in un unico comportamento cui appunto diamo il nome di sciopero¹⁵⁸¹. Ma in realtà, secondo Zoppoli, non è esatto nemmeno definire sciopero le astensioni individuali dei singoli. A rigore, se dello sciopero è titolare la sola organizzazione sindacale, il nome sciopero non può designare i singoli comportamenti astensivi, ai quali converrà invece la qualificazione di comportamento attuativo del deliberato collettivo¹⁵⁸².

La conclusione è che il diritto di sciopero si configura come una fattispecie complessa, realizzata da una decisione di scioperare e da una serie di astensioni collettive dal lavoro da parte dei singoli ai quali residua non il diritto di scioperare, ma il diritto di astenersi dalla esecuzione della prestazione di lavoro per finalità di sciopero, diritto quest'ultimo, solo implicitamente garantito dall'art. 40 Cost.

È facile osservare come il punto debole della tesi della titolarità individuale sia rappresentato dalla forte sottovalutazione della dimensione collettiva che essa sottende. Il baricentro è saldamente nelle mani del singolo lavoratore, mentre all'organizzazione sindacale residua unicamente il ruolo di un soggetto che "invita a scioperare", al quale è inibita ogni facoltà regolativa dello stesso, se

¹⁵⁷⁹ Rusciano 2002, 174.

¹⁵⁸⁰ Pino 2005, 153.

¹⁵⁸¹ Il tutto nell'ambito di una sofisticata teoria della soggettività giuridica, che in questa sede non può nemmeno accennarsi, per cui l'organizzazione sindacale è titolare del diritto di sciopero in quanto «termine di riferimento delle fattispecie e dei comportamenti qualificati, che tramite (...) (la sua identità) si collegano». Le parole virgolettate sono di Zatti 1994 401.

¹⁵⁸² Così Zoppoli 2006, 145, riprendendo le parole di Pera 1986, 450.

non in via indiretta, trattandosi di un diritto che nasce in una sfera, quella individuale, che è appunto preclusa al soggetto collettivo. Ed è proprio quest'ultimo aspetto - ragione non secondaria della sua fortuna¹⁵⁸³ - a subire prepotenti contraccolpi a seguito della attuazione della entrata in vigore della regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, nella quale invece alle organizzazioni sindacali è assegnato un ruolo preponderante nella stessa definizione di ciò che è sciopero e di ciò che non lo è¹⁵⁸⁴.

D'altro canto, nella misura in cui la titolarità collettiva non configura solo uno spostamento da un soggetto ad un altro della relazione di appartenenza della situazione giuridica soggettiva da un soggetto ad un altro, essa implica anche una modifica della definizione di sciopero. È questa infatti la conclusione cui giunge l'Autore da ultimo citato: un approdo quasi necessitato quindi, ma che apre nuovi interrogativi.

Se infatti lo sciopero diventa un diritto dell'organizzazione sindacale - tanto che il diritto che fa capo al singolo assume una diversa denominazione¹⁵⁸⁵ - ci si potrebbe chiedere in base a quale norma sia legittimata l'astensione del singolo. Essa potrebbe essere individuata, ma a prezzo di qualche forzatura del dato letterale, ancora con l'art. 40 Cost., sotto il cui ombrello, sia pur indirettamente, potrebbero farsi rientrare ancora i comportamenti astensivi dei singoli¹⁵⁸⁶.

Se poi lo sciopero si configura come una fattispecie complessa, componendosi sia della decisione in ordine alla sua proclamazione che delle astensioni dal lavoro dei lavoratori, queste ultime finiscono per assumere un ruolo centrale e da esse non può prescindersi, osserva lo stesso Zoppoli¹⁵⁸⁷, per l'attuazione del deliberato collettivo. Sembrerebbe potersi concludere che, ancorché in una relazione di strumentalità, l'astensione dei singoli rappresenti nondimeno un comportamento imprescindibile, necessario, se non all'esercizio del diritto, quanto meno ad una riuscita dello stesso. Certo potrebbe osservarsi che formalmente il diritto di sciopero è esercitato con la sola proclamazione da parte dei soggetti che ne sono titolari, i quali sempre formalmente, non hanno necessità della collaborazione dei singoli per la realizzazione del diritto. Ma da un punto di vista sostanziale appare curioso ipotizzare un esercizio del diritto di sciopero che si risolva, nell'ipotesi limite, in una semplice proclamazione dello stesso cui non faccia seguito alcun concreto comportamento da parte dei singoli¹⁵⁸⁸.

Quest'ultima osservazione autorizza un'ultima chiosa.

La tesi di Antonello Zoppoli, con grande impegno dogmatico, offre un tentativo di soluzione della

¹⁵⁸³ La tesi della titolarità individuale si è infatti sempre prestata ad un utilizzo strumentale da parte della dottrina lavoristica che ha spesso utilizzato la nozione di titolarità individuale per soddisfare altri scopi - collegandola ad es. alla tutela del pluralismo sindacale - ; ovvero, per impedire ogni regolazione dello sciopero di matrice collettiva.

¹⁵⁸⁴ La contrattazione collettiva infatti allorché determina le condizioni e le modalità dell'esercizio dello sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali altro non fa se non concretizzare la portata del precetto legislativo e, al tempo stesso, determinare le condizioni stante le quali un'astensione dal lavoro può dirsi legittima in quanto ciò configura appunto uno sciopero. Sia consentito qui rinviare Romei 1999.

¹⁵⁸⁵ Il singolo, infatti, precisa Zoppoli 2006, 146, «ha il diritto (non di scioperare) bensì) di astenersi dalla prestazione per finalità di sciopero».

¹⁵⁸⁶ Così infatti Zoppoli 2006, 148.

¹⁵⁸⁷ Zoppoli 2006, 146.

¹⁵⁸⁸ Come dire che, da una prospettiva sostanziale, lo sciopero è un diritto che necessita del comportamento di altri per trovare concreta attuazione; e che il soggetto sindacale, pur essendone titolare, ha la necessità della collaborazione del singolo per la realizzazione dell'interesse collettivo cui tende lo stesso sciopero, nel senso che senza di esso lo sciopero non realizza il suo fine.

disputa che sin da quando è nato il diritto di sciopero, ha opposto i fautori della tesi della titolarità individuale a chi invece si è fatto propugnatore della tesi opposta, della titolarità collettiva.

Ma la soluzione è offerta, per così dire, cambiando il terreno di gioco. Fuor di metafora, si vuole dire che la soluzione proposta implica l'accettazione di una precondizione, rappresentata da un mutamento della definizione di sciopero che viene rappresentato come un diritto completamente slegato da ogni relazione diretta con il rapporto di lavoro per essere dislocato su un piano esclusivamente collettivo, risolvendosi non nell'astensione dalla prestazione di lavoro, ma nella semplice proclamazione dello sciopero. È un mutamento delle condizioni d'uso della definizione di sciopero radicale, e che proprio in questa radicalità rinviene il suo limite forse maggiore. Nel senso cioè che l'apporto che essa fornisce al dibattito sulla titolarità del diritto è in certa misura compromesso, perché essa implica l'accettazione di un piano radicalmente diverso rispetto a quello tradizionale: implica cioè una presa di distanza troppo radicale rispetto ai paradigmi ordinari, compromettendo la stessa possibilità di comunicazione tra l'una e gli altri.

4. Alcune precisazione terminologiche.

Con ciò tuttavia non si intende ritornare al punto di partenza, compromettendo i passi in avanti compiuti grazie alla riflessione critica sull'impostazione tradizionale, quella cioè che privilegiava la prospettiva della titolarità individuale e dell'esercizio collettivo; anzi, sono proprio i saggi dai quali queste brevi riflessioni hanno preso il messo, ad offrire spunti che possono essere sfruttati.

Un buon punto di partenza, allora, non per la soluzione del dilemma - che probabilmente è destinato ad accompagnare per molto tempo ancora le riflessioni dei lavoristi, almeno fintantoché non muti radicalmente il quadro regolatorio -, ma per un primo tentativo di impostazione almeno dei problemi, potrebbe esser rappresentato da un attento controllo dei significati del termine titolarità, e di come essi si combinino ed interagiscano con le riflessioni sul diritto di sciopero¹⁵⁸⁹.

Con il termine titolarità, si designano normalmente (almeno) due vicende diverse: quella dell'esercizio di un diritto - ad es. del proprietario che usa la cosa sulla quale cade il proprio diritto; e quella della sua disposizione¹⁵⁹⁰: volendo rimanere all'esempio fatto, del proprietario che aliena la cosa o concede ad altri un parziale diritto su di essa.

I due aspetti sono concettualmente nettamente distinti o, quanto meno, sono distinguibili con una certa precisione; ma non lo sono sempre, o almeno, non lo sono sempre stati nell'uso che è stato fatto del termine titolarità ove esso sia coniugato con il diritto di sciopero, in cui, probabilmente, è dato assistere ad una sovrapposizione dei due significati del termine titolarità: del che non c'è da stupirsi, dal momento che la storia dello sciopero si intreccia profondamente con un'altra questione, che è quella della sua limitazione.

Come si è visto, nelle elaborazioni degli anni '50 la titolarità individuale rispondeva certamente

¹⁵⁸⁹ Un monito per un uso maggiormente sorvegliato e consapevole del linguaggio, in particolare quando ci si confronta sul tema dello sciopero, secondo una prospettiva di metodo che qui si condivide pienamente, lo si deve a Borgogelli 1998.

¹⁵⁹⁰ Sugli atti di disposizione si veda la voce di Mengoni – Realmente 1964, 188.

ad esigenze di natura più generale - la qualificazione del diritto nel quadro del sistema dei diritti/doveri scaturenti dal rapporto individuale di lavoro -, ma anche, ed ovviamente, ad intenti limitativi, finalizzati a circoscrivere l'ambito di utilizzo del diritto al solo piano del rapporto individuale, secondo la tesi della cd. concezione negoziale dello sciopero.

Non che in quegli anni un problema di limitazione del diritto non fosse presente in dottrina, ma esso era risolto per via implicita, attraverso cioè l'adozione di una particolare definizione del diritto, fortemente connotata e quindi tale da diminuire la comprensività del termine¹⁵⁹¹.

Come è noto, le elaborazioni degli anni successivi, in particolare dei due decenni successivi, determinarono un ampliamento del diritto, senza che però ne venisse toccata la teoria della titolarità individuale dello stesso¹⁵⁹². L'originaria limitazione al solo piano degli interessi professionali fu superata attraverso la qualificazione dello sciopero come un fatto, o meglio, come un comportamento d'attuazione¹⁵⁹³, non più legato dunque alla realizzazione dei soli interessi che era nella facoltà del datore di lavoro soddisfare¹⁵⁹⁴. E la notissima sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 1980, tanto conosciuta da non meritare nemmeno che ad essa si dedichi una nota a piè di pagina, fornì, proprio alla fine degli anni '70, il crisma necessario ad una nozione del diritto di sciopero che, per ironia, se non fu mai più così ampia, era però, appena nata, già sopravanzata dagli avvenimenti, incalzata come era dalla riproposizione, ma in forme affatto inedite, di una limitazione dello sciopero in funzione della tutela di interessi di soggetti estranei al conflitto e cioè l'interesse degli utenti.

Ma quest'operazione, che era un'operazione di politica del diritto, fu compiuta¹⁵⁹⁵ utilizzando la categoria dogmatica della titolarità. Il risultato fu condensato nella formula del diritto di sciopero a titolarità collettiva, ma ad esercizio individuale.

Alle origini essa esprimeva probabilmente un'opzione di politica del diritto, una lancia spezzata a favore di un ruolo più marcato delle organizzazioni sindacali nel tracciare dei limiti ad un conflitto che nel settore dei servizi pubblici evolveva verso forme di insopportabile corporativismo¹⁵⁹⁶. Ma occorre guardarsi dalla magia delle parole: la formula non crea soverchi problemi se la si mantiene su di un piano descrittivo, e soprattutto, se si è consapevoli che essa nasconde un equivoco, o meglio, cela un mutamento di significato del termine "titolarità" che viene inteso nel secondo dei sensi cui si è fatto riferimento, nel senso cioè di individuazione del soggetto che può disporre del diritto e dunque ne può anche dettare limiti al suo esercizio. Solo così, solo cioè attribuendo al

¹⁵⁹¹ È la nota tesi dello sciopero come astensione continuativa, cui partecipano contemporaneamente i lavoratori interessati per la tutela di un interesse di natura professionale, che è cioè nella disponibilità del datore di lavoro soddisfare.

¹⁵⁹² Secondo un percorso che è ben sintetizzato da Gaeta 1990, 419 ss. E che ora appare condiviso anche da Del Punta 2007, 407 ss.

¹⁵⁹³ Mengoni 1964, 39-40.

¹⁵⁹⁴ In realtà, come si è visto prima, non vi è affatto una relazione né univoca né necessaria tra concezione cd. negoziale dello sciopero e qualificazione di quest'ultimo come diritto potestativo.

¹⁵⁹⁵ Per una molteplicità di ragioni, che non possono essere qui compiutamente indagate, e, che, per il vero, interessano anche fino ad un certo punto.

¹⁵⁹⁶ Si veda in questo senso Rusciano 1988, 389 ss.

termine titolarità questo secondo significato può accettarsi quelle che per il diritto non è accettabile, o non lo è sempre e comunque¹⁵⁹⁷, e cioè che un soggetto, cioè l'organizzazione sindacale, possa essere titolare di un diritto che viene però esercitato da un altro soggetto e cioè il lavoratore.

In altri termini, se nella definizione tradizionale, il termine titolarità è inteso come sinonimo di potestà di esercizio¹⁵⁹⁸ nel suo opposto, il medesimo termine è inteso come sinonimo di facoltà di disposizione, e nel senso di (individuazione del soggetto che abbia la) facoltà di poter disporre e dunque anche limitare e regolare l'esercizio del diritto.

Se invece si vuole dare a questa formula anche una sua pregnanza dal punto di vista del diritto, sembra difficile non giungere alle stesse conclusioni cui è giunto A. Zoppoli: il titolare di un diritto è anche colui che può esercitarlo: e dunque lo sciopero è un diritto non del singolo, ma del soggetto collettivo.

Anche a proposito del termine sciopero sembrerebbe possibile potersi predicare uno sdoppiamento di significato.

Lo sciopero a volte viene inteso come un diritto del singolo, e cioè come il diritto che ha ogni lavoratore subordinato¹⁵⁹⁹ di astenersi dalla esecuzione della prestazione di lavoro senza incorrere nelle conseguenze che altrimenti ne deriverebbero per il diritto dei contratti; altre volte viene, forse un po' sbrigativamente, riferito a soggetti collettivi senza che però muti il quadro concettuale che fa dello sciopero un diritto a titolarità individuale¹⁶⁰⁰.

Altre volte ancora, il termine è utilizzato in un contesto concettuale del tutto speculare: allorché, cioè, nel quadro di una critica all'opinione tradizionale, si osserva che la tesi del diritto di sciopero come diritto a titolarità individuale rivela una sua intrinseca fragilità dal momento che non può essere individuale un diritto che il singolo non può esercitare individualmente, non essendo abilitato «a porre in essere il corrispondente comportamento materiale»¹⁶⁰¹.

Insomma, ed analogamente a quanto si è osservato a proposito del termine "titolarità", anche nei confronti del termine "sciopero" sembra possano isolarsi diversi significati, ed in particolare, almeno due. Il primo con riferimento al rapporto individuale di lavoro ed incentrato sul singolo

¹⁵⁹⁷ Normalmente infatti la titolarità di un diritto si accompagna con l'esercizio dello stesso: le due vicende dunque coincidono, ed il titolare del diritto è anche colui il quale ne può disporre. Non si tratta di una legge inderogabile: a volte infatti i due profili possono non sovrapporsi interamente: basti pensare al caso di colui che agisce in nome e per conto di un altro soggetto e dunque può utilizzare il diritto del rappresentato; o al caso della sostituzione processuale; o ancora al caso dell'incapace. Ma si tratta sempre di ipotesi, se non eccezionali, che rinvengono il loro fondamento in una norma di legge che consente o impone addirittura tale scissione, ovvero nella volontà del titolare stesso. Ma nel caso dello sciopero, non esiste alcuna norma di legge dalla quale possa desumersi la scissione tra titolarità ed esercizio. Per condivisibili osservazioni critiche sul concetto di titolarità si rinvia alla omonima voce di Zatti 1994, 398.

¹⁵⁹⁸ È il singolo lavoratore che infatti può esercitare o meno il diritto di sciopero, inteso come diritto di non svolgere la prestazione di lavoro.

¹⁵⁹⁹ E dovrebbe dirsi, stando alla giurisprudenza delle Corti Costituzionali, non solo subordinato.

¹⁶⁰⁰ Per tutti, ad es. Garofalo 1988, 580, il quale nel quadro di un discorso tutto finalizzato a difendere la perdurante validità della costruzione dello sciopero come diritto a titolarità individuale, ed anzi proprio per questo, critica l'«attribuzione al sindacalismo ufficiale del monopolio dell'uso legittimo dello sciopero».

¹⁶⁰¹ Così, testualmente Del Punta 2007, p. 411, riprendendo sul punto alcune critiche mosse già da Pera 1986, 449 ss; e da Zangari 1976, 52.; e (sembra) anche da Rusciano 1988, 410.

lavoratore¹⁶⁰²; il secondo, con riferimento ad una collettività di persone che, appunto, “scioperano”¹⁶⁰³.

E l'impressione è che nel linguaggio comune, i due significati non siano sempre tenuti distinti, con la conseguenza che di essi se ne fa un uso promiscuo, che si riflette però anche in una sovrapposizione concettuale. Quando infatti si dice che un lavoratore “sciopera” si dice che questi si astiene dallo svolgimento della prestazione di lavoro in virtù di un proprio *diritto* riconosciuto gli dall'ordinamento, e la parola “sciopero” viene utilizzata come sinonimo di diritto di sciopero. Per contro, ove si affermi che la certa organizzazione sindacale ha proclamato uno sciopero si fa riferimento al *fatto* dell'astensione collettiva auspicata dalle organizzazioni proclamanti le quali invitano una collettività di lavoratori ad astenersi.

Ora, tenendo presente questa distinzione può tornarsi ad esaminare la proposizione linguistica attraverso la quale si esprime la critica tradizionale alla tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero.

Come già si è messo in luce in più di un'occasione nel corso di questo breve scritto, la critica tradizionale è quella secondo la quale se il diritto di sciopero, inteso come diritto del singolo, è, come ogni altro diritto, *facultas agendi*, allora occorre prendere atto che il titolare non può valutare in concreto il proprio interesse¹⁶⁰⁴, ovvero, non può porre in essere «il corrispondente comportamento materiale»¹⁶⁰⁵, insomma, per dirla con le parole di un illustre lavorista, di recente scomparso, non può proclamare ed attuare in via solitaria uno sciopero¹⁶⁰⁶.

Occorre però intendersi in quale significato si utilizzi il termine sciopero.

Come è noto, in uno dei suoi possibili significati, il termine indica un'astensione dal lavoro per la tutela di un interesse collettivo. Anzi, questo può dirsi uno dei significati che si attribuiscono al termine sciopero sui quali maggiormente si realizza la convergenza degli interpreti: come è stato di recente osservato, una delle poche cose certe in materia è che lo sciopero sia finalizzato alla realizzazione di un interesse collettivo¹⁶⁰⁷. Ed è precisamente in questo senso che lo si utilizzerà nel ragionamento che segue.

Ora, l'astensione dal lavoro costituisce un fatto che in sé e per sé considerato, è suscettibile di essere variamente qualificato: per quanto qui interessa, o come inadempimento; ovvero, in presenza di certe condizioni, come esercizio di un diritto¹⁶⁰⁸, come avviene ad es. nel caso della malattia, ma come avviene anche nel caso dello sciopero.

¹⁶⁰² In questo senso si parla di diritto individuale di sciopero e l'uso corrisponde ad espressioni del tipo «il lavoratore sciopera o decide di scioperare», e si fa riferimento al diritto del singolo di astenersi o non dalla prestazione di lavoro.

¹⁶⁰³ È a questo secondo senso che fanno riferimento espressioni come «i lavoratori sono in sciopero» o, «la tal organizzazione sindacale ha proclamato uno sciopero», in questo senso si vuole dire che una pluralità di lavoratori si sono astenuti, o sono stati invitati a farlo.

¹⁶⁰⁴ Sono queste, quasi testualmente, le incisive parole di Garofalo 1988, 574.

¹⁶⁰⁵ Del Punta 2007, 411.

¹⁶⁰⁶ Pera 1986, 449.

¹⁶⁰⁷ Zoppoli 2006, 39.

¹⁶⁰⁸ Si pensi all'astensione del lavoratore dovuta ad una malattia: affinché possa escludersi che l'assenza dal lavoro configuri un inadempimento, è necessario non solo che sussista un episodio morboso che impedisca o renda pregiudizievole per la salute del lavoratore lo svolgimento di una prestazione di lavoro, ma è anche necessario che siano soddisfatte determinate altre condizioni, come ad

E sono esattamente queste condizioni che vanno precisate: occorre cioè chiedersi non quale sia la classe di comportamenti sussumibile sotto il termine sciopero, ma in presenza di quali condizioni possa dirsi che l'astensione dal lavoro di un certo lavoratore non costituisce inadempimento, ma, addirittura esercizio di un diritto e precisamente di quel diritto cui fa riferimento l'art. 40 Cost.; ed in che relazione stiano tali condizioni con l'esercizio del diritto.

“Avere” un diritto, o, con linguaggio più sorvegliato, “essere titolare di un diritto”, vuol dire in sostanza che esiste una norma che conferisce ad un certo comportamento la patente di liceità. Più precisamente, vuol dire che in forza di una certa prescrizione giuridica (in questo caso, l'art. 40 Cost.) ed al verificarsi di una certa fattispecie, un soggetto (e cioè il titolare del diritto), è autorizzato a comportarsi «nel modo riassunto dal “nome” del diritto»¹⁶⁰⁹.

“Proprietario” - per fare un esempio - è solo colui il quale, sulla base del verificarsi di una certa fattispecie (il perfezionarsi di uno dei titoli acquisitivi della proprietà previsti da un certo ordinamento), potrà esercitare tutti quei comportamenti che quel determinato ordinamento (nell'ordinamento italiano, l'art. 832 c.c.) riconnette al diritto di proprietà.

Sembra evidente, in questo schema, che il perfezionamento di quella certa fattispecie il cui verificarsi dà titolo al proprietario di tenere tutti i comportamenti che sono ricompresi in quel nome, e che potremmo definire come fattispecie stipite, sia elemento estraneo al diritto che da essa deriva. Nel caso del diritto di proprietà - che, per la sua semplicità, si assume a paradigma - l'acquisto della cosa, o la sua invenzione, o il verificarsi di una commistione, rappresentano i modi (o titoli) di acquisto di un bene al cui verificarsi l'ordinamento (per il combinato disposto degli artt. 922 e 832 c.c.) legittima un soggetto a tenere tutti quei comportamenti che il termine “proprietario” o “titolare del diritto di proprietà” riassumono. In questo contesto, il termine “titolarità”¹⁶¹⁰ indica l'esistenza di un collegamento giuridicamente rilevante tra un certo fatto (avere acquistato una cosa) ed un certo comportamento (poter disporre della stessa “in modo pieno ed esclusivo”).

Trasponendo ora questi concetti sul terreno dello sciopero, analogamente, si avrà che al verificarsi di una certa fattispecie, l'ordinamento, per il tramite dell'art. 40 Cost., abilita un soggetto, e cioè un lavoratore, a tenere quel comportamento che è riassunto nel termine sciopero, e cioè ad astenersi dallo svolgimento della prestazione di lavoro senza per ciò incorrere nelle sanzioni normalmente previste per l'inadempimento. Anche nel caso dello sciopero, il comportamento che è riassunto da questo termine, e cioè l'astensione dal lavoro, va tenuto distinto dalla fattispecie che ne rappresenta il presupposto, e cioè dal fatto stipite. Se per sciopero si intende, come è nelle premesse di questo ragionamento, l'astensione del singolo prestatore dalle effettuazioni della propria prestazione di lavoro funzionale ad un interesse collettivo, dovrà poi anche riconoscersi, ed è osservazione piuttosto diffusa, che è solo la presenza dell'interesse collettivo a determinare gli effetti propri dello sciopero, e cioè - secondo il significato che si è deciso di accogliere

es. l'osservanza delle prescrizioni che la legge o la contrattazione collettiva impongono (ad es. la comunicazione dello stato di assenza, la sua documentazione attraverso l'invio di un certificato medico, ecc.)

¹⁶⁰⁹ Così, Zatti 1994, 400.

¹⁶¹⁰ Ed altri consimili, come ad es. “titolare”.

- l'esenzione dal diritto comune, tale per cui la mancata prestazione di lavoro non viene considerata alla stregua di un adempimento, ma come esercizio di un diritto¹⁶¹¹.

Ma la determinazione di che cosa sia l'interesse collettivo non è, né è mai stata, nella disponibilità del singolo. Quale che sia la definizione di interesse collettivo che si ritenga di accogliere¹⁶¹², tutte concordano su un punto, e cioè che l'interesse collettivo è posto su di un piano di netta alterità rispetto al piano in cui si muove il singolo soggetto ed in cui si muovono gli interessi che ad esso fanno capo.

La determinazione dell'interesse collettivo compete alle organizzazioni sindacali, o comunque, siano esse strutturate come associazioni siano esse delle mere coalizioni occasionali; mentre al singolo lavoratore compete esclusivamente la decisione se astenersi o meno dall'effettuare la propria prestazione di lavoro.

In questo contesto, può chiarirsi anche il significato che viene assegnato al termine "titolarità": se esso infatti designa l'esistenza di un collegamento giuridicamente rilevante tra un certo fatto ed un certo comportamento, dovrà dirsi che quel certo fatto è rappresentato non, come spesso si ritiene, dall'essere parte di un rapporto di lavoro subordinato, e cioè dall'essere lavoratore subordinato, ma dalla presenza di un interesse collettivo per la cui tutela un soggetto collettivo chiama i singoli ad astenersi dallo svolgimento della propria prestazione di lavoro, e cioè a scioperare.

Affermare che il singolo non può scioperare da solo, nel senso che non può indire da solo uno sciopero, e che dunque per tal motivo non ne è il titolare, è dunque un'affermazione ellittica che nasconde però anche una ellissi dal punto di vista concettuale, o meglio una sovrapposizione tra due diversi significati del termine sciopero. L'uno - ed è lo sciopero diritto - che allude alla astensione del singolo lavoratore, l'altro - ed è lo sciopero fatto - che allude al fatto della astensione di una pluralità di lavoratori per la tutela di un interesse collettivo. Il singolo *ha* la disponibilità del comportamento materiale designato dal nome *sciopero*, se con ciò si intende il diritto a certe condizioni di astenersi dallo svolgimento della propria prestazione per la tutela di un interesse collettivo. Ma il singolo *non ha* anche la facoltà di determinare o individuare l'interesse collettivo. Ancora, l'interesse del singolo lavoratore¹⁶¹³ è quello di valutare se astenersi o meno dalla prestazione cui è tenuto, ma l'interesse collettivo alla cui tutela questa astensione è strumentale, non è un interesse del singolo, ma della collettività¹⁶¹⁴.

Una volta posta la netta distinzione tra piano individuale e piano collettivo, sembra a questo punto possibile affermare che il singolo è titolare del diritto di sciopero, nel senso che egli potrà valutare di volta in volta se è proprio interesse aderire alla proclamazione effettuata dal soggetto collettivo astenendosi dalla propria prestazione di lavoro. Inteso in questo significato, sembra difficile negare che il diritto di sciopero inteso come diritto di astenersi dalla prestazione di lavoro, sia un diritto a titolarità individuale.

¹⁶¹¹ Così ad es. Ghezzi 1968, 27, ma come si diceva nel testo, si tratta di una notazione pressoché unanimemente condivisa.

¹⁶¹² Si rinvia sul punto alla recente disamina critica compiuta proprio da Zoppoli 2006, spec. cap II.

¹⁶¹³ Il riferimento è qui a Garofalo 1988, 574 il quale per rappresentare il paradosso della tesi della titolarità individuale del diritto afferma che se «il diritto soggettivo è *facultas agendi*, possibilità per il titolare di valutare l'esistenza in concreto del proprio interesse, e, in caso, positivo, perseguirlo», e ciò non è possibile per lo sciopero.

¹⁶¹⁴ Si veda la ricostruzione di Ghera, 1970, 341 ss.

Correlativamente, sembra possibile affermare che se la determinazione dell'interesse collettivo spetta al soggetto sindacale, sarà questo e solo questo a potere proclamare uno sciopero, e sotto questo aspetto, ed a queste condizioni potrà anche dirsi che ne è il titolare, a patto però che sia chiaro che il termine "sciopero" è assunto in un significato diverso da quello precedente.

La proclamazione dello sciopero, che nell'ambito dei servizi pubblici rappresenta una condizione di legittimità delle astensioni individuali, rappresenta al tempo stesso l'indice della esistenza dell'interesse collettivo che si identifica con le ragioni del singolo sciopero proclamato. Questo non vuol dire che la proclamazione sia una condizione necessaria sempre e comunque, come invece avviene nel settore dei servizi pubblici essenziali. Infatti, nel caso del cd. sciopero spontaneo, o meglio di una astensione di una pluralità di lavoratori che si realizza senza essere formalmente preceduta da una proclamazione, la individuazione dell'interesse collettivo si desume dal fatto stesso che ad astenersi sia una collettività di lavoratori per un'unica motivazione. La titolarità dell'interesse collettivo infatti non è appannaggio esclusivo delle sole associazioni sindacali, ma anche delle coalizioni occasionali.

Si osserverà che in tal maniera si ritorna al passato, e cioè alla tesi che in definitiva era già di Santoro Passarelli, obliterando tutto il dibattito degli ultimi anni, ed in particolare svalutando il guadagno che può provenire proprio dagli ultimi studi, dai quali questo scritto ha preso le mosse, ed in particolare da quello di Antonello Zoppoli.

Ma non è così, o almeno, è questa l'opinione di chi scrive.

Il vizio di fondo della tesi della titolarità individuale è quello di avere fatto dello sciopero, per dirla con le belle parole di Umberto Romagnoli, un diritto inalterabile, intoccabile ed indisponibile¹⁶¹⁵: e cioè un diritto tutto risolto nella sfera individuale del lavoratore, trascurando completamente che quello che spetta al lavoratore è decidere se astenersi o meno dallo svolgimento della prestazione di lavoro, non anche determinare le condizioni stante le quali tale astensione è legittima. Le evoluzioni subite dal quadro normative e teorico negli ultimi decenni, invitano invece a recuperare interamente sul piano dogmatico la priorità dell'interesse collettivo¹⁶¹⁶ enfatizzandone il collegamento con il comportamento astensivo del singolo, e recuperando tale collegamento sul piano dogmatico, senza che però ciò si traduca necessariamente in un mutamento della stessa definizione del diritto.

È evidente che un simile compito non possa essere assolto in questa sede, è sufficiente qui avere posto l'accento su di esso, nella convinzione, ovviamente condivisa da chi scrive, che esso sia di non secondaria importanza. Basti pensare, a questo proposito, ad un tema classico del diritto

¹⁶¹⁵ Romagnoli 1988, 582. La tesi della titolarità individuale muove dal presupposto che il singolo titolare di un diritto, e di qualunque diritto, sia anche libero nel suo esercizio: nel se, nel come ne nel quando. In questa prospettiva la titolarità è sempre stata intesa non solo come individuazione del soggetto in capo al quale incardinare una determinata situazione soggettiva, ma anche come individuazione del soggetto su cui incardinare la disponibilità del diritto stesso anche sotto forma del suo esercizio. Ma questo è vero, come si è cercato di dimostrare, solo per la scelta di astenersi o meno dalla prestazione di lavoro, e cioè per la scelta se scioperare o meno. Tutto quello che è a monte, e cioè la individuazione dell'interesse collettivo, e la sua determinazione sono estranei alla sfera individuale.

¹⁶¹⁶ Secondo le parole di Zoppoli 2006, 39 ss., e 43 ss.

sindacale, quello delle clausole di tregua¹⁶¹⁷ e della loro efficacia¹⁶¹⁸ e che è stato sempre influenzato dalla tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero.

Per contro, nella prospettiva accolta, se al singolo lavoratore spetterebbe sempre la decisione sul se partecipare allo sciopero o meno, il collegamento di quest'ultimo con l'interesse collettivo incardinerebbe, però, in capo alla associazione sindacale la decisione sul se e quando dar corso, appunto, allo sciopero. Del resto, se le organizzazioni sindacali che hanno stipulato il contratto collettivo sono riconosciute come portatrici dell'interesse collettivo cristallizzato appunto nella determinazione delle condizioni di scambio tra lavoro e retribuzione, ad esse potrebbe ben essere riconosciuta anche la potestà di determinare l'interesse collettivo individuando le condizioni e le modalità di esercizio dello sciopero. Al singolo lavoratore spetterebbe sempre la decisione sul se partecipare allo sciopero o meno, ma il collegamento di quest'ultimo con l'interesse collettivo incardinerebbe in capo alla associazione sindacale la decisione sul se e quando dar corso allo sciopero.

Non pare che un ostacolo possa rinvenirsi nella natura normativa di siffatte, che paiono invece strutturalmente inidonee, in quanto espressive dell'interesse collettivo, a farsi contenuto del contratto individuale. Semmai un ostacolo potrebbe rinvenirsi nella riserva di legge, ancorché relativa, contenuta nell'art. 40 Cost.; anche se potrebbe osservarsi che le clausole di tregua non incidono sul diritto di sciopero inteso, come si è detto, come facoltà del singolo di astenersi o non dallo svolgimento di una prestazione di lavoro, e cioè come diritto ad aderire ad una azione di sciopero già proclamata da altri e cioè da chi detiene e interpreta l'interesse collettivo.

Certo, vi sarebbe sempre la necessità, tra i molti altri aspetti problematici, ed è difficoltà di non poco momento, di individuare dei criteri per la selezione dei soggetti sindacali; ma si aprono qui scenari completamente diversi che esulano dagli obiettivi di questo scritto.

5. Riferimenti bibliografici

- BELLOCCHI P. (1994), *La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti*, LD, p. 163 ss.;
- BORGOGELLI F. (1998), *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino;
- CALAMANDREI P. (1952), *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, RGL, I, p. 221 ss.;
- DEL PUNTA R. (2007), *Lo sciopero*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da Bessone M., vol. XXIV, t. I, p. 393 ss.;
- DI MAJO A. (1980), *Tutela civile e diritto di sciopero*, RGL, I, p. 293 ss.;
- GAETA L. (1990), *Lo sciopero come diritto*, in D'Antona M. (1990), *Lecture di diritto sindacale*, Esi, Napoli;
- GAROFALO M.G. (1988), *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, DLRI, p. 573 ss.;
- GHERA E. (1970), *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero*, in *Indagine sul sindacato*, Giuffrè, Milano, p. 279 ss.;

¹⁶¹⁷ Da tenere ovviamente distinte dalle clausole che prevedono delle procedure di raffreddamento di cui all'art. 2 della l. n. 146/1990.

¹⁶¹⁸ Sia dal punto di vista della loro efficacia limitativa del diritto dei singoli di astenersi, sia dal punto di vista della loro vincolatività oltre la cerchia degli iscritti. Sul punto si veda da ultimo Santoni 2004, 319 ss.

- GHEZZI G. (1968), *Diritto di sciopero ed attività creatrice dei suoi interpreti*, RTDPC, p. 24 ss.;
- MENGONI L. (1949), *Limiti giuridici al diritto di sciopero*, RDL, I, p. 246 ss.;
- MENGONI L. (1961), *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in AA.VV., *Sciopero e serrata nei paesi della CECA*, Giuffrè, Milano, p. 247 ss.;
- MENGONI L. (1964), *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero. Atti del I Congresso di studi di diritto e procedura penali*, Giuffrè, Milano, p. 27 ss.;
- MENGONI L. – REALMONTE R. (1964), *Disposizione (atto di)*, Enc. Dir., vol. XIII, p. 192;
- MORTATI C. (1954), *Il lavoro nella Costituzione*, DL, I, p. 149 ss.;
- PERA G. (1986), *Il diritto di sciopero*, RIDL, I, p. 426 ss.;
- PINO G. (2005), *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino;
- ROMAGNOLI U. (1988), *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, DLRI, p. 581 ss.;
- RUSCIANO M. (1988), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, DLRI, p. 389 ss.;
- RUSCIANO M. (2002), *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, DLRI, p. 151 ss.;
- SANTONI F. (2004), *Rappresentatività sindacale e conflitto nei servizi pubblici essenziali*, RIDL, I, p. 319 ss.;
- SANTORO PASSARELLI F. (1949), *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, ora in *Idem* (1961), *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, p. 177 ss.;
- SUPPIEJ G. (1965), *Diritto di sciopero e potestà di sciopero nel sistema della Costituzione*, RDL, p. 3 ss.;
- ZANGARI G. (1976), *Il diritto di sciopero*, Milano, Giuffrè;
- ZATTI (1994), *Titolarità*, in Belvedere, Guastini, Zatti, Zeno Zencovich, *Glossario*, in Iudica –Zatti (cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè Milano, p. 397 ss.;
- ZOPPOLI A. (2006), *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli.